



AUTONOMIA I JUSTÍCIA A CATALUNYA

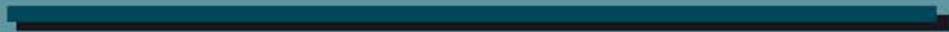


X Seminari organitzat per:

CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA



AUTONOMIA I JUSTÍCIA A CATALUNYA

AUTONOMIA I JUSTÍCIA A CATALUNYA

X Seminari organitzat per:

CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Coordinadors del Seminari:

Senyor JOAQUIM BORRELL MESTRE
Conseller del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya
Magistrat

Senyor RAMON CAMP BATALLA
Vocal del Consell General del Poder Judicial

Senyor MIGUEL JULIÁN COLLADO NUÑO
Vocal del Consell General del Poder Judicial
Magistrat

Barcelona, 15 i 16 d'octubre de 2009

**Autonomia i Justícia a Catalunya (Congrés) (10è : 2009 :
Barcelona, Catalunya)**

Autonomia i Justícia a Catalunya

Ponències del desè seminari, Barcelona, 15 i 16 d'octubre de 2009.

– Referències bibliogràfiques

ISBN 9788439388838

I. Borrell i Mestre, Joaquim, dir. II. Camp i Batalla, Ramon, dir. III.

Collado Nuño, Miguel Julián, dir. IV. Catalunya. Consell

Consultiu V. Espanya. Consejo General del Poder Judicial VI.

Catalunya. Tribunal Superior de Justícia VII. Catalunya. Consell de

Garanties Estatutàries VIII. Títol

1. Competència (Dret) – Espanya – Comunitats autònomes –

Congressos 2. Poder judicial – Espanya – Congressos

347.97(460–39)(061.3)

Aquesta publicació i les corresponents als Seminaris VI a IX
es poden consultar al lloc web del Consell de Garanties Estatutàries: www.cge.cat

Els resums dels col·loquis han estat elaborats per:

ANNA CARBONELL ROURA

*Lletrada responsable de Biblioteca, Documentació i Publicacions
del Consell de Garanties Estatutàries*

EDITAT PEL CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES

Palau Centelles

Baixada de Sant Miquel, 8

08002 Barcelona

© 2011, Consell de Garanties Estatutàries

Maquetació i producció: R. Esteve i Associats

Ramon Martí Alsina, 36-38 - 08911 Badalona

Imprès a iGrafic Granollers, SL

Dipòsit Legal: B-8104-2012

ISBN: 978-84-393-8883-8

Presentació

Com en anys precedents, sota l'organització conjunta del Consell General del Poder Judicial, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i el Consell Consultiu de la Generalitat, va tenir lloc, els dies 15 i 16 d'octubre de 2009, el X Seminari sobre Autonomia i Justícia a Catalunya. Aquesta va ser l'última edició en què va participar el Consell Consultiu, que, arran de l'Estatut d'autonomia de 2006, va ser succeït pel Consell de Garanties Estatutàries.

El llibre que presento amb aquestes línies és el reflex dels treballs desenvolupats en les dues Jornades del Seminari i conté la versió literal dels parlaments en l'acte d'obertura, presidit pel Molt Honorable senyor José Montilla, president de la Generalitat, i on van intervenir l'excel·lentíssima senyora Maria Eugènia Alegret, presidenta del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, l'excel·lentíssim senyor Ramon Camp, vocal del Consell General del Poder Judicial, l'honorable senyor Pere Jover, president del Consell Consultiu, i el senyor Luís Fernando Solano, director del Centre d'Estudis i Formació Constitucional d'Amèrica Central i el Carib. S'inclouen també la totalitat de les ponències pronunciades i les paraules de l'acte de cloenda, presidit per l'honorable senyora Montserrat Tura, consellera de justícia de la Generalitat, amb la participació de l'excel·lentíssim senyor Emilio Berlanga, que actuava com a president en funcions del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, l'excel·lentíssim senyor Miguel Julián Collado, vocal del Consell General del Poder Judicial i l'il·lustre senyor Joaquim Borrell, conseller secretari del Consell Consultiu. Finalment, també s'hi incorpora un resum de les intervencions sostingudes en els col·loquis posteriors a les ponències presentades.

Quant al contingut del Seminari, seguint la mateixa línia traçada des dels seus inicis, les ponències es van estructurar en tres grans blocs, dedicats, respectivament, als drets fonamentals, a l'estructura de l'estat compost i al poder judicial. En aquests, a més, es va continuar amb l'èmfasi sobre qüestions derivades de l'aprovació del nou Estatut d'autonomia, que ja havia marcat profundament l'edició anterior del Seminari. Així doncs, en la primera sessió, es van analitzar els drets estatutaris de naturalesa prestacional, l'eutanàsia des del vessant constitucional i el principi de laïcitat en l'àmbit públic. La segona

sessió va versar sobre la distribució de competències derivada de la reforma dels Estatuts d'autonomia, el nou marc de finançament i el principi de prevalença i supletorietat del dret estatal. La tercera sessió va tractar del dret de vaga dels jutges i els magistrats, de l'accés a la carrera judicial i, a l'últim, del recurs de cassació. La particularitat de l'última sessió va raure en la distribució del dos primers temes en coponències, cosa que va permetre una diversitat d'enfocaments i va facilitar la interacció amb l'auditori. Precisament ha estat el debat viu i d'actualitat, generat després de l'exposició per part dels ponents, el tret distintiu del Seminari al llarg dels anys.

Per finalitzar aquestes línies, vull retre reconeixença a la tasca de les institucions coorganitzadores, que, gràcies al seu esforç i col·laboració han fet possible la celebració ininterrompuda de les deu edicions del Seminari. De ben segur, la doctrina generada en aquests fòrums oberts i plurals, i posada a disposició del públic interessat a través de successives publicacions com la que teniu a les mans, han contribuït a l'enriquiment del cabal jurídic del nostre país.

Eliseo Aja
President del Consell de Garanties Estatutàries
Novembre de 2011

Dijous, 15 d'octubre

I

ACTE D'OBERTURA

Intervencions:

Molt Honorable Senyor JOSÉ MONTILLA AGUILERA
President de la Generalitat de Catalunya

Honorable Senyor PERE JOVER PRESA
President del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya

SENYOR LUIS FERNANDO SOLANO CARRERA
Director del Centre d'Estudis i Formació Constitucional d'Amèrica Central i el Carib
Expresident de la Sala Constitucional de la Cort Suprema de Justícia de Costa Rica

Excel·lentíssim Senyor RAMON CAMP BATALLA
Vocal del Consell General del Poder Judicial

Excel·lentíssima Senyora MARIA EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS
Presidenta del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Molt Honorable Senyor JOSÉ MONTILLA AGUILERA
President de la Generalitat de Catalunya

MOLT HONORABLE SENYOR JOSÉ MONTILLA AGUILERA
President de la Generalitat de Catalunya

Bon dia a tothom. Donem començament a l'acte d'obertura del Seminari Autonomia i Justícia a Catalunya. Té la paraula, en primer lloc, l'Honorable Senyor Pere Jover Presa, president del Consell Consultiu.

HONORABLE SENYOR PERE JOVER PRESA
President del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya

Gràcies. Molt Honorable President de la Generalitat de Catalunya, Excel·lentíssim Senyor Vocal del Consell General del Poder Judicial, Excel·lentíssima Senyora Presidenta del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Excel·lentíssim Senyor Director del Centre d'Estudis i Formació Constitucional d'Amèrica Central i el Carib, senyores i senyors i amics.

He de començar donant-los, en nom del Consell Consultiu, la nostra més cordial benvinguda i el nostre agraïment per la seva participació en aquest X Seminari d'Autonomia i Justícia a Catalunya, que organitzem conjuntament amb el Tribunal Superior de Justícia i amb el Consell General del Poder Judicial. Molt especialment vull agrair la companyia, la presència, de totes les persones que han fet l'esforç de venir de fora de Catalunya: magistrats del Tribunal Suprem, jutges de diferents òrgans institucionals, membres i presidents de consells consultius d'altres comunitats autònomes, professors d'universitat. A tots vostès, moltes gràcies.

I, naturalment, també he de traslladar una especial salutació a aquelles persones que han abordat un viatge encara més llarg i més pesat: presidents, magistrats i lletrats de corts supremes i corts de constitucionalitat de Panamà, de Costa Rica, de Nicaragua, d'El Salvador, de Guatemala, de Puerto Rico —no sé si m'oblido d'algú, crec que no—, que habitualment ens visiten en

aquest tipus d'actes i amb els quals mantenim unes relacions de cooperació molt continuades i fructíferes en el marc del Programa del Centre d'Estudis i Formació Constitucional d'Amèrica Central i el Carib (CEFCCA), subvencionat per l'Agència Catalana de Cooperació, i que actualment és dirigit per qui va ser president de la Sala Constitucional de la Cort Suprema de Justícia de la República de Costa Rica, el magistrat Luis Fernando Solano, que ens acompanya en aquesta taula.

Bé, amb la celebració d'aquest desè Seminari ara sí que acabem un llarg trajecte que s'havia iniciat el maig de 1991. Des de llavors, amb una periodicitat que ha estat sempre biennal, les tres institucions implicades en l'organització d'aquests seminaris hem pretès articular-los com un gran fòrum de debat sobre qüestions diverses, certament, però sempre connectades amb aquesta temàtica comuna que expressa el seu títol, que és l'articulació que ha d'estar sempre present entre el poder judicial i l'Estat de les autonomies que ha previst la nostra Constitució. Crec sincerament que hem aconseguit assolir bona part dels objectius que aquell llunyà any 1991 ens havíem proposat.

El programa d'aquest desè Seminari, com han pogut comprovar, segueix el format utilitzat en edicions anteriors, amb tres sessions dotades cadascuna d'un fil conductor, comú, propi, i en les quals s'encarrega a ponents prestigiosos l'exposició de temes específics que segueixen en cada un dels tres casos aquest mateix fil conductor. Així, ara immediatament, després de l'acte d'obertura, iniciarem la primera sessió, dedicada a la temàtica relacionada amb els drets fonamentals, i en la qual tractarem temes de tanta actualitat com són els nous drets estatutaris de naturalesa prestacional, els problemes derivats de l'eutanàsia i els derivats de la laïcitat i la llibertat religiosa.

Posteriorment, a la tarda, la sessió estarà dedicada més directament a l'examen dels problemes que es deriven de la nostra naturalesa com a estat compost i hi haurà matèries de gran interès pràctic i també molt actual com ara les modificacions, els canvis que s'estan produint i que es produiran en el futur entre les competències de l'Estat i les comunitats autònomes, com a conseqüència de les últimes reformes estatutàries. Parlarem també de la novetat que significa el nou finançament autonòmic i, sobretot, d'un tema poc tractat fins ara i crec que interessant: com es poden continuar aplicant els principis de prevalença i supletorietat del dret estatal que preveu l'article 149.3 de la nostra Constitució.

I, finalment, la sessió de demà al matí es dedicarà més estrictament a qüestions relacionades amb el poder judicial, amb l'estatut de jutges i magistrats i amb aspectes processals. Ja ho veuran, ja han vist, que no hem renunciat a tractar temes que són polèmics, però que precisament per això han de ser estudiats a fons; temes com ara el dret de vaga de jutges i magistrats, els sistemes d'accés a la carrera judicial —tantes vegades tractats i poques vegades assolits d'una

forma efectiva— i el recurs de cassació, que en tot sistema com el nostre ocupa un lloc fonamental en el nostre dret processal.

Només afegiré, per acabar, que vull fer una especial menció, una especialíssima menció i reconeixement a la persona que no només ha coordinat aquest desè Seminari sinó que també ha estat l'ànima i l'impulsor de tots els anteriors que hem celebrat des de l'any 1991. Ell va ser el pare de la idea, ell ha estat qui l'ha portada endavant al llarg d'aquests divuit anys dedicant-hi temps i esforç, amb l'ajut i la col·laboració inestimables del personal d'aquesta casa. A ell correspon, doncs, fonamentalment, el mèrit pels bons resultats obtinguts. Ja saben de qui estic parlant, oi? Del meu bon amic Joaquim Borrell.

Res més, doncs. Per tot això espero que l'onzè Seminari Autonomia i Justícia, que ja serà organitzat —tots ho esperem— sota els auspicis del futur Consell de Garanties Estatutàries, sigui coordinat també pel nostre bon amic Joaquim Borrell. Res més i moltes gràcies.

Gràcies. Ara té la paraula el llicenciat Luis Fernando Solano Carrera, director del Centre d'Estudis i Formació Constitucional d'Amèrica Central i el Carib.

SENYOR LUIS FERNANDO SOLANO CARRERA

*Director del Centre d'Estudis i Formació Constitucional d'Amèrica Central i el Carib
Expresident de la Sala Constitucional de la Cort Suprema de Justícia de Costa Rica*

Bon dia. Molt Honorable Senyor José Montilla Aguilera, president de la Generalitat de Catalunya; Excel·lentíssim Senyor Ramon Camp, vocal del Consell General del Poder Judicial; Excel·lentíssima Senyora Maria Eugènia Alegret Burgués, presidenta del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya; Honorable Senyor Pere Jover Presa, president del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya; col·legues centreamericans i de Puerto Rico, autoritats de l'Estat i autonòmiques, senyores i senyors.

M'han concedit l'honor d'adreçar-me a vostès uns minuts per expressar, en nom del Centre d'Estudis i Formació Constitucional d'Amèrica Central i el Carib, unes paraules explicatives sobre la nostra presència. El Centre d'Estudis i Formació Constitucional d'Amèrica Central i el Carib es va constituir a San José de Costa Rica el desembre de l'any 2002 i se li va assignar la seu a la Sala Constitucional de la Cort Suprema de Justícia de Costa Rica, però és conseqüència d'una reunió prèvia que es va fer aquí, a la ciutat de Barcelona, l'abril de l'any 2001, convocada per l'Institut Català de Cooperació Internacional, l'ICCI, en què van comparèixer magistrats de les corts constitucionals, sales constitucionals i corts supremes de justícia de les sis repúbliques centreamericanes

d'aleshores, i després es va ampliar a la República Dominicana i a Puerto Rico. En aquesta reunió de Barcelona al 2001 es va formular el que es va anomenar la Declaració de Barcelona, per tal d'enfortir els processos de base a la regió centreamericana —on per a vostès possiblement sigui notori que es passava per una situació de postconflicte— i el paper dels tribunals constitucionals en la consolidació d'aquests processos de base. A partir de l'any 2002 hem treballat amb la col·laboració de l'Agència Catalana per a la Cooperació Internacional, amb el suport financer de l'Agència i amb el suport tecnicojurídic decidit, per denominar-lo d'alguna manera, del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya. De manera que, en aquest acte, vull agrair profundament l'esforç econòmic i de mitjans personals i materials amb què la Generalitat de Catalunya ha contribuït a la necessitat d'enfortir els processos, ja no de pau perquè la pau s'ha aconseguit, sinó d'enfortir l'estat de dret i l'estat democràtic.

Voldria dir-los, circumstancialment, que, per exemple, no hi ha presents els nostres col·legues d'Hondures per la situació greu que passa aquest país i que demostra precisament la fragilitat dels processos a la regió centreamericana, per la qual cosa creiem que, a més d'agrair l'esforç que han fet la Generalitat i el Consell Consultiu, aquesta hauria de ser una empresa que continuï en el temps, no ja amb el Consell Consultiu sinó amb el nou Consell de Garanties Estatutàries, amb una nova formació, i tant de bo que aquest sigui un esforç sostingut en el temps.

Hem d'agrair que al llarg dels últims tres seminaris d'Autonomia i Justícia que s'han celebrat aquí, a la comunitat autònoma de Catalunya i a Barcelona particularment, hàgim estat convidats per participar almenys com a auditori de les temàtiques tan riques i tan importants que s'hi han desenvolupat. Per la nostra banda, hem dut a terme dotze Jornades de Dret Constitucional en tots els països de la regió —només ens falta Puerto Rico, el febrer de l'any que ve—, i en aquelles dotze Jornades han passat més de dos mil operadors del dret, donant preferència, certament, als que estan relacionats directament amb la justícia constitucional dels nostres països. S'ha publicat almenys un llibre que recull algunes de les ponències que s'han sostingut en aquestes Jornades i, últimament, s'ha començat a implementar un programa de beques per a funcionaris joves relacionats amb la justícia constitucional dels nostres països. Ja tenim a Barcelona i a Tarragona joves funcionaris de Costa Rica, d'Hondures, de Nicaragua, de Guatemala i de la República Dominicana, perquè creiem que aquesta és una forma molt més rica d'incorporar aquest enfortiment que volem donar a la justícia constitucional dels nostres països. Al mateix temps que reiterar l'agraïment, vull instar decididament perquè aquest programa es mantingui en el temps i perquè sortim enfortits de l'esforç i del sacrifici que d'alguna manera significa que la Generalitat de Catalunya destini recursos en favor d'aquesta causa. Moltes gràcies.

Ara té la paraula l'Excel·lentíssim Senyor Ramon Camp Batalla, vocal del Consell General del Poder Judicial.

EXCEL·LENTÍSSIM SENYOR RAMON CAMP BATALLA
Vocal del Consell General del Poder Judicial

Moltes gràcies. Molt Honorable President de la Generalitat, Honorable President del Consell Consultiu, Excel·lentíssima Senyora Presidenta del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, director del Centre d'Estudis i Formació Constitucional d'Amèrica Central i el Carib, senyores i senyors, amics d'Amèrica Central que fa quaranta-vuit hores escasses estaven en el Consell General del Poder Judicial a Madrid, a la seu, on vam tenir ocasió de fer una sessió de treball que crec que va ser, si més no, il·lustrativa; intensa, segur, espero que també fos de profit. En tot cas, avui ens tornem a trobar aquí, en aquest espai de treball que el Consell Consultiu de la Generalitat ha preparat dins d'una llarga experiència —que ja en podem dir tradició—, ja que com s'ha dit avui és la desena edició dins d'aquest context de vint anys en què s'han fet aquests seminaris. Seminaris que, com el seu nom sempre ha indicat, no enganyen: Autonomia i Justícia a Catalunya. Aquest és el títol amb què de manera sostinguda s'han convocat i crec que no exagero gens si els qualifico d'uns seminaris de molta qualitat. El Consell General del Poder Judicial sempre, des del primer moment, hi ha volgut col·laborar. Durant aquests vint anys hi ha hagut diversos consells generals del poder judicial, des del punt de vista de mandats de persones; hi ha hagut diverses institucions i persones també al capdavant de la institució del Consell Consultiu i sempre s'ha mantingut aquesta col·laboració, orientada a fer un treball de qualitat, unes publicacions que, a hores d'ara, són publicacions de referència i que, per tant, des del punt de vista del Consell General del Poder Judicial hem valorat sempre com una fita dins la programació de formació que tenim marcada al llarg de l'any.

Vostès saben que una de les funcions que té atribuïdes per llei el Consell General del Poder Judicial és la formació; la formació inicial, que vostès d'alguna manera demà tractaran dins d'aquesta tercera ponència, en què hi ha un apartat concretament sobre l'accés a la carrera judicial, és a dir, com s'ha de fer aquest accés a la carrera judicial. És un dels grans debats que en els propers temps s'obriran perquè forma part de la dinàmica transformadora que en aquests moments té l'Administració de justícia i el poder judicial en conjunt. Però, a més de la formació inicial, en què tenim la sort de comptar a Barcelona amb l'Escola Judicial, la seu central de l'Escola Judicial, hi ha un altre aspecte com és la formació contínua. Formació continuada durant tota la carrera professional de jutges i magistrats, i dins d'aquest capítol s'inclou aquesta activitat. Per tant,

el Consell General del Poder Judicial està exercint realment una de les seves funcions i l'exerceix en col·laboració amb una institució que valorem molt, com és el Consell Consultiu de la Generalitat, i a més a més, amb una qualitat —com deia abans— a prova de qualsevol dubte.

En aquests moments, parlar d'autonomia i justícia és adequat, entre altres coses, perquè el legislador ha encetat —el legislador espanyol; també el legislador català, però sobretot el legislador espanyol— camins importants, ha orientat línies de futur importants des del punt de vista de com s'ha d'organitzar l'Administració de justícia a l'Estat espanyol. Ha marcat unes línies enfocades a completar un model, un model que està basat en el model autonòmic, un model territorial que té les comunitats autònomes com a centre de gestió i centre d'organització de la seva activitat pública. Evidentment, estem parlant d'un poder que és el poder judicial, que, com estableix la Constitució, és un poder únic a tot l'Estat, i per tant hem de trobar la manera d'encaixar, sent un poder únic, d'aplicar una gestió de l'Administració de justícia de forma territorialitzada. Així, quant al model que s'aplica a tota la resta de l'Administració, també haurem d'avançar en aquest sentit per tal que estigui territorialitzat sobre la base de les comunitats autònomes. Ho està, en aquests moments, sobretot pel que fa als mitjans personals i materials, i hem de veure també de quina manera fem un pas endavant en el conjunt de l'Administració de justícia. Això requereix, per descomptat, molta coordinació entre institucions, és a dir, les situacions complexes són enriquidores però també són de difícil gestió; i, per tant, aquesta complexitat implica una gran coordinació, una gran lleialtat institucional, i el Consell General del Poder Judicial vol protagonitzar aquesta coordinació. Té confiança en les línies actuals de gestió que han expressat tant el Ministeri de Justícia com les comunitats autònomes i vol fer un plantejament de confiança amb les comunitats autònomes. I aquesta coordinació s'ha de poder donar i poder portar a terme amb l'objectiu que aquestes reformes necessàries, aquesta modernització sempre permanent de l'Administració de justícia, puguin arribar a bon port. La confiança, la tenim. Hi ha en aquests moments un esperit molt positiu, que, d'altra banda, és imprescindible. En aquest sentit, el Consell General, repeteixo, vol que aquest tipus d'actes ajudin a aquesta evolució d'un model territorial de l'Administració de justícia a l'Estat espanyol.

Aquest desè Seminari és el preludi —fa un moment ho deia el president del Consell Consultiu— d'un possible onzè Seminari. Nosaltres ja diem des d'ara que ens agradaria poder col·laborar en aquest onzè Seminari. I, possiblement, es doni una circumstància bastant singular: que aquest onzè Seminari ja el protagonitzi una nova institució com és el Consell de Garanties Estatutàries, previst per l'Estatut, legislat pel Parlament de Catalunya i que està molt a punt d'entrar en funcionament. Per tant, és una nova perspectiva institucional que també és un repte per a tots els que el protagonitzaran. I amb això vull dir que,

normalment, les institucions neixen amb una certa incògnita de futur, perquè neixen *ex novo* moltes vegades i no se sap exactament com evolucionaran. El Consell de Garanties Estatutàries té una naturalesa diferent del Consell Consultiu; té, en tot cas, unes atribucions més àmplies, però el que sí que té, i això és absolutament sabut, és una llarga experiència feta per molts anys de treball de tots els membres que han format part del Consell Consultiu. Té una saviesa jurídica contrastada, que està sobre la taula, que ha estat de molta utilitat per al desenvolupament autonòmic de Catalunya. Per tant, vull que aquestes darreres paraules meves serveixin per fer un elogi de tots els membres que fins al dia d'avui han format part del Consell Consultiu i —repeteixo— molta sort al nou Consell de Garanties Estatutàries. Moltes gràcies.

Té la paraula ara l'Excel·lentíssima Senyora Maria Eugènia Alegret Burgués, presidenta del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

EXCEL·LENTÍSSIMA SENYORA MARIA EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS
Presidenta del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Molt Honorable President de la Generalitat de Catalunya, Excel·lentíssim Vocal del Consell General del Poder Judicial, Honorable President del Consell Consultiu, llicenciat Luis Fernando Solano, director del Centre d'Estudis i Formació Constitucional d'Amèrica Central i el Carib, autoritats, amics i amigues. Les meves primeres paraules són per mostrar la meva satisfacció per poder compartir amb tots vostès aquest acte d'obertura del X Seminari Autonomia i Justícia a Catalunya.

Vull donar la benvinguda, per descomptat, a totes les persones que provenen d'altres comunitats autònomes i també a les que han travessat l'Atlàntic per compartir amb nosaltres aquest Seminari, que, amb vint anys d'existència, realment s'ha caracteritzat per l'alta qualitat tant dels ponents com dels assistents, i que reflecteix, a més, la col·laboració institucional entre tres institucions com són el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, el Consell General del Poder Judicial i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Durant aquests vint anys, deu seminaris. S'han tractat temes de gran interès jurídic tant per als membres de la carrera judicial com per als altres operadors jurídics, tant en matèria de dret públic com de dret privat i, sobretot, naturalment, en matèria de dret autonòmic, conjugant aquesta característica especial que identifica aquest Seminari davant d'altres de formació. El programa actual segueix aquesta encertada línia de conjugar tots aquests temes, drets fonamentals, drets que afecten la carrera judicial i, sens dubte, com s'ha dit, no

eludeix temes conflictius i que avui en dia són sobre la taula, com és, en allò que més afecta la magistratura, l'accés a la carrera judicial, relacionat també amb tots els canvis en el sistema educatiu a causa del Pla de Bolonya, que necessàriament imposaran alguna reforma a aquest accés. Tanmateix, crec que s'ha de continuar mantenint un accés amb visió pública i plenament objectiu que garanteixi la independència de les persones que després han de formar part de la carrera judicial, a més de la seva formació jurídica i humana i d'altres aspectes que, lògicament, també ha de tenir un jutge.

I un altre tema que també m'agradaria destacar és el del dret de vaga dels jutges, que també és un tema de plena actualitat i que enfronta el jutge, en la seva doble condició d'empleat públic i poder de l'Estat, a examinar com pot canalitzar les seves protestes, sobretot quan aquestes s'adrecen a obtenir un servei públic millor; i, sens dubte, si el dret de vaga és adequat o no, que és un tema en què potser, al final, ha de ser el legislador qui s'hagi de pronunciar. Tanmateix, a mi sí que m'agradaria fer una reflexió sobre això, com és: per què hi ha jutges, sobretot els jutges de primera línia, que potser se senten més empleats públics i menys poder de l'Estat, i que potser també té relació amb el fet que no se'ls vegi com a poder de l'Estat, que no se'ls reconegui des de fora com a poder de l'Estat; un poder, evidentment, al servei dels ciutadans, no per obtenir o conservar cap privilegi. I crec que això també ens ha de fer reflexionar perquè és evident que el poder no pot fer vaga, almenys segons el meu criteri.

Aquesta edició del Seminari té també un significat rellevant en el sentit que serà l'últim que organitza el Consell Consultiu i que esperem que el següent sigui ja el primer que faci el nou Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, que ha de substituir, encara que amb característiques diferents —com s'ha dit—, aquest òrgan. Estem segurs que continuarà aquesta línia, atès l'èxit que té el Seminari i l'interès de totes les qüestions que s'hi tracten. Jo em vull unir també al reconeixement a la tasca que ha fet des del primer moment la persona que ha organitzat i s'ha preocupat que aquest Seminari pogués tenir continuïtat, a més de dotar-lo d'aquest alt nivell acadèmic. La prova són tots vostès, que són presents aquí, a més dels ponents. Vull agrair aquest esforç a Joaquim Borrell i espero que continuï aquesta mateixa dinàmica amb el Consell de Garanties Estatutàries. I, per part meua, res més i moltes gràcies.

MOLT HONORABLE SENYOR JOSÉ MONTILLA AGUILERA
President de la Generalitat de Catalunya

Bé, bon dia. El fet que tres institucions tan rellevants en el nostre sistema polític i judicial com el Consell General del Poder Judicial, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i el Consell Consultiu col·laborin i convoquin

conjuntament una nova edició, que ja és la desena, del Seminari Autonomia i Justícia, és un signe —crec— de normalitat i de fortalesa institucional.

Vull que les meves primeres paraules siguin per constatar aquest fet i per felicitar-los per la iniciativa. És en el debat i la reflexió compartida allà on podem trobar els elements que ens faran avançar col·lectivament i assolir una major maduresa democràtica institucional.

Tots els continguts i les ponències que es tractaran en aquest Seminari són, sens dubte, des del meu punt de vista, de gran interès i d'una gran oportunitat també. La seva valoració ponderada des del rigor del raonament jurídic permetrà aportar amb seguretat nous punts de vista per comprendre les possibilitats que ofereix el nostre ordenament, al mateix temps que la seva feina hauria de permetre també dialogar sobre les limitacions que s'han de superar per adaptar el marc jurídic a la realitat canviant de la nostra societat, de les nostres societats. Fou en aquesta lògica que, a partir de l'anàlisi de les limitacions, per exemple, del nostre Estatut d'autonomia de Catalunya de l'any 1979, va sorgir la necessitat d'actualitzar el nostre marc estatutari. L'Estatut aprovat al 2006, perseguia tres objectius clars. El primer, enfortir la nostra capacitat d'autogovern; el segon, potenciar el reconeixement de la nostra singularitat cultural i política, fent explícit allò que la Constitució espanyola apuntava de manera implícita; i, el tercer, replantejar el sistema de finançament autonòmic de manera que fos possible arribar a una redistribució de recursos més equitativa, més justa i més solidària. L'Estatut de 2006 va ser elaborat de manera exigent i dins del marc constitucional. El mateix Consell Consultiu va tenir un paper fonamental perquè fos així al llarg del procés. Estic convençut que només des de la legalitat i la seguretat jurídica podrem avançar amb fermesa pel camí de l'autogovern. Aquesta és i serà sempre la millor via per aconseguir els ambiciosos objectius col·lectius que ens proposem. El Govern de la Generalitat està desplegant l'Estatut amb convicció i amb diligència. Amb la seva aprovació hem aconseguit noves competències, s'han negociat traspassos importants i s'ha negociat i aconseguit un nou acord de finançament fa escassament uns mesos, amb un resultat satisfactori. El Govern pensa mantenir la mateixa actitud en el futur, treballant amb fermesa i tenacitat per aconseguir el nostre propòsit de desplegar l'Estatut actuant amb rigor i responsabilitat, complint amb el mandat que es deriva d'una llei plenament vigent, que és fruit de la voluntat d'autogovern expressada pel legislador i ratificada pel poble de Catalunya. He dit en ocasions anteriors que si hem estat capaços d'arribar fins aquí respectant la llei i el marc constitucional estic segur que sabrem trobar les vies per continuar avançant. Sempre ho hem fet oferint i reclamant lleialtat institucional. Certament, el nou text estatutari també ha obert, alhora, una nova etapa en el procés autonòmic. L'Estatut català ha servit d'exemple i de referència a altres comunitats autònomes i ha impulsat la renovació, per tant, del marc institucional del conjunt d'Espanya. L'aposta

que va suposar la modernització de l'autogovern de Catalunya ha estat també el motor que ha permès, doncs, avançar a l'Espanya autonòmica. Catalunya no renuncia a continuar liderant aquest procés malgrat el cost polític elevat que això ha suposat. La majoria de vegades, a més, injustament. Però l'esforç invertit valia la pena sempre que la modernització de l'Estat seguís endavant. Res ni ningú no ho hauria de menystenir. El procés de reformes estatutàries ha demostrat que la dinàmica autonòmica és més viva que mai. No seria lògic ni segurament tampoc legítim, per tant, considerar tancat aquest procés; la seva pròpia naturalesa ho impedeix. Al llarg d'aquests trenta anys, la consolidació i l'aprofundiment de l'Estat de les autonomies ha contribuït de manera jo crec que decisiva a la modernització a tots els nivells de la societat, del conjunt de la societat espanyola, i al benestar de la seva ciutadania. Una involució avui, òbviament, no seria possible ni beneficiosa per a ningú. Un dels principals encerts del pacte polític de la Transició va ser precisament fer possible la superació d'un model d'estat centralista, unitari i homogeneïtzador, que havia fracassat, a més, al llarg de la història moderna d'Espanya.

En definitiva, doncs, l'etapa iniciada fa quatre anys ha de permetre consolidar i aprofundir la dinàmica autonòmica avançant cap a una organització —podríem dir— cada cop més federal de l'Estat, un procés que ha de continuar d'acord amb les necessitats i la voluntat expressada per una societat que és també cada vegada més plural i més diversa. I seminaris com el que vostès celebren avui han de permetre aprofundir en l'estudi del nostre ordenament, així com en les possibilitats i en l'evolució del nostre model autonòmic, especialment en tot allò relacionat, d'una manera molt especial, amb la justícia. Cal aconseguir que la inèrcia vagi en aquesta direcció i no pas en una direcció contrària. Comptem amb l'aval, jo crec, de la seva excel·lència, amb el seu coneixement profund del dret per seguir avançant en aquest sentit. I, evidentment, tot i que tindrè una altra ocasió, vull mostrar el meu reconeixement al Consell Consultiu, a les tres institucions que organitzen aquests seminaris i, de manera molt especial, al seu coordinador i impulsor, al qual s'ha fet referència en la resta d'intervencions, en el sentit a més a més que estic convençut que el proper seminari ja serà coorganitzat per un nou organisme, que preveu el nou Estatut, que estarà constituït d'aquí a molt poques setmanes. Repeteixo que tenim l'aval de la seva excel·lència, del seu coneixement profund del dret, per seguir avançant en aquest camí, en aquest sentit, i per tant els animo a tots a continuar reflexionant amb esperit crític a l'entorn dels reptes del present i a formular propostes de futur per construir i continuar millorant el nostre marc de convivència. Aquest és un objectiu al qual ens devem tots plegats, tots els que tenim un càrrec de representació pública, elegits directament pels ciutadans o no; en qualsevol cas, servidors, això sí, de tots els ciutadans. Per tant, moltes gràcies i que tinguin un bon Seminari.

II

PRIMERA SESSIÓ

1. ELS DRETS PRESTACIONALS A L'ESTAT AUTONÒMIC:
IGUALTAT O FRAGMENTACIÓ?

2. EUTANÀSIA I CONSTITUCIÓ:
EL DRET A VIURE AMB DIGNITAT EL PROCÉS DE LA MORT

3. EL PRINCIPI DE LAÏCITAT EN L'ÀMBIT PÚBLIC

COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES
Moderador: Miguel Julián Collado Nuño

1. ELS DRETS PRESTACIONALS A L'ESTAT AUTONÒMIC: IGUALTAT O FRAGMENTACIÓ?

Ponent:

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Sevilla

SUMARI: 1. Plantejament. 2. Les diferències de tractament dels drets socials en el nivell autonòmic. 2.1. Diferències de la legislació autonòmica sobre drets socials. 2.2. Diferències observables entre els estatuts d'autonomia de nova fornada: a) Diferències en l'estructura de la part dogmàtica. b) Diferències en els continguts. c) Diversitat en la regulació de les garanties. 3. L'abast de l'article 139.1 CE. 4. L'article 149.1.1 CE i la igualtat interterritorial. 5. Reflexió final

1. PLANTEJAMENT

El títol d'aquesta intervenció pretén expressar amb claredat la qüestió a què aquí ens circumscriurem. En aquest sentit, la concreció és especialment necessària si tenim en compte els nombrosos temes implicats quan es parla d'estatuts d'autonomia o de drets estatutaris. Aquests «drets» són, al costat dels «principis», els que donen contingut a les cartes o taules de drets, majoritàriament «socials», que apareixen als estatuts d'autonomia de nova fornada. Per tant, cal advertir d'entrada que no ens aturarem en el contingut dels drets prestacionals en si, ni tan sols en allò que tingui alguna relació amb els drets socials i l'Estat autonòmic. Només ens proposem d'abordar la tensió entre igualtat i diversitat en aquesta matèria.

És més, en nom de la claredat sobre la qüestió que estudiem, és oportú deixar de banda fins i tot alguns aspectes molt importants que, sobre aquests drets, ha abordat la Sentència del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de desembre, dictada en el Recurs d'inconstitucionalitat sobre l'Estatut valencià. Assenyaladament, en quedarà marginat allò relacionat amb el contingut possible dels estatuts, és a dir, la qüestió important de si s'hi han d'introduir taules de drets o no, o dit d'una altra manera, la interpretació que es pugui donar a l'article 147.2 CE; és a dir, una interpretació estricta que admeti només els continguts expressament esmentats en el dit article o una interpretació àmplia

que porti a admetre qualsevol contingut rellevant —la proclamació de drets, sobretot— per a la projecció de l'Estatut i l'impuls de l'autonomia, amb l'únic límit que no infringeixi la Constitució. Així mateix, s'eludirà el tractament del problema de la congelació o petrificació dels drets que comporta la seva inserció als estatuts i els problemes inherents per al pluralisme polític, un punt especialment controvertit.¹ Un altre gran aspecte que haurà de restar al marge es refereix a la relació que tenen les taules de drets incorporades als estatuts amb els drets fonamentals de la CE: si tot el que poden fer els estatuts amb plena eficàcia jurídica és reproduir o calcar al peu de la lletra els drets fonamentals —com sosté la STC 247/2007— o si poden modular o especificar aquests drets, com ho han fet amb tota naturalitat durant els darrers trenta anys les lleis ordinàries dictades pels parlaments autonòmics. Finalment, tampoc no abordarem la qüestió que potser ha cridat més l'atenció en aquesta matèria, referida al valor jurídic dels enunciats estatutaris en matèria social, és a dir, si els drets proclamats pels estatuts són autèntics drets públics subjectius o si són mers principis o mandats adreçats al legislador autonòmic, com així ho vol i ha resolt la STC 247/2007.

Ara bé, aquesta darrera qüestió, aparentment diferent i tocant al tema que ens ocuparà des d'ara, té en realitat una importància decisiva per a aquest, atès que de l'esmentada qüestió depèn que el debat «igualtat *versus* diversitat» tingui sentit o no sigui més que una especulació teòrica feta en el buit i sense cap eficàcia pràctica. En efecte, si als enunciats estatutaris o legals que proclamen drets se'ls reconeix el valor dels autèntics drets públics subjectius, el possible problema de la desigualtat entre estatuts adquireix tota la seva força; però si aquests enunciats es reputen només com a normes programàtiques sense eficàcia directa, el problema perd tensió, es desinfla, és a dir, deixa de ser un problema significatiu.

1. És obligat citar els autors que van polemitzar aviat sobre aquesta qüestió. Així, FERRERES COMELLA V., «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», a l'obra col·lectiva del mateix títol, CEPC, Madrid, 2006, pàg. 17 i 22; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. M., «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pàg. 71-72; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M. «Sí, pueden: declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía», a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007, pàg. 39. Aborden aquesta problemàtica els vots particulars respectius dels magistrats Delgado Barrio i Rodríguez Zapata a la STC 247/2007. Aquest darrer, referint-se als estatuts, diu: «Ese carácter de fuente de contenido legítimo ambiguo e impreciso y de pétreo fuerza de resistencia, en cuanto a su posibilidad de reforma, produce unos efectos indeseables en nuestro sistema de fuentes que, hacia arriba, deconstruye las competencias constitucionales del Estado y, hacia abajo, limita en forma grave el funcionamiento democrático de las Comunidades Autónomas. En efecto, cada vez que una mayoría ocasional de partidos autonómicos logre el plácat de la Cortes Generales podrá petrificar en una reforma del respectivo Estatuto derechos, principios, mandatos o directrices que vinculen a mayorías democráticas futuras».

2. LES DIFERÈNCIES DE TRACTAMENT DELS DRETS SOCIALS EN EL NIVELL AUTONÒMIC

Abans que res és obligat inventariar, encara que sigui succintament, les diferències existents que permeten parlar de diversitat entre estatuts en el tractament dels drets socials, sense prejudicar ara si aquesta diversitat és lícita o no. Vegem, per tant, els fets purs, exposats de manera sintètica.

2.1. *Diferències de la legislació autonòmica sobre drets socials*

Es pot afirmar que, en termes globals, des del naixement mateix de l'Estat autonòmic la tendència cap a la tutela dels drets socials ha estat la tònica comuna als territoris, sense que s'apreciïn diferències sensibles entre aquests. Cap Comunitat Autònoma no podria ser acusada d'indòcil o de negligent en l'impuls de l'Estat social. Si s'observa atentament la legislació autonòmica apareguda no es pot dir altra cosa. Lògicament, això no implica que l'esmentat impuls hagi estat idèntic a tots els territoris, ni en el nombre ni en la profunditat de contingut de les normes dictades sobre una matèria tan àmplia.

En efecte, hi ha en conjunt més de tres-centes lleis autonòmiques en vigor, de caràcter substantiu, produïdes des de l'inici del sistema; a més d'això, cal explicar les nombroses normes reglamentàries i les altres lleis singulars que es limiten a crear centres o serveis d'atenció social. Per esmentar una dada orientativa, es pot dir que es troben al capdavant quant a nombre de lleis socials aprovades la Comunitat Autònoma de Madrid, la Comunitat Valenciana i Catalunya, i cadascuna d'aquestes depassen àmpliament la vintena de disposicions amb rang de llei. Per tant, cal donar per fet que hi ha desigualtat entre comunitats autònomes quant a la quantitat de lleis que s'ocupen de la matèria; és a dir, que la densitat normativa és diferent a cada territori.

També hi ha una desigualtat qualitativa, entenent per aquesta les diferències existents quant a la qualificació que les respectives lleis autonòmiques donen a les prestacions socials que regulen, declarant-les com a drets subjectius o no. Per tant, es pot dir que també hi ha diferències de grau entre comunitats autònomes quant a la seva actitud protectora o «generositat» envers els subjectes beneficiaris. I ja dins de l'àmbit de les prestacions reconegudes com a veraders drets subjectius, perquè així ho declaren expressament les lleis corresponents —i no com a meres normes d'acció o d'organització dels serveis—, també hi ha desigualtats des d'un altre punt de vista, és a dir, el de la fermesa d'aquests drets o de la seva precarietat; en altres paraules, si es tracta de drets subjectius perfectes o, per contra, de drets debilitats o claudicants. Doncs bé, cal dir que és molt desigual l'ús de la clàusula «en funció dels recursos disponibles» —símbol mateix de la precarietat— amb la qual de vegades aquestes lleis socials matisen

o condicionen els «drets» que proclamen. Es pot afirmar que aquesta clàusula és pràcticament absent en la legislació d'algunes comunitats autònomes, mentre que d'altres n'han fet un ús no precisament escàs.

2.2. Diferències observables entre els estatuts d'autonomia de nova fornada

Un cop expressades, encara que a grans trets, les diferències que ofereixen les lleis autonòmiques, és important registrar les desigualtats que presenten entre si els nous estatuts. Constitueixen el nostre banc de proves els sis estatuts de nova fornada² més el Projecte de reforma del de Castella-la Manxa; aquests contenen en conjunt més de quatre-cents enunciats, dels quals més de la meitat es formulen com a drets subjectius i la resta, com a principis rectors. Aquestes són les dues categories que pràcticament absorbeixen el contingut dogmàtic dels nous estatuts. Excloem d'aquest còmput la Proposta de reforma de l'Estatut d'Extremadura³ perquè no conté una taula de drets malgrat que fixi una relació important de principis rectors.

S'aprecien diferències entre estatuts en alguns aspectes significatius. En síntesi, són les següents:

a) Diferències en l'estructura de la part dogmàtica

Cal entendre per una bona ordenació o estructura de la part dogmàtica d'un estatut que els enunciats referits als drets, deures i principis estiguin degudament separats atenent a la seva naturalesa, que disposin d'un precepte que expliciti el valor de cada una de les categories que componen la Carta i d'una clàusula de tancament expressiva de les garanties que corresponen a les categories esmentades. Tenint en compte aquests criteris, es pot afirmar que alguns estatuts ofereixen una excel·lent sistemàtica, mentre que d'altres deixen molt a desitjar. Aquesta diferent qualitat no es pot considerar intranscendent, ja que no es tracta d'una mera qüestió estètica o formal, sinó que té una notable rellevància substantiva. Doncs bé, es pot afirmar amb resolució que és modèlic en aquest aspecte l'Estatut de Castella i Lleó i que també ofereixen una bona sistemàtica els de Catalunya i Andalusia, virtut que no és predicable de la resta d'estatuts.

2. Lleis orgàniques 1/2006, de 10 abril, de reforma de la Llei orgànica 5/1982, d'1 de juliol, d'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana; 6/2006, de 19 juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya; 1/2007, de 28 febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears; 2/2007, de 19 març, de reforma de l'Estatut d'autonomia per a Andalusia; 5/2007, de 20 d'abril, de reforma de l'Estatut d'autonomia d'Aragó; 14/2007, de 30 novembre, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó.

3. BOCG, Congrés dels Diputats, núm. 199, 1 d'octubre, sèrie B, Proposicions de Llei.

b) Diferències en els continguts

En aquest aspecte hi ha una gran heterogeneïtat. Malgrat el reduït nombre d'estatuts objecte de comparació no és possible trobar fils conductors comuns. No són homogenis des del punt de vista de la quantitat de drets o principis proclamats, és a dir, de la densitat de «substància dogmàtica», i tampoc no ho són quant a la intensitat o profunditat del que es proclama, ni en l'equilibri entre drets subjectius i principis rectors.

Un inventari de les diferents matèries que conformen la part dogmàtica d'aquests estatuts (la igualtat, la participació, la mort digna, la sanitat, els menors, la drogodependència, l'assistència social...) avalaria l'afirmació anterior. Però aquesta no és l'ocasió i tampoc no cal fer ara comparacions ni mostrar les particularitats entre estatuts. Per l'objectiu que aquí es persegueix importa més dir que, pel que fa als drets subjectius inclosos als estatuts, gairebé la meitat tenen relació amb els drets fonamentals de la CE, és a dir, amb els que conté la secció primera, capítol II, títol I; i que la resta d'aquests drets és el resultat de la conversió de principis rectors constitucionals continguts al capítol III de l'esmentat títol CE, és a dir, de la transformació de principis rectors en drets, una operació sense taxa des del punt de vista constitucional. Quant als principis rectors estatutaris, pràcticament la meitat són reiteracions o, més ben dit, translacions dels principis rectors constitucionals (cap. III, títol I CE), i l'altra meitat se la reparteixen pràcticament igual els principis que connecten amb els drets del capítol II, títol I CE, i altres principis de nou encuny creats pel legislador estatuent.

c) Diversitat en la regulació de les garanties

Una diversitat ostensible entre els estatuts rau en el diferent tractament que reben les clàusules de tancament o garanties de les seves respectives «cartes de drets». En aquest sentit, és molt destacable l'Estatut de Catalunya amb la seva sèrie d'instruments garants dels drets que preveu el seu títol I;⁴ i en un nivell anàleg es troben els estatuts d'Andalusia i de Castella i Lleó.

Aquestes clàusules de garantia aporten, per si hi hagués algun dubte, un reforçament explícit de l'exigibilitat dels drets subjectius estatutaris i de la

4. Articles 37 i 38 i concordants de l'Estatut. En síntesi, es tracta de la vinculació directa dels drets reconeguts pels capítols I, II i III a tots els poders públics de Catalunya, drets que, a més, «s'han d'interpretar i aplicar en el sentit més favorable per a llur plena efectivitat» (art. 37.1); reserva de llei per a la seva regulació essencial (art. 37.3); tutela —dictamen vinculant— pel Consell de Garanties Estatutàries (art. 38.1); recurs contra els actes que vulnerin els drets reconeguts pels capítols esmentats davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (art. 38.2); defensa pel Síndic de Greuges (art. 78).

seva justiciabilitat, una precisió sempre oportuna que, tanmateix, no apareix als estatuts diferents dels esmentats anteriorment, la qual cosa és curiosa per no dir xocant.

Així mateix, es produeixen diferències notables quant als desplegaments normatius dels nous estatuts d'autonomia. En termes generals es pot dir que aquest desplegament és escàs i que, ara per ara, hi ha molta distància entre les declaracions i les promeses que aquests contenen i el que ha ofert la pràctica des de la seva entrada en vigor. Cal dir que després de l'eclosió espectacular dels drets socials, com a capdavanters del moviment de reformes estatutàries, la situació s'ha desplomada, sens dubte per l'influx de la Sentència 247/2007 de l'Estatut valencià però sobretot per l'impacte de la crisi econòmica, que ja es va posar de manifest abans fins i tot que recaigués la Sentència esmentada. En aquesta penosa etapa d'incerteses, el desenvolupament estatutari es pot considerar satisfactori a Catalunya, per la varietat i la intensitat de les lleis que ha aprovat el seu Parlament,⁵ seguida a força distància per la Comunitat Valenciana,⁶ les Illes Balears⁷ i Aragó.⁸ Andalusia i les dues Castelles queden endarrerides, amb una producció legislativa pràcticament inexistent.

Aquest és, en síntesi, el pressupòsit de fet de la qüestió que abordem aquí, el panorama fàctic sobre el qual cal situar l'atenció «igualtat *versus* diversitat», una tensió que gairebé no ha existit durant els trenta anys de vida del sistema pel que fa a la legislació ordinària autonòmica. Cal ressaltar que el mateix esdevenir del procés normatiu autonòmic s'ha anat encarregant de crear diversitat d'una manera natural i de demostrar empíricament —sense necessitat, per tant, de fer grans plantejaments dogmàtics— que la diversitat és inherent a l'autonomia política.

En suma, seria pràcticament impossible fer un inventari exhaustiu dels drets i deures ja creats per les lleis ordinàries autonòmiques, atès que aquests es comptarien per milers perquè no s'ha d'oblidar que els grans enunciats que es formulen com a drets es diversifiquen després en drets més específics i aquests, al seu torn, en altres de més concrets, i es produeix així una creació de drets en arbre que en alguns sectors especialment sensibles —la salut, l'assistència

5. Llei 13/2006, de 27 juliol, de prestacions socials de caràcter econòmic; Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials; Llei 18/2007, de 28 desembre, del dret a l'habitatge; Llei 5/2008, de 24 d'abril, del dret de les dones a eradicar la violència masclista; Llei 12/2009, de 10 juliol, d'educació; Llei 16/2009, de 22 juliol, dels centres de culte.

6. Llei 1/2007, de 5 febrer, de la Generalitat, per la qual es regulen les empreses d'inserció per a fomentar la inclusió social a la Comunitat Valenciana; Llei 9/2007, de 12 de març, de la Generalitat, de renda garantida de ciutadania de la Comunitat Valenciana; Llei 6/2008, de 2 de juny, de la Generalitat, d'assegurament sanitari del sistema sanitari públic de la Comunitat Valenciana.

7. Llei 4/2009, d'11 de juny, de serveis socials de les Illes Balears.

8. Llei 5/2009, de 30 juny, de serveis socials d'Aragó.

social, la protecció de menors...— assoleix dimensions considerables. Per això, seria fins i tot ridícul polemitzar a hores d'ara sobre la diversitat que ha anat generant la producció normativa de cada comunitat autònoma i sobre la seva licitud. No obstant això, no es pot ignorar l'existència de tensions subjacents derivades d'aquestes desigualtats, encara que mai no hagin aparegut de forma especialment conflictiva. Però aquesta tensió ha aflorat i fins i tot s'ha tornat virulenta quan la diversitat s'ha establert als estatuts. Com hem advertit, diversos arguments sostenen la discussió doctrinal en aquest pla estatutari, i els principals han quedat ressenyats al principi, però —com també hem dit— aquí ens cenyim només a l'argument de la igualtat dels ciutadans, és a dir, al joc dels articles 131 i 141 CE.

3. L'ABAST DE L'ARTICLE 139.1 CE

Analitzem ara, des del pla estatutari que estem considerant i des de l'única perspectiva de l'article 139.1 CE, les actituds a favor i en contra de la igualtat de tracte de tots els espanyols. En concret, és necessari aclarir la incògnita de si aquest precepte constitucional permet que als estatuts figurin taules de drets o no. Abans que res, ens hem de fixar en la literalitat del precepte en qüestió: «Tots els espanyols tenen els mateixos drets i les mateixes obligacions en qualsevol lloc del territori de l'Estat».

Sobre el sentit del precepte hi ha dues posicions antagòniques. Des de la primera, un sector doctrinal ja minoritari ha defensat la interpretació purament literal del precepte, postulant per a això la tesi de la igualtat interterritorial, mentre que el sector oposat nega que l'esmentada norma tingui aquest abast, amb l'argument que llavors seria pràcticament impossible d'encaixar-la en l'esquema d'un estat compost. Però la contundència amb què s'expressa el precepte, almenys en el pla purament gramatical, el fa especialment «àrid», com ho demostra el fet que els mateixos autors que s'oposen a la interpretació literal o uniformista de la norma reconeixen la dificultat que aquesta planteja en aquest sentit. Així, Pemán Gavín assenyalava que els seus termes són certament foscos, perquè sembla que imposen una estricta uniformitat territorial de l'estatus jurídic dels espanyols en tots els seus aspectes, atès que no fa cap matisació.⁹

9. «Igualdad de los ciudadanos...», cit. pàg. 138. Així ho ha advertit un nombrós sector doctrinal, entre d'altres, DE OTTO, I., «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia Constitucional», RVAP, núm. 10, 1984; BAÑO LEÓN, J. M., «Las Autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida», Madrid, 1988, pàg. 192-193; CARRO, J. L., «Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1ª de la Constitución», REDL, núm. 1, 1981; LUCAS VERDÚ, P. i LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Comentario al artículo 139...», a Comentarios a la Constitución..., cit. pàg. 475 i seg.; ÁLVAREZ CONDE, E., «Curso de Derecho Constitucional», vol. II, Tecnos, Madrid, 1993, pàg. 359-360.

En aquesta mateixa clau, fins i tot la STC 37/1981, de 16 de novembre —a la qual s'atribueix per la generalitat de la doctrina haver estat la pionera d'una interpretació de la norma oberta a la diversitat interterritorial—, el que defensa clarament, si ens atenim al valor de les seves paraules, és un criteri d'igualtat, en dir que el precepte esmentat «no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones». Si es llegeix rectament, aquesta declaració dóna peu per entendre, *a contrario*, que no es descarta la uniformitat, sempre que aquesta no sigui «rigurosa i monolítica», és a dir, una uniformitat al cent per cent.

Òbviament, el Govern d'Aragó, en el seu recurs contra l'article 17.1 de l'Estatut valencià, va advocar per la interpretació literal de l'article 139.1 CE, defensant així que «el régimen de derechos y libertades de los españoles en el conjunto del territorio nacional debe ser común». I el mateix va fer el recurs del Grup Popular contra l'Estatut de Catalunya. També en aquesta línia uniformadora s'inscriuen els vots particulars d'alguns magistrats en la tan esmentada STC 247/2007, en sostenir —diguem-ho sintèticament— que: a) l'article 139.1 CE diu el que diu, i no una altra cosa; b) aquest precepte ha d'exercir un paper complementari —de reforç— dels articles 81.1 i 149.1 CE; c) l'article 139.1 proclama la igualtat de drets, i com que l'Estatut és desigualtat això vol dir que l'Estatut no és una via adequada per a la proclamació dels drets; d) els nous estatuts, amb les seves taules de drets, constitueixen un fet nou i, per tant, un nou escenari en el qual és obligat atribuir a l'article 139.1 una dimensió extraautonòmica, és a dir, una funció d'igualació interterritorial. En suma, que no es pot desproveir l'article 139.1 CE de la seva funció garant de la unitat i la igualtat.

D'altra banda, s'argumenta que tenint en compte que els estatuts són lleis de les Corts Generals no és admissible que aquestes puguin donar drets diferents a uns i altres espanyols. En conseqüència, per a aquesta línia interpretativa l'article 139.1 ha de tenir necessàriament una projecció interterritorial quan l'òrgan emissor de la norma és el Parlament de l'Estat. La conclusió de tot això és la inadmissibilitat que les normes estableixin diferenciacions no raonables o arbitràries entre els subjectes a un mateix legislador.

Contràriament, les tesis defensores de la diversitat possible es basen en les consideracions següents. El primer que s'argüeix és que el principi d'igualtat dels ciutadans davant la Llei, *ex art.* 14 CE, s'ha de fer necessàriament compatible amb la diversitat normativa que és consubstancial al sistema. Així ho deixa dit, encara que de passada, la STC 247/2007 en el seu FJ 4.c. En segon lloc, s'argumenta que la interpretació actual de l'article 139.1 té el seu origen en la doctrina establerta per la STC 173/1998, en el sentit que el principi d'igualtat

a què l'article es refereix no implica homogeneïtat a tot el territori de l'Estat sinó que aquesta uniformitat es projecta només *ad intra* de cada ordenament autonòmic, en línia amb la solució present a l'article 17 de la Constitució de la Segona República espanyola i al 33.1 de la Llei fonamental de Bonn. I aquesta és la tesi que realment segueix la STC 247/2007,¹⁰ encara que jugant amb les paraules i les idees, introduint equívocs abundants com el de la «unitat substancial»¹¹ i altres invocacions retòriques a la unitat i la igualtat gens aclaridores que més aviat semblen fetes de cara a la galeria. En efecte, fins i tot

10. Així, conclou el FJ 13: «es inherente a nuestro sistema constitucional que, como consecuencia del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias exclusivas o de desarrollo legislativo, los ciudadanos residentes en los distintos territorios autonómicos puedan estar sometidos a regímenes jurídicos diferenciados en las áreas materiales correspondientes a dichas competencias y, consecuentemente, tengan diferentes derechos en esas áreas. Por ello, como indicábamos en el FJ 4, el art. 14 CE sólo opera a partir de estas consideraciones y nunca haciendo abstracción de las mismas». Una conclusió que reafirma al FJ següent (14) amb el qual clou el tema: «En suma, de todo lo dicho se desprende que el art. 139.1 CE (“todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del Estado”), encuentra virtualidad y proyección en el territorio de cada una de las Comunidades Autónomas en el que se suman el criterio de igualdad sustancial en cuanto a los derechos constitucionales y el criterio de igualdad que se deriva de la intervención legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma».

11. Aquesta expressió apareix al FJ 13 quan diu que «aquella [la Constitució] establece un principio de igualdad sustancial que no puede confundirse con un principio de uniformidad». Segons es desprèn del mateix fonament jurídic, aquesta unitat substancial és la que resulta del fet que tots els drets del capítol II, títol I, vinculen a tots els poders públics de la manera que s'enuncien en el text constitucional, la qual cosa es reforça en el cas dels regulats a la secció primera, atès que aquests requereixen llei orgànica. Però un cop dit això, la Sentència, en un passatge posterior del mateix fonament jurídic, també predica aquesta «unidad sustancial» de l'article 139.1, dient que aquest no estableix una «uniformidad absoluta» sinó una unitat substancial. A continuació, assenjala que aquesta «unidad sustancial» —no es diu en què consisteix— «es susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada». Tampoc no aclareix què són aquestes «modulaciones diferenciadas», de la qual cosa resulta que la Sentència munta el raonament sobre una premissa major —la unitat— que hipotèticament seria després susceptible de ser exceptuada. Però, veritablement, aquesta premissa major és una ficció, no existeix, és una creació de la Sentència, atès que no atribueix cap conseqüència ni efecte a aquesta pretesa unitat substancial que pregona. Som al terreny de la pura retòrica. Realment, aquí l'únic visible i tangible és la diversitat, no pas la unitat. Veritablement, el que la Sentència sosté és que la igualtat només es refereix a les «posiciones jurídicas fundamentales» quant a l'exercici dels drets i el compliment dels deures constitucionals, i cita sobre això la STC 37/1987, FJ 10. Per tant, els dos pilars que han de sostenir aquesta igualtat «básica» es contenen a l'article 149.1, com proclama expressament la Sentència en el seu FJ 14; un article que «tiene dos proyecciones diferentes»: d'una banda, la regla primera («condiciones básicas que garanteein la igualdad [...]»), i de l'altra, les competències exclusives, les legislatives... que corresponen a l'Estat segons el mateix article. La Sentència conclou: «Así pues, una vez garantizadas, de un lado, las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles respecto de los derechos constitucionales (arts. 81.1 y 149.1.1 CE) y, de otro, la señalada igualdad material prevista para las áreas de competencia estatal (art. 149.1 CE), nuestra Constitución permite que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas establezcan sus propias políticas diferenciadas en las materias de su competencia». És evident que a la fi l'article 139.1 queda exclòs de l'àmbit restringit de la igualtat que la STC 247/2007 defensa, això és, el circumscrit a les «posiciones jurídicas fundamentales».

dins del marc de l'article 139.1 el Tribunal no s'està de parlar d'un «sustrato de igualdad en todo el territorio nacional», «elemento unificador», «patrimonio común de los ciudadanos [...]», etc.¹² A més, utilitza —evidentment— la ja antiga falca que l'esmentat precepte no imposa una «uniformidad rigurosa y monolítica», com si admetés, com s'ha dit abans, que la uniformitat és legítima sempre que no arribi fins a l'extrem de ser monolítica i rigorosa. En suma, jocs de paraules que enterboleixen molt la claredat que han de tenir aquests conceptes, i crida l'atenció que, al fil d'aquest discurs «uniformista», la Sentència vagi recordant al mateix temps, de manera contradictòria, altres pronunciaments anteriors del Tribunal que donen suport a la intraterritorialitat de l'article 139.1 CE, és a dir, a la seva manca d'efectes amb vista a la igualtat entre territoris. Per cert, tots aquests pronunciaments es refereixen a lleis autonòmiques ordinàries, i no pas a estatuts.¹³

Davant l'argument que un mateix legislador —les Corts, en aquest cas— no ha de crear diferenciacions no raonables o arbitràries,¹⁴ la doctrina hi oposa alguns contraarguments que, en síntesi, són els següents: a) la Llei aprovatòria de l'Estatut no és una llei estatal qualsevol, sinó l'acte que aprova la norma institucional bàsica d'una comunitat autònoma i, per tant, ha de ser conseqüent amb la diversitat que això implica;¹⁵ b) parlar de l'Estat —afirma Càmera Villar— com «el mateix legislador que aprova tots els estatuts» només és possible en abstracte, però no en relació amb cada estatut en concret, atesa la significació d'aquesta norma en l'articulació del pluralisme territorial i el seu caràcter paccionat;¹⁶ c) és perfectament normal —es diu també— que les Corts Generals variïn la seva actitud en funció de l'interlocutor amb qui mantinguin el seu diàleg normatiu.¹⁷

12. S'ha de ressaltar que la Sentència comentada, al seu FJ 4.c, porta a col·lació una Sentència anterior —122/1988, FJ 5— en la qual es diu que els articles 139.1, 149.1.1 i 149.1.18 assequen, amb tècniques diverses, «una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservan también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía». L'al·lusió a l'article 139.1 en el context d'aquesta declaració posa en relleu l'ús poc rigorós dels conceptes a què fem referència en el text.

13. Així, les STC 137/1981, de 16 de novembre (FJ 4); 76/1983, FJ 2.a (FJ 4). També cita —al FJ 13— les STC 186/1993, de 7 de juny, FJ 3; 46/1991, de 28 de febrer, FJ 2; 225/1993, de 8 de juliol, FJ 3, 5 i 6; 284/1993, de 30 de setembre, FJ 2; 319/1993, de 27 d'octubre, FJ 5; 337/1994, de 23 de desembre, FJ 19; 14/1998, de 22 de gener, FJ 5, i 233/1999, de 13 de desembre, FJ 26.

14. Aquesta regla porta causa de l'article 14 CE, com recorda la STC 247/2007 al FJ 4.c.

15. Així ho sosté Marc Carrillo, qui a més ressalta que l'Estatut és fruit de la concurrència de dues voluntats legislatives en un procés de caràcter paccionat. «Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pàg. 51.

16. «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (A propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, pàg. 284.

17. En aquest sentit, vegeu Cabellos Espíerrez, «La relación derechos-estado autonómico en la Sentencia sobre el Estatuto valenciano», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 7, octubre 2008, pàg. 140.

En vista de tot el que s'ha exposat, les conclusions més segures que es poden establir sobre l'abast de l'article 139.1 CE són, en resum, les següents:

1. L'esmentada norma no conté un títol competencial, sinó un principi impulsor de la igualtat en abstracte. 2. En concret, aquesta igualtat l'ha de garantir el legislador autonòmic en el seu àmbit intern, i l'Estat en la dimensió interterritorial quan dicta les seves lleis. I aquí precisament cal inscriure l'encesa controvèrsia sobre si els estatuts —que per imperatiu constitucional han de ser aprovats per l'Estat— són simplement lleis de l'Estat o no. És indubtable que una resposta categòrica a aquesta espinosa qüestió, en un sentit o en un altre, aclariria per sempre quina ha de ser la funció de l'Estat, quan aprova un estatut, amb vista a la igualtat entre territoris.

En suma, es pot dir que l'article 139.1 CE té una eficàcia bifront, en el sentit assenyalat abans. Però cal advertir que la STC 247/2007 no arriba a fer una declaració d'aquesta mena, i deixa en definitiva la garantia de la igualtat interterritorial exclusivament a càrrec de l'article 149.1 CE. Una sortida que resulta summament arriscada en vista, com veurem a continuació, del minvat abast material que la mateixa Sentència reconeix a aquest últim precepte. Per tant, una interpretació extrema de l'article 139.1 com la que s'ha anat sostenint, en el sentit que la seva projecció és exclusivament intraterritorial, deixa a l'Estat sense una de les dues eines jurídiques —art. 139.1. i 149.1.1— que estem considerant. Per això no es pot obviar la idea que hagués estat preferible una interpretació intermèdia de l'article 139.1, més equilibrada, consonant amb el fet que no estem davant de meres lleis de creació autonòmica, sinó davant d'estatuts, dels quals l'Estat és almenys coautor, la qual cosa justificaria que aquest pogués vetllar per una certa uniformitat extraautonòmica, encara que fos amb caràcter mínim, allà on això fos necessari. Però, com s'ha dit, tot queda a càrrec del que pugui fer l'Estat en favor de la igualtat amb el poder que li confereix l'article 149.1.1 CE.

4. L'ARTICLE 149.1.1 CE I LA IGUALTAT INTERTERRITORIAL

Recordem que l'article 149.1.1 atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre «la regulació de les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals».

Algun sector doctrinal ha considerat que aquest precepte restringeix de manera important la diversitat en matèria de drets. En aquest sentit, els recursos d'inconstitucionalitat presentats contra els estatuts valencià i català arriben

a dir precisament que l'article 149.1.1 impedeix que els estatuts continguin declaracions genèriques de drets, deures i llibertats.¹⁸

És obligat relativitzar la contundència de la darrera afirmació si recordem els trets definitoris més acusats que es prediquen sobre l'abast de l'article 149.1.1 CE, si bé ho hem de fer molt resumidament atesos els nombrosos perfils que ofereix aquest precepte i la nombrosa doctrina que ha recaigut sobre aquest.¹⁹ Primerament, s'ha de ressaltar que l'esmentada norma no constitueix per si mateixa un límit enfront dels enunciats legals i estatutaris, senzillament perquè no té contingut substancial, és a dir, que no es tracta d'una regla material sinó d'un instrument eventualment utilitzable per l'Estat per aconseguir una certa igualació en determinats àmbits de l'ordenament jurídic; en suma, es tracta d'un límit potencial o virtual, no actual. D'això es deriva que, davant d'una presumpta extralimitació estatutària, no es podria esgrimir en contra seu el fet mateix de l'existència de l'article 149.1.1,²⁰ encara que a parer nostre s'haurien d'introduir algunes correccions a aquesta regla. Per tant, s'ha de reconèixer, ens agradi o no, que fa temps que el precepte esmentat va deixar de ser una clàusula impeditiva *per se* de les «divergències no raonades i desproporcionades», com va proclamar la primitiva STC 48/2008, FJ 25. Com s'ha dit, el que conté aquest

18. I per això invoquen les STC 25/1981, de 14 de juliol; 61/1982, de 22 de febrer; 32/1983, de 28 d'abril; 76/1983, de 5 d'agost, i 49/1984, de 5 d'abril.

19. Entre d'altres, vegeu PEMÁN GAVÍN, J. M., «Igualdad de los ciudadanos...», cit.; BAÑO LEÓN, J. M., «Las autonomías territoriales y el principio de unificación de las condiciones de vida», INAP, Madrid, 1988; LÓPEZ GUERRA, L., «La doctrina del Tribunal Constitucional...», a *La función del artículo 149.1.1ª CE...*, cit., TUDELA ARANDA, J., «Derechos constitucionales y Autonomía Política», Civitas-IVAP, Madrid, 1994; AJA, E., «El artículo 149.1.1ª de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social» a AD, «La función del artículo 149.1.1ª de la CE en el sistema de distribución de competencias», Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1992; BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE», IEA, Barcelona, 2004; CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., «La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1.1ª CE», a *Estado compuesto y derecho...*, cit.; més recentment en «La relación derechos-Estado Autonomico en la Sentencia sobre el Estatuto valenciano», cit., pàg. 113 i seg.

20. Això ho sosté la STC 247/2007 al seu FJ 17, en dir que «no puede invocarse en abstracto, como motivo de inconstitucionalidad, la vulneración del art. 149.1.1 CE, sino que ha de aducirse en cada caso, como parámetro, la "condición básica" del ejercicio del derecho constitucional que se considere infringida (STC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5, con cita de las SSTC 61/1997, FJ 7 y 109/2003, FJ 17)». Això, que es pot acceptar *prima facie* sense una reserva especial, no obstant això mereix una reflexió, atès que no sembla assumible sense més ni més que el legislador autonòmic pugui donar a les seves normes qualsevol contingut i extensió, desplaçant a l'Estat la càrrega d'haver d'utilitzar la via de l'article 149.1.1, sempre lenta i políticament penosa, per corregir les desviacions en els assumptes essencials. Sembla raonable sostenir que el legislador autonòmic i estatutari ha de legislar amb la continença necessària per no envair el que *a priori* es pugui qualificar sense esforç com una «condició bàsica de l'exercici dels drets», malgrat que l'Estat no l'hagi definit ni regulat. En suma, en els casos en què l'Estat no hagi fet ús de l'article 149.1.1, la legislació autonòmica no pot legítimament ocupar aquest buit en qualsevol cas. Ara bé, el que s'ha dit no és incompatible amb dir que hi haurà supòsits en què serà imprescindible la llei estatal per definir l'espai que s'ha de delimitar, és a dir, el que s'ha d'entendre per «condició bàsica».

precepte és l'atribució d'un poder al legislador estatal perquè pugui dictar regles bàsiques, amb la finalitat precisa d'aconseguir una igualació de tots els espanyols en les posicions jurídiques fonamentals.

Com és sabut, es tracta de l'establiment de «condicions bàsiques»²¹ (dites també: «facultats elementals», «límits essencials», «deures fonamentals»...); per tant, no es tracta de les clàssiques «bases» ni de la «legislació bàsica» amb vocació reguladora de tota una matèria²² a les quals es refereixen els enunciats de les competències estatals relacionades a l'article 149.1 CE. I una qüestió molt important: el seu radi d'acció no inclou qualsevol dret, sinó només els «drets constitucionals».

El problema rau en el fet que el Tribunal Constitucional no acaba de definir què són aquests drets constitucionals,²³ és a dir, quins són o on es troben, la qual cosa es dona continuament per sobreentesa, si bé es pot induir dels seus pronunciaments que el mecanisme de l'article 149.1.1 no comprèn els principis rectors ni, per tant, el desenvolupament de l'estat social. I justament aquí arrela el *quid* de gairebé tota la qüestió; en suma, si només hi estan compresos els drets del capítol II, o si en són més. La STC 247/2007 no ho ha aclarit sinó més aviat al contrari, com veurem seguidament.

Serà difícil no estar d'acord que cal compatibilitzar la diversitat que és consubstancial al sistema autonòmic amb un cert poder unificador de l'Estat, si més no mínim, llevat que el que es pretengui sigui negar el sistema autonòmic mateix.

És pacífic que aquesta funció igualadora la pot dur a terme l'Estat a través de les vies ordinàries següents: a) el desenvolupament dels drets fonamentals i les

21. Així ho emfatitza la Sentència 247/2007 al seu FJ 17: «en puridad el art. 149.1.1 CE no habilita propiamente al Estado para regular el contenido normativo sustantivo de los derechos constitucionales, sino un aspecto diferente, cual es el de “las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. El Estado ha de limitarse, por tanto, a “las condiciones básicas con arreglo a las cuales dichos derechos han de ser ejercidos, de manera que las señaladas condiciones básicas sólo permiten al Estado establecer una cierta homogeneidad en el ejercicio de tales derechos cuando ello fuere aconsejable para evitar una excesiva diversidad”. “Por tanto, no cabe identificar el contenido normativo de los derechos constitucionales y las condiciones básicas...”».

22. Així, ho reafirma la STC 247/2007 al seu FJ 17: «la competencia ex art. 149.1.1^º CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo»; «el art. 149.1.1^º CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero– de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho –como en el caso de la propiedad del suelo– no lo es menos, sin embargo, que la competencia ex art. 149.1.1^º CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo».

23. S'ocupen d'aquesta qüestió les STC 61/1997 (FJ 7.b), 239/2002 (FJ 10) i 228/2003 (FJ 10).

llibertats públiques en els seus aspectes essencials, competència que li atribueix l'article 81.1 CE; b) l'exercici de les seves competències exclusives i compartides de caràcter sectorial previstes en la llarga llista de l'article 149.1 CE; c) la posada en acció del principi d'igualtat innat a l'article 139.1 CE, no com a títol competencial segons el que hem indicat anteriorment, sinó com a principi inspirador de la seva legislació pròpia; d) la regla de la igualtat de l'article 149.1.1, cridada a assolir una igualtat bàsica de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals. Atès que no és possible interpretar el precepte esmentat amb anterioritat en clau expansiva, tenint en compte que aquest ha de procurar només una «igualtat bàsica», cal determinar els seus dos límits fonamentals, és a dir, la seva possible intensitat i la seva extensió material.

Quant a la *intensitat* o profunditat de la unificació que l'Estat pugui imprimir a un assumpte concret, cal partir de la base que l'article 149.1.1 constitueix un títol competencial utilitzable només quan resulti estrictament necessari; a més, s'ha de tractar d'una igualació de mínims que, per tant, no pot buidar de contingut les competències autonòmiques sectorials, i ha de permetre a les comunitats autònomes desenvolupar les seves polítiques pròpies a partir dels mínims esmentats. Complint aquestes condicions, ningú no podria negar que aquest títol estatal d'intervenció queda legitimat com una peça necessària i indiscutible de tot el sistema.

Pel que fa a la seva *extensió*, és a dir, els àmbits materials en els quals pot incidir l'esmentat instrument, l'expressió «drets constitucionals» continguda al precepte constitucional és notablement equívoca atesa la seva ambigüitat i, d'aquí, la possibilitat de ser interpretada de forma extensiva o bé restringidament, una qüestió que té una transcendència que no és necessari ressaltar. En efecte, l'expressió esmentada comprèn, sens dubte, no només els drets fonamentals i les llibertats públiques, sinó tots els drets del capítol II del títol I CE. Això sembla segur i es troba, a més, avalat per les mateixes lleis estatals que han fet ús de l'article 149.1.1 i per la jurisprudència constitucional dictada sobre el tema. Algunes vegades el legislador estatal ha fet ús d'aquest precepte per a l'assoliment de la igualtat mateixa, és a dir, d'una igualtat pura i neta, sense adjectivacions (es poden citar sobre això normes com ara la Llei 51/2003, de 2 de desembre, d'igualtat d'oportunitats, no-discriminació i accessibilitat universal de persones amb discapacitat; la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, d'igualtat de dones i homes; la Llei 27/2007, de 23 d'octubre, per la qual es reconeixen les llengües de signes espanyoles, i la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de dependència).²⁴

24. Abstracció feta dels problemes que aquesta Llei planteja per la clara fricció que té amb les competències autonòmiques sobre assistència social ex article 148.1.20 CE. Sobre el tema, vegeu assenyaladament MONTILLA MARTOS, J. A., «El debate competencial entorno de la Ley de Dependencia», a *Informe sobre Comunitats Autònomes 2006*, Institut de Dret Públic, Barcelona, 2007, pàg. 853 i seg.

I altres vegades apareix connectat a algun sector material concret que necessiti en tot o en part, segons l'apreciació de l'Estat, una certa uniformitat que en garanteixi la igualtat (aquest és el cas de la Llei 2/2008, de 20 de juny, del sòl, o d'alguns preceptes —sobre qualificació de pel·lícules i obres audiovisuals i la seva publicitat— de la Llei 55/2007, de 28 de desembre, del cinema).

Però la qüestió veritablement principal que ens hem de plantejar és si els principis rectors de la política social i econòmica del capítol III, títol I CE, constitueixen un àmbit material susceptible de ser afectat per l'article 149.1.1, senzillament perquè en aquest capítol es troba la substància de què es nodreixen majoritàriament les recents taules de drets i principis contingudes als estatuts. Doncs bé, la resposta no és fàcil perquè entrem en el regne de la confusió i de la foscor, atès que l'absència de pronunciaments jurisprudencials sobre això és molt notable.

Prima facie, es podria dir que les matèries a què es refereix el capítol III constitueixen un àmbit vedat a l'article 149.1.1, per la senzilla raó que l'esmentat capítol no preveu els drets, sinó els principis, i sobretot perquè és doctrina constitucional —STC 61/1997— que l'article 149.1.1 només dóna cobertura a:

«[a]quellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos... quedarían desbordados el ámbito y el sentido del artículo 149.1.1^ª, que no puede operar como un título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional.»

Tanmateix, malgrat aquests impediments de principi, l'experiència demostra que nombroses lleis estatals, invocant l'article 149.1.1 CE, han incidit sobre matèries recollides al capítol III; així, en matèria de medi ambient, de consumidors, de salut, d'habitatge, d'assistència sanitària; o respecte de mesures de suport a les explotacions agràries a causa de la sequera, o relacionades amb els danys ocasionats pel «Prestige», o per la síndrome de les «vaques boges», etc. De tota aquesta experiència es conclou que, a la pràctica, la invocació del principi d'igualtat com a títol legitimador *ex article* 149.1.1 CE és susceptible d'incloure qualsevol sector, és a dir, que s'erigeix en un títol universal capaç de cobrir pràcticament qualsevol matèria ja que és difícil que el tema que es tracti no tingui alguna relació amb els continguts del títol I CE, considerat íntegrament. Plàsticament, es podria dir que quan l'Estat posa un peu en el principi d'igualtat sembla capaç de posar l'altre peu en qualsevol lloc, dins o fora del capítol III del títol I CE. I si això és així, la conclusió és que gran part de les taules de drets i principis contingudes als estatuts podrien caure dins del

radi d'acció possible de l'article 149.1.1, atès que aquests estan farcits de drets, llibertats i principis constitucionals, com hem assenyalat més amunt.

Malgrat la realitat assenyalada, la STC 247/2007 tanca files en aquest punt —en favor de les comunitats autònomes— i clarament nega aquesta realitat que hem descrit, en proclamar que «el art. 149.1.1 no se proyecta sobre los derechos, principios o directrices estatutarios en sentido estricto, es decir, sobre los preceptos estatutarios de tal carácter que no reproduzcan los derechos constitucionales». No cal dir que amb aquesta doctrina el radi d'acció de l'esmentat precepte constitucional queda extraordinàriament reduït,²⁵ ja que no podria incidir en altres matèries estatutàries que no s'identifiquessin estrictament amb els drets constitucionals, la qual cosa no és conseqüent amb la funció que a la pràctica ha exercit l'article 149.1.1 CE com a instrument d'igualació en camps molt diversos, deixant considerablement escapçada la força de l'Estat per corregir possibles excessos o desigualtats rellevants en diversos àmbits de l'acció social. És clar que aquesta doctrina, que commina l'Estat a «desentendre's» dels problemes que puguin plantejar aquells continguts estatutaris que no comprometin directament drets *stricto sensu* consignats a la Constitució,²⁶ permetent per tant que pugui donar-se una diversitat sense límit entre estatuts pel que fa a les seves taules de drets, resta en bona mesura minimitzada en la seva transcendència per efecte d'aquesta tesi de la Sentència 247/2007, anòmala a parer nostre, que diu que els drets estatutaris no són drets, sinó principis rectors o mandats al legislador; tesi que, com vam advertir al principi d'aquestes reflexions, s'acaba barrejant irremeiablement amb el tema de la igualtat.

5. REFLEXIÓ FINAL

El resultat de la tesi que sosté la Sentència esmentada produeix perplexitat, per no dir inquietud, perquè, si d'una banda l'article 139.1 CE queda desactivat

25. La prova més evident del que diem ens la dóna la STC 247/2007 quan afirma que l'article 17.1 de l'Estatut valencià objecte del recurs no pot friccionar amb l'article 149.1.1 CE «pues no estamos ante un derecho constitucional por lo que, de acuerdo con nuestra reiterada doctrina [...] no cabe proyectar sobre el mismo la señalada regla constitucional» (FJ 20.b).

26. No en va la Comunitat Valenciana va invocar per defensar la constitucionalitat de l'article 17.1 del seu Estatut la seva naturalesa de principi rector. A l'antecedent 8 de la STC 247/2007 queda reflectida la següent al·legació de la Comunitat demandada: «Por naturaleza, un principio rector no es un derecho subjetivo y, por lo mismo, no puede vulnerar el principio de igualdad». En diversos passatges dels antecedents queda clar que la Comunitat Valenciana va apostar, per defensar l'article 17.1, per establir que aquest és un principi rector i no un dret subjectiu, amb la finalitat d'«alliberar-lo» de l'impacte dels articles 149.1.1 i 139.1 CE. Realment, la Sentència va seguir el camí que li va marcar la demandada, encara que després, una vegada dictada a la Comunitat Valenciana no es va rebre bé la Sentència, amb la queixa que aquesta convertia els enunciats proclamats al seu Estatut en simples mandats al legislador.

com a instrument d'igualació interterritorial, i d'altra banda només es reconeix a l'article 149.1.1 CE aquesta força tan reduïda —limitada als drets constitucionals *stricto sensu*—, és obvi que l'Estat queda pràcticament inermes per fer front a possibles desigualtats estatutàries que poguessin ser insostenibles des del punt de vista de la solidaritat i la justícia. Certament, dins de l'ordenament jurídic general, hi pot haver uns tipus de drets o de situacions jurídiques que necessitin una certa uniformitat a tot el territori nacional, perquè hi concorren, al costat de l'interès autonòmic, un interès estatal sobre qüestions essencials; és a dir, un interès que transcendeixi el del territori concret. I pot ser que aquests supòsits se situïn fora de l'àmbit dels drets constitucionals pròpiament dits i, per tant, que no quedin inclosos en els instruments d'igualació que té l'Estat, als quals ens hem referit més amunt.

Sens dubte, no seria correcte postular que l'Estat, brandant l'arma de l'article 149.1.1 CE, pogués igualar capritxosament qualsevol dels continguts que avui figuren en aquestes taules estatutàries de drets i principis, però tampoc no es pot propugnar que quedi desarmat davant divergències inadmissibles.

La gran pregunta final a la qual condueixen les reflexions anteriors és si un ús decidit per part de l'Estat de l'article 149.1.1 CE per poder incidir així, en favor de la igualtat, sobre qualsevol dret social, seria quelcom nociu perquè alteraria els esquemes del sistema autonòmic, o si, per contra, resultaria quelcom beneficiós i defensable perquè es considera que, tractant-se de drets socials, la causa s'ho mereix.

2. EUTANÀSIA I CONSTITUCIÓ: EL DRET A VIURE AMB DIGNITAT EL PROCÉS DE LA MORT

Ponent:

IGNACIO SANCHO GARGALLO

Magistrat de la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona

Doctor en Dret

SUMARI: 1. Eutanàsia i dret a viure amb dignitat el procés de la mort. 1.1. L'eutanàsia i el dret del pacient a prendre decisions sobre la pròpia salut. 1.2. Les voluntats anticipades. 1.3. Contingut i límits de les voluntats anticipades. 2. Fonament constitucional del límit de l'eutanàsia activa. 2.1. Contorns de l'eutanàsia activa directa. 2.2. Constitucionalitat de l'article 143.4 del Codi penal. 3. Conclusió

1. EUTANÀSIA I DRET A VIURE AMB DIGNITAT EL PROCÉS DE LA MORT

1.1. *L'eutanàsia i el dret del pacient a prendre decisions sobre la pròpia salut*

Seguint un ordre lògic, hem de determinar en primer lloc l'abast del terme *eutanàsia*, el seu significat. Un concepte ampli inclouria tant l'*eutanàsia directa* (aquella que mitjançant una acció persegueix directament la mort de la persona —provocar-li directament la mort—), com l'*eutanàsia passiva* (quan la mort s'esdevé com una conseqüència de l'omissió d'un tractament —deixar morir algú—) i l'*eutanàsia indirecta* (el tractament pal·liatiu provoca com a efecte secundari un escurçament de la vida de la persona —mort causada indirectament—). Però un concepte més restrictiu afectaria tan sols l'eutanàsia directa, que és la que actualment, a més, està criminalitzada.

L'anomenada eutanàsia passiva i l'activa indirecta s'emmarquen dins el dret a adoptar decisions sobre la pròpia salut. Aquest dret apareix explicitat al Conveni del Consell d'Europa per a la protecció dels drets humans i la dignitat de l'ésser humà respecte de les aplicacions de la biologia i la medicina, subscrit a Oviedo, el 4 d'abril de 1997, que va entrar en vigor a Espanya el dia 1 de gener de 2000. Al seu article 5 regula l'autonomia del pacient davant el tractament mèdic, en reconèixer-li el dret d'informació i exigir, consegüentment, el consentiment informat:

«Una intervenció en l'àmbit de la sanitat només es pot efectuar després que la persona afectada hagi donat el seu consentiment lliure i informat.

La persona esmentada ha de rebre prèviament una informació adequada sobre la finalitat i la naturalesa de la intervenció, així com sobre els seus riscos i conseqüències.

En qualsevol moment, la persona afectada pot retirar lliurement el seu consentiment.»

Si bé, anteriorment, l'article 10.5 i .6 de la Llei general de sanitat de 1986 ja esmentava el dret d'informació del pacient i el consentiment informat, l'autonomia del pacient apareix regulada amb més profunditat a la Llei 21/2000, de 29 de desembre, del Parlament de Catalunya, i a la Llei bàsica estatal reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica (Llei 41/2002, de 14 de novembre).

El pacient, pel fet de ser-ho, i recórrer a l'assistència mèdica no perd la seva dignitat de persona humana ni els drets que hi són inherents, entre els quals es troba la llibertat i, més en concret, el dret d'autodeterminació, en relació amb la seva salut.

La ubicació d'aquesta autonomia del pacient dins del dret a la integritat de la persona és sancionada a la Carta Europea de Drets Humans 2000/C 346/01,¹ l'article 3.2 de la qual, després de reconèixer a «tota persona el dret a la seva integritat física i psíquica», disposa que «en el marc de la medicina i la biologia es respectaran en particular: el consentiment lliure i informat de la persona de què es tracti, d'acord amb les modalitats establertes en la llei».

En aquest context, el rebuig del tractament mèdic es concep com una manifestació de la llibertat de prendre decisions sobre la pròpia salut. Així ho ha entès el Tribunal Constitucional, en la seva Sentència 154/2002, de 18 de juliol, quan valora el rebuig d'un menor de 13 anys a una transfusió de sang per motius religiosos, i adverteix que aquesta oposició a «la ingerència aliena sobre el seu cos» suposa l'exercici d'«un dret d'autodeterminació que té per objecte el propi substrat corporal i que es tradueix en el marc constitucional com a dret fonamental a la integritat física (art. 15 CE)».

La ubicació d'aquest dret a la presa de decisions sobre la pròpia salut en l'àmbit del dret a la integritat física i moral de l'article 15 CE ja apareix a la STC 137/1990, de 19 de juliol,² que resol el recurs d'empara interposat per

1. El contingut de la qual, tal com va ser adaptada en la seva versió de 12 de desembre de 2007 a Estrasburg, és reconegut per l'article 6 del Tractat de la Unió Europea amb el mateix valor jurídic que els tractats.

2. La doctrina exposada en aquesta Sentència ja estava recollida bàsicament en l'anterior STC 120/1990, de 27 de juny, i es va reproduir en la posterior STC 11/1991, de 17 de gener. El supòsit fàctic és similar en totes tres sentències.

reclusos del GRAPO en vaga de fam davant l'autorització judicial concedida a l'Administració penitenciària d'emprar mitjans coercitius per a l'assistència mèdica. En aquella ocasió, el Tribunal Constitucional situa l'anàlisi de la llibertat de rebutjar tractaments terapèutics com a manifestació de la lliure autodeterminació de la persona en l'àmbit del dret a la vida —art. 15— (FJ 5), a la integritat física —art. 15— (FJ 6) i a la llibertat ideològica —art. 16— (FJ 8), i expressament ho exclou del dret a la llibertat de l'article 17 CE (FJ 9) i del dret a la intimitat personal de l'article 18.1 CE (FJ 10). Encara que, pròpiament, declara que la imposició a una persona d'una «assistència mèdica en contra de su voluntad [...] constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental —a la integridad física y moral (art. 15 CE)—, a no ser que tenga justificación constitucional».

I en el mateix sentit s'ha pronunciat el Tribunal Europeu de Drets Humans en la seva Sentència *Glass v. UK*, de 9 de març de 2004, en considerar que la decisió mèdica d'imposar un tractament (administració de morfina) a un menor greument discapacitat i amb una infecció del tracte respiratori en contra de la voluntat de la seva mare, que creia que amb això s'avançava la mort, lesionava el dret a la integritat física del menor.

Per a la doctrina, el dret d'integritat personal (física i moral) adquireix una dimensió de dret de llibertat: «la libertad individual no sólo se manifiesta a través de acciones que implican relación del sujeto con los demás o que proyectan la personalidad del individuo, sino que, asimismo, aparece cuando el sujeto decide, a propósito de su propio cuerpo, por ejemplo, someterse o no a una intervención quirúrgica o seguir tal y cual tratamiento».³ De tal manera que el consentiment de la persona (la voluntat de rebutjar o acceptar una intervenció mèdica que afecta la seva pròpia integritat) passa a ser un element constitutiu del dret.⁴ Sens perjudici que aquesta lliure disposició sobre el propi cos no sigui absoluta, atès que no existeix un dret a la mutilació⁵ ni tampoc a disposar de la pròpia vida.⁶

No obstant això, en els casos d'eutanàsia passiva i d'eutanàsia activa indirecta no acostuma a produir-se un conflicte entre la protecció jurídica de la vida i de la integritat personal, ja que la decisió adoptada no es refereix directament ni principalment a la mort, sinó a la salut o al rebuig del sofriment, encara que això impacti indirectament i posteriorment sobre la vida del subjecte.

En aquest marc hem de situar l'article 20 de l'Estatut d'autonomia de

3. CANOSA USERA, R. *El derecho a la integridad personal*. IVAP i Lex Nova, 2006, pàg. 66.

4. CANOSA USERA, R. Op. cit., pàg. 67.

5. CANOSA USERA, R. Op. cit., pàg. 69.

6. REY MARTÍNEZ, F. *Eutanasia y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pàg. 118. Invoca la doctrina establerta per la STC 120/1990.

Catalunya, tal com va quedar aprovat per les Corts Generals, que no només van modificar el text inicialment aprovat pel Parlament de Catalunya, sinó també la mateixa rúbrica, que inicialment era «Dret a morir amb dignitat» i va passar a ser «Dret a viure amb dignitat el procés de la mort». Quant al seu contingut, canvia l'apartat primer, segons el qual: «Totes les persones tenen dret a rebre un tractament adequat del dolor i cures paliatives integrals i a viure amb dignitat el procés de llur mort». Aquesta redacció, sense deixar de ser ambigua, no es refereix a un pretès «dret a morir» sinó, en positiu, a «viure amb dignitat» el procés de la pròpia mort.⁷ I es complementa amb l'apartat segon, que regula el document de voluntats anticipades: «Totes les persones tenen dret a expressar llur voluntat de forma anticipada per tal de deixar constància de les instruccions sobre les intervencions i els tractaments mèdics que puguin rebre, que han d'ésser respectades, en els termes que estableixen les lleis, especialment pel personal sanitari quan no estiguin en condicions d'expressar personalment llur voluntat».

1.2. *Les voluntats anticipades*

Les voluntats anticipades ja estaven regulades a la Llei 21/2000, del Parlament de Catalunya, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica.⁸ Aquesta norma va servir d'impuls i d'exemple per a la posterior Llei estatal 41/2002, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient.

La Llei 21/2000 regula el consentiment informat (art. 6 i seg.), que té com a pressupòsit el dret d'informació assistencial (art. 2 i seg.), a través dels quals el pacient pot fer valer aquesta esfera de llibertat que hem comentat, en exigir-se el seu consentiment per a qualsevol intervenció en l'àmbit de la salut, el qual s'ha d'expressar per escrit en aquells casos en què es tracti d'intervencions quirúrgiques, procediments diagnòstics invasius i, en general, quan es duen a terme procediments que suposen riscos i inconvenients notoris i visibles, susceptibles de repercutir en la salut del pacient. Sens perjudici del joc del consentiment per substitució de l'article 7, el pacient pot deixar constància escrita de la seva voluntat, en previsió que més endavant no tingui capacitat per manifestar-la.

7. REY MARTÍNEZ, F. Op. cit., pàg. 6-7. Aquest autor, a més, qüestiona el sentit de la norma, atès que «si el derecho a vivir con dignidad el proceso de muerte equivale al derecho a los cuidados paliativos (o a la autodeterminación corporal —otra materia para la que la comunidad autónoma no tiene competencia para la regulación—), la fórmula es perfectamente inútil, y si tiene otro contenido, además de ser inconstitucional por razones formales de incompetencia, también lo será por razones de fondo, de contradicción con la protección jurídico-constitucional de la vida tal y como lo viene interpretando (hasta ahora, por lo menos) el Tribunal Constitucional».

8. Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica (DOGC núm. 3303, d'11.01.2001, pàg. 464 i seg. Correcció d'errades: DOGC núm. 3353, de 22.03.2001, pàg. 4211).

El terme *voluntats anticipades* va ser el que el Parlament de Catalunya va considerar més adequat per referir-se a allò que l'opinió pública designava com a «testament vital» i que, més endavant, la Llei estatal bàsica designarà amb el terme «instruccions prèvies»: la manifestació realitzada per una persona, amb capacitat suficient i lliurement, que anticipa una voluntat sobre les cures o el tractament en cas que més endavant es trobi en una determinada situació mèdica i no estigui en condicions de decidir per si mateixa.

L'article 8.1 de la Llei 21/2000 s'hi refereix de la manera següent: el «document de voluntats anticipades és el document, adreçat al metge responsable, en el qual una persona major d'edat, amb capacitat suficient i de manera lliure, expressa les instruccions a tenir en compte quan es trobi en una situació en què les circumstàncies que concorrin no li permetin d'expressar personalment la seva voluntat. En aquest document, la persona pot també designar un representant, que és l'interlocutor vàlid i necessari amb el metge o l'equip sanitari, perquè la substitueixi en el cas que no pugui expressar la seva voluntat per ella mateixa».

Així, qui en un moment donat gaudeixi de plena capacitat i llibertat per fer-ho ha de fer constar per escrit les seves voluntats anticipades, que han de contenir unes instruccions que seran vinculants respecte de tot allò que, d'acord amb la regulació del consentiment informat, pot disposar el pacient. Hi ha dues maneres de fer-ho: davant de notari, i sense necessitat de testimonis; o davant de tres testimonis majors d'edat i amb plena capacitat d'obrar, dos dels quals no han de tenir relació de parentiu fins al segon grau ni estar vinculats per relació patrimonial amb l'atorgant (art. 8.2). A més, es preveu la incorporació d'aquest document a la història clínica.

1.3. Contingut i límits de les voluntats anticipades

El contingut de les voluntats anticipades ha de tractar únicament sobre les cures o tractaments mèdics i, arribada la mort, sobre la destinació del cos o dels òrgans, i resta subjecte als límits propis de l'autonomia del pacient: no pot disposar mitjançant aquestes voluntats de la seva vida i, en aquest sentit, l'article 8.3 de la Llei 21/2000 nega eficàcia vinculant a les instruccions contràries a l'ordenament jurídic.⁹ És lògic que no pugui disposar-se *a fortiori* el que resulta indisponible *in actu*.¹⁰

9. També nega eficàcia a les instruccions contràries a la *lex artis* («bona pràctica clínica»), respecte de les quals tindrà un paper important el transcurs del temps des del seu atorgament fins a la seva aplicació, atès que el que en un moment anterior era un mitjà assistencial extraordinari, a causa del progrés mèdic es pot haver convertit amb el pas del temps en un tractament mèdic ordinari i essencial.

10. SILVA SÁNCHEZ, J. «Los “documentos de instrucciones previas” de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida», *Diario La Ley*, de 3 de setembre de 2003.

Aquest límit apareix clarament a l'article 143.4 del Codi penal, que sanciona amb pena privativa de llibertat, encara que atenuada respecte a la de l'homicidi dolós comú, «el qui causi la mort d'altri o hi cooperi activament amb actes necessaris i directes, per la seva petició expressa, seriosa i inequívoca, en el cas que la víctima pateixi una malaltia greu que conduiria necessàriament a la seva mort, o que produeixi greus sofriments permanents i difícils de suportar [...]». Així, aquest precepte tipifica penalment l'eutanàsia activa directa, fins i tot en el cas de malalties cròniques i irreversibles, i de patiments permanents i difícils de sofrir. La responsabilitat penal no impedeix que aquesta actuació respongui a una petició «expressa, seriosa i inequívoca» de la víctima. Aquestes circumstàncies no justifiquen ni exculpen, encara que sí que atenuen l'abast de la responsabilitat, en merèixer una pena inferior a la de l'homicidi dolós comú.

En aquest context legal, que respon a la concepció de la indisponibilitat de la vida humana com a límit a l'autonomia del pacient, unes voluntats anticipades en les quals se sol·licita directament el subministrament d'un fàrmac o tractament per acabar directament amb la vida resulten ineficaces, i qui les executés incorreria en una conducta il·lícita.¹¹

Això no exclou que hi hagi un ventall de possibilitats, des de la conducta inequívoca d'eutanàsia activa directa fins a l'eutanàsia passiva indirecta, conseqüència de la malaltia, però també dels analgèsics que rep, la procedència o improcedència dels quals seran determinades per la consideració que tinguin des de la perspectiva de la *lex artis* del metge.¹² De fet, la llei marca també com a límit a l'eficàcia de les instruccions prèvies que no siguin contràries a la *lex artis*. Els metges han d'advertir en cada cas quan la cessació d'un tractament mèdic o el subministrament d'uns analgèsics s'adequa a la *lex artis*, i quan, per les circumstàncies que es presenten, la contrarien greument. En principi, tant l'obstinació terapèutica com la prolongació artificial de la vida són tractaments inútils i fútils, i constitueixen mala praxi, sobretot si hi ha una voluntat contrària del pacient. Alhora, el metge no només ha de tractar de curar el pacient, sinó també pal·liar tant com pugui el seu dolor. L'ús d'analgèsics i el risc que comporten de provocar la mort del pacient ha de ser valorat pel metge, la decisió del qual no pot estar motivada per l'objectiu d'acabar amb la vida del pacient.

11. Aquesta qüestió s'analitza amb més deteniment a SILVA SÁNCHEZ, J. Op. cit.

12. Com adverteix la doctrina, es tracta d'un concepte jurídic indeterminat, que defineix com un «criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida» (VILLAR ABAD, G. «La regulación de las instrucciones previas en la Ley 41/2002», a AD, *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Cívitas, 2004, pàg. 342.

D'altra banda, l'estat de la ciència mèdica i assistencial ens ha d'il·lustrar sobre quan un tractament o cura mèdica és ordinari, i la seva renúncia suposa un acte contrari a la *lex artis*, encara que el pacient en disposi a través d'unes instruccions prèvies, i sobre quan és extraordinari i resulta raonable la renúncia del pacient.

En darrera instància, per jutjar l'eficàcia d'unes voluntats anticipades cal atendre els dos límits legals: que no vulneri l'ordenament jurídic i la *lex artis*, que estan entrelaçats, atès que la *lex artis* determinarà en molts casos la legalitat d'allò sol·licitat pel pacient.¹³

2. FONAMENT CONSTITUCIONAL DEL LÍMIT DE L'EUTANÀSIA ACTIVA

La tipificació penal de l'eutanàsia activa, límit clar de l'ordenament jurídic al contingut de les voluntats anticipades, ha suscitat en la doctrina dos àmbits de discussió: primer, si realment es pot distingir aquest tipus d'eutanàsia de la passiva i de la indirecta; i segon, si aquest precepte penal no contraria la Constitució, i en concret un pretès dret a disposar de la pròpia vida.

2.1. Contorns de l'eutanàsia activa directa

Sovint s'argumenta que la línia divisòria entre l'eutanàsia activa i la passiva no sempre és nítida, per exemple en el cas de les malalties incurables de llarg desenvolupament. I, alhora, es planteja el problema de les malalties incurables en les quals no és possible l'eutanàsia passiva: quan no es troben afectats òrgans i funcions vitals, i l'única forma de posar fi al sofriment és l'eutanàsia activa.

Als Estats Units es va plantejar la procedència d'aquesta distinció en dos casos (*Washington v. Glucksberg* i *Vacco v. Quill*), en què, si bé inicialment es va negar aquesta distinció, el Tribunal Suprem Federal al 1997 va revocar les resolucions recorregudes en contra i va negar, per unanimitat, que existís un dret constitucional federal al suïcidi assistit per metge (i també al suïcidi).¹⁴ No va tancar el debat ja que va remetre la seva discussió a l'àmbit estatal. El que va venir a dir és que l'Estat no està constitucionalment obligat a permetre el suïcidi assistit, la qual cosa no impedeix que un Estat el pugui permetre.¹⁵ El Tribunal Suprem, en qualsevol cas, aclareix que és vàlida la distinció entre eutanàsia directa (per prohibir-la) i eutanàsia passiva (per admetre-la).

13. SANCHO GARGALLO, I. «Las instrucciones previas. Límites a la facultad de disposición. Los modelos de documentos de instrucciones previas», a *El juez ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004/X, pàg. 239-243.

14. REY MARTÍNEZ, F. Op. cit., pàg. 121-127, exposa amb detall el context doctrinal i judicial de la controvèrsia resolta pel Tribunal Suprem Federal.

15. Com succeeix a l'estat d'Oregon, on des de l'aprovació de la «Dead Whit Dignity Act», al 1994, s'admet el suïcidi assistit per metge.

La distinció, encara que en algun cas pugui resultar difícil per les seves conseqüències pràctiques, en principi és clara: l'eutanàsia directa no és pròpiament una decisió sobre la pròpia salut (no consisteix a escollir o rebutjar un tractament). És una conducta que s'enfoca directament a la pròpia existència, encara que s'adopti en un context d'una malaltia greu i incurable que causa patiments insuportables al pacient i que, a més, provoca instantàniament el desenllaç fatal, de manera que és irrevocable.

2.2. *Constitucionalitat de l'article 143.4 del Codi penal*

A) La justificació de l'eutanàsia com a dret fonamental se sol basar en el fet que el dret a la vida de l'article 15 CE, ja sigui sol o en relació amb altres drets i principis constitucionals, com ara la dignitat humana o el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10.1 CE), el dret a la integritat i a no ser sotmès a tractes inhumans o degradants (art. 15 CE), el valor de llibertat de l'article 1.1 CE o la llibertat ideològica de l'article 16 CE, inclouen el dret a disposar de la pròpia vida per part del seu titular. Formulats d'una altra manera, s'argumenta que no existeix un deure o obligació de viure, per la qual cosa tant el suïcidi com l'eutanàsia activa directa serien manifestacions d'un exercici legítim d'aquest dret fonamental. I, consegüentment, la tipificació penal de l'eutanàsia que conté l'article 143.4 del Codi penal seria inconstitucional.

Alguns autors han subratllat la importància de l'autonomia del malalt a l'hora de decidir posar fi a la seva vida. El dret a morir seria una concreció del principi d'autonomia (que, «desde el punto de vista general, supone el reconocimiento del actuar autorresponsable, de que cada ser humano tiene el derecho a determinar su propio destino vital y personal, con el respeto a sus propias valoraciones y a su visión del mundo, incluso aunque se tenga la plena convicción de que son erróneas y de que son potencialmente perjudiciales para él») i significaria «el derecho a elegir el modo, el tiempo y las circunstancias de la muerte de uno». I arriba a concloure que: «la vida no es de nadie, ni del Estado, ni de los demás hombres, ni de Dios, sino del propio titular que, por tanto, dispone de ella tanto en sentido positivo como negativo».¹⁶ Des d'aquesta perspectiva doctrinal, l'eventual legalització de l'eutanàsia es fonamenta en el dret a la lliure disposició sobre la vida humana per part del seu titular i el respecte a la seva autonomia individual: «el derecho a la libre disposición del cuerpo y de la vida es contenido de un derecho de libertad y, en concreto, de un derecho a vivir de conformidad con los principios ideas o convicciones que conforman una persona».¹⁷

16. MARCOS DEL CANO, A. M. *La eutanasia, estudios filosófico-jurídico*, Marcial Pons, 1999, pàg. 178-180.

17. PAREJO GUZMAN, M. J. *La eutanasia, un derecho?*, Thomson Aranzadi, 2005, pàg. 446.

Aquesta actitud, que respon a una ideologia liberal-individualista, es basa en un concepte abstracte de lliure albir que pressuposa la perfecció de les condicions en què s'adopta qualsevol decisió. I per això s'exigeix necessàriament la concurrència de dues condicions: que es tracti d'una voluntat autèntica i que sigui racional. Però no hi ha una frontera clara, ni en la teoria ni en la pràctica, entre una decisió responsable i autònoma del suïcida i una decisió condicionada per la por del dolor, la depressió, l'engany, etc. Això és molt més evident en el cas dels pacients amb malalties terminals, respecte dels quals no sempre és fàcil valorar aquesta voluntat autèntica i racional, atès que sovint és determinada o molt influïda pel desig de posar fi a les molèsties o els sofriments; si no, s'associa als efectes depressius de la malaltia.

Rey Martínez, en abordar la realitat fàctica sobre aquesta matèria, posa en relleu com l'halo romàntic del suïcida «lliure i racional» no és compatible amb la literatura mèdica, que continua considerant la ideació suïcida o el seu intent com un criteri clínic de depressió.¹⁸ I explica que l'OMS tracta el suïcida com un greu problema de salut pública i ha promogut un programa internacional de prevenció de conductes suïcides: l'any 2000, hi hauria hagut un milió de suïcidis, un cada 40 segons; el mètode més emprat fou la ingesta de pesticides, sobretot a les àrees rurals; en els darrers quaranta-cinc anys els índexs de suïcida s'haurien incrementat el 60%; es troba entre les tres primeres causes de mortalitat de les persones compreses entre els 15 i els 44 anys; els joves són un grup creixent de risc; els suïcidis estan associats a desordres mentals (sobretot depressió i abús de substàncies) en més del 90% dels casos.¹⁹

A més, aquesta visió de l'autonomia personal és extremadament liberal i individualista, i obvia els aspectes socials del dret a la vida, que té moltes manifestacions, entre les quals es troba l'interès públic d'evitar el suïcida.

En aquest context, és lògic que l'Estat tingui bones raons per no donar suport al fet que les persones posin fi a les seves vides com a regla general. Algun autor s'ha atrevit a afirmar que les normes contra el suïcida i el suïcida assistit compleixen la «saludable funció» d'ajudar la gent a arranjar els problemes més greus de la manera més constructiva possible, bloquejant la ideació de suïcida en casos en els quals sembla que és l'única solució o la més simple, tenint en compte, a més, el caràcter «contagiós» que sembla tenir el suïcida.²⁰

18. REY MARTÍNEZ, F. Op. cit. pàg.146. Cita en suport d'aquesta afirmació el DSM IV i l'estudi d'algun especialista (VALLEJO RUILOBA, J. *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría*, Barcelona, 2002), segons el qual el 90% dels suïcidis tenen lloc en individus que presenten algun tipus de trastorn psíquic.

19. REY MARTÍNEZ, F. Op. cit. pàg. 145-146.

20. És el cas del constitucionalista nord-americà SUNSTEIN, «The right to die», *The Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, pàg. 1123-1163, citat per Rey Martínez. F. Op. cit. pàg. 147.

B) D'altra banda, el dret a la protecció de la vida no és un dret de llibertat ni un dret disponible pel seu titular, segons es desprèn de la jurisprudència constitucional.

El Tribunal Constitucional, en ocasió de les sentències que van resoldre els recursos d'empara plantejats pels presos del GRAPO, els quals van fer vaga de fam (STC 120/1990 i 137/1990), reconeix que «siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del “*agere licaere*”, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe». Ara bé, en cap cas no es pot parlar d'un dret subjectiu a la pròpia mort «que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir», ni molt menys d'un dret subjectiu de caràcter fonamental en el qual aquesta possibilitat s'estengui fins i tot davant la resistència del legislador, que no pot reduir el contingut essencial del dret». El dret a la vida té «un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho». Així, el suïcidi no és il·lícit, atès que no existeix un deure jurídic de viure, però tampoc no constitueix un dret subjectiu.

En vista del context fàctic que van suscitar els recursos d'empara resolts per aquestes STC 120/1990 i 137/1990,²¹ es podria dubtar de si el Tribunal Constitucional mantindria aquesta mateixa doctrina en un supòsit d'eutanàsia activa i/o suïcidi assistit. Però aquests dubtes queden aclarits en la posterior STC 154/2002, en un supòsit que, si bé no és pròpiament d'eutanàsia o suïcidi assistit, se li assembla, ja que té a veure amb el rebuig d'un menor testimoni de Jehovà d'una intervenció mèdica que posa en risc la seva vida. Aquesta Sentència torna a insistir en la idea del valor constitucional objectiu de la vida com a «valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» i «presupuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985), així com en la tesi que el dret a la vida no és un dret de llibertat que inclogui el dret a la pròpia mort (STC 120/1990). I per això «no pueda convenirse que un menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser». En aquest sentit, convé advertir com el Tribunal Constitucional emfatitza el caràcter «definitiu» i, per tant, «irreversible» de les decisions sobre la vida per negar la capacitat del menor. I, ahora, conclou que el dret a la vida del menor és «preponderant» davant la seva llibertat religiosa, per la qual cosa la decisió judicial que va autoritzar la transfusió va ser conforme a la Constitució.

21. Com vèiem, el supòsit fàctic és similar en ambdós casos: recurs d'empara interposat per reclusos del GRAPO en vaga de fam davant l'autorització judicial concedida a l'Administració penitenciària d'emprar els mitjans coercitius per a l'assistència mèdica.

D'aquesta jurisprudència del Tribunal Constitucional, se'n poden extreure dues idees: que no existeix un dret subjectiu a morir, emparat pel dret a la vida de l'article 15 CE; i que la força del valor de la vida com a bé jurídic que han de garantir els poders públics, encara que es pot limitar, és preponderant.

C) Aquesta interpretació és ratificada per la doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans, en interpretar si l'article 2 del Conveni de Roma empara l'eutanàsia activa o el suïcidi assistit, la qual cosa s'ha de considerar especialment en vista de l'article 10.2 CE.

Així, la STEDH, cas *Pretty c. Regne Unit*, de 29 d'abril de 2002,²² en interpretar l'article 2 CEDH en el qual es reconeix el dret de tota persona a la vida, entén que aquest dret no comporta un aspecte negatiu, és a dir, el dret a morir, i que l'esmentat article 2.1 CEDH no crea un dret a l'autodeterminació en el sentit que concedeixi a tot individu el dret a escollir la mort abans que la vida (apt. 39). I d'una altra banda, en analitzar la possible vulneració de l'article 8, que reconeix a tota persona el dret al respecte de la seva vida privada i familiar, el Tribunal, en un raonament *obiter dicta*, afirma que si bé «el rebuig a acceptar un tractament concret pot conduir, de forma ineludible, a un final fatal, [...] la imposició d'un tractament mèdic sense l'aprovació del pacient si és adult i sa mentalment es considera un atac a la integritat física de l'interessat que afecta els drets protegits a l'article 8.1 del Conveni» (apt. 63). Aquesta doctrina està, al seu torn, d'acord amb la Recomanació núm. 1.418, de l'any 1990, de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, quan adverteix que el desig d'un malalt terminal de morir «mai pot constituir una demanda legal per morir a mans d'una altra persona» i que tampoc «no pot constituir per si mateix una justificació legal per evitar les accions penals derivades de la causació de la mort».²³

D) Davant la dificultat de fonamentar la constitucionalitat del dret al suïcidi assistit en el dret a la vida de l'article 15 CE, s'han invocat altres empires constitucionals, com per exemple el valor *llibertat* reconegut a l'article 1.1

22. La demandant, de 43 anys, pateix una esclerosi lateral amiotròfica (ELA) i es troba paràlitzada des del coll fins als peus, encara que el seu intel·lecte i la capacitat de prendre decisions romanen intactes. A través del seu advocat va instar del ministeri públic el compromís que no s'instruïssin diligències contra el seu marit si l'ajudava a morir. Davant la negativa i la desestimació dels recursos judicials anglesos, recorre al TEDH denunciant la vulneració dels articles 2, 3, 8, 9 i 14 del Conveni Europeu dels Drets Humans.

23. L'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa va rebutjar el 27 d'abril de 2005, per 128 vots contra 56, un projecte de resolució que demanava legalitzar l'eutanàsia a tot el continent europeu.

CE.²⁴ Però es tracta d'una disposició que reconeix la llibertat com a finalitat de l'ordenament jurídic en la seva totalitat, i, per tant, no és un «principi» i, així, no és susceptible de convertir-se en «regles» concretes. La seva funció, a més de situar ideològicament el text constitucional, és la d'operar com a element hermenèutic. Per a d'altres autors, la clàusula general de llibertat com a principi es trobaria, més aviat, a l'article 10.1 CE amb la seva invocació al «lliure desenvolupament de la personalitat» com a fonament de l'ordre polític i social. Per justificar-ho, s'interpreta aquest principi com a «auténtica clàusula general de libertad que preside el entero ordenamiento jurídico».²⁵ Però aquest principi, com el de dignitat, sense deixar de tenir la seva importància per fonamentar l'Estat democràtic, té menys eficàcia pràctica. És una clàusula de simple valor exegètic i de reforç d'altres arguments principals, encara que com a principis, i no simples valors, podrien arribar a fonamentar regles concretes vinculants.

Al marge del contingut que s'hagi de donar a la referència que fa l'article 10.1 CE a la dignitat de la persona, el Tribunal Constitucional ha deixat clar que no és un dret fonamental ni serveix per fonamentar per si sol un recurs d'empara (STC 64/1986 i ITC 149/1990), sens perjudici que hagi servit per vincular-hi un dret fonamental (així, entre d'altres, el principi de no-discriminació —STC 128/1987— i el dret a l'honor —STC 214/1991—), agrupar sistemàticament un conjunt de drets, delimitar l'àmbit de protecció de determinats drets fonamentals, permetre la limitació d'alguns drets en certs casos i, excepcionalment, concretar el contingut dels drets fonamentals (un dels exemples del qual és la STC 120/1990, en argumentar sobre els tractes inhumans o degradants en relació amb l'article 15 CE).²⁶

24. TOMAS Y VALIENTE, C. «La disponibilidad de la propia vida: aspectos constitucionales», a *Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, «El derecho a la vida»*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pàg. 66 i seg. A parer seu, l'article 1.1 CE «consagra un principio general de libertad, en el que se amparan multitud de conductas no protegidas como derechos fundamentales y que es susceptible de ser interpretado, a su vez, como una prohibición al poder público de imponer a la libertad restricciones no razonables, arbitrarias o desproporcionadas. No obstante, aplicando este principio, entiende que si bien la prohibición del suicidio sí resultaría contraria a la Constitución, la prohibición de colaboración en los suicidios libres y responsables, sobre todo en los supuestos del art. 143.4 CP no supone una restricción arbitraria de la libertad incompatible con el art. 1.1 CE. No obstante, al amparo del art. 1.1 CE una ley que permitiera la eutanasia activa sería constitucional».

25. DIEZ PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Aranzadi, 2003, pàg. 66 i 198. Aquest principi es tradueix en el fet que: «de una parte, todo lo que no está prohibido u ordenado está permitido y, por tanto, los jueces habrán de proteger como lícitos los comportamientos que no se opongan a las normas imperativas; y de otra, que el legislador no goza de una libertad omnímoda para restringir la libertad de las personas, sino que toda restricción del ámbito genérico de libertad debe adecuarse a las exigencias del principio de proporcionalidad: perseguir un fin lícito que no pueda alcanzarse por un medio menos gravoso».

26. GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005, pàg. 20, 91-117.

3. CONCLUSIÓ

Hi ha una interrelació entre el dret a la integritat personal, que fonamenta el dret del pacient a adoptar les decisions sobre la pròpia salut, i el dret a la vida, que es fonamenta en la indisponibilitat de la vida humana com a límit a l'autonomia del pacient, que permet justificar l'eutanàsia passiva i l'activa indirecta, i sancionar l'eutanàsia activa directa.

Mentre que l'eutanàsia passiva i l'activa indirecta es troben en l'àmbit de la protecció del dret a prendre decisions sobre la pròpia salut —dret que es trobaria en la penombra del dret a la integritat personal de l'article 15 CE—, la discussió sobre l'eutanàsia activa s'ha d'ubicar en l'àmbit normatiu del dret a la protecció jurídica de la vida d'aquest mateix precepte.²⁷ El dret a la vida i a la integritat són drets d'estructura semblant i complementaris, formen part del nucli mateix de la dignitat humana i són pressupòsits per a l'exercici de la resta de drets, però difereixen en la idea que la vida és objecte de protecció fins i tot sense la voluntat del subjecte, mentre que la integritat personal pot ser afectada si el subjecte hi dóna el seu consentiment, atès que, a diferència de la vida, la integritat no és intangible.²⁸

27. REY MARTÍNEZ, F. Op. cit., pàg. 148.

28. CANOSA USERA, R. Op. cit., pàg. 100. Ho il·lustra advertint que, mentre que el dret a la vida no empara la mort, el dret a suïcidar-se —i invoca la STC 54/2002 (del menor testimoni de Jehovà)—, l'exercici del dret a la integritat inclou el consentiment per sofrir intervencions en la integritat personal.

3. EL PRINCIPI DE LAÏCITAT EN L'ÀMBIT PÚBLIC¹

Ponent:

MARC CARRILLO

*Conseller del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra*

SUMARI: 1. El significat del principi de laïcitat. 2. La jurisprudència constitucional: en quina mesura el Tribunal s'ha allunyat del principi de laïcitat en favor d'un altre de més borrós i confús com és el de *laïcitat positiva*? 3. Algunes referències del dret estatutari i del dret comparat. 4. Les contradiccions del Tribunal Europeu de Drets Humans sobre la laïcitat en els espais públics: l'exhibició del crucifix a les escoles públiques (cas *Lautsi c. Itàlia*)

El principi constitucional de la laïcitat té per objecte assegurar la igualtat en l'exercici de la llibertat de consciència. En tant que suposa la separació del fet religiós de l'àmbit públic, la laïcitat forma part dels signes d'identitat de l'Estat liberal contemporani.

Si bé és cert que la Constitució de 1978 no fa referència expressa a aquest principi, la seva vigència és una conseqüència lògica de la previsió de l'article 16.3, quan estableix que cap confessió no tindrà caràcter estatal. El principi de laïcitat es reflecteix en l'actitud que l'Estat i, per tant, els poders públics que l'integren adopten en relació amb les creences i les conviccions dels ciutadans i, al seu torn, en l'organització i el funcionament d'aquests poders públics que, per mandat constitucional, representen principis i valors constitucionals comuns.

D'acord amb l'ordenament jurídic espanyol, quins són aquests principis rectors que qualsevol anàlisi jurídica sobre la laïcitat ha de tenir en compte? En

1. El text d'aquesta ponència és una reformulació de l'exposició oral duta a terme en la sessió celebrada el 15 d'octubre de 2009. Es manté, en part, el to i el contingut de la conferència, raó per la qual no s'hi inclouen notes a peu de pàgina ni referències bibliogràfiques. No obstant això, en relació amb el contingut, a més d'ampliar-lo, m'ha semblat adequat incorporar-hi algunes reflexions addicionals sobre la interpretació de la laïcitat en els espais públics, derivades de la posició contradictòria mantinguda pel Tribunal Europeu de Drets Humans en les seves dues sentències sobre el cas *Lautsi c. Itàlia*: la primera, de 3 de novembre de 2009 (Sala Segona), i la segona, de 18 de març de 2011 (Gran Sala).

primer lloc, un dret fonamental, la llibertat de consciència de la persona, que és una derivació de la llibertat ideològica. En segon lloc, el principi d'igualtat i el dret a no ser discriminat per raó de conviccions ideològiques o religioses, la qual cosa comporta que la llibertat de consciència mai no podrà ser sinònim de consciència col·lectiva sinó que ha de ser tan lliure com la persona que l'exerceix; a més, la llibertat religiosa és una part integrant de la llibertat de consciència que pertany a l'àmbit privat de la persona i, per tant, ha de quedar al marge de tota pretensió que tendeixi a configurar una moral comuna. En tercer lloc, un altre principi derivat de la Constitució és la separació entre l'Església i l'Estat. Una separació que es complementa, al seu torn, amb el principi de col·laboració entre els poders públics i les diverses confessions religioses, amb especial referència a l'Església catòlica (art. 16.3 CE). Això ens obliga a precisar que l'anàlisi que puguem fer sobre el tema no es pot desenvolupar en abstracte ja que no pot prescindir d'un context, com és el cas de l'Estat espanyol el procés de construcció del qual en l'època contemporània ha estat presidit per la presència i el notori poder d'influència que el culte religiós catòlic ha exercit sobre els diversos processos polítics tant en el passat com en el present, com així ho posa en relleu l'exemple decisiu que ofereixen els Acords entre l'Estat espanyol i l'Estat del Vaticà de 1979, molt tributaris del Concordat de 1953 que va avalar la dictadura de Franco. Sobre aquesta qüestió, hi tornaré més endavant.

I, tot això, sens perjudici d'una realitat sociològica que, d'acord amb les darreres dades estadístiques, posa en relleu que en l'actualitat únicament el 28,4% dels ciutadans espanyols es declaren catòlics practicants; mentre que al 1978, acabats de sortir de la dictadura franquista, aquest percentatge assolí el 90%.

Doncs bé, exposat aquest preàmbul, abordaré la qüestió a partir de tres temes que analitzaré de manera forçosament sintètica. En primer lloc, cal determinar quin és el significat i l'abast del principi de laïcitat; en segon lloc i ja en un àmbit jurisprudencial, convé verificar en quina mesura la doctrina del Tribunal Constitucional espanyol s'ha allunyat d'aquest principi derivat de la Constitució en favor d'un altre de més confús i eteri com és el principi de l'anomenada *laïcitat positiva*. Finalment, plantejaré algunes reflexions sobre alguns casos que han tingut transcendència jurisdiccional en relació amb l'aplicació del principi de laïcitat en l'espai públic, des de la perspectiva sobretot del dret comparat, amb referència especial a la jurisprudència del Tribunal d'Estrasburg i les seves contradictòries decisions sobre l'exhibició del crucifix a les escoles públiques arran del cas *Lautsi contra Itàlia*.

1. EL SIGNIFICAT DEL PRINCIPI DE LAÏCITAT

En termes generals, amb *principi de laïcitat* es vol fer referència a l'actitud que reconeix la independència de la política i de l'ensenyament respecte de les diverses confessions religioses. O també es pot dir que és la qualitat que caracteritza la societat d'un Estat o de les seves institucions, que actuen i funcionen de manera independent de la influència de la religió i de les esglésies.

Des de l'últim quart del segle XIX, la laïcitat ha estat un dels objectius polítics defensats pels partidaris de la separació entre l'Estat i l'Església. A banda dels Estats Units, a Europa el referent històric ha estat sens dubte la Tercera República Francesa (1871-1940), de la qual es poden rememorar dos noms històrics pel que fa a aquesta qüestió: un és el de Jules Ferry, autor i ponent de la Llei de 1882, que es coneix amb el seu nom, i l'altre, Aristide Briand, qui, al 1905, també va ser l'autor i el ponent de l'actual llei vigent a França que estableix la separació entre l'Estat i l'Església i que es reflecteix en la Constitució de la Cinquena República de 1958, la qual institucionalitzà el principi de laïcitat. La Llei de 1882 va establir el caràcter laic de l'ensenyament primari i ho va fer amb un abast especialment important i que és procedent recordar. Deia la Llei de 1882: «l'Estat i l'Església queden separats en la seva activitat pública i, en conseqüència, els ciutadans han d'atenir-se a l'esmentada circumstància». Posteriorment, la Llei de 1905 va ampliar l'àmbit de la separació entre l'Església i l'Estat, i ho va establir en els termes següents al seu cèlebre article 2: «La República no reconeix ni paga ni subvenciona cap culte. En conseqüència, a partir del primer de gener de 1906, que seguirà a la promulgació de la present llei, seran suprimides dels pressupostos de l'Estat, dels departaments i dels municipis, totes les despeses relatives a l'exercici dels cultes». Aquesta va ser l'opció que va prendre el liberalisme francès d'arrel jacobina per configurar un dels principis de funcionament de la República, basat en el reconeixement de la llibertat de consciència i de la neutralitat de l'Estat davant la ideologia i la religió dels ciutadans.

En les constitucions que la reconeixen, la laïcitat és un principi jurídic que es predica de l'Estat i de totes les seves instàncies, de tots els seus àmbits. És l'expressió jurídica d'una concepció política prèvia que implica la separació de la societat civil de la societat religiosa. I té el seu origen en termes filosòfopolítics del segle de les llums, en les aportacions dels filòsofs de la Il·lustració que van expressar la necessitat que l'Estat no exercís cap poder religiós i, en contrapartida, l'Església no havia d'exercir cap poder polític. Però, quina és la seva configuració jurídica? Quina és la resposta del dret, de l'ordenament jurídic, a aquestes previsions?

El dret determina dues modalitats d'aplicació del principi de laïcitat: una, la que ha estat tradicional a França, que és la que es defineix per la indiferència que

l'Estat mostra davant del fet religiós. Indiferència no és sinònim de bel·ligerància del poder públic contra tot el que pugui significar representació de la religió, sinó que el que permet definir-la és la distància mostrada davant d'una activitat com la religió que forma part de la llibertat personal, que per definició queda integrada en l'àmbit privat de la persona. L'altra modalitat és la que entén el principi de laïcitat a través d'una actitud de tolerància del poder públic cap al fet religiós, normalment mitjançant formes diverses de col·laboració. Aquesta modalitat és la més aproximada al cas espanyol dissenyat a l'article 16.3 de la Constitució.

L'esmentada Llei francesa de 1905 es basava en la garantia de dos drets: la llibertat de consciència i la llibertat de culte. El contingut d'aquest text va suscitar una irada resposta de l'Església catòlica: un mes després, el febrer de 1906, a la seva encíclica *Vehemente nos*, el llavors cap de l'Estat del Vaticà, Pius X, no es va contenir en afirmar que a través d'aquesta Llei la República Francesa renegava de Déu. Segurament és per això que, amb raó, s'afirmava recentment en un suplement del 2005 del diari *Le Monde*, dedicat a commemorar i analitzar amb detall el centenari de l'esmentada Llei, que «la laïcitat és la religió de França».

Seguint l'estela deixada per la Tercera República Francesa, la Segona República Espanyola, a la seva Constitució de 9 de desembre de 1931, al cèlebre i controvertit article 26, va establir que:

«Totes les confessions seran considerades com a associacions sotmeses a una llei especial.

L'Estat, les regions, les províncies i els municipis no mantindran, afavoriran, ni auxiliaran econòmicament les esglésies, associacions i institucions religioses.

Una llei especial regularà la total extinció, en un termini màxim de dos anys, del pressupost del clergat.

Queden dissoltes les ordres religioses que de manera estatutària imposin, a més dels tres vots canònics, un altre d'especial d'obediència a una autoritat diferent de la legítima de l'Estat. Els seus béns seran nacionalitzats i afectats a finalitats benèfiques i docents [...].»

Aquests són alguns dels antecedents més immediats que podem esmentar en l'àmbit de l'ordenament jurídic comparat, i també de l'espanyol, per analitzar el segon punt que proposava, que ja es correspon amb la realitat juridicoconstitucional present. I, més concretament, amb la interpretació que es deriva de la jurisprudència del Tribunal Constitucional, que analitzaré i a la qual intentaré donar resposta. Una interpretació del Tribunal, que cal avançar que es decanta a favor d'un concepte de *laïcitat positiva*, que no deixa de ser un concepte borrós, més tributari de concepcions comunitaristes de la societat.

D'acord amb aquest plantejament, el poder públic s'implica de manera més intensa en la promoció del fet religiós i les seves manifestacions externes, i deixa de banda una posició liberal i democràtica en què la neutralitat del poder públic davant la religió quedi assegurada, a fi de garantir l'exercici dels drets fonamentals de tots els ciutadans, siguin creients o no.

2. LA JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL: EN QUINA MESURA EL TRIBUNAL S'HA ALLUNYAT DEL PRINCIPÍ DE LAÏCITAT EN FAVOR D'UN ALTRE DE MÉS BORRÓS I CONFÚS COM ÉS EL DE LAÏCITAT POSITIVA?

Quins són els paràmetres constitucionals amb què s'ha enfrontat el Tribunal Constitucional per abordar aquest tema? D'acord amb l'article 16, subratlla en primer lloc la llibertat religiosa, un dret fonamental que presenta una doble dimensió: una de caràcter negatiu, que comporta el dret a no patir intromissió sobre aquest àmbit de les conviccions personals que queda vinculat a la vida privada del titular del dret. L'altra és la dimensió positiva, que permet la lliure expressió i manifestació de les esmentades conviccions religioses, un dret que l'Estat ha de garantir, però sense que això comporti per part seva l'exercici d'una funció de promoció i molt menys d'implicació en cap ritu religiós, ja que sempre ha de preservar la imprescindible neutralitat que es deriva del seu caràcter aconfessional. El segon paràmetre constitucional que s'ha de tenir en compte és el dret a no ser discriminat per raó de les conviccions religioses de la persona (art. 14 CE), siguin les que siguin, des de la creença fins al rebuig de qualsevol idea de transcendència. I el tercer és, finalment, una previsió específica de la Constitució, relativa a l'establiment d'instruments de col·laboració per regular les relacions entre l'Estat i les diverses confessions o cultes religiosos, amb una especial referència al culte catòlic, la qual cosa es pot entendre com una forma de tolerància del fet religiós, però que en cap cas no ha de conduir a un qüestionament de l'aconfessionalitat de l'Estat. Això és, de la seva preceptiva neutralitat en tots els àmbits de la vida pública respecte de les diverses confessions religioses, incloent-hi la catòlica. Concebut en els termes exposats, la suma d'aquests paràmetres permet sostenir que el principi de laïcitat, com a sinònim de tolerància cap al fet religiós, hauria de gaudir de plena cobertura en la Constitució espanyola. El cert és, tanmateix, que el desplegament legislatiu que s'ha seguit després de la promulgació de la Constitució, sobretot a través dels Acords de 1979 amb l'Estat del Vaticà, ha anat en una direcció diferent que ha comportat una flagrant violació de la neutralitat de l'Estat en matèria religiosa.

En efecte, poc després de l'entrada en vigor de la Constitució concorren raons suficients per sostenir que el desplegament legislatiu que s'ha fet d'aquestes previsions constitucionals configura una ordenació jurídica escassament neutral,

sobretot a partir dels Acords entre l'Estat del Vaticà (l'anomenada Santa Seu) i l'Estat espanyol, uns Acords que es van projectar sobre l'àmbit econòmic, el de l'ensenyament i també el jurídic, i que estableixen un conjunt de privilegis i una desigualtat lleonina a favor del culte religiós catòlic en relació amb altres cultes. I pel que fa a l'aconfessionalitat de l'Estat que es deriva de la Constitució, el contingut d'aquests Acords de 1979 suposa una clara vulneració del principi de neutralitat de l'Estat en matèria religiosa per la implicació que provoca dels poders públics en assumptes religiosos.

Vegem-ne alguns exemples: en els Acords de 3 de gener de 1979, en assumptes econòmics, es va establir que el finançament de l'Església catòlica és a càrrec dels pressupostos generals de l'Estat; al seu torn, aquesta institució religiosa queda exempta del pagament de l'IRPF i de l'IVA sobre les aportacions financeres que rebí de seus adherits o fidels, així com de l'activitat de l'ensenyament en seminaris diocesans i en les disciplines eclesiàstiques de les universitats de l'Església i en les transaccions relacionades amb l'adquisició d'objectes de culte. L'Església catòlica també està exempta del pagament de la contribució territorial urbana de temples, capelles, residències de bisbes, canonges i sacerdots «amb cura d'ànimes, de seminaris i convents» (sic), etc. L'exempció tributària s'estén de forma total i permanent als impostos reals o de producte, sobre la renda i el patrimoni. I també als impostos de successions, donacions i transmissions patrimonials dels béns dedicats al culte.

El tracte de privilegi no s'acaba en el terreny econòmic, transcendeix també a un tema central com és el de l'ensenyament, el principal cavall de batalla de l'Església catòlica en la construcció de l'Estat espanyol contemporani, com es va posar en relleu en els debats constituents sobre l'article 27 de la Constitució de 1978. En efecte, en els Acords esmentats de 1979, es reconeix a l'Església catòlica el dret a exercir l'ensenyament en tots els nivells educatius; a l'establiment de l'assignatura de religió, amb caràcter no obligatori, en els plans educatius, llevat del nivell universitari; al nomenament dels professors de religió per part de l'Ordinari Diocesà; és a dir, l'autoritat eclesiàstica de la zona disposa de plena capacitat empresarial per decidir sobre la contractació d'aquests professors. Així s'ha posat de manifest en els últims anys a través dels conflictes judicials sorgits després dels acomiadaments subsegüents a les no-renovacions dels contractes de professors decidits per l'Ordinari eclesiàstic, a causa de comportaments i activitats que formen part de la vida privada de la persona (per exemple, viure en parella sense estar casat).

El privilegi que l'Estat dispensa a aquest culte religiós i a les seves formes associatives es projecta també a l'àmbit jurídic: així, es reconeix la personalitat jurídica civil de la Conferència Episcopal Espanyola, «de conformitat amb els Estatuts aprovats per la Santa Seu», amb la qual cosa l'Estat assumeix, sense potestat per oposar-s'hi, els efectes d'unes regles jurídiques alienes. I, així mateix,

s'atribueixen efectes civils al matrimoni celebrat segons les normes del dret canònic.

Pel que fa a la jurisprudència constitucional que ha interpretat la Constitució en matèria de llibertat religiosa, el primer que cal ressaltar és que fins ara, i malgrat que els ha hagut d'aplicar en diverses ocasions, el Tribunal Constitucional no ha posat objeccions al contingut dels Acords de 1979 amb l'Estat del Vaticà. Fins i tot, del repàs a una part de la seva jurisprudència sobre llibertat religiosa es desprèn que, al costat d'interpretacions adaptades a una concepció liberaldemocràtica de la llibertat religiosa, en predominen d'altres en què el Tribunal Constitucional ha mantingut un criteri més comunitarista que no pas liberal, més compromès amb la concepció de la llibertat religiosa entesa no exclusivament com a dret individual integrat dins de l'àmbit de la vida privada de la persona, sinó sobretot com un dret de caràcter prestacional en el qual els poders públics s'han d'implicar i exercir influència per a la garantia, no únicament del dret a la llibertat religiosa de la persona, sinó sobretot de les entitats religioses, entre les quals l'Església catòlica ocupa una posició d'omnímoda preeminència fruit dels Acords de 1979.

No obstant això, es pot destacar que en un dels primers referents de la jurisprudència constitucional sobre llibertat religiosa s'ofereixen, en una part de la seva argumentació, elements molt més pròxims a un plantejament liberal centrat en l'individu com a subjecte actiu del dret fonamental. És el cas de la llunyana STC 24/1982 sobre la llibertat religiosa, en relació amb quelcom tan *sui generis* en la història de l'Estat espanyol contemporani com ha estat l'existència del cos de capellans castrenses, és a dir, un cos eclesial catòlic al si de les Forces Armades. Doncs bé, el Tribunal va negar qualsevol inconstitucionalitat respecte de l'existència de l'esmentat cos. Tanmateix, i aquest és el tema essencial d'acord amb l'argumentació exposada, abans de resoldre sobre el fons de la qüestió, el Tribunal va establir una bona construcció sobre el significat del dret fonamental a la llibertat religiosa, en entendre que es tracta, d'una banda, d'un dret subjectiu de llibertat de la persona com a tal i també com a membre de grups; i, en segon lloc, és un dret que ha de ser exercit en condicions d'igualtat. I aquí el Tribunal invoca l'article 14 CE, que impedeix la prohibició explícita de la discriminació per raó de les conviccions religioses que tingui la persona —qualssevol que siguin aquestes—, i invoca fins i tot l'article 9.2 CE, és a dir, l'anomenada *clàusula de transformació social*, aquest precepte importat de la Constitució italiana pel qual el poder públic ha de remoure, si cal, els obstacles per procurar l'exercici efectiu dels drets i les llibertats. Fins aquí, la Sentència mostra un perfil coherent amb l'aconfessionalitat de l'Estat proclamada a l'article 16.3 CE. Però aquest plantejament es dilueix quan aborda el fons de la qüestió, en interpretar que l'existència de l'esmentat cos de capellans castrenses no planteja cap problema de tipus constitucional.

En efecte, per al Tribunal, l'existència d'un cos de capellans castrenses no significava cap infracció de la igualtat entre les entitats religioses, ni tampoc del dret del ciutadà a no ser discriminat a causa de les seves conviccions religioses. Però ens podem preguntar, tractant-se d'un cos castrense de capellans del culte religiós catòlic, què ocorre amb els militars que presten servei en les Forces Armades que no són catòlics o que es mostren al marge de qualsevol religió, tema que el Tribunal no resol. El problema d'aquesta primera sentència és que, per al Tribunal, no hi ha infracció constitucional, sinó que l'existència de l'esmentat cos és una conseqüència lògica de la llibertat religiosa; l'assistència religiosa catòlica a les persones integrants de les Forces Armades no suposa una lesió constitucional sinó una forma de fer efectiu el dret al culte d'individus i comunitats. Amb això, el Tribunal fa abstracció de la posició en què queden la resta de ciutadans militars que, en l'exercici de la seva llibertat religiosa, no comparteixin aquest credo o cap. En conseqüència, el criteri de la Sentència condueix a una confusió entre l'àmbit del que és polític i el que és religiós, com són, respectivament, la gestió de l'Administració militar de l'Estat i les legítimes conviccions religioses dels militars.

Posteriorment, la posició jurídica de l'esmentat cos de militars castrenses, després de l'aprovació de la Llei 5/2005, de la defensa nacional, ha estat modificada. Però els paràmetres constitucionals jurisprudencials continuen sent els mateixos.

Un nou supòsit d'inaplicació de la teoria general sobre la llibertat religiosa que apuntava la STC 24/1982 es troba a la STC 177/1996. És el cas protagonitzat per un militar sancionat per negar-se a participar en un acte militar en honor de la Mare de Déu dels Desemparats. Doncs bé, sens perjudici que el Tribunal emparés un sotsoficial que s'oposava a participar en una desfilada militar en honor d'aquest símbol religiós catòlic, el que en termes objectius ens interessa posar en relleu és que el Tribunal torna a sostenir el criteri anterior segons el qual no és contradictori amb el principi de neutralitat que han de mantenir els poders públics i, per tant, no hi ha confusió entre l'àmbit estatal i el religiós pel fet que una administració pública de l'Estat, en aquest cas l'Administració militar, organitzi i participi en un acte d'aquestes característiques (una parada militar), referent a un símbol religiós concret d'una confessió religiosa específica. No deixa de ser singular des del punt de vista de l'argumentació jurídica que s'empari el ciutadà perquè la seva llibertat religiosa ha estat vulnerada i, tanmateix, s'admeti que això no infringeix el principi de neutralitat de l'Estat davant del fet religiós. Es resol la vulneració individual del dret, però es legitimen les causes objectives d'aquesta vulneració.

Un tercer supòsit, protagonitzat per les STC 46/2001 (el cas de la secta Moon) i 38/2007 (el cas de l'acomiadament de la professora de religió), ofereix un exemple d'interpretació inadequada de la Constitució, en la mesura que el

paràmetre no és la norma suprema sinó disposicions preconstitucionals o de legalitat ordinària. És a dir, en el primer cas, el Tribunal ha operat des de la lògica de la voluntat del legislador ordinari i, en el segon cas, segons el paràmetre que ofereixen els Acords firmats entre l'Estat espanyol i l'Estat del Vaticà al 1979. En ambdós casos el referent jurídic de la Constitució ha estat obviat.

La STC 46/2001, relativa a la secta Moon, l'anomenada *església de la unificació*, ofereix interès arran de l'argumentació emprada per justificar la seva inscripció en el registre de confessions religioses; així mateix, la STC 38/2007 versa sobre la professora de religió d'un col·legi públic acomiadada per l'Estat, que assumeix la proposta de l'Ordinari eclesiàstic de no renovar-li el contracte perquè vivia amb la seva parella sense haver-s'hi casat.

En ambdues sentències apareix en escena la noció de *laïcitat positiva*, que expressa un plantejament més comunitarista que no pas liberal. Però, en què consisteix aquesta noció de *laïcitat positiva*? En primer lloc, la laïcitat entesa en aquest sentit privilegia la llibertat religiosa més com un dret de les confessions religioses, és a dir, de les persones jurídiques, que no pas de les persones individuals. En segon lloc, la llibertat religiosa es presenta en un sentit promocional, o de dret de prestació, destinat a les confessions amb més implantació social.

Així, en el cas de la Sentència relativa a la secta Moon, la seva inscripció en el registre de confessions religioses (art. 1.3 de la LOLR) no solament s'accepta com a condició necessària per a l'aplicació de la Llei orgànica de llibertat religiosa (LOLR), sinó que també el Tribunal interpreta que l'esmentada inscripció registral d'una entitat privada, dotada de personalitat jurídica, és també una institució lligada a l'exercici del dret fonamental a la llibertat religiosa. L'atribució d'una dimensió col·lectiva que es trasllueix d'aquesta concepció jurídica sobre la naturalesa del dret sembla fora de dubte en la mesura que atribueix a l'assentament registral un valor constitutiu del dret de l'entitat religiosa i no merament declaratiu, del dret dels ciutadans per, sumant les seves voluntats, formar l'esmentada Església i inscriure-la en un registre administratiu.

En la STC 38/2007, referida al cas de la professora acomiadada perquè vivia amb la seva parella de fet, el plantejament comunitarista de la llibertat religiosa per part del Tribunal és encara més explícit. Aquesta opció de vida, que concerneix l'àmbit privat, va ser entesa per l'Ordinari eclesiàstic com una actitud contradictòria amb l'ideari del centre i amb la impartició de l'assignatura de religió catòlica, com a conjunt de dogmes de fe relatius a aquest credo, motiu suficient perquè no se li renovés el contracte de treball i fos acomiadada. Dit entre parèntesi, no deixa de ser una singularitat d'aquest país que encara hi pugui haver en el currículum docent una assignatura fonamentada en l'ensenyament d'una cosa tan legítima com és l'opció d'assumir una fe religiosa, però situada per la seva pròpia naturalesa extramurs de la raó i la ciència.

Doncs bé, el Tribunal va sostenir en la Sentència sobre la professora arguments com els que segueixen: que és un deure de cooperació imposat a l'Estat, d'acord amb l'article 16.3 de la Constitució, l'exigència als poders públics perquè aquests desenvolupin una activitat positiva respecte de l'exercici col·lectiu de la llibertat religiosa en el marc del deure d'impuls que correspon als poders públics (art. 9.2 CE); això exigeix als poders públics una actitud positiva de naturalesa assistencial o prestacional; també reconeix el dret de les esglésies, en aquest cas del culte religiós catòlic, a la impartició de la seva doctrina en el marc del sistema educatiu públic; i a tot això afegeix un argument més propi d'una lliçó de moral que no de la funció jurídica atribuïda a un òrgan jurisdiccional, com és el deure que concerneix els professors de religió, en l'àmbit de la seva activitat docent, de donar testimoni amb la seva vida privada en l'activitat quotidiana, en coherència amb els dogmes religiosos que expliquen a classe. Doncs bé, aquests arguments basats en «l'exercici col·lectiu de la llibertat religiosa», «l'activitat prestacional dels poders públics» o «el fet d'haver de donar testimoni», no deixen de ser la viva expressió d'aquesta concepció molt més de grup que no pas d'individu que destil·la aquesta argumentació del Tribunal Constitucional, molt allunyada dels signes d'identitat basats en el protagonisme indeclinable de l'individu que han de servir per definir els drets fonamentals de la persona en l'Estat liberaldemocràtic.

En la mesura que aquests arguments situen les obligacions de l'Estat més enllà de la garantia de l'activitat i de la tutela jurisdiccional de la llibertat religiosa, cal plantejar-se quin ha de ser el sentit de la llibertat religiosa com a dret que exigeix una acció positiva i, derivat d'això, quin és el significat de la invocació del principi de *laïcitat positiva*. Perquè, certament, la Constitució espanyola estableix mecanismes de col·laboració amb les diferents esglésies, amb una referència específica a l'Església catòlica (art. 16.3), i una clàusula general fonamentada en un deure d'acció positiva (art. 9.2).

A parer meu, i aquí segueixo el plantejament sostingut pel Prof. Ruiz Miguel, el deure constitucional de cooperació de l'Estat amb les diverses confessions religioses i, en especial, amb l'Església catòlica, ha de ser entès com un deure general de facilitació de mitjans però no d'incentivació d'aquests. En aquest sentit, la incentivació de l'actuació de les confessions religioses seria aquella acció de l'Estat especialment compromesa amb l'objectiu de provocar conductes a les quals els ciutadans realment puguin mostrar-se renuents (p. ex., promoure la forma catòlica del matrimoni, promoure l'ensenyament públic concorde amb valors religiosos o celebrar un funeral oficial d'acord amb un ritu religiós). Mentre que la facilitació és la idea per la qual l'acció de l'Estat té per objecte simplement aplanar o possibilitar la realització de la llibertat, però sense anar gaire més lluny ni, per descomptat, comprometre el poder públic en els seus continguts.

Un bon exemple en aquest sentit l'ofereix la recent Llei del Parlament de Catalunya 16/2009, sobre centres de culte, que estableix la fixació d'espais públics per a usos religiosos en els plans d'ordenació urbanística. Això és, concedir una llicència per a la construcció d'una mesquita, una església, etc. Es tracta, en definitiva, d'una funció de promoció general però que no comporta un compromís en l'organització de les consciències i el consentiment de les persones, és a dir, una implicació del poder públic en la configuració de les conviccions religioses dels ciutadans. Perquè aquesta implicació, que és el que finalment significa l'expressió de *laïcitat positiva*, és als antípodes del significat de la laïcitat com a principi assegurador de la neutralitat de l'Estat respecte del fet religiós. De fet, és una perversió del seu significat.

D'altra banda, entenc que, a diferència del que argumenta el Tribunal Constitucional, no es pot invocar l'article 9.2 de la Constitució perquè aquest precepte és previst per a drets el contingut dels quals exigeix una activitat prestacional per part dels poders públics (sanitat, educació, tutela judicial, etc.) que serveixi per assegurar un principi bàsic d'igualtat material entre els ciutadans, per procurar-ne, així, un exercici efectiu. I la llibertat religiosa, per la seva mateixa naturalesa de dret vinculat a l'àmbit de la llibertat de conviccions de la persona, queda molt lluny de l'activitat prestacional dels poders públics. Tret que, per la via de la presumpta garantia de la llibertat religiosa, en realitat el que es pretén sigui una altra cosa diferent, concernent al món tangible, com és exercir poder polític sobre les consciències dels individus.

3. ALGUNES REFERÈNCIES DEL DRET ESTATUTARI I DEL DRET COMPARAT

Convé ara centrar l'atenció, encara que sigui sumàriament, en primer lloc, en alguna referència específica al significat de la laïcitat en el nostre context més pròxim, concretament a l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006, que, a l'article 21.2, estableix que a les escoles de titularitat pública l'ensenyament ha de ser laic. I en segon lloc, en l'abast que ha tingut el principi de laïcitat en el dret comparat, sobretot en algunes decisions del Tribunal Europeu de Drets Humans.

D'acord amb la Constitució de 1978, les relacions de l'Estat amb les diferents esglésies es fonamenten en el principi d'aconfessionalitat, que s'ha de conjugar amb el que també prescriu la norma suprema i que estableix que els poders públics han de garantir el dret dels pares perquè els seus fills rebin una formació religiosa i moral d'acord amb les seves conviccions (art. 27.3 CE). Davant del que prescriu el nou Estatut català, la pregunta que immediatament es planteja és si aquesta referència expressa al caràcter laic que ha de tenir l'ensenyament a l'escola pública pot significar una contradicció amb la previsió constitucional.

Amb referència a això, em remeto al que el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya va expressar en el seu Dictamen núm. 269, d'1 de setembre de 2005, en relació amb l'aleshores Projecte de reforma de l'Estatut de 1979 (F III.2), en el qual s'argumentava que l'opció dels pares de proporcionar una formació religiosa als seus fills a l'escola pública no és incompatible amb el caràcter laic de l'ensenyament impartit en aquests centres. En síntesi, el Consell va dictaminar que, en relació amb el contingut del dret dels pares que preveu l'article 27.3 CE, el text constitucional «[...] posa en relleu de forma especial el compromís del poder públic, tot i ésser aconfessional, amb el fet religiós en un àmbit sectorial de la vida social com és l'exercici del dret a l'educació. [...] és el mandat constitucional indeclinable del qual són destinataris els poders públics [...]. Però aquesta obligació no s'estén a la forma a través de la qual els poders públics han de proporcionar la garantia de la dita formació religiosa. La Constitució no és en aquest aspecte taxativa, i no hi ha dubte que deixa als poders públics un marge formal per prendre la decisió. [...] els poders públics disposen d'habilitació constitucional per decidir la manera a través de la qual aquesta formació religiosa ha de ser garantida». I afegeix que «[...] dins el marc més ampli de les activitats educatives que en qualsevol cas l'administració pública està obligada a garantir, tant l'ensenyament laic com la formació religiosa dels alumnes són compatibles i aquesta compatibilitat disposa de cobertura constitucional, a través de les diverses formes en què els poders públics tenen potestat per organitzar-la, en l'exercici de llurs competències d'ordenació i gestió de l'ensenyament».

En conseqüència, la Constitució no predetermina la manera com els poders públics han d'assegurar el compliment del dret dels pares que reconeix l'article 27.3, sinó que deixa la porta oberta a la seva lliure disponibilitat per gestionar aquesta qüestió, la qual cosa fa que la formació religiosa —sigui quina sigui— que sol·licitin els pares que, fent ús del seu dret, optin per demanar-la per als seus fills, sigui impartida al marge del sistema reglat de les assignatures que formen part del currículum escolar. En efecte, perquè la compatibilitat entre el fet religiós i el principi de laïcitat quedi garantida, és *conditio sine qua non* que l'ensenyament de les assignatures que formen part del sistema reglat quedi exempt de tota concepció basada en doctrines religioses.

Posteriorment, la STC 31/2010, relativa al recurs d'inconstitucionalitat presentat per diputats del PP contra l'Estatut d'autonomia de Catalunya, s'ha pronunciat, tot i que breument, sobre la imputació d'inconstitucionalitat que els recurrents van al·legar respecte de l'article 21.2 de l'Estatut. El Tribunal resol de manera més aviat lacònica els retrets d'inconstitucionalitat presentats pel recurs, argumentant que l'esmentada referència «sólo significa, como se deduce de su tenor literal, que la enseñanza pública no es institucionalmente una enseñanza confiada a las confesiones religiosas, sin perjuicio del derecho de las madres y los padres a “que sus hijos e hijas reciban la formación religiosa y moral que

esté de acuerdo con sus convicciones en las escuelas de titularidad pública”». A més, afegeix que «la expresa referencia al art. 37.4 EAC incluida en el art. 21.2 EAC disipa definitivamente cualquier riesgo de interpretación sesgada [...] “de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución”» (FJ 20).

Tanmateix, la qüestió de l'ensenyament laic no es redueix a això, ni era ni és secundària. En aquest sentit, el Tribunal ha perdut una bona oportunitat per fer front al repte que li plantejava l'Estatut i adoptar una posició hermenèutica més ambiciosa sobre l'abast dels preceptes constitucionals, arran de la innovació que el precepte estatutari ha introduït per a Catalunya al bloc de la constitucionalitat. Cal recordar que la Constitució no fa cap referència als termes *laic* o *laïcitat* en el seu text, ja sigui per referir-se als principis que informen l'organització política de l'Estat (títol preliminar), o per reconèixer la llibertat religiosa (art. 16.1 CE) o el dret a l'ensenyament (art. 27 CE). Sí que estableix, com s'ha reiterat, que cap confessió no ha de tenir caràcter estatal (art. 16.3 CE). En aquest sentit, probablement no hagués estat un excés que el Tribunal s'hagués pronunciat, per exemple, sobre si l'ensenyament laic no només significa que l'ensenyament públic no està confiat a les confessions religioses, sinó si també comporta una forma d'ensenyament que exclogui, no només l'existència de símbols religiosos a l'escola pública, sinó també el factor religió del contingut docent de tot tipus de matèries reglades del currículum o pla d'estudis. L'article 21.2 de l'Estatut era un desafiament que el Tribunal no ha aprofitat per afrontar la seva notòria rellevància constitucional per fer efectiva la garantia dels drets fonamentals.

Ja en el context de les dades que ofereix el dret comparat sobre el principi de laïcitat i la presència de símbols religiosos en l'espai públic, es pot centrar l'atenció en algunes decisions relacionades amb la presència de símbols religiosos a l'escola. Un primer referent que cal tenir en compte per a la tesi que se sosté en aquesta ponència és la Sentència del Tribunal Suprem dels Estats Units de 17 de novembre de 1980 (cas *Stone c. Graham*), en què es va pronunciar sobre la constitucionalitat d'una llei de l'Estat de Kentucky que permetia l'existència d'un pal amb els deu manaments a les aules de les escoles públiques. El Tribunal Suprem de l'Estat esmentat sostenia que aquesta circumstància no vulnerava el principi de laïcitat de l'Estat, ja que la finalitat de la norma que autoritzava la seva presència era neutral i respectava el principi de separació entre l'Estat i les confessions religioses. Tanmateix, el Tribunal Suprem Federal va anul·lar la Sentència i va establir que la presència de símbols religiosos a les escoles públiques vulnera tant el dret a la llibertat religiosa dels alumnes com el principi de laïcitat de l'Estat, en introduir-se un element religió en un espai tutelat pels poders públics. Per tant, segons la interpretació que fa la jurisprudència del Tribunal Suprem de la llibertat religiosa, l'exhibició de símbols religiosos a les escoles públiques atempta contra la laïcitat de l'Estat, cosa que, certament,

contrasta amb el manteniment des del 1864 en la moneda nacional, el dòlar, del lema «en Déu confiem» o amb el fet que en alguns municipis els judicis s'iniciïn amb la proclama «Déu beneeixi aquest tribunal». La coherència que s'ha pretès atribuir a aquesta aparent paradoxa és que, en els dos últims casos esmentats, el públic destinatari és un públic format, mentre que en el cas de l'escola, els escolars són molt més influenciables i adoctrinables, i per això els pares els envien a l'escola amb la confiança que rebran un ensenyament en un ambient ideològicament neutral i aliè a qualsevol influència religiosa.

Un altre àmbit de relació del principi de laïcitat i l'espai públic és el que ofereix l'ús d'una determinada indumentària o de símbols religiosos per part de professors i alumnes (l'hijab o vel islàmic, la quipà jueva, la creu cristiana, etc.). A Bèlgica i a França és norma general la prohibició que els alumnes de les escoles públiques puguin portar símbols religiosos quan siguin ostentosos. A Anglaterra, la regla general és que l'alumnat ha de vestir l'uniforme escolar i pot utilitzar ornaments o símbols religiosos si no contradiuen la normativa relativa a la salut i higiene o la integració social.

En relació amb aquesta qüestió, el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) s'ha pronunciat en diverses ocasions quan és el docent qui porta símbols religiosos en la seva indumentària. És el cas, per exemple, de la STEDH de 1998 (cas *Dahlab c. Suïssa*): es tractava d'una professora d'un col·legi de Ginebra, encarregada de la docència de menors, que portava el vel islàmic. La legislació suïssa admetia que els professors poguessin portar petits símbols de caràcter religiós però sempre de manera discreta, a fi d'evitar efectes proselitistes sobre els alumnes i de procurar mantenir la neutralitat del sistema educatiu públic. El TEDH va resoldre el cas interpretant que la legislació suïssa no vulnerava el Conveni europeu de drets humans (CEDH), ja que en una societat democràtica l'Estat pot limitar l'ús del vel islàmic si aquest ús perjudica l'objectiu previst de protecció dels drets i llibertats aliens, perquè el vel és «un signe exterior fort» que pot tenir un efecte proselitista sobre els alumnes.

En una línia interpretativa similar, en la STEDH de 2004, relativa a l'assumpte *Leyla c. Turquia*, el TEDH es va pronunciar sobre una circular emesa per la Universitat d'Istanbul que impedia l'admissió als cursos a les estudiants que portessin el cap cobert amb el vel islàmic. El TEDH va avalar l'esmentada restricció de la llibertat religiosa perquè cal mantenir l'ordre públic en els centres d'educació superior i la protecció del principi de laïcitat de l'Estat. Aquests béns jurídics prevalen, en aquest cas, davant la manifestació de la llibertat religiosa expressada mitjançant el vel islàmic.

Finalment, mereix especial atenció el supòsit que ofereix el jurament de càrrecs públics amb presència de símbols religiosos. El TEDH s'hi va pronunciar en una sentència de 1999, referent al cas *Buscarino c. San Marino*. La legislació d'aquesta petita república exigia com a condició prèvia per accedir als càrrecs

públics prestar un jurament sobre els Evangelis. El Govern de San Marino justificava la fórmula emprada en el jurament al·legant que no tenia caire religiós i, en tot cas, que la seva existència obeïa als orígens històrics i culturals de la República, que havia estat fundada per un religiós. Tanmateix, el TEDH va rebutjar aquests arguments en entendre que el jurament vulnerava el dret a la llibertat de consciència recollit a l'article 9 del CEDH. Més concretament, el TEDH va argumentar que «és contradictori sotmetre l'exercici d'un mandat que pretén representar al si del Parlament diferents visions de la societat a la condició d'adherir-se, anteriorment, a una visió determinada del món. La restricció incriminada no pot passar com a necessària per a una societat democràtica».

4. LES CONTRADICCIONS DEL TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS SOBRE LA LAÏCITAT EN ELS ESPAIS PÚBLICS: L'EXHIBICIÓ DEL CRUCIFIX A LES ESCOLES PÚBLIQUES (CAS *LAUTSI C. ITÀLIA*)

L'exhibició del crucifíx a l'aula d'una escola pública vulnera el dret dels pares a assegurar l'educació dels seus fills d'acord amb les seves conviccions religioses i filosòfiques? Segons la Sentència unànime emesa per una de les sales del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 3 novembre de 2009, la resposta és afirmativa en aquesta primera resolució del Tribunal d'Estrasburg. Es tracta del cas *Lautsi contra Itàlia*, pel qual l'Estat italià havia estat condemnat per infligir danys morals a la senyora Soile Lautsi, que havia al·legat que l'exposició de la creu a l'aula del col·legi públic al qual assistien els seus fills adolescents a Abano Terme (Vèneto) suposava una ingerència incompatible amb la llibertat de consciència i de religió i amb el dret dels seus fills a rebre una educació conforme a les seves conviccions religioses i filosòfiques (Protocol núm. 1 del Conveni de drets humans). La qüestió era important perquè el Tribunal d'Estrasburg va establir en aquell moment uns criteris rellevants en defensa de la necessària separació entre l'àmbit públic i el religiós, per evitar la confusió entre ambdós i garantir a la fi la llibertat religiosa que significa tant el dret a participar de qualsevol credo religiós com a rebutjar aquesta opció. L'abast de la Sentència no es reduïa a Itàlia: la resta d'estats membres del Consell d'Europa subjectes a l'esmentat Conveni, la garantia del qual correspon al Tribunal, no en podien fer cas omís. Sobretot si, en el cas que s'hi presentés recurs en contra, la Gran Sala del Tribunal la ratificava.

Els seus arguments tenien molt a veure amb el respecte a la llibertat de consciència i la llibertat de culte, ambdues vinculades al principi de laïcitat, que es fonamenta en la separació entre l'àmbit civil i el religiós. La Constitució italiana de 1948 va establir la separació entre l'Estat i l'Església catòlica i, segons la seva Cort Constitucional en sentència dictada el 1989, el caràcter confessional

de l'Estat italià va ser explícitament abandonat després dels Acords amb l'Estat del Vaticà de 1985, que van substituir els Pactes del Laterà de 1929 firmats per Mussolini i l'Església catòlica. Per aquesta raó era lògic que senyora Lautsi reclamés, en defensa del dret a l'educació dels seus fills, contra l'exhibició a les aules d'un col·legi públic d'un símbol representatiu del culte catòlic. Com també ho hagués estat de tractar-se, per exemple, d'un símbol jueu o islàmic.

Tanmateix, a quin dret a l'educació i a quines conviccions dels pares s'està referint el Tribunal d'Estrasburg?

Sobre aquest particular assenyala que el respecte a les conviccions dels pares ha de ser possible en el marc d'una educació capaç d'assegurar un entorn escolar obert i tolerant, en el qual les funcions educatives assumides per l'Estat vetllin perquè els programes de les diverses matèries siguin difosos de manera objectiva, crítica i plural, de tal manera que impedeixin l'adoctrinament. El respecte a les conviccions religioses dels pares i les creences dels fills implica el dret a creure i la llibertat negativa de no creure. Argument impecable del Tribunal que, d'aquesta manera, defineix adequadament una part del contingut essencial de la llibertat religiosa, que és un dret de llibertat vinculat a l'àmbit privat de la consciència personal. En conseqüència, el deure de neutralitat de l'Estat sobre el tema el fa incompatible amb qualsevol poder d'apreciació sobre la legitimitat d'una religió i les seves formes externes d'expressió. En el context educatiu, l'Estat ha d'assegurar el pluralisme i quedar al marge de les creences. No en pot imposar cap, sigui quina sigui la seva implantació social.

Per raons històriques Itàlia és un país on, formalment, la majoria de la població es declara catòlica. Però aquesta no pot ser una raó per imposar credos ni símbols. El Tribunal, basant-se en la seva pròpia doctrina, recordava que «en efecte, als països on la gran majoria de la població s'adhereix a una religió específica, la manifestació dels ritus i dels símbols d'aquesta religió, sense restricció de lloc o de forma, pot constituir una pressió sobre els alumnes que no practiquin l'esmentada religió o sobre els que són d'una altra» (cas *Karadman c. Turquia*, 1993).

No obstant això, és en la història i en els valors humanistes compartits també per altres creences i en la implantació social del catolicisme, que es va fundar la pintoresca defensa *jurídica* que va fer Itàlia davant d'Estrasburg pel que fa a l'exposició del crucifix a les seves escoles públiques. A més, l'advocacia italiana va argumentar que el crucifix no reclamava als alumnes ni el deure de salutació ni el d'atenció, la qual cosa condueix a preguntar-se que, si això és així, no s'entén quina és la raó llavors de la seva exhibició pública.

Per al Tribunal no hi ha dubte que el símbol del crucifix té una significació religiosa predominant. I, en aquest sentit, l'Estat està obligat a mantenir la neutralitat confessional en el marc de l'educació. No es comprèn, doncs, com la seva exhibició pot servir per al pluralisme educatiu que és essencial per a la

preservació d'una societat democràtica. Amb aquesta primera decisió de la Sala del Tribunal d'Estrasburg, s'assentaven millor les bases d'una societat més lliure de talibans de tota espècie i condició.

Tanmateix, en la seva Sentència de 18 de març de 2011, la Gran Sala del Tribunal Europeu de Drets Humans ha canviat de criteri i ha interpretat que els estats membres del Consell d'Europa «gaudeixen d'un marge d'apreciació quan es tracta de conciliar l'exercici de les funcions que assumeixen en l'àmbit de l'educació i l'ensenyament i el respecte al dret dels pares a assegurar aquesta educació i aquest ensenyament conforme a les seves conviccions religioses i filosòfiques» (FJ 69). Amb aquesta decisió, que contrasta radicalment amb la presa per la Sala el 2009, el TEDH avala que Itàlia pugui continuar exhibint el símbol religiós del crucifix a les escoles públiques. I, sens dubte, no només el país transalpí sinó qualsevol altre, sotmès a la seva jurisdicció, que ho decideixi en el mateix sentit. El crucifix o qualsevol altre símbol religiós pot ser exhibit en els centres docents públics finançats per tots els ciutadans amb independència de la seva confessió religiosa. El Tribunal d'Estrasburg deixa, per tant, sense efecte la Sentència d'una de les seves sales, dictada al 2009, en el cas *Lautsi contra Itàlia*. Una sentència en què, com hem vist, assenyalava que el respecte a les conviccions dels pares ha de ser possible en el marc d'una educació capaç d'assegurar un entorn escolar obert i tolerant, en el qual les funcions educatives assumides per l'Estat vetllin perquè els programes de les diverses matèries siguin difosos de manera objectiva, crítica i pluralista, per tal d'impedir l'adoctrinament. I que el respecte a les conviccions religioses dels pares i les creences dels fills implica el dret a creure i la llibertat negativa de no creure. Un argument que resultava impecable per aportar llum sobre el contingut i l'abast de la llibertat religiosa, una llibertat vinculada a l'àmbit privat de la consciència personal.

Per a la Sala del Tribunal que va dictar la Sentència al 2009 no hi havia dubte que el símbol del crucifix tenia una significació religiosa predominant. I que l'Estat estava obligat a mantenir la neutralitat confessional en el marc de l'educació. Per això no es comprenia com la seva exhibició podia servir per al pluralisme educatiu, valor essencial per a la preservació d'una societat democràtica. Tanmateix, ara la Gran Sala no veu un problema important en el fet de l'exhibició d'un símbol religiós, sempre que amb aquest no es pretengui adoctrinar. Per tant, si realment és així, el Tribunal vol dir que el crucifix és un objecte decoratiu més? Com es veu, el tan útil criteri jurídic del marge de l'apreciació nacional dóna per a molt, incloent-hi la restauració subreptícia de la confessionalitat de l'Estat. El resultat és lamentable.

A tall de conclusió general sobre el que s'ha exposat fins ara cal assenyalar, en primer lloc, que a partir del principi d'aconfessionalitat la Constitució estableix un principi de laïcitat fonamentat no en la indiferència sinó en el criteri de tolerància sobre el fet religiós. No obstant això, s'ha de subratllar, en segon lloc,

que el Tribunal Constitucional ha atenuat amb la seva jurisprudència aquesta noció de laïcitat en favor d'una concepció borrosa basada en l'anomenada *laïcitat positiva*. I, finalment, es pot reiterar que la interpretació jurisdiccional de l'ordenament jurídic espanyol, integrat en aquesta matèria per la Constitució —norma que, en realitat, és obviada— i pels Acords amb l'Estat del Vaticà de 1979 —norma que ha esdevingut el paràmetre de constitucionalitat suprem i atípic—, estableix un règim de flagrant privilegi per a l'Església catòlica, amb clars indicis racionals d'inconstitucionalitat respecte del seu contingut. I és per aquesta raó, i sense que serveixi de precedent, que invoco les paraules de l'actual president de la Cinquena República Francesa, el senyor Nicolas Sarkozy, en una visita recent a Espanya, en afirmar que la situació de l'Església a Espanya seria impensable a França.

COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES

Moderador:

MIGUEL JULIÁN COLLADO NUÑO

Vocal del Consell General del Poder Judicial

Magistrat

La primera sessió d'aquesta desena edició del Seminari es va dedicar al bloc temàtic relatiu a la protecció dels drets i els principis constitucionals i estatutaris. En aquest marc es va debatre sobre les característiques i l'abast dels drets prestacionals (fonamentalment arran del seu reconeixement en els estatuts d'autonomia), així com de l'eutanàsia i el principi de laïcitat.

El col·loqui es va iniciar amb una intervenció sobre la necessària precisió terminològica del vocable *eutanàsia*. Així, es va sostenir que caldria reservar aquest terme exclusivament per a l'eutanàsia en sentit propi, és a dir, l'eutanàsia activa, amb la seva corresponent regulació en el Codi penal, i no estendre'l a l'abstenció de mantenir la vida d'una manera totalment artificial (eutanàsia passiva), qüestió que quedaria circumscrita a l'àmbit sanitari. El ponent va fer notar la dificultat i la manca de consens en la delimitació del terme atesa l'existència de diversos supòsits límit en què la distinció esdevé molt difícil, i va recordar que la terminologia que s'utilitza (*eutanàsia activa, passiva i indirecta*) no és pròpiament legal sinó de caràcter doctrinal. D'aquesta manera seria en l'àmbit extralegal on podria tenir virtualitat utilitzar el terme *eutanàsia* en sentit restrictiu, mentre que la llei ja ho estaria fent *de facto*.

Deixant de banda l'enfocament lexicològic, hi va haver sintonia entre l'auditori i el ponent sobre la funció judicial en l'atenció a l'eutanàsia (considerada àmpliament) en el sentit de propugnar l'abstenció de l'actuació del jutge i de centrar el problema en el fet que es tracta d'una decisió de tipus mèdic i no judicial. D'acord amb la regulació existent, o bé l'actuació es pot circumscriure a l'exercici del dret d'autonomia sobre el propi cos i la salut (cas de l'anomenada eutanàsia passiva i activa indirecta) i, per tant, no requereix cap autorització judicial, o bé ens trobem davant d'un supòsit prohibit de suïcidi assistit o d'eutanàsia activa, i, en aquest cas, tampoc no escau una autorització o una prohibició prèvia judicial.

Seguidament, es va plantejar també la possibilitat de qualificar l'eutanàsia passiva com un homicidi en comissió per omissió. En resposta a això es va sostenir que si es deixa de proporcionar un tractament sobre el qual legalment el pacient té facultats per disposar-ne llavors no existeix el delicte, i es va afegir que cal posar l'accent en la posició de garant del facultatiu. Així, si la legislació permet al metge que no actuï perquè el pacient pot renunciar a la prestació sanitària, desapareix la seva posició de garant i, per tant, la comissió per omissió.

Un segon bloc de qüestions es va dedicar als drets estatutaris. En aquest àmbit es va plantejar la intervenció que pot tenir el Tribunal Constitucional en relació amb la protecció d'aquests drets i les possibles interferències o distincions quant a l'actuació dels tribunals en l'àmbit autonòmic, específicament, respecte d'una gradació de possibilitats. La primera i més senzilla, quan els drets estatutaris són una repetició dels drets fonamentals. La segona, quan l'Estatut afegeix un matís respecte dels drets reconeguts en la Constitució. La tercera, quan l'Estatut transforma en dret subjectiu el que en la Constitució es configura com a principi rector. I, finalment, quan la determinació concreta de l'abast del dret reconegut a l'Estatut sorgeix de la carta de drets que aprovi el Parlament (art. 37.2 EAC) o de la legislació autonòmica corresponent.

El ponent es va posicionar afirmant la competència del Tribunal Constitucional per conèixer del recurs d'empara respecte dels drets estatutaris que reproduïxin exactament drets constitucionals, segons el seu parer, d'acord amb l'autoatribució que aquest es va efectuar en la Sentència 247/2007, de 12 de desembre. Tot això sense desconèixer que, a la pràctica, es poden produir problemes greus de col·lapse en el funcionament de la institució. Pel que fa als drets estatutaris que no són transcripció dels drets constitucionals, el ponent va referir-se a la mateixa Sentència esmentada per indicar que en aquest cas no podem parlar de drets sinó de principis i, que, respecte d'aquests, ja no es podria, doncs, interposar el recurs d'empara.

Un altre dels ponents de la mateixa sessió va fer una aportació addicional en relació amb els drets estatutaris amb l'afirmació que, en cap cas, el reconeixement de drets que efectuen els estatuts d'autonomia pot modificar l'àmbit de competències assumit per la comunitat autònoma. Així doncs, tot i que es poden suscitar problemes interpretatius entre alguna previsió del capítol tercer del títol primer de la Constitució i la densitat normativa que alguns estatuts tenen en aquesta matèria, un dels paràmetres a tenir en compte pel Tribunal Constitucional però sobretot pels tribunals ordinaris (atesa la configuració economicosocial de la gran majoria dels drets estatutaris) pot ser el de la competència i, per tant, si la llei que desenvolupa el dret és respectuosa amb l'àmbit de delimitació de competències definit pel bloc de la constitucionalitat.

D'altra banda, el ponent va insistir en el paper que poden tenir els articles

139.1 i 149.1.1 CE en els drets socials, de manera que la restricció a la utilització del primer que predica part del sector doctrinal porti aparellada una flexibilització més gran del segon, per tal que no quedin llacunes que no pugui cobrir l'Estat en cas que sorgís una necessitat que requerís una mesura igualadora. En aquest supòsit caldria que se'n fes un ús restrictiu i que l'Estat no l'utilitzés com a títol horitzontal d'intervenció. La seva actuació s'hauria de limitar a ser moderada, puntual i de mínims respectant les competències pròpies, fins i tot exclusives, de les comunitats autònomes. Quant a aquesta qüestió, des de l'auditori es va plantejar que, tot i que és molt interessant, aquest enfocament pot suscitar problemes a la pràctica, si la decisió de l'Estat d'intervenir sobre la base de l'article 149.1.1 CE suposa un compromís pressupostari, pensant per exemple en casos de mínims prestacionals i, per tant, entra dins de l'àmbit financer de les comunitats autònomes i dels ens locals.

L'últim dels temes abordats va ser el del principi de laïcitat. Arran de la pregunta de si de l'article 16 CE es podria derivar un dret fonamental de qualsevol ciutadà a exigir per part de l'Estat espanyol un comportament neutral envers les relacions entre aquest i les religions, el ponent va remarcar el fet que aquest principi deriva d'altres principis i drets fonamentals reconeguts per la Constitució i l'ordenament jurídic, i que aquest magma de drets habilita el ciutadà, en el cas concret, i si ha sofert un tractament discriminatori com a conseqüència d'un plantejament ideologitzat per part d'una administració pública, per reclamar el seu dret.

En relació amb el dret comparat, el ponent va confrontar les previsions dels sistemes constitucionals francès i espanyol. Així, va fer menció de les seves diferències: des de la previsió expressa de la laïcitat en l'article 3 de la Constitució de la República Francesa, en contrast amb la Constitució espanyola, fins a la història mateixa de l'ordenament jurídic francès en el sentit d'entendre la laïcitat com a indiferència del poder públic respecte del fet religiós, en contrast amb l'Estat espanyol on la indiferència s'ha substituït per la tolerància. I el fet que la instrumentalització d'aquesta tolerància és d'on prové un problema de rellevància jurídica indeclinable ja que la jurisprudència del Tribunal Constitucional, amb un plantejament doctrinal brillant, porta a una concepció que deriva cap a la lògica col·lectiva del dret i, per tant, de laïcitat positiva, que no respectaria el principi de neutralitat entre el poder públic i l'àmbit religiós. També va afegir que la laïcitat en l'espai públic es manifesta clarament en l'Administració pública i amb més especificitat en l'escola, on es paradigmàtica, per exemple, la Sentència del Tribunal Suprem dels Estats Units sobre els símbols religiosos, que es va pronunciar en el sentit que aquests no són neutres, i que la seva utilització, en la mesura que pot violentar alguna de les parts, pot violar la llibertat religiosa. Un altre dels vessants d'expressió del laïcisme en el context de les actuacions públiques és el que afecta els funcionaris i els càrrecs públics. El ponent va posar

com a exemple l'obligació de jurar el càrrec de parlamentari sobre els Sants Evangelis que preveia la legislació de la República de San Marino sobre la qual es va pronunciar el Tribunal Europeu de Drets Humans. Aquest va considerar que l'exigència esmentada constituïa una actitud bel·ligerant i no neutral per part dels poders públics, contrària a l'article 9 del Conveni de Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals.

Aprofundint en el concepte de laïcitat positiva connectant-lo amb l'exercici de la llibertat religiosa, el ponent va deixar clar que l'exercici d'un dret individual pot tenir i té dimensió col·lectiva, però el problema de rellevància juridicoconstitucional és si la dimensió col·lectiva de l'exercici del dret pot posar en qüestió la neutralitat del poder públic i, per tant, de l'Estat en el sentit de si es respecta la laïcitat o no. I és en aquest sentit que en la deriva cap al principi de laïcitat positiva al Tribunal Constitucional no li repugna un tractament desigual. En l'àmbit concret de l'Estat espanyol va destacar els Acords amb la Santa Seu, com a part integrant de l'ordenament jurídic espanyol, en què, a parer seu, la neutralitat desapareix de manera notòria. I va posar com a exemple l'Acord sobre afers econòmics en el qual es preveu un cert finançament de l'Estat per a l'Església catòlica a càrrec dels pressupostos generals, així com també una sèrie d'exempcions en l'àmbit fiscal. En opinió del ponent, en aquest cas, s'entra en un terreny que vulneraria el principi d'igualtat que afecta persones i grups i la llibertat ideològica i religiosa d'altres ciutadans que, legítimament, i davant del fet religiós, decideixen prendre una opció d'indiferència, de bel·ligerància o de participació en una confessió religiosa diferent de l'Església catòlica.

A l'últim, des de l'auditori es va formular una reflexió de caràcter general relativa als àmbits en què actualment es produeix una confusió entre allò religiós i allò polític i es va destacar el reconeixement automàtic per part de l'Estat espanyol de les sentències de nul·litat canònica del matrimoni. Aquesta afirmació va ser puntualitzada en el sentit que aquests casos podrien assimilar-se als exequàtur, i que exigeixen, en tot cas, un control judicial del compliment dels requisits establerts en el Codi civil.

III

SEGONA SESSIÓ

1. LA TIPOLOGIA I LA DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES A L'ESTAT AUTONÒMIC
ARRAN DE LES REFORMES ESTATUTÀRIES

2. EL NOU MARC DEL FINANÇAMENT AUTONÒMIC

3. ELS PRINCIPIS DE PREVALENÇA I DE SUPLETORIETAT DEL DRET ESTATAL
TRENTA ANYS DESPRÉS

COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES

Moderador: Ramon Camp Batalla

1. LA TIPOLOGIA I LA DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES A L'ESTAT AUTONÒMIC ARRAN DE LES REFORMES ESTATUTÀRIES

Ponent:

ANTONI BAYONA ROCAMORA

*Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra
Lletrat i director de l'Oficina de Dret Comparat i Relacions Interparlamentàries
del Parlament de Catalunya*

El tema que em correspon desenvolupar es refereix a les perspectives que han obert els nous estatuts d'autonomia quant al sistema de distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes. Tanmateix, abordar aquest tema avui té els seus riscos perquè tots sabem que és un assumpte que està pendent de decisió del Tribunal Constitucional i, precisament, un dels aspectes importants sobre els quals s'ha de pronunciar aquest Tribunal són les novetats quant a la distribució de competències que els nous estatuts han incorporat amb fórmules diferenciades respecte dels estatuts de primera generació.

Per tant, cal que ens ho prenguem tot amb una mica de cautela. En aquest moment intentaré defensar una cosa en què sempre he cregut, que és la possibilitat de considerar que la Constitució és un marc jurídic que té una obertura i una flexibilitat suficients per permetre diferents formes de concreció i d'aplicació del sistema autonòmic. En aquest sentit, abans de parlar concretament de les principals novetats quant a les categories competencials, és important recordar uns aspectes previs que expliquen el camí que van seguir els parlaments autonòmics, després les Corts Generals i, finalment, els ciutadans amb el seu referèndum per modificar el marc jurídic del seu règim d'autonomia.

El més important és la diferència que hi ha entre el sistema d'organització territorial de l'Estat espanyol i la d'altres sistemes descentralitzats. En aquest sentit, hi ha una coincidència bàsica en molts autors sobre la idea que la Constitució no determina un model acabat d'autonomia territorial, sinó que el que estableix el títol vuitè, que és el que regula tot el sistema d'ordenació territorial, són uns procediments i un marc general que ha de ser desplegat per un legislador —el legislador estatutari—, que complementa la funció constituent.

La Constitució defereix al legislador estatutari una funció que li permet desenvolupar el contingut constitucional. Això pot agradar o no i pot ser criticat com a fórmula jurídica. Hi pot haver defensors i detractors d'aquesta

fórmula comparant-la amb altres models federals i regionals que són, per dir-ho així, més acabats o definits des de la seva mateixa formulació constitucional. Però, ens agradi o no, la realitat i l'opció que va seguir en el seu moment el constituent espanyol va ser aquesta, i va obeir principalment a la voluntat deliberada de deixar aquest espai de desenvolupament posterior mitjançant una llei especial i singular. Aquesta característica del nostre marc constitucional és molt important perquè permet parlar d'una certa «desconstitucionalització» del model autonòmic, precisament fent referència a aquesta fórmula oberta i flexible que permet que els estatuts d'autonomia puguin concretar els continguts d'aquest marc constitucional.

Per tant, una dada clau a considerar és que els estatuts són normes que compleixen la funció constitucional que implica la tasca de concretar i definir el model autonòmic propi. I això significa, com va tenir ocasió de ressaltar el mateix Tribunal Constitucional en la Sentència sobre la LOAPA de l'any 1983, que els estatuts compleixen una funció materialment constituent en comparació amb el que fa el legislador ordinari, que actua sempre dins del marc del poder constituït.

Per tant, cal acceptar com un principi jurídic bàsic que els estatuts d'autonomia tenen capacitat per intervenir en la definició del contingut autonòmic i, especialment, per actuar sobre el resultat final del sistema de distribució de competències. En el cas concret de les competències, no hi hauria d'haver cap dubte, perquè d'acord amb el que disposa l'article 147.2.d de la Constitució, els estatuts d'autonomia tenen com a contingut necessari la determinació de les competències que les comunitats autònomes assumeixen dins del «marc» de la Constitució. Poso entre cometes l'expressió *marc* perquè ens dóna una idea fins i tot gràfica d'un espai o *frame* dins del qual es poden desenvolupar diversos resultats.

Això ens permet parlar d'un marge d'actuació estatutari potencial, que és el que s'ha pres com a element referencial dels estatuts de nova generació, considerant que la reforma estatutària no tenia per què seguir exactament la mateixa tècnica, especialment esquemàtica en la definició de les competències emprades pels estatuts de primera generació.

La qüestió que alguns es plantegen és fins a quin punt els estatuts d'autonomia disposen d'aquest marge de maniobra propi per dur a terme aquest desenvolupament constitucional. Ja veurem el que ha dit fins ara el Tribunal Constitucional, però no hi hauria d'haver dubte sobre això perquè aquesta és precisament una funció que la mateixa Constitució ha volgut reconèixer als estatuts d'autonomia. Per tant, una d'aquestes conseqüències hauria de ser que els estatuts poden presentar diferents models dins del seu àmbit d'actuació i sempre que respectin, com és lògic, els límits que es desprenen del marc constitucional, però sense oblidar mai la voluntat constitucional de remetre als estatuts per al compliment d'aquesta.

A partir d'aquesta reflexió prèvia, cal assenyalar que el que caracteritza els nous estatuts en relació amb els estatuts inicials és la voluntat d'establir amb més precisió i detall les matèries competencials sobre les quals s'exerceixen les potestats autonòmiques. Aquesta operació es formalitza amb una llista molt més precisa de les matèries i submatèries competencials amb l'objectiu de contribuir a una major seguretat jurídica i de precisar, alhora, el sentit de les categories competencials, és a dir, dels elements funcionals respecte de les competències exclusives, compartides i executives, que són les tres categories que l'Estatut de Catalunya utilitza, amb la intenció afegida de simplificar i aclarir algunes d'aquestes categories competencials.

El paper que poden tenir els estatuts d'autonomia en la configuració de les competències disposa fins ara d'un reconeixement en sentències del Tribunal Constitucional, en les quals aquest no ha tingut objecció a atribuir als estatuts un valor de concreció i fins i tot de singularització del règim de competències en funció de les determinacions contingudes als estatuts d'autonomia. En aquest sentit, un exemple és la Sentència en matèria de funció pública de la Comunitat de Navarra, en què el Tribunal Constitucional reconeix que no tota la normativa bàsica de l'Estat ha de tenir la mateixa aplicació i el mateix valor bàsic perquè, en virtut d'una previsió estatutària específica, només una part d'aquesta competència bàsica vincula la Comunitat Autònoma de Navarra. En el cas de Catalunya, per posar un altre exemple, també s'ha reconegut quelcom semblant en el règim jurídic de les diputacions provincials en relació amb el Pla únic d'obres i serveis de Catalunya, considerant que, en funció d'una previsió estatutària especial, l'aplicació de la normativa bàsica podia tenir excepcions, igual que en matèria d'organització comarcal, sobre la qual una altra sentència relacionada amb la Llei de règim local també ha fet aquesta modulació. Això significa que hi ha precedents importants en la jurisprudència del Tribunal Constitucional sobre la capacitat que tenen els estatuts de delimitar el contingut i l'abast de les competències estatutàries i autonòmiques en què el Tribunal no va tenir dificultat a entendre que l'existència d'una previsió estatutària específica podia fins i tot prevaler per sobre del sistema general de distribució de competències. I això significa reconèixer als estatuts un valor definidor de les competències, sempre que això no arribi a alterar o desnaturalitzar els paràmetres constitucionals que es desprenen de l'article 149.1 CE.

Aquests supòsits que el Tribunal ha valorat per a casos competencials concrets es plantegen ara als nous estatuts amb un caràcter més general, però també dins d'uns marges més continguts que en cap cas pretenen suplantar o violentar les previsions constitucionals. Veurem com el Tribunal Constitucional afronta aquesta qüestió, però és important recordar que existeix aquesta jurisprudència que dóna un valor inequívoc als estatuts com a normes aptes per concretar i definir el sistema de competències, entenent que els estatuts incorporen una

part important de la funció que suposa establir el sistema final de distribució competencial entre l'Estat i la corresponent comunitat autònoma.

Com a element derivat de l'anterior, ara voldria fer algun comentari sobre el context de la intervenció del Tribunal Constitucional sobre el judici de constitucionalitat dels estatuts, des de la perspectiva del principi democràtic.

En aquest sentit, cal recordar essencialment una cosa. Si realment els estatuts estan pensats per completar i exercir una part del poder constituent, aquest conforma un espai en el qual la decisió política és una decisió jurídicament lliure, en què no hauria d'interferir el Tribunal Constitucional. Si, a més, hi afegim que en aquest cas es dóna una expressió del principi democràtic especialment forta per la doble intervenció parlamentària i el referèndum ciutadà, el gran dilema que es planteja en relació amb la justícia constitucional és fins a quin punt el control constitucional pot afectar el principi democràtic per la capacitat que té de controlar les lleis. Si partim de la base que la Constitució és una norma jurídica, és evident que ha d'existir un control de constitucionalitat de les normes infraconstitucionals. Això és innegable. Però una altra cosa diferent és determinar quins són els límits i quina ha de ser la forma d'aproximació de la justícia constitucional, sempre amb criteris jurídics i no d'oportunitat política, per enjudiciar la decisió legislativa.

En aquest punt, vull ressaltar que no és el mateix valorar i traçar aquesta frontera quan estem parlant d'una llei ordinària que quan estem parlant d'un tipus de llei que està complint una funció constitucional que connecta amb l'exercici del mateix poder constituent. Aquí, els límits del control i l'aplicació del principi de deferència o de correcció funcional per part del Tribunal Constitucional s'haurien de portar al seu grau màxim i propiciar una actitud extremadament prudent del Tribunal Constitucional per cenyir-se únicament a un control *ultra vires* dels límits d'actuació dels estatuts, però sense entrar a valorar en cap cas o censurar l'opció legislativa estatutària adoptada dins d'aquests límits amplis i en exercici d'una funció a què la mateixa Constitució ha volgut reconèixer un abast materialment constituent.

Tractaré ara els aspectes més significatius de la reforma estatutària sobre la distribució de competències. En primer lloc, cal comentar aquesta idea que han seguit pràcticament tots els nous estatuts de definir les tipologies competencials en tres grans categories: exclusives, compartides i executives. En el tema de l'exclusivitat, la idea que es vol emfatitzar és que, en aquestes competències definides com a exclusives per l'Estatut dins del marc de l'article 149.1 CE, correspon a la comunitat autònoma l'exercici de totes les funcions públiques. Aquesta és una premissa sempre complicada perquè és difícil poder definir àmbits materials concrets i separats on es pugui donar aquesta idea absoluta d'exclusivitat, perquè hi pot haver alguna connexió amb d'altres en què l'Estat, d'acord amb l'esmentat article 149 CE, pugui tenir algun tipus de competències.

Però això és possible a còpia d'identificar diferents àmbits i, dins d'una mateixa matèria, diferents subsectors, en els quals alguns es poden qualificar com a exclusius, mentre que d'altres admeten la concurrència d'alguna competència estatal. En utilitzar aquesta tècnica de més concreció de la matèria i classificació en submatèries, la idea de l'exclusivitat pren més consistència i es pot utilitzar de manera més clara i segura com a tècnica competencial.

Un altre element important, sobretot per la seva importància quantitativa i qualitativa és la forma d'entendre la idea o el concepte de les competències compartides. Aquí estem davant del supòsit competencial més freqüent, que es produeix quan l'Estat, en virtut de les reserves que li fa l'article 149 de la Constitució, té atribuïda una competència bàsica en relació amb una matèria, però que no impedeix que els estatuts d'autonomia puguin atribuir a la comunitat autònoma la competència de desplegament legislatiu i les funcions executives sobre aquesta matèria.

Aquest model de distribució competencial ha donat lloc a una gran discussió doctrinal sobre com s'estableix la frontera entre les dues competències. Fins on arriba la competència bàsica i on comença la competència de desplegament legislatiu. Els estatuts inicials no donaven cap pista en aquest sentit. El mateix Tribunal Constitucional i el legislador estatal van arribar a un punt en què la idea de bases, que alguns havien entès inicialment com la capacitat d'establir només els principis legals essencials, es va convertir en una competència legislativa pràcticament sense límits, ja que s'ha anat admetent que les bases no només poden estar contingudes en normes amb rang de llei, sinó que fins i tot poden tenir el contingut propi de normes reglamentàries o, fins i tot, implicar reserves d'actes d'execució. La idea de bases va quedar aviat desnaturalitzada i els nous estatuts tenien l'oportunitat de recuperar el sentit inicial de la competència bàsica com a norma «marc», amb el consegüent efecte de garantia perquè les comunitats autònomes poguessin establir polítiques legislatives pròpies en les matèries corresponents, amb el benentès que les bases haurien de permetre opcions legislatives per poder concretar desenvolupaments diferents. Això és el que intenten fer els nous estatuts d'autonomia. En el cas català, l'article 111 EAC.

Quant a les competències executives, és important destacar dues novetats. En primer lloc, el criteri que s'estableix en el sentit que la competència executiva inclou totes les actuacions o potestats de naturalesa administrativa que l'ordenament jurídic atorga a l'Administració pública, la qual cosa significa la inclusió de les mesures de foment que sovint han estat objecte de conflicte en virtut del poder de despesa de l'Estat. I també la novetat que significa el fet d'admetre que la competència executiva permet exercir una potestat reglamentària limitada, que no és una potestat reglamentària de primer grau, sinó derivada a partir del que estableixi l'Estat en les seves lleis i reglaments.

Però almenys es permet que les comunitats autònomes disposin d'un espai de regulació per completar l'ordenació estatal quan es consideri necessari per a l'exercici de les funcions executives.

Finalment, vull destacar que una altra de les previsions que s'incorporen és que el sistema de distribució de competències no es modifica per aplicar i executar el dret comunitari. Encara que la jurisprudència constitucional ja sosté aquesta conclusió, és una qüestió important perquè quedi clar que aquesta tasca d'aplicació del dret comunitari s'ha d'entendre que forma part del sistema jurídic intern i ha de ser considerada, per tant, segons les claus ordinàries del sistema de distribució de competències.

Amb les reformes estatutàries s'ha donat, a parer meu, un pas molt important en el desenvolupament autonòmic i, al mateix temps, en la garantia del contingut material de l'autonomia. Però no hem d'oblidar que els recursos d'inconstitucionalitat presentats davant del Tribunal Constitucional introdueixen incògnites importants. En concret, hi ha el risc que el Tribunal construeixi una doctrina restrictiva sobre la funció constitucional que poden desenvolupar els estatuts i consideri que el marc constitucional és un marc rígid i tancat sobre el qual els estatuts no poden exercir cap paper important. També hi ha el risc que el Tribunal Constitucional consideri que el seu paper d'interpret de la Constitució no pot estar condicionat per les previsions dels estatuts d'autonomia.

Si aquest escenari és el que finalment es configura quan el Tribunal resolgui els recursos, el seu principal efecte serà que els estatuts, com a normes jurídiques encarregades per la mateixa Constitució de desplegar i concretar el règim d'autonomia, perdran aquest protagonisme en benefici del Tribunal Constitucional, que actuarà considerant la Constitució, i no el binomi Constitució-Estatut, com l'únic paràmetre vinculant.

2. EL NOU MARC DEL FINANÇAMENT AUTONÒMIC

Ponent:

ANTONIA AGULLÓ AGÜERO

*Consellera del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya
Catedràtica de Dret Financer i Tributari de la Universitat Pompeu Fabra*

SUMARI: 1. Introducció. 2. Les reformes estatutàries i l'Estatut d'autonomia de Catalunya. 2.1. Les reformes estatutàries. 2.2. El contingut de l'Estatut. 3. Evolució del sistema de finançament autonòmic. 3.1. La Constitució espanyola i el sistema LOFCA. 3.2. L'evolució del sistema LOFCA. 4. Valoració. 5. Nota final

1. INTRODUCCIÓ

Deia el president Montilla aquest matí, en la inauguració del Seminari, que l'Estatut d'autonomia de Catalunya, aprovat per la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, constituïa un punt de partida nou en l'àmbit competencial i en el del finançament autonòmic.

Efectivament això és així, almenys pel que fa al finançament autonòmic. Per això, la meua intervenció d'avui, dedicada a la regulació de la hisenda de la Generalitat en la reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006 (d'ara endavant, EAC) porta el títol molt més genèric d'«El nou marc del finançament autonòmic». Amb aquest títol pretenc destacar tres coses: la innovació de l'ordenament jurídic que suposa la reforma del finançament de la Generalitat en l'EAC des dels punts de vista normatiu i material; la transcendència d'aquesta reforma respecte del sistema general de finançament de les comunitats autònomes, més enllà del que és el seu objecte propi, i el caràcter no tancat o obert de les normes estatutàries. En definitiva, es tracta de determinar si som davant d'una normativa veritablement nova, si aquesta normativa afecta exclusivament el finançament de la Generalitat, i en quina mesura la reforma estatutària del sistema de finançament de la Generalitat és una reforma acabada i completa o bé una reforma que requereix, potser, una regulació posterior. A parer meu, les normes estatutàries que regulen el finançament de

la Generalitat estableixen les premisses i els principis d'una regulació futura del sistema de finançament autonòmic (d'ara endavant, SFA), per la qual cosa és apropiat referir-s'hi com un marc.

Per tal d'il·lustrar fins a quin punt l'EAC de 2006 suposa un nou marc per al finançament autonòmic, dividiré l'exposició en dos apartats, dedicats, respectivament, a la nova regulació estatutària i a l'evolució del sistema de finançament autonòmic. Les conclusions ens permetran acabar amb una valoració global de la situació plantejada per la reforma de l'EAC.

2. LES REFORMES ESTATUTÀRIES I L'ESTATUT D'AUTONOMIA DE CATALUNYA

2.1. *Les reformes estatutàries*

La defensa i clarificació de l'àmbit competencial de la comunitat autònoma i la recerca d'un sistema de finançament adequat han estat els dos motors de la reforma de l'Estatut català i el detonador de tot un procés de reformes estatutàries iniciat a Catalunya, al qual s'han anat afegint, de moment, amb objectius i continguts diferents, les comunitats autònomes de València, les Illes Balears, Andalusia, Aragó i Castella i Lleó.¹

Però el que interessa destacar ara és el paper que la reforma de l'EAC de 2006 està exercint en la configuració del nou model de finançament de les comunitats autònomes, reivindicat des de diversos àmbits a partir del 2004, davant dels greus problemes de suficiència i de falta d'equitat del sistema actual, i que és objecte de debat aquests dies.

A aquests efectes, podríem dir que la història es repeteix. L'aprovació de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 1979 va ser gairebé paral·lela a l'aprovació de la Llei orgànica 8/1980, de 22 de setembre, de finançament de les comunitats autònomes (LOFCA), que va dur a terme la configuració inicial del sistema de finançament autonòmic; i, al 2009, en el context del procés de reformes estatutàries que s'ha produït, la reforma de l'EAC de 2006 està sent precedent immediat i punt de referència de la configuració del nou model de finançament autonòmic. A imatge i semblança del que va ocórrer en l'etapa constituent del procés estatutari.

L'EAC de 2006 conté una nova regulació de la hisenda de la Generalitat els trets essencials de la qual, a què em referiré a continuació breument, han

1. LO 1/2006, de 10 d'abril, de reforma de la LO 5/1982, d'1 de juliol, d'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana; LO 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears; LO 2/2007, de 19 de març, de reforma de l'Estatut d'autonomia per a Andalusia; LO 5/2007, de 20 d'abril, de reforma de l'Estatut d'autonomia d'Aragó; i LO 14/2007, de 30 de novembre, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó.

passat a formar part dels treballs preparatoris de la reforma de la LOFCA i de la modificació de la Llei 21/2001, de 27 de desembre, de mesures fiscals i administratives del nou sistema de finançament de les comunitats autònomes.

És quelcom que està succeint per sobre o amb independència de la intensa controvèrsia política i jurídica sobre quin ha de ser el contingut dels estatuts d'autonomia, i mentre encara estan pendents els recursos contra l'EAC presentats davant del Tribunal Constitucional, algun dels quals afecta els preceptes estatutaris que regulen la hisenda autonòmica.²

2.2. El contingut de l'Estatut

El títol VI de l'EAC de 2006, relatiu a la hisenda de la Generalitat, s'estructura en tres capítols dedicats, respectivament, a la hisenda de la Generalitat (art. 201 a 210), el seu pressupost (art. 211 a 216) i les hisendes locals (art. 217 a 221). L'EAC dedica també la majoria de les seves disposicions addicionals i tres disposicions finals a diversos aspectes, materials i temporals, de la posada en marxa del finançament de la Generalitat, fet que dóna idea de la importància que l'EAC concedeix a la matèria. Concretament, les disposicions addicionals setena a onzena (tributs cedits), dotzena (interpretació harmònica), quinzena (transparència), quarta (capacitat de finançament) i tercera (inversió estatal en infraestructures a Catalunya); i les disposicions finals primera (compliment del títol VI), segona (creació de l'Agència Tributària de Catalunya) i tercera (constitució de la Comissió Mixta d'Afers Econòmics i Fiscals).

Al seu torn, la regulació estatutària del finançament de la Generalitat se centra en els temes següents:

- La no-discriminació de Catalunya (art. 201.4 EAC i disp. addic. quarta), en estreta connexió amb el principi d'ordinalitat (art. 206.4 EAC).
- Els tributs cedits (art. 203 i disp. addic. setena a onzena EAC).
- La gestió tributària (art. 204 i disp. final segona EAC).
- La participació en els tributs de l'Estat i els mecanismes d'anivellament i solidaritat (art. 206).
- L'evolució del sistema de finançament: actualització (art. 208 EAC) i lleialtat institucional (art. 209 EAC).
- La bilateralitat de les relacions Estat-Generalitat, amb la creació de la Comissió Mixta d'Afers Econòmics i Fiscals (art. 210 i disp. final tercera EAC).

2. Han presentat recurs d'inconstitucionalitat contra l'EAC el Partit Popular, el Defensor del Poble, la CA de València, la CA de les Illes Balears, la CA d'Aragó, la CA de Múrcia i la CA de la Rioja.

– La inversió estatal en infraestructures a Catalunya (disp. addic. tercera EAC). La inversió estatal en infraestructures, com tothom sap, no forma part del SFA, però és el seu complement necessari. A parer meu, el caràcter bàsic d'aquesta inversió aconsella que es prevegi al costat del SFA, tenint en compte la seva transcendència per al correcte funcionament d'aquest.

Deixant a banda qualsevol consideració relativa a la gènesi d'aquestes normes i, per tant, als successius textos que les van precedir —al Parlament català, abans i després de la intervenció del Consell Consultiu, i al Congrés dels Diputats—, la primera observació que es desprèn d'una aproximació objectiva al seu conjunt és l'estreta relació que tenen amb el sistema de finançament autonòmic vigent en aquell moment.

L'EAC no s'inventa un nou sistema de finançament, no crea un sistema nou sinó que opera sobre el SFA vigent, referint-lo a Catalunya i introduint les modificacions pertinents. La regulació estatutària del finançament de la Generalitat, per tant, ni és completa ni parteix del no res. L'EAC preveu el SFA i el modifica actuant-hi en tres direccions: *a*) corregint els efectes indesitjables del sistema (prohibició de discriminació de Catalunya, principi d'ordinalitat, participacions i mecanismes d'anivellament i solidaritat); *b*) solucionant-ne les omissions (evolució i seguiment del sistema, Comissió Mixta i inversió estatal en infraestructures), i *c*) reforçant-ne l'autonomia tributària (tributs cedits i gestió tributària). En sentit estricte, l'EAC modifica el SFA per a Catalunya, però no estableix un nou sistema; respecta l'existent, basat en tributs propis, tributs cedits i participacions en tributs de l'Estat i mecanismes d'anivellament i solidaritat, si bé hi introdueix novetats molt significatives.

La segona observació de caràcter general que és procedent, atenent ja al contingut concret d'aquestes disposicions, és la centralitat de dues idees subjacents a tota la nova regulació de l'EAC en matèria de finançament autonòmic: la no-discriminació de Catalunya i la recerca de més autonomia tributària. A l'entorn d'aquestes dues idees centrals s'explica la pràctica totalitat de la normativa estatutària sobre finançament de la Generalitat, les disposicions de la qual són, en gran manera, principis i regles que assegurin la consecució d'ambdós objectius.

Assumida aquesta finalitat estatutària, les novetats que introdueix l'EAC en el SFA, agrupades per matèries, són les següents:

1. Tributs cedits: increment dels percentatges de cessió (disp. addic. setena a onzena EAC) i de les competències de gestió dels tributs cedits. Concretament, s'augmenten les competències dels organismes econòmicoadministratius autonòmics (art. 204.3 EAC), i es preveu la creació d'un consorci Agència Tributària catalana – Agència Estatal d'Administració Tributària (art. 204.3 i disp. final segona EAC).

2. Participacions en els ingressos de l'Estat i mecanismes d'anivellament i solidaritat: establiment dels principis d'ordinalitat (art. 206.5 EAC), transparència (art. 206.4 EAC) i avaluació quinquennal; previsió dels criteris per a la determinació de les necessitats de despesa de la comunitat autònoma (art. 206.1 i .3 EAC); i incorporació de la condició d'«esforç fiscal similar» per a la participació de la Generalitat en el mecanisme d'anivellament dels serveis públics de sanitat, educació i altres serveis socials de l'estat del benestar (art. 206.3 EAC).

3. Evolució i seguiment del SFA: actualització quinquennal del SFA (art. 208 EAC); avaluació de l'impacte financer de les disposicions generals estatals i autonòmiques (art. 209.1 EAC); accés mutu a la informació necessària per al millor exercici de les competències respectives en un marc de cooperació i transparència (art. 209.2 EAC); i creació de la Comissió Mixta d'Afers Econòmics i Fiscals (art. 210 i disp. final tercera EAC).

4. Inversió de l'Estat en infraestructures a Catalunya: equiparació de la inversió de l'Estat a Catalunya, excloent-ne el Fons de compensació interterritorial, a la participació relativa del producte interior brut de Catalunya en el producte interior brut de l'Estat en un període de set anys (disp. addic. tercera EAC).

La simple lectura d'aquestes novetats adverteix ja de la importància de les reformes que s'introdueixen en el SFA. Els tributs cedits passen a ser compartits amb l'Estat al 50%, i fins i tot al 58%, en el cas dels impostos especials, amb el canvi evident que això suposa per a la visualització del poder tributari autonòmic i el major automatisme que aquesta previsió introdueix en el sistema. Al mateix temps, es preveu un increment progressiu en la col·laboració entre les administracions tributàries respectives, que fins i tot pot arribar a ser única; s'aclareixen els criteris per a la determinació de les participacions en els ingressos de l'Estat i el funcionament dels mecanismes d'anivellament i solidaritat, dotant d'estabilitat i transparència el sistema, facilitant la seva actualització automàtica i eliminant la falta d'equitat; s'estableixen les eines d'informació i cooperació que faciliten l'actualització periòdica; s'institucionalitza la bilateralitat de la negociació amb l'Estat, fent explícit el que, en certa manera, ja és una realitat; i s'incorporen mesures relatives a la inversió estatal en infraestructures, cosa que, com s'ha dit, no forma part del SFA però constitueix un element d'enorme transcendència que condiciona el correcte funcionament del sistema.

3. EVOLUCIÓ DEL SISTEMA DE FINANÇAMENT AUTONÒMIC

3.1. *La Constitució espanyola i el sistema LOFCA*

La regulació de les hisendes autonòmiques a la Constitució espanyola (CE) es limita a l'establiment d'una sèrie de principis i regles que no predeterminen el seu contingut.

El títol VIII de la CE de 1978, dedicat a l'organització territorial de l'Estat, estableix els principis que limiten l'autonomia financera que es reconeix a les comunitats autònomes. Es tracta dels principis de solidaritat i equilibri econòmic interterritorial (art. 138.1 CE); igualtat (art. 139.1 CE); lliure circulació i llibertat d'establiment (art. 139.2 CE); i coordinació amb la hisenda estatal i solidaritat interpersonal (art. 156.1 CE). Al costat d'aquests principis, completen el marc constitucional de l'autonomia financera la prohibició de privilegis econòmics o socials (art. 138.2 CE) i la prohibició d'extraterritorialitat tributària (art. 157.2 CE).

Al seu torn, la CE enumera els recursos de què necessàriament han de disposar les hisendes autonòmiques i atribueix a l'Estat una sèrie de competències financeres.

Així, correspon a l'Estat: la garantia dels principis de solidaritat i equilibri econòmic interterritorial (art. 138.1 CE); la potestat originària per establir tributs (art. 133.1 CE); la competència sobre la hisenda general (art. 149.1.14 CE); la facultat de regular l'exercici de les competències financeres de les comunitats autònomes, les normes sobre resolució de conflictes i les possibles formes de col·laboració financera (art. 157.3 CE); i la competència d'harmonització de l'article 150 CE.

Quant als recursos que integren les hisendes autonòmiques, la CE es limita a establir el seu elenc mitjançant una enumeració genèrica (art. 157.1 CE).

La CE, per tant, no estableix un sistema concret de finançament autonòmic. No obstant això, com s'ha dit reiteradament, de l'enumeració constitucional dels recursos de les comunitats autònomes es desprèn indirectament un sistema de finançament autonòmic obert i de caràcter mixt. La llista tancada de recursos de les comunitats autònomes que conté l'article 157.1 CE inclou tributs propis, tributs cedits i participacions en els ingressos de l'Estat i mecanismes de solidaritat i anivellament (Fons de compensació interterritorial i altres assignacions dels pressupostos generals de l'Estat també previstes a l'art. 158 CE). La coexistència de tributs propis i participacions com a elements no derogables de qualsevol sistema de finançament autonòmic que s'estableixi justifiquen la seva qualificació com a sistema mixt; *tertium genus* entre els sistemes d'unió, on tots els tributs són estatals, i els de separació, caracteritzats pel repartiment complet de l'espai ocupat per les principals figures del sistema tributari. L'absència d'indicació sobre el pes relatiu d'uns i altres assenyalava el seu caràcter obert.

Aquesta falta de definició constitucional del sistema de finançament autonòmic (SFA) va ser suplerta aviat per l'actuació de la LOFCA. La generalització del procés autonòmic va produir l'efecte d'atribuir la funció de configurar el SFA a la llei orgànica prevista a l'article 157.3 CE, de manera provisional en una primera etapa i amb caràcter definitiu després. Del sistema LOFCA, sempre en van quedar excloses les comunitats autònomes de règim foral, Navarra i el País Basc, dotades d'un sistema de finançament propi per aplicació de la disposició addicional primera de la CE.

Com es va configurar aquest primer sistema? Al 1980, la LOFCA va haver d'improvisar un sistema sense precedents. A diferència del que passava pel que fa a les hisendes locals, les hisendes autonòmiques no tenien referents. En l'àmbit tributari, la CE reconeixia a les comunitats autònomes poder tributari propi, però el sistema tributari estatal creat a partir de la CE de 1978 es basava en grans impostos personals, difícilment territorialitzables i estructurats amb el suport d'una forta administració tributària, moderna i molt centralitzada. El volum de despesa que havien d'assumir les comunitats autònomes també era incert. El cost de les competències que a poc a poc s'anaven transferint determinava les necessitats de despesa del sistema i el seu finançament es duia a terme bàsicament mitjançant transferències dels pressupostos generals de l'Estat, l'import de les quals era minorat per la recaptació dels tributs cedits.

En aquest context, la LOFCA va optar per preservar els ingressos de l'Estat i garantir els seus pressupostos mitjançant l'establiment d'un nou principi: la prohibició de doble imposició interna. Aquest principi va reduir extraordinàriament l'espai tributari propi de les comunitats autònomes i va consolidar la configuració de les hisendes autonòmiques com a hisendes de transferència caracteritzades per un espai tributari propi reduït i uns tributs cedits concebuts com a element residual i de tancament del sistema.

Els mecanismes d'anivellament i solidaritat es van incorporar al sistema a través de la constitució de diversos fons, de caràcter vertical i horitzontal, com a forma de canalitzar les transferències de l'Estat i de corregir els eventuais desajustos que pogués generar el funcionament del SFA.

La situació va ser sempre radicalment diferent al País Basc i a Navarra, que disposaven d'un règim especial de concert i conveni garantit per la CE. El respecte als drets històrics dels territoris forals que estableix la disposició addicional primera de la CE suposa la pervivència de les hisendes forals, sens perjudici de la seva actualització en el marc de la Constitució i dels estatuts d'autonomia. Això significa, en termes generals, la vigència en exclusiva als esmentats territoris d'un sistema tributari propi; i l'existència d'una quota que les hisendes forals paguen periòdicament a l'Estat en compensació pels serveis que aquest presta en els territoris esmentats. Les hisendes forals van quedar, per tant, des d'un principi fora del sistema LOFCA i probablement per aquest motiu també excloses dels mecanismes d'anivellament i solidaritat.

El SFA configurat per la LOFCA ha estat sotmès a revisió periòdicament. Les revisions successives hi han produït canvis importants i han determinat una evolució del sistema en la qual es poden distingir diverses etapes o fins i tot models de finançament diferents. Tanmateix, el sistema originari, basat en transferències de l'Estat, tributs cedits, mecanismes d'anivellament i solidaritat, i un espai tributari propi reduït, s'ha mantingut. I per això és vàlid referir-se al SFA vigent com a *sistema LOFCA*, en al·lusió a la Llei que el va configurar inicialment.

3.2. L'evolució del sistema LOFCA

La necessitat de corregir els problemes estructurals de les hisendes de transferència, dependents de l'Estat, principalment la irresponsabilitat fiscal i la minva d'autonomia política, van determinar l'evolució de les hisendes autonòmiques cap a unes hisendes cada vegada més autònomes financeraament, dotades d'un major poder tributari i amb mecanismes de solidaritat i d'anivellament progressivament més elaborats.

En aquest procés evolutiu els tributs cedits han tingut un protagonisme decisiu que ha conclòs amb la seva transformació en element central del SFA. Però aquest fenomen ha originat, a parer meu, una important distorsió. Bàsicament, perquè el que havia estat concebut com un element residual del sistema ha passat a ser-ne el nucli sense que les importants distorsions generades per aquest procés hagin estat afrontades totalment.

L'assumpció per part dels tributs cedits d'un paper central en el SFA s'explica perquè la necessitat d'augmentar el poder tributari autonòmic per corregir els defectes propis d'una hisenda de transferència ha estat coberta de forma conservadora, procurant el mínim de canvis en el sistema; això a la pràctica ha suposat recórrer al mecanisme de la cessió de tributs. A causa del fet que l'augment del poder tributari autonòmic s'ha produït de forma exclusiva a base de l'increment de la cessió de tributs, els tributs cedits han deixat de ser un element residual del sistema per convertir-se en un element central d'aquest.

L'ampliació de la cessió ha afectat figures tributàries, competències de gestió, percentatges i, especialment, els elements de la cessió mateixa, concretament la capacitat normativa relativa a aquests tributs, la qual cosa ha determinat una autèntica transformació de la figura del tribut cedit. Al seu torn, aquesta escalada de la cessió de tributs ha anat instal·lant progressivament en el sistema la idea de coresponsabilitat fiscal com un principi propi d'aquest.

Ara bé, malgrat la transformació assenyalada, els tributs cedits han mantingut la seva funció de minorar les transferències estatals destinades al finançament dels serveis públics. Aquest fet ha determinat la necessitat d'introduir mesures de correcció en la regulació dels mecanismes d'anivellament i solidaritat, tant

per corregir els problemes de territorialització dels tributs cedits com per no desincentivar l'esforç fiscal de les comunitats autònomes. Tanmateix, aquestes mesures s'han revelat insuficients. D'aquí ve la recrudescència de la controvèrsia sobre les balances fiscals i l'aparició del fenomen de la competència fiscal a la baixa entre comunitats autònomes.

Concretament, amb la finalitat de no desincentivar l'esforç fiscal, s'ha previst que la recaptació per tributs cedits a tenir en compte per a la minoració de les transferències estatals sigui la recaptació normativa, no la real, de manera que es garanteixi igualtat de tracte per un esforç fiscal igual. Però aquesta previsió ha estat en bona part contrarestada per les mesures adoptades en els processos de revisió i actualització del SFA.

La necessitat inqüestionable d'actualització i revisió periòdica del sistema es va fer imprescindible per corregir els desajustos originaris d'aquest. Desajustos derivats del mètode de càlcul del cost dels serveis traspassats i de les competències transferides, que no incloïa la inversió nova³ ni l'increment de necessitats; i desajustos derivats de l'absència de mecanismes d'actualització, especialment rellevant en el cas dels instruments d'anivellament i solidaritat. Amb l'objectiu de solucionar els dits desajustos, la revisió del sistema ha anat sempre acompanyada de dues mesures d'importància especial: la injecció en el sistema de recursos addicionals per part de l'Estat i la garantia a les comunitats autònomes d'un volum de finançament mínim equivalent al finançament que haguessin obtingut l'any base de revisió. Aquestes mesures han produït un efecte desincentivador respecte de l'exercici de l'autonomia tributària per part de les comunitats autònomes.

Sense entrar en valoracions sobre l'oportunitat del procés, és indubtable que el paper central assumit pels tributs cedits en el SFA no està exempt de costos. Aquests costos tenen, a parer meu, naturalesa estructural. En uns casos, perquè són inherents a la figura del tribut cedit, encara que es vegin magnificats pel paper central en el SFA d'aquests tributs. Em refereixo a la dificultat del ciutadà per individualitzar i visualitzar el poder tributari de la comunitat autònoma, amb els problemes de caràcter polític que això comporta; i als problemes de territorialització d'aquests tributs, que afegeixen un grau de complexitat als mecanismes necessaris d'anivellament i solidaritat que s'estableixin. I en altres casos, perquè deriven de la inserció concreta dels tributs cedits en el SFA. Més específicament, perquè deriven de la funció que aquests hi desenvolupen, com és el cas de la competència fiscal a la baixa entre comunitats autònomes.

Aquests problemes tenen difícil solució. Com s'ha apuntat anteriorment, el fenomen de la competència fiscal a la baixa entre comunitats autònomes s'ha abordat neutralitzant el paper dels tributs cedits en el càlcul de les transferències

3. La inversió nova es va canalitzar inicialment a través del Fons de compensació interterritorial.

estatals mitjançant la utilització del paràmetre de la recaptació normativa. Tanmateix, sembla bastant raonable deduir que la pràctica consistent a garantir a les comunitats autònomes per part de l'Estat un mínim de recursos equivalent al finançament obtingut l'any base de revisió, és a dir, la pràctica assumptió estatal del volum de despesa consolidat de les comunitats autònomes que s'ha imposat en cada revisió periòdica del sistema, anul·la en part o, si més no, contraresta, els efectes incentivadors de l'esforç fiscal de la primera revisió. Tot això, sense qüestionar, per les raons abans exposades, la necessitat de garantir a les comunitats autònomes un determinat volum de despesa en cada revisió del sistema. Urgeix, doncs, establir uns mecanismes d'actualització dotats de més transparència i automatisme.

Quant als problemes de responsabilitat fiscal i de territorialització, lligats a la utilització de la cessió de tributs com a element central del SFA, em limitaré a assenyalar l'important canvi que suposen les previsions de l'EAC en matèria de coresponsabilitat fiscal i l'avenç de les aportacions estatutàries en matèria de participacions en els ingressos de l'Estat i els mecanismes d'anivellament i solidaritat.

La coresponsabilitat fiscal ha conegut dues etapes en el nostre SFA. Una primera etapa, que s'inicia amb l'Acord 1/1996, de 23 de setembre, del Consell de Política Fiscal i Financera (CPFF), que va canviar el concepte de cessió de tributs en atorgar competències normatives a les comunitats autònomes sobre els tipus de gravamen i, en part, sobre les bases imposables o liquidables, i deduccions de les quotes. I una segona etapa, a partir de l'Acord del CPFF de 27 de juliol de 2001, que va ampliar la cessió de l'IRPF en atorgar a les comunitats autònomes més autonomia en la configuració de la quota autonòmica d'aquest impost i va estendre la cessió a noves figures, concretament, a l'IVA i a altres impostos indirectes.

L'aprovació de l'EAC implica una nova etapa. L'EAC preveu la cessió del 50% dels tributs cedits (el 58% en el cas dels impostos especials). Aquest increment percentual no és un pas més en el camí de la coresponsabilitat fiscal i en el procés de transformació dels tributs cedits en tributs compartits, sinó un verdader canvi de continguts. La cessió de la meitat dels tributs cedits, especialment de l'IRPF, unida a la major llibertat per configurar la quota autonòmica d'aquest impost que es va imposar en la revisió del sistema del 2001, permet una percepció del poder tributari autonòmic que suposa un salt qualitatiu en l'autonomia política i, per tant, una realització molt més efectiva de la coresponsabilitat fiscal. L'increment dels percentatges de cessió al 50% o 58% significaria, a més, que en algunes comunitats autònomes, com és el cas de Catalunya, els tributs cedits passarien a constituir el 90% dels ingressos de

la comunitat,⁴ fet que augmentaria considerablement l'automatisme del sistema. En conseqüència, el sistema guanyaria estabilitat, transparència i efectivitat de la coresponsabilitat fiscal.

En sentit anàleg, les aportacions estatutàries en matèria de participacions en els ingressos de l'Estat i mecanismes d'anivellament i solidaritat, establint criteris per a la determinació de les necessitats de despesa de la comunitat autònoma i aclarint el funcionament i els límits d'aquests mecanismes, contribueixen a una redistribució més equitativa dels recursos que permet pal·liar els problemes derivats de la difícil territorialització dels tributs cedits.

4. VALORACIÓ

Hi ha una coincidència essencial entre els principals problemes que presenta el sistema LOFCA de finançament autonòmic i les preocupacions subjacents en la reforma de l'EAC.

Si en el cas de l'EAC hem assenyalat que la no-discriminació de Catalunya i la recerca d'una major autonomia tributària, al costat de la suficiència de recursos i l'estabilitat del sistema, són el leitmotiv de la reforma del finançament de la Generalitat que conté l'EAC, els problemes que hem individualitzat en el balanç de l'evolució del sistema LOFCA tenen una naturalesa anàloga. Problemes d'autonomia política i fiscal, propis d'una hisenda de transferència, d'una banda; i, de l'altra, problemes d'equitat i d'estabilitat, en bona part a conseqüència dels mecanismes de correcció i ajust del sistema de transferències.

Els principals problemes que presenta el sistema LOFCA, a parer meu, se centren en tres aspectes: la coresponsabilitat fiscal, la insuficiència dinàmica del sistema i la seva complexitat. Al seu torn, la complexitat comporta una evident falta de transparència que resta legitimitat al sistema.

La reforma de l'EAC de 2006 aborda aquests tres temes i hi aporta solucions diverses. En l'àmbit de la coresponsabilitat fiscal, establint un sistema de tributs compartits per meitats amb l'Estat; en el tema de la suficiència, establint criteris i procediments per a l'actualització i revisió del sistema; i quant a la complexitat, introduint regles que permetin una major transparència.

Com s'ha dit anteriorment, la reforma de l'EAC no planteja un nou SFA sinó que introdueix correccions i millores en el sistema existent: corregeix defectes, soluciona omissions i mancances, i potencia l'autonomia tributària. Aquestes modificacions són plenament generalitzables.

4. Segons l'estudi de N. BOSCH I ROCA, «El model de finançament autonòmic del projecte de reforma de l'Estatut de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 32, maig de 2006, 2a època, pàg. 15 a 35.

Partint d'aquestes consideracions, la qüestió inicial relativa a la novetat que suposa la reforma de l'EAC de 2006 per al finançament autonòmic i la seva qualificació com a nou marc del sistema resulta ara molt més clara.

L'Estatut de 2006 no crea un nou SFA, bàsicament per dues raons: perquè actua sobre el SFA existent introduint-hi modificacions que, sense negar la seva profunditat, se situen en la mateixa línia de modificacions anteriors; i perquè la seva posada en marxa es difereix a un futur més o menys pròxim. Però això no significa que la regulació estatutària no tingui rellevància. Les novetats introduïdes en l'àmbit dels tributs cedits, en el de les participacions i mecanismes d'anivellament i solidaritat, i en el de la suficiència dinàmica del sistema, configuren clarament, més enllà de les consideracions d'equitat i de caràcter tècnic, un nou model de finançament autonòmic. Nou, perquè implica una nova configuració política del poder tributari autonòmic com a coresponsabilitat fiscal; i model de finançament, perquè és susceptible d'estendre's a les altres comunitats autònomes, encara que aquesta no hagi estat la seva finalitat.

5. NOTA FINAL

En el moment de publicar aquesta ponència és obligat deixar constància de dos esdeveniments produïts posteriorment a la seva redacció original.

El primer és la modificació del SFA en virtut de l'Acord 6/2009, de 15 de juliol, del Consell de Política Fiscal i Financera, que ha donat lloc a la Llei orgànica 3/2009, de 18 de desembre, de modificació de la LOFCA, i a la Llei 22/2009, de 18 de desembre, que substitueix i deroga la Llei 22/2001, de 27 de desembre.

Tal com s'apuntava en la ponència en relació amb les tasques preparatòries d'aquesta normativa, llavors en curs, aquestes lleis recullen àmpliament i generalitzen el contingut de l'EAC fent-lo extensiu a la totalitat de les comunitats autònomes de règim no foral. Principalment, en matèria de tributs cedits, lleialtat institucional, i actualització i seguiment del SFA.

El nou SFA també s'ha fet ressò de la regulació estatutària dels mecanismes d'anivellament i solidaritat. Tant pel que fa als criteris que determinen les necessitats de despesa —és el cas, per exemple, del criteri de la població— com pel que fa als requisits i efectes de la garantia de finançament dels serveis públics fonamentals d'educació, sanitat i altres serveis socials de l'estat del benestar. La incorporació d'aquests criteris ha suposat el desdoblament de l'anterior Fons de suficiència en un Fons de garantia dels serveis públics fonamentals, de configuració pràcticament horitzontal, i en un Fons de suficiència global, de caràcter vertical; i també la creació de dos nous fons de convergència per corregir els desajustos del sistema: el Fons de competitivitat i el Fons de cooperació.

Com a conseqüència, el principi d'ordinaltat i el requisit d'esforç fiscal similar, establerts en l'EAC i no recollits expressament per les normes esmentades, resulten respectats *de facto* pel sistema, segons l'opinió de la doctrina.⁵

El segon d'aquests esdeveniments és la resolució per part del Tribunal Constitucional dels recursos plantejats contra l'Estatut d'autonomia de Catalunya, que ha donat lloc, entre d'altres, a la STC 31/2010, de 28 de juny. Aquesta Sentència, dictada en el recurs presentat pel Partit Popular, incideix sobre diferents aspectes de la regulació estatutària del finançament de la Generalitat. No presenten novetats sobre això la resta de les sentències relatives a l'EAC.⁶

La STC 31/2010 ha declarat la inconstitucionalitat de la condició d'esforç fiscal similar de l'article 206.4 EAC i ha imposat la interpretació de les disposicions addicionals tercera (inversió estatal en infraestructures a Catalunya) i vuitena a onzena (percentatges de cessió de tributs) de l'EAC, i de l'article 210 EAC (Comissió Mixta d'Afers Econòmics i Fiscals) en sengles decisions, a més d'incorporar en els seus fonaments jurídics nombroses interpretacions que no han estat traslladades a la decisió dispositiva de la Sentència.

El Tribunal ha declarat inconstitucional la condició d'esforç fiscal similar que incorpora l'article 206.4 EAC en la configuració del fons de garantia d'un nivell mínim en la prestació dels serveis públics fonamentals d'educació, sanitat i altres serveis socials de l'estat del benestar, amb l'argument de l'absència de competència de l'Estatut per imposar una condició a les altres comunitats autònomes (FJ 134). Tanmateix, han merescut una opinió diferent el principi d'ordinaltat que incorpora el mateix precepte (art. 206.5 EAC) i la prohibició de discriminació de Catalunya de l'article 201.4 EAC, que el Tribunal considera ajustats a la CE en constituir, respectivament, efecte lògic i mera formulació negativa de la prohibició de privilegis econòmics de l'article 138.2 CE (FJ 134 i 131).

Quant a les decisions interpretatives, el TC ha imposat la seva interpretació en el sentit d'eliminar l'efecte vinculant per a l'Estat de les disposicions addicionals tercera (inversió estatal en infraestructures a Catalunya) i vuitena a onzena (percentatges de cessió de tributs) de l'EAC (FJ 138 i 137); i en el sentit de considerar que la comissió bilateral de l'article 210 EAC (Comissió

5. Vegeu HERRERO ALCALDE, A.; RUIZ-HUERTA CARBONELL, J.; VIZÁN RODRÍGUEZ, C. «La reforma de la financiación autonómica de 2009». *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 11, octubre de 2010, p. 169 a 203.

6. STC 48/2010, de 8 de setembre, en el recurs presentat per la CA de València; STC 47/2010, de 8 de setembre, en el recurs presentat per la CA de les Illes Balears; STC 46/2010, de 8 de setembre, en el recurs presentat per la CA d'Aragó; STC 49/2010, de 29 de setembre, en el recurs presentat per la CA de Múrcia; STC 138/2010, de 16 de desembre, en el recurs presentat per la CA de la Rioja; STC 137/2010, de 16 de desembre, en el recurs presentat pel Defensor del Poble.

Mixta d'Afers Econòmics i Fiscals) té un caràcter instrumental respecte dels òrgans plurilaterals a través dels quals l'Estat exerceix les seves competències de coordinació (FJ 135).

3. ELS PRINCIPIS DE PREVALENÇA I DE SUPLETORIETAT DEL DRET ESTATAL TRENTA ANYS DESPRÉS

Ponent:

ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ

*Magistrada de la Sala Contenciosa Administrativa del
Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears*

SUMARI: 1. Introducció. 2. La pluralitat d'ordenaments jurídics. Matèries i competències sobre aquestes. 2.1. L'Estat de les autonomies. 2.2. Principis rectors dels ordenaments estatal i autonòmic. Jerarquia i competència. 2.2.1. Encaix de la pluralitat d'ordenaments a la Constitució espanyola. 2.2.2. Competències i matèries. 2.2.3 Distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes. 2.2.4. Classes de competències. 3. L'article 149.3 de la Constitució com a norma «de tancament» del sistema de relacions entre ordenaments. 4. La clàusula de prevalença. 4.1. Jurisprudència del Tribunal Constitucional. 4.2. Tribunal Suprem. 5. Supletorietat del dret estatal. 5.1. El significat històric, el teleològic i el literal. 5.2. L'evolució jurisprudencial. 5.3. Crítica del significat de la clàusula de supletorietat segons el Tribunal Constitucional. 5.4 Algunes decisions del Tribunal Constitucional i el Tribunal Suprem després de la STC 61/1997 fins a l'actualitat. 6. Conclusions

1. INTRODUCCIÓ

Els principis de prevalença i de supletorietat del dret emanat dels poders legislatiu i executiu de l'Estat es troben consagrats —al màxim nivell normatiu— a l'article 149.3 de la Constitució espanyola de 27 de desembre de 1978.

En una primera aproximació, ambdós postulats tenen com a finalitat la consecució d'una solució quan, a l'hora de determinar la norma de dret aplicable en un supòsit de fet concret, se suscitin problemes de diversa mena per als operadors jurídics al si d'aquesta operació; concretament, bé l'existència d'una col·lisió davant la concurrència de normes estatals i autonòmiques vàlides, però comprensives de regulacions incompatibles (prevalença), o bé la presència

d'una llacuna o insuficiència de la norma autonòmica en els àmbits de la seva competència (supletorietat).

L'origen mediat d'aquests conflictes rau en la coexistència a l'Estat espanyol de dos ordenaments jurídics autònoms i independents entre si: el procedent de l'Estat i el produït al si de les comunitats autònomes, que són els dos ens públics territorials als quals la norma fonamental atribueix no només l'autonomia administrativa, sinó també la de caràcter polític, és a dir, un poder de generació de normativa completa,¹ que comprèn les potestats legislatives (corresponents als parlaments respectius) i la reglamentària (atribuïda als òrgans concrets del poder executiu).

Transcorreguts gairebé trenta-un anys des de la promulgació de la nostra carta magna, el contingut i els efectes d'aquests dos principis han sofert una evolució lògica,² la qual s'ha produït de forma paral·lela a la constitució, primer, i la consolidació, després, de les disset comunitats autònomes en les quals s'organitza territorialment l'Estat des de mitjan anys vuitanta, sense menysprear el paper decisiu que ha exercit la doctrina emanada a partir dels pronunciaments del Tribunal Constitucional per determinar el seu abast.

En aquesta ponència analitzaré el camí seguit i la situació actual d'ambdues eines recollides a la Constitució per assolir la determinació de la norma aplicable, en dues situacions que es poden qualificar com «d'últim extrem» per a l'agent encarregat d'aquesta recerca normativa:

En primer lloc, davant la producció de conflictes entre ordenaments derivats de la concurrència de competències normatives materialitzades o exercides per l'Estat i una o diverses comunitats autònomes sobre matèries diferents, però connexes, i vigents en un mateix àmbit territorial. És a dir, per la coexistència de dues normes vàlides dictades pels ens públics competents en la respectiva matèria, un cop descartades altres vies de coordinació i de cooperació, la Constitució estableix la prevalença de les normes de l'Estat.³

En segon lloc, quan la competència sobre la regulació d'una determinada matèria (o part d'aquesta) ha estat assumida per una comunitat autònoma, en

1. Les entitats que integren l'Administració local segons la norma fonamental (necessàriament, els municipis, les províncies i les illes, art. 137, 140 i 141 CE, a més de les que es puguin constituir en les diferents legislacions autonòmiques de règim local, d'acord amb els seus estatuts d'autonomia, art. 3.2 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local —LBRL—), exerceixen la potestat normativa de caràcter reglamentari, d'acord amb l'article 4.1.a LBRL, atribuïda al Ple d'aquestes corporacions.

2. Un progrés que ha estat molt discutit per part de la doctrina quant a la interpretació efectuada pel Tribunal Constitucional sobre el principi de supletorietat, sobretot després de les sentències 118/1996, de 27 de juny, i 61/1997, de 20 de març.

3. Alguns autors, com Álvarez Conde (citat per F. LUQUE REGUEIRO a «Las cláusulas residual, de prevalencia y supletoriedad del derecho estatal sobre el autonómico», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 15, 2003) consideren que la clàusula de prevalença del dret estatal només opera en el supòsit de concurrència de competències normatives sobre la mateixa matèria, és a dir, en el binomi legislació bàsica estatal, article 149.1.1 CE, i normativa autonòmica de desplaçament.

virtut del seu estatut d'autonomia, però aquesta norma autonòmica no existeix o es revela insuficient, la norma fonamental preveu l'aplicació del dret estatal com a supletori d'aquesta llacuna o deficiència jurídica.

2. LA PLURALITAT D'ORDENAMENTS JURÍDICS. MATÈRIES I COMPETÈNCIES SOBRE AQUESTES

Com que les clàusules o els principis de prevalença i de supletorietat del dret estatal tracten de resoldre les dificultats que es poden suscitar per dilucidar la norma concreta aplicable a un supòsit de fet, i tenint en compte que aquests problemes es generen per l'existència d'una pluralitat d'ordenaments jurídics dins de l'esquema de la Constitució, convé fer una breu referència a l'origen, al contingut i a les relacions entre aquests ordenaments.

2.1. *L'Estat de les autonomies*

L'article 2 CE determina que la norma fonamental es fonamenta en la indissoluble unitat de la nació espanyola, pàtria comuna i indivisible de tots els espanyols, si bé reconeix i garanteix el dret a l'autonomia de les nacionalitats i regions que la integren, així com la solidaritat entre totes aquestes.

A partir d'aquest precepte es col·liguen dos principis fonamentals diferents, però íntimament connectats: un, la unitat de la nació espanyola i, dos, el dret d'autonomia de les nacionalitats i regions que la conformen. El Tribunal Constitucional, en la seva Sentència 4/1981, de 2 de febrer,⁴ va puntualitzar: «Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía», agregant a continuació: «Dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido».

La Constitució de 1978 estableix un model territorial i polític complex, denominat *Estat autonòmic*. L'organització del poder polític (el legislatiu i l'executiu) corresponent a la nació espanyola es distribueix entre dos tipus d'ens públics de caràcter territorial: l'Estat i les comunitats autònomes, en virtut de l'article 137 CE, i atorga a aquestes —a diferència de les entitats locals— no solament una autonomia administrativa «per a la gestió dels interessos respectius», sinó també

4. L'esmentada Sentència resol un recurs d'inconstitucionalitat sobre diverses lleis preconstitucionals, sobretot relatives al règim local, examinant la supremacia de la norma fonamental sobre les lleis anteriors i posteriors a la Constitució i sobre la competència examinadora de l'alt tribunal en relació amb el dret preconstitucional.

una autonomia de naturalesa política per legislar sobre aquests interessos propis.

Aquest poder legislatiu l'han d'exercir els parlaments autonòmics, com a institució bàsica de l'organització d'aquests ens públics (denominats també *assemblees legislatives*, art. 152.1 CE), i es pot materialitzar sempre que la comunitat autònoma, en virtut del seu respectiu estatut, exerceixi la competència legislativa sobre les matèries concretes que es tracta de regular per llei.

La norma suprema va dissenyar diverses maneres d'exercir el dret a l'autonomia previst a l'article 2 CE, el contingut del qual té «caràcter dispositiu», atès que la Constitució no ultima el disseny competencial ni organitzatiu de les comunitats autònomes, només n'estableix un marc que possibilita la seva constitució, diferint aquesta concreció als estatuts d'autonomia, en la seva qualitat de «norma institucional bàsica» d'aquestes, en virtut de l'article 147.1 CE.

– Règim ordinari de l'article 143 CE

L'accés a l'autonomia requereix una iniciativa exercida per les entitats locals compreses al territori que pretén accedir a l'autogovern, l'elaboració del projecte de Llei orgànica (art. 81 CE) per una assemblea paritària de representants davant dels òrgans plenaris dels ens locals i davant de les Corts Generals, i que aquestes tramitin i aprovin l'Estatut.

La majoria de comunitats autònomes es van constituir a través d'aquesta via,⁵ la qual permetia assumir estatutàriament, *ab initio*, les competències relacionades a l'article 148.1 CE, i, un cop transcorreguts cinc anys des de l'aprovació de l'Estatut per les Corts Generals, mitjançant la reforma d'aquest, es podia ampliar l'àmbit competencial en el marc de l'article 149 de la Constitució, és a dir, assumint les competències sobre les matèries que aquest precepte no atorgués expressament a l'Estat, i això sens perjudici de les delegacions a les comunitats autònomes de competències —o facultats— estatals que es poguessin aprovar mitjançant Llei orgànica en virtut de l'article 150.2 CE.

5. Llei orgànica 7/1981, de 30 de desembre, Estatut d'autonomia del Principat d'Astúries; Llei orgànica 8/1981, de 30 de desembre, Estatut d'autonomia de Cantàbria; Llei orgànica 3/1982, de 9 de juny, Estatut d'autonomia de la Rioja; Llei orgànica 4/1982, de 9 de juny, Estatut d'autonomia de Múrcia; Llei orgànica 5/1982, d'1 de juliol, Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana, modificat per la Llei orgànica 1/2006, de 10 d'abril; Llei orgànica 9/1982, de 10 d'agost, Estatut d'autonomia de Castella-la Manxa (existeix un projecte de Llei de reforma en fase de tramitació parlamentària des de l'abril de 2009); Llei orgànica 8/1982, de 10 d'agost, Estatut d'autonomia d'Aragó, derogat per la Llei orgànica 5/2007, de 20 d'abril; Llei orgànica 10/1982, de 10 d'agost, Estatut d'autonomia de les Canàries; Llei orgànica 1/1983, de 25 de febrer, Estatut d'autonomia d'Extremadura (el 29 de setembre de 2009 se'n va presentar un projecte de llei orgànica de reforma); Llei orgànica 2/1983, de 25 de febrer, Estatut d'autonomia de les Illes Balears, modificat per la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer; Llei orgànica 3/1983, de 25 de febrer, Estatut d'autonomia de la Comunitat de Madrid; Llei orgànica 4/1983, de 25 de febrer, Estatut d'autonomia de Castella i Lleó, modificat per la Llei orgànica 14/2007, de 30 de novembre; Llei orgànica 13/1982, de 10 d'agost, Estatut d'autonomia de Navarra.

– Règim especial de l'article 151 CE

Es tracta d'un procediment reforçat d'iniciativa i d'elaboració del Projecte d'estatut, en requerir, entre altres tràmits, la participació —mitjançant referèndum— del cos electoral de la població integrada al territori amb voluntat d'accés a l'autogovern,⁶ així com la formulació final del text proposat per la Comissió Constitucional del Congrés dels Diputats amb l'assistència d'una delegació de l'assemblea dels diputats i dels senadors elegits en el respectiu àmbit espacial. El Projecte haurà de ser aprovat, com a llei orgànica, per les Corts Generals.

Mitjançant aquesta manera d'assolir l'autonomia de determinats territoris, la Constitució permet, des d'un principi, l'assumpció estatutària de totes les competències previstes a l'article 148.1 i l'article 149 CE (a més de les hipotètiques transferències de competències o facultats estatals establertes a l'article 150.2 CE).

– Règim especial de la disposició transitòria segona

S'aplica en aquells territoris que «en el passat haguessin plebiscitat afirmativament projectes d'estatut d'autonomia i en el moment de promulgar aquesta Constitució comptin amb règims provisionals d'autonomia».⁷

El procediment és el previst a l'article 151.2 CE, si bé la iniciativa correspon als òrgans preautonòmics col·legiats superiors.

Igual que en l'article 151 CE, es permet, des d'un principi, l'assumpció de totes les competències en el marc dels articles 148.1 i 149 CE (sens perjudici de les delegacions competencials previstes a l'article 150.2 CE).

2.2. Principis rectors dels ordenaments estatal i autonòmic. Jerarquia i competència

Prescindint de l'anàlisi dels diferents significats i continguts de l'ordenament jurídic en general, en constituir una qüestió àrduament discutida en la doctrina, però partint d'una visió «institucionalista» del terme, tal com propugnava Santi Romano (és a dir, l'ordenament com a institució, en no reduir-se o esgotar-se en un conjunt sistemàtic i ordenat de normes escrites, sinó que també inclou els principis i els valors expressats en aquestes, com es desprèn de l'enunciació i de la prelación de fonts del dret determinades a l'article 1 del Codi civil).

Les característiques que permeten identificar un ordenament jurídic, i quant al que interessa per desenvolupar la qüestió abordada en el present treball, són:

6. La Comunitat Autònoma d'Andalusia fou l'única que va aprovar el seu Estatut per aquesta via (Llei orgànica 6/1981, de 30 de desembre, derogada per la Llei orgànica 2/2007, de 19 de març).

7. Llei orgànica 3/1979, de 18 de desembre, Estatut d'autonomia per al País Basc; Llei orgànica 4/1979, de 18 de desembre, Estatut d'autonomia de Catalunya, derogat per la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol; Llei orgànica 1/1981, de 6 d'abril, Estatut d'autonomia de Galícia.

– *Unitat* de tot el sistema normatiu, a través de la norma fonamental —Constitució— que s'ubica al cim de la piràmide normativa, englobant i vinculant les altres (jerarquia).

– *Coherència*, atès que es tracta d'una unitat sistemàtica i ordenada, en què els conflictes normatius se solucionen mitjançant principis preestablerts (com el de prevalença), o bé mitjançant procediments seguits davant de l'òrgan erigit com a màxim intèrpret de la Constitució (en el nostre cas, el Tribunal Constitucional), a través dels quals es dilucidarà la norma aplicable.

– *Plenitud*, ja que permet cobrir les seves pròpies llacunes i les seves pròpies deficiències (supletorietat).

2.2.1. Encaix de la pluralitat d'ordenaments a la Constitució espanyola

Tota entitat pública (territorial) dotada d'autonomia política i administrativa exerceix una sèrie de poders, bàsicament el legislatiu i l'executiu; potestats a partir de l'exercici de les quals s'aproven les normes legislatives i les reglamentàries (tant els reglaments executius o els de desenvolupament legal, d'una banda, com els d'organització o els administratius, de l'altra).

Partint de les consideracions exposades en l'apartat anterior, un cop finalitzat el procés de conformació autonòmica, tant l'Estat com les disset comunitats autònomes constituïdes tenen un ordenament jurídic propi, però sense que cada un d'aquests pugui considerar-se com un compartiment estanc respecte dels altres, atès que tots troben punts de relació o de connexió, bàsicament per coincidir en l'àmbit espacial d'aplicació:

– En primer lloc, tots els ordenaments jurídics existents, vigents i aplicables, es deriven i fonamenten en la Constitució (fenomen derivatiu que dóna lloc al denominat *supraordenament constitucional*),⁸ norma fonamental o suprema amb la qual es relacionen a través del *principi de jerarquia*.

Les normes estatals o autonòmiques tenen condicionada la seva validesa respecte de les regles i dels principis constitucionals, atès que les lleis contràries a la norma fonamental poden ser objecte d'una declaració d'inconstitucionalitat pel Tribunal Constitucional (art. 2, 27 i 28 de la Llei orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional, en endavant LOTC).

– En segon lloc, s'ha de destacar que els estatuts d'autonomia són lleis orgàniques aprovades per les Corts Generals (art. 81 CE), encara que es configuren com la «norma institucional bàsica» de les comunitats autònomes, les quals participen en la iniciativa i en l'elaboració del projecte, així com en la modificació i la reforma.

8. M'estic referint a l'ordenament de l'Estat i de les comunitats autònomes. Com a conseqüència de l'adhesió d'Espanya als tractats constitutius de les comunitats europees, es va produir l'assumpció del dret comunitari com a dret propi, les relacions del qual es regeixen pels principis bàsics d'efecte directe i de primàcia.

Per això, els estatuts d'autonomia participen de la doble naturalesa de lleis estatals i autonòmiques, atès que ni les Corts Generals ni les assemblees legislatives no poden, per si mateixes, aprovar-los, modificar-los ni derogar-los, i necessiten sempre la participació de les institucions autonòmiques i, si és el cas, del cos electoral, tal com es recull als articles 143 i 151 CE.

– En tercer lloc, també ens trobem amb relacions entre els ordenaments de l'Estat i les comunitats autònomes, desenvolupades mitjançant:

1) Concurrencia normativa sobre una mateixa matèria. Legislació bàsica de l'Estat⁹ i normativa de desplegament autonòmica.

Les STC 1/1982, de 28 de gener, i 25/1983, de 7 d'abril, analitzen el funcionament d'aquesta coincidència —diferenciada— de competències normatives en una determinada matèria, atès que el concepte de bases és substancial o material, i no és suficient la denominació de la llei com a bàsica o de bases.¹⁰

A la «legislació bàsica» li correspon fixar els «objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros», que comprèn «el núcleo material del interés general», si bé aquestes lleis bàsiques no poden esgotar la regulació de la matèria —o sector— de què es tracti, ja que ha de permetre a les comunitats autònomes tenir les seves polítiques pròpies, establint normes sobre el mateix objecte, respectant les bases estatals, en nom del seu interès respectiu.

Els principis que regeixen la relació entre aquests dos tipus de normes, d'acord amb el Tribunal Constitucional, s'expliquen a través de tres cercles concèntrics:

9. L'Estat, en virtut de l'article 149.1 CE, té la potestat legislativa «bàsica» en les matèries següents: 1a) La regulació de les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals. 13a) Bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica. 16a) Sanitat exterior. Bases i coordinació general de la sanitat. Legislació sobre productes farmacèutics. 17a) Legislació bàsica i règim econòmic de la Seguretat Social, sens perjudici que les comunitats autònomes n'executin els serveis. 18a) Les bases del règim jurídic de les administracions públiques i del règim estatutari dels seus funcionaris, les quals garantiran, en qualsevol cas, als administrats un tractament comú davant d'aquelles; el procediment administratiu comú, sens perjudici de les especialitats derivades de l'organització pròpia de les comunitats autònomes; legislació sobre expropiació forçosa; legislació bàsica sobre contractes i concessions administratives i el sistema de responsabilitat de totes les administracions públiques. 23a) Legislació bàsica sobre protecció del medi ambient, sens perjudici de les facultats de les comunitats autònomes per a l'establiment de normes addicionals de protecció. La legislació bàsica sobre espais i aprofitaments forestals i vies ramaderes. 25a) Bases del règim miner i energètic. 27a) Normes bàsiques del règim de premsa, ràdio i televisió, i, en general, de tots els mitjans de comunicació social, sens perjudici de les facultats de desenvolupament i execució que corresponguin a les comunitats autònomes. 30a) Regulació de les condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics i professionals, i normes bàsiques per al desenvolupament de l'article 27 de la Constitució, a fi de garantir el compliment de les obligacions dels poders públics en aquesta matèria.

10. Excepcionalment es permet que la fixació d'aquestes bases s'efectuï per Reglament (STC 306/2000, de 12 de desembre) «cuando resulte imprescindible por su contenido técnico o por su carácter coyuntural o estacionario».

– Efecte de preclusió: les bases delimiten els àmbits positiu i negatiu de l'exercici de la potestat normativa de desenvolupament.

– Efecte de desplaçament: les bases desplacen però no deroguen la normativa autonòmica anterior que no s'hi acomodi; s'assembla al funcionament del principi de primacia del dret comunitari en relació amb el dret intern dels estats membres.

– Efecte de condició d'integració: les bases assenyalen les pautes amb què ha d'actuar el legislador autonòmic (la llei o el reglament, en parlar de «normativa de desenvolupament»).

2) Lleis marc, lleis orgàniques de transferència o de delegació a les autonomies de facultats corresponents a titularitat estatal, legislació bàsica i lleis d'harmonització, previstes a l'article 150 CE.

En tot cas, la relació de l'ordenament estatal amb els ordenaments autonòmics es regeix, no pel principi de jerarquia, ja que cap d'aquests no té un rang més alt que l'altre, sinó pel *principi de competència*.

2.2.2. Competències i matèries

A fi que l'autonomia prevista i reconeguda a la Constitució per a les nacionalitats i les regions adquireixi una virtualitat pràctica, com posa en relleu Muñoz Machado, cal que aquesta es trobi integrada per un conjunt de poders i de facultats diferents i independents dels de l'Estat.

Aquestes potestats i competències han de ser delimitades al respectiu estatut d'autonomia, de conformitat amb el caràcter dispositiu o diferit de l'autonomia, tasca que s'ha d'efectuar dins del marc establert als articles 148.1 i 149 CE.

Si bé l'ordenament estatal i l'autonòmic es troben vinculats jeràrquicament amb la Constitució, en ser aquesta la norma suprema de l'ordenament, la qual desplega la seva primacia sobre aquells, tanmateix les relacions entre ambdós tipus de sistemes normatius, com he anticipat, no es regeixen pel principi de jerarquia, sinó pel de competència.

D'acord amb el principi de competència, en les matèries la regulació de les quals correspongui a una comunitat autònoma, la norma autonòmica exclou la de l'Estat, la qual —si escau— estaria viciada d'inconstitucionalitat (incloent-hi el «bloc de la constitucionalitat» previst a l'art. 28 LOTC) quan incorre en incompetència.¹¹

Segons Garrido Falla, la *competència* és la mesura de la potestat que li correspon a un òrgan o a una entitat, que necessita una habilitació prèvia perquè

11. Indico l'expressió «si escau», perquè podria succeir que la llei o el reglament estatal regulés determinades matèries la regulació de les quals fos competència d'algunes comunitats autònomes, però no s'hagués assumit estatutàriament en d'altres.

pugui actuar vàlidament. Es tracta d'un conjunt de potestats o de funcions pùbliques sobre una matèria i atribuïble a un titular.

Aquestes atribucions o competències es componen d'un element subjectiu (el titular), d'un d'objectiu (la matèria) i d'un de contingut (la potestat legislativa, que comprèn l'aprovació de lleis i també de reglaments executius,¹² i/o la potestat executiva).

L'element objectiu o *matèria* sobre la qual s'exerceix la competència es pot definir com el complex d'activitats, de béns i d'instituts jurídics relatius a un determinat sector de la vida social.

12. Diferenciació examinada a la STC 18/1982, de 4 de maig, en la qual s'analiza la distribució de competències en matèria de legislació laboral, en virtut de l'article 149.1.7 de la Constitució: «Fundamentos jurídicos: [...] 3. [...] En este contexto —y salvo la reserva de ley (artículos 35.2, 37.1 y 53.1 de la Constitución)— no puede desconocerse el carácter que la moderna doctrina atribuye a la potestad reglamentaria como una técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, como un instrumento de participación de la Administración en la ordenación de la sociedad, que relativiza la distinción entre los productos normativos de la Administración con mero valor reglamentario y los que adquieren fuerza de ley y acentúan, por el contrario, el elemento de la delegación legislativa que habilita a la Administración para ejercer facultades normativas.

La distinción entre ley y reglamento acentúa los perfiles en el terreno de eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia, que es la que tiene presente el constituyente al reservar al Estado la legislación laboral, pues desde esta perspectiva, si no siempre, es evidente que en muchas ocasiones aparecen en íntima colaboración la ley y el reglamento, dependiendo el ámbito objetivo de cada uno de estos instrumentos de la mayor o menor pormenorización del texto legal y de la mayor o menor amplitud de la habilitación implícitamente concebida para su desarrollo reglamentario. En todo caso, resulta cierto que la materia cuya ordenación jurídica el legislador encomienda al reglamento puede en cualquier momento ser regulada por aquél, pues en nuestro ordenamiento no se reconoce el principio de reserva reglamentaria. 4. Este aspecto de colaboración entre la ley y el reglamento en la ordenación de una materia, sin embargo, sólo adquiere verdadera virtualidad en relación con aquellos reglamentos en los que se acentúa la idea de ejecución o desarrollo de la ley, y al propio tiempo la exigencia de una más específica habilitación legal. Existe en nuestro derecho una tradición jurídica que dentro de los reglamentos, como disposiciones generales de la Administración con rango inferior a una ley, y aun reconociendo que en todos ellos se actúa el ejercicio de la función ejecutiva en sentido amplio, destaca como “reglamentos ejecutivos” aquellos que están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento. Son reglamentos que el Consejo de Estado ha caracterizado como aquellos “cuyo cometido es desenvolver una ley preexistente o que tiene por finalidad establecer normas para el desarrollo, aplicación y ejecución de una ley”. Pero, junto a éstos, existen los reglamentos de organización que, todo lo más, alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario por integrarse éstos de una u otra forma en la organización administrativa, pero no en los derechos y obligaciones de éstos en aspectos básicos con carácter general. Sin tratar la cuestión de si dichos reglamentos tienen verdaderamente carácter independiente, cuestión que aquí no es necesario resolver, hay que admitir que los mismos no aparecen necesariamente como complementarios de la ley».

2.2.3. Distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes

El règim de distribució de competències recollit a la Constitució s'articula, *ab initio*, mitjançant el sistema de doble llista dels articles 148.1 i 149.1 CE.

L'aparent simplicitat d'aquest sistema, consistent en l'enunciació d'una sèrie de competències sobre determinades matèries, bé corresponents a l'Estat (trenta-dos apartats de l'article 149.1 CE), bé potencialment pertanyents a les comunitats autònomes (art. 148.1 CE), tanmateix es complica per la presència d'una sèrie de correctors:

a) Limitacions pròpies del principi dispositiu respecte de l'article 148, en diferir-se la seva assumpció als respectius estatuts, a més de necessitar-se, en alguns casos, que hagin transcorregut cinc anys per poder atribuir-se competències no reservades expressament a l'Estat a l'article 149.1 (art. 149.3 CE, primer incís).

b) Limitacions derivades de l'article 149.1, en incloure clàusules reductores de les competències estatals (a través d'expressions de l'estil *sens perjudici* o *bases*) amb les quals es faculta les comunitats autònomes perquè, si escau, assumeixin les funcions sobre determinades matèries que s'esmenten a l'article 149.1.

c) La complexitat del sistema s'accentua si tenim en compte que la distribució de competències es completa amb les clàusules «de tancament del sistema» de l'article 149.3 de la Constitució (residual, de prevalença i supletorietat del dret estatal), atès que la interpretació de les esmentades prescripcions ha estat i continua sent força discutida, i s'ha d'afegir que la doctrina constitucional d'aquestes ha sofert importants variacions, en especial sobre el principi de supletorietat.

2.2.4. Classes de competències

A partir de la interpretació conjunta dels articles 148.1, 149.1 i 149.3 CE, podem diferenciar:

A) Competències exclusives de l'Estat

a) Poden ser plenes: els supòsits en els quals s'atribueix a l'Estat una determinada matèria en bloc, sense expressar-ne cap element limitador. Es tracta de les competències amb un contingut més ampli (atès que inclou les facultats de legislació i d'execució), així com un objecte més extens (atès que aquelles facultats recauen sobre la totalitat de la matèria).

Entre aquestes, podem esmentar: la nacionalitat, la immigració, l'emigració, l'estrangeria i el dret d'asil (núm. 2), les relacions internacionals (núm. 3), la defensa i les forces armades (núm. 4), el règim duaner i l'aranzelari (núm. 6), el deute de l'Estat (núm. 14) i la marina mercant (núm. 20).

b) També podem esmentar aquells casos en els quals s'atribueix a l'Estat un sector de determinada matèria, limitant-se l'objecte, no el contingut, en disposar de la potestat legislativa i de l'executiva: els ferrocarrils i els transports terrestres que transcorrin pel territori de més d'una comunitat autònoma (núm. 21), les obres públiques d'interès general o la realització de les quals afecti més d'una comunitat autònoma (núm. 24), els ports i els aeroports d'interès general (núm. 20).

c) A l'últim, es poden incloure les competències exclusives limitades, comprensives d'aquells altres apartats en els quals s'atribueix a l'Estat alguna de les facultats o de les potestats que conformen el contingut de la competència sobre una determinada matèria. El supòsit característic consisteix a atribuir a l'Estat la potestat legislativa sobre una determinada matèria, en què les comunitats autònomes poden assumir les funcions d'execució.

Dins de la llista de l'article 149.1 podem esmentar els següents: la legislació mercantil, la penal i la penitenciària (núm. 6), la legislació sobre propietat intel·lectual i industrial (núm. 9), i la legislació sobre pesos i mesures (núm. 12).

B) Competències pròpies de les comunitats autònomes

Els estatuts d'autonomia tenen el paper de concreció del feix de competències assumides per la comunitat autònoma respectiva, i aquesta determinació s'erigeix com un dels continguts necessaris d'aquestes «normes institucionals bàsiques» en virtut de l'article 147.2.d CE.

Com a conseqüència del joc conjunt dels articles 148.2 i 149.3, el procés d'assumpció de competències ha estat i continua sent progressiu, i és pacífica la consideració que el model autonòmic dissenyat per la nostra Constitució ha de ser considerat com un model obert.

A més d'aquestes competències assumides en virtut de les normes estatutàries, hem de fer menció també d'aquelles competències i facultats de titularitat estatal que, mitjançant llei orgànica, l'Estat ha transferit i delegat a les comunitats autònomes (art. 150.2 CE).

Establert l'anterior, no podem obviar que els estatuts d'autonomia ens mostren el seu propi sistema de classificació de les competències, una enumeració que ha sofert un extraordinari avanç des de la constitució de l'Estat autonòmic a mitjan anys vuitanta i la consolidació a començaments dels noranta (en haver transcorregut els cinc anys previstos a l'art. 148.2 CE), especialment materialitzada a les darreres reformes d'estatuts d'autonomia (Comunitat Valenciana, Llei orgànica 1/2006, de 10 d'abril; Catalunya, Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol; Illes Balears, Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer; Andalusia, Llei orgànica 2/2007, de 19 de març; Aragó, Llei orgànica 5/2007, de 20 d'abril; i Castella i Lleó, Llei orgànica 14/2007, de 30 de novembre).

C) Competències compartides i concurrents

C.1) Dins de les competències compartides, hi podem incloure:

1) Els supòsits en què l'Estat es reserva la legislació d'una matèria —l'execució de la qual pot correspondre a les comunitats autònomes—, ja esmentats en les competències exclusives de l'Estat, limitades quant al seu contingut.

2) Concurrència normativa entre l'Estat i les comunitats autònomes mitjançant la legislació bàsica i la normativa de desenvolupament, ja examinada.

C.2) Les competències concurrents es refereixen al fet que l'Estat i la comunitat autònoma exerceixen competències diferents sobre matèries diferents, però l'exercici d'aquestes respectives potestats públiques recau sobre un mateix espai físic.

A fi de solucionar els problemes que se susciten per la coincidència de l'exercici d'aquestes potestats, el Tribunal Constitucional s'ha referit a l'establiment de fórmules de coordinació i de cooperació entre les administracions públiques implicades (STC 103/1989, de 8 de juny, en relació amb la Llei 23/1984, de 25 de juny, de cultius marins), sense que el conflicte es pugui resoldre en termes d'exclusió.

Quan aquesta col·lisió de l'exercici de competències es produeix pel que fa a la potestat legislativa, l'article 149.3 CE recull la clàusula de prevalença del dret de l'Estat, a la qual ens referirem seguidament.

D) Competències delegades

Són les previstes a l'article 150.1 i .2 de la Constitució, lleis marc i lleis orgàniques de transferència o delegació, respectivament.

La transcendència d'aquesta classe de competències, quan concerneix les clàusules de prevalença i de supletorietat del dret estatal, rau en l'atribució a les comunitats autònomes de facultats sobre competències, o bé competències, originàriament estatals, ampliant, en el seu cas, el camp d'actuació legislativa autonòmica.

A partir d'aquesta extensió competencial atorgada pel legislador estatal a les autonomies, poden produir-se noves situacions de col·lisió o de conflicte amb la normativa estatal coexistent en el mateix àmbit espacial sobre matèries que poden encavalcar-se, o bé l'aplicador del dret pot trobar-se amb buits o insuficiències de la normativa autonòmica que, a partir d'aquestes atribucions sobrevingudes als estatuts d'autonomia, s'havien d'aprovar.

Aquesta transferència pot recaure en una facultat legislativa sobre matèries de titularitat estatal, si bé condicionada al seu exercici «dins del marc dels principis, bases i directrius fixats per una llei estatal», denominades *lleis marc* a l'article 150.1 CE.

També es poden transferir a les comunitats autònomes facultats sobre competències estatals, en virtut de les lleis orgàniques esmentades a l'article 150.2 CE.

Aquestes delegacions de facultats competencials, o merament competencials, susciten diversos problemes i discussions doctrinals que, per la seva extensió, no és procedent abordar en el present estudi.

3. L'ARTICLE 149.3 DE LA CONSTITUCIÓ COM A NORMA «DE TANCAMENT» DEL SISTEMA DE RELACIONS ENTRE ORDENAMENTS

Després d'esmentar les competències que les comunitats autònomes poden assumir als seus estatuts, al si dels quals es concretarà el contingut material de l'autonomia, i un cop enumerades les competències que es reserva en exclusiva l'Estat, la Constitució, al seu article 149.3, disposa que:

«Les matèries no atribuïdes expressament a l'Estat per aquesta Constitució podran correspondre a les comunitats autònomes en virtut dels estatuts respectius. La competència sobre les matèries que no hagin estat assumides pels estatuts d'autonomia correspondrà a l'Estat, les normes del qual prevaldran, en cas de conflicte, sobre les de les comunitats autònomes en tot allò que no hagi estat atribuït a la competència exclusiva d'aquestes darreres. En qualsevol cas, el dret estatal serà supletori del dret de les comunitats autònomes.»

El precepte preveu tres solucions per resoldre els problemes que poden suscitar-se a partir de la configuració competencial i la pluralitat d'ordenaments que es deriva de l'Estat autòndmic:

– En primer lloc, el problema consistent en la manca d'assumpció autòndmica de les competències sobre les matèries omeses a la llista de les exclusives de l'Estat.

Si bé aquestes facultats poden ser arrogades per les comunitats autònomes als seus estatuts, en el supòsit d'absència de determinació subjectiva de l'ens titular, i a través de la clàusula residual, aquestes pertanyeran necessàriament a l'Estat. Es tracta d'evitar l'absència d'ens públic competent sobre determinats sectors de la vida social, amb tots els conflictes que es poguessin derivar d'aquest buit competencial subjectiu.

– En segon lloc, l'article preveu supòsits de concurrència normativa, és a dir, els que es produeixen quan l'Estat exerceix les competències legislativa i reglamentària de desenvolupament sobre una determinada matèria, i una comunitat autònoma gaudeix de facultats del mateix tipus sobre una matèria diferent, i ambdues regulacions, que poden ser incompatibles, coincideixen en un mateix territori.

Descartats els mecanismes necessaris de cooperació i de coordinació entre ambdós ens, el conflicte interordenamental es resol a través de la previsió constitucional de prevalença del dret estatal, clàusula que comporta el desplaçament de la norma autonòmica per la de l'Estat, sense afectar la seva vigència ni la seva validesa, sinó només la seva aplicabilitat a un supòsit de col·lisió concret, atès que es parteix de la premissa que la norma emanada de la comunitat autònoma ha estat dictada en l'àmbit de les seves competències.

– Finalment, l'apartat tercer de l'article 149 CE recull la clàusula de supletorietat del dret estatal, no com una disposició atributiva de competències normatives a l'Estat, sinó que s'adreça als operadors jurídics perquè puguin resoldre les llacunes o les insuficiències detectades a la normativa de l'ens autonòmic competent en la matèria de què es tracti, i s'ha d'aplicar aleshores l'ordenament de l'Estat per cobrir aquest buit normatiu autonòmic.

4. LA CLÀUSULA DE PREVALENCIA

Com ja he anticipat en l'epígraf anterior, la clàusula de prevalença del dret estatal és una regla de resolució de col·lisions o de conflictes de normes vàlides, les estatals i les autonòmiques, aplicables a un mateix espai físic. L'esmentada regla tracta de salvaguardar la coherència de l'ordenament jurídic globalment considerat, és a dir, integrat en la Constitució, que comprèn tant l'estatal com els autonòmics.

Perquè aquesta regla «de tancament», consistent en la primacia del dret estatal davant d'un conflicte produït per la concurrència normativa en matèries diferents, pugui ser utilitzada, s'han de descartar altres mecanismes de delimitació competencial, com posa en relleu Parejo Alfonso:¹³

1) Hi ha supòsits de «pseudoconcurrència» de competències, «pues lo que en ellos se produce es propiamente una dificultad para el limpio deslinde entre uno y otro campo competencial. Las zonas grises fronterizas que resultan de esa dificultad plantean, sin embargo, problemas que se agotan en el plano de la interpretación. La dificultad en cuestión en modo alguno autoriza, pues, a desconocer que, jurídicamente, la única solución final admisible en los referidos supuestos es la de su incardinación en uno u otro de los campos competenciales posibles, el autonómico o el estatal en sentido estricto».

2) Quan aquesta delimitació competencial no és possible, «únicamente puede haber concurrencia en la aplicación de normas pertenecientes a ámbitos competenciales distintos por razón de su incidencia sobre un mismo espacio territorial; supuesto este, que reclama solución a través de las técnicas de

13. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. «La organización territorial del Estado ¿proceso a continuar u obra a culminar?». *Justicia Administrativa*, núm. 31, abril de 2006, pàg. 5-28.

colaboración (cooperación y coordinación), todavía insuficientemente depuradas igualmente».

Descartada la delimitació competencial total que permeti separar sense problemes la norma aplicable, així com la utilització de mecanismes de coordinació i de cooperació entre l'Estat i les comunitats autònomes, respecte del principi de prevalença, l'esmentat autor considera que «[la] concurrencia (perfecta) únicamente puede darse en la hipótesis excepcional de identidad entre materia y objetivo-fin de la acción o actuación pública (interés general perseguido por ésta). Y sólo tal hipótesis determina, en realidad, la entrada en juego de la cláusula de la prevalencia del Derecho del Estado en sentido estricto prevista en el artículo 149.3 CE; limitación del ámbito de aplicación de dicha cláusula que, de haberse observado, habría permitido ya la definitiva clarificación de su juego, que es objeto aún hoy, sin embargo, de debate».

El joc de la regla de prevalença del dret estatal és similar al que exerceix el principi de primacia del dret comunitari sobre l'ordenament jurídic espanyol en conjunt, les normes del qual desplaça en supòsits de competència comunitària.

L'esmentada clàusula requereix per a la seva aplicació la realització prèvia per part de l'operador jurídic, primerament, d'una tasca de diferenciació de cadascuna de les competències sobre les matèries diverses, tractant de descartar l'existència real del conflicte; segonament, d'una comprovació que s'han emprat tots els mecanismes possibles de cooperació i de coordinació.

La jurisprudència constitucional s'ha pronunciat successivament en relació amb l'aplicabilitat d'aquest principi, i s'han incrementat els supòsits en els quals l'Estat i les comunitats autònomes coincideixen —de forma incompatible— en la regulació de matèries connexes en un determinat espai físic, sobretot en matèries transversals o d'afectació multidisciplinària, com poden ser l'urbanisme, l'ordenació del territori i el medi ambient.

4.1. *Jurisprudència del Tribunal Constitucional*

Com assenyalaven les STC 113/1983, de 6 de desembre (FJ 1), i 77/1984, de 3 de juliol (FJ 2):

«la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales.»

«Frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas implicadas.» (En aquest darrer sentit, STC

149/1991, de 4 de juliol; 13/1992, de 6 de febrer; 36/1994, de 10 de febrer, i 15/1998, de 22 de gener, entre moltes d'altres.)

«En definitiva, la concurrencia competencial no puede resolverse en términos de exclusión, sino que ha de acudir a un expediente de acomodación e integración de los títulos competenciales —estatal y autonómico— que convergen sobre un mismo espacio y que, por ello mismo, están llamados a cohonestarse.» (STC 103/1989)

1) Col·lisió en àmbits autonòmics d'urbanisme i d'ordenació del territori amb altres títols competencials de l'Estat

– STC 164/2001, d'11 de juliol. Resol tres recursos d'inconstitucionalitat acumulats, interposats, respectivament, pel Parlament de Navarra, vuitanta-quatre diputats i el Consell de Govern de la Junta d'Extremadura, contra la Llei de les Corts Generals 6/1998, de 13 d'abril, sobre règim del sòl i valoracions. La Sentència estima el recurs quant als articles 16.1, 38 i la disposició final primera ja que envaeixen competències autonòmiques.

En els seus fonaments quart i cinquè s'examina la possible concurrència de l'exercici de la competència exclusiva autonòmica en matèria d'urbanisme —i d'ordenació del territori— amb altres títols competencials pertanyents a l'Estat, especialment la legislació bàsica sobre determinades matèries prevista a l'article 149.1.1, .13, .18 i .23 CE:

«4. Al igual que hicimos en la STC 61/1997, FJ 5, debemos recordar que las Comunidades Autónomas son titulares, en exclusiva, de las competencias sobre urbanismo. La competencia legislativa sobre urbanismo permite a las Comunidades Autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad, y servirse para ello de las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas. Una de esas técnicas jurídicas puede ser, entre otras, la definición o conformación de las facultades urbanísticas de la propiedad urbana. Ahora bien, también en la STC 61/1997, FJ 5, dijimos que “la exclusividad competencial [de las Comunidades Autónomas] sobre urbanismo no autoriza a desconocer la competencia que, con el mismo carácter, viene reservada al Estado por virtud del art. 149.1 CE., tal como ha precisado la STC 56/1986, de 13 de mayo (FJ 3), referida al urbanismo, y la STC 149/1991, de 4 de julio (FJ 1.b), relativa a ordenación del territorio. *Procede, pues, afirmar que la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material*”.

En el mismo sentido añadimos, en el FJ 6 b) de la misma STC 61/1997, que

“la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística”. Este resultado nada tiene de desviación competencial o injerencia ilegítima: es la consecuencia natural de la distribución completa de materias competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas [...]

5. Al alcance de los títulos competenciales del Estado referidos en el art. 149.1.13, 18 y 23 CE se hará referencia al enjuiciar los correspondientes preceptos de la LRSV. Hay que prestar una atención especial, por su relevancia en la resolución de los recursos de inconstitucionalidad acumulados, al art. 149.1.1 CE, que atribuye al Estado la competencia para la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Dicho esto, y centrándonos en el derecho a la propiedad privada que reconoce el art. 33.1 CE, también debemos reiterar que al Estado le compete regular las “condiciones básicas” que garanticen la “igualdad” de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la “igualdad básica” en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo (STC 61/1997, FJ 8). De esta forma, y según dijimos (STC 61/1997, FJ 10), cabe admitir que el contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración, o los presupuestos —o delimitación negativa— para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana son elementos, entre otros, que, en principio, pueden considerarse amparados por la competencia estatal que se localiza en el art. 149.1.1 CE; por medio de esas “condiciones básicas” el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales. Cerrando este recordatorio sintético de lo dicho en nuestra STC 61/1997 también debemos reiterar que para articular la confluencia de títulos competenciales, las normas estatales emanadas bajo la cobertura del art. 149.1.1 CE pueden encontrar su mejor expresión a través de principios o reglas generales que, en definitiva, sirvan para garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales (FJ 10).»

– STC 204/2002, de 31 d'octubre. Estima parcialment el recurs d'inconstitucionalitat plantejat pel Consell Executiu de la Generalitat de Catalunya contra els articles 24 i 166 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social.

Pel que fa a l'article 166, referent als aeroports d'interès general i la seva relació amb l'ordenació del territori, únicament s'anul·la l'apartat tercer en excloure la llicència urbanística municipal, retallant l'autonomia local.

«7. En cuanto a la impugnación del art. 166, que se refiere a cada uno de los tres apartados del artículo recurrido, antes de entrar de modo individualizado en el estudio de las concretas impugnaciones y de cada uno de los diversos contenidos de dichos apartados objeto de la censura de la recurrente, conviene destacar, en una apreciación global de entrada, que el sentido general de las impugnaciones es el de destacar la excesiva preponderancia de la competencia estatal, contraria al respeto de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente.

Se trata, en definitiva, de una cuestión sobre la que reiteradamente se ha tenido que pronunciar este Tribunal Constitucional en precedentes procesos: la que suscita la concurrencia en un mismo espacio físico situado en el territorio de una Comunidad Autónoma de competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma derivadas de títulos jurídicos distintos (SSTC 77/1984, de 3 de julio, puertos; 56/1986, de 13 de mayo, defensa; 227/1988, de 29 de noviembre, plan hidrológico; 149/1991, de 4 de julio, costas; 36/1994, de 10 febrero, Mar Menor; 61/1997, de 20 de marzo, Ley del suelo; 40/1998, de 19 de febrero, puertos de interés general; 164/2001, de 11 de julio, régimen del suelo y valoraciones).

Especialmente relevante para el caso actual es la STC 40/1998, de 19 de febrero, que resolvió varios recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante (Ley 27/1992, de 24 de noviembre; en adelante LPMM), que trató buena parte de las cuestiones que se plantean en el actual recurso en relación con el art. 166 de la Ley 13/1996, reiterando, a su vez, doctrina de precedentes Sentencias.

La semejanza de principio de las situaciones en que se encuentran los puertos de interés general y los aeropuertos de interés general respecto al problema genéricamente aludido antes, la sustancial similitud de algunos de los preceptos de la Ley 27/1992, impugnados en los recursos resueltos por la STC 40/1998 con el precepto que ahora nos ocupa, y el hecho de que en gran parte el sentido de los reproches de aquellos recursos a la Ley entonces recurrida sea similar a los que se dirigen en el recurso actual contra el art. 166 de la Ley 13/1996, aconsejan tener aquí en cuenta la doctrina expuesta en dicha Sentencia, como base más concreta de partida, y en concreto en sus fundamentos jurídicos 29 y 30, en los que se hacen unas consideraciones de carácter general, trasladables al actual recurso; por lo que resulta pertinente la transcripción aquí de dichos fundamentos jurídicos, que dicen:

“29. [...] si bien es cierto que, a partir de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, todas las Comunidades Autónomas han asumido la competencia exclusiva sobre ordenación del territorio y urbanismo (art. 148.1.3 CE,

cuyo contenido ha sido recogido en todos los Estatutos de Autonomía), no lo es menos que, a partir de esas mismas normas, el Estado ha conservado potestades cuyo ejercicio tiene una clara incidencia sobre la ordenación del territorio. En unos casos, se trata de facultades de carácter general cuyo ejercicio puede afectar a todo el territorio de la Nación, condicionando así las decisiones que sobre la ordenación del territorio y del urbanismo pueden adoptar las Comunidades Autónomas: así ocurre, por ejemplo, con la potestad de planificación de la actividad económica general (art. 131.1 CE) o con la titularidad del dominio público estatal (art. 132.2 CE), titularidad esta última que, si bien no se traduce en ningún título competencial concreto, permite al Estado establecer el régimen jurídico de todos los bienes que lo integran y adoptar las normas generales necesarias para garantizar su protección (STC 149/1991, FJ 1).

En otros casos, 'la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material' (STC 61/1997, FJ 5). Tal es el caso, por ejemplo, de la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles (art. 149.1.1 CE), competencia que permite al Estado adoptar el estatuto jurídico mínimo de la propiedad, incluida la del suelo, o de la competencia para dictar legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE), legislación que se impone, asimismo, a todas las Comunidades Autónomas (STC 102/1995, FFJJ 8 y 9).

Lo mismo ocurre en los supuestos en los que el Estado tiene competencias cuyo ejercicio puede, igualmente, incidir de manera importante sobre el territorio, cual es el caso de las competencias sobre defensa (art. 149.1.4 CE), puertos y aeropuertos (art. 149.1.20 CE), ferrocarriles y transportes terrestres que transcurren por el territorio de más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.21 CE), obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.24), etcétera.

En todos estos casos, y en otros a los que en este momento no resulta necesario referirse, el constituyente ha previsto la coexistencia de títulos competenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico; de aquí que este Tribunal venga reiterando que la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siendo esta convergencia posible cuando, incidiendo sobre el mismo espacio físico, dichas competencias tienen distinto objeto jurídico (SSTC 113/1983 y 77/1984).

30. Ahora bien, es precisamente esta posibilidad de concurrencia de títulos competenciales sobre el mismo espacio lo que obliga a buscar las fórmulas

que, en cada caso, permitan su concreta articulación. Por lo que a la coexistencia de las competencias autonómicas sobre ordenación del suelo y de las competencias estatales de carácter sectorial se refiere, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la competencia sobre ordenación del territorio tiene, precisamente, la finalidad de que su titular pueda formular una política global para su territorio, con la que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones, incluida la estatal.

Por otro lado, este tipo de competencias de las que es titular el Estado, si bien no persiguen de forma directa la ordenación del territorio, sí implican una disposición sobre determinadas porciones del mismo que viene a condicionar la capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas. Como este Tribunal ya señalara en la STC 149/1991, ‘en todos aquellos casos en los que la titularidad competencial se establece por referencia a una *política* (v. gr. protección del medio ambiente, protección del usuario, etc.), y no por sectores concretos del ordenamiento o de la actividad pública, tal competencia no puede ser entendida en términos tales que la sola incardinación del fin perseguido por la norma (o por el acto concreto) en tal política permita desconocer la competencia que a otras instancias corresponde si la misma norma o acto son contemplados desde otras perspectivas. De otra parte, y como también es obvio, la ordenación del territorio es, en nuestro sistema constitucional, un título competencial específico que tampoco puede ser ignorado, reduciéndolo a la simple capacidad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, las actuaciones que por otros títulos ha de llevar a cabo el ente titular de aquella competencia, sin que de ésta se derive consecuencia alguna para la actuación de otros entes públicos sobre el mismo territorio’ [STC 149/1991, FJ 1 b)].

Al objeto de integrar ambas competencias, se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación. Si, como este Tribunal viene reiterando, el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el sistema de autonomías (SSTC 18/1982, entre otras) y si ‘la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía’ (STC 181/1988, FJ 7), este tipo de fórmulas son especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTC 32/1983, 77/1984, 227/1987 y 36/1994), pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes

previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etcétera.

Es posible, sin embargo, que estos cauces resulten en algún caso concreto insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir. Para tales supuestos, este Tribunal ha señalado que ‘la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente’ (STC 77/1984, FJ 3) y que ‘el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma’ (STC 56/1986, FJ 3). Asimismo, en la STC 149/1991, antes citada, se señala que la atribución a las Comunidades Autónomas de la función ordenadora del territorio “no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio’, siendo legítimo tal condicionamiento cuando ‘el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarlas para proceder, bajo su cobertura, a la ordenación del territorio en el que han de ejercerse. Habrá de atenderse, por tanto, en cada caso a cuál sea la competencia ejercida por el Estado, y sobre qué parte del territorio de la Comunidad Autónoma opera, para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de los preceptos impugnados’ [FJ 1 b); en el mismo sentido, STC 36/1994, FJ 3]. Debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyente— un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, aunque, evidentemente, esto sólo será así cuando la competencia se ejerza de manera legítima: es decir, cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etcétera.

En el caso concreto de la competencia estatal sobre puertos de interés general debe tenerse en cuenta que la existencia de un puerto estatal implica, necesariamente, una modulación del ejercicio de las competencias autonómicas y municipales sobre la ordenación del territorio y urbanismo, y que no puede quedar al arbitrio de los entes con competencia sobre dichas materias la decisión sobre la concreta ubicación del puerto, su tamaño, los usos de los distintos espacios, etc. Al mismo tiempo, es también claro que la existencia de un puerto estatal no supone la desaparición de cualesquiera otras competencias sobre su espacio físico, ya que mientras que ‘la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de

actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto [...], la competencia de ordenación del territorio y urbanismo [...] tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial' (STC 77/1984, FJ 2)».

– *STC 151/2003, de 17 de juliol*. Desestima el conflicte de competència promogut pel Consell Executiu de la Generalitat de Catalunya, contra l'article 33.3 del Reglament general de carreteres aprovat pel Reial decret 1812/1994, de 2 de setembre, per entendre que menyscaba la competència exclusiva de Catalunya en matèria d'urbanisme, reconeguda per l'article 9.9 del seu Estatut d'autonomia.

«4. Sentado lo anterior, conviene recordar que, como señalamos, por todas, en la STC 40/1998, de 19 de febrero (FJ 29), la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquéllas que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la señalada competencia de las Comunidades Autónomas. Así ocurre, entre otros, en los supuestos en que el Estado tiene competencias cuyo ejercicio puede incidir de manera importante sobre el territorio, cual es el caso, precisamente, de las competencias sobre obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.24 CE), entre las que se encuentran, como hemos dicho, las carreteras que reúnan las apuntadas características, es decir, las carreteras de titularidad estatal. Ahora bien, como expresaba la citada STC 40/1998 (FJ 30), esta posibilidad de concurrencia de títulos competenciales, con distinto objeto jurídico, sobre un mismo espacio físico, obliga a buscar las fórmulas que en cada caso permitan su concreta articulación e integración, para lo que debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación, especialmente necesarias en supuestos como el que nos ocupa, en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias concurrentes, pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas. Sólo cuando, en algún caso específico, tales cauces resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, habrá que determinar a quién corresponde la decisión final en función del interés general concernido, y de todas las demás circunstancias concurrentes, considerando desde luego, como se desprende de lo que recuerda la señalada STC 40/1998, y entre otros posibles factores a tener en cuenta, cuál sea la concreta competencia estatal de carácter sectorial que pueda incidir sobre la autonómica en materia de ordenación del territorio o de urbanismo, las razones que han llevado al constituyente a reservar esa determinada competencia al Estado, o el modo concreto en que éste o la Comunidad Autónoma pretendan ejercer las que,

respectivamente, les corresponden. Pero siempre deberá tenerse bien presente que el condicionamiento de las competencias ajenas sólo será legítimo cuando el ejercicio de las propias se mantenga dentro de sus límites característicos, esto es, cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial y, además, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para recabar el parecer de las entidades afectadas y cuando no se limite la competencia ajena más de lo necesario; todo ello sin perjuicio de la posible existencia de otras circunstancias o factores que tengan relevancia, considerado el específico supuesto sometido a nuestro enjuiciamiento, para determinar la corrección constitucional de aquella medida adoptada.

5. [...] El sistema legal previsto para solventar las eventuales discordancias derivadas del ejercicio de las correspondientes funciones públicas por los entes territoriales titulares de las competencias en conflicto consiste en el mecanismo articulador de la coordinación, tal como pone de relieve la exposición de motivos de la Ley de carreteras: “En materia de planes, estudios de planeamiento y proyectos, se establece la necesaria coordinación con los instrumentos del planeamiento urbanístico y con las actividades de esta clase que realizan otras Administraciones públicas”.

[...]

7. Finalmente hemos de rechazar también la corrección de la argumentación de la Generalidad de Cataluña en el sentido de que el art. 33.3 RGC establece directamente la prevalencia de la competencia estatal sobre la urbanística, al no disponer nada en cuanto a la necesaria articulación entre ambas competencias, habida cuenta de que los estudios de carreteras a los que alude son distintos de los previstos en los apartados 1 y 3 del art. 10 Ley de Carreteras [...].»

– *STC 14/2004, de 12 de febrer*. Estima el recurs d'inconstitucionalitat formulat pel president del Govern contra el núm. 222 de la directriu dotzena, apartat II, de la lletra D, contingut en els principis de l'annex de la Llei de les Corts d'Aragó 7/1998, de 16 de juliol, d'ordenació del territori, directrius generals, que no permet la instal·lació en usos penitenciaris amb una determinada capacitat i prohibeix la instal·lació de magatzems de residus nuclears generats fora de l'Aragó. L'alt tribunal anul·la la norma en apreciar que:

Primer. FJ 7, col·lideix amb la competència estatal en matèria de «legislació penitenciària» (art. 149.1.6 CE), sense que Aragó hagi assumit la competència de l'execució d'aquesta normativa, amb citació de la STC 104/1988, de 8 de juny, en virtut de la qual «[...] No son posibles en este punto decisiones autonómicas unilaterales que, al modificar el número de plazas disponibles para absorber a la población penitenciaria, tendrían consecuencias o repercusiones

en el conjunto del sistema penitenciario y condicionarían las decisiones de otras Administraciones Autonómicas y de la propia Administración del Estado [...]».

Segon. Quant a la prohibició d'establiment de magatzems de residus radioactius generats fora de l'Aragó, el FJ 9 nega que el seu contingut i la seva finalitat tingui relació amb el contingut substantiu propi de la «ordenación del territorio», sinó que s'incardina en la competència estatal de fixació de les bases del règim energètic (art. 149.1.25 CE), normativa bàsica en què va establir un model obert a tot el territori nacional respecte de la gestió de residus nuclears.

– *STC 46/2007, d'1 de març.* Estima el recurs d'inconstitucionalitat suscitada pel president del Govern contra els articles 64.1 i 79.2 i la disposició addicional vint-i-dosena de la Llei 6/1999, de 3 d'abril, de les directrius d'ordenació territorial de les Illes Balears i de mesures tributàries. En el FJ 3 s'estableix que:

«3. Al respecto existe ya una consolidada doctrina de este Tribunal (por todas STC 149/1998, de 2 de julio, FJ 3) según la cual:

“En una primera aproximación global al concepto de ordenación del territorio, ha destacado que el referido título competencial ‘tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial’ (SSTC 77/1984, FJ 2, y 149/1991 FJ 1.b). Concretamente, dejando al margen otros aspectos normativos y de gestión, su núcleo fundamental ‘está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo’ (SSTC 36/1994, FJ 3; 28/1997, FJ 5). Sin embargo, también ha advertido, desde la perspectiva competencial, que dentro del ámbito material de dicho título, de enorme amplitud, no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio, puesto que ello supondría atribuirle un alcance tan amplio que desconocería el contenido específico de otros títulos competenciales, no sólo del Estado, máxime si se tiene en cuenta que la mayor parte de las políticas sectoriales tienen una incidencia o dimensión espacial (SSTC 36/1994, FJ 3; 61/1997, FJ 16, y 40/1998, FJ 30). Aunque hemos precisado igualmente que la ordenación del territorio es en nuestro sistema constitucional un título competencial específico que tampoco puede ser ignorado, reduciéndolo a simple capacidad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, actuaciones por otros títulos; ordenación del territorio que ha de llevar a cabo el ente titular de tal competencia, sin que de ésta no se derive consecuencia alguna para la actuación de otros entes públicos sobre el mismo

territorio (SSTC 149/1991, FJ 1.B, y 40/1998, FJ 30).

La multiplicidad de actuaciones que inciden en el territorio requiere la necesidad de articular mecanismos de coordinación y cooperación, pero no su incorporación automática a la competencia de ordenación del territorio, de manera que el competente en esta materia, al ejercer su actividad ordenadora, estableciendo los instrumentos de ordenación territorial, deberá respetar las competencias ajenas que tienen repercusión sobre el territorio coordinándolas y armonizándolas desde el punto de vista de su proyección territorial (SSTC 149/1991, FJ 1.B, y 36/1994, FJ 3). Así pues la exclusividad con la que las Comunidades Autónomas, como es el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, han asumido la competencia en materia de ordenación territorial no autoriza a desconocer las que, con el mismo carácter, vienen reservadas al Estado en virtud del art. 149.1 CE (SSTC 56/1986, FJ 3, y 149/1991, FJ 1.B), cuyo ejercicio puede condicionar ciertamente la competencia autonómica (STC 61/1997, FJ 5). Como hemos afirmado en esta última Sentencia, recogiendo precedentes pronunciamientos de este Tribunal, ‘el Estado tiene constitucionalmente atribuidas una pluralidad de competencias dotadas de una clara dimensión espacial en tanto que proyectadas de forma inmediata sobre el espacio físico, y que, en consecuencia, su ejercicio incide en la ordenación del territorio (v.gr. arts. 149.1.4, 13, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 28 CE) [...] con la ineludible consecuencia de que las decisiones de la Administración estatal con incidencia territorial, adoptadas en el ejercicio de tales competencias condicionen la estrategia territorial que las Comunidades Autónomas pretendan llevar a cabo’ (FJ 22, recogiendo la doctrina de las SSTC 149/1991 y 36/1994; también, STC 40/1998, FJ 30).

El ejercicio de la competencia sobre ordenación territorial resultará, por tanto, condicionado por el de las competencias estatales que afectan al territorio, aunque desde estos ámbitos competenciales no podrá llevarse a cabo una ordenación de los usos del suelo (STC 36/1994, FJ 2). Para que ese condicionamiento legítimo no se transforme en usurpación ilegítima es indispensable, como hemos declarado en la STC 149/1991, ‘que el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de los límites propios sin utilizarlas para proceder, bajo su cobertura, a la ordenación del territorio en el que han de ejercerse’, debiendo atenderse en cada caso para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de aquel condicionamiento a cuál es la competencia ejercida por el Estado y sobre qué parte del territorio de la Comunidad Autónoma opera (FJ 1.B)’ [...].»

Pel que fa al principi de prevalença, el FJ 4 esmenta diverses sentències de l'alt tribunal referides a la col·lisió de les normatives de l'Estat i de les comunitats autònomes derivades de títols jurídics diferents, aplicables a un mateix espai físic: STC 77/1984, de 3 de juliol, ports; 56/1986, de 13 de maig, defensa; 227/1988,

de 29 de novembre, pla hidrològic; 149/1991, de 4 de juliol, costes; 36/1994, de 10 febrer, mar menor; 61/1997, de 20 de març, Llei del sòl; 40/1998, de 19 de febrer, ports d'interès general; 149/1998, de 2 de juliol, Llei d'ordenació del territori del País Basc; 164/2001, d'11 de juliol, règim del sòl i valoracions; 204/2002, de 31 d'octubre, aeroports d'interès general; 14/2004, de 12 de febrer, Llei aragonesa d'ordenació del territori). Del FJ 5 al 7 es determina que:

«5. En las citadas Sentencias se recoge una ya consolidada doctrina constitucional en virtud de la cual las situaciones de concurrencia competencial sobre un mismo espacio físico han de resolverse, en primer lugar, acudiendo a *técnicas de colaboración y concertación*. De esta forma resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones públicas implicadas en la búsqueda de aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de las competencias estatales y autonómicas, pudiendo elegirse en cada caso las técnicas que se estimen más adecuadas. En definitiva, la concurrencia competencial no puede resolverse en términos de exclusión, sino que ha de acudir a un expediente de acomodación e integración de los títulos competenciales —estatal y autonómico— que convergen sobre un mismo espacio físico y que, por eso mismo, están llamados a coexistir.

Ahora bien, también hemos establecido que, para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el *título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra*. Para ello, habrá que tomar en consideración, como señala el fundamento jurídico 30 de la STC 40/1998, de 19 de febrero, cuál sea la competencia estatal de carácter sectorial que pretenda ejercerse, las razones que han llevado al constituyente a reservar esa competencia al Estado o el modo concreto en que éste ó la Comunidad Autónoma pretendan ejercer las que les corresponden. En este sentido, hemos declarado que el Estado tiene competencias que pueden incidir de manera importante sobre el territorio, cual es el caso de la competencia sobre puertos y aeropuertos, y que no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma. Debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyente— un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas.

6. Dos, pues, son los parámetros derivados de nuestra doctrina constitucional que deben ser utilizados a la hora de resolver la controversia trabada en

relación al art. 64.1 de la Ley 6/1999. En primer lugar, la previsión de adecuadas técnicas de cooperación que permitan llegar a una solución satisfactoria para los intereses de las partes en conflicto, dado que resulta obligado para los titulares de los mismos tratar de integrarlas mediante los diversos instrumentos de colaboración y cooperación; en segundo lugar, y para el caso de que ello no sea posible, la determinación de cuál de las competencias en presencia haya de considerarse prevalente.

[...]

Por otra parte, y en relación a la segunda de las perspectivas citadas, esto es, la determinación de la competencia que haya de ser considerada prevalente, resulta necesario recordar aquí la doctrina sentada en la STC 40/1998, de 19 de febrero, relativa a los puertos de interés general y reiterada, en relación a los aeropuertos de tal carácter en la STC 204/2002, de 31 de octubre. De acuerdo con dicha doctrina, la limitación de las potestades de los entes con competencias sobre urbanismo y ordenación del territorio deriva, en unos casos, de la existencia previa de un aeropuerto, realidad que se impone a la autoridad urbanística y, en otros, de la decisión de crear un nuevo aeropuerto de interés general, decisión que corresponde al Estado como titular de la competencia exclusiva sobre los aeropuertos que reúnan esa condición. Al respecto, el fundamento jurídico 30 de la citada STC 40/1998 afirma que:

“En el caso concreto de la competencia estatal sobre puertos de interés general debe tenerse en cuenta que la existencia de un puerto estatal implica, necesariamente, una modulación del ejercicio de las competencias autonómicas y municipales sobre la ordenación del territorio y urbanismo, y que no puede quedar al arbitrio de los entes con competencia sobre dichas materias la decisión sobre la concreta ubicación del puerto, su tamaño, los usos de los distintos espacios, etc. Al mismo tiempo, es también claro que la existencia de un puerto estatal no supone la desaparición de cualesquiera otras competencias sobre su espacio físico, ya que mientras que ‘la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto [...] la competencia de ordenación del territorio y urbanismo [...] tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial’ (STC 77/1984, FJ 2)”.

7. Por ello, resulta constitucionalmente admisible que el Estado, desde sus competencias sectoriales con incidencia territorial entre las que sin duda se encuentra la relativa a los aeropuertos de interés general, pueda condicionar el ejercicio de la competencia autonómica de ordenación del territorio y del litoral siempre que la competencia se ejerza de manera legítima sin limitar más de lo necesario la competencia autonómica. Es evidente, además, que

dicho condicionamiento deberá tener en cuenta los resultados de la aplicación de los mecanismos de cooperación normativamente establecidos para la articulación de la planificación y ejecución de las obras públicas estatales con las competencias de otras Administraciones públicas sobre ordenación territorial y urbanística [...].

En consecuencia, previa la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por ese situación de concurrencia competencial a través de los mecanismos de cooperación y concertación que se estimen procedentes para hacer compatibles los planes y proyectos del Estado con la ordenación del territorio establecida por la Comunidad Autónoma, serían, en su caso, las decisiones estatales relativas a los aeropuertos de interés general las que deban ser incorporadas a los instrumentos de ordenación territorial y no estos instrumentos los que condicionen estas decisiones estatales de modo tal que impidan su ejercicio.

Por lo expuesto, el art. 64.1 es contrario al orden constitucional de distribución de competencias, al vulnerar las competencias del Estado en materia de aeropuertos de interés general, siendo, por ello, inconstitucional y nulo.»

2) Medi ambient i espais naturals

– *STC 38/2002, de 14 de febrer*, per la qual es resolen diversos conflictes de competència plantejats, respectivament, pel Govern de la nació i pel Consell de Govern de la Junta d'Andalusia. El primer es dirigeix contra diversos preceptes del Decret andalús 418/1994, de 25 d'octubre, pel qual s'aprova el Pla d'ordenació dels recursos naturals i el Pla rector d'ús i de gestió del Parc Natural del cap de Gata-Níjar.

El segon conflicte de competència té per objecte l'Ordre del Ministeri d'Agricultura, Pesca i Alimentació de 3 de juliol de 1995, per la qual s'estableix la reserva marina del cap de Gata-Níjar, on s'estima en part el conflicte suscitat pel Govern de l'Estat.

Com s'esmenta en el FJ 7, la part demandada sosté que la norma autonòmica té com a finalitat la protecció d'un espai físic les característiques naturals especials del qual determinen la seva projecció en un àmbit marítim que inclou una zona del mar territorial.

La Junta d'Andalusia pretén palesar la unitat de l'ecosistema del Parc Natural del cap de Gata-Níjar, justificant les mesures establertes a la seva franja marina en virtut de la interrelació dels elements o dels espais terrestre i marítim que el conformen.

El Tribunal Constitucional conclou que el Decret autonòmic, dictat en matèria de medi ambient i d'espais naturals protegits, vulnera la competència estatal sobre el mar territorial, i afirma que:

«El planteamiento autonómico sólo puede ser parcialmente compartido. Aunque las competencias de la Junta de Andalucía en materia de espacios naturales protegidos no alcanzan, por regla general, al mar territorial, las circunstancias y características específicas del espacio a proteger pueden demandar, en ocasiones excepcionales, que el mismo se extienda en alguna medida sobre el mar territorial, singularmente cuando así venga exigido por la continuidad y unidad de dicho espacio físico.

Sin embargo, la posibilidad de que excepcionalmente un espacio natural de competencia autonómica en cuanto a su declaración y gestión, como es el caso que nos ocupa, pueda incluir algún ámbito del mar territorial, por reducido que sea éste, como aquí ocurre, no se compadece con el desconocimiento de las competencias estatales que puedan legítimamente desarrollarse en el mismo espacio físico, pues, en el fundamento jurídico 3 de la STC 15/1998, de 22 de enero se declaró, “en consonancia con reiterada jurisprudencia anterior, que la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales, por lo que, frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones públicas implicadas” (STC 110/1998, de 21 de mayo, FJ 2). La consecuencia de ello no fue sino que “es necesario insistir, una vez más, en orden a una adecuada articulación de las competencias autonómicas sobre la ordenación del territorio y de las competencias estatales sectoriales que afectan al uso del territorio, en el establecimiento de fórmulas de cooperación, que resultan especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTC 32/1983, 77/1984, 227/1988 y 36/1994) pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en el ámbito de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etc. (STC 40/1988, FJ 30). Sin embargo es posible que esos cauces o fórmulas de cooperación resulten en algún caso concreto insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, habiendo declarado este Tribunal Constitucional que en tales supuestos el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma (STC 56/1986, FJ 3)” (STC 149/1998, de 2 de julio, FJ 4).»

– STC 123/2003, de 19 de juny. Estima en part el recurs d'inconstitucionalitat plantejat pel president del Govern contra la Llei de la comunitat autònoma

d'Extremadura 8/1995, de 27 d'abril, de pesca, en entendre que vulnera i envaeix la competència estatal prevista a l'article 149.1.22 CE sobre la legislació, l'ordenació i la concessió de recursos hidràulics. Al FJ 2 es diu que:

«Una vez expuestos, en términos sucintos, los respectivos planteamientos de las representaciones procesales del Estado y de la Comunidad Autónoma de Extremadura, debemos poner de relieve que las cuestiones debatidas en esta controversia competencial tienen una estrecha relación con otras precedentes, en concreto con las resueltas en nuestras SSTC 15/1998, de 22 de enero, y 110/1998, de 21 de mayo, lo que conduce a que debamos aplicar sus criterios doctrinales también aquí.

Entre los criterios que dejamos sentados en ambas resoluciones, hay tres aspectos que deben ser tomados en consideración con carácter previo al examen de los preceptos impugnados. Estos criterios se refieren a la determinación de los títulos competenciales que coligen en el proceso, al alcance de alguno de dichos títulos, en concreto, el de pesca fluvial, y, por último, al canon de constitucionalidad aplicable para ponderar la validez de la Ley recurrida.

a) En cuanto a los títulos competenciales más específicos de los que los litigantes de este proceso aducen en defensa de sus respectivas posiciones, se encuentran, por parte del Estado, el de “legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma” (art. 149.1.22 CE) y, por parte de la Comunidad Autónoma, el de “pesca fluvial” (en el momento de formalizarse la controversia, art. 7.1.8 EAE). Asimismo, debemos ponderar la incidencia que pudieran tener en cuanto al Estado, las normas básicas en materia de medio ambiente (art. 149.1.23 CE) y, en cuanto a la Comunidad Autónoma, las de “protección de los ecosistemas” donde se desarrolle la pesca fluvial y “medio ambiente” (art. 7.1.8, 8.9 y 9.2 EAE, en el momento de planteamiento del recurso).

La lectura de los preceptos recurridos pone de manifiesto que no nos encontramos ante un problema de delimitación competencial en materia de “aguas”, sino ante un supuesto de entrecruzamiento y eventual colisión entre los aludidos títulos competenciales que “obedece a su proyección sobre un mismo espacio o realidad física: el constituido por las cuencas fluviales supracomunitarias. En ellas vive la fauna piscícola objeto de la pesca y en ellas ejercen sus competencias los Organismos de cuenca, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de aguas” (STC 15/1998, FJ 3).

Pues bien, al respecto tenemos declarado que “la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto

jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales, por lo que, frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones públicas implicadas” (SSTC 15/1998, FJ 3, y 110/1998, FJ 2).

b) En lo relativo al alcance de la competencia autonómica en materia de “pesca fluvial”, hay que señalar que “en el fundamento jurídico 4 de la STC 15/1998 se hizo una doble puntualización inicial, cuya traslación al presente recurso resulta también pertinente. Dijimos, primero, que en el recurso resuelto allí, tampoco se cuestionaba la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre la pesca fluvial, entendida como aquella actividad consistente en la captura de las distintas especies piscícolas. Antes bien, se trata de determinar si dicha competencia se agota en el contenido anteriormente descrito —tal como sostiene el Abogado del Estado— o si, por el contrario, alcanza también a aquellas otras medidas encaminadas a la protección y conservación de las especies que, en muchos casos, incidirán inevitablemente sobre las previsiones jurídicas de carácter general previstas para el medio en el que habitan. A estos efectos, se precisó que la delimitación del título competencial pesca fluvial no puede ignorar, en absoluto, la inescindible conexión que existe entre el recurso natural objeto de esa actividad y el medio en el que habita, añadiéndose, con apoyo en la STC 56/1989 (FJ 5) que es presupuesto inherente a esa actividad el régimen de protección, conservación y mejora de los recursos pesqueros” (STC 110/1998, FJ 2).

c) La tercera puntualización se refiere al canon de constitucionalidad que debemos aplicar para enjuiciar la validez de los preceptos de la Ley 8/1997 que han sido recurridos.

Al respecto, debemos señalar que la reforma del Estatuto de Autonomía operada por la Ley Orgánica 12/1999 ha alterado, si bien no sustancialmente en las materias aquí implicadas, la atribución competencial contenida en dicho Estatuto de Autonomía tras la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1994. Así, sigue correspondiendo a la Comunidad Autónoma de Extremadura la competencia exclusiva en materia de “pesca fluvial” y de “protección de los ecosistemas en que se desarrollan dichas actividades” (art. 7.1.8 EAE). En lo relativo a la materia de medio ambiente, a la competencia de desarrollo legislativo y ejecución sobre normas adicionales de protección, que ya figuraba en el Estatuto tras la Ley Orgánica 8/1994, se ha unido la de desarrollo legislativo y ejecución de las bases estatales, competencia incorporada al Estatuto (art. 8.1.8) por la Ley Orgánica 12/1999, elevando la de mera ejecución ostentada con anterioridad.

En todo caso, es a esta atribución competencial a la que habremos de

atenemos, puesto que hemos afirmado con reiteración que “el canon de constitucionalidad aplicable para medir la validez de la Ley es el efectivamente existente al tiempo de procederse a la resolución del proceso constitucional que se hubiere entablado (SSTC 146/1993, 102/1995 y 15/1998)” (STC 110/1998, FJ 2) [...].»

3) Dret d'associació

– STC 133/2006, de 27 d'abril. Desestima el recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Parlament de Catalunya contra diversos preceptes de la Llei orgànica 1/2002, de 22 de març, reguladora del dret d'associació. D'una banda, la cambra autonòmica recurrent rebutja que alguns dels vint-i-dos preceptes als quals totalment o parcial es qualifica com a condicions bàsiques ex art. 149.1.1 CE que garanteixen la igualtat en l'exercici del dret fonamental d'associació mereixin l'esmentada consideració. De l'altra, quant a l'article 36, denuncia el que considera una utilització abusiva del títol competencial sobre hisenda general i deute de l'Estat (art. 149.1.14 CE), per establir un règim jurídic uniforme de les associacions d'utilitat pública que envaeix la competència exclusiva assumida per la Generalitat de Catalunya en virtut de l'article 9.24 del seu Estatut d'autonomia.

En el FJ 18, en relació amb les tècniques de coordinació i de cooperació davant les competències concurrents, s'hi estableix que:

«Ello no obsta para reconocer que sobre algunos de los entes sobre los que puede recaer la declaración administrativa de utilidad pública, algunas Comunidades Autónomas, y entre ellas la de Cataluña por mor de lo dispuesto en el art. 9.24 EAC, ostentan competencia exclusiva. Pero esta constatación no basta para concluir que se produce un vaciamiento de las competencias autonómicas habida cuenta de que en el art. 35.1 LODA, no impugnado en este proceso constitucional, se prevé que la referida declaración únicamente se llevará a cabo “previo informe favorable de las Administraciones públicas competentes en razón de los fines estatutarios y actividades de la asociación”, lo que garantiza la intervención autonómica en el procedimiento estatal de declaración mediante la introducción de la figura del informe vinculante cuando sea negativo. Como hemos tenido ocasión de afirmar, esta figura representa una técnica “de acomodación o integración entre dos competencias concurrentes —estatal y autonómica— que, partiendo de títulos diversos y con distinto objeto jurídico, convergen sobre un mismo espacio físico [aquí, sobre un mismo sujeto], y que están llamadas, en consecuencia, a coexistir” (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 38 y las resoluciones allí citadas) [...].»

4.2. Tribunal Suprem

– STS (Sala Tercera, Secció 5a), de 2 de juliol de 2008, en què s'estima el recurs de cassació davant una sentència de l'homònima Sala del TSJ de les Illes Balears, i es declara la nul·litat dels articles 1, 2, 5 i 15 del Decret 127/2001, pel qual es va declarar parc natural la península de Llevant i les reserves naturals del cap de Farrutx i del cap de Freu, i els articles 3.1 i .2; 4.1.f i .2; 25.4; 26; 28.1; 32.a, d i g; 38.1 i 44.7 del Pla d'ordenació dels recursos naturals de la península de Llevant, aprovat per Acord del Consell de Govern de les Illes Balears, preceptes que es declaren nuls quan es projecten sobre les aigües exteriors o el mar territorial.

En aquesta Sentència, l'alt tribunal aplica una doctrina interpretativa del principi de prevalença en favor de les comunitats autònomes només quan afecta les competències estatals sobre el domini públic marítim, en concret el mar territorial, respecte de les competències autonòmiques de desenvolupament de les bases en la protecció del medi ambient, i davant de la presència de determinades circumstàncies excepcionals.

El Tribunal Suprem considera que la competència autonòmica per a la protecció d'espais naturals només es pot estendre al mar territorial quan, excepcionalment, així ho exigeixin les característiques de l'espai protegit, de manera que les competències de la comunitat autònoma en matèria d'espais naturals protegits no inclouen, per regla general, el mar territorial, si bé les circumstàncies i les característiques específiques de l'espai a protegir poden demanar, en ocasions excepcionals, que aquest s'estengui en determinada mesura sobre el mar territorial, singularment quan així ho exigeixi la continuïtat i la unitat de l'espai físic esmentat.

«Quinto. Al oponerse al recurso de casación del Abogado del Estado, el representante procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma afirma que nada impide que las aguas exteriores se incluyan en la declaración y gestión de un Parque Natural, siempre que el espacio a proteger constituya una unidad, un ecosistema que justifique un tratamiento conjunto de sus zonas terrestres y marítimas para que tal protección sea coherente y efectiva, y, además, asegura que “la concurrencia de relevantes valores medioambientales, en la totalidad del ámbito del Decreto 127/2001 y del PORN, no es cuestión que se haya discutido en los presentes autos”.

Con independencia de que esta última afirmación no es exacta, para lo que basta comprobar el requerimiento efectuado por la Administración del Estado a la Administración autonómica o el escrito de demanda, se da por supuesto que en el caso enjuiciado concurren circunstancias que justifican que la delimitación del Parque Natural incluya un ámbito de las aguas exteriores, con lo se estaría ante una de esas ocasiones excepcionales para que la Comunidad

Autónoma extienda su competencia en materia de espacios naturales sobre el mar territorial.

Ahora bien, sin haberse practicado más prueba que la documental aportada con la demanda o la contenida en el expediente administrativo, el Tribunal sentenciador, según ya hemos indicado, se limita a declarar (penúltimo párrafo del fundamento jurídico cuarto) que la franja de mar, que bordea la parte terrestre del parque, precisa, desde el punto de vista ecológico, una protección conjunta ante la evidente integración e interrelación entre el espacio marítimo y el terrestre, lo que requiere una gestión homogénea en aras del adecuado equilibrio ambiental, máxime cuando el ámbito marítimo del parque se proyecta mayoritariamente sobre superficie del mar formado por las aguas interiores, sobre las que la Comunidad Autónoma goza de competencia en materia de pesca, y por ello las competencias estatales posiblemente afectadas no pasan de la genérica invocación en materia de legislación básica sobre protección de medio ambiente.

Apreciamos, por tanto, que ni la representación procesal de la Comunidad Autónoma ni la Sala de instancia, al valorar las pruebas aportadas, explican ni menos justifican que la delimitación del parque natural tenga necesariamente que extenderse a una porción del mar territorial, sobre el que sólo de forma excepcional pueden ejercer sus competencias las Comunidades Autónomas.

Inde mostrada esa necesidad, hemos de estimar el motivo de casación alegado por el Abogado del Estado por invadirse con el Decreto y el Acuerdo impugnados un ámbito, cual es el mar territorial, al que sólo excepcionalmente pueden alcanzar las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección del medio.

Si concurriesen circunstancias excepcionales, y hubiesen sido suficientemente acreditadas, para invadir con la regulación autonómica del espacio natural protegido el mar territorial, procederíamos a examinar si los preceptos autonómicos, que así lo establecen, son compatibles o no con la competencia exclusiva del Estado sobre la pesca marítima (artículo 149.1.19ª), pero, como tal intromisión no ha sido debidamente explicada ni justificada, resulta innecesario el análisis de cada uno de los preceptos impugnados para decidir si colisionan con esa competencia estatal exclusiva sobre pesca en aguas exteriores.

La Administración de la Comunidad Autónoma demandada y ahora recurrida, al responder al requerimiento que en vía previa le formuló la Administración General del Estado, admite y reconoce que se está ante un supuesto de colaboración o cooperación entres ambas Administraciones, a pesar de lo cual su Consejo de Gobierno, antes de contar con el parecer y consentimiento de aquélla, aprobó un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y declaró

un Parque Natural con invasión del mar territorial, actuación que no está amparada en nuestro ordenamiento constitucional ni en el ambiental y, sin duda, ha propiciado el presente conflicto, que probablemente se hubiese evitado de haberse empezado por consultar con la Administración General del Estado dadas las genuinas competencias de ésta.

Sexto. De lo expuesto se deduce que no compartimos en absoluto la declaración contenida en el párrafo octavo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, en que el Tribunal a quo manifiesta que, tras la derogación por Ley 41/1997, de 5 de noviembre, del artículo 21.3 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Espacios Naturales Protegidos, la intervención, para la protección del medio natural, de las Comunidades Autónomas en el mar territorial no tiene el carácter excepcional con que la define el Tribunal Constitucional.

La excepcionalidad, con que las Comunidades Autónomas pueden ejercer competencias en el mar territorial en materia de protección de espacios naturales, no deriva, en contra del parecer de la Sala de instancia, de lo que disponía el derogado precepto contenido en el artículo 21.3 de la mentada Ley 4/1989, de 27 de marzo, que, además, lo fue varios años antes de que el Tribunal Constitucional pronunciase su comentada sentencia 38/2002, de 14 de marzo, sino de la configuración del mar territorial como espacio reservado a la competencia del Estado, sobre el que sólo en ocasiones excepcionales debidamente justificadas y acreditadas (lo que no sucede en este caso) cabe ejercitar competencias autonómicas, sistema, por otro lado, común en cualquier Estado compuesto o fuertemente descentralizado derivado, como hemos apuntado, de la condición jurídica de frontera y de límite territorial del poder soberano del Estado que tienen las aguas exteriores. De aquí se deduce también la oportunidad de la invocación que el Abogado del Estado hace del precepto contenido en el artículo 114 de la Ley de Costas en su redacción dada por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, que, aun sin estar en vigor cuando se dictó el Decreto impugnado y se aprobó el Plan combatido ni referirse concretamente al ejercicio de las competencias ambientales autonómicas, resulta expresivo y muy significativo para conocer la voluntad del legislador estatal, al impedir que las competencias autonómicas sobre ordenación territorial y del litoral se extiendan al mar territorial y, ni siquiera, a las aguas interiores.»

– *STS (Sala Tercera, Secció 5a), de 23 de juliol de 2009.* Estima el recurs de cassació interposat per la Generalitat de Catalunya contra la Sentència de la Secció 3a de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 17 de desembre de 2004, confirmant la Resolució de 2 d'agost de 2001 de la Conselleria de Política Territorial i Obres Públiques de la Generalitat de Catalunya, que va desestimar l'alçada interposada contra l'Acord de 31 de maig de

2000 de la Comissió d'Urbanisme de Barcelona amb què s'aprovava definitivament la revisió de les normes subsidiàries de planejament de Navarcles.

«Cuarto. La discordancia entre lo dispuesto en el texto refundido de disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, que no contempla la cesión del aprovechamiento urbanístico que estamos analizando, y lo establecido en el artículo 14.2.c de la Ley 6/1998, que impone tal deber, ha de resolverse confiriendo prevalencia a este precepto estatal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.3 de la Constitución, dado que se trata de una norma básica en una materia, concretamente la de los deberes de los propietarios de suelo urbano, de la competencia exclusiva del Estado, cuyo cumplimiento no se puede eludir aunque en el ordenamiento urbanístico autonómico no se encuentre regulada la subclasificación del suelo urbano no consolidado por la urbanización [...].

Trasladando esa doctrina al presente litigio, es claro que las determinaciones contenidas en el artículo 14 de la Ley/1998 son de entera aplicación al caso que nos ocupa, debiendo por ser ello acogido el motivo de casación.

Cuarto (sic). Lo hasta aquí expuesto supone, una vez declarado que la sentencia recurrida debe ser casada, que debemos resolver lo que corresponda en los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2.d de la Ley reguladora de esta Jurisdicción).

Y para ello, según hemos visto, es obligado que nos atengamos a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el régimen del suelo y valoraciones, que establece el régimen de deberes de los propietarios de suelo urbano.

El artículo 14.2 de la Ley 6/1998 impone a los propietarios de suelo urbano carente de urbanización (no consolidado), entre otros deberes, el de “[...] b/ Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya en el ámbito correspondiente a efectos de su gestión”. No es necesario que nos detengamos a exponer aquí —al no haber sido objeto de debate en el proceso de instancia ni en casación— el contenido y alcance del deber previsto en el mencionado artículo 14.2.b de la Ley 6/1998.

Únicamente dejaremos apuntado que este Tribunal Supremo ha interpretado el precepto concordadamente con lo dispuesto en el artículo 14.2.e de la propia Ley 6/1998, habiéndose declarado que, en lo que se refiere a los sistemas generales adscritos, el deber de los propietarios de suelo urbano no consolidado —lo mismo que el de los propietarios de suelo urbanizable— sólo alcanza a la cesión de los terrenos necesarios para el sistema general adscrito a dicho ámbito y no incluye, en cambio, los costes de la urbanización del

sistema general adscrito, pues el deber de sufragar o ejecutar la urbanización, al que alude el artículo 14.2.e/ de la propia Ley 6/1998, sólo viene referido a la urbanización al servicio del sector o ámbito correspondiente. Pueden verse en este sentido, entre otras, las sentencias de esta Sala de 5 de marzo de 2007 (casación 5813/04), 22 de noviembre de 2007 (casación 10196/03) y 17 de febrero de 2009 (casación 10668/04).

Así las cosas, siendo el mencionado artículo 14.2.b de la Ley 6/1998 plenamente aplicable al caso que nos ocupa, las determinaciones de las Normas Subsidiarias de Navarres no pueden considerarse contrarias a derecho por el hecho de que en ellas se imponga a la recurrente la cesión de terrenos destinados a sistema general viario, ya que la norma citada contempla precisamente el deber de ceder el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento adscriba al ámbito correspondiente a efectos de su gestión. Por otra parte, no ha sido cuestionada la adscripción del mencionado servicio general al ámbito al que se refiere la controversia, al haberse centrado la impugnación en la conformidad o no a derecho de la obligación de ceder suelo con esa finalidad. En fin, tampoco ha quedado justificado que tal adscripción del sistema general, y el consiguiente deber de cesión de terrenos, hagan inviable la efectividad del principio de equidistribución de beneficios y cargas.»

5. SUPLETORIETAT DEL DRET ESTATAL

Per acabar, ens hem de referir a la clàusula de supletorietat del dret estatal, la qual es troba prevista en l'incís final de l'article 149.3 CE: «En qualsevol cas, el dret estatal serà supletori del dret de les comunitats autònomes».

El debat doctrinal i jurisprudencial a l'entorn del significat i de l'encaix constitucional de la clàusula de supletorietat ha estat una constant.

En relació amb la clàusula de supletorietat del dret estatal, es poden distingir dos grans sectors d'opinió:

– D'una banda, un primer grup d'autors, encapçalat per García de Enterría, que entenen que la clàusula de supletorietat, a més de la seva directa virtualitat integradora dels ordenaments autonòmics com a regla d'aplicació, empara qualsevol actuació normativa de l'Estat, si bé amb eficàcia limitada, en tant que és supletòria de les normes autonòmiques.

– De l'altra, hi ha un altre sector doctrinal, el màxim representant del qual és Muñoz Machado, que nega a la clàusula de supletorietat qualsevol virtualitat competencial ja que, segons el seu criteri, simplement constitueix una regla d'aplicació del dret, de manera que si hi hagués una llacuna en l'ordenament autonòmic es recorrerà al dret estatal supletori.

Malgrat que la clàusula de supletorietat es recull a l'article 149.3 de la Constitució, diversos estatuts d'autonomia al·ludeixen també a l'esmentada clàusula dins dels seus articulats respectius, si bé aquesta previsió no afegeix ni modifica la regla constitucional. Així ho fa l'article 34 de l'Estatut d'autonomia de la Comunitat de Madrid, l'article 38 de l'Estatut d'autonomia de Galícia, l'article 40.3 de l'Estatut d'autonomia de Navarra, l'article 42 de l'Estatut d'autonomia de Canàries, l'article 21 de l'Estatut d'autonomia del País Basc, i, entre els recentment modificats de forma àmplia (assolint fins i tot la derogació expressa o implícita dels anteriors), l'article 45 de l'Estatut de la Comunitat Valenciana (LO 1/2006, de 10 d'abril), l'article 87 de l'Estatut de les Illes Balears (LO 1/2007, de 28 de febrer) i l'article 42.2.1 de l'Estatut d'Andalusia (LO 2/2007, de 19 de març).

5.1. *El significat històric, el teleològic i el literal*

a) Per arribar a una adequada comprensió de la clàusula de supletorietat hem de partir, en primer lloc, d'un punt de vista històric i teleològic, i plantejar-nos quines van ser les necessitats de la situació jurídicopolítica prèvia a la promulgació de la Constitució de 1978.

La potestat legislativa de l'Estat preconstitucional residia en exclusiva en un únic poder de decisió jurídicopolítica, atès que es tractava d'un Estat fortament centralitzat. La Constitució de 27 de desembre de 1978 va establir, tanmateix, un Estat descentralitzat, que, a més, es regia pel principi dispositiu, per la qual cosa no era possible definir *a priori* el mapa autonòmic, i fins i tot la Constitució permetia que no tots els territoris es constituïssin en comunitats autònomes.

Malgrat això anterior, un cop constituïdes les disset comunitats autònomes, era previsible que passés un lapse de temps (mentre aquelles no iniciessin l'exercici de les potestats públiques assumides per la via estatutària) en què mancarien d'ordenament jurídic, per la qual cosa aquesta situació inicial es va haver de resoldre mitjançant instruments determinats.

En un primer moment, l'ordenament jurídic autonòmic es nodria, d'una banda, del dret estatal previ a l'Estatut o preestatutari (al qual es remetien tots els estatuts), que resultava d'aplicació directa.

D'altra banda, l'esmentat ordenament jurídic se sostenia, per via indirecta, en la clàusula de supletorietat del dret estatal postestatutari, respecte de les matèries que apareixien assumides per les comunitats autònomes, però que encara no havien estat objecte de regulació autonòmica.

Ara bé, en aquest segon pressupòsit, des del moment en què la comunitat autònoma regulés una determinada matèria en l'exercici de les seves competències, la norma emanada de la comunitat autònoma necessàriament desplaçaria la normativa estatal que regulés aquesta mateixa matèria, però sense derogar-la. L'esmentada derogació no es produiria perquè la normativa estatal seguiria sent

aplicable, i de manera directa, en aquella part del territori que no s'integrés en cap comunitat autònoma, o en aquelles comunitats autònomes que no haguessin assumit competències legislatives sobre aquesta matèria determinada.

Per això, sembla lògica i fins i tot absolutament necessària l'existència de la clàusula de supletorietat, almenys en un primer moment del procés autonòmic, com ha posat en relleu el Tribunal Constitucional en la Sentència 118/1996, de 27 de juny:

«[...] la necesidad de garantizar la plenitud del ordenamiento, dado que el ejercicio pleno de las distintas competencias es un proceso que, inevitablemente se prolonga en el tiempo, determina [...] un entendimiento de la supletoriedad condicionado por la situación embrionaria de los Estatutos de Autonomía.»

L'aclariment fet pel nostre alt tribunal s'ajusta o respon a un principi interpretatiu essencial, en tant que les normes s'han d'interpretar en relació amb els antecedents històrics i legislatius i la realitat social del temps en què s'han d'aplicar (article 3.1 del Codi civil).

b) Un cop examinada l'esmentada clàusula des d'un punt de vista històric i teleològic, podem examinar la interpretació literal del precepte.

L'article 149.3 de la Constitució utilitza una expressió taxativa: «En qualsevol cas, el dret estatal serà supletori».

Autors com García de Enterría consideren que amb l'esmentada expressió s'exclou la possibilitat que les comunitats autònomes regulin el règim de supletorietat del seu propi dret.

Sense menysprear aquesta conclusió, hem de qüestionar si amb aquella expressió s'al·ludeix a la idea que tota norma estatal s'ha de considerar com a supletòria de les normes autonòmiques. Una interpretació aïllada del precepte ens portaria a aquesta conclusió. Tanmateix, una interpretació sistemàtica ens porta a una conclusió diferent:

– D'una banda, s'han d'excloure de l'àmbit d'aplicació de la clàusula de supletorietat les normes estatals dictades en virtut de les competències exclusives de l'Estat, atès que són d'aplicació directa a les comunitats autònomes.

– De l'altra, s'han d'exceptuar les competències compartides i concurrents, atès que en aquests supòsits les relacions entre els ordenaments estatal i autonòmics es regeixen per una altra sèrie de vinculacions:¹⁴ la delimitació

14. Autors com Javier Barnés («Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 a propósito de la STC 118/1996: ¿disposición transitoria o posible instrumento de equilibrio?», REDA núm. 93, gener-març 1997, pàg. 83-98) consideren que la supletorietat del dret estatal pot servir per salvar llacunes autonòmiques en el desenvolupament de les bases estatals, així com també en els supòsits

entre la legislació i l'execució; la diferenciació entre la funció legislativa bàsica i la normació de desenvolupament (quant a les compartides), i el principi de prevalença (quant a les concurrents).

Estem parlant en el pla purament teòric, atès que la jurisprudència del Tribunal Constitucional ha aplicat la clàusula de supletorietat en supòsits en els quals el conflicte se suscitava respecte d'una matèria les competències de la qual (legislació bàsica-legislació autonòmica de desenvolupament) eren compartides per l'Estat i les comunitats autònomes.

Certament, perquè es va consolidar una pràctica legislativa consistent a dictar bases en una norma jurídica, que a més contenia preceptes que mancaven de l'esmentat caràcter bàsic, i que tenien com a objecte servir de dret supletori a les comunitats autònomes que no haguessin legislat sobre la matèria.

En aquest sentit, la STC 214/1989, de 21 de desembre, relativa a la constitucionalitat de la disposició final setena del Reial decret legislatiu de 18 d'abril de 1986, pel qual s'aprova el Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, establia el caràcter bàsic de 177 articles, i els altres quedaven com a dret supletori.

L'alt tribunal estableix que «con ello no se produce desapoderamiento alguno de las Comunidades Autónomas. Antes bien, con ello el Estado atiende a una exigencia fundamental, que no es otra que la de prevenir un marco normativo general que venga a cubrir no sólo las consecuencias resultantes de los diferentes niveles competenciales existentes en la materia entre unas y otras Comunidades Autónomas, sino también la simple inactividad normativa que, transitoriamente o no, pueda producirse en aquellas Comunidades Autónomas con competencia para desarrollar las normas básicas estatales».

Així doncs, per exclusió, podem deduir que l'àmbit propi (i l'únic possible des d'un punt de vista estrictament teòric) del dret supletori estatal és el dret reservat a la competència pròpia de les comunitats autònomes.

c) Tenint en compte aquestes consideracions, i avançant en l'evolució del procés autonòmic, podem dir que, si bé en un primer moment (abans de la constitució de les comunitats autònomes) el dret estatal era d'aplicació directa a tot el territori de l'Estat, arran de la constitució de les comunitats autònomes es redueix el territori on el dret estatal té una aplicació directa, i s'amplia simultàniament el territori en el qual el dret estatal té caràcter supletori.

Per això, un cop conclòs el procés autonòmic, i ampliades enormement les competències assumides per les comunitats autònomes, s'ha reduït al màxim l'àmbit d'aplicació del dret estatal supletori.

d'absència de desenvolupament de la normativa comunitària en matèries de competència autonòmica, la inactivitat de la qual pot comportar la responsabilitat de l'Estat.

5.2. L'evolució jurisprudencial

Un cop vista la significació de la clàusula de supletorietat, atenent als criteris hermenèutics apuntats, no podem oblidar-nos de l'evolució jurisprudencial que ha tingut l'esmentada clàusula de supletorietat.

1) En un primer moment, el Tribunal Constitucional admet amb claredat que les normes estatals tenen sempre valor supletori i la possibilitat de recórrer-hi té un caràcter permanent, mitjançant una interpretació literal de l'expressió *en tot cas* de l'article 149.3 de la Constitució.

Es manté la doctrina que l'Estat pot regular matèries la competència de les quals correspon a les comunitats autònomes. Les esmentades normes són vàlides, encara que supletòries en les comunitats autònomes que tinguin competència exclusiva per regular la matèria esmentada.

Alhora, aquestes normes estatals tindran una aplicació directa en aquelles zones del territori de l'Estat no constituïdes en comunitats autònomes, i en les constituïdes que no haguessin assumit competències sobre l'esmentada matèria. Aquesta doctrina es concilia amb el moment històric en què es van dictar, ja que ens trobem a l'inici del procés autonòmic.

La STC 125/1984, de 20 de desembre (conflictes de competència promoguts pel Consell Executiu de la Generalitat de Catalunya, pel Govern de les Canàries i pel Govern Valencià en relació amb el Reial decret 2288/1983, de 27 de juliol, que estableix per als hotels, com a element promocional, la distinció especial «Recomendado por su calidad»), i la STC 95/1986, de 10 de juliol (en matèria de subvencions), arriben a afirmar que a l'Estat no li és exigible la invocació de cap títol competencial per regular sobre qualsevol matèria, i això perquè l'article 66.2 de la Constitució atribueix a les Corts Generals la potestat legislativa de l'Estat sense cap mena de limitació.

La STC 95/1986, de 10 de juliol, en el seu fonament jurídic 6, afirma que:

«El reconocimiento de la competencia de la Generalidad de Cataluña no obliga, sin embargo, a declarar la nulidad de los preceptos que la desconocen, sino sólo su no aplicación directa en el territorio de la Comunidad Autónoma que ha planteado el conflicto. La cláusula de supletoriedad del derecho estatal, recogida en el art. 149.3 de la Constitución, permite sostener la validez de aquéllos, si bien su aplicación o eficacia será supletoria o de segundo grado dentro del territorio de dicha Comunidad Autónoma. Este es, por lo demás el mandato que se contiene —y que no ha sido tenido en cuenta por el Real Decreto objeto del presente conflicto— en la disposición final primera. 1 de la Ley 49/1981, según la cual “la aplicación de las disposiciones de este Estatuto

(de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes) tendrá carácter supletorio respecto de las normas [...] dictadas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias”. Esta supletoriedad ha de alcanzar también a las normas reglamentarias examinadas que han invadido las competencias propias de la Comunidad Autónoma catalana.»

2) Podem distingir una segona fase en què el Tribunal Constitucional matisa la seva doctrina precedent per adaptar-la a l'evolució del procés autonòmic.

Així, la STC 15/1989, de 26 de gener (recursos d'inconstitucionalitat contra la Llei 26/1984, de 19 de juliol, de defensa dels consumidors i dels usuaris), i la STC 103/1989, de 8 de juny (recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 23/1984, de 25 de juny, de cultius marins), inicien una nova línia jurisprudencial en relació amb la clàusula de supletorietat del dret estatal, de manera que s'estableix un primer corrector en el sentit que l'esmentada clàusula no pot identificar-se amb una clàusula universal que permeti a l'Estat l'exercici de competències normatives sobre qualsevol matèria.

El fonament jurídic primer de la STC 15/1989, de 26 de gener, s'expressa en els termes següents:

«Como es notorio, el art. 149.3 C. E. establece la regla de que “el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas”, lo que, en términos generales, según determinada interpretación, daría por sí mismo cobertura suficiente a la Ley impugnada, de manera que ésta, siempre y en todo caso, sería válida, aunque quedaría desprovista de eficacia directa en aquellos ámbitos territoriales en los que las correspondientes Comunidades Autónomas hubieran ejercitado las competencias legislativas que, sobre la materia “defensa de los consumidores y usuarios”, constitucional y estatutariamente hubieran asumido.

Sucedee, sin embargo, que no es preciso, ni siquiera apropiado en este caso, tratar de explicar la legitimidad constitucional de la Ley en su conjunto, como Ley referida a la materia indicada, desde la consideración de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, la cual, en última instancia, quedaría de hecho configurada como lo que en manera alguna es, es decir, como una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado. A tal efecto, baste señalar que la materia “defensa de los consumidores y usuarios” no ha sido competencialmente asumida por todas las Comunidades Autónomas en términos de identidad u homogeneidad, por lo que todas aquellas competencias no atribuidas estatutariamente a las Comunidades Autónomas por imposibilidad constitucional, o por simple decisión de los propios Estatutos, habrán sido retenidas por el Estado en virtud del art. 149.3 C. E. Así ha sucedido, en efecto, ya que al no estar

comprendida ni en el art. 148.1, ni en el art. 149.1, ambos de la C. E., sólo las Comunidades Autónomas no limitadas competencialmente por el primero de los referidos artículos han podido asumir competencias normativas plenas en dicha materia, correspondiendo al Estado su ejercicio en relación a todos los demás territorios autonómicos, lo que justifica la promulgación por el estado de una Ley en el ejercicio de la competencia que le es propia sobre defensa de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de que la aplicabilidad y eficacia de la misma no alcance por igual a todo el territorio nacional.»

Per tant, a diferència de la doctrina anterior, a l'Estat sí que li és exigible un títol competencial per poder exercir la seva potestat legislativa. Malgrat l'afirmació anterior, les STC 103/1989, de 8 de juny; 214/1989, de 21 de desembre (recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei reguladora de les bases del règim local), i 62/1990, de 30 de març, matisen que, tanmateix, l'Estat té potestat per dictar normes amb l'única finalitat de constituir dret supletori de les comunitats autònomes, encara que es tracti de matèries les competències de les quals haguessin estat assumides per les comunitats autònomes.

És a dir, es reconeix a l'Estat la possibilitat de legislar amb l'únic propòsit d'omplir les possibles llacunes dels ordenaments autonòmics.

En efecte, el fonament jurídic desè de la STC 62/1990, de 30 de març (recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Parlament de Catalunya contra la Llei de demarcació i planta judicial), estableix:

«[...] Una previsión como la contenida en la Disposición transitoria cuestionada no puede en modo alguno tacharse de inconstitucional por invasión competencial, sino que, por el contrario, es plenamente respetuosa con las competencias autonómicas. Con la misma se pretende evitar lagunas en una materia que, por afectar al ejercicio de una potestad como es la jurisdiccional, fundamento y soporte del sistema democrático, no admite los vacíos que pudieran derivarse de la falta de ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de la competencia para localizar la capitalidad de los partidos judiciales de sus respectivos territorios, teniendo el alcance de norma de carácter supletorio, lo que viene reconocido al Derecho estatal en el art. 149.3, in fine, de la Constitución con la finalidad de evitar vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico. A más abundamiento, la norma adquiere pleno sentido y justificación si se tiene presente que alguna Comunidad Autónoma, como La Rioja, no ha asumido competencia alguna en materia de Administración de Justicia, lo que hace necesaria la existencia de una norma como la cuestionada [...].»

Aquesta doctrina també s'ha de posar en connexió amb l'època a què es

refereix, atès que es tracta d'un moment en què els ordenaments autonòmics patien importants buits normatius, de manera que, a l'aplicador del dret, l'esmentada clàusula de supletorietat li oferia normes amb les quals resoldre les diverses controvèrsies jurídiques suscidades, i evitava, d'altra banda, la inseguretat jurídica pròpia d'una situació com la que estem descrivint.

3) La STC 147/1991, de 4 de juliol (conflictes de competència en matèria de pesca de cèrcol), canvia de forma bastant radical la doctrina fixada en les sentències precedents d'aquest Tribunal, de manera que es reconeix que les normes que l'Estat dicti amb la finalitat de servir de dret supletori a les comunitats autònomes poden envair competències d'aquestes, i s'exposen els arguments següents:

a) La clàusula de supletorietat no s'ha de considerar com una norma distribuïdora de competències, sinó que la seva funció és garantir un ordenament jurídic amb la nota de completesa, de manera que es subministra a l'aplicador del dret una regla amb què es puguin superar les llacunes que pateixi el règim jurídic en determinades matèries.

b) Com que la clàusula de supletorietat no és una norma atributiva de competències, les normes estatals aprovades amb la finalitat de servir de dret supletori es trobarien subjectes al vici d'inconstitucionalitat, per manca de competència, sempre que aquella norma pretengués per a si mateixa una aplicació incondicionada al respectiu territori autonòmic.

Això suposa reconèixer que la supletorietat no pot ser imposada pel legislador estatal des de normes *ad hoc*, és a dir, des de normes creades amb l'únic propòsit d'incidir en matèries en les quals l'Estat no té títol competencial suficient que en justifiqui la regulació. En cas contrari, la clàusula de supletorietat es configuraria com a norma atributiva de competències, la qual cosa, com ja sabem, ara és negada pel Tribunal Constitucional.

Malgrat la contundència d'aquestes declaracions, no és menys cert que la STC 147/1991 estableix determinades excepcions a la regla general exposada, de manera que en determinats supòsits es justificaria la legitimitat constitucional de les normes estatals reguladores de matèries que han estat assumides per les comunitats autònomes. En definitiva, sembla que el Tribunal Constitucional, després d'establir amb claredat les premisses de la interpretació de la clàusula de supletorietat, matisa que la casuística pugui donar lloc que s'exceptuin les premisses esmentades, estableix expressament la circumstància que les matèries no siguin assumides per totes i cadascuna de les comunitats autònomes, i fins i tot que una mateixa matèria pugui ser assumida per les diverses comunitats autònomes amb diferents graus d'intensitat.

El fonament jurídic setè de la STC 147/1991, de 4 de juliol, s'expressa en els termes següents:

«Sin embargo, la doctrina constitucional expuesta no puede ser entendida en el sentido absoluto de que las normas que el Estado dicte con la específica finalidad de servir de Derecho supletorio en las Comunidades Autónomas, en todo caso y cualquiera que sea su contenido, no invaden nunca las competencias de esas Comunidades, puesto que no es dable olvidar que dicha doctrina también señala: 1.º) que la regla de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 de la Constitución no constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado (SSTC 15/1989 y 103/1989), porque obviamente no es una norma competencial, sino ordenadora de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la Constitución; más bien, precisamos ahora, una cláusula de cierre que tiene por objeto realizar el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, suministrando al aplicador del Derecho una regla con la que pueda superar las lagunas de que adolezca el régimen jurídico de determinadas materias y 2.º) que la normación estatal aprobada con la finalidad de servir de Derecho supletorio estaría viciada de inconstitucionalidad, por incompetencia, si pretendiera para sí una aplicación incondicionada en el respectivo territorio autonómico (SSTC 85/1983 y 103/1989).

Para armonizar de manera congruente esas distintas declaraciones doctrinales, integrándolas en un sistema conceptual dotado del grado de coherencia lógica que le es exigible, debemos, de un lado, distinguir entre competencias exclusivas y competencias compartidas y, de otro, reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función cuya operatividad corresponde determinarse a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el Derecho supletorio y no desde éste, es decir, como función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de título competencial específico que justifique dicha reglamentación, puesto que esa carencia, según ha establecido la doctrina referida, no puede ser suplida con la conversión de la regla de supletoriedad en cláusula universal atributiva de competencia.

Las SSTC 15/1989 y 103/1989 establecen, como razones que justifican la legitimidad constitucional de las normas generales que el Estado dicte sobre materias que hayan sido asumidas por la Comunidad Autónoma, promotora del conflicto, en régimen de competencia exclusiva, la diversidad de grado de asunción competencial que pueda existir entre los Estatutos de Autonomía que delimitan el sistema de distribución de competencias entre las distintas Comunidades que forman parte de nuestro Estado compuesto y la existencia

de competencias estatales concurrentes que permitan establecer la ordenación general de un sector en todo el territorio nacional.

Será, por consiguiente, ilegítima, por invasión competencial, aquella ordenación estatal de materias que hayan sido deferidas por los Estatutos de Autonomía a la competencia exclusiva de todas y cada una de las respectivas Comunidades Autónomas y en relación con las cuales el Estado no invoque algún título propio que le permita dictar normas generales sobre dichas materias, puesto que la asunción de competencias exclusivas confiere a las Comunidades Autónomas, no sólo el poder oponerse a que las normas del Estado incidan en esas materias sometidas a su competencia exclusiva con alcance de aplicación directa, sino que también atribuyen a las Comunidades decidir si tales materias deben ser sometidas, por su parte, a reglamentación específica y en qué momento debe hacerse, lo cual las legitima para negar a dichas normas estatales alcance supletorio, especialmente, cuando en ellas se establecen mandatos prohibitivos que, a pesar de su pretendido valor supletorio, resultan de aplicación directa, mientras que la Comunidad Autónoma no decida someter la materia a reglamentación propia. Negarles dicha legitimación es tanto como imponerles, en contra de su voluntad, unas normas estatales en materias sobre las cuales el Estado no invoca título competencial distinto a la regla de la supletoriedad que no es, según se deja dicho, atributiva de competencias.

Lo expuesto conduce, en principio, a considerar viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad. Esto supone que en cada conflicto en el que una Comunidad reivindique su competencia frente a dicha clase de normas estatales tendría que examinarse si se trata de competencias que corresponden en exclusiva a todas las Comunidades Autónomas pues si así no fuese el Estado tendría competencia para dictarlas en relación con aquellas Comunidades que no hubieran adquirido tal exclusividad. Por lo tanto, a la resolución de dicho conflicto se añadiría la dificultad de examinar con detalle todos y cada uno de los Estatutos de Autonomía con el fin de determinar si la competencia exclusiva viene o no atribuida con alcance universal a todas las Comunidades, puesto que de no ser así no podría declararse nula por incompetencia la norma estatal sino únicamente como inaplicable en el territorio de la Comunidad que, habiendo planteado el conflicto, resultase tener la competencia exclusiva sobre la materia; debe por ello evitarse un pronunciamiento de nulidad total que además afectaría a Comunidades que no han impugnado la norma

estatal, quizás por seguir la política legislativa de considerar apropiada la normativa estatal y, por tanto, decidir el aplicarla mientras no consideren oportuno desplazarla a un grado supletorio mediante la aprobación de una reglamentación propia [...].»

4) La STC 118/1996, de 27 de juny (recursos acumulats d'inconstitucionalitat interposats pel Govern i pel Parlament de Catalunya contra la Llei estatal 16/1987, de 30 de juliol, d'ordenació dels transports terrestres i la Llei orgànica 5/1987, de 30 de juliol, de delegació de facultats de l'Estat en les comunitats autònomes en relació amb els transports per carretera i per cable, i, d'altra banda, promogut pel Govern de l'Estat contra la Llei catalana 12/1987, de 25 de maig, de regulació del transport de viatgers per carretera mitjançant vehicles de motor), continua la línia interpretativa iniciada per la STC 147/1991, de manera que, amb més contundència que aquesta, estableix que en aquells supòsits de matèries la competència exclusiva de les quals correspongui a totes i cadascuna de les comunitats autònomes, l'Estat no pot dictar disposicions sobre aquestes matèries. Correspon exclusivament a les comunitats autònomes decidir si les matèries esmentades han de ser sotmeses a normació i quan.

El Tribunal Constitucional estableix, en conseqüència amb l'anterior, que la supletorietat no pot ser imposada per l'Estat mitjançant normes *ad hoc*, com ja dèiem amb anterioritat; i que la supletorietat del dret estatal ha de ser inferida per l'aplicador del dret autonòmic. A més, declara que, en conseqüència, són nul·les les normes que l'Estat dicti amb l'únic propòsit de crear dret supletori del de les comunitats autònomes en matèries que siguin de competència exclusiva d'aquestes, sempre que els estatuts de totes les comunitats autònomes hagin assumit la competència sobre la matèria, de manera exclusiva i amb un mateix grau d'homogeneïtat.

Per tant, com es pot observar, el Tribunal Constitucional continua supeditant la nul·litat de la norma estatal a aquests dos condicionants recollits a la STC 147/1991.

La principal novetat d'aquesta Sentència és que s'exigeix a l'Estat, per poder dictar una norma jurídica sobre una determinada matèria, que invoqui un títol específic habilitador i concret. No n'hi ha prou amb invocar un títol genèric que li atribueixi alguna competència sobre aquesta matèria. És a dir, que si bé fins llavors es considerava compatible amb el sistema la possibilitat que l'Estat dictés normes merament de caràcter supletori allà on tingués competències en la matèria (encara que fossin competències tangencials, no directes), ara, a través d'aquesta Sentència, es revisa aquest punt, de manera que l'Estat no pot dictar dret supletori del de les comunitats autònomes quan dicti, per exemple, la legislació bàsica sobre una determinada matèria.

El fonament jurídic sisè de la STC 118/1996 s'expressa en els termes següents:

«La cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la CE que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya.

A tenor de la misma una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna.

Por eso, para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada, no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invocar aquel título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate, sin que, como correctamente se afirmaba en la STC 147/1991, que acabamos de transcribir, pueda invocar como tal la cláusula de supletoriedad.

Aquí se trata sólo, por lo tanto, de extraer las consecuencias lógicas de tal afirmación, que entonces no llegaron a formularse: si para dictar cualesquiera normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias.»

5) Els pronunciaments continguts en les STC 147/1991 i 118/1996 són assumits per la STC 61/1997, de 20 de març (recursos d'inconstitucionalitat contra la Llei 8/1990, de 25 de juliol, sobre reforma del règim urbanístic i valoracions del sòl, i el Text refós de la Llei del sòl de 26 de juny de 1992), si bé portant-los a l'extrem.

La darrera Sentència citada s'endinsa i aprofundeix en els plantejaments anteriorment referits, encara que afegeix un pronunciament que determina la inclusió d'un element interpretatiu que és digne d'esment.

Partint que la clàusula de supletorietat no és regla d'atribució de competències en positiu, s'afegeix que tampoc no pot ser regla d'atribució de competències en negatiu, de la qual cosa es conclou que la clàusula de supletorietat no és tampoc títol suficient que permeti a l'Estat derogar el que era el seu dret propi (atès que no es troba en la seva disposició, ja sigui per alterar-lo o per derogar-lo).

Això vol dir que l'Estat no pot disposar del dret supletori preexistent, la qual cosa contrasta amb l'actitud mantinguda pel Tribunal Constitucional a la Sentència 95/1986 en la qual es justificava expressament que l'Estat pogués modificar la legislació estatal supletòria preexistent, perquè, en cas contrari, aquella adquiriria «una rigidez absoluta, de indiscernible fundamento material».

La STC 61/1997 va anul·lar part del Text refós de la Llei del sòl i ordenació urbana de 1992. Això va motivar que les comunitats autònomes (excepte les Illes Balears) emprenguessin una tasca de redacció de textos legals i reglamentaris urbanístics, per tal d'evitar el problema de recórrer al Text refós de 9 d'abril de 1976, així com als preceptes en vigor del Text refós de 1992.

L'Estat va dictar, per la seva banda, la Llei 6/1998, de 13 d'abril, de règim del sòl i valoracions,¹⁵ amb la intenció d'ajustar-se a la STC 61/1997, i va aprovar així una norma de conformitat amb els títols competencials a través dels quals podia influir en l'urbanisme o l'ordenació del territori.

Això no obstant, i malgrat que la legislació estatal urbanística es va reduir als mínims definits a la STC 61/1997, la STC 164/2001, d'11 de juliol (ja citada en l'epígraf anterior), va haver d'enfrontar-se a la possible declaració d'inconstitucionalitat de la Llei de règim del sòl i valoracions. Aquella Sentència, tanmateix, va considerar que aquest text legal —llevat de determinats preceptes— sí que havia de ser considerat constitucional.

5.3. Crítica del significat de la clàusula de supletorietat segons el Tribunal Constitucional

Les tesis mantingudes a les STC 118/1996 i 61/1997 van ser durament criticades pel sector doctrinal encapçalat per García de Enterría.¹⁶

Així, aquest autor qualifica com a «gravemente errònea y de necesaria rectificación» la doctrina manifestada en aquelles sentències. S'invoquen, fonamentalment, els arguments següents:

1. La clàusula de supletorietat no s'ha de reduir a un mer instrument de salvament de llacunes de dret, sinó que s'eleva a alguna cosa més important, com és la de clàusula d'integració de l'ordenament global de l'Estat.

2. Es considera un error pretendre cercar un títol específic atributiu d'una competència especial perquè l'Estat pugui dictar normes supletòries del dret autonòmic. L'Estat té competència universal per dictar lleis en general *ex article* 66 de la Constitució, amb l'única excepció de les matèries específiques que la

15. Derogada per la Llei 8/2007, de 28 de maig. Actualment és vigent el Text refós aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2008, de 20 de juny.

16. Al seu article «Una reflexión sobre la supletoriedad del derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas», REDA, núm. 95, juliol-setembre 1997, pàg. 407-416.

Constitució i els estatuts d'autonomia hagin reservat a les comunitats autònomes respectives. Però en aquest no s'inclou el cas del dret supletori del dret propi d'aquelles. O, dit en positiu, les comunitats autònomes no poden regular per si mateixes el règim de la supletorietat del seu propi dret.

Les STC 118/1996 i 61/1997 inverteixen el sistema constitucional de distribució de competències de forma incomprensible ja que, segons el parer de García de Enterría, són les comunitats autònomes les que necessiten un títol específic d'atribució de competències normatives, atès que només aquestes competències específiques són les que limiten la competència universal de l'Estat.

3. S'argüeix, en tercer lloc, una raó de pragmatisme.

La doctrina del Tribunal Constitucional remet a la discreció de «los aplicadores del derecho» la funció d'omplir les llacunes dels ordenaments jurídics autonòmics (com a alternativa a la promulgació estatal de normes supletòries). Això propiciarà en l'ordre pràctic un desordre, ja que als milers d'aplicadors del dret els seguiran milers de solucions diverses.

A això anterior, s'ha d'afegir que és previsible que algunes comunitats autònomes ometin la normativa de desenvolupament de la legislació bàsica de l'Estat, obrint així, segons l'autor esmentat, un joc perillós, manifestament contrari a la coherència i la unitat del sistema i també a la seguretat jurídica dels destinataris de les normes; de manera que la potestat legislativa de l'Estat podria restar amb normalitat frustrada per la passivitat autonòmica a dictar normes de desenvolupament. Es crea així, conclou García de Enterría, un «títol» autonòmic nou, que supliria la presumpta manca de títol propi de l'Estat, fet que contradiria un principi àmpliament consagrat per la doctrina del Tribunal Constitucional: les competències públiques no són renunciables.

Aquesta problemàtica (la de la frustració del legislador estatal a conseqüència de la possible inactivitat autonòmica) no ha passat desapercebuda al Tribunal Constitucional, tal com es desprèn de la STC 195/1998, d'1 d'octubre.

L'esmentada Sentència declara inconstitucional una llei estatal (la Llei 6/1992, de 27 de març, per la qual es declara reserva natural els aiguamolls de Santoña i Noja). La particularitat d'aquella Sentència és que, malgrat la declaració d'inconstitucionalitat, s'evita (conscientment) declarar la immediata nul·litat d'aquesta (tal com exigeix l'article 39.1 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional).

L'explicació d'aquesta particularitat, ens l'ofereix el fonament jurídic cinquè d'aquesta:

«[...] deben evitarse al máximo los posibles perjuicios que esta declaración (la de inconstitucionalidad) puede producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados por la legislación que ha resultado objeto de la controversia [...]. Por ello, en tanto la Comunidad Autónoma no ejerza

la competencia que en esta Sentencia le reconocemos la inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas.»

5.4. *Algunes decisions del Tribunal Constitucional i el Tribunal Suprem després de la STC 61/1997 fns a l'actualitat*

– STC 157/2004, de 23 de setembre, en la qual s'estima un recurs d'inconstitucionalitat plantejat pel Govern contra la Llei foral de Navarra 17/2001, de 12 de juliol, reguladora del comerç minorista.

El Tribunal Constitucional, en el fonament jurídic tretzè, amb referència a la fixació pel legislador autonòmic de l'abast de la normativa estatal, estableix que:

«13. El principio general de supletoriedad del Derecho estatal respecto del Derecho de las Comunidades Autónomas está reconocido en el art. 149.3 de nuestra Constitución. Ya nos hemos pronunciado con reiteración acerca de la incorrección técnica que supone el que las leyes contengan normas meramente reiterativas de los preceptos constitucionales con la finalidad de declararlos aplicables en ámbitos o sectores en que ya son de aplicación por imperativo constitucional (SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 23; y 118/1996, de 27 de junio, FJ 12, entre otras).

En este caso nos encontramos ante dos preceptos autonómicos que declaran, respectivamente, la aplicación supletoria de una parte y de la totalidad de la Ley estatal 7/1996, de ordenamiento del comercio minorista, en todo lo no regulado o no previsto en determinada parte o en el conjunto de la Ley Foral 17/2001.

A estas regulaciones se anudan, por parte del Abogado del Estado, dos tachas, una genérica y otra específica. La genérica consiste en señalar, con base en la STC 132/1989, de 18 de julio, que la normativa autonómica incide indebidamente en la efectividad jurídica de la Ley estatal 7/1996. La específica se concreta en que ello altera los criterios de aplicabilidad de dicha Ley 7/1996 contenidos en su disposición final única, criterios que tienen diferente alcance en razón a la materia de encuadramiento de cada precepto.

Para el examen de estos preceptos debemos tener en cuenta que, como dejamos sentado en el fundamento jurídico 6 de nuestra STC 118/1996, de 27 de junio, con cita de la STC 147/1991, de 4 de julio, es preciso “reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función, cuya operatividad corresponde determinarse [sic] a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el derecho supletorio y no desde éste, es decir, como función referida al conjunto del Ordenamiento jurídico, cuyo valor

supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito, para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de título competencial específico que justifique dicha reglamentación”.

En definitiva, la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 CE tiene la “finalidad de evitar vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico” [STC 62/1990, FJ 10 a)], permitiendo así la integración de ordenamientos diversos, de manera que el aplicador del Derecho pueda rellenar las lagunas que pudieran existir, sin que los legisladores autonómicos puedan incidir en dicha integración de ordenamientos fijando el alcance o los límites de aplicación del Derecho estatal.

En este sentido debemos atender a que en la STC 132/1989 declaramos que “cuando el legislador autonómico regula materias de su competencia sobre las que existe normativa estatal viene a desplazar tal normativa, aplicándose con preferencia en cada Comunidad Autónoma las disposiciones propias; pero ello no supone, ni que la Comunidad Autónoma (la de Cataluña en este caso) sea competente para establecer la derogación o no de normas estatales (STC 5/1981, FJ 23), aunque ello se circunscriba al ámbito territorial de la Comunidad, ni, más genéricamente, para determinar los efectos que sus normas producen sobre el Derecho estatal preexistente, pues la vigencia y aplicabilidad de éste será la que resulte de las normas constitucionales que regulen la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico (así, el art. 149.3 CE), y no lo que establezca el legislador autonómico” (STC 132/1989, FJ 33).

De conformidad con esta doctrina hemos de declarar la inconstitucionalidad del art. 50.2 y de la disposición final segunda, toda vez que no corresponde al legislador foral determinar la eficacia del derecho estatal aplicable, sin que la previsión del art. 40.3 LORAFNA conduzca a una valoración distinta, pues su inserción en el bloque de la constitucionalidad determina que su alcance coincida con la propia previsión del art. 149.3 CE acerca de la supletoriedad del derecho estatal, siendo dicho alcance el señalado en la antes citada STC 118/1996.»

– Sentència de la Sala Tercera del Tribunal Suprem de 13 d’octubre de 2003, el recurs de cassació núm. 2602/2000, interposat per la representació del Col·legi Nacional d’Òptics-Optometristes, contra la Sentència dictada el 16 de febrer de 2000 per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia del País Basc, en què s’impugna l’article 2.2.a, paràgraf segon, del Decret del Govern Basc 248/1996, de 5 de novembre, pel qual es modifica el Decret d’autoritacions d’obertura, de funcionament i de modificació de centres, de serveis i d’establiments sanitaris.

El fonament jurídic quart analitza les relacions entre l'ordenament estatal i l'autonòmic:

«Cuarto. La segunda consideración general que es preciso traer a colación es la relativa a la naturaleza de la relación existente entre el ordenamiento estatal y los distintos ordenamientos de las Comunidades Autónomas, puesto que, en el presente caso se trata de la impugnación de un precepto reglamentario de la Comunidad Autónoma del País Vasco por su eventual oposición o confrontación con normas estatales, singularizada en uno de los motivos por tratarse de un precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental, como es el de la igualdad.

La nueva “ordenación territorial del Estado” que introdujo la Constitución en su Título VIII ha supuesto un cambio radical en las relaciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

Dicha ordenación territorial, con independencia de la integración del Derecho Comunitario Europeo desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas, se establece en tres niveles —Administración del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Administración Local— sobre la base del principio de autonomía (art. 137 CE), que implica una potestad normativa propia, base de otros tantos ordenamientos singulares en relación con el ordenamiento general del Estado.

La referida pluralidad normativa, derivada de otros tantos centros organizativos separados, se configura constitucionalmente sobre la base de tres principios generales:

a) Las Comunidades Autónomas han supuesto un cambio sustantivo respecto de la naturaleza de los entes locales. Estos son entes con poderes esencialmente administrativos, cuya competencia normativa, aunque opere en un ámbito autonómico garantizado por la Ley (Leyes de Régimen Local o leyes sectoriales) y esté cubierta por una “garantía institucional” en la propia Constitución (SSTC 32/1981, de 28 de julio, 84/1982 y 170/1984), es meramente reglamentaria.

Por el contrario, las Comunidades Autónomas no son simples entes administrativos, sino que poseen una verdadera esencia política por su misma posición constitucional y cuentan con un conjunto de poderes y funciones de naturaleza política en un Estado que el Tribunal Constitucional ha calificado de “Estado compuesto” (SSTC 1/1982, de 18 de enero (sic), y 35/1982, entre otras), aludiendo al sistema de autonomías político-territoriales de nacionalidades y regiones que consagra, como uno los principios básicos, el artículo 2 CE.

Las Comunidades Autónomas tienen genuinos poderes legislativos. Y, por su parte, el Tribunal Constitucional ha considerado que las leyes autonómicas pueden cubrir por sí mismas la reserva constitucional de Ley (STC 37/1981, de 26 de marzo, entre otras), con lo que se establece la identidad de naturaleza

con la ley ordinaria del Estado. La Ley del Estado y la Ley autonómica tienen, pues, el mismo rango y valor en sus respectivos ámbitos de competencia.

b) Las complejas relaciones internormativas que se producen no pueden explicarse sobre el principio de jerarquía. Aparece, por el contrario, un principio esencial de relación internormativa, cual es el principio de competencia.

Los principios de unidad y de jerarquía informan internamente el ordenamiento estatal y el de cada una de las distintas Comunidades Autónomas. Existe una ordenación escalonada o piramidal de las normas que les integran (Constitución, en el vértice de todos y cada uno dichos ordenamientos, leyes y disposiciones con valor de ley; reglamentos, según la jerarquía del órgano de que emanan y otras fuentes de Derecho no escritas, sin perjuicio del carácter informador de los principios generales del Derecho, art. 1.1 CC).

Sin embargo, tales principios no rigen la articulación de los diversos ordenamientos, estatal y de las Comunidades Autónomas, sino que lo hace el principio de competencia.

Las normas autonómicas surgen en ámbitos competenciales reservados en favor de la respectiva Comunidad Autónoma por la Constitución y los Estatutos (arts. 143 y 147), por las leyes orgánicas de transferencia o delegación de facultades (art. 150.2) y por las leyes marco (art. 150.1 y 3). Dentro de esos ámbitos de autonomía las leyes y reglamentos del Estado no están supraordenados a las normas autonómicas antes bien están excluidos, por virtud de la reserva constitucional o legal.

La pluralidad de ordenamientos implica que cada uno tenga un ámbito propio; de manera que una norma de Comunidad Autónoma que penetrase en el ámbito estatal o viceversa, sería nula por vulneración de las normas constitucional y estatutaria que han construido tal ámbito competencial (art. 149.3 y 28 LOTC).

El principio de separación de los ordenamientos se instrumenta con una garantía jurisdiccional adicional específica que, en el caso de la relación de los del Estado Comunidades Autónomas, se instrumenta de forma recíproca ante el Tribunal Constitucional, bien mediante el recurso o cuestión de inconstitucionalidad [arts. 153 a), 161.1, 162.2 y 163 CE], bien mediante el conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas [art. 161.1 c) CE], sin perjuicio, claro está, de la garantía judicial ordinaria que presta este orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

c) La indicada relación de los ordenamiento estatal y autonómicos se produce sin perjuicio de la articulación de todos ellos en el supraordenamiento constitucional. La separación entre ordenamientos a que hemos hecho referencia no es en manera alguna absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma normarum. Así, pues, la unidad del ordenamiento general del Estado se

encuentra en el nivel constitucional, que comprende y abarca la totalidad de los dos subsistemas el estatal *strictu sensu* y los autonómicos.

De esta posición de cada ordenamiento con la Constitución, en cuanto tronco común de todos ellos, deriva:

1º) Si bien existe separación entre las dos clases de ordenamiento, estatal y autonómico, las relaciones respectivas de cada uno de ellos con la Constitución es de subordinación jerárquica.

2º) La validez de todas las normas, tanto del Estado como de los ordenamientos autonómicos, está condicionada a su constitucionalidad.

3º) No sólo el Derecho estatal, sino la totalidad de los Derechos autonómicos, comenzando por los Estatutos, deben ser interpretados “conforme a la Constitución”.

d) A pesar de que la relación entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos regionales se rija fundamentalmente por el principio de competencia, no constituyen, sin embargo, compartimentos estancos, en cuanto coinciden en un ámbito personal y territorial de aplicación, y existe una indudable interconexión en la vida social que determina que cualquier actuación administrativa pueda incidir en títulos competenciales diversos atribuidos al Estado y a las Comunidades Autónomas.

Por consiguiente, la situación básica de separación de los ordenamientos articulada en la subordinación de ambos a la Constitución no explica en su globalidad la coexistencia de la pluralidad de ordenamientos, ya que también se produce un determinado grado de relación con una triple manifestación:

1ª) Relaciones de cooperación institucionalizadas entre los ordenamientos estatal y autonómicos (regulación normativa concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre una misma materia, a través de la técnica de normación básica y de desarrollo, ejecución autonómica de la legislación estatal, y la coordinación estatal de competencias, así como la atribución al Estado, como competencia exclusiva, de la coordinación en determinadas materias, economía, investigación científica y técnica y sanidad, art. 149.1. 13ª, 15ª y 16ª).

2ª) Relaciones de interferencia que suponen excepciones singulares o modificaciones a la normal distribución de competencias (delegaciones normativas estatales a favor de las Comunidades Autónomas, delegaciones y transferencias de competencias, Leyes estatales de armonización, e Intervención coercitiva del Estado en el funcionamiento autonómico por la vía excepcional del art. 155 CE).

3ª) Relaciones de integración a través de las cláusulas de prevalencia y supletoriedad que se contemplan en el artículo 149.3 CE.

La cláusula de prevalencia del Derecho estatal no es una regla de distribución de competencia que faculte al legislador estatal para atribuirse competencias. Es, por el contrario, una regla de colisión o de conflicto que se aplica cuando

dos normas en concurso están actuando en su propia esfera de competencia. Una norma del Estado que entrase en el ámbito autonómico garantizado por la Constitución y el Estatuto no sólo no podría prevalecer sobre la norma autonómica sino que sería nula por vulnerar el bloque de constitucionalidad. Así resulta del artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de la regla constitucional de rigidez de los Estatutos (arts. 147.3 y 152.2 CE). La regla de prevalencia es una norma de colisión respecto de dos normas en conflicto sobre una materia que se encuentren dentro de sus respectivos ámbitos competenciales. Si bien deben hacerse dos precisiones: no todo conflicto normativo entre normas estatales y autonómicas puede resolverse aplicando la cláusula de prevalencia y no es tampoco un principio interpretativo que postule una interpretación favorable en favor de la titularidad estatal. Por el contrario, la interpretación de las normas de atribución de las respectivas competencias deben apurarse, y si de esa interpretación resulta como posible una solución objetivamente delimitadora, es ella la que debe acogerse.

La cláusula de supletoriedad, como ha señalado la doctrina del Tribunal constitucional, desde su inicial sentencia 5/1981, tiene como finalidad “evitar vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico” (STC 62/1990). Si bien el último inciso del artículo 149.3 CE al disponer la supletoriedad del Derecho del Estado no establece un título competencial a favor de éste; no es “en manera alguna una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias en favor del Estado” (SSTC 15/1989, 103/1989 y 79/1992).

El Estado no puede dictar normas con eficacia supletoria en materias sobre las cuales carece de todo título competencial; el legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas, por no constituir una cláusula universal atributiva de competencias.

La cláusula de supletoriedad, según la doctrina recogida en la STC 118/1996, de 27 de junio, es una previsión constitucional que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico. A tenor de la misma, una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye; en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que por su misma naturaleza no comporta atribución competencial alguna.

Por eso, para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada, no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invocar aquel título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trata, sin que, como afirma la STC 147/1991, pueda invocar la cláusula de supletoriedad.»

– Sentència de la Sala Tercera del Tribunal Suprem de 9 de juliol de 2007, que resol un recurs interposat per l'Advocat de l'Estat, en la representació que legalment li correspon de l'Administració general de l'Estat, contra la resolució, de data 15 de juliol de 2005, adoptada per la Junta Arbitral prevista a l'article 51 del Conveni econòmic entre l'Estat i la Comunitat foral de Navarra, relativa a la determinació de la competència per regular, aplicar i revisar l'impost sobre el valor afegit que grava la desvinculació del règim de dipòsit no duaner de mercaderies.

En el fonament jurídic setè, respecte de la supletorietat del dret estatal en matèria de l'impost sobre el valor afegit, determina que:

«Séptimo. Metodología o criterios de interpretación del sistema fiscal navarro de Convenio Económico. Los derechos, desde un punto de vista técnico jurídico, han de ser actuales, para ser considerados como tales derechos. Ello no quiere decir, claro está, que el método de interpretación histórico no tengan un significado jurídico, pero sí que la Historia sólo es título competencial en la medida en que es aceptado por la Constitución.

En primer lugar, la Disposición Adicional 1ª CE debe entenderse e interpretarse conjuntamente con el artículo 133 CE, según el cual: La potestad originaria de establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante Ley. Por tanto, es necesario utilizar una interpretación sistemática de ambas normas —Disposición Adicional 1ª y art. 133 CE— que nos lleva a considerar que el poder tributario del Estado es un poder calificado de originario, aunque el de la Comunidad Autónoma de Navarra, que es poder tributario derivado, sea también, como el del Estado, un poder directamente atribuido por la Constitución.

En segundo lugar, es posible utilizar los restantes criterios o elementos interpretativos reconocidos por la hermenéutica jurídica y mencionados por el artículo 3.1 del Código Civil, teniendo en cuenta, no solo los antecedentes históricos y legislativos, sino también la realidad social y la finalidad de la norma, que, en el presente caso, se traduce en una atención preferente a la naturaleza del Impuesto de que se trata, el IVA, que no sólo se introduce en España en 1985, sino que, también, es un impuesto genuinamente europeo. Por último, debe tenerse en cuenta, la indudable supletoriedad del Derecho estatal.

El artículo 149 CE contiene no sólo las reglas sobre distribución de competencia (dispositiva y residual), sino también de relación entre ordenamientos, estatal y autonómicos, como son las reglas de prevalencia y de supletoriedad.

Esta última ha sido objeto de interpretación por el TC dando forma a dos criterios o doctrinas que se ha sucedido en el tiempo.

La inicial que culminaría en la STC 103/1989, de 8 de junio, según la cual dicha regla de supletoriedad no es una norma competencial sino ordenadora

de la preferencia en la aplicación; de manera que la normación estatal sólo nacería viciada de inconstitucionalidad si pretendiera por sí una aplicación incondicionada en el respectivo territorio autonómico.

E, incluso, la STC 56/1989, de 18 de marzo, diría que una norma, en su calidad de derecho supletorio, nunca podría ser anulada por motivos competenciales.

La posterior, que ha quedado consagrada en la STC 118/1996, de 27 de junio, lleva, sin embargo, a las siguientes conclusiones: 1º la cláusula de supletoriedad no es una regla atributiva de competencia, por lo que las normas estatales caracterizadas como supletorias y dictadas sin competencia son nulas; y 2º) la cláusula constitucional de supletoriedad es una regla para la aplicación del Derecho. De manera que sus destinatarios son quienes interpretan y aplican la norma.

Por consiguiente, la función de la supletoriedad no es atribuir competencias, pero sí relacionar el ordenamiento del Estado con los ordenamientos autonómicos, con la finalidad de colmar en última instancia las lagunas que estos ordenamientos autonómicos tengan.

La supletoriedad de la normativa estatal resulta también de los precedentes inmediatos. La mención al respeto de los principios inspiradores del Convenio Económico 1969, vigente en 1982, por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de Agosto, tuvo como finalidad establecer el alcance, los límites y los puntos de conexión de la aplicación espacial del régimen tributario foral existentes en 1969. Dicha cautela se inspiró en la Disposición Transitoria Octava del Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de Diciembre, que preceptuó: “El primer Concierto Económico que se celebre con posterioridad a la aprobación del presente Estatuto, se inspirará en el contenido material del vigente Concierto Económico con la provincia de Álava, sin que suponga detrimento alguno para la provincia [...]”; disposición que trató de evitar una ruptura o cambio sustancial de lo que había sido la evolución normal y razonable de los Concierdos, y en el caso de Navarra de sus Convenios, a lo largo de su respectiva historia. Pero, aunque el Convenio de 1969 no disponía de modo expreso y explícito la aplicación de la Ley 230/1963, de 28 de Diciembre, General Tributaria, es lo cierto que tácita e implícitamente sí recogió la terminología y los conceptos esenciales introducidos por dicha ley, sencillamente porque el Convenio se aprobó para adaptar el anterior de 1941 a las sustanciales reformas introducidas en el Sistema Tributario Estatal por las Leyes de 27 de Diciembre de 1957 y de 11 de Junio de 1964, en especial, como se dice en la Exposición de Motivos del Convenio, respecto de los textos refundidos de todos los impuestos, aprobados en los años 1966 a 1968, que a su vez se aprobaron, y esto es muy importante, en cumplimiento de la Disposición transitoria Primera de la Ley General Tributaria que ordenó que “por el Ministro

de Hacienda, en el plazo de dos años y previo dictamen del Consejo de Estado, se propondrán al Gobierno los proyectos de Decreto en los que se refundan las disposiciones vigentes para cada tributo. Dicha refundición acomodará las normas legales tributarias a los principios, conceptos y sistemática que se contienen en la General Tributaria [...]”.

Por consiguiente, es necesaria una interpretación que tenga en cuenta la supletoriedad de la normativa estatal y la integración sistemática con el Convenio aprobado por la Ley 28/1990, de 26 de Diciembre, ya de conformidad con la LORAFNA, en cuyo artículo 7º, apartado 1, se dispone: “1. La Comunidad Foral de Navarra en la elaboración de la normativa tributaria: a) Se adecuará a la Ley General Tributaria en cuanto a terminología y conceptos, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas en el presente Convenio [...]”.

La Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, General Tributaria, en su Exposición de Motivos pone de relieve que viene a llenar un vacío importante en el sistema normativo de la Comunidad Foral ya que resulta sorprendente que un ordenamiento jurídico tributario carezca precisamente de su piedra angular, de su anclaje básico, características ambas que deben predicarse de una Ley General Tributaria. Pero, al mismo tiempo reconoce que tan importante carencia se ha minimizado por medio del artículo 149.3 CE, de acuerdo con el cual “el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

El propio artículo 40 LORAFNA que establece que el Derecho navarro, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Foral y en los términos previstos en los apartados anteriores, es aplicable con preferencia a cualquier otro, establece también que en defecto de Derecho propio, es aplicable supletoriamente el Derecho del Estado.»

6. CONCLUSIONS

Al llarg dels trenta anys de vida de la carta magna, el principi de prevalença ha estat aplicat pels operadors jurídics, en especial pels tribunals de l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu, d'una manera constant en el temps, però en un nombre de supòsits que s'ha anat incrementant, de manera paral·lela a l'ampliació de les competències —normatives— autonòmiques, atès que aquest successiu engruiximent competencial de les autonomies lògicament implica la possibilitat de l'existència de més zones de conflicte amb les competències estatals, sobretot en sectors de la vida social íntimament connectats.

Per això, es pot concloure que el principi de prevalença de la normativa estatal previst a la Constitució ha estat entès de manera uniforme per la doctrina

del Tribunal Constitucional, a diferència de la gran evolució que ha sofert el principi de supletorietat, a què després ens referirem.

Potser aquest progrés dissemblant d'ambdues regles de conflicte interordenamental és degut al fet que, després de trenta anys de vigència de la Constitució (i després de més de vint anys de la conformació de l'Estat autonòmic), els ordenaments de les comunitats autònomes s'han anat estructurant, perfeccionant i consolidant al mateix temps que també ha transcorregut el període de funcionament de les seves institucions pròpies, així com de forma proporcional a l'assumpció de noves competències, motiu pel qual el contingut dels ordenaments autonòmics ha crescut en importància quantitativa i qualitativa, i en l'actualitat és al mateix nivell de consumació i de perfecció que l'estatal en la gènesi de la Constitució.

A partir de les raons exposades, les zones de conflicte entre ordenaments per la concurrència de competències normatives sobre les diferents matèries s'han anat incrementant, mentre que les llacunes o insuficiències dels ordenaments autonòmics són cada vegada menors.

Com que les zones de col·lisió que podrien donar lloc a la incompatibilitat de les normes estatals i les autonòmiques són cada vegada més, o més extenses (com ara l'urbanisme, l'ordenació del territori i el medi ambient), i a fi d'aplicar el principi de prevalença com a «últim recurs», es potencia la tasca delimitadora de l'àmbit d'aplicació de les normes, és a dir, que es descarti la inexistència de contradicció entre aquestes, així com la fixació de mecanismes de coordinació i de cooperació, sense menysprear la possibilitat que les regles autonòmiques, en nom de la pervivència de l'objecte al qual van destinades (com el medi ambient) puguin excepcionalment ser aplicades en lloc de les estatals (com en matèria de domini marítim).

Tanmateix, davant de l'evolució dels ordenaments autonòmics, així com de la dràstica doctrina del Tribunal Constitucional sobre l'operativitat o marge de maniobra de la clàusula de supletorietat del dret estatal, fixada després de la Sentència 61/1997, aquesta regla de resolució de llacunes o de deficiències dels drets de les comunitats autònomes té un camp d'operacions molt més restringit que en promulgar-se la norma fonamental.

Actualment es pot afirmar que, davant de les dimensions adquirides pels ordenaments autonòmics, l'*horror vacui* a què tractava de fer front la clàusula s'ha transformat en una mera possibilitat fins i tot remota, però no impossible. Les nombroses discussions doctrinals sobre la supletorietat del dret de l'Estat sembla que tractin de justificar la virtualitat pràctica d'aquesta una vegada consagrat i consolidat el projecte d'estat autonòmic previst a la Constitució.

Malgrat aquest decreixent recurs a la supletorietat, ja sia per innecessari (perquè cada vegada hi ha menys llacunes o deficiències), o perquè aquestes normes amb possibilitat d'aplicació supletòria es troben taxades (atès que el

legislador estatal no pot dictar-les amb aquesta finalitat sense disposar d'una competència material connexa, perquè no té la potestat per fer-ho), tanmateix, no es pot considerar que la previsió constitucional tingui només una vigència transitòria.¹⁷

Aquesta clàusula de tancament, en qualitat de tècnica d'integració de llacunes, garant de la seguretat jurídica i compliment de l'ordenament jurídic, és invocada per nombroses sentències, és aplicada pels operadors jurídics, i també l'esmenten els estatuts d'autonomia, fins i tot en les reformes aprovades al llarg dels anys 2006 i 2007, els quals, per la seva extensió i contingut han suposat una revolució en el concepte tradicional d'aquestes normes institucionals bàsiques. Són els estatuts de nova generació o «del segle XXI».

Un cop totes les comunitats autònomes hagin reformat en aquest sentit ampli, o fins i tot derogat, els seus estatuts originaris, estenen extraordinàriament les seves competències assumides i el contingut de la norma institucional bàsica, sens dubte les clàusules de tancament examinades es trobaran amb nous àmbits conflictius entre els ordenaments per resoldre. Llavors en tornarem a parlar.

17. Com propugna Iñaki Lasagabaster Herrate al seu article «Los principios de supletoriedad y preferencia del Derecho estatal respecto del Derecho autonómico», IVAP, Civitas, 1991.

COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES

Moderador:
RAMON CAMP BATALLA
Vocal del Consell General del Poder Judicial

El col·loqui de la segona sessió del Seminari, d'acord amb l'ordre de les ponències sostingudes, es va centrar en l'estructura de l'estat autonòmic des del punt de vista de la distribució de competències, del nou sistema de finançament autonòmic i dels principis de prevalença i de supletorietat. En el moment del debat es trobaven pendents de resolució els recursos d'inconstitucionalitat presentats contra l'Estatut d'autonomia de Catalunya, que finalment es van formalitzar en diversos pronunciaments entre els quals es pot destacar la Sentència 31/2010, de 28 de juny. L'actualitat política i jurídica d'aquest tema va marcar les discussions relatives a la primera i segona ponències, que es van centrar en l'esmentada conflictivitat constitucional i en el paper que havia de tenir l'alt tribunal en enfrontar-se a l'anàlisi de l'Estatut d'autonomia de Catalunya. En relació amb la primera ponència, es van expressar una sèrie de dubtes respecte de l'exposició del ponent sobre quin havia de ser el capteniment del Tribunal Constitucional i es va argüir que no era un tret distintiu de l'Estatut el fet de ser fruit d'un pacte polític perquè aquesta era una característica comuna a totes les normes emanades de les Corts Generals i que el sotmetiment a referèndum no li atorgava un plus de validesa, ja que ens trobàvem davant d'un problema de procediment legislatiu i no de legitimitat. Es va indicar, així mateix, que potser la solució hagués estat recuperar la figura del recurs previ d'inconstitucionalitat per fer-lo intervenir abans del sotmetiment de la Proposta de reforma de l'Estatut al referèndum. El ponent va voler insistir amb caràcter general en la prudència amb què un tribunal constitucional ha de desenvolupar la seva funció. Així, partint de la primacia de la Constitució, i per tant del necessari control de constitucionalitat, va posar de manifest que aquest té uns límits. Aquests límits —va dir— es podrien emmarcar en allò que el Tribunal Suprem americà ha definit com *la doctrina de la deferència*, o que en altres ordenaments jurídics s'ha anomenat *de la correcció funcional*, és a dir, del correcte exercici de la funció del Tribunal en el sentit que aquest es posi com a límit allò que és pròpiament l'àmbit de llibertat d'opció política del legislador. Per tant,

el plantejament de la jurisdicció constitucional ha de ser prudent davant de tot tipus de llei i més encara davant de l'estatut d'autonomia, ja que el legislador estatuent està exercint un poder constituent que li reconeix la Constitució mateixa. I la decisió legislativa que se'n deriva és un element de concreció i integració constitucional que, a més, s'acompanya en aquest cas d'un element de reforç democràtic com és la participació ciutadana a través del referèndum. Per tant, en opinió del ponent calia que el Tribunal s'imposés, a l'hora d'entrar a enjudiciar l'Estatut d'autonomia de Catalunya, un *self-restraint*. Sense aquest —va afegir una assistent—, la Constitució esdevindria inamovible i s'impediria l'evolució natural de l'Estat cap a qualsevulla altra fórmula d'organització territorial com ara la federal.

Seguint en l'àmbit dels recursos d'inconstitucionalitat plantejats en relació amb l'Estatut d'autonomia de Catalunya, es van formular dues preguntes respecte del marc financer que s'hi preveu, qüestió que es va tractar en la segona ponència. En concret, es va demanar l'opinió de la ponent sobre la constitucionalitat del sistema fixat en l'Estatut i sobre l'essència dels motius de la seva impugnació davant el Tribunal Constitucional. La ponent va ser clara en aquest sentit sostenint la constitucionalitat de la fórmula emprada per la norma estatutària i esmentant a grans trets els arguments principals dels recurrents. El primer, i més obvi, el fet que el finançament autonòmic és una competència de l'Estat i que és a l'Estat a qui corresponia fixar-lo mitjançant la Llei orgànica de finançament de les comunitats autònomes (LOFCA). La ponent va discrepar tot seguit d'aquesta asseveració indicant que existeix un consens generalitzat, com a mínim doctrinalment, que la LOFCA no és una llei necessària sinó facultativa i que, per tant, amb el text constitucional a la mà, és impossible sostenir que el sistema de finançament s'ha d'establir obligatòriament en la norma esmentada. El segon dels arguments que va destacar va ser el relatiu al fet que la regulació en un estatut de la hisenda pròpia de la comunitat autònoma, en la mesura que implica la relació amb l'Estat, condiona així mateix la resta d'estatuts d'autonomia i, a més, es podrien contravenir diversos principis com els d'unitat, igualtat, etc. A parer de la ponent, cap d'aquests arguments seria vàlid ja que la igualtat no suposa simetria i, en tot cas, la configuració de la hisenda en l'Estatut d'autonomia no depèn només del Parlament català sinó que la seva aprovació és dins d'una llei orgànica de l'Estat. Finalment, a més, en cas que hi hagués algun desequilibri per corregir, sempre hi hauria la possibilitat de fer-ho a través de la LOFCA.

Les darreres intervencions, que van generar una notable controvèrsia, es van concentrar en els principis de subsidiarietat i de prevalença. Des de l'auditori es va assenyalar que aquests són regles de l'estat federal, pròpies d'un sistema que ja preveu una pluralitat d'ordenaments. Per tant, el primer no es pot confondre amb la pura i simple solució de les llacunes del dret, que seria un sistema elemental de

supletorietat però no el que estableix l'article 149.3 CE. Es va sostenir que aquest precepte el que està introduint és una regla d'ordenació entre ordenaments per saber en cada moment quin d'aquests és el vigent. I això és aplicable tant a la relació entre l'ordenament estatal i l'autonòmic com entre ordenaments estatals de diferent naturalesa. En el primer cas, l'ordenament estatal s'aplicarà només sobre una norma autonòmica que s'hagi declarat inconstitucional, fins que la comunitat autònoma no reguli sobre el tema. Tot això en consonància amb la doctrina del Tribunal Constitucional que considera el dret supletori una fórmula de relació i no una nova competència en mans de l'Estat.

Per contra, en el principi de prevalença es configura un sistema per determinar quin és el dret vàlid i, en aquest cas, hi ha una presumpció de validesa de l'ordenament jurídic estatal sobre l'autonòmic. Aquesta —es va dir— és una regla més senzilla per a l'aplicador jurídic perquè li vindrà determinada pel Tribunal Constitucional mateix.

Adicionalment, i amb caràcter general, es va llançar una crida a la conveniència que totes les qüestions relacionades amb els sistemes de convivència d'ordenaments en un estat autonòmic es tractessin amb més profunditat per tal d'eliminar la idea d'unicitat en l'ordenament jurídic espanyol, que semblava subsistir encara.

Allò que s'havia exposat anteriorment sobre la clàusula de prevalença es va voler matisar en el sentit d'afirmar que aquesta s'adreça a l'operador del dret, fonamentalment al jutge i no al Tribunal Constitucional, i que està prevista per als casos en què existeixin dues normes vàlides de diferents ordenaments, l'estatal i l'autonòmic, sobre una mateixa matèria, per tant, en supòsits de concurrència competencial però no per als casos en què la competència sigui exclusiva de les comunitats autònomes o de l'Estat. També —es va dir— ha de ser un instrument que s'empri amb molta cura i de manera estricta. I això per tal que no derivi en un sistema per retallar les competències autonòmiques i perquè es concebi realment com una clàusula de tancament diferenciant-la de les regles que permeten l'elecció del títol competencial específic aplicable. Per això, seria desitjable que els tribunals no renunciessin a fer esforços de delimitació del títol competencial aplicable i no recorreguessin amb excessiva assiduïtat a la clàusula de prevalença.

Quant a la qüestió exposada, la ponent va voler puntualitzar que, a més de la consideració anterior, el Tribunal Constitucional en incidir sobre el principi de prevalença havia entès que aquest era aplicable al cas de competències legislatives o executives de l'Estat i de les comunitats autònomes que coincidien en un mateix àmbit territorial, i va dir que, a la pràctica, els tribunals ja l'havien utilitzat com a clàusula de tancament i en últim extrem. Finalment, va afegir que el legislador mateix i el poder executiu són els que haurien d'evitar que s'hagués d'utilitzar l'esmentat principi mitjançant l'establiment de mecanismes

de cooperació i de coordinació que evitessin al màxim possible les zones de fricció. Així s'alliberaria el jutge d'aquesta tasca tan complicada que l'erigeix com a legislador, que no és la funció que li pertoca.

Divendres, 16 d'octubre

IV

TERCERA SESSIÓ

1. EL DRET DE VAGA I EL PODER JUDICIAL
2. L'ACCÉS A LA CARRERA JUDICIAL
3. LA MORT DEL RECURS DE CASSACIÓ

COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES

Moderador: Joaquim Borrell Mestre

1.1. EL DRET DE VAGA I EL PODER JUDICIAL

Ponent:

FERNANDO SALINAS MOLINA

Magistrat de la Sala Social del Tribunal Suprem

SUMARI: 1. Definició constitucional del dret de vaga. 2. Definició constitucional del dret de llibertat sindical. 3. Diferències bàsiques entre els drets de llibertat sindical i de vaga en els aspectes subjectiu i objectiu. 3.1. Dret de llibertat sindical: aspectes subjectiu i objectiu a la Constitució i a les normes de desenvolupament. 3.2. Dret a la vaga: aspectes subjectiu i objectiu a la Constitució i a les normes de desenvolupament. 4. Referència específica als drets i les accions en defensa dels drets dels empleats públics continguts a l'Estatut bàsic de l'empleat públic. 5. Els jutges i els magistrats en actiu: reflexions prèvies sobre el seu tractament constitucional pel que fa als drets fonamentals de llibertat sindical i de vaga. 6. Els jutges i els magistrats en actiu: reflexions relatives al caràcter o a la naturalesa de la seva relació: doble faceta i conseqüències. 6.1. Els jutges i els magistrats com a membres del poder judicial. 6.2. Els jutges i els magistrats com a funcionaris públics. 6.3. Reflexions sobre el dret de vaga dels jutges i els magistrats en actiu derivades de la doble faceta de la seva relació: arguments en contra i a favor. 7. Drets i accions en defensa dels drets dels jutges i els magistrats continguts a la LOPJ: especial referència als drets col·lectius i al d'associacionisme professional. 7.1. Introducció. 7.2. Potestats, drets i obligacions dels jutges i els magistrats com a membres del poder judicial. 7.3. Drets i obligacions dels jutges i els magistrats com a funcionaris públics. 7.4. Especial referència als drets col·lectius i al d'associacionisme professional. 8. Òrgans constitucionals vinculats a l'exercici de la funció jurisdiccional i a l'exercici de les funcions de jutges i magistrats. 9. Actuacions reivindicatives dels jutges, els magistrats i les associacions judicials i el dret de vaga. 10. Conclusió: presupòsits per a l'exercici del dret de vaga per part dels jutges i els magistrats

1. DEFINICIÓ CONSTITUCIONAL DEL DRET DE VAGA

Per abordar la problemàtica del qüestionat dret de vaga dels jutges és aconsellable, si més no esquemàticament, destacar primer les línies bàsiques dels

drets constitucionals de vaga i de llibertat sindical en la Constitució espanyola i en la seva normativa de desenvolupament, amb una referència especial als drets i les accions que per a la defensa dels seus drets tenen reconeguts els diferents funcionaris públics.

La Constitució espanyola de 1978 (en endavant, CE), a la secció dedicada als drets fonamentals i a les llibertats públiques, estableix a l'article 28.2 que «es reconeix als treballadors el dret a la vaga per a la defensa dels seus interessos», fixant, com a contingut necessari de les seves normes legals de desenvolupament, que «la llei que reguli l'exercici d'aquest dret establirà les garanties que calguin per tal d'assegurar el manteniment dels serveis essencials de la comunitat».

La jurisprudència constitucional remarca la proclamació d'aquest dret a l'article 8.1.d del Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals de 16 de desembre de 1966 (PIDESC) i a l'article 6 de la Carta social europea (STC 259/2007 de 19 de desembre); i es destaca doctrinalment que l'esmentat PIDESC eleva, de forma deliberada i conscientment diferenciada, a rang de drets humans socials positivitzats els drets de sindicació i de vaga.¹

La vaga es configura constitucionalment com un dret subjectiu individual dels treballadors, encara que hagi de ser exercit col·lectivament mitjançant concert o acord entre aquests;² i alhora es conforma com un dret constitucional «que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes», i el qual, igual que els altres drets d'aquestes característiques, no és il·limitat, per la qual cosa el legislador pot introduir limitacions o condicions d'exercici del dret sempre que amb això no depassi el seu contingut essencial (args. ex STC 11/1981, d'11 d'abril, Ple).

Malgrat el caràcter *uti singuli*, el dret de vaga pot ser exercit tant pels treballadors personalment com pels seus representants i per les organitzacions sindicals amb implantació en l'àmbit laboral al qual la vaga s'estengui (arg. ex STC 11/1981, d'11 d'abril; 123/1992, de 28 de setembre, i 259/2007, de 19 de desembre); es tracta, per tant, d'un instrument de defensa no vinculat exclusivament als sindicats, ja que la mateixa jurisprudència constitucional destaca que la Constitució no reserva en exclusiva als sindicats els drets constitucionals il·legals com són el dret de vaga (art. 28.2 CE), la negociació col·lectiva (art. 37.1 CE) o l'adopció de mesures de conflicte col·lectiu (art. 37.2 CE), i encara que puguin ser funcions qualificades *latu sensu* com a sindicals

1. En aquest sentit, MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces y fiscales», a *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada, 2002, pàg. 1157 a 1192, especialment pàg. 1188 i 1189.

2. Constitueixen les facultats del dret de vaga «la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada» (STC 11/1981).

poden ser exercides també pels delegats de personal i els comitès d'empresa (STC 134/1994, de 9 de maig, i 95/1996, de 29 de maig).

2. DEFINICIÓ CONSTITUCIONAL DEL DRET DE LLIBERTAT SINDICAL

La CE, en el mateix article 28, però en el núm. 1, estableix un altre dels seus drets fonamentals, el dret a sindicar-se lliurement i/o el dret de llibertat sindical, certament interrelacionat de fet i de dret amb el dret de vaga, però que constitucionalment no apareix estructurat com a integrat al primer.

L'article 28.1 CE disposa que «Tothom té dret a sindicar-se lliurement. La llei podrà limitar o exceptuar l'exercici d'aquest dret a les forces o als instituts armats o als altres cossos sotmesos a disciplina militar i regularà les peculiaritats que l'exercici d'aquest presenti als funcionaris públics. La llibertat sindical comprèn el dret a fundar sindicats i a afiliar-s'hi a elecció, i el dret dels sindicats a formar confederacions i a fundar organitzacions sindicals internacionals o a afiliar-s'hi. Ningú podrà ser obligat a afiliar-se a un sindicat».

3. DIFERÈNCIES BÀSIQUES ENTRE ELS DRETS DE LLIBERTAT SINDICAL I DE VAGA EN ELS ASPECTES SUBJECTIU I OBJECTIU

D'una primera anàlisi comparativa de la delimitació constitucional, així com, si escau, de les normes de desenvolupament dels drets fonamentals de llibertat sindical i de vaga en els seus respectius aspectes subjectius (titulars del dret i possibles limitacions o excepcions d'aquesta titularitat, i quant a la voluntarietat o l'obligatorietat del seu exercici) i objectius (el contingut del dret i la possible delimitació de les garanties per al seu exercici), en resulten les diferències bàsiques que s'exposen a continuació.

3.1. *Dret de llibertat sindical: aspectes subjectiu i objectiu a la Constitució i a les normes de desenvolupament*

3.1.1. Aspectes subjectiu (inclusions i exclusions) i objectiu a la CE

Quant a l'aspecte subjectiu, el dret a la llibertat de sindicació i/o de llibertat sindical s'atorga literalment a «tothom» —i, literalment, el dret de vaga sembla que només als treballadors—, per la qual cosa gramaticalment aquella expressió comprèn a tots els ciutadans espanyols, però també, de forma lloable, d'acord amb la jurisprudència constitucional (arg. ex STC 236/2007, de 7 de novembre, i 259/2007, de 19 de desembre), a tots els treballadors que siguin a Espanya encara que no tinguin permís de treball i/o de residència, amb empara en els

tractats internacionals subscrits per Espanya —especialment, el Conveni 87 de l'Organització Internacional del Treball (en endavant, OIT), relatiu a la llibertat sindical i a la protecció del dret de sindicació— i en el dret a la dignitat de la persona com a «fonament de l'ordre polític i de la pau social» *ex* article 10.1 CE.

Del genèric *tothom* s'ha d'excloure, en primer lloc, qui no sigui «treballador» —per la qual cosa en aquest primer àmbit delimitador ja no existeix diferència amb el dret de vaga—, atès que la mateixa CE, a l'article 7, quan defineix els «sindicats de treballadors» parteix de la idea que el seu substrat subjectiu està integrat per treballadors, per diferenciar-lo del substrat subjectiu de les «associacions empresarials».³

En segon lloc, la titularitat del dret de llibertat de sindicació —que inclou constitucionalment, per tant, els «treballadors» en sentit ampli—, es pot limitar o excloure del seu exercici per les normes de desenvolupament exclusivament determinats col·lectius inclosos en el terme ampli constitucional de *treballadors*, en concret, determinats funcionaris militars.⁴

No obstant això, en tercer lloc, fora de les previsions *ex* article 28.1 CE i inclòs en el títol VI CE, relatiu al «Poder judicial», es conté en un altre precepte constitucional, l'article 127.1 CE, la prohibició del dret de sindicació als jutges, els magistrats i els fiscals en actiu: «Els jutges i els magistrats i també els fiscals, mentre restin en actiu, no podran exercir altres càrrecs públics ni pertànyer a partits polítics o a sindicats. La llei establirà el sistema i les modalitats d'associació professional dels jutges, dels magistrats i dels fiscals».

Òbviament, com en relació amb altres formes associatives, la CE es preocupa de destacar la voluntarietat en la integració, per evitar fórmules antidemocràtiques derivades del sindicalisme vertical anteriorment vigent, en proclamar que «Ningú podrà ser obligat a afiliar-se a un sindicat».

En definitiva, en l'àmbit subjectiu, tots els qui es poden configurar com a treballadors en sentit ampli tenen reconegut constitucionalment el dret de llibertat de sindicació. Únicament la CE exclou del dret de sindicació o de pertinença a sindicats els jutges, els magistrats i els fiscals en actiu, i, d'altra banda, simplement possibilita que les seves normes de desenvolupament puguin excloure

3. D'acord amb la jurisprudència constitucional, «la sindicación de los empresarios» (términos antagónicos) se sitúa extramuros del art. 28.1 de la Constitución, encontrando su acomodo en la genérica libertad de asociación del art. 22 de la misma» (vegeu, entre d'altres, la ITC 113/1984, i les STC 52/1992, de 8 d'abril; 75/1992, de 14 de maig, i 92/1994, de 21 de març).

4. Així, l'analitzat article 28.1 CE preceptua que «La llei podrà limitar o exceptuar l'exercici d'aquest dret a les forces o als instituts armats o als altres cossos sotmesos a disciplina militar», però no en possibilita l'exclusió amb caràcter general ni la possibilitat de limitar la titularitat del dret de sindicació a la resta de funcionaris públics no militars ni a altres col·lectius de naturalesa jurídica estrictament no funcional (p. ex., el personal estatutari), ni a la resta dels ciutadans que es puguin configurar com a treballadors en sentit ampli.

(o «limitar», cosa que només afecta l'àmbit objectiu) la titularitat d'aquest dret a determinats col·lectius funcionaris sotmesos a disciplina militar.

Si ens centrem ara en l'aspecte objectiu del dret de llibertat sindical (el contingut del dret i la possible delimitació de les garanties per al seu exercici), s'ha de destacar: *a)* quant al contingut del dret, l'article 28.1 CE es limita a concretar que «La llibertat sindical comprèn el dret a fundar sindicats i a afiliar-s'hi a elecció, i el dret dels sindicats a formar confederacions i a fundar organitzacions sindicals internacionals o a afiliar-s'hi»; *b)* quant a la possible «limitació» del seu exercici, es concreta a «les forces o als instituts armats o als altres cossos sotmesos a disciplina militar»; i *c)* pel que fa a les possibles peculiaritats del seu exercici (no exclusions ni limitacions), únicament estableix amb caràcter preceptiu, quant a tot tipus de funcionaris públics que siguin titulars del dret, que «La llei [...] regularà les peculiaritats que l'exercici d'aquests presenti als funcionaris públics».

3.1.2. Aspectes subjectiu i objectiu en les normes de desenvolupament constitucional

L'exigible desenvolupament per llei, que en tot cas haurà de respectar el seu contingut essencial, dels drets de llibertat sindical i de vaga, reconeguts al capítol III del títol I CE (arg. *ex* article 53.1 CE), no ha estat dut a terme pel nostre legislador ordinari en una normativa conjunta per a ambdós drets, malgrat les seves defensables interrelacions, fet que evidencia la independència d'ambdós drets.

Així, el dret de llibertat sindical es desenvolupa en la postconstitucional Llei orgànica 11/1985, de 2 d'agost, de llibertat sindical (BOE de 8 d'agost) (en endavant, LOLS), la constitucionalitat de la qual va declarar la STC 98/1985, de 29 de juliol; sense oblidar algunes normes contingudes sobre aquest dret en la legislació reguladora de determinats col·lectius funcionaris, a les quals després farem referència.

En l'àmbit subjectiu, de la regulació continguda a la LOLS es pot destacar que:

a) Efectua una àmplia definició de *treballador* als efectes de l'esmentada Llei, considerant no només «aquells que siguin subjectes d'una relació laboral», sinó també «aquells que ho siguin d'una relació de caràcter administratiu o estatutari al servei de les administracions públiques» (art. 1.2).⁵

5. Amb matisacions inclou, a més, en el concepte de *treballador* determinats col·lectius del tipus «assimilats» (treballadors per compte propi que no tinguin treballadors al seu servei, treballadors a l'atur, treballadors que hagin cessat en la seva activitat laboral com a conseqüència d'incapacitat o jubilació; arg. *ex* article 3.1), fins i tot amb limitacions perquè puguin fundar sindicats que tinguin per objecte la tutela d'interessos singulars.

b) Es limita que reproduïxi el mandat constitucional *ex* article 127.1 CE d'exclusió del dret als jutges, als magistrats i als fiscals en actiu («d'acord amb el que disposa l'article 127.1 de la Constitució, els jutges, els magistrats i els fiscals no poden pertànyer a cap sindicat mentre restin en actiu», art. 1.4).

c) Ha fet ús de la possibilitat constitucional d'excloure del dret de sindicarse lliurement «els membres de les forces armades i dels instituts armats de caràcter militar» (art. 1.3).

d) Remet a la seva normativa específica per a la determinació de les possibles limitacions d'aquest dret respecte als cossos armats que no tinguin caràcter militar, «atès el caràcter armat i l'organització jerarquizada d'aquests instituts» (art. 1.5).

Pel que fa a aquest últim aspecte (cossos armats que no tinguin caràcter militar), les lleis de desenvolupament, per la seva banda:

a) Han privat dels drets de sindicació —i fins i tot de vaga— als membres de la Guàrdia Civil (art. 11, 12 i 41 LO 11/2007, de 22 d'octubre, reguladora dels drets i deures dels membres de la Guàrdia Civil; BOE de 23 d'octubre). El preàmbul d'aquesta Llei argumenta sobre una situació d'analogia amb els jutges i les seves associacions professionals.⁶

b) Però han reconegut un dret de sindicació als membres del Cos Nacional de Policia, en sindicats integrats «exclusivament per membres del propi Cos», encara que negant-los, així com a tots els altres membres de les forces i cossos de seguretat, el dret de vaga (LO 2/1986, de 13 de març),⁷ encara que en relació amb l'exclusió d'aquest últim dret la Constitució no digui res, com ha posat en relleu la doctrina.⁸

Cal observar, en conseqüència, que és possible tenir el dret de sindicació però no el de vaga, cosa que és un exemple de la no-exigibilitat de titularitat conjunta d'ambdós drets constitucionals i que, a la inversa, aquesta possibilitat subministra arguments per entendre que en el nostre àmbit constitucional es pot exercir el dret de vaga sense ser titular del dret de sindicació.

En l'àmbit objectiu, és possible destacar que la LOLS, en regular el contingut

6. En el seu preàmbul s'argumenta que «El règim jurídic pel qual es regula l'associacionisme professional en la Guàrdia Civil és el que recull la mateixa Llei —que comparteix alguns trets amb els altres col·lectius, que la Constitució sí que preveu, com els jutges, magistrats i fiscals—, i permet la creació d'associacions professionals integrades, exclusivament, pels membres de la Guàrdia Civil per a la promoció dels interessos professionals dels seus associats, sense que, en cap cas, les seves actuacions puguin emparar o encobrir activitats que els estan expressament vedades, com les de naturalesa sindical, la negociació col·lectiva, la vaga o l'adopció de mesures de conflicte col·lectiu».

7. Articles 6.6, 27.3.i, 17 a 26, 40 i 52 LO 2/1986, de 13 de març, reguladora de les forces i cossos de seguretat de l'Estat, de les policies de les comunitats autònomes i de les policies locals (BOE de 14 de març).

8. Defensa aquesta exclusió SÁNCHEZ MORÓN, M. «De la huelga de los jueces y otras cuestiones conexas», a *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 3, 2009, pàg. 36 a 43, especialment les pàg. 41 i 42.

del dret de llibertat sindical, estableix, vinculant-lo amb el dret de vaga, com un dels drets, no directament dels treballadors, sinó de les «organitzacions sindicals» el denominat «exercici de l'activitat sindical a l'empresa o fora d'aquesta, que comprèn, en tot cas, el dret a [...] l'exercici del dret de vaga» (art. 2.2.d). I, per la seva banda, el Tribunal Constitucional ha declarat que «un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido» (STC 11/1981, d'11 d'abril).

3.2. Dret a la vaga: aspectes subjectiu i objectiu a la Constitució i a les normes de desenvolupament

3.2.1. Aspecte subjectiu i objectiu a la CE

Amb referència al dret fonamental de vaga *ex* article 28.2 CE, que analitzem, igualment, en l'aspecte subjectiu (els titulars del dret i les possibles limitacions o excepcions a tal titularitat, així com respecte a la voluntarietat o l'obligatorietat del seu exercici) i en l'objectiu (el contingut del dret i la possible delimitació de les garanties per al seu exercici), es pot entendre que, en ambdós aspectes, encara que són diferents, gaudeix de més amplitud en la seva configuració constitucional que el dret de llibertat sindical analitzat abans.

En l'aspecte subjectiu (inclusions), el dret de vaga és titularitat dels «treballadors», la qual cosa, en definitiva —i igual que hem examinat en tractar del dret de llibertat sindical *ex* article 28.1 CE, en la seva interpretació conforme a la jurisprudència constitucional extensible als treballadors estrangers encara que no disposin de permís de treball i/o de residència (arg. *ex* STC 236/2007 i 259/2007)—, equival a entendre que «tothom» té dret a la vaga.

Però, a més, pel que fa a les possibles exclusions subjectives, resulta que no n'hi ha, atès que:

a) El text constitucional —i això és important als efectes que ara estudiem— no conté, ni tan sols en el títol dedicat al poder judicial, cap exclusió de la titularitat d'aquest dret respecte als jutges i als magistrats, per la qual cosa és possible concloure que la CE no exclou expressament del dret a la vaga els jutges, els magistrats i els fiscals en actiu.

b) D'altra banda, ni tan sols l'article 28.2 CE possibilita que les seves normes de desenvolupament puguin excloure o limitar la titularitat d'aquest dret respecte a determinats col·lectius funcionaris militars, fet que planteja el dubte de la constitucionalitat de les normes legals de desenvolupament dictades per a aquest últim col·lectiu.

L'article 28.2 CE no estableix cap previsió que proclami la llibertat de treball d'aquells treballadors que no es vulguin afegir a la vaga, la qual cosa sí que es conté a la norma de desenvolupament *ex* article 6.4 del Reial decret llei 17/1977 i és protegida penalment a l'article 315 del Codi penal de 1995.

En l'aspecte objectiu, el text constitucional estableix dos importants precisions a l'exercici del dret de vaga:

a) Una de relativa a la finalitat concreta de la vaga, limitada a la defensa dels interessos dels treballadors («el dret a la vaga dels treballadors per a la defensa dels seus interessos»).

b) I una altra, referent als límits del seu exercici per garantir el «manteniment dels serveis essencials de la comunitat», els quals necessàriament s'hauran d'establir a la normativa de desenvolupament. Aquesta limitació és molt transcendent en determinats sectors, com en l'àmbit dels serveis prestats per les administracions públiques, i s'ha d'interpretar, com s'ha defensat doctrinalment,⁹ en el sentit que el que la CE prohibeix és l'aturada d'activitats vitals per a la comunitat amb independència de quina classe de persones les atenguin, i dels cossos o categories a què pertanyin.

3.2.2. Aspecte subjectiu i objectiu en les normes de desenvolupament constitucional

El dret de vaga no ha aconseguit encara el seu desenvolupament normatiu postconstitucional i continua normat per als treballadors per compte d'altri, com a regla, pel text preconstitucional contingut al Reial decret llei 17/1977, de 4 de març, sobre les relacions de treball (BOE de 9 de març), en els preceptes que no han estat declarats inconstitucionals i en la forma interpretativa efectuada en la STC 11/1981, de 8 d'abril; el text de la qual fou aplicat analògicament a determinats col·lectius funcionaris abans que tinguessin la seva regulació pròpia.¹⁰

L'esmentat Reial decret llei 17/1977 no conté exclusions o limitacions a la titularitat del dret de vaga respecte a determinats col·lectius (aspecte subjectiu), la qual cosa entenc que és correcta jurídicament, ja que no ho podria fer —a diferència del que s'ha concretat a la LOLS respecte al dret de llibertat sindical—, atès que, com s'ha indicat, el text constitucional no conté per al dret a la vaga ni exclusions expresses ni deixa a les mans del legislador ordinari de desenvolupament la possibilitat de limitar la titularitat d'aquest dret respecte a determinats col·lectius ni tan sols en relació amb els funcionaris militaritzats.

L'esmentat Reial decret llei 17/1997 se centra en la regulació de la vaga dels treballadors per compte d'altri, però, com ha declarat la jurisprudència constitucional, això exclusivament «significa que el eventual derecho de huelga

9. En aquest sentit, vegeu OJEDA AVILÉS, A. «Límites constitucionales al derecho de huelga de los jueces, magistrados y fiscales», *JpD-Información y Debate*, núm. 16-17, 1992, pàg. 136 a 139, especialment la pàg. 139.

10. En aquest sentit, vegeu RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. «La huelga de los jueces», a *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 2, 2009, pàg. 48 a 55, especialment la pàg. 53.

de los funcionarios públicos no está regulado —y, por consiguiente, tampoco prohibido— por el Real Decreto-ley 17/1977» i que «si no hay regulación —y tampoco prohibición— mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa» (STC 11/1981, d'11 d'abril).

Aquesta conclusió jurisprudencial és possible aplicar-la al silenci del legislador ordinari respecte al dret de vaga dels jutges i dels magistrats, cosa que no sembla compartir íntegrament el CGPJ, que no es va donar per entès d'una denominada «convocatòria de vaga» ni a establir serveis mínims, argumentant que la proposta «carece, en el actual momento, de soporte normativo».¹¹

Cal recordar, en aquest punt, que, davant de tesis doctrinals contràries que en els primers anys d'entrada en vigor de la Constitució posaven en dubte l'equiparació de treballadors i de funcionaris públics als efectes de la titularitat del dret de vaga, fou la jurisprudència contenciosa administrativa la que, en reiterades sentències anteriors a la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de reforma de la funció pública,¹² va declarar que l'absència de normativa no comportava la inexistència d'aquest dret (entre d'altres, vint STS/III de 12 de gener de 1984).¹³

En aquest punt, cal plantejar-se si, en termes anàlegs, l'absència de normativa orgànica sobre el possible dret de vaga dels jutges i dels magistrats, si més no en l'aspecte relatiu a la detracció d'havers, podria legitimar actualment una detracció d'havers dels jutges vaguistes o si, per contra, suposaria una privació de drets sense una norma adient que ho justifiqui, com havia declarat en el seu dia la jurisprudència contenciosa administrativa.

11. *Diario de Noticias* (Editorial La Ley), 6 d'octubre de 2009.

12. En la Llei 30/1984, sense regular l'exercici del dret de vaga dels funcionaris públics, per a la qual cosa hagués estat necessària una Llei orgànica (arg. ex STC 99/1987, d'11 de juny), es reconeixia l'existència del dret de vaga, en articular el règim disciplinari (article 31) i la detracció d'havers (disposició addicional dotzena).

13. STS/III de 12 de gener de 1984, recaigudes en supòsits reiterats de detracció d'havers per inassistència a la feina per vaga; se'n va declarar la improcedència per suposar una privació de drets sense norma adequada que ho justifiqui, argumentant que «habrá de reconocerse la singularidad del supuesto de hecho —situación de huelga por parte de funcionarios— y la carencia de normativa específica que regula el mismo, pues el tan repetido acuerdo del Consejo de Ministros de 15-6-1979 [...] no contiene más que medidas concretas, para casos de ausencia no justificada al servicio por parte de los funcionarios; y siendo ello así, difícilmente puede encajarse la conducta seguida por los funcionarios en los supuestos previstos en la normativa disciplinaria vigente, ni consta que éste haya sido el designio que explique la respuesta de la Administración, por lo que, propiamente [...] estamos en presencia de una privación de derechos acordada sin cobertura legal necesaria y suficiente atendiendo al dato importante de que por muy cualificada que sea la especial relación de dependencia del funcionario respecto de la Administración el principio de legalidad cubre toda la actuación administrativa, conforme al artículo 103 CE, y en el caso de autos, tan matizado por las motivaciones que le originan, hasta que no exista la norma adecuada que apodere específicamente a la Administración en este particular una intervención de ella como la que se enjuicia pudiera incidir gravemente en un derecho de huelga que no aparece prohibido por la Constitución, todo lo cual conduce a que declaremos improcedente el recurso extraordinario de revisión y a que de acuerdo con el artículo 1809 LEC procede condena en costas a la Administración del Estado».

Es pot destacar que el Projecte de llei orgànica de vaga de l'any 1992,¹⁴ que no va arribar a convertir-se en text normatiu, als seus primers esborranys preveia l'exclusió dels jutges i dels magistrats com a titulars del dret de vaga, la qual cosa fou criticada per un sector judicial i doctrinal —destacant, amb invocació, a més, del Conveni 151 de l'OIT, la il·legalitat i la incongruència de prohibir l'exercici dels drets de participació, de la negociació col·lectiva i de vaga als jutges i als fiscals, i alhora reconèixer-los un dret purament nominal a associar-se professionalment, sense mitjans efectius d'acció reivindicativa—,¹⁵ i fou finalment suprimida en les seves darreres redaccions. S'hi afegia una projectada disposició addicional en la qual s'indicava que «la present llei no és d'aplicació [...] als jutges, als magistrats i als fiscals mentre restin en actiu, els quals es regeixen per la seva normativa específica», la qual, igual que aquell Projecte de llei, tampoc no ha vist fins ara la llum.

Una qüestió diferent és que les normes de desenvolupament, en l'aspecte objectiu, quan el dret de vaga sigui exercit per determinats col·lectius de l'activitat dels quals depenguin «serveis essencials de la comunitat», i respectant sempre el «contingut essencial» del dret (arg. ex article 53.1 CE), hagin d'establir necessàriament les «garanties necessàries per tal d'assegurar el manteniment» d'aquests serveis (arg. ex article 28.2 CE).

En aquesta línia —i sense entrar ara en la seva interpretació conforme a l'esmentada STC 11/1981—, el Reial decret llei 17/1977 estableix que quan la vaga afecti «empreses encarregades de qualsevol classe de serveis públics» (art. 4): a) els representants dels treballadors han de donar a la vaga, abans de la seva iniciació, la publicitat necessària perquè sigui coneguda pels usuaris dels serveis; i b) s'exigeixen uns terminis superiors (almenys 10 dies naturals d'antelació, i no els ordinaris 5 dies) per comunicar a l'empresari i a l'autoritat laboral el preavís de vaga; per possibilitar, si escau, l'adopció per part de l'autoritat governativa de les mesures necessàries, atès que «quan la vaga es declari en empreses encarregades de la prestació de qualsevol gènere de serveis públics o de necessitat reconeguda i inajornable i es presentin circumstàncies d'especial gravetat, l'autoritat governativa pot acordar les mesures necessàries per tal d'assegurar el funcionament dels serveis. El Govern, així mateix, pot adoptar a aquests fins les mesures d'intervenció adients» (art. 10.II), mesures que, òbviament, seran controlables jurisdiccionalment i a través, si escau, del recurs d'empara constitucional.

14. *El País* de 10 de novembre de 1992.

15. BODAS, R.; GILLOMO, J. L.; MARTÍNEZ LÁZARO, J.; SÁNCHEZ PEGO, J.; FOLGUERA, J.; AGUSTÍ, J.; SALINAS, F. «El derecho de huelga de Jueces y Fiscales», a *Actualidad Aranzadi*, núm. 84, 14-01-1993, pàg. 2; i a *El País*, 05-10-1992, pàg. 18. COMISSIÓ SOCIAL JpD. «El derecho de huelga de Jueces y Fiscales», a *Jueces para la Democracia*, núm. 15, 1992, pàg. 74 a 76.

Així mateix, les normes de desenvolupament, en l'aspecte objectiu, poden preveure la declaració d'il·legalitat de la vaga quan aquesta no respecti la seva concreta finalitat limitada constitucionalment a la defensa dels interessos dels treballadors. Aquest caràcter d'il·legal és atribuït, entre d'altres, pel Reial decret llei 17/1977 a la vaga «quan s'iniciï o se sostingui per motius polítics o amb qualsevol altra finalitat aliena a l'interès professional dels treballadors afectats» o «quan sigui de solidaritat o de suport, llevat que afecti [...] l'interès professional d'aquells que les promoguin o les sostinguin».¹⁶

4. REFERÈNCIA ESPECÍFICA ALS DRETS I LES ACCIONS EN DEFENSA DELS DRETS DELS EMPLEATS PÚBLICS CONTINGUTS A L'ESTATUT BÀSIC DE L'EMPLEAT PÚBLIC

Una referència específica mereix la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (en endavant, EBEP), dictada en compliment de l'article 103.3 CE¹⁷ i que va derogar, en els aspectes essencials ara analitzats, la Llei 9/1987, de 12 de juny, d'òrgans de representació, determinació de les condicions de treball i participació del personal al servei de les administracions públiques —disposició derogatòria única, lletra c, EBEP.

A l'Estatut esmentat, si bé —atès el caràcter normatiu orgànic exigible per al desenvolupament de l'estatut jurídic del personal judicial i del Ministeri Fiscal (arg. *ex art.* 122.1 i 124.3 CE)— no s'inclouen jutges, magistrats i fiscals, perquè tenen, igual que altres cossos funcionaris, legislació específica pròpia, es pot interpretar que els configura com a funcionaris (arg. *ex art.* 4 EBEP).¹⁸

En relació amb el personal funcionari i amb el personal laboral al servei de les administracions públiques inclosos al seu àmbit directe d'aplicació *ex article* 2.1 EBEP,¹⁹ així com amb caràcter supletori per a tot el personal de les administracions públiques no inclòs en el seu àmbit d'aplicació (art. 2.5 EBEP), l'EBEP preveu expressament entre els drets individuals que s'exerceixen de forma col·lectiva el dret a la «llibertat sindical» i a l'«exercici de la vaga, amb la garantia del manteniment dels serveis essencials de la comunitat» (art.

16. Arg. *ex article* 11.a i b del Reial decret llei 17/1977, declarat inconstitucional quant a l'expressió «directament», que estava continguda en el seu apartat b, per la STC 11/1981.

17. Article 103.3 CE: «La llei regularà l'estatut dels funcionaris públics [...] les peculiaritats de l'exercici del seu dret a la sindicació [...]».

18. En establir que «Les disposicions d'aquest Estatut només s'apliquen directament quan ho disposi la seva legislació específica al personal següent: [...] c) Jutges, Magistrats, Fiscals i altre personal funcionari al servei de l'Administració de justícia» (art. 4).

19. Personal de l'Administració general de l'Estat, de les administracions de les comunitats autònomes i de les ciutats de Ceuta i Melilla, de les administracions de les entitats locals, dels organismes públics, de les agències i d'altres entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades o dependents de qualsevol de les administracions públiques i de les universitats públiques.

15.a i c); preveu, com a conseqüència de l'exercici del dret de vaga, que «els qui exerceixin el dret de vaga no meritaran ni percebran les retribucions corresponents al temps en què hagin estat en aquesta situació, i la deducció d'havers que s'efectuï no pot tenir caràcter de sanció ni afectar el règim respectiu de les seves prestacions socials» (art. 30.2); i per garantir el dret adequat al seu exercici tipifica com a faltes disciplinàries molt greus, d'una banda, «la realització d'actes encaminats a coartar el lliure exercici del dret de vaga» (art. 95.2.l), i, de l'altra, «l'incompliment de l'obligació d'atendre els serveis essencials en cas de vaga» (art. 95.2.m).²⁰

Igualment, l'EBEP relaciona una altra sèrie de drets individuals dels empleats públics que s'exerceixen de forma col·lectiva, en concret —a més dels ja citats de llibertat sindical i de vaga—, els drets a la negociació col·lectiva i a la participació en la determinació de les condicions de treball, al plantejament de conflictes col·lectius de treball, d'acord amb la legislació aplicable en cada cas, i el de reunió, en els termes establerts a l'Estatut esmentat (art. 15 EBEP).

5. ELS JUTGES I ELS MAGISTRATS EN ACTIU: REFLEXIONS PRÈVIES SOBRE EL SEU TRACTAMENT CONSTITUCIONAL PEL QUE FA ALS DRETS FONAMENTALS DE LLIBERTAT SINDICAL I DE VAGA

Del que s'ha exposat fins ara, i com a reflexions prèvies sobre el tracte constitucional atorgat als jutges i als magistrats en actiu pel que fa als drets fonamentals de llibertat sindical i de vaga, es pot indicar sintèticament, sens perjudici de l'anàlisi ulterior, que:

a) No s'imposa constitucionalment cap exclusió o limitació expressa, ni a l'article 28.2 CE ni al títol relatiu al poder judicial, al possible dret de vaga dels jutges, dels magistrats i dels fiscals en actiu.²¹

20. Els empleats públics tenen reconeguts una sèrie de drets de caràcter individual en correspondència amb la naturalesa jurídica de la seva relació de servei, entre els quals destaquen els drets que afecten l'exercici idoni de la seva carrera professional (la inamovibilitat; l'acompliment efectiu de les funcions, d'acord amb la progressió assolida en la carrera professional), la seva formació i la seva progressió (la progressió en la carrera professional i la promoció interna; la formació, preferentment en horari laboral), les condicions de treball en el pla material i en el pla retributiu (les retribucions i les indemnitzacions; la defensa jurídica en els procediments que se segueixin com a conseqüència de l'exercici legítim de les seves funcions; la participació en la consecució d'objectius; la protecció eficaç en matèria de seguretat i de salut en el treball; les vacances, els descansos, els permisos i les llicències) o en el pla associatiu (la lliure associació professional), els drets inherents a la seva persona i la seva família (respecte de la intimitat, l'orientació sexual, la pròpia imatge i la dignitat en el treball, la no-discriminació, la llibertat d'expressió, la conciliació de la vida personal, familiar i laboral) o la seva protecció social (les prestacions de la Seguretat Social; la jubilació) (art. 14 EBEP).

21. Afirmar GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R. («La titularidad del derecho de huelga, en especial en la función pública: perspectivas jurídico-críticas», Granada, 1999, especialment la pàg. 357) que: «del artículo 127 CE solamente se puede inferir la imposibilidad de la afiliación sindical de tales funcionarios (en el sentido, amplitud y límites contemplados en el artículo 2.1.b LOLS), pero no

b) La prohibició del dret de sindicació s'equipara en la seva finalitat a la prohibició del dret a pertànyer a partits polítics, per evitar la participació efectiva del col·lectiu judicial i del fiscal en actiu en les organitzacions dedicades a defensar els interessos generals i/o l'interès públic (arg. ex STC 281/2005), amb un caràcter més ampli que excedeixi les qüestions singulars i professionals de l'esmentat col·lectiu.

c) Com a substitutiu (o «sucedani»²² o com a «alternativa compensatòria»,²³ s'ha afirmat doctrinalment) del dret de sindicació —per limitar les finalitats a defensar i intentar assolir a través de les organitzacions associatives, a les quals es podria qualificar de «professionals»—, es preveu la possibilitat que a la normativa orgànica de desenvolupament s'estableixin associacions professionals per a aquest col·lectiu judicial i fiscal, sense excloure que poguessin ser conjuntes («La llei establirà el sistema i les modalitats d'associació professional dels jutges, dels magistrats i dels fiscals» —art. 127.1 CE).

d) Les prohibicions anteriors, igual que la prohibició d'exercir càrrecs públics, s'ha d'emmarcar entre les incompatibilitats dels jutges i els magistrats, tendents a garantir el principi constitucional d'independència judicial ex article 117.1 CE, com es pot deduir del mateix article 127.2 CE: «La llei establirà el règim d'incompatibilitats dels membres del poder judicial, que haurà d'assegurar la seva total independència»;²⁴ encara que, com destaca un sector doctrinal, en altres ordenaments jurídics estrangers (França i Itàlia) «es precisamente el argumento de la independencia el que se erige en basilar respecto a la defensa de la libertad sindical de los colectivos de referencia».²⁵

Noteu que —cosa que és un element de transcendència en contra de les tesis d'aquells que pretenen vincular la prohibició de sindicació amb la prohibició del dret de vaga— la CE no priva els magistrats del Tribunal Constitucional, «independents i inamovibles en l'exercici del seu mandat» (art. 159.5 CE), del dret de llibertat de sindicació, sinó que estableix únicament la incompatibilitat per a l'«exercici de funcions directives en un partit polític o en un sindicat o d'un càrrec al seu servei» (art. 159.4 CE).

En aquest supòsit, de manera més flexible, la CE interpreta que la

otras actividades o posibilidades, ni tampoco de manera específica la cercenación de un derecho —ahora sí, por su privilegiada situación constitucional— fundamental como es el de huelga, cuando ni en el artículo sede de su nacimiento (el 28.2), ni del que se podrá obtener de una lectura deductiva de parte de sus evocaciones (el 28.1), se realiza una mención exceptuadora de tales sujetos».

22. DE ESTEBAN, J.; LÓPEZ-GUERRA, L. *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980.

23. MONEREO PÉREZ, J. L. *La asociación profesional...*, cit., especialment la pàg. 1160.

24. En aquest sentit, vegeu DELA MATA AMAYA, J. «Artículo 127», a *Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario*, M. EMILIA CASAS BAAMONDE i altres (dirs.), Madrid, 2008, especialment la pàg. 1956. L'autor assenyala que la prohibició «encuentra su fundamento material en la garantía de la independencia e imparcialidad como valores esenciales del Poder Judicial frente a posibles opciones partidistas».

25. MONEREO PÉREZ, J. L. «*La asociación profesional...*», cit., especialment les pàg. 1162 i 1169).

independència dels magistrats del Tribunal Constitucional no es qüestiona per la seva pertinença com a afiliats de base a un sindicat o a un partit polític, si bé s'ha de valorar, encara que no de forma determinant, que determinades reivindicacions possibles d'aquest col·lectiu es poden resoldre en el seu propi àmbit atès que el TC, d'acord amb la seva normativa orgànica, «en exercici de la seva autonomia com a òrgan constitucional, elabora el seu pressupost» (art. 165 CE, en relació amb els art. 10.3, 99.1 i disposició addicional segona LO 2/1979, de 3 d'octubre —LOT—).

La manca d'autonomia pressupostària o d'autogovern del poder judicial —mentre no s'assoleixin les possibles fórmules anàlogues a través, si escau, del CGPJ— origina, com ha destacat un sector doctrinal, que amb relació als jutges i als magistrats «es una realidad constatada, que esa relación de dependencia, derivada y referida exclusivamente a su relación funcional existe y singularmente respecto del Poder Ejecutivo, en lo que al pago de sus retribuciones se refiere».²⁶

6. ELS JUTGES I ELS MAGISTRATS EN ACTIU: REFLEXIONS RELATIVES AL CARÀCTER O A LA NATURALSA DE LA SEVA RELACIÓ: DOBLE FACETA I CONSEQÜÈNCIES

Quant als jutges i als magistrats en actiu és possible distingir dues facetes, interrelacionades, però separables i de naturalesa molt diversa l'una de l'altra; en concret, la de membres del poder judicial (relació orgànica) i la de funcionaris públics (relació de servei); distinció que s'empra per extreure arguments a favor i en contra del possible dret de vaga dels jutges i dels magistrats en actiu.

6.1. *Els jutges i els magistrats com a membres del poder judicial*

Una faceta o caràcter del jutge o del magistrat en actiu és la d'integrant del «Poder Judicial», «membre del poder judicial», és a dir, com a exercent de la facultat jurisdiccional consistent estrictament a jutjar i fer executar allò que hagi

26. SOLDEVILA FRAGOSO, S. «Derechos de huelga de jueces y magistrados», a *Función Pública, Cuadernos de Derecho Judicial*, 7, 1993, pàg. 413 a 424, pel que fa a la manca d'autonomia pressupostària. SÁNCHEZ PEGO, F. J. «La huelga en la función pública y las huelgas judiciales», a *Documentación Laboral*, núm. 42, 1994, pàg. 93 a 125, especialment les pàg. 121, 122 i 125; «Huelga judicial y Estado de Derecho», a *El Diario Montañés*, 26-01-2009, pel que fa a la manca d'autogovern.

estat jutjat (arg. ex art. 117.3 i 127.2 CE; STC 198/1986, de 29 de juliol).^{27 28}

Només d'aquells jutges o magistrats que exerceixen realment la funció jurisdiccional es podria dir plenament que la seva actuació ha d'estar regida pels principis constitucionals d'independència, d'inamovibilitat, de responsabilitat i de submissió únicament a l'imperi de la llei (arg. ex art. 117.1 CE), garantida a través d'un estatut jurídic en les qüestions que afecten la separació, la suspensió, el trasllat o la jubilació (arg. ex art. 117.2 CE), i amb l'exigència d'un règim d'incompatibilitats que, com a «membres del poder judicial», n'asseguri la total independència (arg. ex art. 127.2 CE).²⁹

La relació orgànica dels «membres del poder judicial» cal configurar-la com una relació de caràcter organitzatiu, el centre de gravetat de la qual recau en la impersonal i objectiva qualitat jurídica que l'ordenament atribueix al titular de l'ofici; i no s'ha de confondre, com s'ha assenyalat doctrinalment, «la condición simultánea de agentes titulares del órgano (que en cuanto tal lo personifican en sus manifestaciones funcionales dinámicas) y de sujetos titulares de intereses profesionales, distintos del ente público y potencialmente contrapuestos a la Administración empleador».³⁰

6.2. Els jutges i els magistrats com a funcionaris públics

L'altra faceta o caràcter del jutge o del magistrat en actiu —amb independència que per les funcions exercides es pugui considerar o no com a integrant

27. STC 108/1986, de 29 de juliol: «No es necesario ni posible entrar aquí en un examen detallado de la especial situación del poder judicial y de sus integrantes en la Constitución, aunque conviene señalar que esa independencia tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los jueces y magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes».

28. Es pot, potser, entendre com a exclosos d'aquest caràcter, per tant, els jutges i els magistrats en actiu que: a) exerceixin exclusivament funcions alienes a la jurisdiccional encara que els estiguin «expressament atribuïdes per llei en garantia de qualsevol dret» (arg. ex art. 117.4 CE, encara que amb un possible argument en contra a la STC 198/1986) (p. ex, els jutges encarregats dels registres civils exclusius); i b) finalment, aquells altres que, a través de diferents situacions jurídicoadministratives, no exerceixen funcions jurisdiccionals encara que formalment se'ls consideri com «en actiu» (p. ex, els jutges degans alliberats —més discutible—, els jutges o els magistrats sense jurisdicció compartida que integren els gabinets tècnics o de suport o aquells que es troben en diverses formes de serveis especials).

29. Derivadament, a aquells altres jutges i magistrats que encara que formalment estiguin «en actiu» no exerceixen funcions pròpiament jurisdiccionals entenc que no és possible atribuir-los la faceta o el caràcter de «membre del poder judicial», per la qual cosa, com a regla i amb singulars matisacions, es podria interpretar, per una banda, que no existiria fonament per privar-los del dret fonamental de sindicació (arg. ex art. 127.1 CE) i, per una altra, que el seu estatut jurídic constitucionalment podria ser diferent a l'aplicable als jutges o als magistrats que exerceixen la funció jurisdiccional.

30. En aquest sentit, vegeu MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional...», cit., especialment la pàg. 1168.

del «poder judicial» o «miembre del poder judicial»— és la de naturalesa funcional, la de la relació de serveis professionals com a empleat públic o com a «personal al servei de l'Administració de Justícia» (arg. *ex art.* 122.1 CE) o com a «personal funcionari al servei de l'Administració de Justícia» (arg. *ex art.* 4 EBEP).

Deixant de banda els que siguin inherents, si escau, a la condició de «membres del poder judicial» com a garantia de l'exercici adequat de la funció jurisdiccional,³¹ el jutge o magistrat té o hauria de tenir, com a mínim, com qualsevol altre funcionari públic, els mateixos drets de caràcter individual i de caràcter col·lectiu exercits individualment que la resta dels empleats públics.

D'altra banda, el jutge o magistrat, en el marc de la relació de serveis professionals, pot tenir interessos contradictoris amb l'Administració en la seva qualitat d'ocupador, atès que aquesta relació és «de caràcter patrimonial» i «se refiere al aspecto compensador y remunerador de las prestaciones del titular del oficio y a las eventuales situaciones subjetivas del titular del oficio que puedan tener de modo directo o indirecto una relevancia patrimonial o simplemente material: la carrera, el puesto, vacaciones, el título, la pensión, etc.».³²

Com es reconeix doctrinalment, fins i tot per aquells que neguen als jutges la titularitat del dret de vaga —la qual cosa, com s'ha indicat, constitueix un dret constitucional «que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes» (STC 11/1981)—, si bé els jutges són titulars d'un poder de l'Estat i tenen plena independència en l'exercici de la funció jurisdiccional, són totalment dependents dels altres poders pel que fa a la regulació del seu estatut, els seus drets professionals i els seus drets econòmics, els seus deures, les seves obligacions i les seves responsabilitats, els mitjans de què disposen i, en definitiva, les condicions d'exercici de la seva activitat; per la qual cosa, en la mesura que aquesta dependència existeix i que qui pot fer-ho no satisfà reivindicacions molt arrelades en el col·lectiu judicial, el conflicte és quelcom natural.³³

31. Indica també RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M. C. (*La huelga de los jueces*, cit., especialment la pàg. 52) que «a pesar de sus particularidades, los jueces no dejan de ser unos empleados públicos con problemas laborales y reivindicaciones legítimas; el ejercer la huelga para tratar de imponerlas es coherente con su estatus profesional y con la lógica del sistema democrático de relaciones laborales».

32. MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional...», cit., especialment la pàg. 1168.

33. SÁNCHEZ MORÓN, M. *De la huelga de los jueces...*, cit., especialment les pàg. 39 i 40.

6.3. Reflexions sobre el dret de vaga dels jutges i els magistrats
en actiu derivades de la doble faceta de la seva relació:
arguments en contra i a favor

Basant-se en la faceta dels jutges i els magistrats com a membres del poder judicial, un sector doctrinal entén que no poden ser titulars del dret de vaga, amb arguments, entre d'altres, relatius a:

a) La interrelació entre el dret de sindicació i el de vaga, ja que és difícil d'entendre que, exclòs el primer, els constituents pensessin en la possibilitat d'un dret de vaga dels jutges.³⁴

b) La seva posició d'*auctoritas* en un nivell diferent dels restants cossos funcionaris.³⁵

c) Detenir «sobirania» en l'exercici de les seves funcions, la qual cosa no es pot barrejar amb els interessos personals dels seus membres.

d) Acompliment de les seves funcions amb autonomia i independència, que es tradueix en actuacions com a «quasiempresaris» en relació amb el personal empleat a la seva seu.

e) Són òrgans amb poder coactiu i institucional transcendent per la qual cosa la seva vaga comportaria impensables efectes multiplicadors.

f) Pel fet de ser titulars o constituir un poder de l'Estat de dret, com els parlamentaris i els ministres del Govern, la seva vaga podria alterar l'equilibri constitucional de poders.

g) El seu exercici privaria els ciutadans del seu dret constitucional a la tutela judicial efectiva, la qual cosa no seria acceptable de cap manera.

h) Preval sobre el seu caràcter funcional «su condición de depositarios de uno de los tres Poderes del Estado», per la qual cosa exclou el dret de vaga «se evita la colisión entre Poderes del Estado y los efectos no deseables para los ciudadanos que del conflicto habrían de derivarse».³⁶

i) És manifestament incompatible amb la funció i amb la posició que la Constitució atorga als jutges, per la problemàtica del control jurisdiccional de les vagues dels jutges i dels magistrats i per la impossibilitat que en l'exercici de la funció jurisdiccional els jutges puguin ser substituïts per ningú, i per això la tutela judicial no podria ser prestada en absolut en cas de vaga de jutges; i atès que, a més, tot justiciable té dret al jutge natural i perquè els jutges

34. Tesi defensada, entre d'altres, per MARTÍNEZ MORENO, CAROLINA. «Algunas reflexiones sobre el hipotético derecho de los jueces a la huelga», *Diario La Ley*, núm. 7528, 8 d'octubre de 2009.

35. En aquesta línia, vegeu ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. «Huelga y Jueces», a *Diario de León*, 19-02-2009.

36. CALDERÓN CEREZO, A. «Jueces y derecho de huelga», a *Actualidad Aranzadi*, núm. 130, 23-12-1993, pàg. 1 i 2; i a *El País*, 04-11-1993, pàg. 33. Recull les conclusions del X Congrés de l'Associació Professional de la Magistratura (APM), celebrat el novembre de 1993.

tenen, com els membres de les forces armades o de la policia, el monopoli d'una funció pública essencial, no es podria exercir de manera normal el dret de vaga per part dels jutges sense risc que l'Estat patís irremeiablement i, per tant, els interessos generals més primaris, i no es podria subordinar a les seves reivindicacions, mitjançant desistiments o interrupcions, l'exercici efectiu de la funció jurisdiccional.³⁷

Els arguments referits —deixant de banda la realitat certa de l'habitual substitució dels jutges en l'exercici de la funció jurisdiccional per persones alienes a la carrera judicial (els jutges suplents o els jutges substituïts) i que hi ha la prohibició, com a regla, de substituir els vaguistes per altres treballadors (arg. ex art. 6.5 del Reial decret llei 17/1977)— són rebutjats per un altre sector doctrinal que relativitza o gradualitza el caràcter d'*auctoritas* i de «sobirania» en relació amb altres col·lectius funcionaris i fins i tot laborals amb funcions essencials per a la comunitat; i així, en essència:

a) Es pregunta per què llavors es permet als funcionaris de les cambres parlamentàries o als de l'Administració de justícia, incloent-hi els secretaris judicials (arg. ex art. 496.c i 536.16 LOPJ), convocar i participar en vagues quan, sense ells, queda igualment alterat el funcionament parlamentari o judicial normal.³⁸

b) S'afirma que l'estatus dels jutges no és similar al dels ministres o parlamentaris, ni jurídicament ni professionalment, ni tampoc no ho és en relació amb el poder de l'Estat en què presten els seus serveis.³⁹

c) S'assenyala que en el nostre text constitucional la llibertat sindical i el dret de vaga són autònoms i, en conseqüència, són susceptibles d'atribució de titularitats diferents.⁴⁰

d) Es destaca que «por el fuerte anclaje constitucional del derecho de huelga de los jueces como trabajadores, no es posible irradiar, de la prohibición del

37. Aquests són, esquemàticament, els arguments essencials per entendre que hi ha motius suficients per excloure el dret de vaga dels jutges i per defensar que l'esmentada exclusió és plenament constitucional, articulats per SÁNCHEZ MORÓN, M. *De la huelga de los jueces...*, cit., especialment les pàg. 41 i 42.

38. Entre d'altres, OJEDA AVILÉS, A. *Límites constitucionales...*, cit., pàg. 136 a 139.

39. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *La huelga de los jueces*, cit., especialment la pàg. 52. SOLDEVILA FRAGOSO, S. (*Derechos de huelga...*, cit., pàg. 413 a 424) observa que «es notablemente distinto el trato que reciben los titulares de los otros poderes del Estado, parlamentarios y miembros del gobierno, fijando unos sus propias retribuciones y proponiendo los otros las mismas, directamente a las Cortes, y efectuando ellos materialmente el pago. Por contra a jueces y magistrados se les excluye de este sistema, alegando que son funcionarios públicos, que ejercen sus funciones con carácter permanente, y por otro lado, alegando su condición de titulares de un poder del Estado se les quiere privar del derecho [—huelga—] que tendrían como funcionarios».

40. MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional...», cit., especialment la pàg. 1176.

derecho de libertad sindical que este grupo tiene, la prohibición también del derecho de huelga». ⁴¹

Entenc, en definitiva, que l'exercici de funcions jurisdiccionals pot comportar per a determinats membres del poder judicial, per la seva destinació concreta o per les actuacions, en especial les concernents a la llibertat i a la seguretat dels ciutadans, que es puguin veure impeditos per a l'exercici concret del dret de vaga o tenir-hi limitada significativament la participació, però no la privació o prohibició del dret de vaga per a tot el col·lectiu de jutges i de magistrats en actu.

7. DRETS I ACCIONS EN DEFENSA DELS DRETS DELS JUTGES I ELS MAGISTRATS CONTINGUTS A LA LOPJ: ESPECIAL REFERÈNCIA ALS DRETS COL·LECTIUS I AL D'ASSOCIACIONISME PROFESSIONAL

7.1. Introducció

La Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial (en endavant, LOPJ), dictada per imperatiu del que disposa l'article 122.1 CE —de tall clàssic, de contínua addició, modificació o derogació de preceptes aïllats i menys moderna que l'EBEP—, no conté un catàleg dels drets professionals dels jutges i dels magistrats, ni en el pla individual ni encara menys en el col·lectiu, i s'han de deduir de preceptes relatius a qüestions concretes o, fins i tot, a la inversa, d'aquells que regulen el règim disciplinari; i s'ha d'integrar, si és el cas i dins dels límits legals, per mitjà dels reglaments emanats del Consell General del Poder Judicial (CGPJ), òrgan de govern del poder judicial. ⁴²

Cal interpretar, amb caràcter previ, que allò relacionat essencialment amb la separació, la suspensió, el trasllat i la jubilació dels jutges i els magistrats afecta directament l'exercici de la potestat jurisdiccional dels jutges i els magistrats en actu que exerceixen aquestes funcions jurisdiccionals, i es disposa constitucionalment que les decisions que afectin les matèries esmentades només es podran adoptar «per motiu de les causes que la llei preveu i amb les garanties que aquesta ofereix» (arg. ex art. 117.2 CE), i el mateix és possible afirmar respecte al règim

41. LÓPEZ LÓPEZ, J. «Jueces y huelga: el anclaje constitucional», a *La Vanguardia*, 18-02-2009, pàg. 15.

42. Amb les limitacions que «aquests reglaments poden regular condicions accessòries per a l'exercici dels drets i deures que conformen l'estatut judicial sense innovar aquells ni alterar aquest en el seu conjunt» i que es poden aprovar «en els casos en què siguin necessaris per a l'execució o l'aplicació d'aquesta Llei, en aquells en què així es prevegi en aquesta o una altra Llei» (arg. ex art. 122.2 CE, 104.2 i 110.2 LOPJ).

d'incompatibilitats dels membres del poder judicial, que s'ha d'establir per llei i que «haurà d'assegurar la seva total independència» (arg. ex art. 127.2 CE).

En aquesta línia, la LOPJ reconeix al CGPJ totes les atribucions necessàries per a l'aplicació de l'estatut orgànic dels jutges i els magistrats, en particular en matèria de nomenaments, ascensos, inspecció i règim disciplinari (arg. ex exposició de motius en relació amb els art. 107 a 110, 171 a 177, 414 a 418 LOPJ).⁴³

7.2. Potestats, drets i obligacions dels jutges i els magistrats com a membres del poder judicial

Els aspectes de l'actuació dels jutges i dels magistrats com a membres del poder judicial cal trobar-los, fonamentalment, al títol preliminar de la LOPJ (art. 1 a 20), en el qual es recullen els principis que es consagren a la Constitució, especialment el d'independència.⁴⁴

Altres qüestions relacionades amb l'actuació com a membres del poder judicial també es troben al llibre IV LOPJ, en el títol II dedicat a la «Independència judicial», en el qual es regulen, entre altres temes, els que afecten la inamovibilitat (art. 378 a 388), les incompatibilitats i les prohibicions (art. 389 a 397), la immunitat judicial (art. 398 a 400) i, finalment, la denominada independència econòmica (art. 402 a 404 bis).

7.3. Drets i obligacions dels jutges i els magistrats com a funcionaris públics

Els aspectes més estrictament funcionaris dels jutges i els magistrats es poden trobar, barrejats, en els diversos preceptes continguts també al llibre IV LOPJ («Dels jutges i els magistrats», art. 298 a 434), en el qual es tracten: *a*) en primer lloc, qüestions com les relatives als mecanismes de selecció del personal

43. S'ha de destacar, d'altra banda, la responsabilitat penal dels jutges i els magistrats (art. 405 a 409 LOPJ), la seva responsabilitat civil (art. 297, 411 a 413 LOPJ) i la possibilitat que té l'Estat de repercutir contra els jutges i els magistrats pels danys que es produeixen per dol o culpa greu d'aquests (art. 296 LOPJ).

44. L'exposició de motius (III) de la LOPJ destaca que «la independència en l'exercici de la funció jurisdiccional s'estén davant tothom, fins i tot davant els mateixos òrgans jurisdiccional, la qual cosa implica la impossibilitat que ni els mateixos jutges o tribunals corregeixin, excepte en ocasió del recurs que escaigui legalment, l'actuació dels seus inferiors, i que quedi igualment exclosa la possibilitat de circulars o instruccions amb caràcter general i relatives a l'aplicació o interpretació de la llei»; i que, des d'un altre aspecte, «s'imposa als poders públics i als particulars [...] respectar la independència del poder judicial i [...] la sostracció absoluta de l'estatut jurídic de jutges i magistrats a tota possible interferència que parteixi dels altres poders de l'Estat, de manera que a la clàssica garantia —constitucionalment reconeguda— d'inamovibilitat s'afegeix una regulació, en virtut de la qual s'exclou tota competència del poder executiu sobre l'aplicació de l'estatut orgànic d'aquells», per la qual cosa «en endavant, doncs, la carrera professional de jutges i magistrats estarà plenament i reglamentada governada per la norma o dependrà, amb exclusivitat absoluta, de les decisions que en l'àmbit discrecional estatutàriament delimitat adopti el Consell General del Poder Judicial».

judicial, al règim de provisió de destinacions o a l'especialització com un dels sistemes de promoció a la carrera judicial; b) en segon lloc, d'altres com ara els honors o els tractaments (art. 324 i 325) i les diverses situacions que podríem qualificar d'*administratives* (com es denominen al Reglament 1/1995, de 7 de juny, de la carrera judicial) (art. 348 a 368); i c) a l'últim, les llicències i els permisos (art. 370 a 377).

El CGPJ ha desenvolupat gran part d'aquestes matèries a través del Reglament 1/1995, de 7 de juny, de la carrera judicial (BOE de 13 de juliol), amb ulteriors modificacions, entre les més recents, l'operada per l'Acord de data 23 de desembre de 2008, dedicat expressament als permisos i les llicències «a los efectos de su equiparación legal con los funcionarios públicos».

En aquesta matèria aliena a l'exercici jurisdiccional, l'exposició de motius (VII) de la LOPJ considera com a funcionaris els jutges i els magistrats, argumentant, a tall de conclusió, que «Pel que fa a la resta, la regulació de la carrera judicial es fa sota el criteri bàsic de l'homologació amb les normes comunes que regeixen la resta dels funcionaris públics i manté només les peculiaritats que es deriven de la seva funció específica».

Com veiem, la LOPJ, malgrat que estableix el dret de vaga dels secretaris judicials i de la resta del personal judicial, no efectua cap referència al possible dret de vaga dels jutges i dels magistrats. La conclusió, com hem defensat i afirma un ampli sector doctrinal, no pot ser una altra que entendre, igual que ho va interpretar un dia la jurisprudència constitucional respecte als funcionaris públics en general (a l'esmentada STC 11/1981), que la manca de desenvolupament normatiu no significa l'exclusió del dret fonamental, atès que l'exercici d'un dret fonamental no depèn del desenvolupament legislatiu que se'n faci ja que les normes constitucionals en què els drets es troben recollits són invocables directament davant dels tribunals ordinaris de justícia, i això és un títol suficient per exercir-los.⁴⁵

7.4. Especial referència als drets col·lectius i al d'associacionisme professional

En el pla col·lectiu o dels drets individuals que s'exerceixen de forma col·lectiva, la LOPJ es limita a desenvolupar l'article 127.1 CE, referent al sistema i les modalitats d'associació professional dels jutges i els magistrats.

L'exposició de motius, amb grandiloqüència, afirma que la regulació que conté comporta la «materialització dels principis de pluralisme i participació de què es vol impregnar el govern del poder judicial», però, en definitiva, el text legal (art. 401 modificat per la Llei orgànica 19/2003, de 23 de desembre) es limita, en essència, a:

45. En aquest sentit, vegeu especialment SOLDEVILA FRAGOSO, S. *Derechos de huelga...*, cit., pàg. 413 a 424.

a) Reconèixer, d'una manera molt estricta,⁴⁶ el dret de lliure associació professional dels jutges i els magistrats en actiu, la qual cosa permetria entendre, *a sensu contrario*, que aquells que restessin en situacions administratives que no comporten la permanència en servei actiu tindrien el dret de llibertat de sindicació.⁴⁷

b) Imposar que han de tenir àmbit nacional (estatal).

c) Assenyalar unes finalitats concretes de «la defensa dels interessos professionals dels seus membres en tots els aspectes i la realització d'activitats encaminades al servei de la justícia en general».

d) Preceptuar que no es poden dur a terme «activitats polítiques» —concepte de precisió difícil i que no és possible estendre a la política judicial—,⁴⁸ ni tenir vinculacions amb els partits polítics o amb els sindicats.

e) Disposar que les associacions referides no poden estar integrades per persones diferents dels jutges i els magistrats en actiu —no necessàriament de carrera (els jutges suplents i els magistrats substituïts), en interpretació jurisprudencial (arg. *ex* STS/III, de 4 de març de 2003)—, excloent-ne fins i tot els fiscals, la qual cosa no es dedueix del text constitucional.

f) Efectuar una remissió a l'aplicació supletòria de les normes reguladores del dret d'associació en general per tal d'intentar evitar la subsidiarietat de les normes sindicals; encara que sempre és factible argumentar que davant d'una llacuna legal primerament és l'aplicació analògica *ex* article 4.1 del Codi civil i que, només si no n'hi ha, s'ha de recórrer a la norma subsidiària.

No es fa cap referència al referit article 401 LOPJ, regulador del denominat «dret de lliure associació professional de jutges i magistrats», o a qüestions tan essencials per al compliment de les finalitats associatives, com les relatives: a) a les formes o instruments d'exercici de l'activitat associativa de la forma que per a l'activitat sindical s'efectua a l'article 2.d LOLS (l'activitat dins i fora de l'empresa, del dret a la negociació col·lectiva, de l'exercici del dret de vaga, del plantejament de conflictes individuals i col·lectius i de la presentació de determinades candidatures); b) a la representativitat associativa i especialment

46. En termes similars i defensant com a dret associatiu el dret de vaga, vegeu entre d'altres, MARTÍNEZ LÁZARO, J. «Hacia un Estatuto de las Asociaciones Judiciales», *JpD-Información y Debate*, núm. 1, 1987, pàg. 35 a 37.

47. MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional...», cit., especialment la pàg. 1166.

48. BELLOCH JULBE, J. A. «Jueces y derecho de huelga», *JpD-Información y Debate*, núm. 16-17, 1992, pàg. 132 a 135, especialment la pàg. 133. L'autor defensa que «las Asociaciones Profesionales deben limitar su función de instrumento fundamental de participación en la vida política a la que podríamos denominar política judicial, no entrando más que en aquellos aspectos que realmente resultan inseparables de cualquier concepto racional o razonable del Poder Judicial, en particular la teoría de los derechos y libertades fundamentales, no abarcando fuera de sus concretos aspectos otras facetas de la llamada política judicial», i que la raó d'aquesta limitació no es troba en els termes de l'article 127 CE, sinó en la «doble condición de los jueces, de las asociaciones a esa modalidad específica de asociación de, por un lado, funcionarios, por otro lado, integrantes de un poder del Estado».

a la representació institucional, de la manera que s'efectua als articles 6 i 7 LOLS; c) a l'acció associativa dels jutges i els magistrats afiliats o als drets i les garanties dels representants elegits, de la manera que es fa als articles 8 a 11 LOLS; i d) finalment, tampoc no conté cap referència, malgrat que no es tracti d'un dret fonamental, a la possible tutela de la llibertat associativa i de la repressió de les conductes antiassociatives, de la manera que es conté als articles 12 a 15 LOLS.

Es podria argumentar, en defensa d'una tesi contrària, que les associacions judicials no són sindicats per exigència constitucional i no s'ha d'intentar que, per analogia, les associacions s'arribin a regir per normes similars a les reguladores dels sindicats. Però les formes d'acció col·lectiva i individual, de representativitat i de garanties que es defensen són instruments necessaris perquè les associacions judicials compleixin amb la seva finalitat de defensa dels interessos col·lectius, fins i tot sense arribar a convertir-se en sindicats.

És cert que els sindicats tenen una finalitat transcendent i importants funcions constitucionals d'ampli espectre en defensa de l'interès públic (arg. ex STC 281/2005, de 7 de novembre), cosa que no es pot dir amb aquesta amplitud de les associacions judicials tal com les configura la legislació orgànica, potser amb més rigor que la mateixa Constitució, atès el seu caràcter estrictament «professional» i la finalitat limitada al seu àmbit.

No només s'ha d'entendre que aquesta finalitat afecta la defensa dels interessos econòmics i professionals dels associats, sinó que per disposició legal expressa s'estén a «la realització d'activitats encaminades al servei de la justícia en general», fet que permet incloure les accions en la defensa o la reivindicació de la independència judicial o en la defensa dels valors propis del model de jutge que reclama una societat democràtica o del servei de la justícia en general,⁴⁹ amb la qual cosa estem davant d'activitats similars a les que es duen a terme a través dels sindicats de la magistratura en altres països.⁵⁰ Entendre una altra cosa podria comportar «la separación del sector justicia de la sociedad civil».⁵¹

Quant a la seva naturalesa, s'ha defensat que aquestes associacions són un *tertium genus*, diferent dels partits polítics i els sindicats, però també diferent dels col·legis professionals.⁵²

49. En aquest sentit, vegeu, entre d'altres, DE LA MATA AMAYA, J. «Artículo 127», cit., especialment les pàg. 1957 i 1959; VIEGAS ALFONSO, O. «El papel del asociacionismo y del sindicalismo judicial en el día de hoy y las transformaciones de la sociedad», *JpD-Información y Debate*, núm. 37, març de 2000, pàg. 95-102; ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «Sobre asociacionismo e independencia judicial», *JpD-Información y Debate*, núm. 25, març de 1996, pàg. 88-93.

50. Qüestió analitzada per MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional...», cit., especialment les pàg. 1173 i 1174.

51. BAYLOS GRAU, A. *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, 1987.

52. DE LA MATA AMAYA, J. «Artículo 127», cit., especialment la pàg. 1957.

Entenc, no obstant això, que, fins i tot dins del seu àmbit, les associacions judicials guarden per la finalitat que han de complir i per la seva pròpia naturalesa més analogies amb els sindicats o amb les associacions de funcionaris reconegudes al Conveni 151 de l'OIT (ratificat per Espanya amb el Protocol de 22 de juny de 1984 sense exclusions —BOE de 12 de desembre de 1984),⁵³ que no pas amb les associacions genèriques o amb els col·legis professionals (arg. ex art. 22 i 36 CE); i que la Constitució no prohibeix que les associacions judicials siguin un instrument fonamental per a la participació dels jutges i els magistrats a la via política judicial ni, fins i tot, com ha defensat un sector doctrinal,⁵⁴ l'instrument fonamental de participació dels jutges en la vida social i econòmica i, especialment, per garantir «la promoció i defensa dels interessos socials i econòmics que li siguin propis» (arg. ex art. 7, 9.3, 28.1, 127.1 i 131.2 CE).

Per això, la seva proximitat a una modalitat sindical singular es fa més patent i, encara que no puguin emprar aquest *nomen iuris*, la seva composició ha de ser subjectivament uniforme (a diferència dels sindicats clàssics, encara que, com hem vist, els sindicats dels membres del cos de Policia Nacional han d'estar constituïts exclusivament per membres del mateix cos —LO 2/1986, de 13 de març) i han de romandre formalment aliens als sindicats clàssics i als partits polítics.

Doctrinalment, es defensa que l'exclusió dels jutges de la llibertat sindical no s'ha d'interpretar en un sentit tan ampli que assoleixi tots els continguts i prerrogatives d'aquesta, i que les associacions judicials, en tant que defensores d'interessos col·lectius, han de disposar d'instruments legítims de pressió per tal d'aconseguir les seves reivindicacions.^{55 56}

53. És defensat per MARTÍNEZ LÁZARO, J. *Hacia un Estatuto...*, cit., especialment la pàg. 36, amb el suport d'Ojeda Avilés: «la diferencia de las asociaciones de jueces y magistrados con las demás asociaciones profesionales y sindicatos no es de naturaleza, sino de régimen jurídico, al tratarse de un sindicato de funcionarios con un régimen especial establecido por las leyes orgánicas, y de esta naturaleza se deriva que les sean aplicables los mismos derechos que para las asociaciones de funcionarios reconoce el Convenio 151 de la OIT».

54. BELLOCH JULBE, J. A. «Jueces y derecho de huelga», cit., en especial la pàg. 134. Afirmar MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional...», cit., especialment la pàg. 1161, que «la fórmula del artículo 127.1 tiene la virtualidad de evidenciar que el texto fundamental arbitra canales adicionales a la fórmula sindical clásica como instrumento idóneo de representación y defensa de intereses profesionales, de promoción y defensa de los intereses sociales y económicos que son propios del sustrato subjetivo de tales fórmulas».

55. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M. C. «La huelga de los jueces», cit., especialment la pàg. 53.

56. En l'àmbit de la tutela jurídica, la jurisprudència constitucional ha assenyalat que aquestes associacions professionals de certa rellevància constitucional, quan defensen interessos professionals, tenen legitimació per poder emprendre accions legals en defensa d'aquests interessos professionals (entre d'altres, STC 24/1987, de 25 de febrer, i 252/2000, de 30 d'octubre).

Fins i tot en l'àmbit laboral, associacions estrictament professionals com les creades a la Llei 20/2007 d'11 de juliol, de l'estatut del treballador autònom, associacions professionals de treballadors autònoms, tenen formalment un quadre de competències més gran (arg. ex art. 19 a 22 Llei 20/2007).

Ara bé, entenc que es pot defensar que el silenci legal no pot comportar que les associacions judicials, encara que s'interpreti que no són sindicats ni tan sols amb caràcters específics, no exerceixin com a mitjans d'acció la titularitat de drets constitucionals com els de vaga (art. 28.2 CE), negociació col·lectiva (art. 37.1 CE) o l'adopció de mesures de conflicte col·lectiu (art. 37.2 CE).

La mateixa jurisprudència constitucional ha proclamat que els sindicats «no son las únicas instituciones que pueden representar a los trabajadores y promover y defender sus intereses económicos y sociales», que «concretamente, en nuestro ordenamiento existen otros sujetos, de creación legal o convencional como, por ejemplo, los comités de empresa, los delegados de personal o las juntas de personal, que pueden realizar estas actividades calificables *latu sensu* como sindicales y para llevarlas a cabo cuentan con medios de acción y con derechos constitucionales y legales, como son el derecho de huelga (art. 28.2 CE), la negociación colectiva (art. 37.1 CE) o la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE), que el Texto constitucional no reserva en exclusiva a los sindicatos» (STC 134/1994, de 9 de maig, i 95/1996, de 29 de maig). Per tant, entenc que és defensable que a les associacions judicials, de creació constitucional (art. 127.1 CE) i no de mera legalitat ordinària o convencional, no se'ls han de negar els drets que tenen reconeguts els simples delegats de personal, els comitès d'empresa dels treballadors o les juntes de personal dels funcionaris públics.

És cert que, de fet, les associacions judicials, sense reflex en textos normatius, tenen presència en reunions davant de les comunitats autònomes, el Ministeri de Justícia i el CGPJ, moltes de les quals transcendents en aspectes organitzatius, de mitjans personals i materials, de formació, de retribució, de condicions de treball o d'altres, però, com a regla, no tenen una presència institucional obligada ni la capacitat de negociació reconeguda. Únicament en altres preceptes aïllats de la LOPJ es fa referència a la intervenció associativa en qüestions com ara la representació al Consell Rector de l'Escola Judicial (art. 110.2.a), la facultat d'informe no vinculant en els projectes de reglaments de desenvolupament de la LOPJ elaborats pel CGPJ (art. 110.3), la presentació de candidatures per als nomenaments de vocals del CGPJ (art. 112 i 113) o per a l'elecció de membres de les sales de govern (art. 151); reconeixent-los, a l'últim, exclusivament en via judicial, legitimació «per interposar, en nom dels seus associats, un recurs contenciós administratiu, sempre que s'acrediti l'autorització expressa d'aquests» (art. 425.8.II).

El CGPJ encara no ha dut a terme el possible desenvolupament reglamentari de la normativa orgànica relativa a les associacions judicials, malgrat que sovint s'adopten acords en les seves diferents comissions, legals o reglamentàries, o al Ple, i es convoquen reunions amb algunes d'aquestes associacions o s'estableixen regles variables de proporcionalitat per al repartiment de subvencions o ajuts,

entre d'altres. Encara que, potser, l'estricta desenvolupament reglamentari d'una norma orgànica no ajudarà a resoldre satisfactòriament la problemàtica existent, per la qual cosa s'hauria d'optar per una reforma necessària d'aquest aspecte a la LOPJ.

Tampoc, en l'àmbit col·lectiu, es possibilita formalment en relació amb els jutges i els magistrats el dret de reunió *ex* article 21.1 CE, regulat amb caràcter general per als treballadors per compte d'altri a l'Estatut dels treballadors (ET) (art. 77 a 81) i, en general, per als empleats públics a l'EBEP (art. 15.e i 46), i que reconeix el dret a reunir-se en assemblea i dictar les normes, entre d'altres, sobre la legitimació per convocar-la, els llocs de reunió, la convocatòria, les votacions, els locals i el tauler d'anuncis.

Així mateix, tampoc no s'articulen possibles fórmules representatives dels jutges i dels magistrats per a determinats centres de treball o per als ubicats en territoris delimitats, a la manera de la denominada *representació unitària* prevista per als treballadors per compte d'altri per mitjà dels delegats de personal i dels comitès d'empresa o per als empleats públics per mitjà dels delegats de personal i de les juntes de personal designades a través de les denominades en sentit ampli *eleccions sindicals* (arg. *ex* art. 62 a 76 ET, i 39 a 44 EBEP), amb la qual cosa els jutges i els magistrats no afiliats no poden aconseguir per la via esmentada determinada presència i representativitat per fer efectiu el seu desitjat dret a poder participar, si escau, en les decisions que els afectin en l'àmbit de l'Administració de justícia, tractant-se, a més, de drets diferents del de llibertat sindical.⁵⁷

Ni les sales de govern ni les juntes de jutges poden suplir aquesta via, atès que el legislador s'ha preocupat fins avui d'evitar expressament que les seves reunions o els seus acords poguessin abordar qüestions que no consistissin estrictament en «assumptes d'interès comú relatiu a l'activitat jurisdiccional dels titulars de tots o d'algun dels òrgans judicials» (art. 169 LOPJ, modificat per la LO 19/2003, de 23 de desembre; arg. *ex* art. 152 a 159 LOPJ), amb certa lògica institucional, però criticable quan no ha volgut articular vies legals alternatives per tal d'evitar haver de considerar les reunions de jutges i magistrats i la possible designació de representants al marge de les associacions judicials com una qüestió desvinculada de la legalitat formal.

57. Com distingeix clarament l'article 31 EBEP, en aquest també es proclama, entre els seus principis, com un dret dels empleats públics «la facultat d'elegir representants i constituir òrgans unitaris a través dels quals s'instrumenti la interlocució entre les administracions públiques i els seus empleats»; i ho proclama la jurisprudència constitucional, assenyalant que «estos últimos órganos poseerán los derechos constitucionales y legales a que antes se ha hecho referencia, pero no tienen constitucionalmente garantizada la libertad sindical consagrada en el artículo 28.1 CE que se refiere sólo a la actividad legítima realizada por los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores» (STC 134/1994, de 9 de maig, i 95/1996, de 29 de maig).

D'altra banda, ni tan sols en relació amb les associacions judicials no es preveu, ni legalment ni reglamentàriament, la possibilitat que participin en la «negociació col·lectiva» en allò que afecti les condicions de treball dels jutges i dels magistrats, si bé a través de la representació sindical sí que ho tenen reconegut la resta dels funcionaris de l'Administració de justícia i, en general, els empleats públics, com un dret bàsic, dins de determinats límits o principis (els principis de legalitat, de cobertura pressupostària, d'obligatorietat, de bona fe negociadora, de publicitat i de transparència) i concretant les matèries objecte de possible negociació i les excloses de l'obligatorietat de la negociació (arg. *ex art.* 31.1 i .2, 32, 33 a 38 EBEP). Tanmateix, un sector doctrinal es qüestiona la reivindicació a favor de la negociació col·lectiva *ex article* 37.1 CE, en afirmar que es tracta d'un dret derivat del dret de sindicació de què manca el col·lectiu esmentat,⁵⁸ la qual cosa, d'acord amb la jurisprudència constitucional, entenc que és qüestionable.⁵⁹

Precisament, l'articulació de mitjans idonis de «negociació col·lectiva» a favor de les associacions judicials constituiria un element essencial en la pràctica per evitar arribar a la utilització d'instruments de pressió com la vaga, sempre perjudicial per a la ciutadania quan afecta els serveis públics essencials; i, a més, facilitaria la sortida que hauria de ser normalment l'ordinària de tot procés de vaga a través de la seva solució negociada, ja que el sistema resultaria incomplet si es pogués exercir el dret de vaga i no es conferissin facultats negociadores al comitè de vaga o a les associacions judicials per poder posar-hi fi de forma pactada.

Legalment, únicament es preveu la possible intervenció de les associacions professionals de jutges en una comissió específica, la qual s'ha de reunir de forma quinquennal per tal d'eleva al Govern, a través del Ministeri de Justícia, propostes de revisió de les retribucions adequades als principis continguts a la Llei reguladora del règim retributiu de les carreres judicial i fiscal (disposició addicional primera núm. 3 de la Llei 15/2003, de 26 de maig).

8. ÒRGANS CONSTITUCIONALS VINCULATS A L'EXERCICI DE LA FUNCIÓ JURISDICCIONAL I A L'EXERCICI DE LES FUNCIONS DE JUTGES I MAGISTRATS

Com es dedueix del que s'ha exposat fins ara, els jutges i els magistrats, en la seva condició de membres del poder judicial i en les relacions derivades dels

58. En aquesta línia, MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional...», cit., especialment la pàg. 1185.

59. Es pot defensar que, d'acord amb la jurisprudència constitucional, com s'ha indicat, la Constitució no reserva en exclusiva als sindicats els drets constitucionals i els legals, com són el dret de vaga (art. 28.2 CE), la negociació col·lectiva (art. 37.1 CE) o l'adopció de mesures de conflicte col·lectiu (art. 37.2 CE) (STC 134/1994, de 9 de maig, i 95/1996, de 29 de maig).

drets, les obligacions i les responsabilitats inherents a aquesta condició, estan en connexió directa amb el CGPJ, òrgan de govern del poder judicial, sens perjudici que en qüestions menors tinguin relació amb altres òrgans de govern intern d'àmbit inferior (les sales de govern, les presidències dels tribunals i de les sales; i, en aspectes aliens al jurisdiccional, amb els jutges degans i les juntes de jutges) (art. 149 a 170 LOPJ).

El mateix es pot afirmar, com a norma, respecte a determinades relacions derivades dels drets, les obligacions i les responsabilitats inherents a la condició «funcionarial» dels jutges i els magistrats.

Però, pel que fa a les condicions de treball, essencialment als mitjans personals i als materials, així com als aspectes retributius, apareix una relació que és factible qualificar de directa amb el Ministeri de Justícia; i, exclusivament respecte als mitjans personals i materials, amb els governs de determinades comunitats autònomes amb competències transferides.⁶⁰

En l'aspecte retributiu, la relació de jutges i magistrats és amb el Ministeri de Justícia. Però, a partir de la Llei 15/2003, de 26 de maig, reguladora del règim retributiu de les carreres judicial i fiscal (BOE de 27 de maig de 2003), que estableix en part un sistema de retribució per mòduls de treball (retribucions variables per objectius), el CGPJ intervé en l'establiment dels mòduls referits (reglamentàriament i, a més, a través de la seva facultat disciplinària en determinats casos d'incompliment), fet que, al seu torn, en pretendre regular el rendiment de jutges i magistrats en activitats inherents a l'exercici de la funció jurisdiccional, pot incidir en el desenvolupament adequat d'aquesta, amb les conseqüències que hi són inherents.

El CGPJ va aprovar el Reglament 2/2003 per al compliment de la Llei 15/2003, pel que fa a les retribucions variables per objectius dels membres de la carrera judicial (BOE de 17 de desembre), per determinar els objectius de rendiment corresponents a les destinacions de la carrera judicial i els detalls del procediment de certificació del seu compliment per part dels jutges i els magistrats. Aquest Reglament fou anul·lat per dues sentències de la Sala III del Tribunal Suprem, de 3 de març de 2006 (recursos 14/2004 i 16/2004), en les quals s'argumenta que la Llei 15/2003 «en la medida en que considera la independencia económica de jueces y magistrados una dimensión de su independencia como garantía esta del otorgamiento de la tutela judicial efectiva, plantea siempre la

60. Com es dedueix especialment de l'article 37.1 LOPJ: «Correspon al Ministeri de Justícia o a l'òrgan competent de la comunitat autònoma amb competències en matèria de justícia proveir els jutjats i tribunals dels mitjans necessaris per al desenvolupament de la seva funció amb independència i eficàcia», en relació amb els diversos estatuts d'autonomia i, si escau, amb els decrets de transferències; així com de les previsions contingudes, entre moltes d'altres, als articles 216 bis.1, 437.5, 438.3, 439, 440, 471, 480 a 482, 522 i 523 LOPJ. Noteu que la mateixa LOPJ interrelaciona la dotació adequada de mitjans amb la independència i l'eficàcia dels òrgans jurisdiccional.

exigencia de una valoración del rendimiento individualizado, lo que impone la fijación de objetivos para cada destino», la qual cosa no s'efectuava al Reglament impugnat, en què es fixaven «unos módulos desde una perspectiva básicamente productivista». Aspectes funcionaris i com a integrants del poder judicial molt interrelacionats fins i tot en l'aspecte retributiu, que es vincula amb la independència econòmica com a garantia de l'atorgament de la tutela judicial efectiva.

En definitiva —i deixant de banda, lògicament, les qüestions estrictament relatives a l'exercici de la funció jurisdiccional—, les possibles reivindicacions de les associacions judicials (i dels jutges i els magistrats), encara que, de conformitat amb l'article 401.2 LOPJ, es limitessin exclusivament a les finalitats de «defensa dels interessos professionals dels seus membres en tots els aspectes i la realització d'activitats encaminades al servei de la justícia en general», podrien tenir com a destinataris directes, com a norma, el CGPJ i, a més, si escau, el Ministeri de Justícia i/o els corresponents governs autonòmics.

9. ACTUACIONS REIVINDICATIVES DELS JUTGES, ELS MAGISTRATS I LES ASSOCIACIONS JUDICIALS I EL DRET DE VAGA

A la pràctica, i fins i tot limitada a la finalitat concreta *ex* article 401 LOPJ, les associacions judicials espanyoles, que només han aconseguit afiliar la meitat dels jutges i els magistrats, han estat, fins avui, molt febles i la seva veu no s'ha fet sentir amb força en els últims anys, per múltiples causes que ara no és el moment d'analitzar amb profunditat. Potser llastades, entre altres motius, per la manca d'un estatut jurídic clar, pel sistema d'elecció de vocals del CGPJ, convertit, de fet, en el centre de moltes de les activitats associatives, i per la inarticulada forma d'interrelació entre aquestes i el CGPJ, fins i tot de les que han aconseguit que algun dels seus candidats accedeixi a l'òrgan de govern esmentat. Això últim, pel possible error d'interpretar que els vocals d'extracció associativa eren els representants de la corresponent associació i s'havien de centrar en la defensa dels interessos dels associats, cosa que no és defensable, atès que, com va assenyalar el Tribunal Constitucional (arg. *ex* STC 108/1986, de 29 de juliol), el CGPJ no és un òrgan d'autogovern de la carrera judicial sinó l'òrgan de govern d'aquesta.

De la mateixa manera, i llevat d'actuacions aïllades, les actuacions extraassociatives dels jutges i els magistrats no associats, units o no en els seus plantejaments als afiliats, tampoc no han estat significatives fins ara. Les causes són igualment múltiples, però la dispersió geogràfica i per ordres jurisdiccionals, o fins i tot de la seva seu en edificis diferents a les grans ciutats, genera la manca natural d'interrelació, que ara es pot pal·liar en part a través de les noves

tecnologies, com de fet ho demostra l'ús cada vegada més generalitzat dels correus corporatius. Però en aquesta apatia influeix també la manca expressa de reconeixement dels drets com els que hem vist que tenen reconeguts amb caràcter general la resta dels funcionaris, fins i tot els no afiliats sindicalment (de reunió, de representació unitària, etc.), difícils d'exercir «de fet» per un col·lectiu que perquè ha de fer complir la legalitat és més susceptible a les crítiques que se li poden adreçar pel seu teòric incompliment en qüestions que l'afecten més directament.

En aquest panorama d'associacions judicials sense mitjans definits legalment d'«acció associativa» i d'una meitat de jutges i de magistrats no afiliats sense cap via de representació en l'aspecte professional, la resposta davant les reivindicacions professionals en sentit ampli i enquadrables, com a mínim, entre les finalitats que legalment s'han determinat per a aquestes associacions, ha de ser la d'articular mitjans adequats per a la seva solució i no la d'emparar-se en la manca expressa de regulació legal ordinària per tal d'impedir l'adopció de mesures com ara la vaga, de l'àmbit subjectiu de la qual no resten exclosos constitucionalment els jutges i els magistrats en tractar-se de funcionaris públics.⁶¹

No s'ha d'interpretar d'una forma restrictiva un precepte constitucional que atorga un dret fonamental del qual no exclou els jutges i els magistrats i que ha de ser entès d'acord amb els textos europeus i els internacionals en matèria de drets fonamentals (arg. ex art. 10 CE), els quals, com destaca un sector doctrinal, contenen «un amplísimo reconocimiento del derecho de huelga, autónomamente o vinculado al de asociación sindical, sin que por lo general se prevean excepciones para estos particulares trabajadores».⁶²

En definitiva, que els jutges i els magistrats en actiu no tinguin reconegut el dret de sindicació no es pot interpretar que comporti com a conseqüència necessària l'exclusió del dret de vaga o, com defensa un sector doctrinal, que d'això en pugui derivar l'exclusió del «derecho a la acción sindical, lo que incluiría el derecho de huelga».⁶³ D'altra banda, que la major part del col·lectiu

61. OJEDA AVILÉS, A. *Límites constitucionales...*, cit., especialment la pàg. 139. Aquest autor entén que «el silencio de las leyes ordinarias respecto a los jueces, magistrados y fiscales sólo puede interpretarse en sentido positivo, al tratarse de funcionarios y de un derecho fundamental».

62. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *La huelga de los jueces*, cit., especialment la pàg. 52. Així mateix, MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional...», cit., especialment la pàg. 1160, afirma que «los textos internacionales sobre sindicación suscritos por España tampoco prohíben o introducen limitaciones a la militancia política o sindical de los Jueces y Magistrados, no figurando como categoría susceptible de limitaciones o excepciones como ocurre, de contrario, con otros colectivos tales como las Fuerzas Armadas o la Policía».

63. Raona RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *La huelga de los jueces*, cit., especialment la pàg. 52 —malgrat que sembli vincular els drets ex art. 28.1 i 28.2 CE—, que «frente al argumento de que jueces y magistrados carecen de libertad sindical se oponen otros favorables a su reconocimiento: el art. 127 dice que no pueden pertenecer a sindicatos mientras se encuentren en activo; no que no tengan libertad sindical. La afiliación constituye un contenido esencial de la libertad sindical, que no se agota; el art.

de jutges i magistrats en actiu exerceixi funcions estrictament jurisdiccionals no els priva de la seva condició de funcionaris públics i, igual que aquests, encara que exerceixin també activitats essencials per a la comunitat, han de gaudir del dret constitucional esmentat —així com de la resta d'instruments necessaris per tal de canalitzar les seves reivindicacions—, amb les «peculiaritats» en cada cas precís que puguin incidir en l'exercici del dret però no en la seva titularitat.

10. CONCLUSIÓ: PRESSUPÒSITS PER A L'EXERCICI DEL DRET DE VAGA PER PART DELS JUTGES I ELS MAGISTRATS

Per a l'exercici del dret de vaga per part dels jutges, entenc que, com a mínim, s'haurien de presentar els pressupòsits següents:

a) La seva finalitat s'ha de centrar essencialment en la defensa dels aspectes funcionaris de la condició dels jutges i els magistrats, incloent-hi lògicament les condicions de treball,⁶⁴ fins i tot les relacionades amb la millora del servei públic que presten, però excloent-ne aquells aspectes vinculats de forma essencial i directa amb l'exercici de la funció jurisdiccionals, així com els que afecten qüestions de política general els quals, en el pla individual o col·lectiu, tenen legalment vetats pel que fa a la participació els jutges i els magistrats en actiu. No entrarien entre les finalitats d'una vaga les possibles accions reivindicatives en defensa, entre d'altres, dels drets bàsics d'un estat de dret que es poguessin entendre en perill per determinades decisions d'altres poders de l'Estat, encara que es poguessin entendre incloses entre les finalitats de l'associacionisme judicial. Aquestes finalitats limitades també han estat posades en relleu pel sector doctrinal defensor de l'existència del dret de vaga per part dels jutges;⁶⁵ però no s'ha

28.1 dispone que tienen esta libertad, aunque con posibles peculiaridades establecidas por ley; en este caso, la peculiaridad es no poder afiliarse a sindicatos, y nada más, manteniendo por el contrario el derecho a la acción sindical, lo que incluiría el derecho de huelga».

64. Destacant la importància de la finalitat d'aquest tipus de vagues, assenyala LÓPEZ LÓPEZ, J. «Jueces y huelga: el anclaje constitucional», a *La Vanguardia*, 18-02-2009, pàg. 15, analitzant la vaga convocada per al dia 18 de febrer de 2009, que, en el supòsit analitzat, «se trata de una huelga sobre condiciones de trabajo; así las referentes al salario o a la conciliación de la vida familiar y laboral, son ejemplos claros en esta línea».

65. BELLOCH JULBE, J. A. «Jueces y derecho de huelga», cit., especialment les pàg. 134 i 135, entén que «la primera limitación constitucionalmente implícita radica en que no caben huelgas judiciales “políticas”, lo que supone que las Asociaciones Profesionales no pueden pretender hacer uso de tal instrumento como forma legítima de articular su “participación en la vida política judicial”, ni, en consecuencia, como medio de presión encaminado a favorecer o imponer su propio modelo de política judicial. No se le oculta a nadie, empero, las dificultades implícitas en dilucidar cuáles son los “intereses” de los jueces para cuya defensa sea legítima la huelga. La línea de fuerza de la legitimidad debe situarse, así lo creo, al menos, en todos aquellos aspectos que repercutan directamente en su calidad de funcionario público, con exclusión, por tanto, de aquellos otros que se correspondan a su condición de integrantes de un Poder del Estado».

d'oblidar —entenc— que, en últim terme, ha de presidir tota actuació limitadora dels drets i les llibertats fonamentals «el principio o criterio de favorecimiento del derecho (“favor libertatis”)».⁶⁶

b) S'hauria d'identificar essencialment com a contrapart l'Estat ocupador i potser no directament les institucions en què es personifiquen els altres poders estatals (Govern, Parlament, CGPJ en determinades matèries), ja que aquest tipus de vaga no hauria d'incidir pròpiament en l'àmbit de la «relació orgànica», sinó en el camp de la «relació de servei professional».⁶⁷

c) S'han de complir per analogia les formalitats prèvies exigibles a altres col·lectius especialment funcionaris, com les relatives, si escau, a la necessitat d'un preavis, la publicitat als usuaris del servei, la formació d'un comitè com a òrgan de defensa i de negociació (arg. ex STC 11/1981), la formalització de les reivindicacions i el trasllat o notificació d'aquestes a l'«empresari».⁶⁸

d) S'han d'adoptar, si escau, per un «tercero imparcial» «las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», sense buidar de contingut el dret de vaga (arg. ex STC 11/1981), encara que això pugui comportar que algun dels jutges i magistrats en actiu que exerceixen funcions jurisdiccionals, i per això qualificables estrictament com a «membres del poder judicial» —per la seva destinació o actuacions concretes, especialment les concernents a la llibertat i la seguretat dels ciutadans— es pogués veure impedit per l'exercici concret del dret de vaga o limitada significativament la seva participació, atès que el dret de la comunitat respecte a les prestacions vitals per a aquella és prioritari respecte del dret de vaga (arg. ex STC 11/1981).⁶⁹

e) Quant a les seves formes d'exercici, s'han de triar aquelles modalitats de vaga lícita i no abusiva que, sense fer perdre a aquesta el seu caràcter

66. Entre moltes d'altres, vegeu les STC 66/1995, de 8 d'abril; 42/2000, de 14 de febrer; 195/2003, de 27 d'octubre; 90/2006, de 27 de març; 163/2006, de 22 de maig; 301/2006, de 23 d'octubre; 170/2008, de 15 de desembre.

67. Sobre aquestes qüestions i la necessitat d'equilibri entre els interessos col·lectius particulars i els interessos generals en joc, vegeu, entre d'altres, MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional...», cit., especialment la pàg. 1180.

68. Com s'ha indicat abans, el Reial decret llei 17/1977 fou aplicat analògicament a determinats col·lectius funcionaris abans que tingués la seva pròpia regulació. Vegeu RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *La huelga de los jueces*, cit., especialment la pàg. 53. SANCHEZ PEGO, F. J. «La huelga en la función pública y las huelgas judiciales», a *Documentación Laboral*, núm. 42, 1994, pàg. 93 a 125, especialment la pàg. 125. Aquest autor opina que «la comunicación de huelga, con cuantos requisitos ha de reunir, debe dirigirse primordialmente a la administración destinataria de las reclamaciones que motiva el ejercicio del derecho: normalmente el Ministerio de Justicia y, en todo caso, pueda o no resolverlas, al Consejo General».

69. OJEDA AVILÉS, A. *Límites constitucionales...*, cit., especialment la pàg. 139. L'autor conclou que «lo prohibido no será la cesación de actividades por esos grupos de funcionarios, sino la de determinadas funciones dentro de la Administración de Justicia, que grosso modo podríamos delimitar, como hace el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga, en las actuaciones concernientes a la libertad y seguridad de las personas (art. 11.2.13)».

essencial d'instrument de pressió, tinguin en compte la seva incidència en el dret fonamental a la tutela judicial efectiva i en altres drets fonamentals dels ciutadans la garantia dels quals incumbeix als jutges i els magistrats en actiu en l'acompliment de la funció jurisdiccional, per la qual cosa, com en tot cas de col·lisió dels drets fonamentals o dels béns constitucionalment protegits, s'han d'apreciar «els interessos en presència, mitjançant una ponderació adient de les circumstàncies concurrents».

La delimitació de les garanties referides —entenc—, l'haurà d'efectuar el CGPJ, com a òrgan de govern dels jutjats i dels tribunals i constitucionalment competent en matèria d'inspecció i de règim disciplinari (arg. *ex art.* 122.1 CE), atès que la finalitat de la seva creació fou la de «privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado» (arg. *ex* STC 108/1986, de 29 de juliol) —malgrat que amb el risc que no pogués ser qualificat de «tercer imparcial» en algun cas concret en relació amb determinades reivindicacions—. ⁷⁰ No s'han de deixar a les mans del poder executiu les qüestions que poden incidir en l'exercici de la funció jurisdiccional, per a l'adequat compliment de la qual ha de vetllar el Consell, sens perjudici de les interrelacions, a aquestes finalitats, del CGPJ amb el Ministeri de Justícia o amb els corresponents governs autonòmics, dels quals depenen els mitjans materials i personals de l'Administració de justícia i, especialment, als quals resten adscrits, si escau i respectivament, els secretaris judicials i la resta del personal judicial que es podria veure afectat per la vaga. ⁷¹

70. Igualment, SÁNCHEZ PEGO, F. J. «La huelga...», cit., especialment la pàg. 125, defensa que «la determinación de servicios mínimos, en el improbable supuesto de desacuerdo, corresponde al CGPJ, con quien ha de negociarse».

71. Amb motiu de l'avís d'una convocatòria d'una denominada «huelga de Jueces y Magistrados», convocada per diverses assemblees de jutges, de juntes provincials i de juntes de jutges i de les associacions judicials «Francisco de Vitoria» i «Foro Judicial Independiente», perquè tingués lloc el dia 18 de febrer de 2009, per Acord del Ple del CGPJ de data 9 de febrer de 2009, es va decidir: «1. El CGPJ, como establece el art. 122.2 de la Constitución, es el órgano de gobierno del mismo, y en cuanto tal, ejerce y ejercerá las competencias que le son legalmente atribuidas; 2. Con independencia de las cuestiones que pudieran suscitarse en relación al reconocimiento del derecho de huelga de jueces y magistrados, lo cierto es que el ejercicio de ese posible derecho carece, en el momento actual, de soporte normativo. Ninguno de los escritos presentados contiene una referencia al marco regulador del referido ejercicio, limitándose a una simple mención a los arts. 3 y 4 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, cuya posible aplicación a las peticiones que se efectúan, aparece huérfana de cualquier motivación. Esta norma se refiere a un tipo distinto de relaciones jurídicas, sin que por tanto puedan encuadrarse en ella las medidas que se pretenden; 3. La conclusión obligada de lo expuesto, se traduce en que el CGPJ no puede acceder a las peticiones que se le formulan y consiguientemente, no puede proceder a la fijación de servicios mínimos, ni a tener por tales aquellos que pudieran señalar quienes suscriben los escritos; 4. El Consejo, en el cumplimiento de sus funciones, velará siempre para que mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se garantice el derecho a la tutela judicial de los ciudadanos». En definitiva, va acordar «No haber lugar a las pretensiones formuladas, y por ello resuelve que no procede: A) Tener por anunciada la convocatoria de huelga; B) Fijar servicios mínimos ni tener por tales los que pudieran señalar los que suscriben los diferentes escritos».

Una qüestió diferent és la forma d'arbitrar les solucions per tal d'evitar els possibles conflictes d'interessos i, especialment, la problemàtica del control jurisdiccional de les vagues dels jutges i els magistrats, i mantenir la imparcialitat judicial, que alguns han constituït en argument per negar el dret de vaga als jutges.⁷²

I, en darrera instància, sens dubte, també són qüestions diferents de la titularitat del dret la legalitat i/o oportunitat de vagues concretes i el fet que, com reflexionen molts defensors del dret de vaga dels jutges, seria desitjable que existís una autolimitació o autorestricció per al seu exercici i que, en tot cas, es fes un ús extremadament cautelós d'aquest dret i un ús prevalent del dret de negociació.⁷³

En ocasió d'un altre avís de convocatòria de vaga de diverses assemblees i de l'«Asociación Profesional de la Magistratura», a celebrar el dia 8 d'octubre de 2009, la Comissió Permanent del CGPJ va reiterar el contingut del seu Acord del Ple anterior, assenyalant que «el ejercicio del hipotético derecho de huelga de Jueces y Magistrados, carece en el momento actual, de soporte normativo» i que «además, al no contener ninguno de los escritos presentados referencia al marco regulador del indicado ejercicio, limitándose a la simple mención de determinados preceptos del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, no procede tener por anunciada la convocatoria referida en el encabezamiento, ni fijar servicios mínimos, ni tener por tales los que pudieran señalar los que suscriben los diferentes escritos».

En aquesta «vaga», sense qualificar-la, d'un total de 4.543 jutges i magistrats, n'hi van participar 1.046, cosa que suposa el 23,02%.

72. SÁNCHEZ MORÓN, M. *De la huelga...*, cit., especialment la pàg. 41.

73. Entre d'altres, vegeu BELLOCH JULBE, J. A. «Jueces y derecho de huelga», cit., especialment la pàg. 135; SÁNCHEZ PEGO, F. J. «La huelga...», cit., especialment les pàg. 124 i 125; «Los jueces ante el derecho de huelga», *JpD Boletín Informativo*, núm. 18, juny de 1997, pàg. 8; ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «Ante el estado de cosas, judicial y de opinión», *JpD*, 2009.

1.2. EL DRET DE VAGA DELS JUTGES I ELS MAGISTRATS

Ponent:

ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE

*Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat Rey Juan Carlos de Madrid*

SUMARI: 1. Introducció. 1.1. Restriccions en relació amb el dret de vaga dels jutges. 1.2. Els sistemes legals que inclouen el dret de vaga dels jutges. 2. Els titulars del dret de vaga. 3. El règim jurídic del dret de vaga

1. INTRODUCCIÓ

Durant l'any 2009 s'ha produït la primera vaga de jutges al nostre país.¹ Això ha plantejat, davant del buit normatiu existent, importants problemes jurídics i polítics, que afecten no tan sols el règim jurídic del dret de vaga sinó també la mateixa posició constitucional dels jutges i els magistrats, atesa la seva doble consideració de funcionaris públics i de titulars d'un dels poders de l'Estat.²

1. La vaga del 18 de febrer de 2009 fou convocada per les assemblees de jutges i magistrats d'Almeria, Huelva, Màlaga, Terol, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife, Alacant, Castella-la Manxa, Ciudad Real, la Corunya, Pontevedra, Eivissa, Múrcia, Conca, Extremadura, la Junta Provincial de Jutges de Girona, Jutges i Magistrats de la Província de Tarragona, l'Assemblea de Jutges del Partit Judicial de Majadahonda, el Jutge de Primera Instància i Instrucció Únic de Solsona (Lleida) i les associacions judicials «Francisco de Vitoria» i «Foro Judicial Independiente». Anteriorment, el 21 de desembre de 2008, una reunió simultània de juntes de jutges va produir efectes semblants als d'una vaga. Aquesta va tenir un seguiment entre el 35 i el 62%, segons les fonts consultades. El cert és que aquesta es va dur a terme amb un mínim cost d'imatge, malgrat que es plantejava la important qüestió de si anava més enllà de fer autèntiques reivindicacions professionals o, per contra, podia arribar a ser qualificada d'una vertadera vaga política, ja que afectava les relacions amb els altres poders de l'Estat i no les relacions purament laborals. Finalment, es va produir una altra convocatòria de vaga el 8 d'octubre de 2009, la incidència de la qual fou molt menor que l'anterior. En efecte, el CGPJ parlava del 23% i l'APM ho xifrava en el 35%.

2. Vegeu, amb referència a això, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «La huelga de los jueces», a *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 2, 2009; BODAS, R. *et al.* *El derecho de huelga de los jueces y fiscales*, Editorial Aranzadi, núm. 8585, 14 d'abril de 2009; PÉREZ BENÍTEZ, J. J. «Jueces y huelga», *La Ley*, núm. 7108, 5 de febrer de 2009; SÁNCHEZ MORÓN, M. «De la huelga de los jueces y otras cuestiones conexas», a *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 3, 2009; VIVERO SERRANO, J. B. «¿Tienen los jueces derecho a la Huelga?», *El País*, 11 de febrer de 2009; MARTÍN PALLIN, A. «Poderosos funcionarios», *El País*, 29 de gener de 2009.

El dret de vaga apareix configurat en el nostre ordenament jurídic com un dret fonamental, els titulars del qual són «els treballadors per a la defensa dels seus interessos», expressió que recorda la continguda a l'article 7 CE. L'article 28.2. CE no ha estat objecte de desenvolupament constitucional, de manera que continua en vigor el Reial decret llei 17/1977, de 14 de març, sobre relacions de treball. El problema jurídic consisteix a determinar si aquesta norma preconstitucional és aplicable o no al cas d'una vaga dels jutges ja que sembla que estem en presència d'un tipus diferent de relacions jurídiques, tal com fou posat en relleu per part de la doctrina i pel mateix CGPJ, que va emprar aquesta mateixa expressió.

Al 1993 hi va haver un intent de desenvolupament normatiu mitjançant un projecte de llei, que, malgrat que havia estat aprovat per ambdues cambres, va prescriure com a conseqüència de la dissolució d'aquestes i la convocatòria d'eleccions generals quan únicament faltava el tràmit parlamentari de la votació final per part del Congrés dels Diputats. Aquest projecte de llei equiparava els treballadors subjectes a una relació laboral i els sotmesos a una relació estatutària o administrativa, i en quedaven exclosos els membres de les forces armades i els cossos de seguretat, així com els jutges, els magistrats i els fiscals en servei actiu. En efecte, l'article 2.2 del Projecte esmentat —segons la nostra manera de veure, de forma clarament inconstitucional perquè vulnerava els art. 28.2, 53.1 i 127 CE—, privava del dret de vaga els jutges, els magistrats i els fiscals, o, dit en altres paraules, no contenia un pronunciament exprés i contundent en un sentit o en un altre,³ privant-los d'una sèrie d'instruments per garantir els interessos professionals a què es refereix l'article 401.2 LOPJ.

L'absència d'un desenvolupament constitucional del dret de vaga ha estat pal·liat, en gran manera, per la nostra jurisprudència constitucional, en especial en la Sentència de 8 d'abril de 1981, que concep la vaga com un dret subjectiu i un dret fonamental, i com un instrument de realització de la democràcia social i del principi d'igualtat. És a dir, el nostre ordenament jurídic opta per un sistema de dret de vaga i no de simple llibertat de vaga, que tendeix a

3. L'esmentat precepte sembla que té el seu origen a l'article 2 de la Llei 9/1987, de 12 de juny, d'òrgans de representació, determinació de les condicions de treball i participació del personal de les administracions públiques, que exclou del seu àmbit els jutges, magistrats i fiscals, sens perjudici dels drets d'associació professional. La disposició addicional primera del projecte de Llei, introduïda a la darrera fase de tramitació parlamentària, assenyalava que l'esmentada llei no era aplicable «a los miembros de las Fuerzas Armadas, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, ni a los jueces, magistrados y fiscales mientras se hallen en activo, los cuales se regirán por su normativa específica». Això provocà que l'Associació Jutges per a la Democràcia considerés que l'esmentada exclusió vulnerava un dret fonamental «sin que medie justificación objetiva y razonable». Vegeu, amb referència a això, «El derecho de huelga de Jueces y Fiscales», a *Jueces para la Democracia*, núm. 15, 1992, text elaborat per la Comissió Social i aprovat pel secretariat de la dita associació judicial.

restablir l'equilibri entre parts de força socioeconòmica desigual, i que permet tant les vagues laborals com les de caràcter polític, entre les quals cal incloure les anomenades *vagues de solidaritat*, en les què els interessos defensats no tenen per què ser necessàriament els interessos dels vaguistes, i les vagues sense control sindical. Al mateix temps, el Tribunal va posar en relleu que l'eventual dret de vaga dels funcionaris públics no estava regulat, ni tampoc prohibit, pel Reial decret llei de 1977, de la qual cosa es podia concloure «que a falta de regulació específica para los funcionarios públicos, estos ejercerán su derecho a la huelga al amparo de la norma constitucional y en modo tal que, en los casos aplicables, quede garantizado el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad». En relació amb l'extensió de la titularitat del dret de vaga als funcionaris públics, la Sentència assenyalava expressament que «las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y, por tanto, también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales».⁴ És a dir, i com no podia ser de cap altra manera, fa una interpretació extensiva de l'expressió «treballadors» de l'article 28.2 CE, que anava més enllà de les persones subjectes a una relació laboral per compte d'altri.

Amb això, el Tribunal no feia sinó confirmar que ens trobem en presència d'un dret fonamental directament aplicable, sense que el seu exercici estigui condicionat a la interposició normativa del legislador, encara que la necessitat d'aquesta s'ha de considerar preemptòria. A parer nostre, aquest criteri, i atès el silenci del nostre ordenament jurídic, és avui plenament aplicable a la titularitat del dret de vaga dels jutges, els magistrats i els fiscals. El seu dret de vaga pot ser regulat pel legislador, però no prohibit, i ha de ser inclòs al seu mateix estatut jurídic. I el que és fins i tot més evident, el silenci del legislador no es pot interpretar com una prohibició d'un dret fonamental, com la vaga, que és un dret d'aplicació directa.

Així doncs, el règim constitucional del dret de vaga és directament aplicable als jutges i als magistrats, sense que existeixi un mandat constitucional que habiliti el legislador orgànic per exceptuar aquests col·lectius de la titularitat i l'exercici del dret de vaga. És més, el seu actual estatut jurídic, on se'ls reconeix la titularitat, encara que amb limitacions, d'una sèrie de drets fonamentals, sembla obligar el legislador a regular el seu exercici pel que fa a l'establiment

4. I això perquè la privació de qualsevol dret fonamental a qualsevol sector del funcionariat únicament és lícita si prové de la mateixa Constitució (STC 234/1991). És a dir, es necessita una autorització de la mateixa Constitució per privar els funcionaris d'un dret fonamental. Vegeu GARCÍA MACHO, R. «En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción», REDA, núm. 64, 1989.

dels corresponents mitjans d'autotutela (entre els quals, la vaga) per a la defensa dels seus interessos. És a dir, el legislador pot establir límits materials quant a les condicions d'exercici del dret de vaga, però no límits subjectius que neguin la seva titularitat als jutges i els magistrats, atès que les previsions constitucionals no estableixen expressament aquesta limitació (STC 254/1988).

El dret de vaga apareix íntimament relacionat amb altres drets fonamentals com és el dret a la llibertat sindical, constitucionalitzat al mateix article 28, cosa que planteja el problema de si és traslladable el règim jurídic d'aquest a aquell o, per contra —com és la nostra opinió—, si es tracta de dos drets fonamentals amb substantivitat pròpia, però íntimament relacionats entre si. És a dir, el dret de vaga no és un dret instrumental de la llibertat sindical, sinó un dret autònom,⁵ i pot donar-se perfectament el supòsit de sindicats que no poden exercir col·lectivament el dret de vaga (els sindicats de policies) o vagues sense sindicats, com pot ser l'exercit per una assemblea de treballadors no sindicats. En suma, resulta difícil admetre la titularitat de la llibertat sindical i, a continuació, negar la titularitat del dret de vaga. Com assenyalava la Sentència de 8 d'abril de 1981, estem en presència d'un dret que «discurre en paralelo y concurrente con la autoorganización sindical». Aquest dret de llibertat sindical, també relacionat amb el dret d'associació i de negociació col·lectiva i, per tant, que gaudeix també de la naturalesa dels drets de participació política, ha estat configurat per la nostra primera jurisprudència constitucional com un autèntic dret de llibertat.⁶ L'article 28.1 CE estableix que «tothom té dret a sindicar-se», tot fixant a continuació una sèrie d'excepcions. I és que la llibertat de sindicació no coincideix amb la pertinença a un sindicat o no, que és la prohibició que tenen els jutges i els magistrats *ex* article 127 CE, ja que el seu contingut essencial comprèn una altra sèrie d'importants qüestions com ara l'exercici de l'acció sindical, el dret a la informació, el dret de representació, etc. Per això, no és gens estrany que l'anomenat *associacionisme judicial* s'hagi convertit en un associacionisme sindical, amb reivindicacions pròpies dels sindicats. Des

5. OJEDA AVILÉS, A. «El derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1993, i «Límites constitucionales al derecho de huelga de Jueces, magistrados y fiscales», a *Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1993. Vegeu, així mateix, GALLEGO MORALES, A. J. i MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales», al llibre col·lectiu *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Madrid 2002; MIRAVENT, M. «El derecho de huelga y los Fiscales», comunicació presentada i aprovada al VII Congrés de la Unió progressista de Fiscals, Segòvia, 12-14 de juny de 1992; DE LA MATA AMAYA, J. «Artículo 127», a M. E. Casas i M. Rodríguez-Piñero (cords.). *Comentarios a la Constitución española: XXX Aniversario*, Madrid, 2008.

6. Així, la STC 23/1983, de 5 de març, assenyalà que la llibertat sindical «comprende el derecho a que la Administración no interfiera en la actividad de las organizaciones sindicales y a que estas no se vean discriminadas por aquella». Així mateix cal recordar que l'article 23.4 de la Declaració Universal de Drets Humans, l'article 11 del Conveni de Roma, l'article 22.1 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i l'article 5 de la Carta Social Europea reconeixen la llibertat sindical i el dret de tota persona a fundar sindicats i a sindicar-se per a la defensa dels seus interessos.

d'un altre punt de vista, s'assenyala que la voluntat del constituent sembla anar encaminada al no-reconeixement del dret de vaga als jutges i magistrats, perquè els nega el dret de sindicació.

El reconeixement de la titularitat dels drets fonamentals no és incompatible amb l'establiment de restriccions al seu exercici per a determinats col·lectius, el qual, fins i tot, pot arribar a la seva prohibició en casos extrems i sempre que estiguin constitucionalment previstos. Així, ningú no nega el dret d'associació als jutges i magistrats, però l'article 127 CE únicament es refereix a les associacions professionals. Així mateix, és possible parlar d'una altra sèrie de limitacions als drets i llibertats dels jutges i els magistrats. Pensem, a tall d'exemple, en l'article 395 LOPJ en relació amb la llibertat d'expressió. El mateix succeeix en altres països com ara França.⁷

Al costat d'això, cal afirmar que la consideració de la justícia com un servei públic i la consideració dels jutges i els magistrats com a titulars d'un poder de l'Estat afecta també el seu dret a la vaga, resultant incompatible l'exercici d'aquesta amb la consideració de poder de l'Estat, atès que a ningú no se li pot ocórrer que, a tall d'exemple, els membres del govern o els parlamentaris es declaressin en vaga. És a dir, l'exercici del dret de vaga és substancialment incompatible amb la titularitat d'un poder de l'Estat. Aquest plantejament ha de ser objecte d'una sèrie de matisacions:

a) La seva condició de poder de l'Estat no és identificable amb la que tenen els membres del Govern i els parlamentaris. En efecte, cada jutge i magistrat, en l'exercici de la seva funció jurisdiccional, és titular d'un poder de l'Estat. Això no succeeix amb els altres col·lectius, que no ho són individualment sinó de forma col·lectiva. És a dir, la potestat jurisdiccional resideix en cada un dels membres integrants del poder judicial, però la funció de govern o la funció parlamentària és concentrada i no difusa. A més, cal tenir en compte que el principi autonòmic no afecta, en el nostre país, l'essència del poder judicial, l'exercici de la funció jurisdiccional, i sí la funció de govern i l'exercici de la funció parlamentària.

b) En l'exercici de la seva potestat jurisdiccional, els jutges i els magistrats són independents dels altres poders de l'Estat, i estan únicament sotmesos a l'imperi de la llei, però són dependents d'altres poders de l'Estat (del legislatiu i, en particular, de l'executiu) en la seva condició de funcionaris públics, els quals han de disposar dels mateixos mitjans d'autotutela que aquests per a la defensa dels seus interessos.

c) En l'exercici del dret de vaga per part dels jutges i els magistrats és possible apreciar unes especialitats que justifiquen l'existència d'una sèrie de

7. FERRARESE, M. R. «Un sindacato di giudici in Francia», a *Sociologia del diritto*, núm. 1-2, 1979.

limitacions. Així, i a tall d'exemple, el dret de vaga afecta o pot afectar altres drets fonamentals com són el dret a la tutela judicial efectiva, el dret a jutge natural, la imparcialitat del jutge, etc., els quals han de ser ponderats en relació amb l'exercici d'aquell, tenint en compte que la vaga ha de tenir més limitacions com més essencial és el servei públic i com més perjudicis es poden ocasionar als ciutadans. Així mateix, l'exercici del dret de vaga sembla exigir una paritat entre les parts en conflicte, sense que, com ha assenyalat la nostra jurisprudència, cap d'aquestes pugui prevaler sobre l'altra. I és evident que qualsevol conflicte col·lectiu és susceptible d'un control jurisdiccional, la qual cosa podria portar a la conclusió que els jutges i els magistrats no es troben en l'esmentada posició de paritat, en tenir la condició de jutge i part del conflicte, raó per la qual, per a alguns sectors doctrinals,⁸ hauria d'estar prohibida per llei la vaga dels jutges i els magistrats. Aquesta idea ha de ser rebutjada: una cosa és l'estatut jurídic dels membres de la carrera judicial i, una altra, el sistema de controls jurisdiccional, és a dir, l'òrgan judicial que en última instància ha de resoldre els conflictes col·lectius plantejats. Però no hem d'oblidar que, si bé la justícia és un servei públic essencial de la comunitat, també hi ha d'altres serveis públics essencials i no per això es priva del dret de vaga els funcionaris públics que els presten. L'essencialitat no és únicament predicable de la justícia sinó que també és inherent a altres serveis públics, sobretot si ens situem en les coordenades actuals de l'Estat social i democràtic de dret, caracteritzat, entre altres coses, per ser un Estat eminentment prestacional de serveis públics. Pensem, a tall d'exemple, que una vaga del personal al servei de l'Administració de justícia, legalment titular d'aquest dret fonamental, també afecta la tutela judicial efectiva i la prestació del servei públic de la justícia, ja que sense la presència del secretari judicial totes les actuacions judicials són nul·les, i tampoc no es poden dictar les diligències d'impuls processal.

d) En ser un poder de l'Estat, els jutges i els magistrats han de vetllar per la defensa de l'interès general, la qual cosa exclou la possibilitat de fer vagues, ja que la defensa de l'interès general resulta ser un límit absolut per a l'exercici de certs drets per part de determinats col·lectius. Quant a aquesta idea, cal assenyalar que existeixen també altres interessos generals i que la negociació col·lectiva per part dels funcionaris públics està envoltada de tota una sèrie de cauteles destinades precisament a salvaguardar els esmentats interessos generals. D'aquesta manera, s'ha assenyalat que la vaga dels jutges i els magistrats seria una espècie «de cop d'Estat», ja que un poder de l'Estat no pot aixecar-s'hi en contra, o una «traïció al mandat dels ciutadans». Aquestes crítiques estan fetes des d'un punt de vista polític, cosa que pot ser legítima, però des d'un punt de

8. SÁNCHEZ MORÓN, M. Op cit.

vista juridicoconstitucional no mereixen cap comentari.

e) La solució passa necessàriament per distingir la doble condició dels jutges i els magistrats com a funcionaris públics i com a titulars d'un poder de l'Estat. Aquesta condició bifront ha de portar, necessàriament, a la conclusió que en la seva condició de funcionaris públics aquests són titulars del dret de vaga, del qual poden arribar a mancar quan exerceixen les funcions i competències pròpies d'un titular d'un poder estatal, és a dir, quan exerceixen la seva funció jurisdiccional de jutjar i fer executar allò que hagi estat jutjat. Llevat d'això, els jutges i els magistrats són funcionaris públics, dotats d'un estatut jurídic especial, subjecte a reserva de llei orgànica, mentre que el dels altres funcionaris està subjecte a reserva de llei ordinària. És a dir, els jutges i els magistrats formen part d'una organització administrativa i, alhora, exerceixen la potestat jurisdiccional i adquireixen, d'aquesta manera, la condició de poder de l'Estat. Hi ha un jutge funcionari i un jutge titular d'un poder de l'Estat. Aquesta condició no es predicable d'altres poders de l'Estat, ja que ni els parlamentaris ni els membres del Govern tenen la condició de funcionaris públics.⁹

Pel que fa al dret comparat, s'aprecien dues tendències principals. Una que consisteix en el reconeixement, encara que amb certes restriccions, del dret de vaga als jutges i magistrats. I l'altra, que prohibeix als jutges l'exercici del dret de vaga, com a conseqüència de la important funció que desenvolupen.¹⁰ El reconeixement del dret de vaga als jutges i els magistrats no és excepcional en el dret comparat. Brasil, Colòmbia, Bolívia, Nicaragua, Xile, el Salvador, França, Portugal i Itàlia el reconeixen. La celebració de vagues ha estat motivada per qüestions laborals, per la qualitat de la justícia i fins i tot contra les ingerències

9. Malgrat l'ambigüitat calculada del legislador, la consideració dels jutges i els magistrats com a funcionaris públics es dedueix d'una pluralitat de normes. Així, ja es dedueix de la Llei de funcionaris civils de l'Administració de l'Estat de 1964 i també de la Llei 17/1980, de 24 d'abril, de retribucions dels funcionaris de l'Administració. Així mateix, la Llei 7/2007, de 12 d'abril, que regula l'Estatut bàsic de l'empleat públic, estén el seu àmbit d'aplicació a totes les administracions públiques i inclou, com a personal funcionari, però amb legislació específica, els jutges, els magistrats, els fiscals i la resta del personal al servei de l'Administració de justícia.

10. El dret o llibertat d'emprendre una acció col·lectiva és, en la majoria dels països, garantit per la Constitució mateixa, amb les excepcions d'Àustria, Bèlgica, Luxemburg, Malta, els Països Baixos, Irlanda i el Regne Unit. A Alemanya i Finlàndia el dret es deriva de la llibertat d'associació. Així mateix, a molts països, atès que no hi ha una regulació normativa, la qüestió s'ha plantejat mitjançant la jurisprudència. És el cas de Bèlgica, Dinamarca, França, Alemanya, Grècia, Irlanda, Itàlia, Luxemburg i els Països Baixos. A Grècia i Irlanda sí que existeix una regulació normativa, jurisprudencialment desenvolupada. D'altra banda, a tots els països de la UE es troben restriccions al fet d'emprendre accions col·lectives. Qüestions com la de procurar una solució pacífica de les controvèrsies abans d'emprendre una acció col·lectiva o la necessitat d'establir uns serveis mínims són determinants. Vegeu, quant a això, DIOGUARDI, G. *Le droit de grève. Etude de droit constitutionnel compare*, Paris, 1961; NOVITZ, T. *International and European protection of the right to strike*, Oxford, 2003; DE LA SIERRA, S. «Panoràmica del derecho de huelga de jueces y magistrados en el Derecho Comparado», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 8, novembre 2009.

del poder executiu. A Alemanya i els Estats Units està prohibit per als jutges i aquells funcionaris públics que exerceixen funcions d'autoritat en l'àmbit administratiu. En suma, és possible afirmar que, davant la prohibició normativa i, principalment, el silenci normatiu, el «dret de vaga dels jutges i dels magistrats és un dret que, amb caràcter general, s'ha anat imposant per la via dels fets en bona part dels ordenaments».¹¹

1.1. Restriccions en relació amb el dret de vaga dels jutges

A Bulgària, els jutges, com els altres funcionaris públics, únicament tenen un dret de vaga de caràcter simbòlic. Aquest dret està garantit a l'article 50 de la Constitució, que preveu que «Els treballadors i els empleats tindran el dret de vaga en defensa dels col·lectius econòmics i interessos socials. El dret s'exercirà de conformitat amb les condicions i procediments establerts per la llei».¹²

A Croàcia, el dret de vaga es garanteix a la Constitució i és regulat en la Llei del treball i altres lleis especials. Els jutges tenen prohibit el dret de vaga, que es restringeix a altres col·lectius, a través de lleis especials, com ara als membres de les forces armades, la policia, els funcionaris de ferrocarrils, correus i telecomunicacions, etc.

A Xipre, l'article 27 de la Constitució garanteix el dret de vaga, que està prohibit per als jutges, els membres de les forces armades, la policia i la gendarmeria. També per llei es pot estendre aquesta prohibició als membres de l'Administració pública.

A la República Txeca, la vaga està regulada a l'article 27.IV de la Carta de Drets i Llibertats Fonamentals i de la Llei de negociació col·lectiva núm. 2 de 1991. La vaga està prohibida a determinats col·lectius com ara els jutges, els metges, els treballadors que poden posar en perill la vida o la salut, els treballadors de les telecomunicacions, els membres de les forces armades i de seguretat, etc.

A Dinamarca, el fonament jurídic del dret a la vaga és la llibertat d'associació i de reunió pacífica, reconegudes als articles 78 i 79 de la Constitució. Davant l'absència d'una legislació nacional, les normes sobre conflictes laborals estan establertes pels convenis col·lectius vinculants, tot recollint la tradició voluntarista de les relacions laborals a Dinamarca, caracteritzades per una total

11. DE LA SIERRA, S. Op. cit., pàg. 44, assenyala que el dret comparat ofereix tot tipus de solucions, de manera que pot ser considerat com una «herramienta multiusos».

12. Aquest precepte ha estat desenvolupat per la Llei de solució de conflictes col·lectius de treball, segons la qual el dret a la vaga es garanteix a tots els sectors de l'economia, però les parts negociadores es troben obligades a concertar un acord escrit almenys amb tres dies d'antelació. L'acord ha de preveure que, durant la vaga, es garantirà per ambdues parts el desenvolupament de les condicions per a l'acompliment de les activitats inherents a determinats serveis públics essencials, com són la salut, el transport, les comunicacions, l'ordre públic i un llarg etcètera.

abstenció per part de l'Estat.

A Estònia, els jutges tenen prohibit el dret de vaga. L'article 29 de la Constitució preveu que els ocupadors i els empleats puguin afiliar-se lliurement a sindicats i associacions, els quals poden utilitzar qualsevol mitjà que no estigui prohibit per la llei. Les vagues estan prohibides a tots els organismes governamentals i a altres òrgans de l'Estat, i afecten tots els funcionaris civils.

A França, els funcionaris públics «sensibles» no tenen dret de vaga. Aquests inclouen els prefectes, els jutges, els militars, els guàrdies de presons, la policia, etc. L'exercici del dret de vaga, constitucionalment reconegut, està regulat per la Llei de 31 de juliol de 1963. En el sector privat, el dret de vaga és de creació jurisprudencial. El model es caracteritza per la renúncia temporal i pactada al dret de vaga acordada en el decurs d'un procés negociador i en virtut de les oportunes contrapartides associatives. No hi tenen cabuda les vagues de zel o de reglament, ja que és una forma d'eludir els descomptes salarials inherents a l'exercici del dret de vaga, fet que constitueix un autèntic frau de llei. En principi, l'Ordenança de 22 de desembre de 1958, modificada per l'Ordenança de 5 de febrer de 1994, va prohibir el dret de vaga dels membres del poder judicial, cosa que no va impedir l'existència de determinades vagues com les produïdes el 29 de novembre de 2007 i el 20 de març de 2008. En suma, han estat determinades decisions jurisprudencials, tant del Consell d'Estat com del Consell Constitucional (especialment, la seva Decisió de 25 de juliol de 1979), les que han anat delimitant el règim jurídic del dret de vaga, el qual té, com a límit intrínsec, el respecte a l'interès general, la qual cosa no implica la prohibició del dret de vaga dels jutges i els magistrats.

A Alemanya, els funcionaris públics, i entre ells els jutges, no tenen reconegut el dret de vaga, dret no esmentat expressament a la Constitució, que s'entén que es deriva de la llibertat d'associació (art. 9.3). Els reglaments de conflicte laboral alemanys es fonamenten gairebé tots en la jurisprudència.¹³ Malgrat l'absència d'una autèntica regulació normativa, el reconeixement del dret de vaga sembla que s'ha anat imposant a través de les diferents reunions de les associacions judicials a partir del 2008.

A Grècia, les vagues estan prohibides a tots els empleats del poder judicial, així com als serveis de seguretat i la policia. L'article 23 de la Constitució preveu que les accions de vaga constitueixen un dret per ser exercit pels sindicats legalment establerts amb la finalitat de protegir i promoure els drets econòmics i els interessos generals dels treballadors. El dret de vaga està subjecte a les

13. El Tribunal Federal del Treball ha establert en quines condicions una vaga pot ser acceptable: que les parts tinguin capacitat per celebrar convenis col·lectius, l'objectiu ha de ser garantir i millorar les condicions de treball, no s'han de violar normes bàsiques del dret laboral, ha de ser l'última ràtio per a la consecució de les pretensions, etc.

limitacions específiques que estableixi la llei, i estan afectats tots els funcionaris públics, els empleats de les agències governamentals locals, els empleats d'empreses públiques i aquells que afectin el funcionament de les necessitats bàsiques.

A Hongria, els jutges no tenen dret de vaga, que es troba subjecte a tota una sèrie de restriccions als serveis públics. A Romania, també els jutges, els fiscals i els membres de les forces armades tenen prohibit el dret de vaga. El mateix succeeix a Eslovàquia.

A Letònia, es troben privats del dret de vaga els jutges, els fiscals, els policies, els bombers, els guàrdies de fronteres, els empleats de les institucions de seguretat de l'Estat, les forces armades, etc. A més, els empleats en serveis essencials tenen limitat l'exercici del dret de vaga en funció dels interessos públics en joc.

A Lituània, les vagues es troben prohibides als assumptes d'interior, defensa nacional i seguretat de l'Estat, així com als primers auxilis dels serveis mèdics. La vaga (art. 51 de la Constitució) té com a finalitat protegir els drets econòmics i els interessos socials dels treballadors, i les restriccions al seu exercici s'han d'establir per llei.

A Luxemburg, nombroses categories de funcionaris públics (els diplomàtics, el poder judicial, els directors d'establiments educatius, la policia...) tenen prohibit l'exercici del dret de vaga, el qual no es preveu a la Constitució ni a la llei, sinó que es troba, com en altres països, fonamentat en la llibertat d'associació.

En els ordenaments del *common law* la situació s'ha d'enfocar des d'altres paràmetres, malgrat l'apropament al model europeu que s'ha produït a Anglaterra a partir del 2006. En efecte, en aquests ordenaments el sistema d'elecció dels jutges és radicalment diferent, ja que no tenen la condició de funcionaris públics i, per tant, resulta inconcebible el dret de vaga.

1.2. Els sistemes legals que inclouen el dret de vaga dels jutges

A Àustria, el dret de vaga no s'ha codificat, i manca, així mateix, una jurisprudència del Tribunal Suprem sobre la qüestió. Des del 1870 la vaga ha estat tolerada, sense restriccions legals, en l'àmbit de l'Administració pública. La via de fet, novament, sembla haver imposat la possibilitat de vaga per part dels membres del poder judicial.

A Bèlgica, tampoc no hi ha una regulació legal del dret de vaga, encara que sí que existeixen importants decisions jurisprudencials. La vaga es configura com un dret individual. Els treballadors en vaga, entre els quals es troben els jutges, exerceixen la seva llibertat d'associació i, d'acord amb això, poden suspendre el seu contracte de treball, sempre que es mantinguin els serveis públics essencials.

A Portugal, tampoc no hi ha un reconeixement constitucional del dret de

vaga per part dels jutges (art. 55, 56 i 57). Es produeix un debat important des de l'argument dialèctic que els membres del poder judicial són òrgans de sobirania i, al mateix temps, funcionaris públics, al qual ja ens hem referit. Això no ha impedit la celebració de vagues els anys 1988, 1993 i 2005.

A Itàlia, l'article 40 de la Constitució assenyalava que el dret de vaga s'exerceix d'acord amb els límits de les lleis que el regulen. Davant de l'absència de desenvolupament normatiu, el dret de vaga és de construcció jurisprudencial, i s'estableixen una sèrie de límits com són la no-violació dels drets i dels interessos d'altri, i la necessitat que sigui una decisió voluntària dels treballadors i altres límits d'ordre públic, com són la derogació de la Constitució, la supressió d'una societat democràtica o la forma de govern.¹⁴ Com ha assenyalat la doctrina,¹⁵ l'exercici de la vaga per part dels funcionaris públics, i més en concret pels magistrats, no ha plantejat problemes especials. S'ha mantingut un concepte antològic de la vaga, com a punt d'equilibri amb els altres drets i interessos constitucionalment protegits. S'entén que la vaga duta a terme pels magistrats afecta les relacions entre els poders de l'Estat, però s'advoca pels codis d'autoregulació. És a dir, el reconeixement del dret de vaga s'ha produït per la via dels fets, especialment arran de la vaga de 2002, en què el Ministeri de Justícia va establir els serveis mínims.

L'estatut dels jutges i els magistrats ha produït força conflictes en el dret comparat. Recordem, pel que fa a Itàlia, l'escissió produïda en l'Associació Nacional de Magistrats i l'aparició de la Unió de Magistrats Italians. O, a França, l'aparició, arran del Maig del 68, del Sindicat de la Magistratura, la legalitat del qual va ser reconeguda, almenys implícitament, per l'Arrêt del Consell d'Estat d'1 de desembre de 1972, que va acabar trencant la Unió Federal de la Magistratura, posteriorment substituïda per la Unió Sindical de Magistrats. Finalment, al 1981 es creà l'Associació Professional de la Magistratura.

A França i Itàlia, la possibilitat de sindicar-se és considerada com un element positiu per garantir la independència judicial.¹⁶ A Anglaterra, els jutges

14. El Decret núm. 185 de 1964 limita la vaga dels empleats que treballen a les centrals nuclears. Les lleis núm. 242, de 1980, i 121, de 1981, també limiten el dret de vaga dels controladors aeris i dels policies. Per la seva banda, la llei núm. 146, de 1990, modificada per la Llei núm. 83, de 2000, estableix la necessitat d'un preavis de 10 dies, així com els serveis mínims que han de dur a terme els treballadors d'una sèrie de sectors d'interès general.

15. GHEZZI, G. «Sciopero dei magistrati e sciopero degli avvocati nelle valutazioni della Commissione di garanzia», a *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 1, 2003. Vegeu, així mateix, ORLANDINI, G. *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea: uno studio di diritto comparato e comunitario*, Trino, 2003; LOFFREDO, A. (a cura di). *La titolarità del diritto di sciopero*, Bari, 2008; D'ONGHIA, M.; RICCI, M. (a cura di). *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza di Foggia*, Milano, 2003; NEPPI MODONA, G. *Sciopero, potere politico e magistratura 1870-1922*, Roma, 1979.

16. CATHALA, M. T. «La magistrature dans le système judiciaire français», ponència al curs *El sistema judicial espanyol*, Universitat Menéndez Pelayo, Santander, juny 1988. Vegeu, així mateix, CHARVIN, R.

i els magistrats no són funcionaris públics, sinó que són professionals del dret, nomenats pel Govern i responsables políticament davant del Parlament, el qual pot revocar el seu mandat per una majoria qualificada. En canvi, el sistema continental estableix que l'accés a la carrera judicial és semblant a l'existent en la funció pública. Fins i tot l'article 122 CE es refereix expressament a la carrera judicial, assenyalant que els jutges i els magistrats formen un cos únic. L'únic en què difereixen dels altres funcionaris públics és en el fet que posseeixen un estatut jurídic especial.

2. ELS TITULARS DEL DRET DE VAGA

Anteriorment vàiem que l'article 28.2, influït per l'article 7 CE, únicament atribueix el dret de vaga als treballadors. Tanmateix, la nostra jurisprudència tant ordinària com constitucional ha entès el terme *treballadors* en sentit ampli i no ha limitat l'exercici del dret de vaga als treballadors per compte d'altri, sinó que l'ha estès també als funcionaris públics i, fins i tot, a aquells immigrants il·legals que, per aquesta raó, no es troben subjectes a una relació laboral contractual.¹⁷ Per això, no és estrany que el dret de vaga hagi estat reconegut «al personal al servei de l'Administració de Justícia» (art. 454 i 470 LOPJ).

Des d'un punt de vista doctrinal s'han donat raons a favor i en contra de la titularitat del dret de vaga dels jutges i els magistrats, atesa l'expressió «treballadors» de l'article 28.2.¹⁸ Les posicions negatives basen la seva

La justice en France, Paris, 1976; COTURRI, G. «Alle origini di Magistratura Democratica», PD, núm. 5 i 6, 1975; FERRAJOLI, L. «Posición institucional y función de la Magistratura en el sistema político italiano», a AD. *Política y Justicia en el Estado italiano*, Barcelona, 1978; GREVISE, S. «Droit syndical et devoir de reserve des magistrats», DS, núm. 6, 1973; GUARNIERI, C. «Elites, correnti e conflitti fra magistrati italiani: 1964-1976», PD, núm. 6, 1976.

17. No hem d'oblidar que l'article 1 de la LO 11/1985, de 2 d'agost, de llibertat sindical, estableix que es consideren treballadors «tant aquells que estiguin subjectes a una relació laboral com aquells que ho estiguin a una relació de caràcter administratiu o estatutari al servei de les administracions públiques». Encara que alguns col·lectius, com ara els membres de les forces i instituts armats, els jutges, els magistrats i els fiscals, tenen expressament prohibida la llibertat d'afiliar-se a sindicats, el dret de sindicació està permès també als treballadors per compte propi, sempre que no tinguin treballadors al seu servei, als treballadors a l'atur i als que hagin cessat en la seva activitat laboral.

18. Vegeu, amb referència a això, SOLDEVILLA FRAGOSO, S. «Derechos de huelga de jueces y magistrados», a *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 1993; SÁNCHEZ-PEGO FERNÁNDEZ, F. J. «La huelga en la función pública y las huelgas judiciales», *Documentación Laboral*, núm. 42, 1994; GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R. *La titularidad del derecho de huelga: en especial en la función pública. Perspectivas jurídico-críticas*, Granada, 1999; CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Pamplona, 2006; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. «Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga», a BAYLOS GRAU, A. P. *Estudios sobre la huelga*, Madrid, 2005; SOLDEVILLA FRAGOSO, S. «El derecho de huelga de jueces y magistrados», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 1993; GARCÍA PÉREZ, J. J. «Reflexiones en torno al ejercicio del derecho de huelga por el personal al servicio de la Administración de Justicia», *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, vol. 2, 1987; MUÑIZ MURIEL, C. «Titularidad funcional del derecho de

fonamentació en el silenci de l'ordenament jurídic i en la consideració dels jutges i els magistrats com a titulars d'un poder de l'Estat que implica una posició constitucional més enllà de la pròpia dels funcionaris públics, atès que el que realment acompleixen és un ofici públic, i s'ha de garantir la independència i la imparcialitat dels titulars del poder judicial. Per això, els està prohibit pertànyer a sindicats i a partits polítics, així com utilitzar la vaga com a instrument de reivindicació. Les tesis afirmatives fan una interpretació de l'ordenament jurídic actual, fonamentant-se en el fet que el seu silenci no és privació sinó reconeixement implícit, ja que estem en presència d'un dret fonamental que, llevat de les limitacions constitucionals expresses, ha de ser interpretat de la forma més favorable per al seu exercici i predicar-se de tots els ciutadans, i el legislador orgànic no pot negar aquest dret, però sí configurar un règim jurídic especial. La *vis expansiva* dels drets fonamentals, i la vaga ho és, no pot conduir a cap altra conclusió. Els jutges, com a titulars d'un poder de l'Estat, no poden ser, jurídicament parlant, assimilables als diputats o als membres del Govern.

a) Seguint una interpretació sistemàtica dels articles 7, 28.1. i 28.2, caldria incloure-hi també els funcionaris públics, ja que són treballadors que presten els seus serveis sota dependència i per una retribució, tal com reconeix l'article 1.2 de la Llei orgànica de llibertat sindical, que parla de treballadors subjectes a una relació laboral i d'aquells altres subjectes a una relació administrativa o estatutària. El Reial decret llei de 1977 exclouia els treballadors públics del seu àmbit d'aplicació, i la jurisprudència constitucional va entendre com a vàlida la dita exclusió. Fins que es va aprovar la Llei 34/1984 no hi havia cap referència legal a la vaga expressa de funcionaris públics. És la interpretació seguida per l'article 21 de la Llei orgànica de llibertat sindical, que inclou els funcionaris públics com a titulars de la llibertat sindical. Actualment, l'article 15.c de l'Estatut bàsic de l'empleat públic reconeix expressament aquest dret, que pot ser exercit individualment o col·lectivament, encara que no es refereix als jutges i als magistrats, atès que el seu article 4 els considera personal amb legislació específica, la qual, d'altra banda, no existeix. El contrari portaria a afirmar que el nostre ordenament jurídic reconeix la llibertat sindical als treballadors i als funcionaris i, en canvi, únicament predica el dret de vaga dels treballadors per compte d'altri, fent innecessària l'exclusió expressa d'altres col·lectius. És a dir, s'omet qualsevol limitació subjectiva de la titularitat del dret de vaga, cosa que no succeeix quan l'article 28.1 regula la llibertat sindical.

huelga», *Actualidad Administrativa*, núm. 35, 2002; CASTRO ARGÜELLES, M. A. «Titularidad y ejercicio del derecho de huelga», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1994; GALLEGO MORALES, A. J. *Intereses profesionales y formulas organizativas*, Granada, 1997; GARCÍA BLASCO, J. *El derecho de huelga en España: Calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, 1983; ORTELLS, M. «Asociaciones y vindicación de Jueces», *Argumentos*, núm. 8, 1978; SÁNCHEZ PEGO, F. J. «La huelga en la función pública y las huelgas judiciales», DL, núm. 42, 1994.

b) A la mateixa solució condueix una interpretació finalista d'aquests preceptes. En efecte, si la vaga forma part del contingut essencial de la llibertat sindical, el no-reconeixement d'aquesta als funcionaris públics la privaria de sentit. No obstant això, alguns funcionaris (els policies) són titulars de la llibertat sindical però no del dret de vaga. Però això es fonamenta en una exclusió expressa realitzada per l'ordenament jurídic mateix, no en el seu silenci. La relació entre els dos drets fonamentals constitucionalitzats a l'article 28 és d'espècie a gènere, ja que la vaga forma part del contingut essencial de la llibertat sindical.

El precepte que serveix de fonament a les tesis negatòries és l'article 127 CE, que nega als jutges i als magistrats la titularitat de la llibertat sindical, a canvi de reconèixer-los un dret d'associació professional i mantenint un absolut silenci sobre el dret de vaga. Si aquest és un contingut de la llibertat sindical, també, com a conseqüència lògica, ha de ser negat a aquests col·lectius. Per això no és estrany que els decrets reguladors dels serveis mínims a l'Administració de justícia es refereixin a altres empleats d'aquesta, però no als jutges i als magistrats. I, per això, l'article 496 LOPJ es refereix al dret de vaga dels funcionaris. I el 536.15 considera falta molt greu per a aquests funcionaris «l'incompliment del deure d'atendre els serveis essencials en cas de vaga». És a dir, la vaga en l'Administració de justícia és possible, però l'ordenament jurídic, amb un calculat i ambigu silenci per part del legislador, no preveu que aquesta sigui exercida pels jutges i els magistrats, sinó pels altres funcionaris al seu servei. Davant d'això, cal assenyalar que l'article 127 CE els priva de la pertinença a sindicats, no de la titularitat de la llibertat sindical, la qual es pot exercir també fora dels sindicats, ja que és un dret *uti singuli*, que es pot exercir individualment o col·lectiva. L'afiliació sindical forma part del contingut essencial de la llibertat sindical, però no l'esgota. I als jutges i als magistrats els està constitucionalment vedada una part d'aquest contingut essencial de la llibertat sindical, però no la totalitat del dret en qüestió, dins del qual es troba l'exercici de l'acció sindical, de la qual sí que són titulars els jutges i els magistrats.

c) A això anterior caldria afegir, com a argument addicional, el que disposen els articles 9.2. i 23, que configuren el dret dels ciutadans a participar en els afers públics. Els jutges i els magistrats també són ciutadans i titulars del dret de participació en la vida política judicial, sempre que estigui garantida la seva independència, la qual cosa pot suposar una limitació pel que fa a la seva participació en la vida política. I és que predicar «l'asèpsia política» dels membres de la carrera judicial és una tasca vana que històricament no ha fet més que amagar posicions reaccionàries.

d) El mateix es podria dir si interpretem l'article 28.2 d'acord amb les declaracions internacionals de drets i llibertats, tot i que algunes també estableixen limitacions. Així, l'article 6.4 de la Carta Social Europea es limita a reconèixer el

dret de vaga dels treballadors. Per la seva banda, els principis del Comitè de Llibertat Sindical i la Comissió d'Experts de l'OIT sobre el dret de vaga assenyalen que el dret de vaga dels funcionaris de l'Administració de justícia i del poder judicial pot ser objecte de restriccions importants o fins i tot de prohibició.

e) El paral·lelisme amb el dret d'associació. Encara que s'impeideixi constitucionalment (art. 127.1 CE) la pertinença dels jutges i els magistrats a partits polítics i sindicats, també l'esmentat precepte constitucional remet a una llei el sistema i les modalitats d'associació professional dels jutges, dels magistrats i dels fiscals. A més, l'article 127.1 CE suposa «una excepción a la regla general en materia de libertades y derechos fundamentales, de interpretación restrictiva», que no té parangó en el dret comparat.¹⁹ És a dir, se n'ha de fer una interpretació partint del principi *favor libertatis* i amb fonament en la garantia de la imparcialitat del jutge. Com ha assenyalat la nostra jurisprudència constitucional (STC 108/1986, de 29 de juliol), aquesta prohibició és lògica atesa la situació estatutària dels jutges, més rigorosa que la dels altres funcionaris. D'altra banda, a través de les associacions professionals, els jutges i els magistrats defensen els seus interessos professionals i, a més, duen a terme activitats adreçades al servei de la política judicial i al servei públic de la justícia en general. Amb la redacció, en suma, de l'article 127, fortament debatut en el procés constituent, sembla que es limiten els interessos dels membres de la carrera judicial i fiscal a interessos purament corporatius, fent una interpretació errònia de la posició constitucional dels jutges i els magistrats que els separa de la societat civil a què pertanyen.²⁰

f) Juntament amb l'escissió impossible entre la llibertat sindical i el dret de vaga, els que neguen aquest últim sostenen que el legislador no ha volgut regular el seu reconeixement als jutges i als magistrats i sí que ho ha fet en relació amb el personal al servei de l'Administració de justícia (art. 470.2 LOPJ).²¹ I si bé

19. DE LA MATA AMAYA, J. «Artículo 27», al llibre col·lectiu *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Madrid, 2009. Aquest precepte constitucional haurà de ser desenvolupat per la LOPJ als seus articles 395 i 417.1.2. Vegeu, així mateix, CAVERO, I. «Comentario al artículo 127. Prohibiciones de afiliación partidista y sindical. Posibilidades asociativas y régimen de incompatibilidades», a AD, *Comentarios a las Leyes Políticas*, vol. IX; ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «Sobre asociacionismo e independencia judicial», a *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 25; BELLOCH JULBE, A. «Notas sobre el asociacionismo judicial», *Revista del Poder Judicial*, Especial V; FERNÁNDEZ FARRERES, G. «Las asociaciones profesionales de Jueces y magistrados», al llibre col·lectiu *El Poder Judicial*, vol. II; VIEGAS ALFONSO, O. «El papel del asociacionismo del sindicalismo judicial en el día de hoy y las transformaciones de la sociedad», a *Jueces para la Democracia*, núm. 37.

20. BAYLOS GRAU. *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, 1987.

21. Així ho entén ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983. Vegeu, així mateix, BARRERO GONZÁLEZ, G. «La huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo», a AD. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980; CALDERÓN CEREZO, A. «Jueces y derecho de huelga», a *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 130, 3 de desembre de 1993.

cal reconèixer que el titular del dret de llibertat sindical també ho és del dret de vaga, també és possible admetre la titularitat d'aquest darrer sense pertànyer a cap sindicat.

La vaga és un dret *uti singuli* però que també es pot exercir de forma col·lectiva, és a dir, pels seus representants i pels sindicats amb implantació en l'àmbit laboral al qual la vaga s'estengui (STC 11/1981, 70/1982, 39/1996, 123/1992 i 259/2007, entre moltes d'altres). És a dir, és un dret de titularitat individual, atès que el seu exercici es pot fer col·lectivament (la convocatòria, l'establiment de reivindicacions, la publicitat, la negociació, el cessament de la vaga...), sense que sigui un instrument vinculat exclusivament a les organitzacions sindicals. Ara bé, els jutges i els magistrats tenen prohibit constitucionalment pertànyer a partits polítics i a sindicats, encara que sí que poden constituir associacions professionals (art. 127.1 CE), les quals han de ser considerades com a titulars de l'exercici col·lectiu del dret de vaga. Per la seva banda, la LOPJ, al seu article 470.2, es refereix exclusivament al dret de vaga del personal al servei de l'Administració de justícia, i eludeix qualsevol referència als jutges i als magistrats. Això es pot interpretar en el sentit que la voluntat del legislador ha estat privar-los del dret de vaga. Davant d'això, i seguint la jurisprudència constitucional, el legislador no pot privar de l'exercici d'un dret fonamental, atès que les normes constitucionals són directament aplicables. Hi pot haver desenvolupament legislatiu o no, i n'hi ha d'haver, però no privació d'un dret. El desenvolupament legislatiu parcial d'un precepte constitucional és una opció legítima del legislador però no pot ser interpretat com una prohibició de la part omesa i no normativament desenvolupada.

Una cop acceptada la interpretació àmplia de l'article 28.2, en el sentit que també comprèn els funcionaris públics, llevat de les excepcions establertes constitucionalment, es tractaria d'analitzar la posició dels jutges com a funcionaris públics i com a titulars d'un dels poders de l'Estat.

La qüestió és susceptible de ser resolta fàcilment si efectuem una distinció entre l'anomenada relació orgànica i la relació de servei professional. Des del primer punt de vista, cadascun dels jutges i els magistrats és titular d'una funció d'un poder estatal, la qual cosa no és predicable dels diputats o membres del poder executiu, considerats individualment. Un jutge és un poder de l'Estat. Un diputat o un ministre, no, però sí que ho és el seu conjunt. La funció jurisdiccional, de jutjar i fer executar allò que ha estat jutjat, correspon a tots i cadascun dels jutges i els magistrats, membres integrants del poder judicial. Per contra, la funció legislativa estatal no rau en cadascun dels diputats o senadors, sinó en les Corts Generals. I la funció de govern estatal no rau en cadascun dels ministres sinó en el Govern com a òrgan constitucional. Des d'aquest punt de vista sembla lògic entendre que els jutges i els magistrats no serien titulars del dret de vaga.

Ara bé, al costat d'això, existeix la relació de servei professional, que implica que la funció judicial en el nostre model, d'origen continental, s'exerceix mitjançant una relació funcionarial, en el curs de la qual es pot produir un conflicte amb l'Administració pública competent (les retribucions, els horaris de treball, etc.). Els jutges i els magistrats, són, doncs, també funcionaris públics i titulars del dret-deure al treball a què es refereix l'article 35 CE. En aquest segon supòsit, res no sembla impedir que els jutges i els magistrats siguin titulars del dret de vaga, que podria exercitar-se per millorar les condicions de prestació de serveis d'aquests funcionaris judicials. És a dir, cal distingir entre vaga dels jutges com a poder judicial, que podria ser il·legal, d'una vaga dels jutges com a funcionaris públics. Estaríem, d'aquesta manera, davant de vagues professionals, no partidistes ni ideològiques i que, per tant, no comprometrien la imparcialitat judicial en l'exercici de la funció jurisdiccional. En existir interessos professionals susceptibles d'una reivindicació col·lectiva, és necessari que es reconegui el dret de vaga.²²

En suma, la titularitat del dret de vaga dels jutges i els magistrats difícilment es pot negar, encara que s'ha de limitar fins i tot en major mesura que en el cas d'altres funcionaris públics. No hem d'oblidar que el dret de vaga és un dret fonamental, aplicable directament i la titularitat del qual és *a priori* universal, i no admet més excepcions que les constitucionalment establertes, i entre aquestes no es troba la privació de la seva titularitat als jutges i els magistrats. L'omissió legal existent ha de conduir, doncs, al seu reconeixement. Un altre tema diferent és que el legislador orgànic pogués privar els jutges de l'esmentada titularitat (com es va proposar des del Govern en el seu moment), cosa que tampoc no considerem viable perquè seria una limitació inconstitucional.

3. EL RÈGIM JURÍDIC DEL DRET DE VAGA

El dret de vaga no és, com no ho és cap dret, un dret absolut, sinó que es troba subjecte a una sèrie de limitacions. Algunes estan establertes en el mateix text constitucional: l'exercici del dret de vaga ha de respectar «el manteniment dels serveis essencials de la comunitat» (art. 28.2 CE).²³

22. L'Associació Jutges per a la Democràcia, o almenys els seus membres més rellevants, ha estat, des del principi, partidària del dret de vaga dels jutges i els magistrats. Per la seva banda, el X Congrés nacional de l'APM (1993) va proposar aquesta conclusió: «El reconocimiento del derecho a la huelga de jueces y magistrados no afecta su consideración de representantes de uno de los tres poderes del estado, en tanto su ejercicio nunca puede menoscabar la función que representan, sino que, por el contrario, se relaciona con la defensa de los legítimos intereses en aquellos otros aspectos en los que se depende de los restantes poderes, sin actuar en el ejercicio de la jurisdicción». Aquesta proposta fou rebutjada per majoria. Vegeu MONEREO PÉREZ, J. L. «La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales», al llibre col·lectiu *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Granada, 2002.

23. Vegeu, quant a això, OJEDA AVILÉS, A. «Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces,

Determinats col·lectius, com és el cas dels funcionaris, poden tenir limitat l'exercici del dret de vaga. El tenen prohibit la policia (Llei 2/1986, de 13 de març, de forces i cossos de seguretat de l'Estat, l'article 6 de la qual parla de crear altres mecanismes per resoldre els possibles conflictes existents) i el personal militar (Llei 85/1978, de 28 de desembre). Per negar l'exercici d'un dret fonamental ha d'existir un mandat constitucional exprés, un supòsit que no té lloc en el cas de la judicatura.

La vaga consisteix en la suspensió temporal de la relació laboral o funcional (que inclou, com és lògic, la suspensió de la percepció salarial) per part del treballador. Amb això es limita la llibertat de l'empresari, atès que aquest no es troba en la mateixa posició que el treballador. Ara bé, la vaga no pot ser abusiva sinó que exigeix una certa proporcionalitat, que ja ha estat delimitada per la nostra jurisprudència constitucional, que impedeix la coacció, no la informació, sobre tercers i l'afectació d'altres béns i drets constitucionalment protegits.

Quant al manteniment dels serveis essencials, és a dir, els anomenats *servicios mínimos*, el Tribunal Constitucional ha partit del principi segons el qual aquests no poden desnaturalitzar l'exercici del dret de vaga i que les garanties del dret de vaga no poden romandre en mans de cap de les parts implicades, atès que és constitucionalment lícita la intervenció de l'autoritat governativa competent.

Al costat d'això, el Tribunal entén que el dret de vaga cedeix davant dels serveis essencials, ja que «se puede ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviere éxito».²⁴

Al costat d'aquesta limitació constitucional n'hi ha d'altres inherents a la naturalesa dels drets i béns constitucionals implicats. Quant a això, en el cas de la vaga dels jutges es trobarien, fonamentalment, el dret de tots els ciutadans a

magistrados y fiscales», a *Jueces para la Democracia*, num. 16-17, 1992.

24. La STC de 17 de juliol de 1981 assenyalava que la idea de serveis essencials admet dues concepcions: d'una banda, poden ser considerats com «aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad». I, de l'altra, que sembla que és aquella per la qual s'inclina el Tribunal quan afirma que «un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial, deben ser esenciales los bienes o intereses satisfechos. Como bienes o intereses esenciales hay que considerar los Derechos Fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos». En suma, correspon a l'autoritat governativa ponderar els interessos en joc. Vegeu, així mateix, les STC 51/1986, de 24 d'abril; 53/1986, de 5 de maig; 27/1989, de 3 de febrer; 233/1997, de 18 de desembre, etc. El Projecte de llei de 1993 establia una clàusula general i una enumeració casuística, massa discutible, que permetia, en cas d'incompliment, a l'empresari substituir els vaguistes per altres treballadors. Vegeu, pel que fa a això, BAYLOS, A. *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, 1987; CASTIÑEIRA, J. *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Pamplona, 2006; MONREAZ, E. *Huelga en servicios esenciales: análisis de la jurisprudencia española*, València, 2008.

la tutela judicial efectiva i el dret al jutge natural.

En no existir cap regulació de desenvolupament, en absència de qualsevol suport normatiu, s'ha de determinar si la regulació actual existent és aplicable a l'exercici del dret de vaga per part dels jutges i els magistrats o si, per contra, fins que aquest suport normatiu existeixi, es fa necessari procedir a tota una interpretació perquè l'òrgan competent, en aquest cas el Consell General del Poder Judicial, elabori una normativa.

Quant a això, la futura regulació normativa del dret de vaga dels jutges i els magistrats hauria d'abordar les qüestions següents:

a) L'acord de declaració de la vaga haurà de ser comunicat al CGPJ, al Ministeri de Justícia i a l'autoritat laboral (Ministeri de Treball) pels representants dels jutges en vaga, amb una antelació de deu dies naturals. La comunicació esmentada haurà de contenir els objectius de la vaga, les gestions realitzades fins aleshores per dirimir els conflictes existents, la data del seu inici i la composició del comitè de vaga (art. 3 i 4 del Reial decret llei 17/1977, de 4 de març).

En la vaga del mes de febrer de 2009 els motius al·legats foren el retard en la implantació d'una autèntica oficina judicial, l'ús adequat de les noves tecnologies en l'Administració de justícia, la manca de funcionaris judicials i l'absència d'una formació adient; l'establiment de la càrrega màxima de treball raonable que pot assumir cada òrgan judicial; la desvinculació entre el sistema retributiu i la productivitat; la revisió de la planta judicial; l'establiment d'un sistema adequat i eficaç de substitucions mitjançant els jutges titulars, que posi fi a l'anomenada *justícia interina*; i l'adopció de mesures de conciliació de la vida familiar i laboral.

El CGPJ va prendre una primera posició davant de l'anunciada vaga en el seu comunicat de 22 de gener de 2009.²⁵ Posteriorment, en la seva sessió extraordinària de 9 de febrer de 2009, va adoptar una sèrie d'acords en relació amb la comunicació de la vaga per al 18 de febrer.

Les reivindicacions per les quals es convoca la vaga figuren en un document

25. El text del comunicat deia el següent: «El Consejo general del Poder Judicial quiere destacar en primer lugar que la inmensa mayoría de los jueces y magistrados de este país sigue optando por la vía de la responsabilidad institucional y el dialogo, como ya pusieron de manifiesto las asociaciones judiciales, para resolver los problemas de nuestra Administración de Justicia. El Consejo General del Poder Judicial no puede sino lamentar que una minoría de la carrera judicial haya manifestado su voluntad de adoptar medidas de presión, que entendemos precipitadas y que podrían dejar indefensos a los ciudadanos en su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. El órgano de gobierno de los jueces considera que es difícilmente comprensible una postura tan drástica en esta etapa crucial de negociación, en la que el Consejo está trabajando intensamente, junto con las asociaciones judiciales, los órganos de gobierno del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas, en pos de un profundo proceso de modernización de la justicia. Finalmente, el Consejo General del Poder Judicial reitera su absoluta determinación de seguir trabajando en busca del consenso, para resolver los problemas que vienen afectando a la Administración de Justicia, confiando una vez más en la responsabilidad y profesionalidad de nuestros jueces y magistrados».

del dia 12 de febrer de 2009: la modernització de l'oficina judicial, la formació del personal, la revisió de la distribució territorial dels òrgans judicials, la càrrega de treball, etc. En darrer lloc, se sol·licita el compliment de les previsions de la Llei de retribucions de la carrera judicial i fiscal, amb referència especial al pagament dels serveis de guàrdia.

b) El comitè de vaga, integrat pels jutges del mateix centre de treball afectat pel conflicte, no podrà excedir de dotze membres, i haurà d'exercir les funcions que li atribueix l'article 5 de l'esmentat Reial decret llei.

Es va constituir un comitè de vaga nacional, que es va reunir a Madrid el 14 de febrer de 2009, amb l'ordre del dia següent: 1) Presentació i informació general. 2) Serveis mínims. 3) Assenyalaments. 4) Mecanismes per al control del seguiment de la convocatòria. 5) Cartells anunciadors de la vaga. 6) Actuacions posteriors dia 19 F. 7) Precs i preguntes.

Cada jutge i magistrat havia de comunicar el seu exercici del dret de vaga al president del seu Tribunal Superior de Justícia. Es troben en vaga tots els que fan aquesta declaració encara que hagin de mantenir serveis mínims, els quals duren a terme per si mateixos sense que puguin delegar en un altre company ja que «ello es consustancial al juez predeterminado por la ley». Està legalment prohibit substituir el company en vaga.

També es va produir la fixació de serveis mínims, segons l'article 6.7 del RDL 17/1977. Quant a això, es van considerar dins dels serveis mínims, amb caràcter general, totes les actuacions de les juntes electorals i les actuacions imprescindibles, per part de degans i càrrecs governatius, per a la gestió dels assumptes urgents i inajornables del dia de la vaga. Així mateix, s'estableixen tota una sèrie de serveis mínims en funció de cada ordre jurisdiccional, que engloben tots els assumptes urgents i aquells que puguin afectar els drets fonamentals dels justiciables.

c) Si el CGPJ reconegués el dret de vaga, hauria de fixar els serveis mínims, els quals serien impugnables jurisdiccionalment. En cas que no ho fes, aquests podrien ser fixats pels mateixos jutges en vaga. El manteniment dels serveis mínims, en coherència amb el que s'ha apuntat amb anterioritat, pot presentar singularitats en relació amb el règim general del dret de vaga, ja que hi ha evidents drets fonamentals en col·lisió, com ara el dret a la tutela judicial efectiva, el dret a jutge natural, la imparcialitat dels jutges i dels magistrats, etc. En aquest sentit, es podria entendre la impossibilitat legal de dur a terme «vagues polítiques», que poguessin implicar la imposició d'un model judicial determinat, el qual correspon, dins de la legalitat, al CGPJ, com a òrgan de govern dels jutges. És a dir, la vaga s'ha de limitar a la seva condició de funcionari públic, sense afectar el més mínim la seva condició de poder de l'Estat.

Quant a la fixació dels serveis mínims de la vaga del 18 de febrer de 2009, el CGPJ, en els seus acords de 9 de febrer assenyalà que «con independencia de las

cuestiones que pudieran suscitarse en relación al reconocimiento del derecho de huelga de jueces y magistrados, lo cierto es que el ejercicio de ese posible derecho carece, en el momento actual, de soporte normativo». A continuació sembla reconèixer que no és aplicable el que disposen els articles 3 i 4 del Reial decret llei 17/1977, de 4 de març, atès que és una norma que «se refiere a un tipo distinto de relaciones jurídicas, sin que por tanto puedan encuadrarse en ella las medidas que se pretenden». Conseqüentment, el CGPJ es nega a fixar els serveis mínims, «ni a tener por tales aquellos que puedan señalar quienes suscriben los escritos», i conclou que «velara siempre para que mediante el ejercicio de la función jurisdiccional se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos». En conseqüència, resol que no és procedent «A) Tener por anunciada la convocatoria de huelga. B) Fijar servicios mínimos ni tener por tales los que pudieran señalar los que suscriben los diferentes escritos». Contra aquest acord es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Tercera del Tribunal Suprem en els termes de l'article 115.1 de la Llei 29/1998, de la jurisdicció contenciosa administrativa. Aquest recurs no fou interposat pels convocants.

A més d'adoptar els acords anteriors, i de remetre la documentació procedent al Ministeri de Justícia, va aprovar una Declaració institucional que podríem qualificar de *compensatòria* en relació amb els acords anteriors.²⁶

26. El text de la declaració esmentada és el següent: «Los jueces trabajan con un grado de dedicación y esfuerzo personal encomiable y digno de todo respeto y, en muchas ocasiones, su labor se realiza en condiciones humanas y materiales que no responden a las necesidades exigibles para un poder del Estado. Por ello, el CGPJ reitera, una vez más, que comparte y apoya las peticiones relativas a la modernización de la justicia, a las condiciones en que se administra y a la mejora del estatuto orgánico, en el convencimiento de que se trata de propuestas cuya consecución es necesaria para la justicia rápida y de calidad que demandan y se merecen los ciudadanos. El CGPJ constata que la respuesta efectiva a tales peticiones no se inscribe en el ámbito de sus medios propios, ya que la cobertura presupuestaria de las medidas a adoptar está en manos del Ministerio de Justicia y de las Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en esta materia. Ello no obstante, el CGPJ estima que el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y el debido respeto al derecho a la tutela judicial efectiva exigen una decidida toma de posición por parte de todos e imponen al CGPJ la obligación de liderar este proceso de modernización y velar por su buen fin. Desde este convencimiento, el CGPJ ha impulsado diversas actuaciones de choque, así como el diseño y desarrollo de un plan integral de modernización y el análisis de reformas legales urgentes, todo lo cual se ha traducido en compromisos y medidas concretas por parte de las administraciones competentes y que, aunque todavía no son suficientes, se orientan a la obtención de una Justicia mejor. El CGPJ entiende que ese objetivo común de prestar el mejor servicio posible a los ciudadanos solo puede lograrse con una voluntad real de buscar puntos de encuentro, mediante el dialogo y la negociación sinceras y efectivas, por lo que llama a todos los jueces a apoyar este dialogo y a colaborar con un actitud crítica, pero responsable y constructiva, para que continúe con éxito. Ante las convocatorias de paro anunciadas para el próximo día 18 de febrero, el CGPJ considera que dichas medidas, por su gravedad y efectos en la prestación de un servicio público fundamental, resultan difícilmente conciliables con los objetivos que persiguen y carecen de justificación cuando está abierta la vía del dialogo con el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas y se aprecia una voluntad clara de profundizar en el proceso. El CGPJ como órgano de gobierno del Poder Judicial, por tanto, no comparte medidas de presión que perjudiquen el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva y cuyo ejercicio no tiene una específica cobertura

d) Si el CGPJ prohibeix la vaga, el seu acord també es podria recórrer en contra jurisdiccionalment. En aquest sentit, es planteja el problema de la possible sanció als vaguistes. Quant a això, cal tenir en compte el que disposa l'article 419.5 LOPJ. D'altra banda, l'article 419.4 LOPJ tipifica com a falta lleu «l'absència injustificada i continuada per més d'un dia natural i menys de quatre de la seu de l'òrgan judicial en què el jutge o magistrat estigui destinat». Per la seva banda, l'article 418.10 LOPJ considera com a falta greu «l'incompliment injustificat i reiterat de l'horari d'audiència pública i la inassistència injustificada als actes processals amb audiència pública que estiguin assenyalats, quan no constitueixi falta molt greu». En ambdós casos resulta molt difícil imposar aquestes sancions quan la vaga sigui inferior a un dia, i, en el segon cas, atesa la inexistència d'actes processals assenyalats. En relació amb aquesta qüestió es planteja el problema de si hi ha responsabilitat disciplinària i penal ex article 409 LOPJ.

e) Correspon al Ministeri de Justícia la retenció de la part del salari dels jutges declarats en vaga, la qual cosa suposaria el reconeixement d'aquesta. Aquest supòsit tampoc no es va produir en la vaga esmentada.

La participació en la vaga és entre el 62 i el 35%. Uns 2.000 jutges la van secundar. I, això, amb un cost d'imatge mínim. El Ministeri de Justícia va reclamar del CGPJ la llista dels jutges en vaga, la qual no li fou facilitada; per tant, no hi va haver sancions ni mesures disciplinàries destinades als jutges vaguistes.

Tot això anterior posa en relleu el greu malestar existent a la nostra Administració de justícia, que continua sent una assignatura pendent del nostre sistema democràtic. I és que totes les mesures adoptades fins ara, unes més encertades que d'altres, no sembla qu'hagin resolt la qüestió. Bona prova d'això és l'anomenada «Plataforma per a la despolitització i la independència judicial», subscripta el 13 de gener de 2010 per gairebé 1.500 jutges i magistrats no afiliats a cap associació judicial, en què des de la «progressiva ocupació del Poder Judicial pel poder polític», a partir de 1985, s'analitzen les diferents reformes normatives dutes a terme i es conclou proposant una sèrie d'objectius bàsics com són l'elecció democràtica de tots els òrgans de govern intern del poder judicial, el manteniment en mans dels jutges de les seves funcions estrictament jurisdiccionals, l'elaboració d'una nova planta judicial i l'establiment d'una nova càrrega de treball, l'aprovació d'un nou estatut judicial i la independència econòmica.

A parer nostre, els problemes inherents a l'Administració de justícia no poden quedar reduïts al clàssic problema de la composició del Consell General

legal. El CGPJ confia en el constatado sentido de la responsabilidad y del cumplimiento del deber de los jueces y continuar trabajando para la inaplazable solución de los graves problemas que afectan a la Administración de Justicia».

del Poder Judicial i a l'àmbit competencial d'aquest. Potser la qüestió resideix a determinar quin és el model judicial que desitgem, a decidir qui determina la política judicial, a traslladar la forma i el mètode en què el principi autonòmic ha d'afectar el nostre poder judicial i a potenciar l'àmbit competencial del nostre Tribunal Suprem.²⁷

27. Vegeu, amb referència a això, NIETO, A. *El malestar de los jueces y el modelo judicial*. Madrid, 2010.

2.1. L'ACCÉS A LA CARRERA JUDICIAL

Ponent:

PERE JOVER PRESA

President del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya
Profesor titular de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

1

Bon dia a tothom, i moltes gràcies al meu bon amic Joaquim Borrell per les seves immerescudes paraules. La veritat és que no sóc cap expert en matèria de poder judicial, encara que sí que és cert que quan vaig ser membre de la Comissió de Justícia i Interior del Congrés dels Diputats vaig participar activament en tasques legislatives relacionades amb aquest tema, i per això em considero capacitat per aportar algunes idees que poden servir de base per al debat que farem posteriorment, que, en última instància, és el que pretenem en aquest Seminari.

Aquells de vostès que van participar fa dos anys al IX Seminari Autonomia i Justícia, que va precedir el que celebrem avui, recordaran que en aquell moment em va correspondre tractar un tema que em vaig atrevir a titular *La impossible reforma del Senat*. Amb aquesta frase em referia a una circumstància àmpliament coneguda com és el fet que una institució tan important per al nostre sistema constitucional com el Senat no només no compleix, ni de lluny, les funcions de cambra territorial que li encomana la Constitució (em refereixo, naturalment, a la representació territorial pròpia de l'Estat de les autonomies), sinó que tampoc no respon als requeriments que tradicionalment es consideren com a propis d'una segona cambra.

I, malgrat això —vèiem llavors—, la superació d'aquesta situació mitjançant la corresponent reforma constitucional era, i ho continua sent per raons que tots coneixem, pràcticament impossible.

Doncs bé, sembla que jo tinc una certa tirada per temes que resulten immunes a la reforma, fins i tot quan es multipliquen les veus i opinions que la consideren necessària i fins i tot urgent. Ho matisaré: no crec que hi hagi en aquesta sala gaires persones que considerin que la reforma del procediment d'accés a la carrera judicial sigui, ara com ara, una qüestió que es pot abordar d'una manera fàcil i sense gaires problemes; però, malgrat això, aquests problemes no assoleixen la dificultat dels que havíem observat fa dos anys quan tractàvem la reforma del Senat. Això és així, entre altres raons, perquè la reforma del Senat

que llavors ens semblava necessària requereix la revisió constitucional, amb tot el que aquesta revisió comporta; en canvi, la intervenció sobre el sistema d'accés a la carrera judicial no afectaria gens ni qüestionaria aquest bé tan preat que és el consens constitucional; n'hi hauria prou amb modificar la Llei orgànica del poder judicial.

Això no significa que la regulació de l'accés a la carrera judicial sigui un tema fútil, ni que es pugui modificar de forma senzilla. De fet, al nostre país té a favor seu una longevitat envejable, ja que en els seus aspectes medul·lars és el mateix que es va implantar a finals del segle XIX. Des de llavors ha conegut dos canvis importants (em refereixo, naturalment, a canvis legals de la seva estructura i no a d'altres de naturalesa política, com va ser el sofert com a conseqüència de la Guerra Civil), produïts durant els últims vint anys, després de la implantació del règim constitucional. El primer, a partir de les previsions contingudes en la Llei orgànica 6/1985, del poder judicial, va introduir fórmules d'accés inspirades en el model anglosaxó, les conegudes com de tercer i quart torn, que s'apliquen només a un percentatge de les places incloses en cada convocatòria, i que substitueixen el clàssic sistema del concurs oposició per una prova en la qual fonamentalment s'avalua l'experiència professional del candidat. El segon canvi, relatiu a la funció encomanada a l'Escola Judicial en el procés de formació dels candidats, és més fruit d'un procés que d'un canvi normatiu, però el cert és que ha aportat novetats importants al sistema existent anteriorment.

Això és així perquè el curs teoricopràctic que necessàriament s'ha de fer a l'Escola Judicial després de la superació de la prova del concurs oposició ha adquirit durant els últims anys una rellevància molt superior a la que tenia anteriorment. I encara que el concurs continua ocupant el lloc central en el sistema d'accés, l'aprofitament obtingut en el curs teoricopràctic condiciona l'avaluació final obtinguda i, consegüentment, produeix els seus efectes en l'escalafó. I, com saben molts de vostès, en un sistema judicial de cos únic l'escalafó és important. Oi que sí?

No dispo de gaire temps per exposar un tema tan complicat —em queden dotze minuts, com em recorda el moderador. Si els sembla bé em limitaré, en primer lloc, a una exposició genèrica de les grans qüestions que subjauen a tot sistema d'accés a la funció de jutge, tant al nostre país com en el dret comparat, i posteriorment plantejaré algunes preguntes (i, per la meua banda, no exclouré les respostes corresponents) sobre els que jo crec que són els grans problemes que presenta aquest sistema d'accés al nostre país. Tot això, amb la finalitat de fixar alguns temes per al debat que durem a terme immediatament després.

Pel que fa al primer aspecte, només vull fer dues consideracions prèvies. La primera és molt simple, però de vegades l'oblidem: els procediments diversos que es poden utilitzar per a la selecció dels futurs jutges no poden ser examinats ni tractats des d'una perspectiva purament tècnica, ja que no haurien d'estar dedicats, exclusivament, a avaluar el coneixement del dret que demostren els candidats. Aquesta és, certament, una de les competències i destreses que se'ls ha d'exigir, però no és l'única ni probablement sigui la més important. I això, per dues raons que ens recorda Carlo Guarnieri, un dels grans experts en la matèria.

D'una banda —diu Guarnieri—, els jutges exerceixen una potestat excepcionalment important a l'Estat de dret, la potestat jurisdiccional. Llegeixo la seva citació textualment: «La modalitat o les modalitats amb què s'elegeix un jutge tenen una especial importància i una relació directa amb la posició del poder judicial, un dels grans poders de l'Estat, en una democràcia constitucional». El jutge forma part del poder judicial, sí, però aquest és un poder diferent dels altres, ja que la independència i la imparcialitat que se li exigeix els col·loca per sobre o, almenys, al marge del joc polític, mentre que els altres dos poders, el legislatiu i l'executiu, actuen d'acord amb criteris d'oportunitat en funció del joc de majories i minories resultant de les eleccions. I aquesta realitat, naturalment, s'ha de projectar sobre la forma com es recluten els seus integrants.

I, de l'altra, perquè la utilització d'una o altra d'aquestes formes produeix efectes directament relacionats amb la qualitat global de la justícia. I la justícia, no ho oblidem, no és només un dels grans poders de l'Estat sinó també un servei públic que, a més, presenta una connexió directa amb l'exercici del més important dels drets fonamentals, el dret a la tutela judicial efectiva, ja que és el que ens permet defensar tots els altres drets i interessos legítims.

Segona consideració: malgrat el que acabem d'afirmar, està clar que la consecució d'aquests objectius substancials, relatius a l'exercici adequat de la potestat jurisdiccional i a la raonable qualitat del servei públic de la justícia, no depenen exclusivament, ni tampoc substancialment, del sistema d'accés a la carrera judicial. No em refereixo a la disponibilitat d'uns mitjans materials i personals adequats, tant en qualitat com en quantitat, ni tampoc a la bona organització de l'Administració de justícia, qüestions la importància de les quals ningú no podria defugir, però que no tenen res a veure amb la matèria pròpia d'aquesta sessió. No, continuem amb el jutge i amb el seu rol protagonista en la impartició de la justícia, i voldria centrar la seva atenció sobre el fet que, una vegada produïda la seva selecció i accés al cos, allò que succeeix després també té una relació directa amb la consecució dels objectius a què abans ens referíem. Estic parlant, naturalment, del desenvolupament de la seva carrera professional i de l'avaluació dels mèrits corresponents, entre els quals la necessària formació contínua.

A Espanya, com succeeix en gairebé tots els països de l'Europa continental (no, en canvi, als països anglosaxons ni a l'Amèrica Llatina), els jutges no accedeixen a una plaça concreta sinó a un cos, dins del qual ocupen plaça en diferents òrgans jurisdiccionals d'acord amb un sistema de carrera de tipus funcional. Una vegada hi han accedit i són membres d'aquest cos —ho dic pensant sobretot en els nostres amics d'Amèrica Llatina, aquí presents—, aquests jutges mantenen aquesta situació fins que es jubilen, encara que gairebé mai en la mateixa plaça, ja que a través d'instruments de promoció professional van progressant en la carrera fins a assolir plaça en òrgans jurisdiccionals més o menys superiors, de vegades per mèrits i, d'altres, simplement per antiguitat. Com dèiem abans, les regles que regeixen aquesta promoció dins de la carrera, incloent-hi les que es refereixen a la formació contínua, són tan importants per al bon funcionament del sistema com les que regulen l'accés inicial. I al costat d'aquestes, totes les que es refereixen a l'estatut personal del jutge i, molt particularment, a la seva responsabilitat civil, disciplinària i penal. Aquesta no és una qüestió que haguem de tractar avui, però m'ha semblat important recordar-la.

Una vegada exposades aquestes consideracions prèvies, ens fem la pregunta que centrarà l'objecte del nostre debat: si el sistema d'accés a la carrera judicial és un mitjà, un instrument per disposar del tipus de jutge que volem, quins han de ser els requeriments que exigim a aquest jutge? Algú em pot dir que la resposta és simple: volem el jutge que dissenya l'article 117.1 i altres de la nostra Constitució. I tindria tota la raó, però amb això no hem resolt el problema, ja que la Constitució es limita a recordar els trets substancials propis del poder judicial en qualsevol Estat de dret de tipus continental europeu, com és el nostre. Jo vull comentar aquí un document que em sembla excepcionalment important per respondre aquesta pregunta: em refereixo a la Carta europea sobre l'estatut del jutge, debatuda i aprovada per l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa l'any 1998.

Aquesta Carta europea, elaborada a partir de les tradicions constitucionals comunes dels estats membres (recordem que en aquell moment molts països europeus de l'Est encara no s'havien adherit al Consell d'Europa), va incorporar les que podríem definir com a exigències mínimes, aquelles que resulten imprescindibles per determinar l'estatut d'un jutge en un estat de dret. I ho va fer fugint de plantejaments doctrinals o teòrics, utilitzant criteris simples, clars, sobre la rellevància dels quals ningú no té cap dubte. Aquestes exigències estan agrupades en aquest document a l'entorn de tres grans principis: independència, competència i idoneïtat. Vegem com els defineix la Carta i de quina manera el procediment d'accés a la carrera judicial pot ser implementat per aconseguir el seu compliment al màxim nivell que sigui possible.

Quant al primer principi, crec que no serà necessari que ens hi detinguem gaire, no només perquè és una qüestió àmpliament coneguda i tractada per la teoria del dret i pel dret constitucional, sinó també perquè no presenta una connexió rellevant amb el procediment d'accés a la carrera judicial, almenys en els models europeus com el nostre, en què els jutges integren un cos de l'Estat a què accedeixen mitjançant proves i estudis de caràcter objectiu. La garantia de la independència judicial, entesa com l'exercici de la potestat jurisdiccional lliure de pressions i influències externes, no depèn tant d'aquesta forma d'accés com de criteris directament relacionats amb l'estatut del jutge, una vegada ha accedit al cos. Entre aquests, naturalment, l'exigència d'inamovibilitat, la submissió a un sistema de govern que exclou la intervenció tant dels altres poders de l'Estat com dels interessos privats, i també mitjançant l'aplicació de previsions que, en el nostre ordenament, apareixen prou regulades en el títol II del llibre IV de la Llei orgànica del poder judicial, incloent-hi les destinades a assegurar la independència econòmica mitjançant una retribució adequada. El mateix podem dir d'aquest vessant específic de la independència judicial que és la imparcialitat, entesa com la neutralitat necessària respecte de les parts i respecte de l'objecte de cada procés concret. Una vegada més la Llei orgànica del poder judicial ofereix garanties suficients per resoldre aquests problemes, sobretot després de les reformes operades els anys 1999 i 2003 sobre la regulació de l'abstenció i la recusació, sense oblidar la plena assumpció per la nostra jurisprudència de la coneguda doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans sobre la imparcialitat objectiva i subjectiva.

El segon principi, en canvi, sí que ens interessa, ja que si el sistema d'accés a la carrera judicial no és l'adequat per avaluar la competència del futur jutge, per a quina altra cosa pot servir? I dit això, dues preguntes més: què significa *competència* en el supòsit que ens ocupa? Quins criteris s'han d'utilitzar per decidir si una persona té la competència suficient per ser jutge? Vostès diran, i jo hi estaré d'acord: en un sistema jurídic continental, basat en la llei com a font primària del dret, *competència* significa coneixement de la llei i, concretament, de la legislació vigent, entesa en el sentit més ampli del terme.

Però jo vull precisar-ho més: *competència* no només significa «coneixement del dret»; significa també «aptitud per aplicar-lo a cada cas concret», com ho recorda amb precisió la mateixa Carta. Aquesta aptitud, a parer meu, no es demostra mitjançant l'exposició oral d'uns temes apresos de memòria. I no és així perquè, per començar, requereix capacitat per determinar el supòsit fàctic a què s'ha d'aplicar la norma jurídica, en particular mitjançant l'establiment dels fets provats; requereix també capacitat per seleccionar la norma aplicable a aquests fets, resolent les possibles antinòmies i tenint molt clars els principis que converteixen el dret en un ordre (jerarquia, plenitud, coherència, criteris de prevalença, de supletorietat, aplicació analògica, etc.); i, finalment, res d'això no serveix si el jutge no interpreta adequadament aquests preceptes que són

aplicables, incloent-hi la interpretació conforme a la Constitució, extraient la norma jurídica d'enunciats lingüístics que, per desgràcia, sovint són confusos i fins i tot contradictoris. I aquí encara no acaba la competència del jutge, ja que aquestes aptituds s'han d'exercir en el decurs d'un procés que sovint presenta fortes dosis de complexitat, i han de conduir a un resultat final, normalment una sentència, que ha de ser clara, redactada amb precisió i correcció, comprensible per a les parts i, per tant, degudament motivada, raonable i congruent amb les pretensions adduïdes per aquestes parts. En suma, la competència del futur jutge per aplicar el dret de manera adequada no és una qüestió de coneixement o d'informació; és una destresa que, a parer meu, s'ha de demostrar mitjançant les proves adequades, com veurem després.

Finalment, hi ha la idoneïtat. Aquest és el requisit que resulta més difícil de determinar i, per tant, la seva avaluació és molt més problemàtica en una prova d'accés. Per mi, en tot cas, la idoneïtat per ser jutge no té res a veure amb el coneixement del dret, encara que sí que en té amb l'assumpció plena dels principis sobre els quals es basa el nostre Estat social i democràtic de dret. «Ser idoni» per a una determinada activitat o tasca no és una cosa que s'aprengui, encara que sí que es pot exercitar; és una cosa que es refereix, més aviat, a la possessió de determinades característiques personals, que en el cas que ens ocupa no són físiques, malgrat que, en vista de la càrrega de treball que satura alguns òrgans judicials, una bona resistència davant l'esgotament no hauria de ser considerada quelcom menyspreable en les persones que hi treballen.

Exposaré un exemple que potser m'ajudi a explicar-me: de la mateixa manera que no pot ser un bon mestre d'educació primària una persona que no suporta els nens, per molt que sàpiga de l'assignatura que ha d'ensenyar, tampoc no pot ser un bon jutge una persona que no estima la justícia, en la concepció d'aquesta idea pròpia de la nostra cultura occidental. Ja sé que això és un tòpic, i que no hi ha test o prova que permeti avaluar el nivell d'aquest «amor» per la justícia; només era un exemple. Però siguem seriosos: no fa falta recórrer a la saviesa popular per determinar quines són les característiques psicològiques que tots entenem que són necessàries en un «bon jutge»: moralitat no qüestionada, sentit comú, capacitat de diàleg, estabilitat emocional, etc. I encara que la mesura d'aquestes qualitats és difícil i no és aconsellable utilitzar-les com a mèrit, sí que, en canvi, la seva absència pot ser detectada i considerada com un demèrit o factor d'exclusió, almenys en alguns casos.

Arribem ja a l'últim aspecte que jo els proposava de tractar al començament de la meva intervenció. Encara que no desitjo en absolut condicionar el debat

que farem a continuació, plantejaré quatre grans qüestions sobre el sistema d'accés a la carrera judicial que tenim actualment a Espanya

Per començar, parlem de l'anomenat *concurs lliure*, que és l'utilitzat per proveir la major part de les places vacants, i que és convocat periòdicament pel Consell General del Poder Judicial. Aquest concurs té una primera fase integrada per dos exercicis en la qual els aspirants han de desenvolupar davant del tribunal qualificador, oralment, un nombre determinat de temes extrets mitjançant sorteig d'un temari immens, que inclou pràcticament totes les matèries jurídiques, encara que amb una notable prevalença del dret civil, el dret penal i el dret processal, i una presència limitada, a parer meu, de matèries més pròpies del que podríem denominar *cultura jurídica* (teoria general del dret, dret comparat, dret de la Unió Europea, història del dret, dret constitucional, etc.). El poc temps de què disposa l'aspirant per exposar els temes que li han correspost («recitar» o «cantar», es diu en l'argot d'aquesta prova, la qual cosa ja és significativa) i per preparar aquesta intervenció, així com el seu caràcter purament expositiu (no hi ha preguntes per part del tribunal qualificador ni diàleg amb l'aspirant; no hi ha exercici escrit, ni res que obligui l'aspirant a raonar sobre l'objecte de la seva exposició), converteixen aquesta prova en un exercici purament memorístic, en el qual l'opositor desgrana a tota velocitat i repeteix davant del tribunal quelcom que ja ha practicat prèviament davant del seu preparador, sovint diverses vegades, donant diverses «voltes» al temari.

Aquest és —em pregunto— un sistema adequat per avaluar la competència del futur jutge? Algun país de la Unió Europea utilitza quelcom de semblant per seleccionar els seus futurs jutges?

Continuem. Una vegada superada aquella primera fase l'aspirant ha de fer un curs teoricopràctic a l'Escola Judicial, d'un any de durada, i després un altre any de pràctiques en un òrgan jurisdiccional. Només després obté la qualificació final, que inclou tant l'avaluació obtinguda en la fase d'oposició lliure com en el curs de l'Escola. Sobre el paper tot això està molt bé, i degudament aplicat podria fins i tot reduir alguns dels defectes que presenta la primera fase. Em consta, a més, que l'Escola Judicial té un excel·lent nivell pedagògic, tant pel que fa al seu quadre de professors com als mitjans i a la metodologia que utilitza, encara que podríem discutir alguns aspectes del seu programa.

El magistrat Luis Fernando Solano, expresident de la Sala Constitucional de la Cort Suprema de Costa Rica, aquí present, segurament tindrà alguna cosa a dir sobre això, ja que ell coneix molt bé la nostra Escola Judicial i la francesa, l'École Nationale de la Magistrature, situada a Bordeus, i penso que en aquest aspecte la comparació no seria especialment favorable a la nostra. Tinc entès, per exemple, que les proves d'accés a l'École Nationale inclouen quatre exercicis no exclusivament basats en coneixements jurídics, ja que una part d'aquests ja es presumeix en llicenciats en Dret, i d'altres s'adquiriran precisament a l'Escola,

durant uns cursos que duren 31 mesos. El primer d'aquests exercicis exigeix la redacció d'un treball sobre un tema relacionat amb aspectes socials, econòmics, polítics i jurídics del món actual. Així, sense temari. El segon, també sense temari, requereix als aspirants un treball de síntesi a partir de diversos documents i material que li facilita el tribunal qualificador, aquesta vegada sobre qüestions jurídiques; també hi ha una entrevista amb aquest tribunal i, finalment, un examen duríssim i exigent sobre llengua estrangera, en el qual l'aspirant ha de traduir un text jurídic. Quina diferència, oi?

I, tot i això, el problema en el nostre sistema no és només de contingut: la gran quantitat de places de jutge que hi ha vacants, o proveïdes per jutges interins, en fa inviable l'aplicació estricta, però encara és pitjor el fet que el curs teoricopràctic no és selectiu en absolut. Llevat de casos excepcionalíssims, els aspirants saben que, sigui quin sigui l'aprofitament obtingut en aquest curs, el seu ingrés en la carrera judicial està determinat únicament per la superació, certament exigent, de la fase d'oposició lliure, per la qual cosa difícilment aquest curs teoricopràctic pot complir la funció que hauria de tenir.

I jo em pregunto, i els pregunto a vostès: no seria més adequat equilibrar, o fins i tot invertir, el paper que es dona a ambdues fases en el procés de selecció? No seria preferible, com succeeix en altres països del nostre entorn, potenciar la rellevància del curs teoricopràctic a l'Escola Judicial, de manera que la fase lliure actués com un filtre excloent els aspirants el nivell dels quals ja es veu insuficient en aquell moment? D'aquesta manera, aquest curs podria complir millor la seva funció com a autèntic criteri de selecció, avaluant i aprovant només les persones que demostrin de forma suficient la competència i la destresa que s'ha d'exigir al futur jutge.

I una altra pregunta. Ara em vull referir a l'anomenat *quart torn*, introduït per la Llei orgànica del poder judicial amb la pretensió, no sé si amb gaire fortuna, d'aplicar fórmules típiques del dret anglosaxó. Es tracta d'un sistema en el qual fonamentalment s'avalua l'experiència professional de l'aspirant com a jurista, en particular tenint en compte uns mèrits prèviament establerts mitjançant barem. Hi ha també una entrevista amb el tribunal qualificador en la qual s'examinen aquests mèrits però que no té per objecte esbrinar els coneixements del candidat, que es presumeixen suficients. Conec persones, sobretot procedents del món acadèmic, que han ingressat en la carrera judicial com a magistrats per aquest procediment, i no tinc dubtes sobre la seva extraordinària vàlua. No obstant això, sabem que el quart torn no sempre ha donat els resultats desitjats, i que fins i tot ha estat fortament criticat des de determinades posicions judicials i polítiques. Convindria introduir alguns canvis en el seu funcionament i en la seva aplicació pràctica? En aquesta sala hi ha molts jutges i magistrats, m'agradaria sentir la seva opinió.

Finalment, un tema un xic delicat, i ara sí que acabo. Em refereixo, no tant a la competència, sinó a la idoneïtat per ser jutge. Hi hauria alguna forma d'avaluar aquest conjunt de qualitats personals que, n'estic segur, tots coincidim que no han de faltar en un bon jutge? Com vostès saben, hi ha països —Holanda crec que n'és un— que inclouen entre les proves de selecció un examen o test psicotècnic. Per la seva naturalesa, aquesta prova no té res a veure amb els coneixements jurídics del candidat, sinó amb l'avaluació d'aspectes propis de la seva personalitat. Convindria estudiar-ne els resultats en els llocs on s'utilitza, i considerar, almenys, la possibilitat d'introduir quelcom de similar en el nostre sistema d'accés a la carrera judicial? També sobre aquesta qüestió m'agradaria obrir un debat.

Res més. Moltes gràcies a tothom per la seva atenció, i al moderador pel marge suplementari de temps que m'ha concedit.

2.2. L'ACCÉS A LA CARRERA JUDICIAL

Ponent:

PABLO LLARENA CONDE

Magistrat de la Secció Sisena

de l'Audiència Provincial de Barcelona

SUMARI: 1. L'ingrés a la carrera judicial per a la categoria de jutge: l'oposició lliure i el curs teoricopràctic a l'Escola Judicial. 1.1. Les crítiques a l'oposició com a instrument adequat de control d'idoneïtat. 1.2. El valor de l'oposició dins el sistema de selecció dels jutges. 1.3. Comparació i contrast dels sistemes selectius. 1.4. Valoració del sistema actual. 1.5. Solucions a les deficiències observades en el sistema d'accés lliure a la carrera judicial. 2. El quart torn. 3. El cinquè torn. 4. El torn autonòmic

Sobre la base constitucional d'una jurisdicció única en la seva organització i funcionament (art. 117.5 CE) i de competència exclusivament estatal (art. 148.5 CE i 101 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya), el règim d'accés a la carrera judicial actualment està establert en la Llei orgànica del poder judicial.

El text legal fixa quatre vies d'ingrés a la carrera judicial: 1) una primera via d'accés per a la categoria de jutge; recollida a l'article 301.3 de la Llei, que estableix que «L'ingrés en la carrera judicial per la categoria de jutge es produeix mitjançant la superació d'oposició lliure i d'un curs teòric i pràctic de selecció fet a l'escola judicial»; 2) dues vies d'accés mitjançant selecció directa per a la categoria de magistrat; són els anomenats «quart torn»¹ i «torn autonòmic»,² i 3) una via d'accés directe a la categoria de magistrat del Tribunal Suprem,

1. L'article 301.5 de la LOPJ disposa que «També ingressen a la carrera judicial per la categoria de magistrat [...], juristes de reconeguda competència en els casos, la forma i la proporció que respectivament estableix la Llei». Els termes de l'ingrés per aquesta via es fixen a l'article 311.1, en indicar que «De cada quatre vacants que es produeixin en la categoria de magistrat [...]. La quarta vacant s'ha de proveir per concurs entre juristes de reconeguda competència i amb més de deu anys d'exercici professional que superin el curs de formació a què es refereix l'apartat 5 de l'article 301».

2. Aquesta via es recull a l'article 330.4 de la LOPJ, que preceptua que «A les sales civil i penal dels tribunals superiors de justícia, una de cada tres places s'ha de cobrir per un jurista de prestigi reconegut amb més de 10 anys d'exercici professional a la comunitat autònoma, nomenat a proposta del Consell General del Poder Judicial sobre una terna presentada per l'assemblea legislativa».

denominada habitualment «cinquè torn», en consideració al fet que els articles 343 i 345 de la LOPJ disposen que, de cada cinc vacants en el Tribunal Suprem, una es proveirà amb un professional seleccionat entre «els advocats i els juristes de prestigi que, complint els requisits establerts per a això, tinguin els mèrits suficients a judici del Consell General del Poder Judicial i hagin exercit la seva activitat professional per un temps superior a quinze anys, preferentment en la branca del dret corresponent a l'ordre jurisdiccional de la sala per a la qual hagin de ser designats».

1. L'INGRÉS A LA CARRERA JUDICIAL PER A LA CATEGORIA DE JUTGE: L'OPOSICIÓ LLIURE I EL CURS TEORICOPRÀCTIC A L'ESCOLA JUDICIAL

Aquest és el sistema principal d'accés a la judicatura professional. Partint d'aquesta consideració, no és gens estrany que l'oposició sigui objecte d'una anàlisi particular quan es tracta el sistema de selecció dels jutges.

1.1. *Les crítiques a l'oposició com a instrument adequat de control d'idoneïtat*

Les crítiques que es formulen contra el sistema d'oposició són plurals i, en tot cas, les més freqüents són: 1) que el sistema d'oposició és elitista; 2) que imposa esforços inhumans; 3) que respon únicament a un esquema memorístic, i 4) que per la seva concepció determina que els seleccionats no estiguin socialitzats, és a dir, que afavoreix la selecció de professionals que resolen els problemes judicials des d'una concepció individual i aliena a la realitat social. Una crítica que descriuen amb la suggeridora frase segons la qual els jutges resolen des de la seva «torre d'ivori».

Els arguments només apaivaguen aquells que no reflexionen sobre la crítica o que s'intimidem en la rèplica.

1. L'elitisme que es proclama es desvirtua de forma empírica quan analitzem l'extracció de les diferents promocions de la carrera judicial. La major part dels candidats seleccionats procedeixen de la classe dominant al nostre país: la classe mitjana. Les comunitats autònomes en les quals un percentatge més alt de ciutadans assoleixen la superació de les proves d'accés són Galícia i Andalusia, les quals òbviament no són les de major desenvolupament econòmic del nostre país. La funció judicial —que suposa ocupar una posició preeminent en l'escala social— és, probablement gràcies a l'oposició, la major responsabilitat pública que pot assolir qualsevol ciutadà amb el seu propi esforç i sense necessitat de pertànyer a una elit econòmica o política, o de comptar amb relacions d'influència; i si és cert que l'estudi a temps complet exigeix una disponibilitat econòmica, també ho és que l'obstacle se salva amb un sistema de beques i no eliminant l'exigència d'estudiar.

2. Resulta pueril la crítica que el sistema d'oposició determina la selecció de jutges aliens a la realitat social. És l'educació i una formació responsable allò que permet que una persona prengui consciència de la realitat que l'envolta, i l'estudi de l'oposició ni impedeix ni frena aquest enriquiment. La preparació de l'oposició no solament se suma a altres llargs anys de formació personal, sinó que coexisteix —malgrat la seva intensitat— amb altres espais de projecció de l'individu; i certament es pot afirmar que els candidats procedents de l'oposició poden aportar a la globalitat de la societat per a la qual treballaran un menor nombre de prejudicis que aquells altres aspirants que han tingut una llarga vida professional en la qual han assumit —en contra de determinats col·lectius— la defensa d'uns postulats específics o la representació de grups socials concrets. Així, és evident que els jutges procedents de l'oposició són més permeables per valorar les diferents inquietuds que reflecteix una societat complexa i plural que aquells que accedeixen a la judicatura després d'una llarga activitat laboral parcial i compromesa, els quals presenten un important dèficit d'imparcialitat a causa d'haver exercit una llarga activitat professional en defensa de determinats sectors econòmics o com a advocats sindicals (per exemple, en l'exercici de la jurisdicció social).

3. L'afirmació que l'oposició és *inhumana* es construeix sobre l'afirmació que els aspirants que van aconseguir superar la fase d'oposició van emprar una mitjana de quatre anys per estudiar el temari. Només una ètica contrària a valorar i reconèixer els esforços pot trobar que aquest temps d'estudi resulti incoherent per a la transcendent funció i l'immens poder que se'ls atribuirà després. En tot cas, la no-justificació de l'esforç s'ha de mesurar en relació amb el que s'obté amb aquest, i resulta obvi que aquest temps d'estudi és adequat, no només en la mesura que fa que els nous jutges assoleixin la seva funció amb més maduresa, sinó perquè són precisament aquests anys d'estudi els que aporten la totalitat dels recursos tècnics i jurídics que utilitzaran en el desenvolupament correcte de la seva funció. Òbviament, en la mesura que el sistema universitari superés el seu fracàs i generés llicenciats amb un major grau de coneixement jurídic, l'esforç per arribar a dominar el temari de l'oposició seria menor.

4. Igualment pervertida és la crítica que l'oposició és memorística. L'afirmació es fa identificant el coneixement de l'opositor com una repetició pesada i acrítica. Es descriu el seu discurs com el d'un magnetòfon o un lloro i, sobre aquesta base, es conclou la necessitat d'eliminar aquests exàmens. L'argument —en tenir un regust de veracitat— s'acostuma a admetre sense oposició especial, oblidant dues realitats concloents: a) que el coneixement només s'assoleix amb un aprenentatge, sempre que després es recordi allò que s'ha descobert, i b) que tot opositor assoleix amb el seu estudi un grau d'interrelació i reflexió

que li permetrà després l'aplicació de la norma general al cas concret, i que les seves nocions s'allunyen de la repetició beneïda amb què aquests sectors crítics insulten el seu esforç.

1.2. *El valor de l'oposició dins el sistema de selecció dels jutges*

El fet que siguin fàcilment superables les crítiques que habitualment es fan a l'examen d'oposició, en tot cas, no vol dir que l'instrument sigui idoni o adequat per a la funció que se li atribueix.

La seva consideració dependrà dels valors que possibiliti i, en aquest sentit, el meu posicionament personal és que l'oposició és essencial i irremplaçable per fer viable que els aspirants comptin amb dos elements essencials: 1) coneixement tècnic i 2) independència en l'exercici jurisdiccional.

1. *El coneixement tècnic.* Crec que no m'equivoco en afirmar el fracàs del sistema universitari espanyol. La seva ineficàcia es palesa en l'existència d'una formació superior generalitzada, però incapaç de garantir que els llicenciats que en surten tinguin un coneixement mínim de la ciència apresada. Qualsevol analista objectiu i imparcial convindrà que són excepció els llicenciats en dret que es troben capacitats al final dels seus estudis per resoldre el problema jurídic més lleu i estic segur que cap jurista no confiaria la defensa de la seva llibertat, del seu patrimoni o de la seva afectivitat familiar a una persona acabada de graduar. Parlant en termes globals, se'n pot afirmar una incapacitat absoluta: desconeixen els conceptes jurídics més bàsics, ignoren totes les normes dispositives i són incapaços d'entreure una via i estratègia processal per fer valer el que es pretén. La titulació universitària s'ha convertit en una exigència per assolir determinades responsabilitats, però absolutament inoperant a l'hora de proveir d'habilitats professionals els seus destinataris. L'argumentació jurídica d'un nou graduat no supera les raons lògiques o d'equitat que podria desgranar qualsevol ciutadà mínimament format, i hi ha contribuït l'estesa consideració que —amb independència de quin sigui l'esforç dels alumnes— no s'han de produir excessius fracassos individuals, perquè això es consideraria com l'evidència d'una pedagogia desencertada. Hi ha, per tant, la convicció que el sistema universitari només «aprova» en la mesura que es llicencien un percentatge d'alumnes coherent amb el nombre de matriculacions, encara que això s'aconsegueixi fent abstracció de l'esforç insuficient que puguin desenvolupar els alumnes.

En aquesta conjuntura, pretendre que l'Estat confii la definició dels drets més essencials dels ciutadans a uns individus banalment titulats, sense assegurar-se que disposen d'un coneixement adequat i suficient de l'ordenament jurídic, és una temeritat. El funcionament de l'Estat de dret exigeix necessàriament que els jutges coneguin l'entramat normatiu de la col·lectivitat, ja que: 1) només

quan els conflictes es resolen de conformitat amb el dret, es pot predicar que es realitza la sobirania popular plasmada en les lleis; 2) únicament la subjecció a les lleis garanteix la seguretat jurídica que permet a l'individu comportar-se amb llibertat, coneixent les conseqüències de la seva acció i assumint-les en la seva actuació, i 3) La densitat litigiosa imposa que els jutges hagin de limitar l'estudi normatiu al menor nombre de supòsits possibles, centrant la seva actuació professional essencialment en l'estudi fàctic i en la reflexió de les peculiaritats jurídiques concurrents.

Així doncs, el coneixement adequat de l'ordenament jurídic és una exigència necessària —si bé és insuficient— per a l'exercici de la funció jurisdiccional i és precisament la ineficàcia que té la titulació universitària en evidenciar el coneixement del dret el que determina que l'Estat hagi de fiscalitzar el coneixement jurídic dels aspirants a jutge, fixant una partitura del coneixement que s'exigeix i revisant si s'ha assolit en cada cas concret.

2. *La independència.* Com ja he dit, la judicatura és la major responsabilitat pública que pot assolir qualsevol ciutadà amb el seu esforç i sense necessitat de pertànyer a una elit econòmica o política, o de comptar amb relacions d'influència. La percepció que la selecció no depèn d'influències estranyes elimina un vassallatge real o aparent i col·loca el professional en la percepció que només es deu a l'objecte del seu estudi i esforç: al dret. És evident que aportar aquesta percepció no és predicable exclusivament de l'oposició i que es pot obtenir de qualsevol mètode d'avaluació que reflecteixi que la discrecionalitat tècnica de qui examina no es troba pervertida per elements externs; en tot cas, unes proves selectives concentrades en el temps i públiques, i la realitat d'uns tribunals que s'han conduït fins ara amb un grau de responsabilitat inexistent en altres àmbits com els de la docència universitària, justifica la confiança en un sistema que no es comportaria millor si es valoressin els períodes acadèmics, bé pels mateixos docents que han conviscut durant el període d'aprenentatge, bé per altres persones però en consideració a un expedient conformat de la mateixa manera.

3. *Oposició aliena a altres valors i aptituds diferents del coneixement tècnic.* Aquesta és una realitat constatable; no obstant això, la crítica només desnatura el valor de l'oposició si es fracciona l'estudi del mètode selectiu existent.

Són evidents els avantatges aportats per l'oposició (coneixement tècnic i independència), i és obvi que amb aquests elements no s'esgoten els coneixements, els valors i les habilitats que s'han de cercar en un jutge. No obstant això, el mètode selectiu actual s'ha de valorar de manera plena, és a dir, considerant l'habilitat selectiva de l'oposició i el curs teoricopràctic que la segueix. No es

pot estudiar la idoneïtat de l'oposició per seleccionar els nous jutges sense fer referència a la fase teoricopràctica (Escola Judicial) que complementa l'examen teòric. És una qüestió que els crítics de l'oposició sempre ometen, simplificant el seu discurs en esgrimir que l'oposició és anacrònica i l'Escola Judicial una de les grans conquestes per a la racionalització del sistema. Una escola judicial permet desenvolupar i avaluar les habilitats que el sistema d'oposició no analitza i que esmentaré més endavant, però una formació merament acadèmica i mancada del control teòric previ, ara existent, no produiria més efecte que el que s'obté dels anys anodins d'estudi universitari. Encara que l'Escola Judicial és un mètode inigualable per assolir una capacitat o habilitat aplicativa dels coneixements, exigeix l'existència prèvia d'una formació teòrica completa, i l'Escola Judicial, sense el suport de la formació que imposa la superació d'una oposició, només subministraria una mínima, desestructurada, incompleta i unívoca formació de pautes o hàbits professionals. És quelcom que ha apreciat recentment (2007) el sistema de selecció dels jutges francesos; el Senat francès va recomanar una major exigència teòrica per als qui pretenen accedir a l'Escola Nacional de la Judicatura situada a Bordeus, exemplificant la necessitat de millora mitjançant un contrast amb els sistemes de selecció dels jutges espanyols i alemanys.

1.3. *Comparació i contrast dels sistemes selectius*

La superficialitat de les crítiques que es fan a l'oposició i el fet que aquest examen es mostri adequat a la satisfacció de les necessitats de coneixement tècnic i independència que tenen els jutges, en tot cas, no vol dir sense més ni més que el sistema s'hagi de mantenir. Ho haurà de ser únicament en la mesura que es mostri més eficaç que d'altres en la consecució d'uns professionals adequats a l'exercici de la funció jurisdiccional.

Abordar aquesta anàlisi suposa comparar el mètode existent amb les mecàniques alternatives que es proposin i aquestes són, ara com ara, dues:

1. L'ocurrència ministerial que siguin jutges els millors expedients de la carrera universitària.

La proposta és invàlida des de qualsevol consideració, pel següent:

a. És més que possible que aquests expedients exerceixin una opció —almenys molts d'aquests— diferent i més productiva que la que el ministre els ofereix.

b. Planteja problemes d'homogeneïtat entre les qualificacions.

c. Abandona el sistema de selecció atribuït amb competència exclusiva al poder judicial des de la reforma de 1994, i l'atribueix a la universitat, la qual cosa és particularment greu en el supòsit dels llicenciats en universitats privades.

2. La consideració ministerial actual —compartida i publicada per Jutges per a la Democràcia— en la qual es proposa la realització d'un màster de postgrau

específic per a la judicatura, d'un examen posterior de cultura general i principis bàsics de l'ordenament jurídic entre els llicenciats i d'uns estudis teoricopràctics especialitzats a l'Escola Judicial.

El sistema tampoc no es mostra millor que l'actual:

a. Quant als estudis universitaris de postgrau:

És evident que si, després del Pla de Bolonya, la formació universitària es divideix en grau i postgrau, la selecció dels jutges d'un país s'ha de fer entre els que disposen dels estudis jurídics més avançats.

És evident també que el postgrau es basa en una especialització de professions jurídiques i que aquesta és convenient per a la selecció dels qui exerciran les funcions jurisdiccionals.

No obstant això, una cosa és que per ser jutge es requereixi haver dut a terme estudis universitaris superiors i que sigui convenient que aquests s'orientin cap a l'exercici de la judicatura, i una altra, que el requisit es transformi en element mateix del sistema de selecció. El primer s'ha de produir. El segon, no, per les raons següents:

- La universitat s'ha mostrat fins ara incapaç de garantir un coneixement precís i concret de l'ordenament jurídic i res no fa pronosticar que l'augment d'un o dos anys de la durada dels estudis pugui modificar l'estat de coses actual i garantir que els llicenciats tinguin els coneixements jurídics precisos que l'Estat ha d'exigir als seus jutges.

- Sorgeixen de nou els problemes d'homogeneïtat de les titulacions, la qual cosa no es compensa amb l'homologació de determinats centres, atès que suposaria una renúncia del poder judicial a la seva funció de selecció i l'abandonament en favor de la universitat.

- És la universitat la que ha d'adequar la seva formació a la vida professional i no a l'inrevés. En la mesura que la implementació del Pla de Bolonya a la funció judicial triomfi, s'observarà una menor dificultat dels aspirants per superar el sistema de selecció que necessàriament ha de definir —quant a mètode, continguts i abast— el poder judicial.

- No sembla coherent que el sistema universitari hagi de facilitar uns estudis específics de judicatura, sabent que l'esforç d'estudi no tindrà rendibilitat per als qui finalment no accedeixin a la carrera judicial.

La probable absència de rendiment desertitzarà aquests cursos o generarà que l'acomodació del nombre d'estudiants a les necessitats de la carrera judicial es faci abans d'iniciar el màster, amb la qual cosa la força selectiva es trasllada al grau i es desvirtua l'aprofitament dels estudis específics de postgrau.

b. Quant a l'examen posterior:

- És evident que la cultura general és un valor social important; tanmateix, no té una transcendència profunda en l'anàlisi de les habilitats del jutge.

L'anàlisi d'un article periodístic de política internacional o valorar quin coneixement pot tenir l'aspirant sobre les tendències modernes del cinema argentí no aporta res per a la selecció d'un bon jutge i emmascara el fet que pot estar instrumentalitzat a detectar la «sensibilitat» del candidat.

- En la realitat universitària abans descrita i tenint en compte l'especialització, la transcendència i el nombre d'assumptes que ha de resoldre un jutge, un examen sobre les qüestions jurídiques més essencials no satisfà les exigències de coneixement tècnic que la societat actual li imposa; i no es pot confiar que la insuficiència de coneixements es completi —com s'ha dit— amb els processos formatius i de selecció subsegüents.

La conclusió no és voluntarista. Alemanya, un país de gran prestigi, té forts exàmens de coneixement tècnic, i França, amb un sistema semblant al proposat, ha estudiat (Comissió del Senat de 2007) els sistemes espanyol i alemany i ha conclòs la necessitat de reforçar el seu sistema amb un instrument que garanteixi que els aspirants ingressin a l'Escola Judicial amb un profund coneixement de l'ordenament constitucional i jurídic.

c. L'Escola Judicial:

Hi trobaríem els mateixos problemes que en la situació actual; això és: en l'eventualitat que hi hagi més aspirants que places, els descartats queden sense actius derivats del seu esforç anterior. Això no solament suposa una damnificació a què no ha d'aspirar un sistema selectiu, sinó que no incentiva les vocacions i acaba per aportar menys aspirants al sistema.

Si hi ingressessin un nombre d'aspirants equivalent a les places vacants, o es renuncia que l'Escola sigui selectiva —amb la qual cosa no s'avalua l'aprenentatge de les habilitats desenvolupades a l'Escola Judicial i no es considera que els seleccionats estiguin finalment proveïts d'aquestes habilitats— o, si és selectiva, es renuncia que el sistema cobreixi les vacants que s'han definit com a necessàries per assolir un desplegament adequat de la tutela judicial.

d. Quant a l'examen psicològic dels aspirants:

- És evident que el sistema ha de depurar els aspirants amb malalties psiquiàtriques permanents que inhabiliten per a la funció judicial. No obstant això, la diversitat de manifestacions d'aquestes patologies justifica que existeixi una disposició legal i un desenvolupament reglamentari per part del Consell General del Poder Judicial que permeti als aspirants analitzar —abans d'iniciar l'esforç de la preparació— si estan en condicions d'optar per aquesta sortida professional.

- No opino el mateix quant a l'habilitat psicològica. Les proves psicotècniques són innecessàries si el sistema disposa de mètodes específics de control de l'habilitat tècnica.

La indagació d'un perfil psicològic s'estavella amb la imprecisió de la ciència, unit a la nul·la definició d'un perfil psicològic mínim del jutge. Aquestes

circumstàncies i el fet que moltes de les habilitats del jutge puguin ser objecte d'informació i desenvolupament durant la fase de l'Escola Judicial, s'enfronten a aquesta indagació inicial; és més prudent recórrer a una resposta acadèmica —en els termes que exposarem més endavant— i a un sistema disciplinari d'aplicació adequada.

1.4. *Valoració del sistema actual*

El rebuig dels sistemes que es debaten actualment no suposa que defensem el manteniment del sistema de selecció actual.

La meua anàlisi anterior només condueix a les conclusions següents:

1. L'Estat en general i el poder judicial, en particular, han d'assegurar —com a premissa bàsica— que els que exerceixin la judicatura tenen un profund domini de l'ordenament jurídic i que en el seu exercici jurisdiccional es comporten amb independència i amb exclusiva subjecció al dret, ja que només així es garanteix una tutela judicial basada en la sobirania popular expressada en les lleis.

2. El sistema d'oposició, tal com s'està aplicant, garanteix aquesta primera exigència del sistema de selecció dels jutges.

3. Aquesta premissa bàsica no es garanteix amb els nous mètodes analitzats, els quals redueixen a la mínima expressió el control del coneixement i semblen cercar sistemes que permetin «transparentar» durant el procés el perfil ideològic dels aspirants i comptar finalment amb un major marge de discrecionalitat per acomodar la selecció al perfil buscat. Un bon exemple d'això és el projecte de justícia de proximitat prescrit.

El sistema de selecció actual té deficiències importants:

1. *Ineficiència*

Aquesta ineficiència es manifesta en tres nivells:

a. L'actual nivell d'exigència de coneixements tècnics, necessari per abordar la resolució de qüestions judicials nombroses i complexes, conforma la dificultat de cobrir les vacants. L'apreciació es constata amb la perenne decisió dels tribunals d'oposició de no cobrir les places ofertes.

b. La incapacitat augmentarà —de segur— si es produeix a Espanya un augment de la planta judicial, fet fàcilment pronosticable si considerem la baixa proporció de jutges per habitant, en comparació amb l'existent en països del nostre entorn.

c. El sistema selectiu actual només respon a la qualitat tècnica dels aspirants, i desatén la consideració d'altres habilitats professionals igualment necessàries.

El fet que l'article 301 de la LOPJ estableixi que la convocatòria d'ingrés a la carrera judicial ha de comprendre totes les places vacants existents i un nombre addicional que permeti cobrir les que previsiblement puguin produir-se fins a la

convocatòria següent, unit a la circumstància que l'article 306 prohibeix que el Tribunal seleccioni en l'oposició un nombre de candidats superior al de les places convocades, posa en evidència aquesta realitat pràctica.

Encara que la fase teoricopràctica a l'Escola Judicial formi part del període selectiu i sigui en teoria avaluable i susceptible de provocar una exclusió de l'aspirant, en aquesta última fase formativa l'eliminació ha de ser mínima si no es vol introduir en el sistema de cobertura de vacants judicials la conseqüència il·lògica que el mètode és sistemàticament ineficaç per atendre les necessitats reals.

Així, no és superflu dir que, a la pràctica —malgrat la previsió legal concreta—, el sistema de selecció de jutges a Espanya es basa en l'oposició (coneixement tècnic); i queda per a l'Escola Judicial —*de facto*— el paper de completar la formació teoricopràctica i desenvolupar la resta d'habilitats requerides pels futurs jutges, sens perjudici d'una possibilitat extraordinària d'exclusió en aquells casos en què es percebi una no-idoneïtat particular per a la funció jurisdiccional.

2. *Sobreesforç de memorització, més neutre que memorístic*

He dit abans que no es pot rebutjar el valor de la memòria, atès que: a) el coneixement només s'assoleix amb un aprenentatge, sempre que es recordi després allò descobert, i b) tot opositor assoleix amb el seu estudi un grau d'interrelació i reflexió que li permetrà després l'aplicació de la norma general al cas concret, i les seves nocions s'allunyen de la repetició bajoca amb què aquests sectors crítics insulten el seu esforç.

No obstant això, crec que ningú no pot obviar que l'oposició exigeix un plus de memorització respecte a altres mètodes de control de coneixement; tanmateix, s'ha d'observar que aquest plus deriva del sistema de bolcar o exterioritzar el coneixement en la metodologia d'examen definida actualment. El fet que els exercicis siguin tots orals; que siguin extraordinàriament concentrats i sense cap possibilitat —fins fa poc— d'anar acumulant les fases ja superades; la circumstància que estigui fèrriament determinat el temps de l'exposició; la particularitat que no existeixin exercicis d'anàlisi jurídica o d'habilitat aplicadora del dret; o el fet que es doni un especial valor al coneixement literal dels preceptes legals concrets, són algunes de les circumstàncies que sobredimensionen el paper de la memòria. Lògicament, això ha de conduir a meditar i modificar alguns aspectes de la metodologia de l'examen d'oposició, però de cap manera la crítica pot apuntalar la conclusió que no és necessari avaluar de manera rigorosa que els aspirants tinguin un coneixement perfecte de l'ordenament jurídic.

En tot cas, s'ha d'apreciar que aquest sobreesforç de memòria dilata força el temps de preparació, sense que comporti res quant a la certesa dels coneixements i augmenta encara més la victimització de les persones finalment excloses.

3. *Desatenció d'habilitats judicials diferents del coneixement tècnic específic*

Les habilitats professionals diferents del coneixement científic són necessàries i no són innates, sinó que —malgrat una aptitud individual per a aquestes— poden ser objecte d'aprenentatge i desenvolupament en el procés formatiu de la persona. És important, doncs, que el sistema de selecció tingui en compte el seu germen i la seva evolució adequada.

Ja hem vist que la capacitat selectiva nul·la de l'Escola Judicial fa que la seva evolució no tingui cap translació en el procés d'ingrés dels jutges, cosa que s'agreuja particularment si considerem que el sistema d'oposició no examina en absolut la seva situació inicial. Parlem, doncs, de l'eficàcia nul·la que té en el procés la capacitat de l'aspirant per identificar els problemes jurídics que se li presenten o els que operen com a contraelements en la decisió: la seva capacitat d'argumentació; la seva habilitat de síntesi; la seva capacitat per fer un judici «prudent», en el sentit d'adequar la norma general al cas concret i la percepció de com la seva decisió pot impactar en el grup social o els termes en els quals haurà de ser executada, són qüestions que un jutge fa servir constantment i que han de ser considerades en aquest procés de selecció.

4. *Excessiva damnificació o victimització davant del fracàs*

Actualment, l'esforç personal que exigeix superar el procés de selecció és determinat per la situació de desconeixement inicial i per la transcendència de la funció que s'encomana. És un esforç que considero lògic en l'estat actual de coses i del qual no he sentit queixar-se els jutges i els magistrats d'aquest país, precisament per considerar que l'esforç els va aportar la major part dels instruments necessaris per a l'acompliment de la seva funció.

En tot cas, l'esforç es percep brutal si el considerem des del prisma de qui no n'obté cap rendibilitat directa. El fet que el 97% dels aspirants acabi en aquesta situació i la circumstància que aquesta proporció no estimula bones vocacions, debilitant amb això el sistema, justifica que sense desatendre l'objectiu final —mantenir la capacitació tècnica actual dels seleccionats— s'hauria de cercar minorar aquests danys col·laterals.

5. *Necessitat d'adaptar-se a la nova realitat universitària*

El Reial decret 55/2005, de 21 de gener, ha implementat a Espanya l'anomenat Pla de Bolonya, derivat del Marc europeu de qualificacions per a l'aprenentatge permanent, aprovat pel Consell i el Parlament l'abril de 2008.

S'hi recull l'adopció d'un sistema de formació universitària fonamentat en tres cicles (grau, màster i doctorat).

És evident que el sistema de selecció dels jutges ha de partir de la formació universitària i que, en aquest sentit, s'ha de basar en uns estudis de màster adequadament orientats a la litigació i la decisió jurisdiccional; per tant, és obvi que això serà un requisit per poder accedir al sistema de selecció, però no es

pot constituir en un instrument d'un sistema de selecció que correspon al poder judicial i que és aliè a la decisió administrativa universitària.

1.5. Solucions a les deficiències observades en el sistema d'accés lliure a la carrera judicial

Tenint en compte aquest estat de coses, la meua proposta de millora del sistema contindria els elements següents:

1. *Adaptació al Pla de Bolonya*

No es pot fer cap translació de la superació dels cursos universitaris al sistema de selecció dels jutges. La superació dels cursos de grau i postgrau (cinc anys) serà un requisit previ per abordar el procés selectiu. No es justifica que l'accés a la judicatura exigeixi merament la formació inferior de grau, però de cap manera es pot integrar la superació del màster en el procés selectiu.

La preparació professional a què aspira la universitat i el mateix Pla de Bolonya han de conduir que aquella defineixi un postgrau especialment orientat a aquesta vocació judicial. En tot cas, l'encert en la seva concepció és responsabilitat de la universitat i satisfarà amb això la vocació formativa que l'inspira, sense que el poder judicial hagi d'adequar la seva resposta selectiva a les dinàmiques i els èxits del producte universitari.

Seria convenient, davant l'evidència que els cursos de postgrau no portaran tots els matriculats a la judicatura (en un altre cas, serien ells els qui haurien fet la selecció de la carrera judicial en admetre'ls al màster), que no es concebin cursos de postgrau exclusius per a la judicatura. Aquesta opció magnificaria la frustració abans indicada en les persones que no ingressin finalment en la carrera judicial i acabaria per provocar la desertització dels cursos. És més lògic, doncs, que la universitat defineixi cursos de grau orientats a professions jurídiques pròximes a la litigació, com són els jutges, els fiscals, els secretaris judicials, els advocats de l'Estat, els lletrats de la Seguretat Social, els lletrats dels serveis jurídics de les diferents administracions públiques i els advocats; de manera que aquells que superin aquests cursos però no assoleixen el grau d'excel·lència exigit pel CGPJ puguin aprofitar els coneixements en altres sortides professionals.

2. *Doble carrera judicial*

Des del punt de vista de l'interès públic que tracta de satisfer el sistema de selecció dels jutges, no té sentit que l'Estat exigeixi un grau d'excel·lència en la formació que impossibilita cobrir el nombre de professionals que es necessiten per abordar els més de 9.000.000 d'assumptes que ingressen cada any als òrgans judicials.

No obstant això, s'ha de constatar que la complexitat tècnica i la importància essencial d'aquests procediments és variada.

No té sentit l'exigència a tots els professionals d'un alt grau d'excel·lència,

quan la distribució d'assumptes entre els jutges i els magistrats permetria abordar separatament la resolució de processos de menys entitat sense que fos necessari un mateix grau de preparació dels qui aborden aquesta faceta de la jurisdicció.

Es justifica així la creació d'una carrera judicial en dos plans, amb una definició perfecta de les funcions de l'una i de l'altra i amb un nivell d'exigència de preparació molt diferent entre els professionals que integren cadascun d'aquests plans. Parlaríem així d'una jurisdicció menor o de segon grau i d'una altra jurisdicció de primer grau per conèixer dels procediments de més complexitat o transcendència essencial.

3. Examen de coneixements i habilitats definits i executats pel CGPJ

Passarà per dos camins diferents:

a. Una modificació de la morfologia de l'examen per tal de disminuir el sobreesforç de memorització dels coneixements i apreciar habilitats diferents del mer coneixement tècnic. Això exigirà:

– Una revisió —que no disminució— dels temes de l'oposició, per tal d'adequar-los a les necessitats modernes que es considerin necessàries.

– L'especialització dels tribunals per a l'avaluació dels exercicis en funció de la matèria jurisdiccional de què es tracti (l'efecte codi respon a tribunals que no tenen més contrast de coneixement que el mateix text normatiu).

– Una prova de comprensió de doctrines jurídiques establertes doctrinalment o jurisprudencialment, amb valoració de la capacitat de l'aspirant per sintetitzar-les i esquematitzar-les.

– Casos pràctics que avaluin la capacitat inicial de l'aspirant en l'aplicació del dret, corregits igualment per tribunals especialitzats.

b. La definició d'un doble sistema selectiu, tenint en compte que sigui per exercir la funció jurisdiccional en òrgans judicials dels que hem anomenat de *primer* o *segon grau*.

Òbviament, el grau d'habilitat i de coneixement científic serà plenament diferent en un cas i en l'altre; sense que, pel que fa a la justícia de *primer grau*, minvi gens l'excel·lència tècnica actualment exigida.

En tot cas, el paral·lelisme entre ambdós programes ha d'existir, de manera que aquells que —malgrat el seu esforç— no aconsegueixin superar els rigorosos exàmens tècnics propis de la *jurisdicció de primer grau* puguin rendibilitzar el seu esforç amb l'opció —sense més preparació— de poder superar els exàmens de la *jurisdicció menor*.

4. Escola Judicial selectiva i gestionada pel CGPJ

L'Escola Judicial és adequada per al desenvolupament d'habilitats professionals diferents del mer coneixement tècnic. L'Escola Judicial no solament complementa el coneixement tècnic des del punt de vista normatiu o jurisprudencial, sinó que propugna una reflexió d'aspectes importants de la professió (la submissió del jutge a la llei, el tractament de qüestions particularment sensibles, l'ètica judicial, el

paper del jutge com a aplicador del dret comunitari, les relacions del jutge amb els mitjans de comunicació, en són alguns exemples entre milers). D'altra banda, s'hi estableixen les bases per al desenvolupament personal d'habilitats com ara la prudència, la motivació, l'equitat, la claredat expositiva, la ponderació o la direcció oral dels actes judicials.

Tots aquests elements permeten pronosticar l'habilitat del jutge amb plenitud. No només dels coneixements tècnics del jutge, sinó de com els aplica i quin valor intrínsec complet tenen les seves resolucions i actuacions.

És necessari, per tant, que es faci una valoració global de l'aspirant i que aquesta valoració tingui un contingut propi en el resultat final de la selecció.

Òbviament, aquest projecte també té tres nivells:

a. Que hi hagi un pla de formació a l'Escola Judicial diferent per a les jurisdiccions de primer i segon grau.

b. Que la valoració de la fase d'escola no estigui pervertida per les afeccions o consideracions personals que s'hagin pogut generar en aquest període. La valoració haurà de ser encomanada a un tribunal extern i especialitzat per matèries.

c. Que la fase de formació teoricopràctica de l'Escola Judicial sigui selectiva pel que fa a les persones que tenen finalment un valor jurisdiccional particular. L'exigència imposa, tanmateix, que el procés d'escola exclouï les de menys habilitat o capacitat.

5. *Evitació de la damnificació de l'aspirant*

Com hem indicat, una escola selectiva es mostra idònia per a la contractació final dels millors, però implica que ningú no s'aventurarà a un esforç d'estudi tècnic i de formació posterior a l'escola, que dura diversos anys, si no té la certesa que l'aposta generarà rendiments personals.

Una escola selectiva forçaria així a compensar la incertesa amb un examen de coneixements tècnics en els quals ningú no esmerçaria grans esforços, de manera que el sistema es veuria en la necessitat de rebaixar el nivell d'exigència del coneixement científic o de renunciar a la cobertura de les places de jutge que necessita.

La introducció d'un sistema corrector és necessària i s'associa als dos nivells de jurisdicció proposats i a la possibilitat d'integrar el procés selectiu dels secretaris judicials amb el de la justícia de segon grau. Quelcom semblant al que es fa avui amb la selecció de fiscals i que es demostra absolutament innecessari.

Les persones que superessin els rigorosos exàmens tècnics propis de la *jurisdicció de primer grau*, sempre en un nombre una mica més alt que el de vacants existents, anirien a l'Escola Judicial a fer el curs teoricopràctic que els és propi.

Seràn seleccionades —en un nombre igual que el de vacants— les persones que comptin amb una qualificació final més elevada. La resta optarien per repetir

el període pràctic en les mateixes circumstàncies o bé passarien a cobrir vacants de l'anomenada *justícia de segon grau*.

Les persones que superin els exàmens tècnics propis de la *jurisdicció de segon grau*, en nombre igual que la suma de les vacants d'aquest grau jurisdiccional i de les existents al cos de secretaris judicials, passarien també a fer un curs específic i propi a l'Escola Judicial, i podrien optar entre una i altra carrera en funció de la qualificació obtinguda finalment.

6. *Sistemes de progressió professional*

S'establiran sistemes de progressió interna —sempre basats en el concurs oposició— de la carrera de secretaris judicials a la de jurisdicció de segon grau i, d'aquesta, a la de primer grau.

2. EL QUART TORN

L'exigència que siguin professionals, no només competents, sinó també prestigiosos, i el fet que hagin de tenir una experiència laboral mínima de deu anys possibilita una formació teoricopràctica real i facilita l'apreciació objectiva de les seves habilitats professionals.

No obstant això, aquest fet no suposa sense més ni més que l'actual regulació espanyola sigui perfecta; per la qual cosa no es pot comprendre que els crítics del sistema d'oposició no tinguin cap discurs analític respecte a la millora de l'anomenat *quart torn*.

Personalment, crec que l'actual sistema de selecció de magistrats pel quart torn presenta els inconvenients següents:

1. Com s'ha dit, les habilitats professionals que s'exigeixen a un jutge són múltiples i específiques. Per revisar i corregir les decisions d'altres jutges i magistrats, aquestes s'han de tenir en compte, així com un cert hàbit en el treball analític del dret i una profunda familiaritat amb les circumstàncies processals en què es manifesta la veritat. Només amb aquesta preparació i experiència s'està capacitat per valorar i corregir la decisió judicial d'un inferior i assolir amb això una resposta social adequada, justa, prudent i equànime. La defensa del sistema de selecció directa davant del d'oposició rau en el fet que existeix una certa divergència entre el coneixement teòric i l'habilitat professional pràctica. No obstant això, aquest fet també és predicable en relació amb les professions jurídiques i, concretament, quant a la funció judicial. Els professionals que s'incorporin per aquest torn, encara que tinguin amplis coneixements jurídics i una vasta experiència en la professió de procedència, no tenen l'habilitat professional concreta que l'enjudiciament exigeix. Resulta així difícilment defensable que un professor universitari de dret processal o d'una certa matèria

de dret substantiu, un funcionari de l'Administració, o fins i tot molts advocats, puguin engegar la seva vida professional com a jutges amb la capacitat i l'habilitat professional per corregir immediatament les resolucions de companys amb llargs anys d'exercici. Si entre els membres de la carrera judicial es reserva la revisió en alçada als qui tenen experiència professional en l'ordre jurisdiccional de què es tracti (la LOPJ la fixa en cinc anys), no sembla raonable que professionals acabats d'ingressar puguin incorporar-se a destinacions de revisió de resolucions inferiors, encara que ingressin pel torn de magistrats i siguin professionals prestigiosos en una determinada matèria i en una altra funció.

Considero, doncs, que, tot i que s'ha de mantenir el sistema del quart torn, aquest no s'ha de projectar sobre totes les places de magistrat, sinó exclusivament sobre les places de magistrat d'òrgan unipersonal; i serien aquestes les destinacions a què s'haurien d'incorporar inicialment les persones seleccionades. Tot això, és clar, sens perjudici de la seva promoció interna posterior.

Bona prova del que dic és el curs teoricopràctic que actualment s'exigeix per a les persones de nou ingrés pel quart torn. Arran de les mancances que s'han apreciat el primer any que s'ha desplegat aquesta fase formativa a l'Escola Judicial, resulta grotesc que puguin assumir directament la resolució de recursos d'apel·lació i, amb això, la correcció de professionals de llarga experiència. Acabats d'ingressar que no tenen una visió general de la funció judicial i de les competències que els corresponen; professionals de l'Administració o del món universitari que en ocasions no perceben la seva independència i la raó de ser d'aquesta; que moltes vegades no tenen una visió general del procés o que sovint desconeixen alguns dels recursos processals emprats per les parts; professionals que no coneixen detalladament la jurisprudència o que desconeixen la constitució i el desenvolupament d'un expedient, raonablement no poden ser incorporats directament a la funció jurisdiccional en alçada.

És cert que hi ha qui afirma que encara que la funció de revisió no sigui convenient per a un nouvingut, estarà prou compensada o se suplirà perquè el magistrat s'integrarà en un òrgan col·legiat. La defensa no té lògica ni valor ja que:

- La incapacitat d'un magistrat no se supleix per un millor coneixement del seu company, llevat que s'entengui que és merament formal o que aparenti la garantia d'exigir que la decisió en apel·lació provingui de l'opinió majoritària d'un tribunal col·legiat.

- En tot cas, la persona que s'hagi acabat d'incorporar comptaria amb opinió diriment en els supòsits de discrepància entre la resta de membres del tribunal.

- Res no impedeix que la composició del tribunal estigui determinada majoritàriament per novells (que dos o tres dels magistrats del tribunal siguin professionals acabats d'ingressar).

2. D'altra banda, la limitació funcional immediata que es proposa per als ingressats pel quart torn —funcions de primera instància en l'ordre jurisdiccional del qual són experts— ha de perdurar després en altres aspectes.

Davant dels ingressats pel sistema d'oposició (a qui l'Estat exigeix i respecte dels quals garanteix una formació multidisciplinària), els ingressats per l'anomenat *quart torn* ho fan per haver acreditat una habilitat especial durant anys en una determinada matèria de dret. La consideració de la seva vàlua especial justifica —en els termes exposats— com d'encertada pot ser la seva funció en l'ordre jurisdiccional esmentat; no obstant això, no hi ha cap explicació de per què a aquests professionals —anys després— se'ls autoritza a desplegar la seva activitat judicial en un altre ordre jurisdiccional, sense tenir experiència en aquesta matèria ni haver seguit abans un període específic de capacitació.

S'imposa, així, una modificació de la LOPJ, a fi que els magistrats ingressats pel quart torn limitin la seva vida professional a l'ordre jurisdiccional del qual són especialistes, llevat que superin proves específiques que els facultin per estendre la seva funció.

3. A l'últim, si l'Escola Judicial és necessària per desenvolupar (i avaluar) les habilitats professionals d'una persona aspirant a jutge, no s'entén per què es renuncia a aquest control per a qui per primera vegada pretén accedir a la categoria superior de magistrat.

No solament s'hauria d'exigir als magistrats del quart torn el període de formació teoricopràctic recentment introduït a la LOPJ, sinó que s'hauria d'optar —com en tots els països del nostre entorn— entre que la selecció directa: 1) vagi seguida d'un ambiciós curs, amb una durada adequada a les seves aspiracions —d'almenys sis mesos i no les dues o tres setmanes actuals— o que 2) si es manté el curs introductori actual, llavors el segueixi un període mínim d'exercici de la jurisdicció a prova.

Trobem aquesta darrera opció en altres països del nostre entorn com ara França; no obstant això, és menys recomanable perquè pot comprometre la imparcialitat judicial durant el temps que s'exerceix la jurisdicció a prova i és, a més, contrària a la tradició que segueix el nostre país respecte als professionals provinents del torn lliure.

3. EL CINQUÈ TORN

Pel que fa al Tribunal Suprem, s'ha de reconèixer que el limitat nombre de membres d'aquest tribunal i el fet que la seva jurisprudència suposi que una determinada interpretació de la llei sigui replicada per tots els jutjats i tribunals fa particularment valuós el sistema de selecció del *cinquè torn*. El sistema permet

que la dimensió operativa de la llei no se circumscrigui a la visió unitària que puguin donar-li els jutges, i s'enriqueixi amb la consideració plural d'altres juriconsults o pràctics del dret. No obstant això, és obvi que els cridats a aquesta missió han de tenir —per la funció que se'ls atribuirà i per la posició que ocuparan— un grau d'excel·lència superlatiu. Aquesta exigència impedeix que la seva selecció pugui abordar-se mitjançant proves selectives, atès que resulta inadequat que algú pugui assumir la funció d'examinar els qui ocuparan —pels seus coneixements especials— la funció d'interpretar amb caràcter suprem les normes de l'ordenament jurídic. El sistema de la seva selecció no pot ser cap altre que el de designació per concurs de mèrits, actualment vigent. En tot cas:

a. La transparència del sistema de designació apunta la conveniència —reclamada en molts sectors— que la designació per part del CGPJ hagi de ser motivada. Motivació que passa no només per destacar els mèrits determinants del nomenament, sinó també per un judici analític de contrast respecte a aquells mèrits esgrimits per la resta d'aspirants o per identificar la raó per la qual es dóna particular preponderància a una naturalesa concreta de valors respecte a d'altres que poden estar també en debat, tenint en compte que uns candidats poden estar proveïts d'uns valors i la resta, d'altres.

b. S'ha de criticar també el sistema actualment vigent de selecció dels magistrats del Tribunal Suprem per decisió d'una majoria qualificada dels vocals del CGPJ.

La majoria qualificada es va imposar sota el discurs de corregir una politització dels nomenaments al Tribunal Suprem; si bé resulta ineficaç en la mesura que la politització del nomenament dels magistrats del Tribunal Suprem deriva de la confiança política que s'han de guanyar els vocals del CGPJ que els elegeixen, no del fet que s'exigeixi una majoria o una altra per al nomenament. Avui —malgrat que s'exigeix una majoria ampliada—, es manté la politització, en vista del repartiment de quotes a què força la gestió d'acords majoritaris. Només un retorn a la composició del CGPJ vigent fins a l'any 1985, amb dotze membres nomenats per la carrera judicial, impulsaria que els acords de Consell General del Poder Judicial es basessin en una percepció tècnica —no política— dels mèrits dels aspirants.

4. EL TORN AUTONÒMIC

Pel que fa a la selecció directa de determinat nombre de magistrats de les sales civils i penals dels tribunals superiors de justícia, s'ha de reflectir la innecessària opció que es va triar al seu dia. En tot cas —i mentre subsisteixi l'opció politicolegislativa de mantenir el percentatge esmentat—, s'ha de concloure la inoportunitat d'alguns aspectes de la seva regulació actual:

a. Costa comprendre per què el percentatge de membres del Tribunal reclutats per aquesta via és molt superior al definit per al Tribunal Suprem. Sembla injustificat que no es dugui a terme una alteració legal que porti el percentatge —en tot cas— a un de cada cinc magistrats del Tribunal; i es limiti a un de cada tres únicament en aquells tribunals superiors en què la Sala no té una composició numèrica superior.

b. Tampoc no s'entén quina pot ser la raó —si es respecten els principis de regulació i de gestió adequats— que fa que la designació per part del CGPJ s'hagi de basar en la terna presentada pel parlament autonòmic corresponent.

La designació per a aquestes sales d'un professional idoni la podria fer el Consell General del Poder Judicial de manera autònoma, tal com es fa per al Tribunal Suprem. No hi ha cap necessitat del suggeriment de l'òrgan legislatiu de cada comunitat autònoma. No s'entén quina és la raó que el nomenament s'hagi de produir dins de la terna que el parlament autonòmic defineixi, i el Consell General del Poder Judicial tampoc no té cap necessitat que ningú el condueixi per incorporar professionals dels diferents territoris al Tribunal Suprem.

En tot cas, l'aspiració política del grup socialista que el CGPJ hagi de designar necessàriament un dels integrants de la terna parlamentària (vetant la possibilitat actual de retornar la proposta perquè cap dels integrants no és mereixedor del nomenament) no solament aprofundeix el problema sinó que també desnaturalitza, a més, la independència del poder judicial i les funcions que li han estat encomanades a l'article 122 de la CE.

En el fons, allò que la regulació i el projecte de reforma de la LOPJ amaguen és una perversa intromissió del poder legislatiu autonòmic en el poder judicial estatal. És un sistema que desafia la distribució constitucional de competències estatals i autonòmiques, i que comporta, a més, una influència del poder polític autonòmic en el poder judicial, en paral·lelisme amb la facultat del legislatiu central de designar tots els vocals del CGPJ.

c. Aquesta voluntat d'influir políticament en el Tribunal Superior de Justícia es mostra nítidament quan s'observa que la designació-proposició del parlament autonòmic és tant per a la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia com per a la Sala Penal.

Si tenim en compte que el parlament autonòmic no té cap competència en matèria penal, no s'entén per què se li reconeix una capacitat especial per identificar els professionals idonis per a l'aplicació d'un dret comú.

La resposta és simple i hauria de provocar vergonya en un país democràtic. Els membres d'aquests parlaments estan aforats precisament per ser enjudiciats penalment per aquestes sales i el que la norma empara és una influència política en el Tribunal que els ha de jutjar.

La conclusió no és animosa i ha quedat en evidència recentment. Quan s'ha creat la doble instància penal i s'ha atribuït al Tribunal Superior de Justícia la

funció de conèixer en apel·lació dels recursos interposats contra les decisions de les audiències provincials, no s'ha optat per separar la Sala Civil i la Penal en dues sales especialitzades, sinó per una construcció insòlita. Es defineix legalment que els magistrats designats a indicació dels parlaments autonòmics mantinguin la competència civil i que en matèria penal conservin exclusivament la funció d'investigar i conèixer dels eventuais delictes comesos pels polítics aforats. Al mateix temps, es permet crear una Secció d'Apel·lació Penal —aquesta sí, de nomenament reglat— que coneixeria de tots els procediments penals menys els dels parlamentaris autonòmics, que es reserven per a aquells.

3. LA MORT DEL RECURS DE CASSACIÓ

Ponent:

JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

*President de la Sala Civil del Tribunal Suprem
Lletrat del Tribunal Constitucional, en excedència*

En un seminari internacional de magistrats de corts supremes, dut a terme no fa gaire en una república llatinoamericana, un magistrat va confessar que la república a què pertanyia havia estat infidel al recurs de cassació perquè havia visitat —va dir— l'alcova d'altres amants. El magistrat que va parlar a continuació, que hi participava en representació de la *Cour de Cassation*, va dir que el seu país havia desvirtuat també el règim de la cassació clàssica. Tots vam descobrir que França —i ho va dir ell— també havia estat infidel al recurs de cassació.

A continuació em pertocava parlar i vaig pensar immediatament en la Llei d'enjudiciament civil de l'any 2000, la qual havia suprimit el recurs de cassació per infracció de forma i l'havia substituït per un atípic recurs extraordinari per infracció processal.

Aquesta Llei havia prescindit radicalment de l'enumeració tradicional dels motius de cassació, que en alguns casos ordenava que en la sentència fixéssim expressament la doctrina com si es tractés d'un edicte del pretor. Poc en quedava, vaig pensar, del recurs de cassació originari. La infidelitat d'Espanya era flagrant. En situació tan difícil, em vaig encomanar a Calíope, la deessa de la poesia èpica i de l'eloqüència, que acostuma a socórrer els amants sorpresos en situacions enutjoses. Em vaig acollir a una frase que havia escrit Luis Díez Picazo al 1984, que literalment deia: «El genuino recurso de casación ha muerto y le ha sucedido otra figura jurídica a la que le han puesto su nombre». Vaig pujar a la tribuna i vaig dir: «Espanya ha estat fidel al recurs de cassació fins a la mort». I crec que no vaig faltar a la veritat. Però la mort va seguida moltes vegades del renaixement, de la reviviscència amb noves forces, i així ha succeït, a parer meu, amb el recurs de cassació.

He pensat que cap moment no pot ser més oportú, o pocs moments poden ser més oportuns, per parlar de la mort i del renaixement que aquest X Seminari, celebrat, almenys per part meva, amb una certa nostàlgia perquè el Consell Consultiu de la Generalitat s'extingeix. I culmina la seva magnífica trajectòria institucional, en què han participat brillants personalitats que no citaré, encara que se'm permetrà que faci una excepció, juntament amb l'actual president,

Pere Jover, amb Villavicencio, el seu primer president, a qui dec part de la meua vocació judicial, i amb el meu amic Joaquim Borrell, a qui dec tantes coses. El Consell Consultiu tindrà, de segur, un renaixement fructífer en el Consell de Garanties Estatutàries.

Això que he anomenat *mort de la cassació* no s'explica sense tenir en compte l'evolució de les concepcions sobre la jurisprudència, que és el producte per antonomàsia de la cassació. La concepció històricament originària, però defensada avui potser per la majoria dels autors, encara nega el caràcter vinculant de la jurisprudència. És una concepció —ho diré clarament— que s'inspira en el paradigma burocràtic de la Revolució francesa de desconfiança envers els jutges, que es desenvolupa en el marc de l'eterna, de la impossible discussió sobre si la cassació és una font del dret o no. Aquesta concepció, i llegeixo literalment el que diu un autor que ho reflecteix de manera molt precisa, Nieva Fenoll, el qual considera que la missió d'un tribunal suprem no és unificar la doctrina legal o la jurisprudència, digueu-ho com vulgueu. La missió del Tribunal Suprem és anul·lar les resolucions contràries a l'ordenament jurídic. I mentre duu a terme les anul·lacions esmentades, «*en passant*» —diria jo—, com que les seves resolucions han de ser motivades per imperatiu constitucional, crea jurisprudència, i aquesta jurisprudència és la que orienta, tot i que no obliga, els tribunals inferiors. En el fons, doncs, la cassació funciona com un recurs ordinari, com un recurs d'apel·lació gegantí atribuït a una instància central. En el pla legislatiu expressa aquesta concepció, a parer meu, l'article 1, apartat 6, del Codi civil, que conté la definició clàssica de la jurisprudència que tots coneixem.

Però s'ha produït o s'està produint —crec— la mort d'aquesta cassació. La mort d'aquesta cassació s'inicia quan el sistema jurídic, especialment els tribunals de cassació, comencen a atribuir importància preferent com a pròpia de la cassació a la funció d'unificació de les lleis, per sobre de la funció de correcció d'errades per part dels tribunals inferiors. Per això conflueixen, coadjuven, diverses idees. Per una banda, comencen a tenir gran importància, també en l'exercici de la funció judicial, els principis d'eficàcia i de participació, perquè es consideren essencials en una administració de justícia concebuda com a servei públic. Per una altra, es va imposant en els estats de dret continental el paradigma constitucional que comporta la incorporació de principis i valors de caràcter ètic en el pla jurídic i entre els quals figura la seguretat jurídica, valor ètic que ha estat anomenat per Friedman «moralitat interna del dret». S'incorpora la protecció, el principi de protecció eficaç dels drets dels ciutadans davant dels tribunals i la igualtat davant la llei.

D'acord amb aquests principis emanats del paradigma constitucional, el dret a la tutela judicial efectiva no es concep ja com el dret a obtenir necessàriament una resolució encertada dels tribunals, sinó simplement com el dret a obtenir una resposta raonablement motivada en dret. D'això es deriva que la doble

instància és suficient per donar en la majoria dels casos una resposta raonable al ciutadà dins de les exigències de celeritat i eficàcia que són inherents al dret a la tutela judicial.

Consegüentment, els tribunals de cassació, i no només el Tribunal Suprem d'Espanya, sinó en general les corts de cassació, les corts supremes, gairebé des del primer moment comencen a fer ús de mecanismes aliens al principi de legalitat per restringir el nombre d'assumpes dels quals coneixen, per tal d'evitar que un excessiu nombre de recursos dilati la resolució dels casos, o, una alternativa que encara és pitjor, obligui a constituir tribunals de cassació excessivament nombrosos, sanedrins incapaços d'establir criteris uniformes, de complir, per tant, allò que les corts supremes i les corts de cassació comencen a considerar com la seva finalitat primordial. Primer va ser la introducció d'una distinció, completament artificial, entre les qüestions de dret i les qüestions de fet. S'exclouen les qüestions de fet i no només aquestes, sinó també les que estan lligades a l'apreciació per part del tribunal la resolució del qual es recorre, com són les relatives a la interpretació dels contractes, als actes jurídics, a la fixació de les quanties d'indemnització i a la moderació de les clàusules penals. Més endavant, s'imposa una fase formalista, el formalisme en la fase d'admissió, consistent en el fet que les corts de cassació comencen a apreciar amb extrem rigor els requisits d'interposició del recurs, fent gala del que s'anomena el compliment de la tècnica cassacional, reservada només a uns quants coneixedors. Aquest criteri ensopega amb l'efectivitat del dret a la tutela judicial, consagrat amb la Constitució. Però això no impedeix que sigui després la llei la que estableixi criteris molt restrictius per a l'admissió dels recursos ja establerts, per tant, per la llei i coneguts per tots.

En el pla formal, per tant, el recurs de cassació, que quan sorgeix és, en realitat —ens agradi o no, l'anomenem com l'anomenem i el caracteritzem com el caracteritzem—, un recurs ordinari, un immens recurs d'apel·lació, es va transformant en un recurs de caràcter extraordinari al qual han de tenir accés només aquells assumptes que ho mereixen des del punt de vista de la seva finalitat institucional: unificar els criteris en l'aplicació de la llei per part dels tribunals ordinaris.

Però encara resta un tercer pas, que ja es duu a terme estretament de la mà del paradigma constitucional. En el nostre sistema, en el sistema espanyol, que no és més que una manifestació del que ha passat i està passant també en altres sistemes, el Tribunal Suprem no es configura com un òrgan encarregat de resoldre recursos de cassació, sinó que no es fa referència a aquest recurs. Es configura a l'article 123 CE com l'òrgan jurisdiccional superior en tots els ordres, llevat del que es disposa en matèria de garanties constitucionals, amb jurisdicció a tot Espanya. Hi insisteixo, no es diu, no s'esmenta, el recurs de cassació a la Constitució espanyola vigent de 1978, però sí que es diu una altra cosa molt important en un altre article, el 161 CE, que s'ha de posar en relació

amb aquest, una qüestió que de vegades s'oblida. L'article 161 CE, en referir-se a la competència del Tribunal Suprem, diu que la declaració d'inconstitucionalitat d'una norma jurídica amb rang de llei, interpretada per la jurisprudència, afectarà aquesta, però la sentència o sentències que hagin recaigut no perdran el valor de cosa jutjada.

De la combinació d'aquests preceptes es dedueixen diverses conclusions: que el recurs de cassació deixa de ser el procediment definitori del Tribunal Suprem; que la funció de fixar jurisprudència en la interpretació de la llei és la que realment correspon al Tribunal Suprem mitjançant el recurs de cassació o qualsevol altre instrument adequat per a això; i que aquesta funció li correspon perquè ocupa el grau suprem de l'organització judicial.

I una altra conclusió és també que la jurisprudència i la cassació no són instruments o efectes exclusius de l'actuació del Tribunal Suprem. La cassació serà, per tant, l'instrument institucional que, entre d'altres, pot fer possible la consecució d'aquestes finalitats. La cassació es transforma així, o es concep així, com un recurs amb una finalitat de manteniment de l'equilibri del sistema jurídic, de consecució de la moralitat interna del dret, de consecució, de realització efectiva, dels principis constitucionals d'igualtat, seguretat i protecció eficaç dels drets dels ciutadans.

Paradoxalment, a Espanya, la mort d'aquella cassació té molt a veure amb la recuperació de les finalitats constitucionals que es van atribuir originàriament —i estic parlant en termes històrics— al Tribunal Suprem. La creació del Tribunal Suprem a la Constitució de 1812 no es correspon amb la iniciativa revolucionària francesa de crear un tribunal de cassació per garantir l'imperi de la llei i corregir així les desviacions dels tribunals inferiors, sinó que es concep com una institució pròpia del nou règim liberal encaminada a implantar els principis propis d'aquest: fer efectiu el principi de responsabilitat davant les autoritats judicials mitjançant el coneixement dels recursos de nul·litat que van acompanyats d'una declaració de responsabilitat del tribunal respecte del qual s'estima el recurs. La preocupació, per tant, per l'arbitrarietat judicial és la primera que determina la creació del Tribunal Suprem.

D'altra banda, segons es dedueix de les competències que expressament atribueix al Tribunal Suprem la Constitució de 1812, entre les quals no hi ha, —brilla per la seva absència,— el recurs de cassació, entre aquestes finalitats, també hi ha la consecució del principi d'unitat jurisdiccional en relació amb les audiències i els tribunals especials, amb la jurisdicció eclesiàstica, i fer efectiu també el principi d'unitat de fur.

L'aproximació al sistema francès de cassació no constitueix un punt de partida sinó una tendència que es va imposant progressivament i que cristal·litza al 1856 a la Llei d'enjudiciament civil, la primera Llei d'enjudiciament civil, i posteriorment al 1870 amb la important Llei provisional sobre l'organització

del poder judicial, que, encara que fos provisional, va tenir una vigència de més d'un segle.

La tasca de fixar la jurisprudència unificant la interpretació de la llei per tots els tribunals encaixa millor, per tant, en la configuració constitucional del Tribunal Suprem tal com l'estableix la nostra Constitució de 1978 en la concepció clàssica del recurs de cassació.

Però, per comprendre el sistema espanyol, és necessari fer referència a un fenomen absolutament capital en relació amb aquesta qüestió. Cal retornar a l'article 152 de la Constitució, que atribueix als tribunals superiors de justícia un paper homòleg en les comunitats autònomes al que correspon al Tribunal Suprem en l'àmbit de l'Estat, perquè diu que culminaran l'organització judicial en l'àmbit de les comunitats autònomes.

Aquest precepte és susceptible de dues interpretacions que es poden veure com a contraposades, com a esglaonades entre si. Una primera interpretació, que jo he anomenat *d'especialitat de l'ordenament autonòmic*, consisteix a entendre que s'ha de reservar als tribunals superiors de justícia el monopoli d'examen dels conflictes relacionats amb l'ordenament autonòmic i, com a conseqüència, la fixació de doctrina en l'àmbit de la comunitat autònoma. La segona interpretació es funda en el principi que he anomenat *de plenitud de la competència dels tribunals radicats a les comunitats autònomes* i consisteix a atribuir als tribunals superiors la consideració de tribunals amb aptitud per fixar doctrina en l'àmbit autonòmic en totes les matèries. També, per tant, en matèries de dret estatal, reservant al Tribunal Suprem aquells recursos, gairebé podríem dir súper-recursos, que s'estimin indispensables per garantir la seva funció de reconducció a la unitat de tot l'ordenament, corregint així les possibles discrepàncies que es puguin establir entre uns tribunals superiors i uns altres.

Els primers estatuts d'autonomia és evident que van aplicar el principi d'especialitat dels ordenaments autonòmics. Però, més recentment, els estatuts d'autonomia darrerament aprovats semblen assenyalar o almenys possibilitar una solució diferent, la de plenitud de competència a què abans he fet referència, perquè apunten, d'una manera indirecta l'Estatut de Catalunya de l'any 2006 i d'una manera directa l'Estatut de la Comunitat Valenciana aprovat poc abans, a l'atribució als tribunals superiors de justícia d'una competència per a la fixació de doctrina també en relació amb les matèries de dret estatal, i reserven al Tribunal Suprem aquesta funció d'unificació de la doctrina. He dit d'una manera indirecta l'Estatut de Catalunya perquè l'Estatut de Catalunya no diu que el Tribunal Superior de Justícia pugui o hagi de fixar doctrina en matèria de dret estatal. Simplement diu, a l'article 95, que és l'última instància jurisdiccional de tots els processos iniciats a Catalunya, així com —i aquesta és la frase important— de tots els recursos que es tramiten en el seu àmbit territorial, sigui quin sigui el dret invocat com a aplicable, d'acord amb la Llei orgànica del poder judicial i

sens perjudici de la competència reservada al Tribunal Suprem per a la unificació de la doctrina. Per tant, la paraula *doctrina*, la unificació de la doctrina, només es predica del Tribunal Suprem.

Però, en canvi, l'Estatut valencià, a l'article 33, a l'apartat segon, sí que empra l'expressió *fixar doctrina* referint-se al Tribunal Superior de Justícia i aparentment en relació amb matèries de dret estatal, perquè diu que serà competència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana l'establiment de la doctrina en els ordres jurisdiccionals en els quals sigui procedent, i s'estendrà a tots aquells el coneixement dels quals fos atribuït per l'Estat al territori de la Comunitat Valenciana, sens perjudici de les competències del Tribunal Suprem.

Com vostès saben, aquesta qüestió es troba en mans del Tribunal Constitucional. S'ha impugnat aquest precepte específic de l'Estatut català. Tanmateix, sí que va ser impugnat, però en altres preceptes, l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana, per la qual cosa el Tribunal Constitucional s'haurà de pronunciar sobre aquesta qüestió, suposo que indirectament també en relació amb el plantejament de la Comunitat Valenciana, que és la que més clarament sembla apuntar cap a aquest esglaonament: el Tribunal Superior de Justícia, habilitat per al coneixement de recursos de fixació de doctrina en matèria estatal, i el Tribunal Suprem, amb una espècie de recurs de «supercassació» per a la unificació de doctrina.

Vegem ara quina és la situació actual i les possibles perspectives. Distingiré entre els ordres jurisdiccionals. En l'àmbit civil, el principi d'especialitat està profundament arrelat. El recurs de cassació es reconeix a aquelles comunitats autònomes que tenen drets civils, forals, especials o propis de les comunitats autònomes i que han tingut un desenvolupament important. S'ha dut a terme un assaig d'atribució als tribunals superiors de justícia de competències de cassació en matèria estatal per la Llei d'enjudiciament civil de l'any 2000, atribuint-los el coneixement del recurs extraordinari per infracció processal, que ha estat una manera d'anomenar el vell recurs de cassació per trencament de forma. Tanmateix, la iniciativa ha fracassat perquè aquest recurs no ha arribat a entrar en vigor i coneix d'aquest, actualment, des de l'any 2001 en què va entrar en vigor la Llei de l'any 2000, el Tribunal Suprem.

La proposta d'atribuir la competència per a la interpretació de l'ordenament estatal als tribunals superiors de justícia en matèria civil continua, tanmateix, present a la doctrina i en alguns projectes o iniciatives legislatives; ensopega, no obstant això, amb inconvenients significatius en dos tipus de qüestions. La primera és que, si no se suprimeix una instància en l'actual organigrama judicial, això comportaria una dilació insuportable en el procés civil perquè implicaria l'existència de tres graus jurisdiccionals: la primera instància, l'apel·lació, la cassació davant el Tribunal Superior de Justícia i el recurs

d'unificació de doctrina davant el Tribunal Suprem. I la segona objecció, que potser em sembla més important, és que reduiria el grau d'autonomia dels ordenaments civils propis de les comunitats autònomes que estan tenint avui un desenvolupament important, entre altres factors gràcies a la jurisprudència dels tribunals superiors de justícia, atès que el recurs d'unificació de doctrina en mans del Tribunal Suprem s'admetria quan hi hagués contradicció entre sentències dictades pels tribunals superiors de justícia també en aplicació dels principis generals i resultaria difícil excloure els supòsits en els quals aparegui afectat, almenys indirectament, el dret propi de les comunitats autònomes, com palesa l'experiència actual en matèria contenciosa administrativa.

Voldria dir també que l'abast, a diferència del que de vegades s'acostuma a creure, del recurs de cassació en mans dels tribunals superiors de justícia sobre dret propi de les comunitats autònomes, no és el mateix que l'abast del recurs de cassació estatal, perquè són diferents, quant a la naturalesa, els principis dels ordenaments civils autonòmics dels del dret comú, i és diferent també la posició que ocupen uns i altres tribunals.

Vull dir, així mateix, ara referint-me al dret comú, que la Llei d'enjudiciament civil de l'any 2000 ha articulat bàsicament el recurs de cassació com un recurs d'unificació de doctrina, però no d'unificació de doctrina dels tribunals superiors de justícia sinó de les audiències provincials, per evitar la contradicció que pugui produir-se entre aquestes, i que aquest sistema, que jo crec que literalment compleix amb el que estableix, almenys, l'Estatut d'autonomia de Catalunya, avui té una certa relació, una clara relació, amb el *writ of certiorari* com el reconeix el sistema dels Estats Units d'Amèrica. N'hi ha prou amb llegir les regles que ha establert el Tribunal Suprem dels Estats Units, i que va renovant gairebé anualment, per veure que alguns dels supòsits que ofereix el Tribunal Suprem nord-americà com a determinants de l'admissibilitat del recurs són supòsits que apareixen o tenen molta relació amb els que preveu la Llei d'enjudiciament civil.

En el recurs de cassació penal es manté la configuració clàssica, encara que tendeix a configurar-se, segons el darrer projecte de llei que va decaure a les Corts, també com un recurs per a la unificació de doctrina, però no pas dels tribunals superiors de justícia, en els quals es pensa com a l'última segona instància que garanteixi el doble coneixement de l'assumpte per part dels tribunals exigint pels tractats internacionals.

En l'àmbit contenciós administratiu, el sistema espanyol és curiós perquè el principi d'especialitat o monopoli de la doctrina per part dels tribunals superiors s'ha garantit de manera indirecta, impeding que en el recurs de cassació ordinari es puguin plantejar recursos de cassació que no es fundin si no es demostra que es fonamenten en la infracció d'un precepte estatal o comunitari de caràcter rellevant.

En l'àmbit de la cassació social és on jo crec que el principi que he anomenat *de plenitud de coneixement* per part dels tribunals superiors de justícia té una aplicació que podem considerar plena. Això és així perquè la primera instància és provincial, els tribunals superiors de justícia coneixen d'un recurs de suplicació que respon al model del recurs de cassació, i la Sala Social del Tribunal Suprem coneix d'una instància, o d'un recurs, que és un recurs extraordinari exclusivament amb finalitats d'unificació de doctrina.

I ha arribat ja el moment d'establir conclusions. El moment de l'epíleg, el moment de dir què és això de la mort del recurs de cassació. I jo diria que per a aquells que creuen que la societat es pot permetre un triple examen reiteratiu dels processos per tal d'evitar errades; per a aquells que, vetllant pels seus interessos concrets, pensen en la cassació com un recurs universal que pot operar com a moratòria per al pagament d'un deute a un particular o d'un tribut a l'Administració, o com un instrument per allargar indefinidament un plet; per a aquells que, desconfiant dels excel·lents jutges professionals de què gaudeix la societat espanyola, desitgen que el seu assumpte, per insignificant que sembli, sigui resolt sempre per l'òrgan situat a la cúpula judicial, i també per a qui maliciosament creu que la depuració del recurs de cassació obeeix al simple desig de liquidar els assumptes sense feina excessiva, la conclusió al meu judici és terminant: la vostra cassació ha mort, *lasciate ogni speranza*.

Per als qui considerem que la cassació té en el sistema democràtic una finalitat específica assignada en la Constitució i que ha de contribuir de manera decisiva a l'equilibri del sistema jurídic en l'estat compost; per als qui amb la mateixa passió que Ulpià ens atrevim, molts segles després, a continuar definint la jurisprudència com la ciència del que és just i del que és injust; per a aquells que creiem que el segle XXI serà el segle del dret; per als qui sabem que els homes i les dones que es troben ara en els primers graus judicials veuran, per fi, la raonable solució als problemes de la justícia que altres no hem pogut veure, la conclusió, a parer meu, només pot ser aquesta: la cassació ha mort, visca la nova cassació constitucional!

COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES

Moderador:

JOAQUIM BORRELL MESTRE

Conseller del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya

Magistrat

El col·loqui posterior a les ponències sostingudes en la tercera sessió va provocar un debat viu, amb opinions contraposades, en consonància amb la mateixa controvèrsia de què eren objecte en l'àmbit social i amb les opinions que es van expressar en les coponències. Va ser el cas de la discussió sobre l'exercici del dret de vaga per part de jutges i magistrats i, en menor mesura, dels sistemes d'accés a la carrera judicial. L'últim dels temes tractats, relatiu al recurs de cassació, no es va circumscriure a les qüestions processals sinó que va donar peu a fer una reflexió sobre la tasca del Tribunal Suprem en l'exercici de la seva funció jurisdiccional.

Al llarg del col·loqui es va poder observar que la diversitat d'opinions en relació amb el dret de vaga de jutges i magistrats estava en directa correlació amb la concepció del doble vessant del jutge, d'una banda com a funcionari, i, de l'altra, com a titular de la funció jurisdiccional d'un poder judicial que troba la seva màxima expressió en l'elaboració de les sentències. En el primer cas, es va advocar per la conveniència de fer un exercici de realisme per tal de reconèixer l'exercici d'aquest dret, amb les limitacions necessàries per no vulnerar altres drets fonamentals, i la necessitat de trobar els instruments i les vies per negociar les condicions de treball d'aquest col·lectiu.

En canvi, pel que fa al segon vessant, des de l'auditori es va sostenir que al jutge, en l'exercici d'un poder de l'Estat, li estava vedat fer vaga. Tot i apostar per la cerca de mecanismes per atendre les reivindicacions en l'àmbit de la carrera judicial dels jutges i magistrats i canalitzar-les a través del Consell General del Poder Judicial, calia, però, que el magistrat, per al prestigi mateix de la justícia, es mantingués aliè als problemes que la vaga pot ocasionar als justiciables.

En connexió amb això anterior, en una intervenció dels assistents es va posar l'accent en el fet que el reconeixement que l'article 28 CE fa del dret de vaga dels treballadors es connecta directament amb la nota de la dependència de la seva relació laboral i això els distingeix de manera clara dels jutges, que es caracteritzen precisament per la seva independència. El revers d'aquesta

independència és la responsabilitat i és aquí on cal que actuï el Consell General del Poder Judicial regulant la inspecció i la facultat disciplinària, cosa que no és assimilable a la negociació i regulació de les condicions de treball.

Més enllà de la tasca estricta dels jutges i magistrats també es va voler posar de manifest que l'exercici de les seves funcions es troba condicionat pel fet de formar part de l'entramat complex que constitueix l'Administració de justícia. En aquest sentit, es va fer menció de la importància i incidència que va tenir sobre la societat i sobre l'exercici de la mateixa activitat jurisdiccional la vaga de tres mesos que van dur a terme els funcionaris de l'Administració de justícia.

Com a reflexió final i deixant de banda els arguments jurídics que fonamentaven les diferents opinions, es va fer un apunt sobre la realitat del moment i, en particular, es va fer notar la poca oportunitat que significava aleshores una convocatòria de vaga, atès el gran impacte que suposava i el fet que la consideració social de la justícia i del seu funcionament no estaven passant pel seu millor moment.

El segon dels temes tractats, l'accés a la carrera judicial, va partir d'una reflexió en la qual coincidien els assistents i els ponents, com era la necessitat de reformar, en major o menor mesura, el sistema d'ingrés a la categoria de jutge. Sobre això es va incidir en el fet que un canvi de model s'havia de generar amb la participació de la carrera judicial i de totes les associacions judicials per tal que la reforma que es dugués a terme tingués una continuïtat i una perdurabilitat en el temps, opinió a la qual es va afegir que caldria també la participació de la resta d'operadors jurídics. Així mateix, es va sostenir la necessitat que la reforma s'adeqüés al canvi en la formació universitària introduït a través del Pla de Bolonya. I, com a proposta concreta, es va suggerir que la modificació de la fase d'oposició del sistema d'ingrés havia d'introduir elements objectius que acreditessin no només el coneixement del dret dels aspirants sinó també les habilitats necessàries per al desenvolupament de la funció jurisdiccional.

A més d'aquesta necessària reforma en profunditat es va fer menció d'altres canvis conjunturals que s'havien ja dut a terme sense necessitat de modificacions legislatives, per tal de racionalitzar la fase d'oposició de l'esmentat procediment d'accés. Aquest —es va dir— era el cas del manteniment, per a la convocatòria següent, de les qualificacions obtingudes en els dos primers exercicis teòrics de la fase d'oposició (qüestionari-test i examen oral). Tot això després de la constatació de la davallada d'aspirants que s'havia detectat d'ençà de l'any 2000 i de la necessitat de fer més atractiva la carrera judicial.

Seguint en l'àmbit concret de la fase d'oposició per a l'accés a les carreres judicial i fiscal, es va fer un breu recorregut sobre la seva regulació al llarg del temps i la interconnexió d'ambdues. Així, es van destacar els problemes que es van plantejar en els seus inicis quan les convocatòries per a l'accés a l'una o l'altra es feien de manera separada ja que, en ser un sistema de selecció

coincident quant al contingut jurídic, a la pràctica el mateix cos d'opositors preparava les dues oposicions, de manera que els millors aspirants obtenien plaça en ambdues carreres i, en haver d'optar per una d'aquestes, les vacants de l'altra quedaven desateses. Això va provocar que a partir de l'any 2001 es produís una unificació de manera que en l'actualitat els exercicis i el programa d'oposició són iguals per a ambdós cossos. Un dels ponents es va mostrar contrari a la fórmula d'accés conjunta sobre la base que les funcions professionals de jutges i fiscals són molt diverses i va proposar la necessitat de separar el sistema d'accés a les carreres judicial i fiscal. Això anterior —va afegir— hauria d'anar acompanyat d'un programa per a l'accés amb un contingut tècnic diferent per a un i altre cos que s'adeqüés a les funcions assignades a cadascú i que, d'altra banda, dificultaria que els aspirants concorreguessin a ambdues convocatòries amb la qual cosa s'evitaria el problema de la desatenció de les places vacants que es va produir en el seu moment.

El col·loqui sobre la tercera ponència va discórrer arran d'una pregunta sobre si el gran llast actual de l'Administració de justícia era precisament el seu retard i quina era la posició del Tribunal Suprem i, en concret, de la Sala Primera, sobre aquesta qüestió. El ponent va centrar la intervenció en l'enfocament del recurs de cassació com a recurs per a la unificació de doctrina arran de l'articulació efectuada per la Llei d'enjudiciament civil de l'any 2000. L'opció de la Llei, que —va dir— va ser proposada pel mateix Tribunal Suprem prenent en certa manera el referent del *writ of certiorari* de la Cort Suprema dels Estats Units, va ser una aposta atrevida perquè pràcticament va prescindir de la cassació clàssica i va introduir el concepte d'interès cassacional. Partint d'aquesta regulació, la Sala Primera de l'alt tribunal va abordar la situació extremament preocupant dels cinc mil assumptes admesos i que es trobaven pendents de resolució. Per fer-hi front es va traçar un pla molt elaborat, que va suposar la intervenció de lletrats i magistrats de suport, amb la finalitat sobretot que en la fase d'admissió els lletrats preparessin la feina. En el procés de resolució dels assumptes i d'eliminació del retard en l'elaboració de les sentències, es van produir una sèrie de fenòmens inesperats que el ponent va voler exposar als assistents al seminari. En primer lloc, i pel que fa a l'enjudiciat, es produïa en molts casos el desistiment dels assumptes poc abans que s'assenyalessin, cosa que mostrava que molts recursos funcionaven com un mecanisme de moratòria per als deutors. I, per tant, el retard, en moltes ocasions, es convertia en un instrument per afavorir uns agents econòmics enfront d'altres. Igualment, la litispendència de l'assumpte durant molts anys obria possibilitats de negociació i una certa perspectiva de canvi ja que, en dret, les concepcions socials evolucionen molt i, per tant, també podria fer-ho la jurisprudència del Tribunal Suprem.

D'altra banda, i des del punt de vista del magistrat, a mesura que s'eliminava el retard, i amb la selecció prèvia d'assumptes mitjançant criteris d'admissió

estRICTES, la seva tasca va esdevenir personalment menys còmoda i es tenia més sensació de responsabilitat perquè tots els assumptes que s'analitzaven eren importants i immediats en el temps. A més, la sentència adquiria una importància vital des del punt de vista de la seguretat jurídica i, per tant, també del principi d'igualtat davant la llei, atesa l'enorme transcendència per als operadors jurídics de les sentències dictades amb l'objectiu de la unificació de doctrina. En conseqüència, el ponent va concloure que la cassació, tot i que originàriament es va concebre com un instrument basat en la jerarquia, amb la nova regulació ha passat a ser realment un instrument de mediació, un producte de tots els agents jurídics, de tots els que participen en l'elaboració del dret.

Finalment, respecte de l'afirmació efectuada des de l'auditori sobre que la percepció social del Tribunal Suprem com a òrgan superior està en directa proporció amb el nombre d'assumpes que tracta, el ponent va indicar que paradoxalment això no és així en la mesura que quan s'emeten un gran nombre de sentències és més fàcil incórrer en contradiccions, i, per tant, es perd autoritat, mentre que si es dicten molt poques decisions i molt meditades, l'eficàcia és indiscutible. Un exemple d'això el trobaríem en l'actuació de la Cort Suprema dels Estats Units, que examina no més de setanta assumptes l'any i l'autoritat de la qual ningú no qüestiona.

V

ACTE DE CLOENDA

Intervencions:

Honorable Senyora MONTSERRAT TURA CAMAFREITA
Consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya

Excel·lentíssim Senyor EMILIO BERLANGA RIBELLES
President del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (e. f.)

Excel·lentíssim Senyor MIGUEL JULIÁN COLLADO NUÑO
Vocal del Consell General del Poder Judicial

Il·lustre Senyor JOAQUIM BORRELL MESTRE
Conseller del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya

Honorable Senyora MONTSERRAT TURA CAMAFREITA
Consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya

HONORABLE SENYORA MONTSERRAT TURA CAMAFREITA
Consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya

Bon dia. Els amics del Consell Consultiu em permeten de presidir aquest acte de tancament d'una nova edició del Seminari Autonomia i Justícia a Catalunya, que organitzen conjuntament el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, el Consell General del Poder Judicial i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. En aquest acte de cloenda i en aquest espai magnífic que ens acull, els adreçarà en primer lloc unes breus paraules el president del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en funcions, l'Excel·lentíssim Senyor Emilio Berlanga.

EXCEL·LENTÍSSIM SENYOR EMILIO BERLANGA RIBELLES
President del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (e. f.)

L'absència de la presidenta del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en unes jornades a Hispanoamèrica, a Bolívia, em fa assumir les funcions de president del Tribunal Superior de Justícia en aquest acte, de la qual cosa em sento molt orgullós. Perquè jo també he participat en les deu sessions, en els vint anys que fa que se celebra aquest Seminari d'Autonomia i Justícia a Catalunya. De vegades com a simple assistent, com a alumne, d'altres, com a ponent; o sigui, que em sento de la vella guàrdia d'aquestes jornades, que sempre han estat un èxit. I, a més, any rere any ens adonem, els que hi participem, que sempre han anat a més en assistents, en intensitat dels debats, en tot, i aquest any n'ha estat un exemple. Els qui hi hem participat des del principi no havíem vist que fos difícil fins i tot aconseguir un seient a la sala posterior. Això és un senyal claríssim d'èxit. M'ha passat aquest matí, fins i tot allà darrere he hagut d'estar dret una estona perquè no hi havia cap lloc on asseure's. Em sembla magnífic que hagi tingut aquest èxit.

La densitat dels debats és clara, la de les ponències exposades també; la selecció de temes, com sempre, és encertada: els temes són variats per suscitar un debat ampli, i jo crec que és un èxit. I, a més, la perspectiva que tenim de futur és que continuarà, que el canvi de l'òrgan que gaudeix d'aquesta seu no significarà que acabin aquestes jornades, sinó que continuaran en el futur. Sembla que és la voluntat unànime de tots els que som aquí i això em sembla la millor plasmació de l'èxit d'aquest Seminari, que ja és el desè. És l'únic que volia dir, i agrair-vos a tots, als companys magistrats i jutges, que hi haguen assistit. I, a la resta, igualment, felicitar-vos i felicitar-nos per l'èxit un cop més d'aquest Seminari. Moltes gràcies, consellera.

Ens parlarà ara l'Excel·lentíssim Senyor Miguel Julián Collado Nuño, vocal del Consell General del Poder Judicial.

EXCEL·LENTÍSSIM SENYOR MIGUEL JULIÁN COLLADO NUÑO
Vocal del Consell General del Poder Judicial

Honorable consellera, benvolguts companys. El que ahir va ser la inauguració d'aquestes jornades feia preveure, evidentment, i teníem l'esperança que fos així, que es complissin les expectatives que durant vint anys ha tingut la col·laboració entre el Consell Consultiu de la Generalitat, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i el Consell General del Poder Judicial. Avui justament constatem que l'èxit no només es manté sinó que també ho fan la intensitat dels debats i l'interès de tots els participants, a més de la seva altura jurídica i personal, que ha fet que gairebé fos imprescindible que demà continuéssim. Han quedat tants temes sense tractar, oi? I si arribem a deixar obert el torn de preguntes, potser, consellera, haguéssim berenat...

Bé, això d'una banda. És una satisfacció que realment una activitat assoleixi el seu propòsit: ser un lloc de debat obert entre entitats que, evidentment, col·laborem però que no participem de la mateixa funció. Perquè, després d'analitzar una mica el sentit de tot això, em venien a la ment les paraules del president del Tribunal Suprem i del Consell General del Poder Judicial. Les seves primeres paraules, quan deia «és l'hora de la justícia». Jo crec que totes les intervencions que han tingut lloc tant el dia d'avui com ahir participen d'aquest contingut. I, a més, hi participen fins i tot en el mètode. No he vist que cap de les aportacions que s'han fet establissin una visió única d'un problema, ni encara menys que tractessin d'aportar-hi una única solució, sinó que d'una manera complementària sembla que incidien en les circumstàncies rellevants, especialment per a qui les exposava, però que eren complementàries d'altres.

Potser la unió, potser aquest consens a què es referia també el meu company del Consell en la intervenció que ha fet aquest matí, en sigui la via. Consens, no mal entès com una renúncia a l'opinió pròpia, sinó com la necessitat de pensar que la millor solució generalment es troba en part en cada persona. Potser és això. En quins aspectes bàsics es recolza aquesta necessitat que l'hora de la justícia sigui certa? Primer, l'institucional. Hem de comptar amb els jutges que siguin necessaris per desenvolupar la funció constitucional de jutjar i fer executar allò jutjat. Jo parteixo d'una dada que em dóna tranquil·litat i d'una altra que em genera inquietud. La tranquil·litat me la dóna el fet que, avui, dins de la justícia, els jutges no són un problema. La capacitació tècnica, la preparació jurídica i la disposició de servei públic que tots tenim a l'hora d'exercir la nostra funció són generalitzades. La carrera judicial està disposada i preparada tècnicament, personalment i socialment per acomplir la seva tasca. Això vol dir que, al sistema que s'ha utilitzat d'accés, que no ha estat únic ni contraposat, s'hi han estat incorporant contínuament les modificacions que calen per dur a terme la tasca jurisdiccional; i la funció jurisdiccional exigeix un respecte constitucional de submissió a l'imperi de la llei. Poc respecte a l'imperi de la llei pot tenir qui la desconeix. La capacitació tècnica és necessària i, després, la complicitat social, l'interès del jutge integrat també com a persona en aquesta societat resulten rellevants. Igualment, la seva capacitat per resoldre.

Això no vol dir que estiguem satisfets que només aquest sigui el sistema. Hi ha fallades. Ens preocupa, evidentment, la reforma universitària en potència i la nostra única inquietud en aquest cas com a Consell ha de ser tractar que els millors vulguin ser jutges i que els millors que ho vulguin ser puguin acreditar-ho. No amb proves que siguin absurdes, ni amb requisits que siguin innecessaris, sinó amb aquells que justifiquen completament la seva capacitat i les seves condicions. Però això no és l'única cosa. A més d'aquest pilar institucional, ens cal després el pilar instrumental. Tenim un problema real, un problema que es va resolent gràcies a la col·laboració i generositat de les administracions implicades. A Barcelona, amb un esforç econòmic en aquest moment molt rellevant, s'està posant en marxa d'una manera decidida una ciutat de la justícia sencera, una ciutat de veritat. Una ciutat dins de Barcelona, oi? Això vol dir que la tradicional manca de mitjans es va resolent sobretot per la disposició que hi ha, jo crec que decidida, per part de totes les administracions: el Ministeri de Justícia en els territoris en els quals manté la seva competència i les comunitats autònomes on els correspon; però no és suficient. Perquè un jutge pugui dur a terme la seva tasca necessita personal qualificat al seu servei. Aquí també tenim greus mancances que hem de resoldre. Parlem de la crisi universitària, de la necessitat de justificar els coneixements tècnics per part dels jutges, i jo hi afegeixo la meva profunda preocupació pel nivell de professionalitat que hi pot haver en part de la funció pública. Aquest és un problema que ens afecta a

tots i, realment, una funció especialitzada ho exigeix. Avui també, el consens, la col·laboració i el rigor són imprescindibles.

El tercer pilar perquè aquesta obra de «la justícia de la justícia» es pugui dur a terme també ha sorgit avui i és el que, d'una manera privilegiada i a més amb un estil exquisit, ha exposat el president de la Sala Primera del Tribunal Suprem: la importància que tenen els instruments processals. Aquest verdader dret constitucional, el qual permet que el ciutadà que té un problema pugui realment arribar a una solució. El procediment té una rellevància extraordinària en el desenvolupament de la funció de treball per part dels tribunals i un bon exemple n'ha estat el que ha exposat Juan Antonio Xiol en el desenvolupament de l'activitat del Tribunal Suprem. Ens calen bones lleis. Aquestes bones lleis també hauran de tenir les mateixes característiques que hem expressat prèviament. No han d'incorporar ritus innecessaris, han d'establir d'una forma ja decidida els mitjans de comunicació i de relació telemàtica, sense cap tipus de prevenció. Ara com ara el paper ha desaparegut de les nostres relacions personals: ningú no escriu cartes, el Banc es relaciona amb els clients per mitjans telemàtics i electrònics. Això, ho hem d'incorporar a l'Administració de justícia mantenint, evidentment, les formes, mantenint els requisits i establint les fórmules que siguin necessàries per garantir els drets.

En conjunt, em sembla que amb aquesta estructura, amb aquesta disposició i amb aquest ànim podem afrontar amb optimisme una reforma real i efectiva, partint de la necessitat que el que s'ha fet en el passat només pot ser la base del que ens espera en el futur. Tanmateix, també he de dir que el que s'ha fet en el passat és garantia estricta d'aquest compliment. Moltes gràcies.

Ara és el torn de l'Il·lustre Senyor Joaquim Borrell Mestre, conseller secretari del Consell Consultiu.

IL·LUSTRE SENYOR JOAQUIM BORRELL MESTRE
Conseller del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya

Honorable Senyora Consellera de Justícia, Excel·lentíssim Senyor Vocal del Consell General del Poder Judicial, Excel·lentíssim Senyor President en funcions del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, consellers del Consell Consultiu de la Generalitat, senyores i senyors, amics tots.

Em permetran, en primer lloc, que agraeixi molt sincerament al president del Consell Consultiu de la Generalitat i a tots els meus companys —els presents i els que no han pogut assistir a aquest acte— que m'hagin comissionat per intervenir en aquest acte de cloenda que, per a mi, té una significació

especial perquè, com tots vostès saben, el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya desapareix, es crea el Consell de Garanties Estatutàries i jo no m'integraré en aquest Consell, sino que Jo tornaré com a magistrat a la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia, que presideix Emilio Berlanga.

Comprendran que, per això, doni un to una mica especial a la meua intervenció. Pensin que l'organització d'aquests seminaris, que tinc l'honor d'haver coordinat durant deu edicions, és a dir, durant vint anys, és difícil. Va ésser complicat tant posar en marxa la idea —en què ens va ajudar decisivament Juan Antonio Xiol— com després anar organitzant cada una d'aquestes sessions, buscant temes d'actualitat molt discutits i consensuats entre tots fins al punt que, en algun cas, es va arribar a fer una votació. Cada conseller en presenta uns quants i després els votem i el que guanya, encara que sigui per un vot, és el que es presenta aquí. Després, s'han de buscar els ponents, consensuar-los amb el Consell General del Poder Judicial i amb el Tribunal Superior de Justícia. En aquesta tasca d'organització, jo els puc dir que tots els que han estat consellers d'aquest Consell Consultiu hi han posat il·lusió, interès i entusiasme màxims. I per això no em resisteixo a esmentar en aquest acte els que han estat companys meus del Consell Consultiu i que tants esforços i tant interès han posat en l'exercici de la funció dictaminadora. Així, recordo Eduard Vivancos, Francesc Fernández de Villavicencio, Robert Vergés, Lluís Roca-Sastre, Francesc de Carreras, José Antonio González Casanova, Enric Argullol, Manuel Vicens, Ramon M. Llevadot, Antoni Bayona, Agustí Bassols, Jaume Renyer, Joaquín Tornos, Pere Jover, Jaume Vernet, Jaume Camps, Marc Carrillo i Antonia Agulló. Tots ells, uns excel·lents juristes amb els quals he tingut l'honor de treballar.

Aquestes persones han posat tot el seu interès, tot el seu entusiasme, perquè el Consell Consultiu hagi estat considerat a Catalunya com una institució útil al servei de la Generalitat.

També he d'agrair a tot el personal del Consell Consultiu el seu esforç i la seva col·laboració. Tots els funcionaris s'han implicat sempre en l'organització de tots els actes duts a terme pel Consell, prestant la màxima col·laboració. Sense el seu esforç, els seminaris no haurien existit.

Al capítol d'agraïments he de regraciar també als magistrats del Tribunal Suprem el suport que ens han prestat, perquè amb la seva presència i el seu criteri, exposat aquí públicament, ens han ajudat a formar opinió. Als magistrats de les corts supremes dels països d'Amèrica Central i el Carib, als consells consultius de les altres autonomies, la presència dels quals també ha estat constant; a Ana Pérez Tórtola, que és magistrada del Tribunal de Comptes del Regne i que ha vingut gairebé sempre que ha pogut a aquest esdeveniment. I a tots vostès, perquè crec que aquí hem fet molts amics, perquè ens anem veient

cada dos anys, prenem un cafè, ens expliquem la nostra vida, comentem el que s'ha discutit, intercanviem idees, etc. Crec que hem format un bon grup que, a més, va creixent, perquè que ja superem els dos-cents, i a mi això em satisfà. Penso que, a més, el Consell Consultiu ha acomplert l'objectiu que es va proposar des del principi, que era crear un lloc de trobada, un fòrum jurídic en què hi hagués funcionaris de la Generalitat, magistrats, i persones que participen en altres accions o programes de la Generalitat com ara els magistrats d'altres països. Un fòrum en el qual es pogués discutir obertament sobre temes que preocupen Catalunya i preocupen la resta de l'Estat. I jo crec que això s'ha aconseguit i penso que la prova la tenim, avui, en aquest X Seminari, com ho han estat els altres nou. I si hom vol saber quins temes eren d'actualitat al nostre món jurídic sobre autonomia i justícia en un moment determinat, jo suggereixo que consultin la col·lecció de llibres d'aquests seminaris que hem publicat i sempre hi trobaran els més importants.

Per acabar, vull formular el desig que el Consell de Garanties Estatutàries prengui el relleu del Consell Consultiu de la Generalitat, en el seu patrimoni, que es concreta en els dictàmens que aquell ha emès, en les activitats d'estudi, com poden ser aquests seminaris, les jornades d'Autonomia i Dret, la participació en fòrums jurídic, etc. Que prengui aquest llegat, que el millori —perquè tot en aquest món és millorable— i que treballi amb la serietat, amb la determinació i amb la solvència amb què el Consell Consultiu ha actuat al servei de Catalunya. Moltes gràcies.

HONORABLE SENYORA MONTSERRAT TURA CAMAFREITA
Consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya

Moltíssimes gràcies, senyor Berlanga, senyor Collado, senyor Borrell, per aquestes emotives paraules, pel que significa precisament que aquesta desena edició del Seminari coincideixi amb el fet que, a causa del desplegament de l'Estatut de l'any 2006, desaparegui el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya com a tal i aparegui el Consell de Garanties Estatutàries, que assumirà no només les funcions que fins ara exercia el Consell Consultiu sinó que també, de manera especial, incorporarà noves tasques, per exemple la funció de tutela de l'activitat legislativa del Parlament en el desenvolupament dels drets que reconeix i regula aquest nou Estatut d'autonomia.

Per tant, avui cloem el Seminari, certament interessant i amb un títol tan suggeridor com Autonomia i Justícia a Catalunya, però alhora també s'inicia una nova etapa d'aquesta funció de tutela de l'activitat i de dictamen de si les

accions que es duen a terme des de la Generalitat s'atenen o no s'atenen a dret i al marc autonòmic i constitucional.

Quant a l'agraïment per la tasca feta, ja hi haurà ocasions per tal d'expressar-lo, en el moment de la presa de possessió dels membres del Consell de Garanties Estatutàries; però, en tot cas, vull agrair la tasca feta a tots els membres que han format part del Consell Consultiu i, de manera especial, ja que avui tanquem aquest Seminari que han organitzat durant deu edicions, un Seminari de prestigi tan important que ha fet que avui es reuneixin en aquesta sala persones reconegudes en tots els àmbits judicials.

A mi, el que em sembla molt suggeridor del Seminari és el títol, i la veritat és que en la jornada d'avui vostès han estat parlant del dret de vaga i del poder judicial, de l'accés a la carrera judicial i també, específicament, de la vigència o no vigència del recurs de cassació davant del Tribunal Suprem per part d'un dels seus grans coneixedors, el ponent senyor Juan Antonio Xiol. Però jo no els parlaré de cap d'aquestes qüestions. M'alegra que els títols siguin tan genèrics que provoquin el debat de qüestions de justícia que tenen vigència i actualitat a tot el territori de l'Estat espanyol. Per tant, això significa que hem traslladat a Catalunya i a un seminari de molt prestigi uns elements de debat que tenen vigència avui i que són d'absoluta actualitat en el conjunt del territori espanyol.

I, potser, d'una consellera de justícia autonòmica s'espera que faci una cosa que de vegades fem —és cert que ho fem—, que és que relatem l'acció de govern que es fa des de la comunitat autònoma. I, doncs, que jo ara els expliqui quants edificis de nova construcció són avui seu dels diferents partits judicials; per tant, quants palaus de justícia hem construït, quina inversió hem dut a terme en informàtica, a la nova Ciutat de la Justícia, però no ho faré. És a dir, qui hi tingui interès, ho pot visitar. Mostrem la nostra satisfacció perquè realment estem trencant amb el tòpic que la justícia té instal·lacions en estat ruïnós i que no està degudament informatitzada. Per tant, per a qui vulgui visitar-ho, és obert.

Crec que hi ha un altre debat que m'interessa formular particularment, a tall de reflexió en el tancament d'un seminari que té com a títol Autonomia i Justícia, que és molt més important. És que hem d'eleva l'horitzó del debat polític en matèria del que representa avui el poder judicial en un estat democràtic amb trenta anys de desenvolupament i, per tant, consolidat, sense cap risc ni cap preocupació per la seva consolidació, i en canvi sí per la seva qualitat de prestació de servei; hem d'intentar que els aspectes de caràcter físic i fins i tot de caràcter tecnològic no es confonguin amb els de debat polític. Confonem de vegades el tema de si les instal·lacions estan en situació adequada o no amb l'autèntic debat polític en matèria de justícia, i això és un error. Per exemple, confonem de manera molt important els dos temes quan l'existència

d'una plataforma que permeti la interoperabilitat entre els diferents sistemes informàtics de les comunitats autònomes es converteix en un gran debat sobre el futur de la justícia i no entrem en el fons de la qüestió.

El debat de les plataformes interoperatives en matèria d'informàtica és un debat d'enginyers de telecomunicacions. No és un debat de polítics. I com que la meua representació aquí és una representació política, jo vull dir-los: cap autonomia com Catalunya ha demostrat que per ser un govern autonòmic amb totes les seves conseqüències cal ser, i cal tenir, i cal voler demostrar la voluntat de ser estat. Part de l'Estat. Part indestruable d'un estat que va prendre la decisió en el moment de la recuperació democràtica de descentralitzar, com ho havia fet de manera incipient —perquè el temps va ser molt breu— en l'etapa de la Segona República, abans de la llarga dictadura del franquisme. Quan es va prendre aquest camí es va fer pensant que la descentralització afectaria el poder legislatiu, el poder executiu i també el poder judicial. En el legislatiu es fa el que es pot, de vegades fins i tot s'abusa de la capacitat de legislar i cal fer textos refosos per evitar que l'acció legislativa, numèricament parlant, ens asfixii. En l'executiu també es fa el que es pot. En el poder judicial no hem fet els deures en matèria de descentralització, quan —hi insisteixo— Catalunya ha demostrat més que qualsevol altra comunitat autònoma la seva vocació de ser i de concebre's com a autèntica part de l'Estat. L'Estat avui és inconcebible si no el concebem com la suma, no subordinada sinó en igualtat de condicions, del poder central, del poder autonòmic i del poder municipal. I, de vegades, tenim una concepció subordinada d'aquests poders quan en realitat l'únic que fan és completar una estructura política complexa però que ha demostrat la seva eficàcia en la resolució de determinats aspectes de la vida dels ciutadans. Avui, la nostra sanitat és extraordinàriament millor del que ho era fa trenta anys, perquè han passat trenta anys, perquè s'han aplicat avenços tecnològics, perquè es disposa de més recursos econòmics, però també perquè la proximitat al coneixement d'allò que s'està governant és un element molt positiu. En matèria judicial i en matèria d'execució penal, Catalunya té competències. En matèria d'execució penal, des de l'any 1984, és l'única comunitat que en té. Això té la seva importància. És a dir, fins que Catalunya no va assumir aquestes competències la privació de llibertat —la privació de llibertat per resolució judicial, evidentment,— era una competència reservada en exclusiva a l'Estat central. En el moment en què la va assumir una comunitat autònoma i va demostrar que no solament era capaç d'exercir-la sinó que podia exercir-la mitjançant conceptes socials avançats i que el resultat final era un resultat bo, estava demostrant que també en aquestes activitats o en aquest àmbit històricament reservat a l'Estat era possible la descentralització i que la proximitat al servei que s'està prestant dóna com a resultat que els treballs en benefici de la comunitat, que les mesures penals alternatives, que les mesures de seguretat s'estan exercint en aquesta

comunitat com en cap altre lloc. Tanmateix, en el tema judicial, quan parlem de consells de justícia autonòmics, si diem que aquests podrien arribar a tenir algun tipus de competència en matèria de demarcació i planta, que podrien arribar a tenir algun tipus de competència en matèria d'inspecció i algun tipus de competència en matèria disciplinària en l'àmbit del poder judicial o en el conjunt de les persones implicades en l'Administració de justícia, algú ens diu que volem trencar un sistema que és únic i indivisible. Com es poden imaginar, jo estic en contra d'aquesta opinió, ho està el Parlament de Catalunya, ho està el Govern de Catalunya, entre altres coses perquè el títol tercer de l'Estatut parla d'un consell de justícia de Catalunya amb unes determinades competències. Parla de les competències en matèria de demarcació i planta, de competències en matèria de medicina legal i de la manera com s'organitza aquesta prestació imprescindible perquè la justícia funcioni. I com a llei vigent que és l'Estatut, volem que es desenvolupi. I els repeteixo una idea que concentra una mica la meva intervenció en aquest Seminari, perquè em sembla que és interessant que ho fem. El debat de la modernització de la justícia i el futur de la justícia està mal enfocat o, com a mínim, està jerarquitzat d'una manera inadequada. I no és el debat únicament i exclusiva de si ha d'existir segona o tercera instància en l'àmbit penal, que evidentment és un debat a tot Espanya que s'ha d'assumir i resoldre una vegada per sempre; no és únicament i exclusiva la reclamació que des del món jurídic català hi ha hagut al llarg de la història i que ha estat vinculada al catalanisme polític, que és precisament la del dret civil propi, que això ja ho saben algunes de les persones que són aquí i són autèntics referents en aquesta matèria i, per tant, del recurs de cassació també en matèria de dret civil i de dret públic davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per donar a aquest Tribunal més rellevància i capacitat. No és només aquest debat. Però, fonamentalment, no és el debat dels aspectes físics de la justícia. Jo gairebé estic en condicions de discutir amb un arquitecte a quant surt la construcció del metre quadrat d'un palau de justícia, però no és aquesta la meua intenció perquè no vull continuar discutint això. No vull continuar discutint si tenim o no tenim capacitat d'interactuar mitjançant sistemes informàtics als diferents jutjats perquè anem retardats respecte a altres administracions, tot i que li estem guanyant la carrera al temps i demostrarem en pocs anys que això no és cap problema. No vull discutir, com s'està fent, sobre els temes de plataforma d'interoperabilitat perquè cada comunitat autònoma pugui desenvolupar els seus programes informàtics i, després, que aquests programes informàtics puguin ser consultats des d'una altra comunitat autònoma i que no es digui que l'organització de l'Estat mitjançant comunitats autònomes ha contribuït a sumar problemes en comptes de sumar solucions, perquè ho nego rotundament. Insisteixo que hem demostrat en altres àmbits que havien estat reservats històricament a l'Estat la nostra capacitat de desenvolupar polítiques

que han donat com a fruit més eficàcia, més eficiència. Per tant, no estic parlant, ni de bon tros, d'assumir competències en l'accés a la carrera judicial, perquè crec que això s'ha de resoldre en l'àmbit global de l'Estat espanyol. No estic dient que existeixin disset codis penals, crec que això no s'ha de produir; però, en canvi, sí que els transmeto a tots vostès que quan el debat s'empobreix i es redueix a si tenim els ordinadors suficients o no els tenim estem perdent l'autèntic horitzó d'allò que volem intentar dir quan parlem del fet que als anys vuitanta l'Estat espanyol va dur a terme un procés de descentralització política i competencial que és l'enveja de la majoria dels estats democràtics del món. Ho vam fer en gairebé tots els àmbits, per les raons que fos no ho vam fer en la justícia i això continua pendent. Reclamo avui aquí, davant de vostès, que això es produeixi, i veuran com finalment és en benefici de l'eficàcia de l'últim però principal objecte de la nostra feina, de la feina de tots. Finalment, quant al justiciable, al ciutadà —anomenin-lo com vulguin—, no ens en recordem, no ens recordem de l'atenció a la víctima, de la resolució eficaç, de la celeritat, de la intel·ligibilitat dels processos judicials, i ens perdem en la discussió dels mitjans i de la inversió en mitjans materials. Així, els convido de nou a visitar en aquests moments el complex judicial més extens i més modern que té l'Estat espanyol i part de molts estats del primer món, que és la Ciutat de la Justícia de Barcelona; i tanmateix, encara que és molt important, no és allò principal.

Per tant, autonomia i justícia vol dir que acceptar l'Estat autonòmic ha estat bo per al desenvolupament de tots els àmbits d'organització de l'Estat de dret i que també ho ha de ser en la justícia. I que, igual que es va proclamar a començaments dels anys trenta que no hi havia Estat autonòmic o que no hi havia Estat de dret en un estat que es definia com a estat descentralitzat si no es descentralitzaven el poder judicial, el poder legislatiu i el poder executiu, estem altra vegada en aquest debat, que és un debat d'altura, al qual els convido en els pròxims mesos. Moltes gràcies.

SUMARI

Presentació.....	5
------------------	---

Dijous, 15 d'octubre

I

ACTE D'OBERTURA

Intervencions:

Molt Honorable Senyor José Montilla Aguilera.....	9
Honorable Senyor Pere Jover Presa.....	9
Senyor Luis Fernando Solano Carrera	11
Excel·lentíssim Senyor Ramon Camp Batalla.....	13
Excel·lentíssima Senyora Maria Eugènia Alegret Burgués	15
Molt Honorable Senyor José Montilla Aguilera.....	16

II

PRIMERA SESSIÓ

1. ELS DRETS PRESTACIONALS A L'ESTAT AUTONÒMIC: IGUALTAT O FRAGMENTACIÓ?	21
Ponent: Francisco López Menudo	
2. EUTANÀSIA I CONSTITUCIÓ: EL DRET A VIURE AMB DIGNITAT EL PROCÉS DE LA MORT	39
Ponent: Ignacio Sancho Gargallo	
3. EL PRINCIPI DE LAÏCITAT EN L'ÀMBIT PÚBLIC.....	53
Ponent: Marc Carrillo	
COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES	71
Moderador: Miguel Julián Collado Nuño	

III SEGONA SESSIÓ

1. LA TIPOLOGIA I LA DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES
A L'ESTAT AUTONÒMIC ARRAN DE LES REFORMES
ESTATUTÀRIES..... 77
Ponent: Antoni Bayona Rocamora
 2. EL NOU MARC DEL FINANÇAMENT AUTONÒMIC.....83
Ponent: Antonia Agulló Agüero
 3. ELS PRINCIPIS DE PREVALENÇA I DE SUPLETORIETAT
DEL DRET ESTATAL TRENTA ANYS DESPRÉS.....97
Ponent: Alicia Esther Ortuño Rodríguez
- COL-LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES 159
Moderador: Ramon Camp Batalla

Divendres, 16 d'octubre

IV TERCERA SESSIÓ

1. EL DRET DE VAGA I EL PODER JUDICIAL
1.1. EL DRET DE VAGA I EL PODER JUDICIAL..... 165
Ponent: Fernando Salinas Molina
1.2. EL DRET DE VAGA DELS JUTGES I ELS MAGISTRATS 199
Ponent: Enrique Álvarez Conde
 2. L'ACCÉS A LA CARRERA JUDICIAL
2.1. L'ACCÉS A LA CARRERA JUDICIAL.....223
Ponent: Pere Jover Presa
2.2. L'ACCÉS A LA CARRERA JUDICIAL..... 233
Ponent: Pablo Llarena Conde
 3. LA MORT DEL RECURS DE CASSACIÓ253
Ponent: Juan Antonio Xiol Ríos
- COL-LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES261
Moderador: Joaquim Borrell Mestre

V
ACTE DE CLOENDA

Intervencions:

Honorable Senyora Montserrat Tura Camafreita	267
Excel·lentíssim Senyor Emilio Berlanga Ribelles.....	267
Excel·lentíssim Senyor Miguel Julián Collado Nuño	268
Il·lustre Senyor Joaquim Borrell Mestre	270
Honorable Senyora Montserrat Tura Camafreita	272

