

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 17 - Abril 2013



**Revista d'Estudis
Autonòmics i Federals**

Núm. 17 - Abril 2013

Revista semestral

© Generalitat de Catalunya.
Departament de Governació
i Relacions Institucionals.
Institut d'Estudis Autonòmics

Baixada de Sant Miquel, 8
08002 Barcelona
Tel. 933 429 800
Fax 933 429 801

reaf@gencat.cat
www.gencat.cat/iea

Subscripcions

Publicacions de la Generalitat
Tel. 932 925 421
j.roque@gencat.cat

La REAF no s'identifica
necessàriament amb el contingut
dels articles ni se'n responsabilitza.

*En la web del IEA està disponible
la versió en castellano del artículo
publicado en catalán
en este número.*

Disseny gràfic

Marquès Art Gràfic, S.L.

Maquetació

Entitat Autònoma del Diari Oficial
i Publicacions

Dipòsit legal: B 32644-2012

Director

Carles Viver Pi-Sunyer
*Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat Pompeu Fabra
i director de l'Institut d'Estudis
Autonòmics*

Secretari

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez
*Professor titular de Dret
Constitucional de la Universitat de
Girona*

Comitè de Redacció

Mercè Corretja Torrens
*Cap de l'Àrea de Recerca de
l'Institut d'Estudis Autonòmics*

Alfredo Galán Galán
*Professor titular de Dret
Administratiu de la Universitat de
Barcelona*

Mireia Grau Creus
*Responsable d'Investigació de
l'Institut d'Estudis Autonòmics*

Eduard Roig Molés
*Professor titular de Dret
Constitucional de la Universitat de
Barcelona*

Indexació

Entre altres bases, la REAF està
inclosa a DICE (CSIC-ANECA),
IN-RECJ, IN-RECS, Ulrich's, CARHUS
PLUS 2010, ISOC-Derecho (CSIC),
CIRC (CSIC) i MIAR. Es pot consultar
la relació completa d'índexs en què
apareix la REAF a la web de l'IEA.

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 17 - Abril 2013

ISSN 2014-8658



Comitè Científic

Eliseo Aja Fernández
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona i director de l'Institut de Dret Públic

Enoch Albertí Rovira
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Miguel Ángel Aparicio Pérez
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Xavier Arbós Marín
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Girona

Enric Argullol Murgadas
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Mercè Barceló Serramalera
Catedràtica de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Antoni Bayona Rocamora
Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra i lletrat del Parlament de Catalunya

Francesc de Carreras Serra
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Marc Carrillo
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i conseller del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya

Manuel Cienfuegos Mateo
Professor titular de Dret Internacional Públic i Dret Comunitari de la Universitat Pompeu Fabra

Carlos Closa Montero
Investigador de l'Institut de Polítiques y Bienes Públicos del CSIC

Pedro Cruz Villalón
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Madrid i conseller electiu del Consell d'Estat

Víctor Ferreres Comella
Professor associat de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i professor de Dret Constitucional de l'Escola Judicial

Joaquim Ferret Jacas
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Tomàs Font Llovet
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona i president de la Comissió Jurídica Assessora

Enric Fossas Espadaler
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Alain-G. Gagnon
Professor titular al Departament de Ciència Política de la Universitat del Quebec a Mont-real

Manuel Gerpe Landín
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Markus González Beilfuss
Professor titular de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Tania Groppi
Catedràtica d'Institucions de Dret Públic de la Universitat de Siena

Montserrat Guibernau
Professora de Ciència Política de la Universitat Queen Mary de Londres

John Kincaid
Director del Meyner Center for the Study of State and Local Government del Lafayette College, de Filadèlfia

Jesús Leguina Villa
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat d'Alcalá de Henares

Guillem López Casasnovas
Catedràtic d'Economia Aplicada de la Universitat Pompeu Fabra

Ramón Máiz Suárez
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat de Santiago de Compostel·la

Isidre Molas Batllori
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Ferran Requejo Coll
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat Pompeu Fabra

Cesáreo R. Aguilera de Prat
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat de Barcelona

Cheryl A. Saunders
Directora del Centre for Comparative Constitutional Studies de la Universitat de Melbourne

Joaquín Tornos Mas
Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

Josep M. Vallès Casadevall
Catedràtic de Ciència Política de la Universitat Autònoma de Barcelona

Jaume Vernet Llobet
Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Rovira i Virgili i conseller del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya

Jacques Ziller
Catedràtic de Dret Públic Comparat a l'European University Institute

Coordinació editorial

Jesús Solé Farràs
Responsable de Comunicació, Publicacions i Documentació de l'Institut d'Estudis Autònoms

Sumari

EL MODELO FEDERAL ALEMÁN DE RELACIONES FINANCIERAS (FINANZBEZIEHUNGEN) Y DE IGUALACIÓN FINANCIERA ENTRE ESTADOS (LÄNDERFINANZAUSGLEICH)

Carlos Padrós Reig 11

LA AUTONOMÍA EN FINLANDIA: LA AUTONOMÍA TERRITORIAL DE LAS ISLAS ÅLAND Y LA AUTONOMÍA CULTURAL DEL PUEBLO INDÍGENA SAAMI

Lauri Hannikainen 71

FEDERALISMO JUDICIAL EN MÉXICO. CONCEPCIONES, EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

Víctor Manuel Collí Ek 107

LAS DECISIONES DE LOS JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO, EN EL SENO DEL CONSEJO EUROPEO, COMO CATEGORÍA JURÍDICA PARA REGULAR, TRANSITORIAMENTE, LA PARTICIPACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DE NUEVOS ESTADOS SURGIDOS DE LA SEPARACIÓN DE ESTADOS MIEMBROS

Miquel Palomares Amat 146

LA RESPONSABILIDAD DE GASTO Y DE INGRESO EN EL ESTADO AUTONÓMICO: PROPUESTAS DE MEJORA DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA

Eva Sáenz Royo. 184

**LA INVERSIÓ EN INFRAESTRUCTURES
DE L'ESTAT A CATALUNYA DURANT
EL PERÍODE 2007-2012. IMPACTE
I VIRTUALITAT DE LA DISPOSICIÓ
ADDITIONAL TERCERA DE L'ESTATUT
D'AUTONOMIA DE CATALUNYA**

Joan Ridao i Martín, M. Àngels Cabasés
i Piqué 221

**LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA
DEL PODER JUDICIAL (ART. 122 CE):
UN CONTROVERTIDO TÍTULO
COMPETENCIAL EN LA
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

María del Mar Navas Sánchez 253

**ANÁLISIS EN CLAVE COMPETENCIAL
DEL PROYECTO DE LEY ESTATAL
SOBRE TRANSPARENCIA, ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
Y BUEN GOBIERNO**

Clara Isabel Velasco Rico 279

Autors

M. Àngels Cabasés i Piqué

Doctora en Economia Aplicada, és actualment professora titular al Departament d'Economia Aplicada de la Universitat de Lleida. Membre del Centre d'Estudis Jurídics Europeus i Mediació de la UdL, les seves línies d'investigació estan relacionades amb l'anàlisi estadística i economètrica aplicada a l'economia regional i l'anàlisi de mesures de desigualtat en l'àmbit econòmic. És autora d'articles en revistes especialitzades i de llibres de caràcter científic i docent. Ha participat en projectes d'anàlisi socioeconòmica d'àmbit nacional i europeu i en estudis econòmics comarcals, així com en projectes d'innovació docent. Ha estat secretària general del Consell Interuniversitari de Catalunya.

Víctor Manuel Collí Ek

Doctor en Dret amb menció honorífica per la Universitat Panamericana, és professor investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche amb reconeixement de Perfil Deseable de PROMEP-SEP i membre del Sistema Nacional de Investigadores, nivell 1.

Lauri Hannikainen

Catedràtic jubilat de Dret Internacional de la Universitat de Turku (Finlàndia), és membre de la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància del Consell d'Europa. Autor de *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law - Historical Development, Criteria, Present Status* (1988), i coeditor i coautor d'*Autonomy and Demilitarization in International Law - the Åland Islands in Changing European Context* (1997).

María del Mar Navas Sánchez

Professora titular de Dret Constitucional de la Universitat de Màlaga. Les seves línies principals de recerca giren al voltant del poder judicial (és autora, entre altres obres, de la monografia *Poder Judicial y sistema de fuentes. La potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*) i dels drets fonamentals (tema sobre el qual destaca "¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria? A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio").

Carlos Padrós Reig

Doctor en Dret pel European University Institute, és professor titular de Dret Administratiu i Dret Europeu a la Universitat Autònoma de Barcelona. Participa en diferents projectes nacionals de recerca i ha realitzat una estada com a investigador invitat a la Freie Universität Berlin. És tècnic de cooperació internacional en projectes d'enfortiment judicial a Guatemala i Albània. Autor de més d'un centenar de publicacions científiques, en l'actualitat és també magistrat jutge de l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu en funcions de reforç a Barcelona i la seva província.

Miquel Palomares Amat

Professor titular de Dret Internacional Públic a la Universitat de Barcelona i lletrat del Parlament de Catalunya. Els seus principals àmbits de recerca són l'ordenament jurídic de la Unió Europea, l'actuació exterior d'aquesta organització internacional i la participació del Parlament de Catalunya en el control del principi de subsidiarietat, així com les relacions entre la Generalitat de Catalunya i la Unió Europea.

Joan Ridao i Martín

Professor associat del Departament de Dret Constitucional i Ciència Política de la Universitat de Barcelona, és col·laborador docent de la Facultat de Dret ESADE-Ramon Llull, i consultor dels Estudis de Dret i Ciència Política de la Universitat Oberta de Catalunya.

Eva Sáenz Royo

Doctora en Dret per la Universitat de Saragossa, ha estat diputada nacional durant la legislatura 2004-2008. Actualment és professora de Dret Constitucional a la Universitat de Saragossa. Entre els seus escrits destaca la monografia *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de EEUU, Alemania y España* (2003).

Clara Isabel Velasco Rico

Llicenciada en Dret i en Ciències Polítiques i de l'Administració, i doctora en Dret, és professora lectora de Dret Administratiu a la Universitat Pompeu Fabra i col·laboradora docent a la Universitat Oberta de Catalunya i a ESADE. Ha realitzat diferents estades de recerca: a la School of Public and Environmental Affairs, Indiana University (EUA); al Centro di ricerca e formazione sul diritto costituzionale comparato, Università di Siena (Itàlia), i a Sciences Po, Chaire MADP (França). Les seves línies de recerca són el dret autonòmic, el federalisme comparat, l'evolució del procediment administratiu i l'ús de les TIC a les administracions públiques.

EL MODELO FEDERAL ALEMÁN DE RELACIONES FINANCIERAS (*FINANZBEZIEHUNGEN*) Y DE IGUALACIÓN FINANCIERA ENTRE ESTADOS (*LÄNDERFINANZAUSGLEICH*)

Carlos Padrós Reig

Profesor titular de Derecho Administrativo y Derecho Europeo,
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Contexto jurídico. – 2.1. Estructura federal. *Konnexitätsprinzip* y solidaridad. – 2.2. El *Solidarpakt* de 1993 y la igualación financiera. – 2.3. La sentencia del BVerG de 11 de noviembre de 1999. – 2.4. El *Solidarpakt II* de 2001. – 2.5. De nuevo el examen de constitucionalidad. – 2.6. *Föderalismus II*. La reforma constitucional del año 2009. – 2.7. Suscinta valoración. – 3. Los mecanismos de financiación existentes. – 3.1. El reparto de los ingresos fiscales. – 3.2. La solidaridad horizontal (*Land-Land*). – 3.3. La solidaridad vertical. Los programas de inversiones y ayuda federal. – 4. Algunos efectos del sistema de igualación. – Anexo I. – Anexo II. – *Resumen – Resum – Abstract*.

1. Introducción

Todo sistema descentralizado contiene en sí mismo una fuerza integradora que garantiza la cohesión de los territorios y evita la disgregación. De este modo, aunque normalmente se destacan los rasgos de diversidad

Artículo recibido el 24/07/12; aceptado el 23/10/12.

Para la elaboración de este estudio pude gozar de la estancia como *Gastwissenschaftler* en la *Freie Universität Berlin* en el año 2010. A propósito de esta estancia debo reconocer mi agradecimiento a la profesora Heike Krieger por su amable acogida y al director de la Biblioteca de Derecho, Ulf Marzik, por su muy útil guía y ayuda. El estudio se terminó de escribir en 2010.

que proporciona el federalismo, es menos frecuente el análisis de los mecanismos de solidaridad o de garantía de la igualdad. Dicho en otras palabras, incluso el más federal de los sistemas cuenta con mecanismos de reparto económico entre territorios, de igualación de sus capacidades financieras y de homogeneización en la prestación de servicios al ciudadano. El equilibrio entre diversidad y cohesión, entre pluralidad y unidad, resulta uno de los ejercicios más interesantes para el investigador en ciencias sociales, de manera que en cada tipo de organización social y momento histórico, se presentan soluciones inherentemente particulares.

Para ilustrar esta proposición estudiamos en la presente investigación la cuestión de las relaciones financieras entre estados en la República Federal de Alemania en los últimos años, antes de la reforma constitucional de julio de 2010. Al no existir territorios estrictamente homogéneos en cuanto a población, extensión o riqueza, se crean mecanismos de transferencia vertical y horizontal y reparto de ingresos que logran la convergencia (que no uniformidad) de los distintos territorios de la Federación. Si la excesiva disparidad puede resultar injusta y disgregadora, la excesiva solidaridad presenta también algunas patologías que el modelo alemán intenta corregir.

2. Contexto jurídico

2.1. Estructura federal. *Konnexitätsprinzip* y solidaridad

El Estado alemán se organiza territorialmente como una república federal donde el poder se halla repartido entre tres niveles: el federal, el estatal (*Länder*) y el comunal o local. La forma de estado es la república, donde el presidente es elegido por parte de la formación conjunta de las dos cámaras legislativas: Bundestag y Bundesrat. Mientras que el Bundestag, o cámara de los representantes, responde estrictamente a una elección democrática por parte de la población, el Bundesrat acoge la representación territorial. Así, el Bundestag tiene 614 representantes agrupados en 5 grupos parlamentarios, mientras que el Bundesrat cuenta con 69 representantes de los 16 *Länder*.¹

1. La reunificación alemana de 1990 añade 5 nuevos *Länder* procedentes de la RDA a los 12 existentes, sumando un total de 16, al unificarse en uno solo el *Land* de Berlín. La representación de los *Länder* no es estrictamente igual (como sí lo es, en cambio, el US Senate), sino que oscila entre 2 y 6 representantes según la población relativa. Por ello, el número de representantes es variable. Más información en www.bundesrat.de.

El Bundesrat participa en el proceso legislativo mediante dos sistemas: la aprobación y la oposición. Los proyectos aprobados en primera lectura por el Bundestag pasan al Senado para una segunda lectura. En caso de desacuerdo, se forma una comisión mixta paritaria de 32 representantes (16+16), que debe negociar. El resultado se somete a nueva votación por parte de cada cámara. Si el procedimiento legislativo es el de aprobación, se necesita el concurso de las dos cámaras. Si el procedimiento legislativo es el de oposición, el Bundestag tiene la última palabra y puede invalidar el veto de la cámara territorial.

Se trata, en definitiva, de un sistema que pretende conciliar la representación democrática de los ciudadanos con la representación de los distintos territorios de la Federación. Se describe a veces el sistema federal alemán como de federalismo cooperativo.² Las tareas se reparten entre *Bund* (Federación) y *Länder* (estados) de acuerdo con la Constitución federal.³

Para el objeto de nuestro estudio, la propia Constitución federal de 1949 regula las relaciones financieras entre el centro y la periferia (las *Finanzbeziehungen*), así como la compensación entre territorios (*Bundesergänzungszuweisungen*).⁴ Efectivamente, los artículos 104 y siguientes regulan tanto la distribución de los ingresos tributarios entre Federación y estados como la participación de éstos últimos en los ingresos. Igualmente, se establecen mecanismos de igualación entre *Länder* (donantes y receptores) y un sistema de protección de los territorios más pobres.⁵

De forma general rige el llamado principio de conexión (*Konnexitätsprinzip*), según el cual cada nivel de gobierno es responsable fiscalmente de generar los ingresos que son necesarios para el sostenimiento de las tareas que tiene encomendadas (conexión entre

2. Albertí Rovira, Enoch. *Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*. Madrid, 1986.

3. cfr. Detterbeck, Steffen. *Basistexte Öffentliches Recht. Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Europarecht*. Taschenbuch Verlag, München, 2010; Mangold, V. et al. *GG Kommentar. Band 3. 5 Auflage*. Verlag Franz Vahlen München, 2005, pp. 1000 y ss.; Von Münch / Kunig (Hrsg.) *Grundgesetz Kommentar*. Band 3. 3 Auflage. Verlag C.H. Beck, München, 1996.

4. cfr. Brügelmann, Ralph / Tröger, Michael. "Die deutsche Finanzverfassung" en *Föderalismus in Deutschland*. Institut der Deutschen Wirtschaft. Köln, 2007; Ossenbühl, Fritz. *Verfassungsrechtliche Grundfragen des Länderfinanzausgleich gem. art. 107 II GG*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1983; Vogel, Klaus / Waldhoff, Christian. *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts*. Müller Verlag, Hüthig GmbH. Heidelberg, 1999.

5. cfr. Anexo normativo.

competencia y presupuesto).⁶ La Federación y los *Länder* asumen por separado los gastos que resultan del cumplimiento de sus competencias.

A pesar de este principio (de raíz claramente descentralizadora), se hace necesario garantizar una cierta uniformidad en el ejercicio de las competencias entre territorios. Dicho en otras palabras, la estricta conexión entre ingresos y competencias provocaría que los *Länder* con menor capacidad de generar ingresos tuvieran servicios más deficientes e incluso pudieran ejercer un nivel competencial menor que los *Länder* ricos.⁷ De nuevo, junto con elementos descentralizadores (disgregadores), aparece la importancia de los mecanismos de solidaridad.

En opinión de Pielow, "si se toma en cuenta que los estados federados alemanes llevan a cabo la mayor parte de la labor ejecutiva (federalismo ejecutivo), salta a la vista la enorme necesidad financiera de los *Länder*, cuya satisfacción debe desarrollarse dentro del campo de la tensión entre el criterio de la 'comunidad solidaria del Estado federal' (*bundesstaatliche Solidargemeinschaft*) y el postulado de la soberanía estatal, en el sentido de la autonomía política y de la auto-responsabilidad financiera de cada ente territorial. El primer aspecto requiere –todo en el sentido de un federalismo cooperativo– el apoyo solidario de los *Länder* con capacidades financieras reducidas por parte de la Federación y de los demás estados federados –con gran relevancia práctica durante los últimos años en el caso sobre todo de los cinco 'nuevos' *Länder* del Este (perceptores de hasta un 71% de todas las prestaciones en el marco de la compensación financiera), pero también en algunos estados 'occidentales' (como Baja Sajonia, Sarre y los estados-ciudad, especialmente Bremen y Berlín). Por el contrario, el principio de la 'auto-responsabilidad' financiera alude a la necesidad de la propia iniciativa político-económica y financiera de cada *Land*, todo en el sentido de un determinado grado de federalismo competitivo."⁸

6. Hidién, Jürgen W. *Die Berücksichtigung der Finanzkraft und des Finanzbedarfs der Gemeinden (Gemeindeverbände) im Finanzausgleich nach art. 107 Abs 2 Sat 1 Grundgesetz*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000.

7. Koppel, Olivier / Lichtblau, Karl. "Föderalismustheorie: Ökonomische Kriterien für die Konstruktion eines föderalen System", en *Föderalismus in Deutschland*. Institut der Deutschen Wirtschaft. Köln, 2007.

8. Pielow, J. C. "Alemania. La evolución del ordenamiento federal en el año 2001" en *Informe Comunidades Autónomas 2001*, Instituto de Derecho Público. Barcelona, 2002, p. 12.

Así pues, los mecanismos de compensación suponen una forma de cohesión territorial y de garantizar la unidad en el ejercicio de las competencias de los estados. A pesar de ello, no pueden llegar hasta el extremo de que los territorios con menores recursos emprendan políticas costosas que deban ser sufragadas por otros.

El *Konnexitätsprinzip* resulta relevante en un doble sentido. Por una parte supone la fragmentación territorial de las distintas unidades políticas que componen la República. Por otra, al indicar que cada *Land* debe ser responsable de la recaudación de impuestos que financien sus políticas, supone una asignación clara de responsabilidades políticas. Efectivamente, en los años sucesivos a la aprobación de la Constitución federal se ha observado una progresiva difuminación de esta asignación clara de responsabilidad a favor de una mayor preeminencia del gobierno federal. Si no se sabe quién establece y recauda los impuestos, mal pueden los ciudadanos evaluar democráticamente la eficiencia de la gestión de gobierno.⁹

Para contrarrestar esta tendencia centralizadora, se acometen reformas constitucionales en 1969 que se dirigen tanto a reforzar el principio de responsabilidad como los aspectos competitivos del federalismo alemán.¹⁰ Para Elías, resulta que "las únicas excepciones admisibles al principio de conexión son aquellas expresamente previstas por la Constitución, entre las que deben destacarse la institución de las tareas comunes (arts. 91.a y 91.b LFB) y las ayudas a la inversión del art. 104.a.4 LFB. La constitucionalización de estas figuras generadas por la dinámica práctica del federalismo alemán constituyó el principal motivo de la reforma de 1969. Respecto a las tareas comunes, técnica que ha sido descrita como 'máximo exponente por antonomasia del federalismo cooperativo alemán', debemos distinguir dos instrumentos diferentes: las tareas comunes obligatorias (art. 91.a LFB) y las tareas comunes facultativas (art. 91.b LFB). Las tareas comunes obligatorias, aquellas en las que se impone un régimen competencial conjunto para la Federación y los *Länder*, requieren que 'las tareas sean de importancia para el conjunto del Estado y que la cooperación del *Bund* resulte necesaria para mejorar las condiciones de vida' (art. 91.a). Los ámbitos de aplicación son: la construcción y mejora de las universidades, incluyendo las clínicas universitarias; la mejora de la estructura económica

9. Véanse en este sentido los datos que aportan Herrero y Tránchez en Herrero Alcalde, A., y Tránchez Martín, J. M. "El desarrollo y evolución del sistema de financiación autonómica", *Presupuesto y Gasto Público* 62/2011, p. 46.

10. Resultado de los trabajos de la Comisión de Investigación Troeger.

regional, y la mejora de la estructura agraria y de la protección de las costas. La regulación de las tareas comunes se encomienda a una ley del *Bund* que necesita la aprobación del Bundesrat, requiriéndose el consentimiento del *Land* correspondiente para la inclusión en la planificación marco de un proyecto que deba ser ejecutado en su territorio (arts. 91.a.2 y 3). Las tareas comunes facultativas (art. 91.b) se refieren, por el contrario, a sectores en los que 'el *Bund* y los *Länder* pueden, sobre la base de convenios, cooperar en la planificación de la enseñanza y en el fomento de instituciones y proyectos de investigación científica de alcance suprarregional'. El reparto de los gastos deberá regularse en el convenio correspondiente."¹¹

La analogía con la teoría norteamericana de los *unfunded mandates* es evidente.¹² Además, podemos destacar que en el sistema germano, la financiación se correlaciona con la competencia administrativa (quien ejecuta las políticas) más que con la legislativa (quien establece su marco normativo). La competencia ejecutiva determina la responsabilidad sobre los ingresos y los gastos.

De este modo, la primera etapa constitucional alemana puede caracterizarse por una separación clara entre el centro y la periferia y por una aplicación limitada del principio de igualdad entre territorios.¹³ El poder federal no ostenta un título general para intervenir en las relaciones económicas, excepto cuando las desigualdades económicas pudieran provocar una migración interior o alterar la paz social (casos extremos de desigualdad).

2.2. El *Solidarpakt* de 1993 y la igualación financiera

El panorama alemán se convulsiona notablemente con la caída del muro de Berlín y la reunificación.¹⁴ Más allá de las innegables con-

11. Elías Méndez, Cristina. "La reforma de la constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente", *Revista de Derecho Constitucional Europeo* nº 6, 2006, p. 226.

12. Cfr. Ballbé, M., y Martínez, R. *Soberanía dual y Constitución integradora*. Ariel. Barcelona, 2003.

13. Algunos autores correlacionan el sistema de separación como un diseño querido por los aliados después de la funesta experiencia de la concentración alemana de poder económico que facilitó la II Guerra Mundial. Cfr. Brand, Dirk. "Financial constitutional Law: a comparison between Germany and South Africa". Fundación Konrad Adenauer Occasional Papers. Noviembre de 2006.

14. Gesetz zu dem Vertrag vom 18. Mai. 1990 über einer Währungs, Wirtschafts und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland un der Deustchen Democratischen

secuencias políticas y sociales de todo tipo, la reunificación alemana presenta un grave desafío económico y de mantenimiento del sistema federal (desigual pero unido). Todos los *Länder* nuevos son económicamente pobres si los comparamos con la ya muy desarrollada RFA.¹⁵ Para afrontar este reto se acuerda un paquete de medidas conocido como el *Solidarpakt I* de 1993. Las medidas incluyen un rediseño de las relaciones económicas federales, además de un conjunto de medidas concretas (Informe Oficina Económica y Comercial de España 2004):¹⁶

— Saneamiento financiero de los nuevos *Länder* y sus ayuntamientos mediante un volumen de transferencias por valor de 28.530 millones de euros en 1995.

— Eliminación de las cargas medioambientales y conservación y renovación de los núcleos industriales. Con esta fijación de objetivos fue ampliado el marco crediticio del *Treuhandanstalt*.

— Promoción y fomento de los productos de los nuevos *Länder*.

— Necesidad de una reforma del ferrocarril.

— Fortalecimiento de la construcción de viviendas.

— Consolidación de una política activa en el mercado laboral.

— Mantenimiento de las prestaciones sociales convencionales.

— Disminución y eliminación de subvenciones, que deberían suponer un ahorro de 4.600 millones de marcos.

— Introducción de una "derrama solidaria" (*Solidaritätszuschlag*) del 7,5% a partir de 1995 y del 5,5% a partir de 1998.

El cumplimiento de los acuerdos, cuyo desarrollo en el tiempo se preveía de 12 años (hasta 2005), implica la aprobación de una Ley de fomento de las inversiones (se entiende en la extinta RDA) (*Investitionsförderungsgesetz*) así como un nuevo régimen de igualación regional. Además, hay que destacar que el 18 de mayo de 1990 se

Republik, vom 25 Juni 1990. BGBl, 1990 (II), p. 518. En la doctrina, cfr. Müller-Overheu, Thilo, "Der Bundesstaatliche Finanzausgleich in Rahmen des deutschen Einheit". Peter Lang Europäische Hochschulschriften Band 1480, 1994.

15. Los nuevos *Länder* procedentes de la extinta Deutsche Demokratische Republik (DDR) suponen en la unificación un 25% de la población pero solo un 10% del PIB. Los nuevos *Länder* alcanzan en 1990 solo un 50% de la capacidad fiscal de los antiguos. El PIB por cápita igualmente presenta una cifra comparativa de solo el 30% de la media de la RFA (antes de la reunificación). La bajísima productividad industrial, la obsolescencia de muchas tecnologías y el déficit de infraestructuras hacen nacer una enorme demanda de asistencia financiera de los nuevos *Länder*.

16. Oficina Económica y Comercial de España, "Financiación regional en Alemania y España". Berlín, 2004.

había acordado ya la creación del *Fonds Deutsche Einheit*,¹⁷ fondo destinado a sufragar los costes de la unificación y cuyas aportaciones provenían básicamente (70%) de la Federación. El Fondo debía sufragar las necesidades más urgentes hasta la aplicación general del sistema en 1995. Por lo tanto, el *Solidarpakt I* implica un aumento de las responsabilidades federales y del sistema de solidaridad. La diversidad económica que implica el federalismo competitivo no podía sostenerse en vista a la situación ruinosa que presentaban las finanzas de los nuevos *Länder*.

Fruto de los acuerdos de 1993, pues, se aprueba la *Finanzausgleichgesetz* del mismo año,¹⁸ que constituye el arco de bóveda de la regulación de la solidaridad entre territorios en Alemania.¹⁹ Aunque la Ley ha sufrido numerosas modificaciones y sus resultados se someten a permanente discusión, es, sin lugar a dudas, la referencia normativa para nuestro trabajo.

La Ley contempla tanto los mecanismos de reparto de los ingresos fiscales entre la Federación y los estados como las transferencias económicas entre estados (estados donantes (*Geberländer*) y estados receptores (*Nehmerländer*), así como las ayudas federales directas a los *Länder* más pobres. La finalidad del conjunto es, pues, establecer una igualación razonable entre las capacidades financieras de cada uno de los territorios.²⁰ El mandato constitucional del art. 107 se limita pues a la debida compensación de las desiguales capacidades financieras, no a su total eliminación.

En su artículo segundo, la Ley establece que el 75% de los ingresos obtenidos por la recaudación de la parte estatal de los ingresos (50% del total) debe dividirse según la población. Esta cifra resultante de ingreso per cápita se promedia entre los varios territorios de manera que aquellos que obtengan un resultado inferior al 92% serán objeto del proceso de igualación (*Vorwegausgleich*). El 25% de los ingresos no es computable a estos efectos.

17. Vertrag über die Schaffung einer Währungs – Wirtschaft – und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik. Bundesgesetzblatt, 1990 (II), p. 537.

18. "Finanzausgleichgesetz" de 23 de junio de 1993. Bundesgesetzblatt, 1993, p. 944.

19. Seybold, M. *Der Finanzausgleich im Kontext des deutschen Föderalismus*. Nomos, München, 2005; García Frías, Ángeles, "El sistema de financiación de los *Länder*" en AAVV, *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*. Madrid, 2007.

20. Carl, Dieter. *Bund-Länder-Finanzausgleich im Verfassungsstaat*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994.

En opinión de Elías, “esta panorámica de la distribución de los impuestos pone de relieve que actualmente se combinan el sistema de separación y el sistema de unión, si bien prevalece la unión impositiva con respecto al grueso de los impuestos, los impuestos comunes. La unión impositiva refuerza la cooperación entre los distintos planos, aunque también lleva aparejado un creciente nivel de confusión en el ámbito impositivo, puesto que el protagonismo del papel del *Bund* conduce a una erosión de la responsabilidad de los *Länder*, en cierto grado incompatible con los principios del federalismo. Por otra parte, el sistema de ajuste financiero primario resulta en una distribución de los ingresos impositivos para los distintos *Länder* que no solo es producto de la política económica llevada a cabo por cada ente territorial, sino que también puede ser el resultado de otros factores ajenos a su responsabilidad (situación geográfica, insuficiencia de recursos naturales), por lo que el principio de solidaridad federal debe actuar reequilibrando, que no suprimiendo, las diferencias de capacidad financiera existentes.”²¹

También es justo relacionar el nivel de ingresos federales con la existencia de necesidades financieras de los *Länder*. Dicho en otras palabras, la participación federal en los impuestos comunes ha sufrido modificaciones desde el 65% en 1989 hasta, por ejemplo, el 46% en 1999. La distribución vertical influye pues en la capacidad económica de los *Länder*, de manera que un modo de aumentar los ingresos de los estados es reducir la participación federal en los impuestos comunes. Por otra parte, los *Länder* pueden intentar sufragar los gastos de sus presupuestos mediante un aumento de los impuestos propios. Esta segunda opción, sin embargo, obtiene escasos resultados, pues un porcentaje altísimo de la recaudación global proviene de los impuestos compartidos (IVA, renta y sociedades). En definitiva, a nuestro modo de ver, el sistema es necesariamente imperfecto. No solo existe, pues, la tensión entre ricos y pobres, sino también la tensión sobre dónde situar el centro de gravedad del proceso de solidaridad (en el *Bund* o en las transferencias horizontales entre *Länder*).

Una vez establecida la posición de cada uno de los territorios con respecto a la capacidad financiera, debe procederse a calcular el importe de las transferencias horizontales (art. 6). Para ello la Ley prevé dos tipos de medidas: la *Finanzkraftmeßzahl* (art. 7) y la *Ausgleichmeßzahl*

21. Elías Méndez, Cristina. “La reforma de la constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* n° 6, 2006, p. 231.

(art. 8). La primera mide la capacidad financiera del *Land* como expresión de su participación en los impuestos propios y comunes (incluye el 64% de los municipales), y la segunda es la media matemática de dividir los ingresos totales de los *Länder* (incluidas las transferencias por igualación) por la población total del país y multiplicarla por el número de habitantes del *Land*.²² Los estados cuya *Finanzkraftmeßzahl* sea superior a su *Ausgleichmeßzahl* serán los estados donantes (*GeberLänder*), puesto que su capacidad económica supera sus necesidades financieras. A la inversa, los estados cuyas necesidades financieras (entendidas como la media nacional) sean superiores a su capacidad recibirán transferencias (*NehmerLänder*). En la actualidad, cuatro estados (Baviera, Baden-Wurtemberg, Hesse y Hamburgo) son estados contribuyentes. Renania del Norte-Westfalia ha sido tradicionalmente un estado donante, hasta hace poco. En el lado contrario, los estados receptores son Berlín, Baja Sajonia, Sajonia y Renania-Palatinado.

Una vez determinada la posición de cada Estado en el sistema general, se calcula el importe de las transferencias (*Ausgleichbeiträge*) del siguiente modo (art. 10): se detrae un porcentaje variable del exceso de capacidad financiera. Así, si la posición relativa de un Estado es un 12% superior a sus necesidades se transfiere el importe resultante de la siguiente operación: para el 1% primero, el 15%; para entre el 2 y el 10%, el 66%, y para el 2% restante que supera el 10%, el 80%.

El sistema contiene una cláusula de limitación (arts 10.3. a 10.5): después de la compensación financiera, los estados receptores no pueden superar el 95% de la media nacional. La razón de este tope, como hemos indicado, es que la Ley fundamental no prevé la igualación total de los territorios, sino una aproximación razonable. La total igualdad (*Nivellierung*) violentaría tanto la responsabilidad fiscal de los *Länder* como su posición estadística relativa.²³ A modo de ejemplo, en el primer año de aplicación de la *Finanzausgleichgesetz* (1995), se obtienen las siguientes cifras:²⁴

22. Excepto para las ciudades-Estado de Berlín, Hamburgo y Bremen, donde el índice de población se sobredimensiona hasta llegar al 135%. La razón de esta excepción es que en estos territorios, la densidad de población es mucho mayor. Al tener mayor densidad, se incurre en mayores gastos de infraestructuras y transporte urbano. Esta distorsión se conoce con el término de *Einwohnerveredelung*.

23. Ya tempranamente el Tribunal Constitucional Federal había advertido sobre este límite en su sentencia de 20 de febrero de 1952. BverfG 1, 117.

24. Bundesministerium der Finanzen (BMF). *Die Finanzverteilung in der Bundesrepublik Deutschland*. 1996.

Tabla 1. Porcentaje de renta media antes y después de la nivelación por estados

Estado	Antes de la compensación	Después de la compensación
(HE) Hesse	112.2	103.4
(BW) Baden-Wurtemberg	109,7	103.0
(BY) Baviera	107.7	102.5
(NW) Renania del Norte-Westfalia	107.0	102.3
(HH) Hamburgo	103.5	102.2
(SH) Schleswig-Holstein	102.5	101.2
(NI) Baja Sajonia	96.2	97.6
(RP) Renania-Palatinado	96.2	97.6
(SL) Sarre	90.9	95.0
(BB) Brandeburgo	86.6	95.0
(SN) Sajonia	85.4	95.0
(ST) Sajonia-Anhalt	85.0	95.0
(TH) Turingia	85.0	95.0
(MV) Mecklemburgo-Pomerania	84.6	95.0
(HB) Bremen	80.9	96.3
(BE) Berlín	72.7	95.0

En definitiva, el complejo sistema de igualación financiera se basa en algunas premisas metodológicas: en primer lugar, todos los habitantes, con independencia del territorio que habiten, tienen unas mismas necesidades financieras. En segundo lugar, existe un reducto inmune a la solidaridad (25%) que no se utiliza para efectuar los cálculos y, correlativamente, supone un máximo de transferencias solidarias. En tercer lugar, la aplicación de los mecanismos de solidaridad debe respetar la diversidad en un doble sentido: los estados pobres no superan después de la compensación el 95% de la media y el resultado global no debe alterar la posición relativa de cada uno de ellos (los *Länder* más ricos deben seguir siéndolo, en menor medida, pero no se puede alterar la posición de partida de manera que los pobres se conviertan en ricos y a la inversa).²⁵ A este sistema de igualación

25. Véase el análisis doctrinal en Häde, U. *Finanzausgleich. Die Verteilung der Aufgaben, Ausgaben und Einnahmen im Recht der Bundesrepublik Deutschland un der Europäischen Union*. Tübingen, 1996; Henke, Klaus-Dirk / Folke Schuppert, Gunnar. *Rechtliche und finanzwissenschaftliche Finanzbeziehungen von Bund un Ländern im vereinten Deutschland*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993; Hidién, Jürgen W. *Handbuch. Länderfinanzausgleich*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999; Kesper, Irene. *Bundesstaatliche Finanzordnung. Grundlagen, Bestand, Reform*. Nomos Verlagsgese-

horizontal deberán añadirse las transferencias directas estatales que veremos más adelante (*Bundesergänzungszuwiesungen*).

2.3. La sentencia del BVerG de 11 de noviembre de 1999

La famosa Sentencia de Tribunal Constitucional Federal de 11 de noviembre de 1999²⁶ cuestionó algunos aspectos del régimen legal de relaciones financieras entre la Federación y los estados. De hecho, no es este el lugar apropiado para efectuar un completo análisis de la compleja resolución, pero conviene destacar dos aspectos. Por un lado se declara carente de apoyo constitucional la protección de las llamadas *Sondernlasten* o las necesidades especiales de los *Länder*. Por otro lado, el Tribunal no encuentra justificación a la existencia de una ponderación de la solidaridad según el número de habitantes de cada *Land*, de manera que los *Länder* pobres más poblados reciben más que los *Länder* pobres menos poblados.

Baste decir, con carácter general, que el *Bundesverfassungsgericht* no invalida el sistema de solidaridad interterritorial previsto en la Ley, sino que obliga a que los criterios de distribución sean más claros y transparentes.

Con el pronunciamiento de inconstitucionalidad se trata de vincular al legislador federal a desarrollar explícitamente un marco normativo de la compensación financiera para evitar de esta manera que el reparto de las finanzas dependa no tanto de las necesidades de los territorios, sino de las negociaciones políticas de cada momento (cuyo resultado depende de la fuerza electoral obtenida por los partidos en cada territorio y en el gobierno federal). Se trata pues de establecer un marco técnico-jurídico que no dependa de las fluctuaciones políticas.

llschaft, Baden-Baden, 1998; Koriath, Stefan. *Der Finanzausgleich zwischen Bund und Länder*. Möhr Siebeck Verlag. Tübingen, 1997.

26. BVerfG 101, páginas 158 y ss. También publicada en la revista "Neue Juristische Wochenschrift" (2000), páginas 1097 y ss. Los *Länder* ricos (Baviera, Hesse y Baden-Württemberg) recurrieron el sistema de solidaridad territorial, pues según ellos no era constitucional que los estados más pobres se embarcaran en iniciativas y políticas que después debían sufragarse a cargo de los fondos de solidaridad.

2.4. El *Soliparpakt II* de 2001

En respuesta al mandato reformador expresado en la sentencia, y a los no demasiado brillantes resultados de la aplicación del primer pacto de solidaridad sobre la convergencia real,²⁷ en 2001, el canciller federal Schröder y los *Länder* acuerdan la renovación del mismo en lo que se conoce como el *Solidarpakt II* de 2001. De nuevo siguiendo los datos del Informe de la Oficina Económica y Comercial española (2004), el pacto se concreta en los siguientes extremos:

- El Pacto de Solidaridad II durará 15 años desde 2005 y supondrá un desembolso de 156.000 millones de euros para el periodo 2005-2019. En este importe quedan comprendidos 105.326 millones de euros en concepto de transferencias federales complementarias. Una novedad importante es que dichos fondos comprenden también los medios hasta ahora empleados por la *Investitionsförderungsgesetz*, que a partir de 2002 serían absorbidos por las transferencias federales complementarias. La consecuencia es que desaparece la obligación de emplear estos fondos para unos gastos determinados, aumentando así la flexibilidad y capacidad de disposición de los *Länder*.
- En el año 2005 se conserva aún el importe actual de 10.532 millones de euros. Posteriormente esta suma será reducida progresivamente hasta que en 2019 se realice un último pago de 2.096 millones de euros.
- De los 156.000 millones del programa, los restantes 51.129 millones proceden de las políticas generales de incentivo al crecimiento del presupuesto federal, con prioridad para el desarrollo del Este, como infraestructura e igualación de la relativamente baja capacidad financiera de los ayuntamientos.
- Los *Länder* del Este y Berlín presentarán informes anualmente al Consejo de Planificación Financiera (*Finanzplanungsrat*) sobre los progresos realizados en desarrollo y crecimiento económicos (*Fortschrittsberichte Aufbau Ost*).

27. Para el Informe de la Oficina Económica y Comercial Española de 2004, "Hasta 1990, el sistema de transferencias alemán tenía un peso económico relativamente pequeño, puesto que las diferencias entre *Länder* no eran muy importantes. El panorama cambia por completo cuando se produce la reunificación y se incorporan 5 nuevos *Länder*, incluyendo Berlín, cuyo atraso económico y déficit de infraestructuras con respecto a los otros es muy importante. No obstante, aunque los volúmenes de transferencia son bastante superiores a los que se daban antes de la reunificación, su peso relativo a la economía alemana no es particularmente grande, algo más del 1%. Sin embargo, si se compara con el PIB de los *Länder* receptores, las transferencias adquieren una significación mucho mayor, oscilando entre un 8% y un 10% del PIB. A efectos de comparación, considérese que los fondos recibidos por España de la Unión Europea consisten aproximadamente en el 1% del PIB. Gracias a este importante trasvase de fondos los *Länder* del Este disponen en total de unos recursos por habitante superiores en más de un 20% a la media nacional. (...) En teoría esta desproporción debería haber contribuido a eliminar el déficit de infraestructuras y facilitar la convergencia con las regiones más ricas de Alemania. En la práctica, no obstante, se constata que en el periodo observado el progreso relativo de Alemania del Este ha sido prácticamente nulo". *Op. cit.*, p. 21-22.

Dicho informe presentará el empleo de los medios, así como el desarrollo presupuestario de *Länder* y ayuntamientos.

— En el aspecto de solidaridad horizontal, la capacidad financiera de los ayuntamientos se incluirá con una participación del 64% (y no del 50%, como venía ocurriendo hasta ahora).

— La valoración del número de habitantes para los *Länder*-ciudad se mantendrá como hasta ahora en un 135%, pero como novedad se introduce también una nueva valoración del número de habitantes para *Länder* con escasa densidad poblacional. La ponderación será la siguiente: 105 para Mecklemburgo-Pomerania, 103 para Brandeburgo y 102 para Sajonia-Anhalt.

— Otra importante innovación es la asunción del Fondo de la Unidad Alemana por la Federación. El Fondo comprende deudas de los *Länder* por valor de 25.565 millones de euros. La prevista extensión de los plazos de amortización por una parte y la asunción por la Federación de la amortización de deuda e intereses por otra supondrán un ahorro anual a los *Länder* de 1.278 millones de euros. Tras el cálculo de distintos componentes, la Federación obtendrá de los *Länder* desde 2005 hasta 2019 una cantidad fija anual del impuesto del IVA de 1.324 millones de euros. Las previsiones señalan que en 2020 el *Bund* tendrá una deuda sobrante de 6500 millones de euros. En caso de ser rebasada esta cifra los *Länder* participarán en la amortización de un 53,3% en la diferencia.

— La ley introducirá efectos incentivadores más fuertes para los *Länder*, tanto los contribuyentes como los receptores netos. El 12% de los ingresos por encima del promedio pueden ser conservados por los *Länder* afectados. Así la Federación asumirá 767 millones de euros más en la compensación financiera.

— Los *Länder* se harán cargo del sobrante de los 38 millones de coste portuario (*Hafenlasten*) para los *Länder* costeros.

— Disminuirán también las compensaciones para los costes de dirección política (*Politische Führung*), que pasarán a ser de 511 millones de euros, en lugar de los actuales 767 millones.

Fruto de este consenso, se aprueban en el año 2001 dos importantes leyes: la *Maßstäbengesetz*²⁸ y la *Solidarpaktfortführungsgesetz*.²⁹ El conjunto de las dos normas contiene disposiciones relativas a diversos aspectos:

28. Gesetz über verfassungskonkretisierende Maßstäbe für die Verteilung des Umsatztsteuerertrags für den Finanzausgleich unter den Ländern sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen, de 9 de diciembre de 2001. BUNDESGESETZBLATT 2001 (I), p. 2302.

29. Gesetz zur Fortführung des Solidarpaktes zur Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs und zur Abwicklung des Fonds "Deutsche Einheit", de 20 de diciembre de 2001. BUNDESGESETZBLATT 2001 (I), p. 3955.

- El reparto vertical de los impuestos (*Umsatzsteuerverteilung*) en referencia al IVA (arts. 3-6).
- El criterio de población que se utiliza como criterio para determinar la capacidad financiera del *Land* (arts. 9-10) debe motivarse.
- Establecimiento, enumeración y motivación de las transferencias federales para cubrir necesidades especiales. (arts. 12-14). Así, se consideraran susceptibles de ser compensadas federalmente cuestiones tales como: necesidad de equiparación de infraestructuras o la infrafinanciación municipal o los costes de la llamada "*politische Führung*".
- Rebaja de la intensidad de la compensación federal (del 90% al 77,5%).

En opinión de algunos comentaristas (Pielow), la reforma de 2001 introduce algunos elementos novedosos sin abandonar, sin embargo, la filosofía de fondo:

- La creación de mecanismos o incentivos a favor de la propia iniciativa político-económica de cada *Land*. De este modo, se debe ayudar a evitar la a menudo criticada postura de que un Estado federado con poca capacidad financiera confie simplemente en recibir prestaciones adicionales y anuales en el curso de la compensación financiera, en lugar de preocuparse por sí mismo de la mejora de los datos económicos.
- Estrechamente vinculado con el primer aspecto, la creación de un sistema de primas (*Prämienmodell*)³⁰ para aquellos *Länder* donantes cuya política económica y presupuestaria alcanza éxitos superiores al promedio de todos los estados federados.
- Al lado de aquellos nuevos elementos competitivos,³¹ se mantiene el objetivo del federalismo cooperativo, y esto especialmente a favor de la Alemania oriental, de manera que el sistema solidario para financiar ulteriores –y todavía necesarias– obras infraestructurales en los nuevos *Länder* se ve afirmado y prolongado al menos hasta el año 2020.

30. El modelo de primas permite excluir el importe de la prima de recaudación del sistema de *Finanzausgleich*. Con ello se pretende evitar que la mayor eficiencia recaudadora (esfuerzos político-económicos) se destine al final exclusivamente a nutrir la compensación financiera a favor de los estados receptores.

31. La misma Sentencia constitucional de 11 de noviembre de 1999 establece en sus secciones 213 y 214 interesantes reflexiones sobre la legitimación del federalismo competitivo. Por una parte los elementos competitivos del federalismo preservan la individualidad histórica de cada uno de los territorios, fundada en el caso alemán en toda su historia anterior a la unificación en el siglo XIX. Además, la competencia entre estados tiene un gran potencial innovador. (*Eine wesentliche Legitimationsgrundlage des Föderalismus liege in der innovationsfördernden Funktion des politischen Wettbewerbs der Länder untereinander und gegenüber dem Bund.*) BVerfG 2/98.

La reforma de 2001 se presenta pues como una combinación entre pacto político y medidas técnico-jurídicas para mejorar la claridad y transparencia del sistema. La polarización entre estados donantes y estados receptores y la conflictividad constitucional, sin embargo, se mantienen con saludable vigor.

2.5. De nuevo el examen de constitucionalidad

Como ejemplo de lo anterior, podemos aportar la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 19 de octubre 2006 en el caso del llamado *Berliner Haushaltslage*.³² El Alto Tribunal considera que el sistema de transferencias federales complementarias (*Bundesergänzungszuweisungen*) constituye un elemento de cierre del sistema multi-nivel de distribución de los ingresos tributarios en Alemania. Este sistema se encamina a que los estados y la Federación puedan cumplir sus cometidos constitucionales respectivos de acuerdo con los principios de individualidad (*Eigenständigkeit*) y autorresponsabilidad (*Eigenverantwortung*) financieras. Las obligaciones federales de saneamiento de los problemas financieros de un *Land* derivan de los objetivos y la sistemática del propio artículo 107, párrafo 2, frase 3 de la Constitución, entendida como un mecanismo exógeno en las relaciones de compensación financiera federales. Las transferencias federales que tengan como objetivo el saneamiento de una situación presupuestaria de emergencia de un *Land* están sujetas al principio de *ultima ratio*.

Las ayudas a la reorganización financiera o saneamiento financiero son solamente constitucionales en caso de que el presupuesto de un *Land* –en comparación con otros– presente una situación de extrema gravedad que ponga en riesgo el cumplimiento de sus cometidos constitucionales y que la situación sea tan extrema que justifique la ayuda federal.

Una ayuda federal de emergencia se justifica solo en el caso extremo de que el Estado viera amenazado el cumplimiento de sus obligaciones existenciales básicas de acuerdo con el ordenamiento (*Existenzbedrohung*). El Estado debe agotar todas las posibilidades propias de manera que la ayuda federal sea la única opción posible (*"Das Land alle ihm verfügbaren Möglichkeiten der Abhilfe erschöpft"*

hat, so dass sich eine Bundeshilfe als einzig verbliebener Ausweg darstellt").³³

La sentencia contiene, pues, unas innegables implicaciones para la cuestión que aquí presentamos (carácter absolutamente extremo de la ayuda federal) y que se ha encargado de poner de relieve la doctrina. Arroyo Gil explica magistralmente el contexto en que tiene lugar la sentencia: "Estos desequilibrios (entre financiación y tareas encomendadas) al tiempo que otorgaron un gran protagonismo dentro del sistema a las transferencias de nivelación, con lo que ello supone de pérdida de autonomía financiera, y por tanto, política de los *Länder* menos favorecidos, pusieron de relieve que el funcionamiento de este modelo de financiación estaba llegando a su punto de saturación. Y no solo por no ser capaz de garantizar adecuadamente ese nivel de financiación suficiente para cada uno de los *Länder*, sino también porque el mismo estaba generando un cierto grado de irresponsabilidad de estos, que sabedores de que sus desequilibrios presupuestarios podían ser, en buena medida, subsanados por las transferencias de nivelación y las ayudas complementarias procedentes, respectivamente, de otros *Länder* y de la Federación, incurrían en ocasiones en 'alegrías presupuestarias' y en 'desidias recaudatorias' difícilmente justificables."³⁴

Las cifras del volumen de las *Bundesergänzungszuweisungen*, justamente para el año 2006, son las siguientes:³⁵

33. El impacto de la sentencia constitucional puede estudiarse en: Droege, Michael. "No-truf nach Karlsruhe: die Begrenzung der Staatsverschuldung und das Heraufziehen des Jurisdiktionsstaates im Haushaltsverfassungsrecht" Wevaltungsarchiv 98(2007); Geske, Otto Erich, Der bundesstaatliche Finanzausgleich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Der Staat (Berlin), vol. 46, 2007; Häde, Ulrich, "Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Berliner Haushaltslage" en Konrad, Kai, Der Föderalstaat nach dem Berlin-Urteil. Frankfurt, 2007.

34. Arroyo Gil, Antonio. *El deferalismo alemán en la encrucijada*. CEPC, Madrid, 2006; y también del mismo autor, el más reciente "La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, nº 10, 2010.

35. Bundesministerium der Finanzen (BMF), *Bund-Länder Finanzbeziehungen auf der Grundlage der Finanzverfassung*. August, 2009.

Tabla 2. Transferencias federales complementarias

Estado	Importe ayudas de emergencia (mill. €)
(BW) Baden-Wurtemberg	0
(NI) Baja Sajonia	119
(BY) Baviera	0
(BE) Berlín	2.881
(BB) Brandeburgo	1.982
(HB) Bremen	196
(HH) Hamburgo	0
(HE) Hesse	0
(MV) Mecklemburgo-Pomerania	1.470
(NW) Renania del Norte-Westfalia	0
(RP) Renania-Palatinado	223
(SL) Sarre	118
(SN) Sajonia	3.486
(ST) Sajonia-Anhalt	2.115
(SH) Schleswig-Holstein	120
(TH) Turingia	1.962

Las recientes reformas constitucionales (2006 y 2009) demuestran la clara vivacidad y el carácter dinámico del sistema.³⁶ Como hemos indicado en la presentación, la construcción de equilibrios entre el centro y la periferia en un sistema descentralizado o federal resulta un proceso siempre abierto a discusión, negociación y ajuste. Las modificaciones y cambios son pues inherentes a la teoría federal, como único método de garantizar la correspondencia entre la realidad social del momento y el ordenamiento estructural.

Fruto del pacto político de los dos grandes partidos nacionales (CDU/SPD) se aprueba el 28 de junio de 2006 una reforma de calado constitucional³⁷ con la finalidad, por una parte, de delimitar más claramente las responsabilidades de cada nivel de gobierno, y por otra, de

36. Calliess, Christian. "Innovationsföderalismus als Voraussetzungen von Finanzverantwortung der *Länder*", *Zeitschrift für Staats und Europawissenschaften*, nº 2, 2008. No se incluye en el presente estudio la reforma constitucional de julio de 2010, que debería ser objeto de un análisis específico.

37. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) vom 28. August 2006. *Bundesgesetzblatt 2006 (I) Nr. 41*, p. 2034. cfr. Kluth Winifred (Hrsg.) *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*. Baden-Baden, Nomos, 2007.

simplificar el procedimiento participativo en la elaboración de normas para conjurar algunas situaciones de bloqueo producidas por las distintas legitimidades existentes en el Bundestag y en el Bundesrat. No es este tampoco el lugar adecuado para discurrir ampliamente sobre la cuestión.³⁸ Baste enumerar algunos de los elementos básicos de la reforma de 2006:

- Fortalecimiento de la capacidad legislativa del *Bund*.
- Delimitación competencial *Bund-Länder*.
- Eliminación de la legislación marco.
- Nueva configuración del procedimiento de aprobación de leyes federales en el Bundesrat para evitar los bloqueos existentes.
- Supresión de la financiación mixta de tareas comunes.
- Nueva ordenación de la posibilidad de ayudas financieras federales.
- Nueva regulación de la representación europea de Alemania y la participación de los *Länder* en la misma.
- Establecimiento de responsabilidades financieras de los *Länder* por incumplimientos del derecho comunitario europeo.

En relación a las tareas comunes, recogidas en la Constitución federal, Elías opina que: “Los artículos 91.a y 91.b comprenden materias del ámbito competencial de los *Länder*: universidades, protección de costas, investigación científica y planificación de la educación. De estas materias, únicamente la concreta referencia a la construcción de universidades desaparece. Según la justificación de la reforma constitucional, las significativas diferencias estructurales entre los *Länder* no permiten de momento materializar una completa supresión de las financiaciones mixtas, tanto en su vertiente de tareas comunes como de ayudas financieras. Ante la diversa situación y grado de desarrollo económico existente en las diferentes partes del territorio federal, se ha optado por mantener la institución de las tareas comunes para la mejora de la estructura económica regional, así como de la estructura agraria y de la protección de costas, materias en las que, en todo caso, dada la existencia de normas comunitarias, únicamente queda un ámbito de decisión e inversión nacional limitado. Se justifica su

38. cfr. Arregui, J. “Razones de una reforma – razones de un fracaso: el federalismo alemán en la encrucijada”, Ministerio de Administraciones Públicas / INAP. Documento de trabajo nº 21, 2005; Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel. “Los resultados del proceso de reforma del federalismo alemán”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 2, 2006.

mantenimiento en la importante función de coordinación que pueden desempeñar en el contexto de las ayudas de la Unión Europea. Se conserva también la posibilidad de trabajo conjunto, parcialmente reestructurado, entre la Federación y los *Länder* en el ámbito de la promoción de la investigación y en el ámbito educativo de la evaluación de la educación. Con la eliminación de la materia 'construcción de universidades' se suprime sin duda uno de los temas más conflictivos, dado que en los últimos años ha resultado siempre difícil lograr un acuerdo sobre el volumen de financiación que se debiera dedicar a esta tarea. Pero el reconocimiento de la relativa significación de esta supresión, por lo demás lógica consecuencia de la transferencia competencial de la materia educativa a los *Länder*, no obsta para apreciar el escaso avance que supone para el empeño de clarificación de las relaciones financieras. Devolver a la competencia de los *Länder* únicamente una materia no cumple el mandato de 'desenmarañamiento', dado todo lo que queda pendiente respecto al resto."³⁹

Sin embargo, la desaparición de las tareas comunes de manera brusca podría provocar alguna discontinuidad financiera en proyectos que hasta ahora obtenían esta financiación. Por ello, la reforma establece también unas ayudas para la compensación transitoria de esa eliminación hasta el año 2019. Los sectores que podrán beneficiarse de esta modalidad de ayudas son: la ampliación y construcción de nuevas universidades, la planificación de la educación, la mejora de las condiciones de tráfico en los municipios y la inversión en vivienda social (*vide* nuevo art. 143.c de la Constitución federal).

Lógicamente, además de la cuestión de las tareas comunes, la reforma ha sintonizado perfectamente con la sentencia constitucional en el caso *Berliner Haushaltslage* (2006). Tanto un elemento normativo como el otro se dirigen a endurecer las condiciones de concesión de ayudas federales, así como al aumento del control del uso de las mismas. Así, se da una nueva redacción al apartado 4 del artículo 104.a:

(1) La Federación puede, en la medida en que esta Ley Fundamental le confiera competencias legislativas, otorgar a los Länder ayudas financieras para inversiones de importancia especial de los Länder y de los municipios (asociaciones de municipios), siempre que dichas inversiones sean necesarias para:

- 1. combatir una perturbación del equilibrio global de la economía, o*
- 2. para el ajuste de la distinta capacidad económica en el territorio federal, o*
- 3. para promover el crecimiento económico.*

(2) *Por ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, o mediante un convenio administrativo en base a la ley federal de presupuesto, se regularán los pormenores, especialmente los tipos de inversiones que se promoverán. Las ayudas se otorgarán por tiempo limitado y se sujetarán con respecto a su utilización a comprobaciones periódicas. Las ayudas financieras se conformarán con el transcurso del tiempo con importes anuales que deben ir decreciendo.*

(3) *El Bundestag, el gobierno federal y el Bundesrat, si así lo requieren, deberán ser informados sobre la aplicación de las medidas y las mejoras conseguidas”.*

La nueva disposición incluye elementos de control periódico y evaluación de los resultados de las transferencias. Además se establece constitucionalmente su carácter temporal para evitar la consolidación de ayudas federales en los presupuestos estatales. Sin embargo, todas estas medidas algo voluntaristas no esconden el carácter limitado de la reforma, puesto que el caballo de batalla de algunos actores políticos era precisamente suprimir la cláusula de “ajuste de la distinta capacidad económica territorial” como fundamento mismo de las transferencias. En otras palabras, los más defensores del federalismo competitivo propugnaban la supresión de las ayudas federales directas para compensar la desigualdad económica entre territorios, elemento que, como puede apreciarse, no ha sido recogido por la reforma.

2.6. **Föderalismus II. La reforma constitucional del año 2009**

Finalmente, podemos hacernos eco de las más recientes vicisitudes de la reforma constitucional alemana.⁴⁰ Es cierto que los aspectos modificados en 2006 fueron menores hasta el punto de recomendar el Bundesrat (una vez aprobada la reforma) que se empezara a trabajar para la profunda transformación del sistema de *Finanzbeziehungen* en la Constitución federal. Así pues, se llega a la reciente reforma constitucional de 2009.

La reforma es el fruto de los trabajos de la Comisión conocida como *Föderalismus II*, con representantes del más alto nivel federal,

40. Después de realizar el estudio, hay que notar como se producen ulteriores reformas constitucionales: 21 de julio de 2010, cuyo sentido y modificaciones no se incluyen en el presente texto.

estatal y local⁴¹ y constituida el 8 de marzo de 2007, y se plasma normativamente en dos leyes:

- La Ley de modificación constitucional.⁴²
- La Ley de acompañamiento a la segunda reforma del federalismo.⁴³

La técnica de las leyes de acompañamiento, bien conocida en nuestro ordenamiento, tiene también sus patologías en el ordenamiento germano. Así, un solo texto normativo introduce modificaciones en varias leyes de distinto ámbito:

Cuadro de modificaciones efectuadas por la Ley de acompañamiento a la segunda reforma del federalismo (Begleitgesetz zur zweiten Föderalismusreform (FördRefIIBG))⁴⁴

mWv	ändert	die folgenden Gesetze und/oder Verordnungen vergangene und konsolidierte Änderungen
01.07.2010	Artikel 6	Finanzverwaltungsgesetz (FVG)
		Synopse alte und neue Fassung: § 5
	Artikel 10	Versicherungssteuergesetz 1996 (VersStG 1996)
		Synopse alte und neue Fassung: § 5, § 6, § 7a, § 8, § 10a, § 11
	Artikel 11	Versicherungsteuer-Durchführungsverordnung (VersStDV 1996)
		Synopse alte und neue Fassung: § 1, § 2, § 10
Artikel 12	Feuerschutzsteuergesetz (FeuerschStG)	
	Synopse alte und neue Fassung: § 1, § 3, § 4, § 8, § 10, § 12, § 14 (neu), § 15 (neu)	
01.01.2010	Artikel 1	Stabilitätsratsgesetz (StabiRatG)
	Artikel 12	Feuerschutzsteuergesetz (FeuerschStG)
		Synopse alte und neue Fassung: § 11

41. Baus, Ralph Thomas / Fischer, Thomas / Hrbek, Rudolph (Hrsg.) *Föderalismusreform II: Weichenstellungen für eine Neuordnung der Finanzbeziehungen im deutschen Bundesstaat*. Ergebnisse einer gemeinsamen Tagung der Konrad-Adenauer-Stiftung, der Bertelsmann Stiftung und des Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung Tübingen. Baden-Baden, 2007; Dannemann, Günter, "Probleme der Föderalismusreform II" *Verwaltung & Management* 13, 2007; Ekardt, Felix / Buscher, Daniel, "Föderalismusreform II: Reform der Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Kommunen", *Die öffentliche Verwaltung* (60), 2007.

42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (art. 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d), de 29 de julio de 2009, BGBl I, página 2248.

43. Begleitgesetz zur zweiten Föderalismusreform (FördRefIIBG), de 10 de agosto de 2009, BGBl I, página 2702.

44. Fuente: <http://www.buzer.de/gesetz/8985/l.h>.

mWv	ändert	die folgenden Gesetze und/oder Verordnungen vergangene und konsolidierte Änderungen
18.08.2009	Artikel 2	Artikel 115-Gesetz (G 115)
	Artikel 3	Konsolidierungshilfengesetz (KonsHilfG)
	Artikel 4	Gesetz über die Verbindung der informationstechnischen Netze des Bundes und der <i>Länder</i> - Gesetz zur Ausführung von Artikel 91c Absatz 4 des Grundgesetzes - (IT-NetzG)
	Artikel 5	Bundeskrebsregisterdatengesetz (BKRG)
	Artikel 6	Finanzverwaltungsgesetz (FVG)
		Synopse alte und neue Fassung: § 5, § 19, § 21, § 21a
	Artikel 7	Finanzausgleichsgesetz (FAG)
		Synopse alte und neue Fassung: § 1
	Artikel 8	Einkommensteuergesetz (EStG)
		Synopse alte und neue Fassung: § 50, § 50a, § 52
Artikel 9	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV)	
	Synopse alte und neue Fassung: § 73d, § 73e, § 73g, § 84	

Una parte importante de la reforma se dedica a la cuestión del endeudamiento de los *Länder*.⁴⁵ Es conocido que la RFA incumplió durante varios años los criterios de convergencia de la zona euro en cuanto a los topes de endeudamiento de sus administraciones regionales. Los *Länder*, ante la evidencia de no poder aumentar sus ingresos (o los costes políticos de hacerlo), y la multitud de tareas que el federalismo ejecutivo impone, recurrían sistemáticamente al crédito, comprometiendo con ello la estabilidad financiera del conjunto del país. Por tanto, la reforma acomete una mayor disciplina presupuestaria en cuanto al pacto europeo de estabilidad y crecimiento se refiere (mediante la *Stabilitätsratsgesetz* y la *Finanzverwaltungsgesetz* y la fijación de un límite en la capacidad de endeudamiento regional).

Además de ello, la reforma se encamina a dotar de una mayor responsabilidad a los *Länder* en cuanto a su autonomía impositiva. La argumentación de que el endeudamiento venía impulsado por la infrafinanciación de los estados se matiza ahora con un sistema de mayor capacidad impositiva pero también de mayor responsabilidad en los presupuestos de cada uno de ellos (vuelta al primitivo *Konnexitätsprinzip*, según el cual cada nivel de gobierno es responsable fiscalmente

45. Buscher, Daniel. *Der Bundesstaat in Zeiten der Finanzkrise. Ein Beitrag zur Reform der deutschen Finanz- und Haushaltsordnung (Föderalismusreform)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

de generar los ingresos que son necesarios para el sostenimiento de las tareas que tiene encomendadas).

A pesar de ello, los trabajos de la comisión de reforma son el fruto de un pacto político y los equilibrios para lograrlo son notables. Dicho en otras palabras, los intereses de los *Länder* presentes en la negociación consiguen cláusulas de escape sobre las reformas que diluyen en parte la fuerza de su contenido. Así, siguiendo con el ejemplo de la imposición de una estricta disciplina y estabilidad presupuestaria, los *Länder* con mayores dificultades financieras consiguieron arrancar de las negociaciones unas ayudas federales de consolidación (*Konsolidierungshilfe*) aplicables hasta 2019. Sin entrar pues en la regulación de detalle de estos instrumentos, lo cierto es que son en parte contradictorios con la misma filosofía de la reforma (responsabilidad fiscal). Además, tradicionalmente las ayudas para el saneamiento presupuestario terminan aplicándose a gastos corrientes (los más urgentes), sin lograr nunca su verdadero objetivo.

Igualmente, en el tema de las transferencias federales puede existir incluso un retroceso. Si la reforma de 2006 se había esforzado en sujetar la concesión de ayudas de emergencia para los estados en crisis presupuestaria, ahora, la reforma del art. 104 GG introduce el concepto de "situaciones extraordinarias de necesidad" (*Aussergewöhnlichen Notsituation*) como justificación de las mismas. En una situación de grave crisis económica, la extraordinaria necesidad puede venir precisamente de la caída de ingresos fiscales. Es cierto que es un consejo federal (art. 109) quien debe calificar la situación financiera de un Estado como de "emergencia presupuestaria", pero no es menos cierto que se abre de nuevo el procedimiento a la negociación política.⁴⁶

46. Las mismas conclusiones de la Comisión establecen que una situación de emergencia puede ser, por ejemplo, la actual crisis económica y financiera, y que ello permitiría financiar programas federales de revitalización de la inversión pública. "*Damit soll sichergestellt werden, das die zur Bewältigung solcher Notsituationen – wie bspw. der gegenwärtigen Finanz und Wirtschaftskrise – erforderlichen Programme zur Belebung der Investitionstätigkeit der öffentlichen Hand in allem Investitionsbereichen mit Unterstützung des Bundes durchgeführt werden können*". Por ello no podemos más que coincidir con la apreciación del profesor Arroyo, para quien "la coyuntura económico-financiera actual parece que se inclina por dar la razón a quien defiende que el establecimiento de un límite fijo en la Constitución federal a la capacidad de endeudamiento de la Federación y los *Länder* supone una barrera excesivamente rígida a la libertad de decisión política de aquella y de estos. Más allá de estas consideraciones, tal limitación podría entenderse también como un intento de consagrar constitucionalmente una determinada visión de la política económica, que a todas luces, amén de resultar un tanto pretenciosa (pues la historia se encarga de enseñarnos, una y otra vez, que los axiomas económicos precisan de revisión constante), podría suponer además una rémora para quienes, desde una concepción diferente de aquella, llegado el momento, ocupan la responsabilidad de gobierno." (Arroyo Gil, Antonio. "La reforma constitucional de

2.7. Súcinta valoración

Por todo ello, en lo que a nuestro objeto de estudio refiere, es decir, a las relaciones financieras *Bund-Länder* y a los sistemas de compensación interterritorial, la reforma surgida del proceso *Föderalismus II* debe calificarse de muy modesta,⁴⁷ lo que augura a medio plazo posteriores debates sobre la cuestión.

Entre la doctrina española, se destaca la permanencia y polarización del debate actual, donde “se contraponen la tesis del denominado ‘federalismo competitivo’, para el que la creación de condiciones de vida igualitarias en todo el territorio federal a que aluden los artículos 106.3.2 y 74.2 de la Constitución no es consustancial al modelo federal alemán, frente a quienes consideran el principio de solidaridad como un valor inmanente a la condición federal del Estado que, al igual que esta última, goza de protección frente a una hipotética reforma constitucional, en los términos del artículo 79.3. de la Constitución. La primera tesis, partidaria de limitar la eficacia niveladora del sistema de compensación interterritorial, destaca también los efectos positivos de la competencia fiscal sobre la economía y la eficiencia de las prestaciones públicas, al reducir los gastos superfluos. La segunda destaca, sin embargo, la escasa capacidad de decisión real de que disponen los estados más pobres que, con ingresos tributarios un cuarenta por ciento más bajos que la media nacional y buena parte de sus gastos comprometidos a nivel federal, apenas podrían reaccionar ante la rebaja de tipos de gravamen que iniciaran los territorios mejor dotados. (...) El nuevo método de reparto, al llevar la nivelación al primer nivel de distribución de rendimiento, difumina, por otra parte, la contraposición entre estados pagadores y receptores de transferencias que lastra hoy el sistema de compensación interterritorial.”⁴⁸

Parece plausible defender que las dos teorías son científicamente ciertas. No existe un modelo puro de federalismo sin solidaridad ni de compensación interterritorial ilimitada. El federalismo trata preci-

2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, nº 10, 2010, p. 68).

47. Waldhoff, Christian / Dieterich, Peter. “Die Föderalismusreform II – Instrument zur Bewältigung der staatlichen Finanzkrise oder Verfassungsrechtliches Placebo?” *Zeitschrift für Gesetzgebung* n. 2, 2009.

48. Tejerizo López, José Manuel (dir.) *La financiación territorial en los Estados descentralizados: un estudio comparado*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pp. 29-30.

samente de encontrar un equilibrio inestable entre ambas. Si extrapolamos los estudios del profesor de Chicago Neil Komesar a nuestro objeto de estudio debemos admitir que las ciencias sociales tratan siempre de establecer una combinación imperfecta de alternativas.⁴⁹

3. Los mecanismos de financiación existentes

El establecimiento y regulación de los impuestos en Alemania constituye una competencia concurrente entre Federación y estados (excepto el establecimiento de aranceles, los monopolios fiscales y los impuestos propios). El reparto de ingresos de los impuestos más importantes (renta y sociedades) se efectúa a partes iguales (50%). La Constitución prevé también la posibilidad de que los ayuntamientos tengan una participación directa en los impuestos, que se cifra en un 12% en 2004.⁵⁰

Los instrumentos básicos de reparto de los fondos son los siguientes:

1. Reparto de los ingresos (*Bund-Länder*)
2. Solidaridad horizontal (*Land-Land*)
3. Solidaridad vertical. Programas de inversiones y ayudas federales

3.1. El reparto de los ingresos fiscales

Cada nivel de gobierno ostenta una participación variable en la cesta de los distintos impuestos, de manera que debe poder garantizarse que cada ente político disponga de ingresos suficientes para desarrollar sus funciones (art. 106.3 GG y *Umsatzsteuerverteilung*).⁵¹

49. Komesar, Neil. *Imperfect Alternatives. Choosing among Institutions in Law, Economics and Public Choice*, Chicago, 1994.

50. Hiden, Jürgen W. *Der Bundestaatlliche Finanzausgleich in Deutschland. Geschichtliche und staatsrechtliche Grundlagen*. Nomos, 1999; Vogel, Klaus / Waldhoff, Christian. *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts*. Müller Verlag, Hüthig GmbH. Heildelberg, 1999.

51. Vide la formulación del *Bundesverfassungsgericht* en su sentencia de 24 de junio de 1986, donde se relaciona el sistema de reparto con la garantía de poder ejercer las competencias constitucionalmente asignadas y las obligaciones constitucionales. BverfG 72, 330.

Los impuestos principales (desde el punto de vista cuantitativo) son: impuesto sobre la renta, impuesto sobre sociedades e IVA (también expresados como impuesto sobre el consumo o sobre las ventas). Las cifras resultantes se reparten siguiendo este triple esquema (2007):

Tabla 3. Participación en ingresos fiscales por gobiernos y tipos de impuesto

	Renta	Sociedades	IVA
Federación	42,5%	50%	55%
<i>Länder</i>	42,5%	50%	43%
Municipios	15%	0%	2%

Para el resto de figuras impositivas, cada unidad política gestiona la totalidad del impuesto (la Federación, el 100% de los impuestos especiales: hidrocarburos y tabaco; los *Länder*, el 100% del impuesto de sucesiones, el impuesto sobre vehículos y el impuesto de transmisiones patrimoniales). Los ayuntamientos reciben, por su parte, el impuesto de actividades económicas y otros impuestos locales. Las grandes cifras de recaudación provienen del IRPF y del IVA. Es destacable cómo el 75% de los ingresos totales proviene de impuestos comunes. Por ello, la opción de aumentar los ingresos a través de las figuras impositivas propias se presenta como inviable.

Este reparto vertical (válido desde 2007) ha sufrido numerosas variaciones,⁵² de manera que un primer nivel de intervención con respecto a la solidaridad se determina, como ya habíamos expresado, en la distribución vertical. La dotación económica de los municipios depende de cada *Land* y, a la inversa, las necesidades financieras de los municipios computan para el *Land* en el procedimiento de igualación financiera (art. 107). La regulación de las finanzas municipales se encuentra en la *Gemeindenfinanzreformgesetz* de 1969 y en la *Gesetz zur Neuordnung der Gemeindenfinanzen* de 2009.⁵³

Al remitirse al legislador ordinario la cuestión de la regulación de los porcentajes de participación de cada unidad política en el reparto vertical de los impuestos, el sistema goza de una cierta flexibi-

52. El reparto de la recaudación fiscal debe acordarse entre Bundestag y Bundesrat, expresando pues la doble legitimidad del sistema bicameral, tanto de votos populares como de representación territorial.

53. Disponibles en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gemfinrefg/gesamt.pdf>.

lidad para adaptarse a las distintas situaciones.⁵⁴ Además, el sistema es potencialmente descentralizador, puesto que la representación de los *Länder* es imprescindible para aprobar reformas en los impuestos comunes. Así, a lo largo de los años puede verse una cierta tendencia a la pérdida de peso del nivel federal.

Sin embargo, la distribución vertical de ingresos no contiene en sí misma elementos igualadores. Es más, rigiendo el principio de que los impuestos deben permanecer en el lugar donde fueron recaudados (*Prinzip des örtlichen Aufkommnes*), los *Länder* más ricos y poblados generan muchos más ingresos que el resto. Además, por ejemplo, Hesse tiene unas cifras de recaudación extraordinarias, puesto que la mayoría de los bancos alemanes tienen sus sedes en Frankfurt.⁵⁵ En definitiva, las desigualdades territoriales existentes (población y peso económico en el PIB nacional) no son objeto de corrección en esta fase. Se trata de establecer un sistema de repartir territorialmente tareas y asignaciones económicas.

Hay que tener en cuenta además que los estados con escasa capacidad económica y mucha población están atrapados en un círculo de gran gasto social y pocos ingresos tributarios. Si se considera que el nivel de prestaciones debe ser uniforme en cada uno de los territorios, los mecanismos de compensación devienen imprescindibles.

Si lo anterior es válido para los impuestos directos, para los indirectos (IVA) el sistema es algo distinto. El IVA se reparte en un 75%, tomando como referencia la población (número de habitantes). Siguiendo el análisis de Tejerizo, "la recaudación por el impuesto sobre el valor añadido es igualmente compartida entre la Federación, los estados y los municipios. A diferencia de lo que ocurre con el impuesto sobre la renta, la participación de la Federación y los *Länder* en el IVA

54. De hecho, esta flexibilidad infraconstitucional tiene sus raíces históricas. "A pesar de las varias rondas de negociaciones entre el Consejo Parlamentario y los gobernadores militares del territorio ocupado del Oeste de Alemania, no pudo alcanzarse un acuerdo respecto a la división vertical de los recursos financieros. Como resultado, se decidió que en la Norma Básica, solo se fijarían algunas medidas provisionales en lo que a las relaciones financieras intergubernamentales se refiere. Esto dejaba espacio para una ulterior concreción por parte del Parlamento federal. Se adoptó en 1955 una Ley que contenía las primeras previsiones financieras (*Finanzverfassungsgesetz* de 23 de diciembre de 1955) y estas previsiones fueron la base legal del sistema de igualación financiera hasta la reforma de 1969". Brand, Dirk. "Financial constitutional Law: a comparison between Germany and South Africa". Fundación Konrad Adenauer Occasional Papers. November 2006, p. 148.

55. Sobre los criterios para determinar la imputación de los ingresos, debe hacerse referencia a la *Zerlegungsgesetz* de 6 de agosto de 1998 (residencia habitual de personas físicas y establecimiento permanente en personas jurídicas).

no se encuentra establecida en la Constitución, sino que ha de fijarse por una ley federal con el asentimiento del Bundesrat. Su reparto debe tender, en primer lugar, a la armonización de las necesidades financieras de cada una de estas instancias territoriales, garantizándose, además, la igualdad de las condiciones de vida en todo el territorio federal. La Federación y los *Länder* tienen derecho, por otra parte, a la cobertura de los gastos necesarios con sus ingresos corrientes, siendo necesario realizar una previsión plurianual de ambas partidas, de modo que la cuota de cobertura (*Deckungsquote*) de los primeros, sea, tras el reparto del IVA, similar para la Federación y los estados. La concreción de qué ingresos se consideran corrientes y qué gastos son necesarios para la determinación de la fórmula de reparto del IVA ha dado lugar a numerosos conflictos entre el *Bund* y los estados. Los aspectos más problemáticos se refieren, por ejemplo, al cómputo, entre los ingresos, de ciertas transferencias del *Bund* a los *Länder*, como las que se otorgan para atender a las tareas comunes de los artículos 91a y 91b de la Constitución y las ayudas a la inversión del artículo 104.a.IV. La consideración de tales transferencias entre los ingresos de los *Länder* tiene por efecto disminuir su participación en el IVA, favoreciendo con ello al *Bund*. Otro aspecto conflictivo ha sido la inclusión en el cálculo de la cuota de cobertura de los ingresos obtenidos de transmisiones de elementos patrimoniales, al no obtenerse en estos casos, en opinión de los *Länder*, ingreso alguno, sino un valor equivalente al bien transmitido.”⁵⁶

Este sistema, pues, es variable, arrojando las siguientes diferencias entre años, recogidas en los datos BMF en cuanto al % de reparto del IVA se refiere:⁵⁷

56. Tejerizo López, José Manuel (dir.) *La financiación territorial en los Estados descentralizados: un estudio comparado*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 2009, pp. 26-27.

57. Bundesministerium der Finanzen (BMF), *Bund-Länder Finanzbeziehungen auf der Grundlage der Finanzverfassung*. August 2009. El salto existente entre 1994-1995 corresponde al cómputo de las aportaciones al Fondo de la Unidad Alemana. Al acordarse el *Solidarpakt I* se establece un período transitorio donde los nuevos *Länder* no serán incluidos en el sistema de nivelación hasta 1995. En estos años de transición, las aportaciones económicas para las reformas se asumen por parte del *Fonds Deutsche Einheit*, cuyas aportaciones son federales en un 70%.

Tabla 4. Reparto ingresos IVA según nivel territorial de gobierno

Año	<i>Bund</i>	<i>Länder</i>	Municipios
1991	63	37	
1992	63	37	
1993	61	39	
1994	59,9	40,1	
1995	56	44	
1996	50,5	49,5	
1997	51,2	46,7	2,1
1998	51,2	46,7	2,1
1999	52,2	45,7	2,1
2000	52,0	45,9	2,1
2001	52,0	45,9	2,1
2002	51,4	46,5	2,1
2003	51,4	46,5	2,1
2004	49,5	48,4	2,1
2005	53,1	44,9	2,1
2006	53,0	44,9	2,1
2007	54,5	43,5	2,0
2008	54,6	43,4	2,0
2009	53,9	44,1	2,0

La participación sobre el IVA resulta fundamental para los ingresos de los estados, puesto que en un 75% se queda en sus respectivos territorios. Dicho en otras palabras, solo el 25% de la parte estatal del IVA es objeto de reparto horizontal entre *Länder* pobres y ricos. El resto se rige por el *Prinzip des örtlichen Aufkommnes*. La anterior tabla muestra la creciente participación de los *Länder* en los ingresos procedentes del IVA (desde un 37% en 1991 hasta un máximo del 48% en 2004).

Por todo ello, tal y como ya hemos expresado, el reparto vertical de ingresos entre *Bund* y *Länder* puede verse como un primer nivel de distribución. A mayor porcentaje de recaudación para los niveles inferiores, mayor autonomía financiera. También predetermina qué sistema de solidaridad interterritorial se elige: a mayores ingresos para el *Bund*, mayor peso de la solidaridad vertical (*Bund-Länder*); a mayores ingresos para los *Länder*, mayor peso de la solidaridad horizontal (*Land-Land*).

En resumen, las finanzas de los *Länder* en Alemania se nutren de la participación porcentual de los grandes impuestos comunes (renta y sociedades) que ciudadanos y empresas pagan dentro de sus territorios, y de la asignación de un porcentaje variable del IVA, que se calcula en base a la población. Desde el punto de vista de la autonomía decisoria, los *Länder* participan en la elaboración de la legislación impositiva común a través del Bundesrat. A pesar de la existencia del principio de conexión entre ingresos y gastos y de la suficiencia financiera de los niveles administrativos existentes en el federalismo alemán, lo cierto es que la financiación depende de un sistema fiscal central (*Verbundsystem*).

La asignación de la participación del IVA y la reserva del 25% del mismo para el reparto horizontal entre *Länder* cuyos ingresos impositivos (sin incluir el propio IVA) sean inferiores al 92% de la media, suponen ya una primera medida de igualación. La expresión gráfica de este fenómeno la podemos hallar en el Informe de la Oficina Comercial Española (2004).

Lo cierto es que la capacidad financiera de los *Länder*, antes del reparto del IVA, arroja unas diferencias muy notables. Así, para 2002, mientras que Hamburgo alcanza el 169%, los estados más pobres (Sajonia, Turingia, Sajonia-Anhalt o Mecklemburgo-Pomerania) apenas se sitúan en un 30%. Para el conjunto de estos estados (excluido Berlín), por ejemplo, su potencial recaudador antes del reparto del IVA es solo del 43,8%, mientras que se sitúa en el 84,6% una vez computada su participación. Ello implica, como se ha destacado, que los *Länder* procedentes de la Alemania del Este reciben el doble de ingresos/cápita en participación por IVA que sus homólogos del Oeste. Sin lugar a dudas, el primer escalón en la igualación financiera entre estados en Alemania lo constituye el reparto del IVA.

Al tratarse el IVA de un impuesto sobre el consumo y ser los *Länder* ricos los más poblados, las diferencias resultan, pues, evidentes. Los cuatro *Länder* ricos agrupan cerca del 56% de la población. La diferencia de ingresos de más de 140 puntos porcentuales se reduce a 40 o 50 (dependiendo de los casos) después del reparto del IVA. Este sistema de igualación primaria en base al reparto del IVA cuenta con un tope: los estados receptores no pueden superar el 92% de la media.

Este primer mecanismo de nivelación, a pesar de situarse en el plano vertical (reparto de impuesto *Bund-Land*), tiene unos innegables efectos horizontales.

3.2. La solidaridad horizontal (*Land-Land*)

Los mecanismos de solidaridad interterritorial no se agotan en el primer nivel de reparto de impuestos. En otras palabras, a pesar de que las grandes (enormes) diferencias existentes en los diferentes puntos de partida se ajustan ya en el primer nivel, estas siguen existiendo. Estas diferencias, producto de las diferencias socio-económicas de cada uno de los territorios, podrían poner en peligro la capacidad de los mismos estados para ejecutar sus cometidos. No se trata, como venimos reiterando, de conseguir una uniformidad total de las condiciones de vida entre territorios, sino de ayudar a los estados fiscalmente más débiles a alinear su capacidad financiera.

Los mecanismos de solidaridad horizontal entre estados pueden verse como una particularidad del sistema alemán.⁵⁸ Al no existir un mandato de equilibrio fiscal entre centro y periferia, parte de la responsabilidad de la misma debe establecerse de manera horizontal. En este sentido, Alemania se separa de otros sistemas federales como Australia o los Estados Unidos.

Si el primer nivel de distribución del IVA recaía tanto en la Federación como en los estados (según su porcentaje de participación en el IVA), este segundo nivel puede caracterizarse propiamente por su horizontalidad, es decir, corresponde a los estados ricos (ingresos por encima de la media) efectuar transferencias compensatorias a los estados pobres (ingresos por debajo de la media). Los mecanismos de *Finanzausgleich* no deben implicar, teóricamente, la supresión de la autonomía financiera y la responsabilidad fiscal.

Para efectuar el cálculo de esta solidaridad horizontal, se toman como parámetros la *Finanzkraftmeßzahl* (capacidad financiera) y la *Ausgleichmeßzahl* (medida de igualación).

La primera cifra constituye la capacidad fiscal del Estado e incluye todos los ingresos estatales más el 64% de los ingresos locales. La razón para incluir un porcentaje de los ingresos locales es simple: ya que son los *Länder* los responsables de financiar a los municipios (excepto en su pequeño porcentaje de participación del IVA), los municipios más ricos generan más ingresos y, por lo tanto, requieren

58. Selmer, Peter / Boldersen, Carsten. *Finanzverfassungsrechtliche Grundfragen des horizontalen Finanzausgleichs*. Joachim Heitmann Verlag, Hamburg, 1984; Wieland, Joachim. "Die Reform der bundesstaatlichen Finanzverfassung: historische Voraussetzungen und aktueller Handlungsbedarf", *Zeitschrift für Staats und Europawissenschaften*, n. 2, 2008.

menos aportación de los estados. En algunos casos excepcionales, se detraen de la capacidad financiera algunos costes particulares (costes portuarios), que si bien se sufragan por un territorio, presentan un beneficio para el conjunto del país.

La segunda cifra, en cambio, es la media de los ingresos fiscales de todo el territorio dividida por el número de habitantes y multiplicada por los habitantes del *Land* (*Einwohnerzahl*). En los casos particulares de las ciudades-estado, el parámetro de población se incrementa hasta un 135% (*Einwohnerveredelung* en art. 8.1 de la *Maßstäbengesetz*). Una distorsión similar se aplica a los territorios escasamente poblados (Brandeburgo, Mecklemburgo-Pomerania y Sajonia Anhalt) (art. 8.3 de la *Maßstäbengesetz*).

Mientras que la primera cifra nos da una imagen absoluta de la capacidad local, la segunda es una imagen relativa de la capacidad en relación a otros territorios. Cuando la *Finanzkraftmeßzahl* sea superior a la *Ausgleichmeßzahl*, el Estado será un Estado donante (*ausgleichspflichtige Länder*). Y al revés, si la comparación es negativa, será un Estado receptor (*ausgleichberechtigte Länder*).

Los estados cuya ratio sea inferior al 92% tienen derecho a la compensación por el 100% de la diferencia. Los estados cuya ratio se sitúe entre el 92% y el 100% ostentan un derecho de compensación financiera equivalente al 37,5% de esa diferencia. De manera similar, los estados cuya ratio se sitúe entre el 100% y el 101% deben aportar hasta un 15% del exceso. Los estados cuya ratio sea de entre el 102% y el 110% aportan el 66%. Y, finalmente, los estados con más del 110% aportan hasta el 80% del exceso.

El sistema de compensación, como lo hemos intentado simplificar aquí, merece algunos comentarios. En primer lugar, hay que destacar el matiz que supone calcular la capacidad financiera tomando como referencia de la misma lo efectivamente recaudado o la capacidad financiera en abstracto. Si la capacidad financiera es la capacidad abstracta, se evita que los estados puedan aplicar relajadamente la inspección fiscal para atraer actividades a su territorio.⁵⁹ La *Finanzkraftmeßzahl* constituye lo efectivamente recaudado y no el potencial financiero del *Land*. En este sentido es destacable como la reforma constitucional de 2009 incluye medidas de fomento de la eficacia y rendimiento de cada administración a nivel comparativo.

59. Cfr. en este sentido sentencia de 24 de junio de 1986. BverfG 72, 330.

En segundo lugar, no se toma como medida de referencia para calcular las compensaciones la diferencia entre ingresos y gastos, sino la diferencia entre la capacidad financiera y la media nacional. Ello evita que mediante el mecanismo de compensación horizontal se premie a los estados que se embarcan en mayores gastos. Esta patología, de todas formas, aparece igual por efecto de la existencia de las medidas verticales que veremos más adelante. En otras palabras, el *Finanzausgleich* no constituye un mecanismo para compensar a los estados que más gastan (ya sea porque derrochan o porque tienen mayores gastos sociales), sino para igualar horizontalmente las diferencias de partida antes de los gastos.

En tercer lugar, el sistema asume que las necesidades financieras por habitante son iguales en todos los territorios, lo que en principio es cuestionable como medida de convergencia. Los territorios más atrasados pueden tener necesidades de gasto mayores precisamente para compensar sus déficits. Ello correspondería a las leyes de inversión, que son también una cuestión federal (*Solidarpaktfortführungsgesetz* y *Investitionsförderungsgesetz*).

Finalmente, el importe exacto de los pagos del ajuste financiero a los *Länder* fiscalmente débiles depende de la cifra que arroje su capacidad financiera por habitante por debajo de la capacidad financiera media por habitante (inferior a 92 o entre 92 y 100). Se establece un esquema lineal-progresivo que es utilizado para calcular el importe. De modo similar, el importe de las cantidades de ajuste que los *Länder* fiscalmente ricos deben pagar depende de la cantidad por la que su capacidad financiera per capita excede la capacidad fiscal media por habitante (entre 100 y más de 110). Estas regulaciones se diseñan para asegurar que el orden del *ranking* de los *Länder*, en términos de capacidad financiera por habitante, no cambia como resultado de la igualación financiera horizontal, dando lugar al conocido principio de ordinalidad. Igualmente, después de la aplicación del *Finanzausgleich* se establece una especie de garantía de convergencia en el 95% de la media.

El sistema de igualación financiera entre *Länder* reduce las diferencias en los niveles de sus recursos financieros. Si tomamos como ejemplo un Estado fiscalmente débil con una capacidad financiera per capita que se sitúe entre el 70% y el 90% de la media antes de la igualación financiera, una vez que se ha aplicado el sistema de igualación financiera, este aumenta hasta el 91% o el 96% de la media, respectivamente. Por otra parte, un Estado fuerte con el 110% o 120% de la capacidad financiera media por habitante antes de la igualación,

resulta entre el 104% y 106,5% una vez aplicado el mecanismo (*vide* tabla 6 del anexo).

De nuevo es importante destacar, aún a riesgo de reiterarnos, que la compensación no pretende una igualación o uniformidad total. Se mantienen las diferencias aunque estas no son de tal entidad que impidan, de un lado, el cumplimiento de las tareas administrativas básicas, y de otro, que exista una disparidad tal en las condiciones de ejercicio de los derechos ciudadanos que fuera intolerable para una misma sociedad.

3.3. La solidaridad vertical. Los programas de inversiones y ayuda federal

El modelo de relaciones financieras entre territorios en Alemania se cierra con una nueva modalidad de solidaridad vertical como son las aportaciones directas que hace la Federación para las finanzas de los *Länder* más atrasados (*Bundesergänzungszuweisungen*, BEZ en adelante). Se trata de una cláusula de cierre del sistema, en el sentido de ser este último nivel un mecanismo residual. Si después del reparto de impuestos y de la solidaridad horizontal entre estados todavía persisten diferencias tan importantes que frustran el objetivo de una cierta nivelación financiera, se acude a los programas federales. Es, pues, una especie de solidaridad de última instancia en el sistema de financiación.

Existen, de manera muy sintética, dos tipos de programas: los programas de ayuda suplementaria general (*Fehlbetrags*) y los específicos (*Sonderlasten*).

Las *Fehlbetrags* BEZ se otorgan a aquellos estados cuyos índices de capacidad financiera media después de la aplicación de los mecanismos de solidaridad horizontal no alcanzan el 99,5% de la media. En primer lugar, destaca pues el alto grado de convergencia en que se sitúa la elegibilidad de los estados para acceder a estos mecanismos. Se trata prácticamente de igualar a los estados incluso en la pequeña diferencia que supone el 0,5% de la media. Es decir, un primer punto de discusión se halla precisamente en determinar si la pequeña diferencia entre las capacidades financieras debería justificar las transferencias federales. Como recordamos de lo que hemos expresado más arriba, el sistema de financiación territorial alemán no tiene como objetivo una absoluta igualdad y uniformidad entre territorios, sino su razonable igualación o equiparación financiera, de modo que todos los territo-

rios puedan ejecutar sus competencias constitucionales en un marco de relativa igualdad entre ciudadanos. Por ello, puede parecer que la fundamentación de las transferencias federales en la reparación de una mínima divergencia (0,5%) resulte excesiva.

En segundo lugar, los estados tienen autonomía financiera para administrar las cantidades recibidas del *Bund* en concepto de *Fehlbe-trags BEZ*. De este modo, las transferencias por este concepto no son transferencias excepcionales y finalistas, sino estructurales y generalistas. Además, como hemos explicado, la *Investitionsförderungsgesetz* de 2001 procede a consolidar las ayudas de inversión con las más generales transferencias federales complementarias, de manera que no siempre se financian proyectos de desarrollo e inversión (a diferencia de los mecanismos UE).

Las transferencias federales, como inicialmente fueron concebidas, juegan un papel subsidiario y pueden cubrir hasta un 77,5% de la diferencia de capacidad económica. Suponen una cláusula del sistema de solidaridad. Si las transferencias horizontales pueden llegar a cubrir hasta un 95% de convergencia de las capacidades financieras, existe todavía un pequeño margen de déficit en la financiación que puede corregirse con esta "solidaridad de última instancia".

Junto con las anteriores, existen también las *Sonderlasten BEZ*. Se trata igualmente de transferencias federales directas (solidaridad vertical) pero la fundamentación es ligeramente distinta. No se trata ya de compensar un desequilibrio económico estructural, sino determinadas cargas económicas específicas. A pesar de ello (la fundamentación finalista), los *Länder* son responsables de aplicarlas a los usos especiales que justificaron su concesión. Dicho en otras palabras, se pueden conceder fondos federales suplementarios para compensar los llamados costes de dirección política (*politische Führung* o de creación de un sistema democrático de gobierno en sitios donde no existía más que el dirigismo comunista) pero no necesariamente se aplican a esas finalidades. No se trata pues de una subvención finalista que debe justificar el destino.

Su justificación se halla directamente relacionada con los costes de transformación social y económica de la unidad alemana y se recibe por parte de los nuevos *Länder*. En la actualidad, los *Länder* del Este y Berlín reciben estas transferencias federales para necesidades especiales para desarrollar sus infraestructuras, que comparativamente se encuentran infradimensionadas o atrasadas. También para compensar la débil capacidad financiera de sus municipios o asociaciones de municipios. Hoy por hoy, según los datos del *Bundesfinanzministerium*,

estas transferencias alcanzan los 10.000 millones € anuales, como parte del *Solidarpakt II*, en cuanto que instrumento para ajustar las consecuencias de la reunificación. Estas ayudas especiales se reducirán progresivamente hasta su desaparición en el año 2019.

Además, los *Länder* del Este reciben transferencias suplementarias por valor de 1.000 millones € anuales para compensar las cargas que supone su desempleo estructural (*Arbeitslosenhilfe*) y la consecuente financiación de programas sociales (*Sozialhilfe* tipo el programa *Hartz IV*). Mientras escribimos estas páginas en Alemania se discute precisamente el mantenimiento de estas transferencias federales más allá de 2010.

También existen transferencias federales para compensar los costes administrativos de los estados poco poblados (por ejemplo, Mecklemburgo-Pomerania). La justificación es que el coste per cápita de los costes administrativos es mucho más alto en estos *Länder* pobres y despoblados (hasta 517 millones € anuales).

4. Algunos efectos del sistema de igualación

A la luz de lo expuesto hasta ahora, resulta interesante incorporar una reflexión sobre los efectos de las transferencias federales sobre la igualación financiera entre estados. Si comparamos la aplicación gradual de los tres escalones de solidaridad (reparto de impuestos, igualación financiera y transferencias federales), antes y después de la reunificación alemana, resulta el siguiente cuadro:⁶⁰

Tabla 5. Etapas de la igualación financiera y reducción del porcentaje de diferencia

Año	Diferencia inicial	Reparto IVA	Compensaciones horizontales	Transferencias federales
1989	17%	9%	7%	6%
1995	25%	10%	3%	9%

Antes de la reunificación las diferencias iniciales entre *Länder* eran menores. Ello no representa ninguna novedad, puesto que sabemos que la incorporación de los *Länder* de la antigua DDR acentuó notablemente las disparidades económicas entre territorios en

60. Basado en datos de www.desequilibrefiscal.gouv.qc.ca/en/pdf/spahn.pdf (acceso 1 agosto 2010).

la Alemania unida. Dicho esto, resulta que en ambos casos puede apreciarse que el gran efecto igualador se produce en la primera fase de la solidaridad vertical (el reparto de impuestos). En 1989, la igualación reduce la diferencia a la mitad (52%), mientras que en 1995, en 2/5 (40%). Una vez efectuado este primer nivel de reparto, las transferencias horizontales (*Finanzausgleich* propiamente hablando) abaten las diferencias en proporción inversa (más acusadamente para 1995). El esfuerzo de solidaridad horizontal es mayor después de la reunificación que antes, y también sus efectos niveladores. De todas maneras, lo más destacable de estos datos se encuentra en su parte final. Mientras que antes de la reunificación las transferencias federales tenían una importancia claramente residual y menor (tanto por su volumen como por su efecto), después de la reunificación, en 1995, cobran una importancia decisiva. Además de ello, revierten la línea de tendencia de la igualación financiera. En otras palabras, las transferencias federales producto de la reunificación desnivelan de nuevo la diferencia fiscal entre estados.⁶¹

Si mientras que la solidaridad entre territorios relativamente homogéneos (antes de 1990) suponía una aproximación de sus capacidades financieras, la nueva solidaridad producto de la reunificación supone una discriminación positiva a favor de los nuevos *Länder*. No se trata ya de igualar las capacidades financieras, sino de garantizar una cierta homogeneidad de las condiciones de vida a lo largo y ancho del estado federal y ello puede requerir más aportaciones que una simple convergencia. De hecho, 10 años después de la reunificación, la tasa de desempleo era todavía el doble de alta en el Este que en el Oeste y las diferencias de productividad eran todavía muy notables. Y es que las exigencias del modelo de financiación antes y después también son distintas.

61. De manera muy crítica, el Informe de la Oficina Económica y Comercial Española sobre financiación regional en Alemania y en España (2004) establece que: "El sistema de financiación regional no solamente equipara a las regiones pobres y ricas, sino que produce una inversión en toda regla, de tal modo que el gasto público por habitante termina siendo muy superior en las regiones de menor capacidad financiera que en las más fuertes. Se observa, asimismo, que los *Länder* más privilegiados, al menos en el año 2002, han sido los *Länder*-ciudades, debido sin duda al tratamiento especial que reciben. Es evidente que son los nuevos *Länder* los principales perceptores de fondos en términos absolutos. En el año 2002 las cantidades totales recibidas por estos ascienden a más de 29.000 millones € (aprox. 1,5% del PIB alemán). Compárese la contribución neta de Alemania al presupuesto comunitario, que en los últimos años ha oscilado entre 5.000 y 7.000 millones €, unas cinco o seis veces menos" (p. 17).

Como corolario de lo anterior, es destacable cómo el esfuerzo de solidaridad interterritorial horizontal es notable. Sin embargo, el peso de la nueva situación lo soporta el *Bund*, adquiriendo las transferencias federales el primer lugar en orden de importancia cuantitativa. Quien garantiza la convergencia real de las economías de los nuevos estados es principalmente la solidaridad vertical de última instancia, puesto que el modelo horizontal resulta insuficiente. Ello provoca nuevos problemas y discusiones en busca de equilibrio (ineficiencias económicas y tendencia imparable al desequilibrio presupuestario). La situación financiera de emergencia de la ciudad de Berlín puede ilustrar lo problemático de la nueva situación.

Si trasladamos los datos del anexo estadístico, para 2008 (tabla A3), podemos dibujar un cuadro expresivo de la importancia porcentual de los distintos elementos del ingreso en la financiación de los *Länder*:

Tabla 6. Porcentaje de ingreso por cada Land

<i>Land</i>	Impuestos	Participación IVA	Nivelación horizontal	Transferencias federales
(BW) Baden-Wurtemberg	74,1	36,3	-10,5	0
(NI) Baja Sajonia	49,0	43,6	2,9	4,6
(BY) Baviera	73,5	36,0	-9,6	0
(BE) Berlín	28,1	24,0	24,5	23,3
(BB) Brandeburgo	18,0	47,0	7,8	27,1
(HB) Bremen	37,8	22,0	15,9	22,5
(HH) Hamburgo	85,7	27,2	-12,9	0
(HE) Hesse	76,5	36,7	-13,2	0
(MV) Mecklemburgo-Pomerania	14,7	47,6	8,5	29,1
(NW) Renania del Norte -Westfalia	64,0	36,6	-0,6	0
(RP) Renania-Palatinado	56,4	35,8	2,4	5,3
(SL) Sarre	40,9	35,4	4,8	18,8
(SN) Sajonia	15,2	48,8	8,0	28,0
(ST) Sajonia-Anhalt	14,3	48,6	7,7	29,3
(SH) Schleswig-Holstein	56,5	36,8	2,0	4,7
(TH) Turingia	14,6	48,6	8,0	28,7

La tabla elaborada merece algunos comentarios detallados. En primer lugar, cuando se analiza la cuestión del peso porcentual de cada tipo de ingreso en las finanzas de los *Länder* salta a la vista la

profunda disparidad de situaciones que debe afrontar el sistema. De un lado, existen estados con una notable fortaleza económica que se traduce en mayor capacidad fiscal. Para Baden-Wurtemberg, Baviera, Hamburgo y Hesse (los *Geberländer*), $\frac{3}{4}$ partes de su financiación (o incluso más) provienen de la recaudación de impuestos (directos y el 75% de los indirectos). Estos estados aportan a la nivelación horizontal en un doble concepto: por un lado el reparto del 25% del IVA, y por otro, las transferencias horizontales. A estos cuatro estados fuertes los siguen otros tres en una buena situación fiscal, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado y Schleswig-Holstein, con ingresos fiscales superiores al 50% de sus necesidades financieras. Dos de estos tres estados, a pesar de su posición relativamente "cómoda" en el sistema de financiación, son perceptores tanto de transferencias horizontales como de transferencias federales complementarias (este segundo aspecto es más cuestionable aunque las cifras son pequeñas). Baja Sajonia se sitúa en la frontera del 49% de capacidad fiscal propia. Cabe decir, incidentalmente, que la diferencia de capacidad fiscal antes del reparto del IVA que presentan Baja Sajonia (49%) y Schleswig-Holstein (56,5%) no obsta para que presenten porcentajes similares de transferencias federales, pues su participación en el reparto del IVA es muy desigual.

En el otro extremo, podemos situar a los estados que –fiscalmente hablando– son unidades de gobierno fallidas. Brandeburgo, Meclemburgo-Pomerania, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia presentan cifras de ingreso por recaudación de impuesto siempre por debajo del 20% (media entre ellos del 15,5%). Simplemente, la capacidad fiscal de estos territorios es ínfima. Estos cinco estados (más Berlín y Bremen) dependen fundamentalmente en su financiación de las transferencias federales complementarias. De estas cifras se pueden desprender algunas reclamaciones de reforma territorial en Alemania.

Los cinco *Länder* fiscalmente más débiles reciben un primer nivel de solidaridad con su participación en el IVA (casi el 50% de sus ingresos totales). A pesar de ello, el punto de partida es tan dispar que siguen necesitando el resto de mecanismos de solidaridad. Berlín y Bremen comparten una estructura de ingreso similar, repartido, *grosso modo*, en porcentajes parecidos entre ellos. A mayor capacidad fiscal, menor solidaridad horizontal (no así menores transferencias federales o solidaridad vertical).

El impacto de la solidaridad horizontal (característica propia del sistema alemán de financiación territorial) es relativamente menor (con la excepción de Berlín y Bremen, lo que indica el fuerte impacto

de la densidad de población en los resultados del mecanismo). Ello supondría que en la actualidad la financiación territorial del federalismo alemán está fuertemente centralizada. Por otra parte, cabe destacar, y ello enlaza con las reflexiones que hacemos en este epígrafe, el carácter absolutamente relevante de las transferencias federales (tanto las generales como las de necesidades especiales, que se engloban en una única cifra). Excepto para los estados donantes (y para Baja Sajonia, Renania-Palatinado y Schleswig-Holstein), el resto de territorios dependen financieramente de las transferencias. En nada, pues, pueden caracterizarse estos elementos como transferencias complementarias, ayudas suplementarias o subsidiarias. El *Bund* soporta la inviabilidad fiscal de ocho *Länder* con cuantiosas transferencias federales. Cabría aquí, pues, relacionar la jurisprudencia constitucional sobre estos ingresos con la realidad fiscal que arrojan los datos.

Comparativamente, excepto para Berlín y Bremen, los efectos de las dos solidaridades (horizontal y vertical) arrojan un balance claramente favorable para esta última. No son los estados ricos los que se ven afectados por la ruina económica de los territorios pobres, sino el *Bund*. En otras palabras, un sistema de solidaridad horizontal puede funcionar en condiciones de partida relativamente homogéneas (antes de la reunificación). En otro caso, se impone la preeminencia de la instancia central.

Los porcentajes que hemos elaborado no tienen ninguna pretensión de exactitud estadística, pero sí sirven, en cambio, para cuestionar algunas características esenciales del sistema alemán que normalmente se dan por buenas.

Finalmente, también deben analizarse las *Sanierungshilfe*. Como parte de este mecanismo de solidaridad vertical de última instancia han aparecido recientemente las ayudas al saneamiento financiero de determinadas situaciones de emergencia presupuestaria. Las primeras tienen lugar en los casos de Bremen y Sarre en 1994 y 2004. Si los estados incurren en demasiados gastos en ejecución de sus políticas (las comunes y las propias), pueden producirse desequilibrios presupuestarios que en primera instancia se financian con deuda. Si esta situación es estructural, pueden comportar la emergencia presupuestaria (*Haushaltsnotlage*) y en última instancia la quiebra económica y la desaparición de esas entidades políticas. En último episodio se pueden ver en el caso de la capital alemana.

Después de la sentencia del Tribunal constitucional de 19 de octubre de 2006 se establece la necesidad de acreditar que estas ayudas federales al saneamiento son la única salida posible. Es decir, el Estado

debe haber agotado todas las medidas posibles a su alcance para enderezar la situación (lo que incluye recorte del gasto, aumento de los ingresos, planes de ahorro, etc.) y aún así que esté en cuestión el desempeño de las competencias básicas de la unidad política. Se intenta con ello atajar la tendencia a abusar de las transferencias federales complementarias como un mecanismo ordinario de financiación.

Estas situaciones de emergencia presupuestaria pueden explicarse desde el diseño mismo del sistema de financiación (poco margen de participación en la generación del ingreso y casi todo el protagonismo en la asunción del gasto). También, sin embargo, es cierto que las ayudas federales, como mecanismo de última instancia, conducen a la relajación de la disciplina presupuestaria. Los estudios económicos del propio Ministerio de Finanzas alemán demuestran que las transferencias federales complementarias consolidan los déficits presupuestarios de los *Länder* más débiles en vez de contribuir a su reducción y saneamiento. Dicho en otras palabras, si existe siempre la protección de la ayuda federal complementaria, se puede incurrir en gastos excesivos que serán después cubiertos por la declaración de la situación de emergencia presupuestaria. Nadie toma como un escenario posible la quiebra real y la desaparición política de un Estado o de una ciudad-estado.

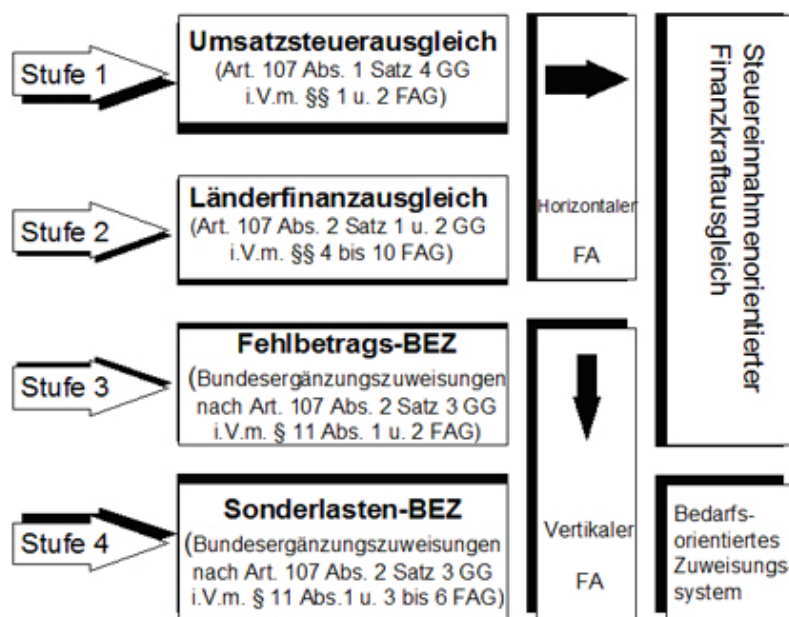
Las reformas de 2006 y 2009 se dirigen –tímidamente– a enderezar esta cuestión (procedimientos de prevención de crisis presupuestaria o mecanismos específicos de insolvencia de entes públicos). No se cuestiona, sin embargo, el mecanismo mismo de las transferencias ni se aumenta la corresponsabilidad fiscal de los *Länder* que incurren en estas situaciones. Incluso cabe mencionar que se crean *ex novo* las *Konsolidierungshilfe*, como nuevo programa de ayudas federales. Efectivamente para poder dar cumplimiento a la limitación del crédito como sistema de financiación (art. 109.3 GG), se establece una dotación económica para los *Länder* más endeudados para poder proceder a consolidar esa deuda (800 millones € anuales hasta 2020). Las *Konsolidierungshilfe* son incompatibles con las *Sanierungshilfe* y deben destinarse única y exclusivamente a la supresión de los déficits financieros. Las aportaciones para este fondo corresponderán a partes iguales tanto al *Bund* como a los *Länder*, detrayéndose de la participación de ambos en el IVA.

En definitiva, las *Bundesergänzungzuweisungen* son criticables en un doble sentido: de una parte, políticamente no está claro que el sistema de solidaridad federal deba alcanzar la igualación hasta prácticamente el 100% de las capacidades financieras. La estructu-

ra económica federal contempla un cierto grado de diversidad que podría eliminarse o subvertirse con estos mecanismos. De otra parte, la aplicación incondicionada de las transferencias federales complementarias empuja a los receptores a situaciones de gasto excesivo y emergencias presupuestarias, pues saben que en última instancia habrá ayudas federales para el saneamiento de sus déficits. Así, una medida excepcional y complementaria se convierte en ordinaria y estructural.

Lo cierto es que la existencia misma de las transferencias federales supone el reconocimiento implícito de las insuficiencias del modelo de reparto de ingresos y de compensación financiera horizontal. También se demuestra la incapacidad del sistema de financiación ordinario de absorber las tremendas desigualdades fruto de la reunificación alemana.

En expresión gráfica, los diferentes niveles de igualación financiera en Alemania pueden representarse del siguiente modo:



Por último, merece la pena analizar la importancia cuantitativa de cada uno de los escalones o niveles de igualación con los que cuenta el sistema. Así, desde el punto de vista de las cantidades totales empleadas en cada uno de ellos (1998), resulta que el primer nivel (*Umsatzsteuerausgleich*) suponía en 1998 17,6 mil millones de marcos.

El segundo nivel (compensación entre estados o *Finanzausgleich*), 13,5 mil millones. Finalmente, las transferencias federales (*Bundesergänzungzuweisungen* en los niveles tercero y cuarto), 25,7 mil millones. O lo que es lo mismo, para 2002, la importancia porcentual de cada mecanismo es del 35% para el primer nivel, del 20% para el segundo y del 45% para las transferencias federales (tercer y cuarto nivel). De manera algo simplificada podríamos efectuar el siguiente razonamiento: si el primer nivel no es compartido entre Federación y estados a partes iguales, sino que afecta solo a la parte estatal del IVA, resulta que el peso de los mecanismos de solidaridad en Alemania se reparte entre un 55% para los estados y solamente un 45% para el *Bund*. El sistema concede una importancia decisiva a la periferia en la garantía de la solidaridad federal, lo que puede verse como una característica propia del modelo alemán. Por el contrario, si consideramos el reparto del IVA como un mecanismo primario de solidaridad vertical, resulta que el peso del centro es del 80%.

A modo de reflexión, cabe indicar también lo siguiente: el reparto vertical primario entre *Bund* y *Länder* debe ser analizado desde el punto de vista de la eficiencia de los costes de cada una de las competencias que ejecuta cada nivel. Dicho en otras palabras, el sistema de separación vertical y asignación de dotación económica para atender a las competencias puede ser que no esté suficientemente equilibrado. Así, si la Federación obtiene la mitad de los ingresos fiscales pero son los estados los que desarrollan la mayoría de las competencias ejecutivas, existirá una sobre-financiación del *Bund* y, correlativamente, una infrafinanciación de los *Länder*. Este tema es especialmente importante en las negociaciones financieras y en las sucesivas reformas. Cabe pues preguntarse: ¿el reparto vertical primario de ingresos responde realmente a las cargas económicas de los cometidos de cada nivel de gobierno? Una forma de paliar el galopante déficit de los *Länder* sería, pues, disminuir los ingresos del *Bund*. Esta tendencia se observa mínimamente a lo largo del tiempo. Lo mismo puede decirse sobre la financiación municipal respecto a las transferencias de los *Länder*. Aunque el discurso tradicional se basa en criticar la desmedida solidaridad horizontal a la que están sujetos los estados, otra línea de investigación puede precisamente explorar la corrección de la asignación al nivel federal.

Así, si incorporamos los datos del Fondo Monetario Internacional para 2006,⁶² resulta que el peso de cada nivel de gobierno en el ingreso y gasto es el siguiente:

Tabla 7. Peso de cada nivel de gobierno en el presupuesto RFA

	<i>Bund</i>	<i>Länder</i>	Municipios
Ingreso	67	22	10
Gasto	61	25	14

De ello se desprende que la Federación recauda más de lo que gasta (sobrefinanciación de 6 puntos), mientras que los *Länder* y municipios presentan la situación contraria (infrafinanciación).

Este elemento es especialmente importante, puesto que el procedimiento legislativo de aprobación de normativa sobre financiación requiere el acuerdo conjunto de Bundestag y Bundesrat. Hasta el momento, y para evitar los bloqueos institucionales que podría suponer ponerse de acuerdo en la cuestión del reparto vertical (reducir la cantidad de recursos que administra el *Bund* y aumentar los de los *Länder* y municipios), la distribución inicial no ha sido cuestionada. Es un hecho, sin embargo, que algunos *Länder* no consiguen satisfacer sus necesidades financieras y por ello la Federación debe acudir a su rescate. Por lo tanto, la solidaridad puede tener dos aspectos: un primero y más obvio es la solidaridad horizontal entre territorios ricos y territorios menos ricos. Otro aspecto, sin duda, es la solidaridad del centro, que no debería administrar más que aquello estrictamente necesario para sus cometidos constitucionales. No solo podría tacharse a los estados de insolidarios en un sistema federal, sino al propio centro, que ocupa demasiados recursos financieros. Yendo incluso más allá, la insolidaridad vertical (sobrefinanciación del centro) agrava más la insolidaridad horizontal, en el sentido de que los estados ya asfixiados económicamente ponen mayores resistencias a las transferencias directas a territorios más desfavorecidos.

62. IMF Government Financial Statistics. Germany. Citado por María Gudín, "Sistemas de financiación territorial: una comparación internacional". Secretaría General de Presupuestos Generales (2007).

Pero esta reflexión se escapa de nuestras pretensiones y necesitaría de un análisis constitucional de coste-eficiencia en el desarrollo de competencias.⁶³

En definitiva, el sistema alemán de compensación financiera entre territorios, con toda su complejidad, puede resumirse en un solo principio constitucional: todos los elementos de gobierno deben responder al mandato de establecer una igualación razonable entre las distintas capacidades financieras de los territorios. Más allá de los cálculos matemáticos y sus fórmulas, resulta claro que la determinación de la "igualación razonable" de los territorios o la garantía de unas "similares condiciones de vida" de los ciudadanos, constituyen conceptos jurídicos indeterminados sujetos a constante valoración constitucional, negociación, pacto y sucesiva reforma. El sistema reconoce una asimetría existente y un deber común de asistir al más débil. A partir de ahí, lo demás se sujeta a un continuo equilibrio de los intereses en juego.

Efectivamente, una concepción demasiado amplia de la solidaridad podría conducir a ineficiencias económicas, a la falta de estímulos competitivos para el crecimiento local o incluso a problemas de dilema moral si la solidaridad alcanza siempre a remediar los excesos presupuestarios de los *Länder* fiscalmente menos capacitados.

Finalmente, es justo reconocer que el sistema alemán de financiación se basa en la capacidad financiera y en los parámetros poblacionales. No se contemplan, como veremos para otros casos, las necesidades de gasto de cada uno de los estados en la ejecución de servicios básicos (excepto en la atención de algunos casos excepcionales, como los costes portuarios). Este sistema alternativo, más propio de la tradición anglosajona, se basa en la definición de los costes de provisión de los servicios públicos. Cada unidad administrativa recibiría según los costes de ejecución (por ejemplo, número de alumnos del sistema educativo, número de causas judiciales o número de pacientes del sistema sanitario). Este sistema resulta más propio de los modelos fiscales donde existe autonomía financiera. En el caso alemán, el grueso de los impuestos proviene del *Bund* y la capacidad fiscal de los estados es más bien reducida. No hay un sistema de clara separación

63. Cfr. Herrero Alcalde, A. y Tránchez Martín, J. M. "El desarrollo y evolución del sistema de financiación autonómica", *Presupuesto y Gasto público* nº 62, 2011; Hierro Recio, L. A. Atienza Montero, P. y Gómez-Álvarez Díaz, R. "La financiación de los gobiernos de nivel intermedio en España y Alemania. Un análisis comparado de la desigualdad y progresividad en la distribución de recursos", *Revista de Estudios Regionales*, nº 86, 2008.

de los gastos (*Entflechtung*), sino una complicada mezcla de relaciones intergubernamentales, tareas comunes y financiaciones mixtas. En definitiva, un método posible de superar las limitaciones y patologías del modelo descrito es conceder mayor capacidad fiscal propia a los estados (*Trennsystem*) en perjuicio de la repartición *a posteriori* que supone la aplicación de los mecanismos de *Finanzausgleich* y, sobre todo, de *Bundesergänzungszuweisungen*. Pero esta es una cuestión que queda sujeta al pacto político más que al análisis legal.

A pesar de que el desarrollo efectuado en las páginas anteriores se limita a la descripción del modelo alemán de financiación entre territorios, no hay ninguna duda de que algunas de las lecciones que se desprenden pueden servir para el análisis comparado⁶⁴ de los problemas y sus soluciones también en nuestro país.⁶⁵

Anexo I

Disposiciones constitucionales⁶⁶

Artículo 104.a

[Distribución de los gastos entre la Federación y los *Länder*]

(1) La Federación y los *Länder* asumen por separado los gastos que resultan del cumplimiento de sus tareas, siempre que la presente Ley Fundamental no disponga otra cosa.

64. Risse, Horst. "Die Stufe II der Föderalismus reform. Welche Lehren bringt uns der internationale Vergleich?", en Baus, R. T., et al., *Föderalismusreform II: Weichenstellungen für eine Neuordnung der Finanzbeziehungen im deutschen Bundesstaat*. Baden-Baden, 2007; Gudín, María. "Sistemas de financiación territorial: una comparación internacional", septiembre 2007. Secretaría General de Presupuestos Generales (www.igae.pap.meh.es); Tejerizo López, J. M. (dir.) "La financiación territorial en los Estados descentralizados: un estudio comparado". IEF. Madrid, 2009.

65. AAVV. "La reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. Perspectivas internacionales". CEPC, Madrid, 2010. Hierro Recio, L. A.; Atienza Montero, P. y Gómez-Álvarez Díaz, R. "La financiación de los gobiernos de nivel intermedio en España y Alemania. Un análisis comparado de la desigualdad y progresividad en la distribución de recursos", *Revista de Estudios Regionales*, nº 86, 2008.

66. El texto que reproducimos corresponde a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 (*Boletín Oficial Federal* 1, pág. 1) (BGBl III 100-1), enmendada por la Ley de 26 de noviembre de 2001 (*Boletín Oficial Federal* 1, pág. 3219). No se incorpora la última modificación constitucional de julio de 2010. Disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (Acceso 15 octubre 2012). Traducción de los profesores Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann.

(2) Cuando los *Länder* actúen por delegación de la Federación, esta asumirá los gastos que de ello resulten.

(3) Las leyes federales que otorguen prestaciones pecuniarias y que sean ejecutadas por los *Länder* pueden disponer que estas prestaciones sean asumidas total o parcialmente por la Federación. Cuando la ley establezca que la Federación debe aportar la mitad o más de los gastos, dicha ley será ejecutada por delegación de la Federación. Cuando la ley determine que una cuarta parte o más de los gastos tienen que ser asumidos por los *Länder*, se requiere la aprobación del Bundesrat.

(4) La Federación podrá otorgar a los *Länder* ayudas financieras para inversiones de importancia especial de los *Länder* y de los municipios (o mancomunidades de municipios) siempre que dichas inversiones sean necesarias para contrarrestar una perturbación del equilibrio global de la economía, para compensar las desigualdades de desarrollo económico existentes dentro del territorio federal o para promover el crecimiento económico. Por ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, o mediante un convenio administrativo en base a la ley federal de presupuesto, se regularán los pormenores, especialmente los tipos de inversiones que se promoverán.

(5) La Federación y los *Länder* asumen los gastos administrativos de sus servicios respectivos y son responsables recíprocamente de una administración ordenada. La regulación se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat.

Artículo 105

[Competencia legislativa]

(1) La Federación posee la competencia legislativa exclusiva sobre los derechos aduaneros y monopolios fiscales.

(2) La Federación posee la competencia legislativa concurrente sobre los demás impuestos cuando los ingresos provenientes de dichos impuestos le correspondan total o parcialmente o se den las condiciones establecidas en el artículo 72, apartado 2.

(2a) Los *Länder* poseen la competencia legislativa en materia de impuestos locales sobre el consumo y el lujo mientras y en tanto que estos impuestos no fueran del mismo tipo que los regulados por ley federal.

(3) Las leyes federales sobre impuestos cuyo producto corresponda total o parcialmente a los *Länder* o a los municipios (o mancomunidades de municipios) requieren la aprobación del Bundesrat.

Artículo 106

[Distribución de los ingresos tributarios]

(1) Corresponde a la Federación el producto de los monopolios fiscales y de los impuestos siguientes:

1. los derechos aduaneros;
2. los impuestos sobre el consumo, siempre que no correspondan a los *Länder* según el apartado 2, a la Federación y a los *Länder* conjuntamente según el apartado 3 o a los municipios según el apartado 6;
3. el impuesto sobre el transporte de mercancías por carretera;
4. el impuesto sobre las transacciones de capital, el impuesto sobre los seguros y el impuesto sobre las letras de cambio;
5. los tributos únicos sobre el patrimonio y los tributos recaudados para la realización de la compensación de cargas;
6. el tributo complementario del impuesto sobre la renta y del impuesto de sociedades;
7. los tributos dentro del marco de las comunidades europeas.

(2) Corresponden a los *Länder* los ingresos provenientes de los siguientes impuestos:

1. el impuesto sobre el patrimonio;⁶⁷
2. el impuesto sobre sucesiones;
3. el impuesto sobre los automotores;
4. los impuestos sobre transacciones siempre que no correspondan a la Federación según el apartado 1 o conjuntamente a la Federación y a los *Länder* según el apartado 3;
5. el impuesto sobre la cerveza;
6. las tasas de las casas de juego.

(3) Los ingresos provenientes de los impuestos sobre la renta, de sociedades y sobre las ventas corresponden conjuntamente a la Federación y a los *Länder* (impuestos comunes), salvo que estén atribuidos a los municipios los ingresos provenientes del impuesto sobre la renta de acuerdo con el apartado 5 y los ingresos provenientes del impuesto sobre las ventas de acuerdo con el apartado 5a. En los ingresos provenientes de los impuestos sobre la renta y de sociedades participan la Federación y los *Länder* a partes iguales. La participación de la Federación y la de los *Länder* en el impuesto sobre las ventas será

67. Suprimido por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1995. *BverfG* 93, 121.

fijada por ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat. Dicha fijación deberá responder a los siguientes principios:

1. Dentro del marco de los ingresos corrientes, la Federación y los *Länder* tienen el mismo derecho a la cobertura de sus respectivos gastos necesarios. A este respecto deberá determinarse la cuantía de dichos gastos teniendo en cuenta una planificación financiera de varios años.

2. Las necesidades de cobertura de la Federación y de los *Länder* deberán ajustarse de tal forma entre sí que se garantice una compensación equitativa, evitando cargas excesivas a los contribuyentes y asegurando la homogeneidad de las condiciones de vida dentro del territorio federal.

Adicionalmente, para la fijación de las participaciones de la Federación y de los *Länder* en el impuesto sobre las ventas se tomará en cuenta la disminución de los ingresos fiscales que resulte para los *Länder*, a partir del 1 de enero de 1996, a raíz de la consideración de los hijos en el derecho del impuesto sobre la renta. La regulación se hará por la ley federal mencionada en la tercera frase.

(4) La participación de la Federación y la de los *Länder* en el impuesto sobre las ventas será objeto de una nueva fijación cuando la proporción entre los ingresos y los gastos de la Federación y de los *Länder* hubiere experimentado un desarrollo sensiblemente diferente; no se considerará aquí la disminución de los ingresos fiscales que, según el párrafo 3, frase 5, es tomada en cuenta para la fijación de las participaciones en el impuesto sobre las ventas. En el caso de que por ley federal se les imponga a los *Länder* gastos adicionales o se los prive de ingresos, esta sobrecarga podrá también ser compensada, mediante ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat, por medio de asignaciones financieras de la Federación, siempre que la sobrecarga en cuestión se limite a un breve período de tiempo. En la ley se determinarán los principios a los que deberá obedecer la fijación de dichas asignaciones, así como su distribución entre los *Länder*.

(5) Los municipios reciben una parte de los ingresos provenientes del impuesto sobre la renta, que los *Länder* deberán hacer llegar a sus municipios sobre la base de los pagos efectuados por sus habitantes en concepto de impuesto sobre la renta. La regulación se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat. Dicha ley podrá autorizar a los municipios para que fijen tipos de recaudación para la participación municipal.

(5a) Los municipios recibirán a partir del 1 de enero de 1998 una parte de los ingresos provenientes del impuesto sobre las ventas.

Esta parte será transferida por los *Länder* a sus municipios en base a un criterio referido a las circunstancias locales y económicas. La regulación se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat.

(6) Los ingresos provenientes del impuesto inmobiliario y del impuesto industrial corresponden a los municipios, los provenientes de los impuestos sobre el consumo y de lujo corresponden a los municipios o, según determinen las legislaciones de los *Länder*, a las mancomunidades de municipios. Deberá otorgarse a los municipios el derecho de fijar los tipos de recaudación de los impuestos inmobiliario e industrial dentro del marco de las leyes. Cuando en un *Land* no existan municipios, le corresponderán a aquel los ingresos provenientes de los impuestos inmobiliario e industrial, así como los provenientes de los impuestos locales sobre el consumo y el lujo. Mediante un reparto podrán participar la Federación y los *Länder* en los ingresos provenientes del impuesto industrial. La regulación del reparto se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat. De acuerdo con las legislaciones de los *Länder*, podrán tomarse como base de estimación para el reparto los impuestos inmobiliario e industrial, así como aquella parte de los ingresos provenientes de los impuestos sobre la renta y sobre las ventas que corresponda a los municipios.

(7) De aquella parte de los ingresos totales provenientes de los impuestos comunes que corresponda a los *Länder*, los municipios y las mancomunidades de municipios en su conjunto recibirán un determinado porcentaje que será fijado por las legislaciones de los *Länder*. Por lo demás, dichas legislaciones determinarán si y en qué proporción los ingresos provenientes de los impuestos de los *Länder* serán asignados a los municipios (o mancomunidades de municipios).

(8) En caso de que la Federación estableciese la creación, en determinados *Länder* o municipios (o mancomunidades de municipios), de instituciones especiales que irroguen directamente a esos *Länder* o municipios (o mancomunidades de municipios) un aumento de gastos o una reducción de sus ingresos (cargas especiales), la Federación acordará la compensación necesaria en la medida en que no pudiera exigirse de los *Länder* o de los municipios (o mancomunidades de municipios) que asuman estas cargas especiales. Al fijarse dicha compensación se tendrán en cuenta las indemnizaciones pagadas por terceros y las ventajas financieras que resulten para esos *Länder* o municipios (o mancomunidades de municipios) como consecuencia de la creación de tales instituciones.

(9) A los efectos del presente artículo se considerarán como ingresos y gastos de los *Länder* también los ingresos y gastos de los municipios (o mancomunidades de municipios).

Artículo 107

[Compensación financiera]

(1) Los ingresos provenientes de los impuestos de los *Länder* y la participación de los *Länder* en los ingresos provenientes del impuesto sobre la renta y de sociedades le corresponden a cada *Land* en tanto dichos impuestos fueren recaudados por las autoridades fiscales en su territorio (ingresos locales). Mediante una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, se dictarán respecto al impuesto de sociedades y de la renta disposiciones más detalladas sobre la delimitación y modalidades del reparto de los ingresos locales. La ley podrá fijar también disposiciones relativas a la delimitación y reparto de los ingresos locales provenientes de otros impuestos. La parte de los ingresos provenientes del impuesto sobre las ventas que corresponde a los *Länder* se repartirá entre los diferentes *Länder* en proporción al número de sus respectivos habitantes; para una parte no superior en un cuarto a esa participación de los *Länder*, podrán preverse, mediante ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat, participaciones complementarias para aquellos *Länder* cuyos ingresos provenientes de los impuestos de los *Länder* y del impuesto sobre la renta y de sociedades sean por habitante inferiores al promedio de todos los *Länder*.

(2) Se garantizará mediante ley que quede debidamente compensada la desigual capacidad financiera de los *Länder*; a tal fin se tendrán en cuenta la capacidad y las necesidades financieras de los municipios (o mancomunidades de municipios). En la ley se determinarán las condiciones para los derechos de compensación de los *Länder* con derecho a ella y para los deberes de compensación de los *Länder* obligados a hacerla efectiva, así como los criterios para la fijación de la cuantía de las prestaciones de compensación. Dicha ley podrá determinar asimismo que la Federación conceda de sus propios recursos asignaciones a los *Länder* de capacidad reducida para cubrir a título complementario sus necesidades financieras generales (asignaciones complementarias).

Anexo II

Datos estadísticos

Tabla A1. Características básicas de los *Länder* alemanes 2005 (www.destatis.de)

	Población x 1.000	Superficie (km ²)	Densidad	Nº muni- cipios	PIB x cápita	Índice
(BW) Baden-Wurtemberg	10718	35741	299,87	1111	30857	113,52
(NI) Baja Sajonia	8002	47619	168,04	1206	23545	86,62
(BY) Baviera	12464	70549	176,67	2056	32390	119,16
(BE) Berlín	3399	891	3811,31	1	23419	86,16
(BB) Brandeburgo	2551	29478	86,54	886	18836	69,30
(BH) Bremen	663	404	1640,16	2	36908	135,79
(HH) Hamburgo	1744	755	2309,20	1	45849	168,68
(HE) Hesse	6097	21114	288,75	426	32432	119,32
(MV) Mecklemburgo- Pomerania	1709	23178	73,73	979	18309	67,36
(NW) Renania del Norte-Westfalia	18075	34084	530,31	396	27058	99,55
(RP) Renania-Palatinado	4059	19853	204,45	2306	24011	88,34
(SL) Sarre	1056	2568	411,10	52	26004	95,67
(SN) Sajonia	4300	18414	233,51	535	19956	73,42
(ST) Sajonia-Anhalt	2580	20445	126,19	1235	18651	68,62
(SH) Schleswig-Holstein	2823	15763	179,09	1129	24431	89,88
(TH) Turingia	2373	16171	146,74	1007	18824	69,26

Tabla A2. Evolución del porcentaje del PIB según Land (www.destatis.de)

1=Jahr. – 2=Baden-Württemberg. – 3=Bayern. – 4=Brandenburg. – 5=Hessen.

6=Mecklenburg-Vorpommern. – 7=Niedersachsen. – 8=Nordrhein-Westfalen.

9=Rheinland-Pfalz. – 10=Saarland. – 11=Sachsen. – 12=Sachsen-Anhalt. – 13=Schleswig-Holstein.

14=Thüringen. – 15=Berlin, Bremen, Hamburg. – 16=Deutschland.

Produktionswert der Landwirtschaft - in jeweiligen Preisen - in Deutschland 1991 bis 2008 nach Bundesländern															
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
Anteil an Deutschland in%															
*) Bewertet zu Erzeugerpreisen.															
91	9,8	22,5	4,5	4,2	4,7	18,4	12,5	4,7	0,3	3,9	3,9	7,0	3,2	0,5	100
92	10,4	22,9	3,9	4,3	3,9	18,4	13,1	4,7	0,3	4,0	3,5	6,8	3,4	0,5	100
93	9,8	22,0	4,6	4,0	4,5	18,5	12,5	4,5	0,3	4,5	3,9	7,0	3,4	0,5	100
94	9,9	22,2	4,2	4,0	4,0	18,9	12,5	5,0	0,3	4,2	4,0	7,0	3,3	0,5	100
95	9,4	21,4	4,5	3,9	4,4	19,1	12,6	5,0	0,3	4,5	4,0	7,0	3,3	0,4	100
96	9,9	21,4	4,5	4,1	4,0	18,8	13,1	5,2	0,3	4,2	3,9	6,9	3,2	0,5	100
97	9,5	20,9	4,4	3,9	4,7	18,9	13,0	5,2	0,3	4,5	3,9	6,9	3,3	0,5	100
98	9,9	21,4	4,5	3,9	4,8	18,4	12,4	5,1	0,3	4,6	4,1	6,8	3,3	0,4	100
99	9,7	20,7	4,5	3,9	4,6	19,2	12,9	4,9	0,3	4,4	4,3	6,8	3,3	0,4	100
00	9,8	21,0	4,3	3,9	4,5	19,3	13,0	5,0	0,3	4,4	4,1	6,8	3,2	0,4	100
01	9,3	20,2	4,6	3,8	4,6	20,2	13,3	4,8	0,3	4,5	4,1	6,7	3,3	0,4	100
02	9,9	20,9	4,5	3,8	4,4	19,4	13,1	5,2	0,3	4,5	3,9	6,5	3,1	0,5	100
03	9,5	20,5	4,1	3,8	4,5	19,9	13,7	5,3	0,3	4,3	3,9	6,7	3,0	0,4	100
04	9,3	20,5	4,5	3,7	4,6	19,8	13,4	5,1	0,3	4,6	4,2	6,3	3,2	0,5	100
05	9,3	19,9	4,7	3,6	4,6	20,1	13,7	5,2	0,3	4,5	4,0	6,4	3,2	0,5	100
06	9,3	20,3	4,4	3,8	4,5	20,2	13,7	5,2	0,3	4,3	3,9	6,5	3,2	0,5	100
07	8,9	20,4	4,6	3,8	4,8	20,1	12,9	5,0	0,3	4,7	4,3	6,6	3,4	0,4	100
08	8,6	19,5	4,7	3,8	5,0	20,6	13,4	4,9	0,3	4,6	4,5	6,6	3,3	0,4	100

Tabla A3. Distribución de ingresos no financieros (mill. €) (2004)
(Hierro Recio *et al.*, 2008)

1=Total impuesto. – 2=Participación IVA. – 3=Nivelación. – 4=Transf. federales.

5=Total transf. – 6=% sobre total. – 7=Total financiación.

	1	2	3	4	5	6	7
(BW) Baden-Wurtemberg	15127,1	7425	-2148	0	5277		20404,1
(NI) Baja Sajonia	7336,1	6488	444	692	7624		14960,1
(BY) Baviera	17577,7	8617	-2303	0	6314		23891,7
(BE) Berlín	3085,1	2637	2692	2564	7893		10978,1
(BB) Brandeburgo	1212,2	3172	527	1832	5531		6743,2
(BH) Bremen	789,3	459	331	469	1259		2048,3
(HH) Hamburgo	3782,8	1204	-571	0	633		4415,8
(HE) Hesse	8790,1	4222	-1516	0	2706		11496,1
(MV) Mecklemburgo-Pomerania	691,2	2234	399	1367	4000		4691,2
(NW) Renania del Norte-Westfalia	21877,6	12530	-213	0	12317		34194,6
(RP) Renania-Palatinado	4432	2814	189	419	3422		7854
(SL) Sarre	964,3	836	114	443	1393		2357,3
(SN) Sajonia	1734,6	5559	917	3181	9657		11391,6
(ST) Sajonia-Anhalt	970,8	3298	525	1994	5817		6787,8
(SH) Schleswig-Holstein	3005,2	1959	103	249	2311		5316,2
(TH) Turingia	928,1	3094	511	1828	5433		6361,1
TOTALES	92304,2	66548	1,0	15038	81587		173891,2

Tabla A4. Resultados de la aplicación del sistema de Finanzausgleich para el año 2009 (www.bmf.de)

Anlage 1
Seite 3

Der Finanzausgleich unter den Ländern für die Zeit vom 01.01.2009 - 31.12.2009
(in 1000 Euro) ¹⁾

BMFV A 4

	NW	BY	BW	NI	HE	SN	RP	ST	SH	TH	BB	MV	SL	BE	HH	HB	Insgesamt
15. Ausgleichszuweisungen/ Ausgleichsbeträge (-)																	
15.1 Finanzdienstleistungen der Landesverwaltungen nach § 7 FAG	39.236.173	31.247.082	24.863.473	17.654.966	15.083.273	8.698.846	8.492.299	4.928.406	6.020.595	4.697.875	5.237.508	3.440.951	2.154.621	7.207.881	5.090.144	1.401.705	185.453.798
15.2 Messzahl zum Ausgleich der Landesverwaltungen nach § 7 FAG § 9 Abs. 2 FAG in v.H.	39.543.725	27.618.380	20.752.706	17.558.868	13.391.582	9.231.975	8.881.608	5.232.258	6.254.518	4.898.075	5.558.612	3.661.417	2.266.408	10.238.350	5.304.984	1.969.844	185.453.798
15.3 Finanzdienstleistungen der Landesverwaltungen nach § 8 FAG § 9 Abs. 2 FAG in v.H.	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
15.4 Finanzdienstleistungen der Landesverwaltungen nach § 8 FAG § 9 Abs. 2 FAG in v.H.	10.145.039	8.230.522	7.200.829	3.966.147	4.436.673	1.345.238	2.014.827	791.852	1.438.769	721.627	917.784	460.185	488.648	1.415.733	1.618.072	421.042	45.622.987
15.5 Finanzdienstleistungen der Landesverwaltungen nach § 8 FAG § 9 Abs. 3 FAG in v.H.	9.704.262	6.777.708	5.829.053	4.309.049	3.286.373	2.265.581	2.179.599	1.309.707	1.534.895	1.224.103	1.405.292	943.460	566.190	2.512.551	1.301.874	483.289	45.622.987
15.6 Finanzdienstleistungen der Landesverwaltungen nach § 8 FAG § 9 Abs. 3 FAG in v.H.	49.391.103	39.477.069	30.064.702	21.621.174	19.519.949	10.045.062	10.607.120	5.720.102	7.459.359	5.418.952	6.155.811	3.991.156	2.653.899	9.523.914	6.708.519	1.922.704	231.076.776
15.7 Finanzdienstleistungen der Landesverwaltungen nach § 8 FAG § 9 Abs. 3 FAG in v.H.	49.247.869	34.366.089	25.981.759	21.867.917	18.677.954	11.497.569	11.081.207	6.541.369	7.788.413	6.212.179	6.964.904	4.904.976	3.222.589	12.736.801	6.686.659	2.452.633	231.076.776
15.8 Überschussfortführungen (-)	100,27	114,77	108,39	98,87	117,04	87,34	94,99	87,44	95,76	87,24	86,38	84,72	94,00	67,63	101,53	74,32	10.640.652
15.9 Ausgleichszuweisungen (-)	133,224	5.081,536	2.482,542	-246,803	2.841,992	-1.455,472	-554,081	-821,707	-330,059	-792,676	-809,613	-703,740	-169,328	-4.127,287	101,357	-629,885	6.906.722
15.10 Überschussfortführungen (-)	-59,288	-3,284,043	-1,469,688	0	-1,969,958	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-47,485	0	-6.730,461
15.11 Ausgleichsbeträge (102,62 v.H. der Ausgleichszuweisungen) in v.H. d. Überschüsse	-60,841	-3,370,047	-1,508,177	0	-1,918,929	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-48,728	0	-6.906,722
15.12 Ausgleichsbeträge (102,62 v.H. der Ausgleichszuweisungen) in v.H. d. Überschüsse	45,617	66,32	60,75	0,00	67,52	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	48,08	0,00	0
15.13 Finanzierung der ausgleichenden Beträge	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
15.14 Finanzierung der Zuweisung - durch Einhebung der Beiträge - durch Einhebung der Beiträge	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
15.15 Ausgleichszuweisungen/ Ausgleichsbeträge (-)	-60.841	-3.370.047	-1.508.177	-113.766	-1.918.929	921.283	295.341	-519.553	171.199	-502.306	506.213	456.788	93.369	2.893.363	-48.728	433.540	± 6.906.722

¹⁾ Abweichungen in den Summen durch Runden der Zahlen.

²⁾ Gesamtkommen in den Umsatzziffer 176.601.300.506,29 Euro, davon von den Ländern vereinheitsm. Umsatzziffer 141.907.257.165,52 Euro, Entnahmsatzsteuer 35.094.044.342,76 Euro.

Tabla A5. Porcentajes de igualación financiera e impacto por habitante (www.bmf.de)

	BE	BW	BY	BB	HB	HH	HE	MV	NI	NW	RP	SL	SN	ST	SH	TH	
Porcentaje de transferencia (estados donantes y estados receptores respectivamente) año 2008*																	
Geber	-	30,3%	35,3%	-	-	4,5%	29,9%	-	-	-	-	-	-	-	-	-	100%
Nehmer	37,9%	-	-	7,5%	6,1%	-	-	6,5%	3,9%	0,6%	4,5%	1,4%	14,1%	7,6%	2,1%	7,7%	99,9%
Transferencia per cápita (en eur)																	
2006	796,8	-191,5	-167,7	239,4	627,5	-356,4	-397,8	279,3	29,9	-7,2	85,3	110,1	252,9	240,2	43,6	265,4	
2007	851,6	-215,4	-184,8	265,4	710,5	-208,7	-475,2	303,9	39,8	-2,0	84,6	120,1	275,1	258,2	48,0	280,1	
2008	921,0	-234,37	-234,6	247,7	765,5	-212,1	-410,0	325,6	40,5	2,78	93,23	112,89	278,18	263,72	62,91	282,39	

Tabla 6. El sistema federal de igualación financiera (www.bmf.de)

Capacidad financiera por habitantes ANTES de la aplicación del sistema de igualación financiera en % de la media	Capacidad financiera por habitantes DESPUÉS de la aplicación del sistema de igualación financiera en % de la media	Capacidad financiera por habitante después de la aplicación del sistema de igualación financiera y de las inversiones suplementarias federales en % de la media
70	91	97,5
80	93,5	98
90	96	98,5
100	100	
110	104	
120	106,5	
130	109	

Nota: las cifras se refieren no a territorios concretos sino a un cálculo abstracto de cómo impactan los distintos mecanismos existentes sobre una hipótesis de capacidad financiera de partida.

RESUMEN

El artículo describe las relaciones financieras en la República Federal de Alemania entre la Federación y los estados federados (Länder), con sus diferentes reformas y vicisitudes hasta el modelo actual. Existen varios mecanismos de igualación económica entre niveles de gobierno (solidaridad vertical y solidaridad horizontal). El sistema se caracteriza por una reducción de las diferencias de capacidad fiscal con sujeción al principio de ordinalidad, donde los estados con más potencial económico siguen manteniendo la posición de partida una vez efectuadas las transferencias. Con ello se evita desposeer al más rico de su potencial generador de riqueza a la vez que se disciplina el presupuesto de los Länder más pobres.

Palabras clave: financiación de entes subestatales; solidaridad federal; mecanismos de transferencia intergubernamental; federalismo fiscal; igualación financiera.

RESUM

L'article descriu les relacions financeres a la República Federal d'Alemanya entre la Federació i els estats federats (Länder), amb les seves diferents reformes i vicissituds fins al model actual. Existeixen diversos mecanismes d'igualació econòmica entre nivells de govern (solidaritat vertical i solidaritat horitzontal). El sistema es caracteritza per una reducció de les diferències de capacitat fiscal amb subjecció al principi d'ordinalitat, on els estats amb més potencial econòmic segueixen mantenint la posició de partida una cop efectuades les transferències. Amb això s'evita desposseir el més ric del seu potencial generador de riquesa alhora que es disciplina el pressupost dels Länder més pobres.

Paraules clau: finançament d'ens subestatales; solidaritat federal; mecanismes de transferència intergovernamental; federalisme fiscal; igualació financera.

ABSTRACT

The article describes the evolution of the financial relations between the Federation and states (Länder) in the Federal Republic of Germany. There are

several mechanisms of economic equalisation between levels of government (vertical and horizontal solidarity). One of the characteristics of the system is its effects on the reduction of fiscal capacity disparities, which are subject to the limits imposed by the ordinality principle. According to this, the Länder with higher economic performance maintain their initial position once transfers have been executed. This mechanism tries to avoid ousting the richest from its potential generation of wealth and, at the same time, it contributes to keeping the budget expenses of the poorest Länder under control.

Keywords: financing sub-state governments; federal solidarity; mechanisms of intergovernmental transfers; fiscal federalism; economic equalisation.

LA AUTONOMÍA EN FINLANDIA: LA AUTONOMÍA TERRITORIAL DE LAS ISLAS ÅLAND Y LA AUTONOMÍA CULTURAL DEL PUEBLO INDÍGENA SAAMI

Lauri Hannikainen

Profesor emérito de Derecho Internacional, Universidad de Helsinki

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Åland. – 2.1. La evolución histórica del Estatuto de autonomía de Åland. – 2.2. ¿Qué debe proporcionar la autonomía territorial a los ålandeses? – 2.3. Aspectos especialmente relevantes de la autonomía de Åland. – (1) El Estatuto de autonomía de Åland en el sistema jurídico finés. – (2) Órganos relevantes. – (3) Distribución de competencias. – (4) Control estatal de las nuevas leyes de Åland y solución de conflictos de competencias. – (5) Cooperación entre Åland y las instituciones del Estado central. – (6) Åland y los impuestos. – (7) Åland y los asuntos internacionales. – (8) El derecho de vecindad. – (9) El predominio del idioma sueco. – 2.4. Observaciones conclusivas. – 3. Los saami. – 3.1. El Parlamento saami, sus competencias y funciones. – 3.2. El estatuto de la lengua saami. – 3.3. El problema de los derechos sobre la tierra. – 3.4. Observaciones conclusivas. – 4. Propuesta de un sistema de supervisión internacional de fórmulas autonómicas. – *Resumen – Resum – Abstract.*

Artículo recibido el 02/04/12; aceptado el 11/06/12.

(N. del T.) El artículo original, titulado "Autonomy in Finland: The Territorial Autonomy of the Åland Islands and the Cultural Autonomy of the Indigenous Saami People", se publicó en el *Baltic Yearbook of International Law*, vol 2 (2002), p. 175-197. El autor lo ha sometido a una profunda revisión y actualización para su traducción española de 2012. Traducción de Carlos Ruiz Miguel.

1. Introducción

Este artículo trata acerca de dos fórmulas especiales de autonomía para la protección de las minorías en Finlandia; una que ha funcionado bien, esto es, la autonomía territorial de Åland,¹ y otra que, pese a sus deficiencias, puede llevar con su futuro desarrollo a una fórmula estable de autonomía, esto es, la autonomía cultural saami. Como muchos otros países, Finlandia tiene un sistema de autonomía municipal. Sin embargo, este trabajo no trata sobre los sistemas de autonomía generales para el país, sino sobre fórmulas de autonomía especiales.

Hay varias razones a favor de la estabilidad de una fórmula de autonomía, que pueden ser de tipo político, económico, geográfico y legal. Muchas razones pueden ser características solo de una determinada fórmula de autonomía, pero otras tienen un carácter más "objetivo" y pueden ser de ayuda al establecer nuevas fórmulas de autonomía. La autonomía "olandesa" es una mezcla de factores "subjetivos" y "objetivos" y no debería, en conjunto, ser tomada como modelo sino solo como un ejemplo que vale la pena. Tampoco la autonomía de saami debería ser ofrecida como modelo, pues sus objetivos son muy modestos. Este artículo trata de identificar las características objetivas y positivas de las dos fórmulas de autonomías finesas: ¿pueden servir de modelo en todo o en parte?

Al final de este artículo se plantea la cuestión de cómo la comunidad internacional puede contribuir a la estabilidad y al éxito de fórmulas autonómicas existentes y recientemente creadas. Fórmulas especiales de autonomía son, a menudo, el resultado del arreglo de una disputa o conflicto; su estabilidad y éxito puede ser mejorado con el apoyo de organizaciones internacionales. Es sorprendente que la comunidad internacional haya sido bastante inactiva en este asunto.

2. Åland

2.1. La evolución histórica del Estatuto de autonomía de Åland

El archipiélago de las islas Åland se halla al norte del mar Báltico, a la entrada del golfo de Botnia entre Finlandia y Suecia. Un 95% de su población de 26.000 personas es sueco-hablante. La minoría fino-parlante es de un 4%.

Finlandia y Åland fueron parte de Suecia hasta 1809, momento en que Rusia las incorporó bajo su soberanía. Åland se convirtió en parte del Gran Ducado autónomo de Finlandia bajo los zares rusos. Después de que Finlandia se separara de Rusia a finales de 1917, se suscitó la cuestión de cuál sería el destino de Åland. Se produjo una disputa entre Suecia y la recién independizada Finlandia acerca del estatus de esas islas. Los ålandeses dejaron claro que querían que su región fuera parte de Suecia. Los dos estados acordaron someter su disputa al Consejo de la Sociedad de Naciones (SdN). El Consejo, en 1921, reconoció la soberanía de Finlandia sobre Åland y dejó de lado las pretensiones ålandesas y suecas sobre la libre determinación, favoreciendo la autonomía territorial. Anticipándose al criterio del Consejo, en 1920 Finlandia ya había aprobado una ley de autonomía, la Ley de Autonomía de Åland.

Con la coordinación del Consejo de la SdN, se llegó a un acuerdo entre Finlandia y Suecia sobre la fórmula de la autonomía territorial de Åland. Ciertas garantías fueron acordadas para asegurar la autonomía y Finlandia incorporó tales garantías a su ordenamiento interno en la Ley de Garantías para Åland en 1922. La lengua sueca fue declarada la única lengua oficial de Åland. El Consejo de la SdN se convirtió en el supervisor internacional de las garantías proporcionadas por Finlandia.

De esta forma, la fórmula de autonomía se impuso a los ålandeses. No fue un modelo bienvenido, pero el Consejo buscó establecer un sistema que fuera satisfactorio para los dos Estados afectados.

Con la disolución de la Sociedad de Naciones en 1946, se desvaneció el sistema de supervisión internacional porque las Naciones Unidas no sucedieron a la SdN como supervisor del sistema de protección de minorías de la SdN, que colapsó. Finlandia, sin embargo, mantuvo la autonomía de Åland e incluso la mejoró aprobando la Ley de Autonomía ålandesa de 1951, y posteriormente, una tercera Ley de Autonomía en 1991.

En una fecha tan temprana como 1856, el archipiélago de Åland ya fue desmilitarizado. Después de la Primera Guerra Mundial, el Convenio de 1921 sobre Desmilitarización y Neutralización de las islas Åland fue concertado entre diez Estados interesados. El Convenio aún continúa en vigor: Åland sigue siendo neutral y estando desmilitarizada.

Finlandia se convirtió en Estado miembro de la Unión Europea en 1995. Åland decidió sumarse a la membresía de Finlandia.

2.2. ¿Qué debe proporcionar la autonomía territorial a los ålandeses?

La autonomía de Åland debe proporcionar a los ålandeses una autodeterminación interna sustantiva, esto es, decidir sus propios asuntos internos. Debería incluir el derecho de la población sueco-parlante para preservar y desarrollar su propia cultura e idioma. Para Åland, el actual sistema debe proporcionar garantías para la preservación del carácter sueco-ålandés de las islas. Igualmente, el alcance de los poderes decisorios de Åland se ha demostrado que han acreditado esa "sustantividad", que se ha ido ensanchando en el curso de estos ochenta años de autonomía ålandesa.

Como las demás autonomías territoriales en general, la autonomía de Åland no es una autonomía de un grupo étnico. Sin embargo, desde el momento en que la población sueco-parlante forma la inmensa mayoría de la región, el sistema autonómico sirve fundamentalmente a sus intereses.

2.3. Aspectos especialmente relevantes de la autonomía de Åland

Este epígrafe comienza (1) examinando el Estatuto de autonomía de Åland en el sistema legal finlandés. Continúa después con un subepígrafe (2) sobre los órganos relevantes ålandeses y un subepígrafe (3) sobre la distribución de competencias entre Åland y el Estado. Esta sección continúa con un subepígrafe (4) sobre el control estatal de las leyes ålandesas y el arreglo de conflictos entre el Estado y Åland. Estos cuatro subepígrafes, en consecuencia, tratan sobre la salvaguardia de los derechos de autonomía de Åland en el sistema de Finlandia. El siguiente subepígrafe (5) trata sobre la cooperación entre Åland y los

órganos del Estado central. Hay también dos breves subepígrafes sobre las relaciones internacionales de Åland (7) y sobre la posición de Åland en materia de tributos (6). El siguiente subepígrafe (8) trata sobre las garantías para la preservación del carácter sueco-ålandés del territorio, esto es, sobre el derecho a la vecindad (“ciudadanía regional”). Este derecho a la vecindad contiene elementos que tienen importantes consecuencias para proteger el carácter sueco-ålandés del territorio. Aún más importante es el sistema que asegura el carácter monolingüe sueco-parlante de la sociedad ålandesa. Este sistema monolingüe se describe en el subepígrafe (9), pero este autor quiere subrayar que esto no constituye un modelo para otras autonomías sino que lo incluye en esta contribución para ofrecer una visión suficientemente comprensiva de la autonomía ålandesa. Esta parte finaliza con una observación conclusiva (10).

(1) *El Estatuto de autonomía de Åland en el sistema jurídico finés*

Como entidad soberana, el Estado tiene la última palabra en sus relaciones con las entidades autónomas. Por eso, resulta de la mayor relevancia para una entidad autónoma que su régimen jurídico esté codificado en detalle en instrumentos legales y en que haya un sistema equitativo para el arreglo de las disputas entre el Estado y la entidad autónoma. En este sentido, la autonomía ålandesa puede ofrecer un modelo valioso y no solo un ejemplo interesante.

La Constitución de Finlandia de 1999 (Ley nº 731/1999; Sección 120) estipula brevemente que las islas Åland tienen autonomía de acuerdo con lo que está específicamente establecido en la Ley de Autonomía de Åland.² La Ley de Autonomía tiene un rango excepcionalmente elevado, aunque no se considera una “ley constitucional”. La Ley de Autonomía proporciona determinadas competencias legislativas y administrativas a los órganos rectores de la región de Åland. La ley contiene, entre otras cosas, disposiciones básicas sobre

2. La Ley de Autonomía nº 1144/1991 fue adoptada el 16 de agosto de 1991. Entró en vigor a comienzos de 1993. El texto, en lenguas finesa y sueca, puede encontrarse en el Boletín Oficial de Finlandia (*Suomen säädöskokoelma / Finlands författningsamling*). Una versión inglesa puede consultarse en L. Hannikainen & F. Horn (eds.) *Autonomy and Demilitarisation in International Law: The Åland Islands in a Changing Europe* (Kluwer Law International, 1997), Anexo 3. Los otros anexos del libro contienen otros documentos relevantes sobre Åland.

la división de poderes entre el Estado y Åland y sobre la resolución de conflictos, las relaciones económicas entre ambos, la organización de los cuerpos administrativos y legislativos, y los derechos de los que poseen el derecho de vecindad, esto es, una especie de "ciudadanía" regional.

La Ley de Autonomía puede ser reformada o derogada solo mediante decisiones convergentes del Parlamento de Finlandia y de la Asamblea Legislativa de Åland. En el Parlamento de Finlandia la decisión debe adoptarse por una mayoría cualificada, que es la misma prevista para aprobar las reformas constitucionales. En la Asamblea Legislativa regional la decisión debe adoptarse por una mayoría de al menos dos tercios de los votos. En consecuencia, la protección legal de la autonomía es extraordinariamente fuerte. Los derechos otorgados a Åland no pueden ser retirados sin consentimiento de una mayoría cualificada de la Asamblea Legislativa regional. El único modo en el sistema legal finlandés de cambiar el estatus de Åland contra la voluntad de los ålandeses es derogar la actual Constitución aprobando una nueva Constitución.

(2) Órganos relevantes

La **Asamblea Legislativa** representa al pueblo de Åland en asuntos relativos a la autonomía. La Asamblea tiene competencia para aprobar legislación y para aprobar el presupuesto anual. Los miembros (30) de la Asamblea Legislativa son elegidos en Åland en una elección regional, que se basa en los mismos principios establecidos para las elecciones parlamentarias nacionales de Finlandia. El sufragio activo y pasivo para la elección de la Asamblea Legislativa se basa en el derecho de vecindad, no en motivos étnicos o lingüísticos. La Asamblea Legislativa tiene competencias relativamente amplias, pero de entre las fórmulas de autonomía existentes en el mundo la autonomía ålandesa no es de las más amplias.

El **Gobierno ålandés** se forma de acuerdo con los principios democráticos y debe disfrutar de la confianza de la Asamblea Legislativa. La Administración de Åland está dirigida por el Gobierno y los órganos y funcionarios se subordinan al mismo. Mediante autorización de una ley de la Asamblea Legislativa, el Gobierno puede dictar decretos de Åland sobre la organización y actividades de la administración ålandesa, sobre la ejecución de las leyes o sobre materias que se hallen dentro de las competencias de Åland.

La representación oficial del Estado en Åland, **el gobernador de Åland**, debe ser nombrado por el presidente de Finlandia en cooperación con la Asamblea Legislativa. El presidente puede hacer ese nombramiento una vez que haya llegado a un acuerdo con el presidente de la Asamblea. Si no se alcanza un acuerdo, el presidente puede nombrar al gobernador de entre una lista de cinco candidatos propuestos por la Asamblea. Es significativo que el Estado no tenga la competencia exclusiva para nombrar a su representante oficial en Åland, pero Åland tiene un papel significativo en la selección del gobernador.

La **Delegación ålandesa** es un órgano conjunto del Estado y de Åland que tiene encomendada la tarea de solucionar y decidir determinados asuntos entre el Estado y Åland. Ambos, el gobierno de Finlandia y la Asamblea Legislativa de Åland, deben elegir a dos personas cada uno como miembros de esa Delegación. Su presidente es el gobernador de Åland u otra persona acordada entre el presidente finlandés y el presidente de la Asamblea Legislativa. La Delegación ålandesa, entre otras tareas, emite opiniones para el Gobierno nacional, sus ministerios, el Gobierno de Åland y los tribunales. La idea es que la Delegación solucione los conflictos potenciales entre el Estado y las autoridades ålandesas. Para que la Delegación pueda operar adecuadamente, tanto los miembros designados por el Estado como los que representan a Åland deben tener una actitud cooperativa.

(3) Distribución de competencias

Uno de los elementos centrales de la autonomía de Åland es su potestad legislativa sobre ciertas materias. El sistema sigue el principio de enumeración: la Ley de Autonomía contiene, por un lado, una lista con las materias que son de competencia de Åland (Artículo 18) y, por otro, otra lista con las competencias del Estado (Artículo 28). Ambas listas son largas y muy detalladas.

Entre las materias que corresponden a la competencia legislativa de Åland según la Ley de Autonomía se encuentran estas:

- la organización y deberes de la Asamblea Legislativa;
- la bandera y el escudo de armas de Åland;
- la administración municipal;
- impuestos municipales, recargos sobre el impuesto de la renta y el impuesto sobre rentas extraordinarias;

- orden público y seguridad, servicio de bomberos y de protección civil;
- construcción y ordenación urbana;
- posesión y regulación de rentas, arrendamiento de tierras;
- protección de la naturaleza y del medio ambiente;
- protección de edificios y artefactos de valor cultural e histórico;
- servicio médico y sanitario, seguridad social;
- educación, cultura, deporte y trabajo juvenil; servicios de bibliotecas y museos;
- granjas y bosques, caza y pesca;
- servicio postal y derechos de radiodifusión por radio o cable en Åland;
- carreteras y canales, tráfico rodado, galerías comerciales;
- comercio (sometido a ciertas excepciones).

Esta lista está seguida de una cláusula general de acuerdo con la cual Åland tiene competencia legislativa en "otras materias consideradas dentro de la potestad legislativa de Åland de acuerdo con los principios subyacentes a esta ley". En otras palabras, el legislador se ha dado cuenta de que es imposible realizar un catálogo completo y anticiparse a todos los casos futuros.

De acuerdo con la lista antes citada, Åland tiene solo competencias limitadas para establecer impuestos y el poder judicial no recae dentro de la autonomía ålandesa. Por otro lado, la protección de la naturaleza y del medio ambiente, así como la radiodifusión, sí recaen dentro de la autonomía.

Entre las materias que son competencia legislativa del Estado, de acuerdo con la Ley de Autonomía, se hallan:

- la aprobación, enmienda y derogación de leyes constitucionales, así como excepciones a las leyes constitucionales;
- el derecho a residir en el territorio, a elegir un lugar de residencia y a circular libremente en el mismo;
- el ejercicio de las libertades de expresión, de asociación y de reunión;
- las relaciones internacionales (sometidas a ciertas cláusulas relativas a los tratados internacionales) y el comercio exterior;
- la defensa;
- el derecho de familia y sucesiones;
- el derecho de sociedades y registro mercantil;

- contratación de seguros;
- la conclusión y registro de fincas de propiedad inmobiliaria y los deberes asociados;
- rutas marítimas para buques mercantes;
- energía nuclear (sin embargo, el consentimiento de Åland es necesario para la construcción, posesión y operación de una central nuclear y el tratamiento y almacenamiento en Åland de los materiales relacionados con esta actividad);
- el derecho del trabajo (con algunas excepciones);
- el derecho penal (con la excepción de que la Asamblea Legislativa de Åland tiene competencia para establecer penas en materias correspondientes a la competencia de Åland);
- privación administrativa de la libertad personal;
- procesos judiciales, organización judicial;
- Código eclesiástico y otras leyes relativas a las confesiones religiosas;
- ciudadanía, legislación de extranjería, pasaportes;
- municiones y armas de fuego;
- defensa civil (con algunas excepciones), fuerzas armadas y guardacostas;
- impuestos y tasas (con la excepción del impuesto municipal y algunos otros);
- emisión de papel moneda.

El catálogo de materias correspondientes a la competencia del Estado está complementado por una cláusula general, con la cual el Estado tiene competencia en otras materias que deben ser consideradas incluidas en la competencia del Estado de acuerdo con los principios subyacentes a la Ley de Autonomía.

La distribución de competencias legislativas entre el Estado y Åland es exclusiva en principio, en el sentido de que el Derecho estatal no está en vigor en Åland si Åland tiene competencias legislativas en la materia. En ese caso, el Derecho estatal ni siquiera entra en vigor de forma supletoria. Si la Asamblea Legislativa de Åland no ha aprobado una determinada ley en un determinado ámbito de su competencia, no hay ninguna ley aplicable y el Derecho estatal no puede ser aplicado en cuanto a tal. Tampoco puede el Estado comprometerse por sí mismo a una obligación internacional que pueda interferir con la autonomía de Åland sin el consentimiento de las autoridades ålandesas. Si rechazan otorgar ese consentimiento, Finlandia puede o bien

realizar una reserva relativa a Åland o abstenerse de asumir la citada obligación internacional.

Jerárquicamente, una ley de Åland no está subordinada a una ley ordinaria del Parlamento nacional. Solo la Constitución y la Ley de Autonomía son superiores a una ley de Åland. La cuestión de si una cierta materia pertenece a la competencia del Estado o de Åland debe solucionarse interpretando la Ley de Autonomía, interpretación estrictamente jurídica. Los modos de determinar si Åland tiene competencia sobre una materia dada pueden ser bien llevar el asunto a sede judicial, o bien aprobando una ley la Asamblea Legislativa de Åland. En el primer caso, el Tribunal Supremo examina el asunto, y en el segundo, lo examinan el Tribunal Supremo y el presidente de la República.

El Poder ejecutivo normalmente corresponde a quien tiene el poder legislativo, es decir, en las materias en las que Åland tiene competencia legislativa, también la tiene ejecutiva. Y viceversa, el Estado tiene competencia ejecutiva en el marco de su potestad legislativa. Tomando en consideración el escaso tamaño de la población ålandesa y de su administración, la distribución de competencias ejecutivas descritas sería inflexible si no permitiera excepciones. De este modo, las competencias ejecutivas pueden ser transferidas de las autoridades ålandesas a las estatales y viceversa. El medio para efectuar esta transferencia es un denominado "decreto consensual", es decir, un decreto presidencial emitido de acuerdo con el gobierno de Åland. En otras palabras, una precondition para la transferencia de competencias es que haya mutuo acuerdo entre el Gobierno de Finlandia y el Gobierno de Åland. Las competencias legislativas también pueden ser transferidas mediante un "decreto consensual". La única forma de limitar las competencias legislativas de Åland es reformar la Ley de Autonomía.

Cuando Åland decidió sumarse a Finlandia en su adhesión a la Unión Europea, entregó (como Finlandia) una parte de sus competencias autonómicas a la Unión.

De los 200 escaños con los que cuenta el Parlamento de Finlandia, uno está reservado para la autónoma Åland. Esto no es de ningún modo un privilegio, puesto que la población de Åland suma aproximadamente el 1/200 del total de la población finlandesa.

(4) Control estatal de las nuevas leyes de Åland y solución de conflictos de competencias

Cuando una nueva ley o reforma de una ley de Åland ha sido aprobada por la Asamblea Legislativa de Åland debe ser enviada al Ministerio de Justicia y a la Delegación ålandesa. En asuntos legislativos, la Delegación emite su opinión sobre la cuestión de los límites entre las competencias legislativas. En otras palabras, la Delegación examina las leyes aprobadas por la Asamblea Legislativa. Las opiniones de la Delegación ålandesa están basadas en criterios jurídicos, no políticos.

Después de haber recibido el dictamen de la Delegación ålandesa, el Ministerio de Justicia presenta la ley al presidente de la República, que es quien debe conformar su entrada en vigor con su firma.

La división de los poderes legislativos y ejecutivos entre el Estado y Åland naturalmente causa problemas en la práctica. Los problemas pueden ser, en primer lugar, de naturaleza estrictamente legal, causados por la dificultad para el legislador de manifestar una clara división de poderes. Pero también, en segundo lugar, los problemas pueden surgir más o menos por causa de opiniones más o menos políticas, acerca de los límites de la autonomía, o cuando aparecen nuevas cuestiones, no previstas por el legislador. Sin embargo, es de gran importancia advertir que cualquier tipo de desacuerdo sobre la división de poderes debe ser resuelto por medios jurídicos. La división de poderes siempre deriva de la Ley de Autonomía y las situaciones poco claras deben resolverse mediante la interpretación de esa ley. La última palabra en estas materias corresponde al Tribunal Supremo, no al Gobierno finés.

En la práctica, los problemas relativos a la división de poderes son usualmente resueltos mediante consultas más o menos informales entre las respectivas autoridades. Si hay desacuerdo la Delegación ålandesa debe emitir su dictamen previa solicitud del mismo. Si la opinión de la Delegación es que la Asamblea Legislativa ha excedido sus competencias legislativas, el Ministerio de Justicia debe siempre pedir la opinión del Tribunal Supremo. Ambas opiniones, la de la Delegación y la del Tribunal Supremo, constituirán la base de la decisión final, que corresponde al presidente de la República.

El presidente tiene derecho de veto sobre las leyes ålandesas, si considera que (1) la Asamblea Legislativa ha sobrepasado sus competencias o (2) la ley es relativa a la seguridad interior o exterior del Estado. El presidente está obligado a obtener la opinión del Tribunal

Supremo antes de usar su veto para anular una ley. Las opiniones del Tribunal Supremo, en la práctica, solo se solicitan cuando previamente la Delegación ålandesa ha opinado que la Asamblea Legislativa se ha excedido de su competencia legislativa o si la ley en cuestión afecta a nuevas áreas y resulta cuestión objeto de interpretación si esa materia es competencia del Estado o de Åland. El presidente puede también vetar solo una parte de la ley, o un solo artículo, de forma que el resto de la ley pueda entrar en vigor. En teoría, el presidente no está vinculado por la opinión del Tribunal Supremo, pero en la práctica casi siempre la sigue.

De acuerdo con las previsiones antes mencionadas, la decisión del presidente se basa estrictamente en motivos jurídicos y no en la discreción política. La cuestión de la seguridad interior o exterior rara vez ha surgido. En la práctica, el presidente ha usado su derecho de veto cinco veces al año como media.

Si alguien opina que algún órgano o responsable del Estado ha violado la autonomía de Åland o que algún órgano ålandés ha aplicado una ley ålandesa de forma demasiado extensiva (más allá de las competencias de Åland), la persona puede llevar el caso ante los tribunales u otras relevantes instancias nacionales. Las dos máximas instancias judiciales, el Tribunal Supremo y el Tribunal Administrativo Supremo, tienen la última palabra en esos asuntos, si así lo desean.

Desmilitarización y neutralización no entran en el ámbito de la autonomía de Åland. Las autoridades ålandesas, sin embargo, han adoptado la práctica de reaccionar ante el gobierno finlandés si sospechan que se infringen las normas relativas a la desmilitarización o neutralización. Los ålandeses han preservado celosamente la desmilitarización del archipiélago.

En relación a posibles dificultades, no se puede excluir que en el futuro la participación de Åland en la membresía de Finlandia en la UE pueda resultar desventajosa para la economía ålandesa. Sin embargo, la UE puede reconocer excepciones a favor de Åland o puede aceptar que Åland pueda autoexcluirse de la membresía de Finlandia en la UE. En todo caso, las dificultades económicas pueden incrementar el apoyo a la independencia de Åland.

Por lo que respecta al estatus desmilitarizado y neutralizado de Åland, si la situación estratégico-militar en el mar Báltico se convierte en tensa, podría llegarse a subvertir la desmilitarización y neutralización de estas islas.

(5) Cooperación entre Åland y las instituciones del Estado central

Ciertos artículos de la Ley de Autonomía reclaman una cooperación entre el Estado y Åland.

Uno de los artículos estipula que antes de que el presidente o el Gobierno de Finlandia emita normas que sean de especial importancia para Åland, debe contarse con la opinión del Gobierno de Åland. La idea es que los preceptos especiales relativos a Åland debieran incluirse en la ley, cuando lo requieran las condiciones de Åland. Sin embargo, esas disposiciones especiales rara vez se incluyen en las leyes del Parlamento finés, aspecto a menudo lamentado por los políticos y responsables ålandeses.

De acuerdo con otro artículo, la Asamblea Legislativa puede presentar iniciativas sobre asuntos que correspondan a la competencia legislativa del Estado. Tales iniciativas deben ser presentadas por el Gobierno finlandés al Parlamento. Este derecho de iniciativa es de considerable importancia, porque la consecuencia es que Åland tiene la posibilidad de llevar un asunto al Parlamento incluso si el gobierno finés no está de acuerdo.

Un tercer artículo estipula que, a petición del Gobierno de Åland, los responsables del Estado están obligados a ayudar a los responsables de Åland en el cumplimiento de sus deberes relativos a la autonomía.

(6) Åland y los impuestos

Una autonomía legislativa de una autonomía territorial quedaría en la práctica muy limitada si el territorio no dispusiera también de autonomía económica. En el pasado, el Estado ha controlado estrictamente el uso que hace Åland de sus finanzas. La Ley de Autonomía de 1991 trajo consigo una ampliación radical de la autonomía económica de Åland. Ahora Åland tiene poderes significativos para decidir cómo utiliza los recursos que obtiene.

Åland no tiene, sin embargo, amplios poderes en materia impositiva; las autoridades ålandesas tienen derecho para establecer solo impuestos municipales y otros menores. Con estas excepciones, el Estado establece impuestos en Åland igual que en otras partes de Finlandia. Estos impuestos son "retornados" a Åland en forma de una "suma compensatoria" anual desde el presupuesto del Estado.

La cantidad de esa compensación se calcula multiplicando el total de los ingresos del Estado en el año (sin incluir nuevos préstamos del Estado) tal y como aparecen en las cuentas finales del Estado, por un determinado índice. Este índice, la "suma de compensación" es actualmente un 0,45%. Esta suma final se determina por la Delegación Ålandesa en un procedimiento de "compensación" regulado por ley.

La Ley de Autonomía regula en detalle la alteración del porcentaje de la cantidad por "compensación" y estipula la posibilidad de transferencias extraordinarias, devoluciones de impuestos y subsidios especiales.

La cantidad anual por compensación es una cuestión central del sistema económico de la autonomía de Åland. Las fluctuaciones en la economía del Estado afectan a la cantidad, pero en conjunto el sistema proporciona una cierta seguridad económica a la pequeña entidad económica que es Åland, especialmente en épocas de recesión.

A los Ålandeses les gustaría tener una legislación impositiva más diversificada en Åland y se quejan de que el Estado no entiende la necesidad de regulaciones especiales debido a las diferentes realidades económicas. La adhesión de Åland a la Unión Europea junto a Finlandia, sin embargo, ha incrementado la autonomía de las islas en materia impositiva (se ha reconocido a Åland un cierto número de exenciones respecto a la legislación comunitaria para asegurar la viabilidad de su economía. Una de ellas es en el terreno de los impuestos de facturación "IVA" e impuestos sobre consumos específicos y otras formas de imposición indirecta).

Si los Ålandeses insisten fuertemente en tener más competencias en materia de impuestos, el Estado no debería simplemente rechazar sus pretensiones. Debiera observarse que Åland es una región próspera que ha administrado bien su economía incluso en épocas de recesión. Åland y la región de Uusimaa, donde se halla Helsinki, son las regiones más prósperas de Finlandia.

(7) Åland y los asuntos internacionales

En las relaciones exteriores, Åland no cuenta con amplias competencias. Åland no tiene derecho a concertar tratados con los países vecinos o con otros territorios autónomos. Debe mencionarse que Åland se encuentra representada en la Asamblea Parlamentaria del Consejo Nórdico. El Consejo Nórdico es una organización para la

cooperación regional nórdica. Su principal órgano decisorio es la Asamblea Parlamentaria, un órgano de 87 miembros. Tanto Åland como dos territorios autónomos bajo soberanía danesa, Groenlandia y las Islas Faroe, disponen cada uno de dos escaños en el Consejo Nórdico. Para Åland esto significa la bienvenida a su estatus formal en la cooperación nórdica. Los gobiernos de los tres territorios autónomos también participan en los trabajos del Consejo de Ministros del Consejo Nórdico e incluso tienen en él derecho de voto. En el proceso de toma de decisiones, un voto negativo de un territorio autónomo no evita la entrada en vigor de una decisión del Consejo de Ministros. Sin embargo, en ese caso la decisión no es vinculante para ese territorio si regula una materia que corresponde a la competencia legislativa del mismo.

Los preceptos de la ley de autonomía de Åland sobre las competencias internacionales del territorio fueron parcialmente modificados en 2004. De acuerdo con el nuevo artículo 58, el gobierno de Åland puede proponer el inicio de negociaciones sobre un tratado con un Estado extranjero a los responsables competentes del Estado. El Gobierno ålandés debe también ser informado de las negociaciones de un tratado con un Estado extranjero si el asunto está sometido a su competencia o si es de especial importancia para Åland. Por una razón especial, se reserva a Åland la oportunidad de participar en las negociaciones. El artículo 59 estipula que si un tratado contiene un precepto que sea de la competencia de Åland, la Asamblea Legislativa debe dar su consentimiento a la ley nacional que transforme el tratado³ para que ese precepto entre en vigor en Åland.

Otro importante acontecimiento para Åland fue el ingreso de Finlandia en la Unión Europea y la cuestión conexas del estatus del territorio en la UE. Se dejó a Åland decidir si quería sumarse a la membresía de Finlandia en la UE o no. Se realizaron complejas negociaciones que pueden ser consideradas como exitosas para Åland. Casi todas las excepciones a la legislación comunitaria que solicitó Åland fueron consentidas por la UE. Debe recordarse que no fue Åland quien negoció con la UE, sino que fue Finlandia en nombre de ese territorio. Posteriormente, el pueblo ålandés aceptó en referéndum

3. (N. del T.) El sistema de relación entre el derecho nacional y el internacional en Finlandia es dualista, por lo que sólo se pueden aplicar en derecho interno aquellos tratados que hayan sido transformados en Derecho nacional..

la solución para el territorio acordada en las negociaciones entre la UE y Finlandia.⁴

Las excepciones otorgadas a Åland por la UE fueron codificadas en un protocolo, el Protocolo nº 2 sobre las Islas Åland, en el Acta de Adhesión de Austria, Finlandia y Suecia a la Unión Europea de 1994.⁵ El Protocolo, en su breve preámbulo, declara que toma en consideración “el estatus especial que disfrutaban las Islas Åland en el derecho internacional”. Las excepciones están dirigidas a contribuir a salvaguardar el carácter sueco y la viabilidad económica de Åland. El Protocolo, como parte del Acta de Adhesión, es un elemento del derecho primario de la UE.

El Gobierno finlandés incluyó una Declaración unilateral en las actas de la reunión ministerial final de la cumbre de adhesión. En ella, el Gobierno recuerda que la autonomía de Åland está garantizada tanto constitucionalmente como sobre la base del derecho internacional de acuerdo con las resoluciones de 24 y de 27 de junio de 1921 del Consejo de la Sociedad de Naciones y que Åland es el sujeto de un estatus establecido al amparo del derecho internacional.⁶

La entrada en la UE también llevó a la inclusión en la Ley de autonomía de Åland de algunos preceptos adicionales sobre la participación del territorio en los procesos de toma de decisiones en asuntos relativos a la UE. Estos preceptos llegan incluso a establecer que el gobierno de Åland debe, en la medida en que un asunto recaiga en el ámbito de sus competencias, formular la posición nacional de Finlandia relativa a la aplicación de la política conjunta de la UE (artículo 59c). Este artículo 59c dispone que uno de los representantes propuestos por Finlandia en el Comité de las Regiones de la UE debe ser un candidato propuesto por el gobierno de Åland. Es una mínima compensación frente al hecho de que la pretensión del territorio de

4. Para un completo análisis sobre la entrada de Åland en la UE como parte de Finlandia, *vid.* N. Fagerlund. “The Special Status of the Åland Islands in the European Union”, en Hannikainen & Horn (eds.). *Autonomy and Demilitarisation in International Law: The Åland Islands in a Changing Europe*, 1997, citado *supra* nota 1, p. 1889-256.

5. *Vid.* *Documents on Åland Pertaining to the Accession of Finland to the European Union 1994*, que constituye un *addendum* a *International Treaties and Documents Concerning Åland Islands 1856-1992*, Meddelanden från Ålands Kulturstiftelse Nr 6, 1993.

6. EU doc CONF-SF 20/94. Para un completo análisis sobre el estatus autónomo de Åland en el derecho internacional, *cfr.* L. Hannikainen. “The International Legal Basis of the Autonomy and Swedish Character of the Åland Islands”, en Hannikainen & Horn (eds.) *Autonomy and Demilitarisation in International Law: The Åland Islands in a Changing Europe*, 1997, *cit.*, citado *supra* en nota 1, p. 57-84.

tener un escaño en el Parlamento Europeo no ha sido atendida hasta el día de hoy.

Los ålandeses temieron que la entrada en vigor de un nuevo tratado constitucional de la UE pudiera debilitar el estatus del territorio. Afortunadamente, el nuevo Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, deja el estatus de Åland igual que antes.

(8) El derecho de vecindad

Una cuestión esencial de la autonomía de Åland es el derecho de vecindad –una especie de ciudadanía regional (artículos 6-12 de la Ley de Autonomía)–. Solo personas que tengan el derecho de vecindad en Åland disfrutaban de la plenitud de derechos (1) en las elecciones regionales, (2) para tener propiedad inmobiliaria y (3) para ejercer el comercio o una profesión. Debido a que Åland está desmilitarizada y neutralizada, los jóvenes con derecho de vecindad allí están exentos del servicio militar.⁷

Los requisitos básicos para adquirir el derecho de vecindad por personas que no sean ålandeses de nacimiento son los siguientes: la persona (1) debe ser ciudadano de Finlandia; (2) debe residir en Åland; (3) debe haber residido sin interrupción durante al menos cinco años; y (4) debe manejarse de forma satisfactoria en el idioma sueco.

El derecho de vecindad hace que la autonomía ålandesa sea diferente de otros tipos de autonomía. Cualquier residente finlandés tiene libertad para mudarse a Åland y elegir ese territorio como residencia, pero las posibilidades de ganarse la vida en Åland son limitadas.

El propósito del derecho de vecindad es el de preservar el carácter sueco-ålandés de las islas. Junto al carácter estrictamente monolingüe de Åland (es decir, el fuerte predominio del idioma sueco en el derecho) el territorio ha mantenido efectivamente su carácter. Desde inicios de la década de 1920 hasta comienzos del siglo XXI, la ratio entre los sueco-parlantes y los fino-parlantes ha permanecido igual: cerca de un 95% hablan sueco.

La cuestión que puede plantearse es si el derecho de vecindad tiene un carácter discriminatorio. Sin embargo, debe señalarse que ningún órgano de ninguna organización intergubernamental ha rechazado este derecho de vecindad como discriminatorio. La Unión

7. La persona debe haber establecido su residencia allí antes de tener 12 años de edad.

Europea efectivamente ha dado su consentimiento a este derecho de vecindad ålandés mediante excepciones favorables a Åland en la legislación comunitaria en el Protocolo mencionado supra.

(9) El predominio del idioma sueco

El fuerte predominio del idioma sueco en Åland se debe a motivos históricos y sociales, pero por causa del mismo, la autonomía ålandesa difícilmente puede servir de modelo de autonomía para otras regiones.

El sueco es la segunda lengua nacional de Finlandia y, en principio, tiene el mismo estatus que el finlandés. Estas dos lenguas son muy diferentes entre sí. Ambas pertenecen a diferentes "familias" lingüísticas, pero debido a que Finlandia estuvo bajo la soberanía de Suecia hasta comienzos del siglo XIX, el idioma finlandés ha adoptado muchas palabras del sueco y ha "traducido" las mismas al finlandés. La población sueco-parlante constituye aproximadamente un 6% del total de la población finlandesa.

Dado que tanto el sueco como el finlandés son lenguas nacionales de Finlandia, tanto en el pasado como ahora, todos los alumnos de las escuelas deben estudiar ambas. De este modo, todos los niños fino-parlantes deben estudiar sueco en la escuela.

Åland constituye una excepción a la regla de los dos idiomas nacionales (artículos 36-43 de la Ley de Autonomía). En todos los órganos del sistema autonómico ålandés la única lengua oficial es el sueco. Sin embargo, ante las autoridades del Estado en Åland (por ejemplo, ante los tribunales), cualquiera puede usar también el finlandés.

De acuerdo con la Ley de Autonomía, el idioma usado para la comunicación y la correspondencia entre el Estado y las autoridades ålandesas debe ser el sueco. Las autoridades del Estado deben realizar todas sus comunicaciones con las autoridades ålandesas en sueco. Una regla de este tenor sería difícil de aceptar para muchos gobiernos de otros países.

Las reglas sobre el idioma en la educación en las escuelas ålandesas son, quizás, las que dan un más amplio alcance al carácter exclusivo del idioma sueco. El artículo 40 de la Ley de Autonomía estipula que el idioma de enseñanza en las escuelas mantenidas con fondos públicos debe ser el sueco, a menos que se provea de diferente modo en la ley ålandesa. Esto significa que las autoridades ålandesas pueden impedir el uso de cualquier idioma distinto del sueco como lengua de

enseñanza en las escuelas públicas de Åland. Esto no ocurre solo en el papel: ocurre en la realidad. No ha habido, y no hay actualmente, ninguna escuela o clase en los centros educativos de Åland en los que el idioma haya sido el finlandés. Si padres fino-parlantes en Åland quisieran una educación escolar fino-parlante para sus hijos tendrían dos posibilidades: (1) solicitar a las autoridades ålandesas que aprueben una ley ålandesa que permita el establecimiento de escuelas o clases fino-parlantes financiadas con dinero público, o (2) establecer una escuela privada fino-parlante.

En relación con la primera posibilidad, los padres fino-parlantes no han hecho tal demanda. Y si la hubieron hecho, las autoridades ålandesas no habrían dado una respuesta positiva porque no quieren aceptar la idea de ninguna escuela o clase fino-parlante. En relación con la segunda posibilidad, los padres fino-parlantes no han hecho tal esfuerzo, que sería una alternativa muy cara.

Puede argüirse que el sistema escolar ålandés discrimina respecto a los alumnos fino-parlantes, pero también se puede defender el sistema. Puesto que el sueco es uno de los dos idiomas nacionales de Finlandia, no es un idioma extranjero sino un ingrediente de la sociedad finlandesa. Las familias fino-parlantes se han adaptado al sistema escolar ålandés. Sin embargo, este sistema no debería ser ofrecido como modelo para ninguna otra autonomía. En opinión de quien firma este artículo, el sistema escolar ålandés va demasiado lejos en su protección del predominio del idioma sueco. El Comité Consultivo, un órgano de supervisión creado al amparo del Convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa, estableció en su informe sobre Finlandia del año 2000 que sería útil examinar en qué medida la actual situación satisface las demandas de la población fino-parlante de Åland.⁸ Ha sido la primera vez que un órgano internacional de supervisión de un convenio de derechos humanos ha cuestionado el estatus inferior del finlandés en el sistema educativo de Åland.⁹

8. Véase Dictamen sobre Finlandia del Comité Consultivo, de 22 de septiembre de 2000 (Advisory Committee on the Framework Convention for the protection of national minorities, *Opinion on Finland, adopted on 22 September 2000*), para. 46. Cfr. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_fcnmdocs/PDF_1st_OP_Finland_en.pdf

9. Véase también L. Hannikainen. *Cultural, Linguistic and Educational Rights in the Åland Islands – An Analysis in International Law*, Helsinki, Publications of the Advisory Board for International Human Rights Affairs, n. 5, 1993, p. 41-49.

La gran mayoría de los alumnos ålandeses estudian finlandés en la escuela como asignatura voluntaria. Saben que el dominio del finlandés puede ser una ventaja en el mercado laboral, pero la mayoría no están muy entusiasmados estudiando finlandés y encuentran difícil el idioma.

2.4. Observaciones conclusivas

Las islas Åland tienen varias características que abonan buenas posibilidades para una exitosa autonomía territorial. En primer lugar, se trata de un archipiélago que constituye un territorio geográficamente diferenciado, claramente distinguible de los territorios vecinos. En segundo lugar, su población es homogénea, pues cerca de un 95% pertenecen al grupo sueco-parlante. En tercer lugar, Finlandia y la mayor parte de los estados vecinos son sociedades donde la democracia funciona bien.

La autonomía ålandesa tiene un estatus fuerte y extremadamente bien protegido en el sistema constitucional de Finlandia, y su objetivo es muy claro. Las disputas entre Åland y el Estado respecto al ámbito y límites de la autonomía se solucionan de acuerdo con criterios jurídicos, no políticos. Este sistema ha funcionado bien en la práctica. La parte más fuerte, el Estado, ha tenido una actitud de buena fe respecto a la autonomía ålandesa. Una indicación de esta actitud es el precepto de la Ley de Autonomía según el cual el idioma de comunicación entre las autoridades del Estado y las de Åland debe ser el sueco.

La mayor parte de las características de la autonomía ålandesa pueden servir de modelo para nuevas fórmulas de autonomía territorial, pero no todas: no sería el caso de las que prevén el casi exclusivo predominio del idioma sueco en Åland. El ámbito de la autonomía podría ser más amplio, pero (1) el presente sistema ha funcionado bien y (2) la autonomía ålandesa se ha hecho más amplia en el curso de las ocho décadas de su existencia. Este desarrollo es probable que continúe en el futuro.

Por otro lado, el estatus desmilitarizado y neutralizado de Åland merece ser estudiado como posible modelo para otras autonomías territoriales. Sería importante que el estatus desmilitarizado y neutralizado de un territorio autónomo tuviera la garantía de una organización internacional o de otra entidad exterior.

3. Los saami

El pueblo indígena saami cuenta en Finlandia con unos 9.300 miembros. Sus territorios tradicionales están en la parte más septentrional de Finlandia, en el norte de Laponia, por encima del Círculo Polar Ártico. Esta parte ha sido declarada el Territorio saami, donde la lengua saami tiene un estatus semi-oficial. Este Territorio constituye alrededor de un 10% de la superficie (lagos incluidos) de Finlandia. Los saami constituyen hoy en día un pequeño grupo en Finlandia, incluso en el Territorio son una minoría de la población (un tercio aproximadamente). En torno al 40% de los saami finlandeses viven en el Territorio y la mayor parte del restante 60% viven en la parte meridional de Laponia o en el área de Helsinki y en otras ciudades de Finlandia. En su Territorio los saami no viven de modo claramente separado de la población no saami. En general viven bien integrados.

Existen poblaciones indígenas saami en cuatro países. Además de en Finlandia, los saami viven en la parte más septentrional de Noruega y de Suecia así como en la península de Kola, en Rusia. Los saami se consideran a sí mismos como un pueblo indígena que vive en cuatro países diferentes. En total, suman entre 80.000 y 100.000 personas.

Los saami han preservado su propia cultura y ocupaciones (pastoreo de renos, pesca, caza) tradicionales, pero son, al mismo tiempo, miembros de una sociedad moderna. La cuestión de sus derechos sobre la tierra está sin resolver en Finlandia y en Suecia. La mayor parte de sus territorios tradicionales son propiedad del Estado que les alberga, que con grados diversos, les ha otorgado derechos de usufructo. En Finlandia estos derechos de usufructo de los saami son más frágiles que en Noruega o en Suecia donde, por ejemplo, el pastoreo de renos es un derecho exclusivo de los saami. En el Territorio saami finlandés, la mayor parte de los pastores de renos son saami, pero no todos; al sur del Territorio saami, la mayor parte de esos pastores no son saami.

3.1. El Parlamento saami, sus competencias y funciones

Los saami finlandeses han tenido su propio parlamento desde 1973 (la Delegación saami). Su estatus quedó reforzado por la nueva Ley del

Parlamento saami de 1995 que entró en vigor a comienzos de 1996.¹⁰ El artículo 17 de la Constitución Finlandesa de 1999 (Ley nº 731/1999) como su precedente desde 1995, garantiza que “los saami, en tanto pueblo indígena, así como los gitanos y otros grupos, tienen derecho a mantener y desarrollar su propio lenguaje y cultura”. Otro artículo especifica que en su Territorio los saami gozan de autonomía lingüística y cultural según lo previsto en la ley (artículo 121).

La Ley del Parlamento saami da contenido a la autonomía lingüística y cultural de los saami. Ni a los gitanos ni a otros grupos aludidos en el artículo 17 de la Constitución se les ha reconocido esta autonomía cultural con su propio “parlamento”.

La autonomía cultural saami no es una autonomía territorial, sino una autonomía de un grupo étnico y lingüístico, un pueblo indígena. Sin embargo, el núcleo de su área geográfica lo constituye el Territorio saami (el Territorio).

En la elección del Parlamento saami cualquier individuo saami que haya sido incluido en el Censo Electoral Saami tiene derecho de sufragio activo y pasivo, ya viva en el Territorio saami o fuera de él. Las elecciones se celebran cada cuatro años. El Parlamento saami se compone de 21 miembros y cuatro suplentes. Entre sus miembros, elige a un presidente y dos vicepresidentes, así como otros cuatro miembros. Juntos forman la Mesa del Parlamento saami.

El papel general del Parlamento saami es salvaguardar la lengua y cultura saami y velar por los asuntos relativos al estatus de los saami en cuanto pueblo indígena. Puede emprender iniciativas y realizar propuestas a las autoridades, así como emitir declaraciones (artículo 5). El Parlamento actúa como representante de los saami en sus relaciones nacionales o internacionales (artículo 6).

El Parlamento saami no tiene poder legislativo. Esencialmente, es el representante oficial del pueblo saami, responsable de proteger sus intereses. La financiación del trabajo del Parlamento saami incumbe al Estado. Esta financiación incluye una cierta suma anual para el mantenimiento y el desarrollo del idioma y la cultura saami. El artículo 9 de su ley dispone que “el Parlamento saami decide cómo se disponen los

10. Ley nº 974/1995. Para consultar este texto y otras leyes y preceptos relativos a los Saami de Finlandia, puede verse en inglés: Annex 1, en U. Aikio-Puoskari & M. Pentikäinen. *The Language Rights of the Indigenous Saami in Finland – under Domestic and International Law*, Rovaniemi, Northern Institute for Environmental and Minority Law, University of Lapland, 2001.

fondos atribuidos para uso de los saami". Estas decisiones no pueden ser recurridas.

El artículo 9 de la Ley del Parlamento saami crea la obligación de las autoridades nacionales, regionales y locales de negociar con el Parlamento saami:

Obligación de negociar

Las autoridades negociarán con el Parlamento Saami todas las medidas importantes y trascendentes que puedan afectar directamente y de forma específica al estatus de los Saami como pueblo indígena y que afecten a las siguientes materias del "Territorio Saami":

- 1) planificación comunitaria;*
- 2) gestión, uso, arrendamiento y asignación de tierras del Estado, áreas de obligada conservación y áreas yermas;*
- 3) solicitud de licencias para realizar exploraciones mineras o para patentes relativas a la minoría;*
- 4) cambios administrativos o legislativos sobre las ocupaciones relacionadas con la forma de cultura Saami;*
- 5) el desarrollo de la enseñanza de y en la lengua Saami en las escuelas, así como los servicios sociales y sanitarios; o*
- 6) cualquier otro asunto que afecte a la lengua o cultura Saami o al estatus de los Saami como pueblo indígena.*

Para cumplir su obligación de negociar, la autoridad concernida debe proporcionar al Parlamento saami la oportunidad de ser escuchado y de discutir los asuntos. El fracaso en el empleo de esta oportunidad de ningún modo impide a la autoridad concernida proceder en ese asunto. La lista de asuntos que deben ser negociados parece bastante benévola.

Vale la pena observar que la obligación de las autoridades es "negociar", no simplemente "consultar". El término "negociar" implica que no es suficiente la consulta, sino que las autoridades deben intentar alcanzar un resultado negociado con el Parlamento saami. Sin embargo, el último párrafo del artículo 9 señala que la oportunidad de que el Parlamento saami sea escuchado y discuta un asunto es suficiente para cumplir con la exigencia de "negociación". Esto tiende a referirse a una mera "consulta". En opinión del autor de este artículo, si las autoridades nacionales, regionales o municipales rebajan la exigencia de "negociar" a "consultar" la autonomía cultural y lingüística saami sufriría un enorme retroceso. Sin embargo, ha habido casos en

los que el Tribunal Supremo Administrativo finlandés ha anulado decisiones del Ministerio de Comercio e Industria autorizando a empresas a proceder en expedientes sobre reclamaciones mineras, porque el Ministerio no escuchó los puntos de vista de los saami. Las obligaciones internacionales de Finlandia en materia de derechos humanos y su supervisión por órganos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité sobre la Eliminación de Discriminaciones Raciales de Naciones Unidas, han hecho que las autoridades finlandesas sean muy cuidadosas en los años recientes; las autoridades han empezado a escuchar los puntos de vista de los saami más a menudo.¹¹ En 2001, el Comité Consultivo sobre la Convención Marco para la Protección de Minorías Nacionales pidió a Finlandia que considerara, con vistas a mejorar la situación, si deberían ser redactados para las partes afectadas unos criterios de actuación sobre la obligación de negociar.¹² Dado que Finlandia no hizo nada para poner en práctica esta recomendación, el Comité Consultivo reiteró su petición en 2010,¹³ sin que haya habido resultados hasta ahora.

El artículo 37 del Reglamento Parlamentario de 1999 estipula que, cuando se tome en consideración una iniciativa legislativa u otro asunto que afecte especialmente a los saami, la Comisión parlamentaria debe, salvo que razones específicas aconsejen otra cosa, dar a los representantes de los saami la oportunidad de ser escuchados. En la práctica, los representantes del Parlamento saami son escuchados en estos casos.

Los saami no tienen una representación propia en el Parlamento de Finlandia. Los saami querrían que se les reservara un escaño, pero el Estado no ha aceptado su propuesta. Por otro lado, existe la Junta Consultiva para asuntos saami que es un órgano consultivo de cooperación del Parlamento saami y las autoridades nacionales y regionales. La mitad de sus miembros son saami y la otra mitad representa a las autoridades nacionales y regionales.

11. Vid. M. Scheinin. "The Right to Enjoy a Distinct Culture: Indigenous and Competing Uses of Land", en T.S. Orlin, A. Rosas & M. Scheinin (eds.) *The Jurisprudence of Human Rights Law: a Comparative Interpretative Approach*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, p. 159-222.

12. Véase nota 6 *supra*, para. 50.

13. Tercer Dictamen sobre Finlandia del Comité Consultivo, de 10 de octubre de 2010 (Advisory Committee on the Framework Convention for the protection of national minorities, *Opinion on Finland, adopted on 10 October 2010*), paras. 158 & 162. Cfr. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_fcnmdocs/PDF_3rd_OP_Finland_en.pdf

Un acontecimiento significativo ha tenido lugar en 2012 cuando el nuevo Centro Cultural Saami –Sajos– fue inaugurado en la ciudad de Inari, en el territorio saami. Esta ha sido la primera vez que el Parlamento saami ha tenido instalaciones adecuadas para reunirse y funcionar. Sajos es un edificio arquitectónicamente bello donde tienen lugar varias actividades culturales.

3.2. El Estatuto de la lengua saami

Hay tres idiomas saami usados en Finlandia; el idioma principal es el saami septentrional, mientras que los otros dos, el saami de Inari y el de Skolt son utilizados cada uno por menos de 400 personas. Estos idiomas menores corren riesgo de extinción. La nueva Ley del idioma saami (1086/2003) permite a los saami usar su idioma ante las autoridades y tener el saami como principal lengua de enseñanza en la escuela en el Territorio. El derecho a comunicarse con las autoridades no está geográficamente limitado al Territorio, sino que se extiende más allá y abarca muchas autoridades nacionales y regionales. Los saami tienen derecho a usar su lengua tanto oralmente como por escrito y a recibir en esa lengua respuesta de las autoridades. Las leyes y reglamentos nacionales que se refieren especialmente a los saami deben ser traducidos al idioma saami, y en el Territorio saami los anuncios públicos, señales de tráfico, etc., deben estar disponibles en lengua saami.

Solo un número muy limitado de responsables hablan bien saami. Este es también el caso del Territorio. De este modo, la mayor parte de las comunicaciones en saami entre un individuo de esa etnia y un funcionario público tienen lugar mediante un intérprete o traducción. Virtualmente, todos los saami hablan finlandés pero menos de la mitad hablan bien la lengua saami. Esta situación se debe a la política de asimilación nacional de las décadas anteriores (antes de 1960). La revitalización del idioma saami puede tener lugar solo mediante un uso activo de su lengua natal por los saami.

Finlandia ratificó la Carta Europea de las lenguas regionales o minoritarias en 1994. La Carta entró en vigor en 1998. Finlandia se comprometió a aplicar al idioma saami los 59 artículos de esta Carta. Estos compromisos indican claramente que habría bastantes posibilidades de usar el saami y estudiar en las escuelas u otras instituciones educativas en el Territorio saami. El Comité de Ministros del Consejo de Europa en 2001 recomendó que, en cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Carta, Finlandia debería adoptar inmediatamente medidas

para fortalecer la posición de los saami en el campo de la educación y proporcionar condiciones favorables para el uso del saami ante las autoridades judiciales y administrativas en el Territorio, en particular adoptando medidas dirigidas a mejorar el dominio por responsables y funcionarios públicos del idioma saami.¹⁴ La Ley del idioma saami de 2003 refleja adecuadamente esta recomendación cuando establece, en su artículo 14, que las autoridades deben aplicar una política de reclutamiento de sus empleados dirigida a que el personal de todas las dependencias sea capaz de atender a sus clientes en idioma saami.

El Parlamento saami ha asumido toda la responsabilidad para la administración de las escuelas saami y para la presentación de manuales y otros textos educativos en lengua saami. Ulla Aikio-Puoskari, un saami finlandés experto en derechos lingüísticos, escribe que el nivel de los derechos de la lengua saami en la legislación interna y la política de recursos ha mejorado en varios campos, pero especialmente en el ámbito de la educación básica. Sin embargo, el desarrollo de los derechos lingüísticos en las diferentes áreas de la vida social ilustra claramente las deficiencias a las cuales debe prestar regularmente atención el Parlamento saami.¹⁵

Veamos cómo el antes mencionado Comité Consultivo evaluó en 2010 la situación actual del idioma saami y los derechos culturales: ¿qué tipo de recomendaciones hizo? El Comité consideró positivamente el lanzamiento de un programa omnicomprendivo de revitalización de las lenguas saami con un incremento sustancial de la dotación presupuestaria. La educación en los idiomas saami está disponible en el Territorio y el número de asignaturas enseñadas en saami se ha incrementado. Incluso reconociendo este progreso significativo, una de las principales recomendaciones del Comité pide al gobierno finés que adopte las medidas apropiadas, consultando al Parlamento saami, para impedir la futura desaparición de los idiomas saami de la

14. Recomendación del Comité de Ministros RechChL (2001) 3 sobre la aplicación por Finlandia de la Carta Europea de las Lenguas regionales y minoritarias, 19 de septiembre de 2001. *Cfr.*:

http://www.coe.int/t/dg4/education/minlang/Report/Recommendations/FinlandCMRec1_en.pdf

Para una discusión más detallada, véase *Report of the Committee of Experts on the Application of the Charter for Regional or Minority Languages in Finland*, Council of Europe Doc. ECRML (2001) 3, par. 133-197 y el capítulo conclusivo. *Cfr.*

http://www.coe.int/t/dg4/education/minlang/Report/EvaluationReports/FinlandECRML1_en.pdf

15. Véase nota 9 *supra*, p. 181-182.

vida pública mediante una dotación presupuestaria adecuada y una efectiva puesta en práctica del programa de revitalización. Una de las recomendaciones anima a las autoridades a redoblar los esfuerzos para incrementar la capacitación en el idioma saami de los proveedores de servicios públicos en el Territorio mediante un reclutamiento del personal público dirigido a este objetivo y una mayor formación lingüística.¹⁶

3.3. El problema de los derechos sobre la tierra

Diversos órganos internacionales de derechos humanos han pedido a Finlandia en los últimos años que ratifique el Convenio nº 169 sobre los pueblos indígenas y tribales en los estados independientes, aprobado por la OIT en 1989. El gobierno finlandés ha replicado que, aunque Finlandia cumple otras obligaciones de este Convenio, no ve satisfechas sus exigencias sobre los derechos de los indígenas respecto a las tierras.

Las profesiones tradicionales de los saami requieren vastas áreas de tierra y un medio ambiente limpio. La profesión central para el modo de vida y cultura saami, el pastoreo de renos, no permite una explotación masiva de los recursos naturales o el turismo masivo en el Territorio. Los saami perciben que, incluso si hay un diálogo continuo entre su Parlamento y las autoridades, este no es muy fructífero, porque las autoridades están continuamente permitiendo una mayor explotación de los recursos naturales y otras actividades económicas en el Territorio. El Parlamento saami apunta que debe fortalecerse su voz en el uso de las tierras y aguas del Territorio saami. Los saami también aluden a recientes estudios de acuerdo con los cuales en el siglo XIX el Estado se apropió de las tierras tradicionales de los saami en la parte más septentrional de Finlandia por medios ilegales.¹⁷

A finales de la década de 1990, el Gobierno finlandés empezó a examinar la cuestión de los derechos sobre la tierra. El Ministerio de

16. Tercera Opinión sobre Finlandia del Comité Consultivo, de 14 de octubre de 2010, para. 15, 60-61, 65, 121, 142-146, 190 y 195. Se puede obtener mucha información sobre los derechos de los Saami y los problemas de su aplicación leyendo los informes sobre Finlandia del antes mencionado Comité Consultivo y del Comité de Expertos, así como los informes enviados por Finlandia a estos comités. Pueden hallarse en la página web del Consejo de Europa: www.coe.int.

17. K. Korpijaakko-Labba, *Saamelaisten oikeusasemasta Suomessa*, Diedut n 1/1999, Nordisk Samisk Institut, 2000.

Justicia encargó a Pekka Vihervuori la elaboración de un informe que presentó en 1999¹⁸ en el que proponía el establecimiento de un Consejo de Derechos sobre las Tierras para administrar las tierras propiedad del Estado en el Territorio saami. Su premisa básica fue que, dado que los saami viven en ese Territorio mezclados con la población finoparlante, lo aconsejable no es otorgar a los saami derechos exclusivos sobre las tierras, sino darles mayor protagonismo en la administración de las tierras locales.

El autor del informe propuso que se estableciera un Consejo de Derechos sobre las Tierras del Territorio en conexión con el Parlamento saami. Cuatro de los miembros de ese Consejo serían nombrados por el Parlamento saami y los otros cuatro por los cuatro municipios existentes en el Territorio. Los miembros elegirían a un presidente. Las decisiones se tomarían por mayoría de votos teniendo el presidente voto de calidad en caso de empate. Los memorándums y propuestas para las decisiones del Consejo serían elaborados por ponentes que serían nombrados por el Parlamento saami. En la práctica, los saami tendrían el liderazgo en el Consejo de Derechos sobre las Tierras.

El Consejo supervisaría el respeto por los derechos e intereses de los saami y de otras poblaciones locales relativas al uso de las tierras y aguas en el Territorio. El Consejo tendría derecho a ser oído y a apelar en asuntos relativos a la aplicación de las leyes sobre el uso de tierras y aguas. Ciertas actividades en el Territorio saami quedarían sometidas al consentimiento del Consejo.

El Informe de 1999 propuso que se estableciera un Fondo de Derechos sobre las Tierras y que se administrara por el Consejo de Derechos sobre las Tierras. Una parte de los ingresos obtenidos en sus actividades por la Junta Forestal Nacional, el Instituto de Investigación Forestal y la Oficina de la Propiedad inmobiliaria del Estado serían atribuidos al Fondo. Los recursos del Fondo se utilizarían para reparar el daño causado por el uso de la tierra, para el desarrollo de las profesiones tradicionales y para la promoción de los intereses de los saami. Al menos entre un tercio y la mitad de los beneficios anuales de esos organismos serían transferidos al Parlamento saami y al menos un tercio a los municipios del Territorio.

Este Informe también propuso que la legislación sobre el uso de las tierras y los recursos naturales fuera modificada para introducir

18. Vid. P. Vihervuori. *Maahan, veteen ja luonnonvaroihin sekä perinteisiin elinkeinoihin kodistuvat oikeudet saamelaisten koitiseutualueella*, Helsinki, Oikeusministeriön yleisen osaston julkaisu 3/1999.

diferentes preceptos sobre nuevos derechos y limitaciones. La Ley de Cría de Renos establecería que en el Territorio saami el grado de daño permitido en la cría de renos no debería exceder el "daño mínimo". A mayor abundancia, la legislación relativa a la caza y pesca debería ser revisada para fortalecer la posición de los saami y otras poblaciones locales.

El Informe también propuso la extensión de la obligación de las autoridades de negociar con el Parlamento saami antes de tomar una decisión final en una serie de materias en el Territorio que son importantes para la cultura, profesiones, lengua, posición social y estatus de los saami como pueblo indígena. No obstante, determinar si el modelo defendido por Vihervuori en su Informe serviría para cumplir los criterios establecidos en el Convenio de la OIT requeriría un análisis legal más detallado.

El Parlamento saami tomó una actitud cautelosamente positiva ante las propuestas del Dr. Vihervuori declarando que serían un buen punto de partida para asegurar los derechos de los saami en su Territorio.

En noviembre de 2000, el Ministerio de Justicia nombró a un nuevo ponente para efectuar un análisis legal sobre la cuestión de la propiedad de la tierra en el Territorio saami. Al mismo tiempo, el Ministerio designó un nuevo grupo de trabajo con la tarea de determinar si, o en qué medida, sería aconsejable hacer uso de las propuestas del Informe del Dr. Vihervuori o si deberían ser modificadas.

El grupo de trabajo emitió su informe en diciembre de 2001.¹⁹ Propuso el establecimiento de una Junta para regir el uso de la tierra en el Territorio saami; la propiedad de la tierra quedaría en manos del Estado. La Junta sería un órgano relativamente independiente dentro de la Junta Central Forestal, con su propio presupuesto. Los saami han estado en desacuerdo con la Junta Central Forestal porque, en su opinión, esta Junta explota en exceso los recursos naturales de las tierras tradicionales saami en detrimento del pastoreo de renos. La nueva Junta tendría cinco miembros saami nombrados por el Parlamento saami y cinco miembros designados por los municipios del Territorio. El Gobierno nombraría al presidente de la Junta. El grupo de trabajo adoptó el informe por una mayoría de ocho votos sobre seis. Los representantes saami votaron en contra del informe. En su opinión, la

19. *Saamelaistoimikunnan mietintö " Ehdotus maahan, veteen, luonnonvaroihin ja perintesiin luontaseilinkeinoihin liittyvien oikeuksien järjestämisestä saamelaisten kotiseitua-lueella valtion mailla*, Helsinki, Oikeusministeriö, 3 jouloukuuta 2001.

representación del Parlamento saami no era lo suficientemente importante en el seno de la Junta. La realización de la propuesta del grupo de trabajo conduciría a una asimilación gradual de los saami a la mayoría finlandesa en la parte más septentrional de Laponia y a la eliminación de la cultura y el modo de vida tradicional saami con el curso del tiempo.

Diez años después debe advertirse, con pesar, que no ha habido ningún progreso en la cuestión de los derechos sobre la tierra. El Comité Consultivo reconoce con preocupación la falta de progresos. El gobierno finés carece de una posición coherente y de voluntad política para reconocer los derechos saami sobre la tierra.²⁰

3.4. Observaciones conclusivas

El estatus, los derechos y la posición de los saami en Finlandia mejoraron desde la década de 1990. Sin embargo, su autonomía cultural y lingüística sería "demasiado modesta" para salvaguardar su existencia como pueblo indígena viable. Una comparación con la autonomía ålandesa confirma que la autonomía saami es modesta, realmente. Los poderes del Parlamento saami deberían incrementarse sustancialmente y los derechos sobre la tierra en el Territorio deberían resolverse y resultar en una ratificación del Convenio n° 169 de la OIT. El Estado ha expresado actitudes positivas hacia los saami, pero todavía hay un abismo diferencial entre el tratamiento otorgado a las islas Åland y el que recibe la minoría saami. Objetivamente, sin embargo, el Territorio saami y las islas Åland son dos territorios muy diferentes: mientras que en el Territorio los saami solo son una minoría, en Åland, la población sueco-parlante constituye la abrumadora mayoría.

Puede cuestionarse si el Parlamento saami, con sus limitadas competencias, es, o no, poseedor de una autonomía cultural y lingüística. Kristian Myntti caracteriza al Parlamento saami, más que como el poseedor de una autonomía como un órgano de gestión política que tiene derecho a participar en el proceso de toma de decisiones públicas y en la administración.²¹ Ciertamente, el Parlamento saami es,

20. Tercera Opinión sobre Finlandia del Comité Consultivo, de 14 de octubre de 2010, para. 186.

21. Vid. K. Myntti. "The Nordic Saami Parliaments", en P. Aikio & M. Scheinin (eds.) *Operationalizing the Rights of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights/Åbo Akademi University, 2000, p. 203-221.

ante todo, la voz representativa de los indígenas saami en los asuntos públicos.

El Parlamento saami es un órgano de derecho público y está financiado por el presupuesto del Estado mediante el Ministerio de Justicia. Sin embargo, no forma parte de la administración ordinaria del Estado y disfruta de un estatus independiente. De esta suerte, el gobierno no puede dar instrucciones al Parlamento saami sobre ningún asunto.

John B. Henriksen, un experto legal saami de Noruega y Kristian Myntti, un universitario de Finlandia, han comparado el estatus de los parlamentos saami de Finlandia, Noruega y Suecia. En primer lugar, ninguno de los parlamentos saami está investido de poder legislativo u otras competencias autónomas de largo alcance. Cuando Henriksen compara los Parlamentos saami de Finlandia y Noruega, advierte que en Finlandia el Parlamento saami tiene formalmente una autoridad política mayor, esto es, mayores derechos de acuerdo con el ordenamiento. Sin embargo, en realidad, el Parlamento saami de Noruega tiene una mejor articulación económica que su homólogo finlandés. En cuanto al Parlamento saami de Suecia, Henriksen observa que su posición administrativa formal es más fuerte que en Finlandia y Noruega, porque constituye un órgano del Estado con competencias administrativas propias en un cierto número de materias.²²

A juicio de Myntti, los parlamentos saami más eficaces son los de Noruega y Finlandia porque se trata de órganos genuinamente independientes políticamente, mientras que el Parlamento saami sueco puede ser visto más bien como un órgano del Estado con representación saami. Igualmente, en un nivel más genérico, los derechos de los saami noruegos y fineses tienen mayor alcance que los que corresponden a los saami suecos.²³

Sin un incremento en sus poderes ninguno de los parlamentos saami puede servir de modelo de autonomía para otros pueblos indígenas. Por otra parte, un órgano democráticamente elegido como genuino representante de un pueblo indígena es un fenómeno que, como tal, debe ser bienvenido. Muchas minorías en diferentes países estarían felices de tener su propio parlamento siguiendo el modelo de los parlamentos saami nórdicos, pero esto no es suficiente para

22. J.B. Henriksen. *Saami Parliamentary Cooperation*, Coopenhagen, IWGIA Document nº 93, 1999, p. 29-48. Henriksen también analiza en profundidad la cooperación interparlamentaria *Saami*.

23. *Vid.* Nota 15 *supra*, p. 221.

un pueblo indígena. Por lo que respecta a las relaciones de los parlamentos saami con el Estado, el que tenga un estatus independiente el órgano dirigente de un pueblo indígena es algo importante.

Los saami nórdicos han solicitado su ingreso en el Consejo Ártico para adquirir el mismo estatus que las asambleas parlamentarias de las Islas Åland, Groenlandia y las Islas Faroe. El Consejo Nórdico no ha aceptado la solicitud, pero ha atribuido el estatus de observador a los saami. Es lamentable que el pueblo saami de los tres países nórdicos no esté representado en la citada Asamblea Parlamentaria.

El lector se puede preguntar si un pequeño pueblo indígena de menos de 10.000 personas puede sobrevivir alejado en la Finlandia septentrional, ártica. E igualmente, ¿cómo pueden sobrevivir las lenguas menores Inari y Skolt? Yo sería muy pesimista respecto a estas dos lenguas, pero creo que el pueblo saami sobrevivirá como pueblo. Las palabras clave son *unidad y cooperación* del pueblo saami por encima de las fronteras nacionales. Los saami son un pueblo indígena cuya base política y material son los saami noruegos, el mayor grupo nacional saami. La cooperación entre los saami ha progresado bien y ha constituido una gran fuente de fuerza para los saami fineses.²⁴

4. Propuesta de un sistema de supervisión internacional de fórmulas autonómicas

Cuando el Consejo de la SdN solucionó la disputa entre Finlandia y Suecia sobre el estatus de Åland, el Consejo además se convirtió en el garante internacional de la autonomía ålandesa. Las autoridades ålandesas tenían el derecho de comunicar quejas al citado Consejo. Esto debía hacerse por conducto del gobierno finlandés, que tenía el derecho de acompañar la queja con sus propios comentarios.²⁵ En caso de recibir una queja, el Consejo debía consultar al Tribunal Permanente de Justicia Internacional sobre las cuestiones jurídicas de la misma. El Consejo también asumió el papel de supervisor internacional de otros arreglos realizados en Europa mediante fórmulas de autonomía.

24. Vid. L. Hannikainen & A. Nuorgam. "Cross-Border Cooperation of the Northern Indigenous Saami People", en *Europa Ethnica* 3/2008, p. 90-96.

25. Aunque los Ålandeses a menudo estaban insatisfechos de la interpretación que hacía Finlandia de los límites de su autonomía, nunca llegaron a someter ninguna queja formal al Consejo de la SdN.

En la era de las Naciones Unidas, la comunidad internacional ha favorecido la autonomía como un buen medio de solucionar conflictos étnicos o intraestatales. En algunas de esas fórmulas autonómicas, una organización internacional o varios estados diferentes de aquel en el que se pone en marcha esa autonomía han adquirido funciones de garante. Sin embargo, la ONU y otros organismos internacionales de la época actual han carecido de una política coherente en relación con la autonomía.²⁶

Es lamentable que a pesar de que la cuestión de los derechos de las minorías y los pueblos indígenas haya sido elevada al centro de las discusiones internacionales y a pesar del vivo debate actual sobre descentralización y democracia, la comunidad internacional permanezca sumamente pasiva en los asuntos relativos a la autonomía. Uno se debiera preguntar, por ejemplo, por qué el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales aprobado en 1994 por el Consejo de Europa no atribuye a las minorías una legitimación activa para la supervisión de ese Convenio, por no decir para promover la aprobación de fórmulas autonómicas.

¿Por qué no esforzarse en repetir en el seno de las Naciones Unidas, de un modo u otro, el ejemplo de las islas Åland durante la existencia de la SdN? ¿Por qué no autorizar a un órgano internacional que trabaje para crear y supervisar las autonomías culturales y regionales en el seno de los Estados? Es sorprendente que un sistema que fue posible en la década de 1920 no sea posible en el siglo XXI.

¿Por qué no concluir convenios internacionales multilaterales sobre fórmulas autonómicas con el propósito de crear un sistema internacional de supervisión para las diferentes fórmulas de autonomía? A los estados se les exigiría que las fórmulas de autonomía existentes en su jurisdicción fueran sometidas a supervisión internacional. Tales Convenios deberían igualmente intentar animar a la adopción de nuevas fórmulas de autonomía para las que deberían trabajar los órganos de los mismos. Si una fórmula de autonomía quedara sometida a un

26. Para una visión global, *vid. Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life*, 1999, aprobadas por un grupo de expertos en un seminario organizado por la Fundación para las Relaciones Interétnicas. El Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) se involucró en la aprobación de las "Recomendaciones de Lund". La Parte III de estas "Recomendaciones de Lund" trata del autogobierno y la Parte IV, de las garantías del mismo. Desafortunadamente, las "Recomendaciones de Lund" no dicen nada sobre una garantía o control internacional. *Vid. K. Myntti. A Commentary to the Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights/Åbo Akademie University, 2001.

sistema internacional de supervisión, el estatus y los términos de la fórmula autónoma deberían ser especificados.

Ese eventual órgano internacional de supervisión sería un órgano de expertos juristas, quizás similar al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Los órganos directivos de esa autonomía y el Estado afectado podrían acudir a ese órgano de supervisión para dirigir quejas o cuestiones y ese órgano respondería, ya fuera de modo vinculante o consultivo. Evidentemente, sería más fácil para los estados someterse a un sistema en el que el órgano supervisor tuviera solo competencia consultiva.

Debiera clarificarse, desde el principio, que el nuevo procedimiento internacional de supervisión no estaría dirigido a conducir a las autonomías a una futura secesión de su Estado de origen. Esta parece una condición previa inexcusable para que los estados puedan considerar el desarrollo de procedimientos internacionales relativos a la autonomía. Ese eventual nuevo procedimiento internacional trataría de contribuir al establecimiento y puesta en práctica de fórmulas autónomas estables en una atmósfera de conducta de buena fe por el Estado y la entidad autónoma, bajo la supervisión de un órgano internacional neutral.

RESUMEN

Finlandia ofrece dos interesantes casos de autonomía, territorial y cultural, en relación a las islas Åland y al pueblo indígena saami (lapón). Las islas Åland se encuentran en el mar Báltico, entre Finlandia y Suecia. Un 94% de su población es sueco-parlante. Este artículo examina su sistema autonómico, que lleva unos 90 años funcionando de modo bastante satisfactorio. Este aparente éxito se debe fundamentalmente a su bien protegido estatus en el sistema constitucional de Finlandia y a su claro alcance. Las disputas sobre la autonomía entre Åland y el Estado se resuelven mediante procedimientos legales. El Estado ha mostrado su buena fe respecto a la autonomía de Åland. Incluso la Ley de autonomía establece que la comunicación entre las autoridades del Estado y las de Åland se hará en sueco, y no en finlandés, que es la lengua nacional mayoritaria. El vasto Territorio saami forma la parte más septentrional de Finlandia (Laponia), pero solo un tercio de su población es saami. En conjunto los saami apenas suman unos 8.500 individuos, de los que solo la mitad habitan en el Territorio. El alcance de su autonomía es muy limitado. El sistema establece la existencia de un parlamento democrático saami como representante del conjunto del pueblo saami y sus competencias en relación a la lengua saami. Sin embargo, los indígenas saami no tienen derechos respecto a sus tierras y aguas tradicionales y sus recursos naturales.

Palabras clave: islas Åland; pueblo indígena saami; Parlamento saami; auto-determinación; autonomía; autonomía territorial; autonomía cultural.

RESUM

Finlàndia ofereix dos interessants casos d'autonomia, territorial i cultural, en relació amb les illes Åland i el poble indígena saami (lapó). Les illes Åland estan situades al mar Bàltic, entre Finlàndia i Suècia. Un 94% de la seva població és suecoparlant. Aquest article examina el seu sistema autonòmic, que porta uns 90 anys funcionant de manera força satisfactòria. Aquest aparent èxit es deu fonamentalment al seu ben protegit estatus en el sistema constitucional de Finlàndia i al seu clar abast. Les disputes sobre l'autonomia entre Åland i l'Estat es resolen mitjançant procediments legals. L'Estat ha mostrat la seva bona fe respecte a la autonomia d'Åland. Fins i tot la Llei d'autonomia estableix que la comunicació entre les autoritats de l'Estat i les d'Åland es farà en suec, i no en finlandès, que és la llengua nacional majoritària. El vast Territori saami forma la part més septentrional de Finlàndia (Lapònia), però només

un terç de la seva població és saami. En conjunt els saami amb prou feines sumen uns 8.500 individus, dels quals només la meitat viuen en el Territori. L'abast de la seva autonomia és molt limitat. El sistema estableix l'existència d'un parlament democràtic saami com a representant del conjunt del poble saami i les seves competències en relació amb la llengua saami. No obstant això, els indígenes saami no tenen drets respecte a les seves terres i aigües tradicionals i els seus recursos naturals.

Paraules clau: illes Åland; poble indígena saami; Parlament saami; autode-terminació; autonomia; autonomia territorial; autonomia cultural.

ABSTRACT

Finland offers two interesting cases of special autonomy, territorial and cultural, regarding Åland Islands and the indigenous Saami people. Åland is located in the Baltic Sea, between Finland and Sweden. Circa 94% of its population are Swedish speaking. This article examines its autonomy system, that is about 90 years old and is functioning quite well. Main reasons of the apparent success of the autonomy system are its well protected status in the constitutional system of Finland and its fairly clear scope. Autonomy disputes between Åland and the State are solved according to legal criteria. The State has had a bona fide attitude at the Åland autonomy; even the Autonomy Act provides that the language of communication between the authorities of the State and Åland is Swedish, and not the leading national language, Finnish. The vast Saami Home Territory forms the northernmost part of Finland (Lapland), but only about a third of its population are Saami. Altogether the Saami make circa 8,500, but only about a half of them live in the Territory. The scope of its cultural autonomy is quite limited. The system provides the existence of a democratic Saami Parliament as the representative of the entire Saami people and its powers with regard to the Saami language. However, the indigenous Saami have virtually no special rights with regard to their traditional lands and waters and their natural resources.

Keywords: Åland Islands; the indigenous Saami people; Saami Parliament; self-determination; autonomy; territorial autonomy; cultural autonomy.

FEDERALISMO JUDICIAL EN MÉXICO. CONCEPCIONES, EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

Víctor Manuel Collí Ek

Profesor del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, México

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Federalismo judicial. Aceptaciones en México. – 2.1. Federalismo judicial como casación. – 2.2. Federalismo judicial como control de la constitucionalidad general. – 2.3. Federalismo judicial como control constitucional estatal. – 3. El marco constitucional del federalismo judicial. – 3.1. La primera modificación a los poderes judiciales estatales. – 3.2. La segunda modificación a los poderes judiciales estatales. – 3.3. Parámetros mínimos en la Constitución general, interpretación de la Suprema Corte. – 4. Federalismo judicial. Definición de la legalidad en sede estatal. – 4.1. El pensamiento del constituyente mexicano. – 4.2. La reforma constitucional de amparo de 6 de junio de 2011. – 5. Federalismo judicial como control difuso de la Constitución mexicana. – 6. El federalismo judicial como justicia constitucional estatal. Modelos de control constitucional. – 7. A manera de conclusión. – *Resumen – Resum – Abstract.*

1. Introducción

Los Estados Unidos Mexicanos, o México, es una república, representativa y federal, que de acuerdo con el artículo 40 de su Constitución está compuesta de “estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación”.

Artículo recibido el 07/08/12; aceptado el 24/11/12.

El presente trabajo es un producto del proyecto “La vigencia de la Constitución en la Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional” núm. 154998, financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, México. Agradezco la incansable labor de Mariana Guadalupe Casas Collí, estudiando de la carrera de derecho, y Alejandro Martínez Balam, estudiante del doctorado en derecho, ambos becarios del citado proyecto.

En ese sentido, en México existen 31 estados, un Distrito Federal y el Poder Federal. Independientemente de la discusión cada vez más sólida de convertir al Distrito Federal en un estado,¹ los 31 existentes tienen su propia constitución, cuyo contenido oscila entre el respeto de los parámetros de la Constitución nacional –como la división de poderes, el término del mandato del poder ejecutivo y legislativo, la organización de las elecciones, etc.– y el desenvolvimiento de todo aquello que no dice la Constitución general que se entiende reservado a los estados.²

La fórmula federal en México determina expresamente aquellas cosas que son competencia de la Federación e implícitamente lo demás será competencia de los estados.

A pesar de ello, el robustecimiento de facultades a la Federación –una tendencia que se ha ido observando desde la promulgación de la Constitución mexicana en 1917– ha permitido una cada vez más empujada libertad de los estados para actuar, ya que mediante reformas a la Constitución nacional, especialmente a su artículo 73, donde se encuentran las facultades del Congreso de la Unión, podemos observar, a través de estas facultades, un sistema federal altamente centralizado.

Tal sistema centralizado se concluye con la existencia robustecida de una tendencia hacia la implementación de facultades llamadas “concurrentes”, lo cual significa, en el ideario, compartir obligaciones entre la Federación y los estados, pero concretamente donde la capacidad de legislación, de diseñar políticas a partir de estas leyes y actuar como autoridad de primera mano con capacidad de decisión sobre la interpretación de estas políticas sigue perteneciendo a la Federación y la capacidad de responder a un modelo de política diseñado es de los estados. Parece ser que en un futuro cercano la tendencia no se va a revertir.³

1. En la actualidad su marco fundamental oscila entre lo que dispone el artículo 122 de la Constitución, el Estatuto de Gobierno que es expedido por el Congreso de la Unión –Congreso Nacional– pero sus autoridades, ejecutivo y legislativo, son elegidos popularmente por sus habitantes.

2. Dice el artículo 124 constitucional: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados”.

3. Sobre esta evolución y sus perspectivas podemos ver Víctor Manuel Collí Ek. *Federalismo y Congreso 1917-2011. Evolución y perspectivas*, Cuaderno de Trabajo 9, México, Senado de la República. Instituto Belisario Domínguez, septiembre de 2011.

En este sentido, hay una federación, existen los marcos constitucionales nacional y estatales al igual que se determinan directrices en la Constitución nacional. Tal es el estado dentro del que se desenvuelve el tema que abordaremos en el presente estudio, pero debemos sumar para mejor entender el actual funcionamiento del federalismo judicial en México la importante influencia de cuatro factores: dos recientes reformas constitucionales nacionales –amparo y derechos humanos–, la capacidad interpretativa de la Suprema Corte mexicana⁴ y la creatividad e impulso de los estados de respetar su marco constitucional interno.

En este marco es que debemos atender al federalismo judicial en México. Un concepto complejo como inmediatamente veremos e interactuando con el estado de cosas que generalmente hemos trazado y desenvolveremos un poco más en las líneas que siguen.

2. Federalismo judicial. Acepciones en México

En México encontramos tres diferentes acepciones sobre federalismo judicial que sostendremos en el presente estudio,⁵ teniendo presente la naturaleza federal de nuestro país, y mirando no al poder central sino a los estados federados tendríamos que decir que estas acepciones se forman a partir de dos elementos: a) el común denominador de la judicatura o poderes judiciales estatales, llamados igualmente “locales” o en algunos textos de la doctrina se empieza a ver “estadales”; b) estas acepciones encuentran su modalidad, a partir de la relación con lo constitucional o lo legal como fuente de valoración desde donde se desarrollan, esto es federalismo judicial, pueden referirse a cuestiones de constitucionalidad o legalidad.

Estos dos elementos generan tres significados del federalismo judicial: a) federalismo judicial como defensa de la legalidad estatal,

4. Sobre la importancia de la Suprema Corte en las reflexiones de la Reforma del Estado y el fortalecimiento del federalismo judicial, Víctor Manuel Collí Ek. *La Suprema Corte y su aportación para la Reforma del Estado*, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Edgar Danés Rojas, *La protección orgánica de la Constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, p. 105-121.

5. CFR. Víctor Manuel Collí Ek. “Lo que es el Federalismo Judicial. Análisis y prospección”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 12, julio-diciembre de 2008. Igualmente, María del Pilar Hernández. *Del Federalismo Judicial*, Idem, núm. 2, julio-diciembre de 2003.

entendido como casación; b) federalismo judicial como defensa de la constitucionalidad nacional; c) federalismo judicial como defensa de la constitucionalidad estatal o local. Haremos una referencia introductoria a cada una de estas acepciones para posteriormente desarrollar sus implicaciones.

2.1. Federalismo judicial como casación

En un primer discurso o sentido, escuchamos hablar de federalismo judicial como la creación de Cortes Estatales de Casación, que a manera del modelo francés garanticen la correcta interpretación de la norma jurídica, pero todo esto dentro del ámbito de lo "legal", entendiéndose así ninguna potencial afectación a la Constitución y en consecuencia, ninguna declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de acto de autoridad alguna; esta doctrina se ha visto afectada por la famosa introducción del amparo en negocios judiciales.

La procedencia del amparo en negocios judiciales⁶ está íntimamente ligada con la idea de que el juicio de amparo permite a los tribunales federales revisar las sentencias definitivas de los tribunales locales, y con esto tener capacidad de decisión sobre todo aquello que pueda ser materialmente jurisdicción de los estados.⁷ Esto ha sido motivo de discusión en infinidad de ocasiones en la historia constitucional de nuestro país; la última vez que se hizo una revisión fue en junio de 2011, mediante una reforma constitucional general al juicio de amparo, que analizaremos adelante.

6. Haciendo referencia a la discusión que desde su origen en el siglo XIX ha generado la figura del amparo federal y la posibilidad de que a través de esta figura de control constitucional se puedan revisar decisiones de los tribunales locales, esto es, el amparo en negocios judiciales, Manuel González Oropeza señala, explicando lo que implica esta figura: "A partir de la reglamentación del juicio de amparo de 1869 se había abierto el debate sobre la procedencia del juicio de amparo contra las sentencias de los tribunales superiores de justicia. Desde los debates de la ley, la decisión de prohibir la casación federal, vía juicio de amparo, contra las decisiones judiciales definitivas de los estados, fue objeto de opiniones divididas, sin una clara mayoría." *El Amparo en Negocios Judiciales. El caso de Miguel Vega*, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México, Vol. X, p. 387.

7. Sobre el impacto de la justicia federal sobre la local, CFR. Julio Bustillo, "Amparo federal vs. Amparo local. La incertidumbre de la protección constitucional local frente a la jurisdicción federal", en *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 15 y 16, enero-diciembre de 2010: 103-138. Del mismo autor, *Federalismo Judicial a través del Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010.

2.2. Federalismo judicial como control de la constitucionalidad general

En un segundo sentido, por ese término se suele entender las consecuencias de una interpretación de nuestra Suprema Corte Nacional del concepto de supremacía de nuestra Carta fundamental general⁸ –al modo de la interpretación norteamericana, el control difuso o la doctrina control judicial o *judicial review*– esta interpretación por décadas prohibió la posibilidad de los jueces estatales de decidir utilizando los contenidos de la Constitución general, algo que a partir de junio de 2011 ha ido cambiando, especialmente con la revisión de las implicaciones del Caso Radilla Pacheco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que expondremos líneas abajo.

2.3. Federalismo judicial como control constitucional estadual

Un tercer discurso sobre el federalismo judicial deviene igualmente del entendido de un sistema de defensa judicial de la constitucionalidad, pero atendiendo a la naturaleza federal de México. Esta constitucionalidad ahora se refiere a los textos fundamentales de cada estado. En este entendido, “federalismo judicial” sería igualmente la facultad de los tribunales estatales de decidir a partir de su constitución local. Algunos esfuerzos se han generado para introducir sistemas de control constitucionales en las constituciones estatales. El primero de ellos fue el estado de Veracruz en 2000 y, a partir de ahí, cada vez más estados han logrado introducir estos sistemas en sus textos constitucionales, generándose una variada muestra de desarrollo.

Desenvolveremos con más detalle estas tres formas indicadas, pero previamente, a manera de marco general del discurso, haremos referencia a los parámetros que la Constitución nacional establece para los poderes judiciales estatales y los elementos que la Suprema

8. Es una interpretación del artículo 133 constitucional que señala: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.”

Corte mexicana ha determinado que las constituciones locales deben tener, para considerar la satisfacción de esos parámetros.

3. El marco constitucional del federalismo judicial

El reconocimiento, organización y funcionamiento del poder judicial de los estados⁹ se encuentra actualmente delimitado en la Constitución nacional,¹⁰ específicamente en la fracción III del artículo 116, que en su redacción original en 1917, no señalaba nada al respecto.¹¹

El texto actual de este artículo es principalmente producto de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 17 de marzo de 1987,¹² pues con anterioridad a esta reforma

9. México, siendo una república federal, coloquialmente contrapone a la “Federación” por un lado, y los “estados” o “entidades federativas”.

10. La Constitución mexicana vigente es inmediatamente posterior a la Revolución Mexicana de 1910, fue producto del Congreso Constituyente convocado por Venustiano Carranza, que funcionó en 1916 y 1917 hasta el 5 de febrero, que se presentó oficialmente el texto fundamental. Originalmente fue concebida como un proyecto de reformas de la Constitución de 1857 pero por su contenido, aunque oficialmente se tituló “Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857”, se ha considerado un texto fundamental independiente.

11. El texto original del artículo señalaba lo siguiente: “Los Estados pueden arreglar entre sí, por convenios amistosos, sus respectivos límites; pero no se llevarán a efecto esos arreglos sin la aprobación del Congreso de la Unión.”

12. “La característica central de las reformas promovidas por el presidente de la República, Miguel de la Madrid Hurtado, es la consistencia, la congruencia, la simetría de las normas referentes a los órganos de los poderes judiciales tanto federales y del Distrito Federal como de los estados locales.” Ulises Schmill Ordóñez. *Las nuevas bases del sistema judicial mexicano, 1982-1987. Reflexiones, Apuntes bibliográficos*, México, UNAM, 1987 en, p. 35. Por su parte Héctor Fix Fierro indicaría de esta reforma en sentido general: “Puede decirse que la reforma de 1987 inició una ‘transición judicial’, en el sentido de que introdujo al menos tres cambios que apuntan hacia una nueva dirección en la evolución de los tribunales. En primer lugar, dicha reforma transfirió a los Tribunales Colegiados de Circuito la resolución última de los llamados amparos de legalidad, es decir, aquellos que se refieren únicamente a la interpretación ‘correcta’ de las leyes secundarias, descargando así a la Suprema Corte de este tipo de asuntos –la reducción de asuntos fue de unos dos mil entre 1987 y 1988– y abriendo la puerta para una mayor especialización de la Corte en asuntos de constitucionalidad. Incidentalmente, la reforma le otorgó también a la Suprema Corte mayores facultades de gobierno y administración del poder judicial de la Federación, en particular, la facultad de establecer nuevos tribunales y juzgados sin necesidad de reformar la respectiva ley orgánica. En segundo lugar, la reforma de 1987 definió lineamientos mínimos para la organización de los tribunales locales y el nombramiento de jueces y magistrados. En tercer lugar, se estableció el primer tribunal electoral.”, en “La reforma judicial en México, ¿de dónde viene? ¿hacia dónde va?”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia* (2), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 278.

constitucional no se encontraba regulada constitucionalmente la administración de justicia de los estados.¹³

El artículo 116 de la Constitución mexicana ha tenido hasta la fecha un total de cinco reformas, solo dos de ellas, la de 1987 y 1994, se han referido al poder judicial estatal.

La primera de esas reformas estableció los parámetros de los poderes estatales,¹⁴ y con esto incluyó, por primera vez, en la Constitución federal las bases para la regulación del poder judicial estatal.

La segunda reforma constitucional afectó, por un lado, lo relacionado con los requisitos a cumplir para ocupar el cargo de magistrado; por otro estableció prohibiciones para ocupar dicho cargo.

3.1. La primera modificación a los poderes judiciales estatales

La primera reforma fue publicada en el DOF del martes 17 de marzo de 1987,¹⁵ formalmente se modificó todo el contenido y, materialmente, en cuanto a lo relativo al poder ejecutivo y legislativo estatal, se

13. La doctrina ha planteado que esta omisión en la normatividad constitucional, como norma suprema, representaba una falta de concreción al federalismo, lo que incidía directamente en la no definición plena del concepto de justicia estatal, planteada frente a una justicia federal en dos niveles, que por lo menos se representaban jurídicamente en una justicia, la federal, con una reglamentación constitucional y la otra, la estatal sin ella, lo que en la realidad tendría efectos de anomalía funcional del sistema con las consecuentes desviaciones históricas. CFR. *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una Agenda para la justicia en México*, México, 2006. Y Hugo Concha Cantú y José Antonio Caballero Juárez. *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México, National Center for State Courts-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001.

14. La inclusión de las características generales del poder ejecutivo y legislativo local se había establecido en reformas constitucionales previas, como la del 3 de febrero de 1983, pero como este texto se encontraba en el artículo 115, justamente se especializará la Constitución en su contenido con la reforma de 1987, en la cual decidirá dedicar el 116 especialmente para todo aquello propio de los poderes de los estados.

15. DO Martes 17 de marzo de 1987. Presidente Miguel de la Madrid H. Se reformó el artículo 116. Al respecto Cinthya Chanut Esperón señala: "Con anterioridad a la reforma constitucional de 17 de marzo de 1987, no se encontraba regulada constitucionalmente la administración de justicia de los estados, pues la organización de los tribunales se realizaba conforme a las facultades derivadas del artículo 124 de la Constitución, lo cual hizo que los justiciables optaran por la justicia federal de los estados, lo cual a su vez generó el aumento de juicios de amparo." *El Poder Judicial de la Federación y la tutela de la independencia de los poderes judiciales locales*, en Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.) *La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 99.

trajo del artículo 115 en fracciones I y II respectivamente y en la III se colocaría lo relativo al poder judicial.¹⁶

La iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal el 25 de febrero de 1987 –que inició una “transición judicial” en México¹⁷– ante el Constituyente permanente fue recogida de las necesidades expuestas en el XIII Congreso Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de la República Mexicana, que se celebró en Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, el día 16 de mayo de 1986.

El objetivo principal de esta reforma era perfeccionar la administración de justicia en México y así se expresó en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional presentada por el entonces presidente de la República Miguel de la Madrid. Para esto se requería primero del reconocimiento de la división de poderes en cada uno de los estados, lo cual necesitaba de la implementación de medios adecuados, el resultado la independencia del poder judicial estatal; esto permitiría principalmente salvar la función jurisdiccional del capricho de gobernantes o sujetos del ámbito local y lograr así la existencia de la garantía de “seguridad jurídica”.

16. El nuevo texto del 116 constitucional, en cuanto a la fracción III, sería el siguiente: “Artículo 116.- III.- El Poder Judicial de los Estados se ejercerá por los tribunales que establezcan las constituciones respectivas. La independencia de los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las constituciones y las leyes orgánicas de los estados, las cuales establecerán las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los poderes judiciales de los estados. Los magistrados integrantes de los poderes judiciales locales deberán reunir los requisitos señalados por el artículo 95 de esta Constitución. Los nombramientos de los magistrados y jueces integrantes de los poderes judiciales locales serán hechos preferentemente entre aquellas personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia o que lo merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica. Los jueces de primera instancia y los que con cualquiera otra denominación se creen en los estados serán nombrados por el Tribunal Superior o por el Supremo Tribunal de Justicia de cada estado. Los magistrados durarán en el ejercicio de su encargo el tiempo que señalen las constituciones locales, podrán ser reelectos, y si lo fueren, sólo podrán ser privados de sus puestos en los términos que determinen las constituciones y las leyes de responsabilidades de los servidores públicos de los estados. Los magistrados y los jueces percibirán una remuneración adecuada e irrenunciable, la cual no podrá ser disminuida durante su encargo.”

17. Héctor Fix Fierro. *La reforma judicial en México, ¿de dónde viene? ¿hacia dónde va?*, en *Reforma Judicial*. Revista Mexicana de Justicia, 2, 2003, p. 278. Por su parte Ulises Schmill Ordóñez señala que “La característica central de las reformas promovidas por el presidente de la República, Miguel de la Madrid Hurtado, es la consistencia, la congruencia, la simetría de las normas referentes a los órganos de los poderes judiciales tanto federales y del Distrito Federal como de los estados locales” en *Las nuevas bases del sistema judicial mexicano, 1982-1987. Reflexiones, Apuntes Bibliográficos*, México, UNAM, 1987, p. 35.

De manera individual fueron siete los lineamientos que se incluyeron y que implementarían un esquema general de actuación de los poderes judiciales de los estados.

En el párrafo segundo se hizo el reconocimiento de la independencia del poder judicial, al garantizar que el ejercicio de las funciones de magistrados y jueces se regule en los textos constitucionales estatales y en las respectivas leyes orgánicas.

En el tercer párrafo se estableció la obligación de cumplir con los mismos requisitos que la Constitución establecía como necesarios para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁸

El cuarto párrafo estableció las características que deben ser tomadas en cuenta al hacer los nombramientos de jueces y magistrados.¹⁹

En el párrafo quinto se salvaguarda la facultad de los Tribunales Superiores de Justicia para designar a los jueces de primera instancia o sus equivalentes, en cualquiera de los estados.

En el párrafo sexto se estableció el tiempo durante el cual los magistrados ejercerán y durarán en su cargo, determinado en sus propias constituciones y podrán ser reelectos en ese cargo, cuya permanencia dependerá únicamente del desarrollo de sus funciones y solo podrán

18. La Cámara de Senadores durante el proceso de reforma constitucional en comento señaló que al ser los Tribunales Superiores de Justicia el máximo órgano jurisdiccional de cada entidad federativa, así como lo es la Suprema Corte de Justicia para la Nación, los magistrados de aquéllos deben de probar su objetividad, idoneidad profesional y moral para ocupar dichos cargos, tal y como los hacen los ministros para integrarse a la Corte. Los requisitos para ser ministro de la Corte, de acuerdo con el contenido del artículo 95 de la Constitución mexicana en ese tiempo, eran: "I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles. II. No tener más de sesenta y cinco años de edad, ni menos de treinta y cinco, el día de la elección. III. Poseer el día de la elección, con antigüedad mínima de cinco años, título profesional de abogado, expedido por la autoridad o corporación legalmente facultada para ellos. IV. Gozar de buena reputación y no haber sido conenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión, pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena. V. Haber residido en el país durante los últimos cinco años, salvo el caso de ausencia en servicio de República por un tiempo menor de seis meses". Por regla general, el de nombramiento para ministros de la Corte y magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia se realiza con la colaboración, en cada esfera de competencia, del Ejecutivo, quien hace una terna y el Legislativo, quien califica y aprueba la misma. El nombramiento de los jueces inferiores se hace directamente, a nivel federal, por el Consejo de la Judicatura y a nivel estatal, donde no existe Consejo Estatal de la Judicatura, por el Tribunal Superior de Justicia.

19. Al respecto el dictamen de la Cámara de senadores expresó que al requerirse estas exigencias se establecía el principio de una auténtica carrera judicial en los estados de la República.

ser privados en los términos de la propia Constitución o de las leyes de responsabilidades de los servidores públicos del Estado; esto se traduce también en que si un magistrado es ratificado en su cargo, solo podrá ser relevado por causa justificada.

En cuanto al último párrafo, que refiere a la remuneración que los empleados del poder judicial deben percibir, se debe tomar en cuenta que esta garantizará una posición social digna que le proporcione al juez bienestar económico, para así obtener la total entrega a sus labores, habilitándolos para que contribuyan al mejoramiento de la administración de justicia. Por lo tanto esta debe de cumplir con las siguientes características: adecuada, irrenunciable y no podrá ser disminuida durante el periodo de ejercicio.

3.2. La segunda modificación a los poderes judiciales estatales

Es importante indicar que esta reforma implicó un cambio sistemático en el sistema de administración de justicia del país, por lo que significó cambios igualmente a la composición de la Suprema Corte.

En específico, devenido de esta reforma sistemática, la segunda reforma que tuvo el artículo 116 y que igualmente afectó a la fracción III se publicó el 31 de diciembre de 1994,²⁰ modificando por un lado el párrafo tercero que establecía los requisitos a cumplir para poder ser magistrado. Y por otro lado se derogó el párrafo quinto, que determinaba quién era la autoridad competente para designar a los jueces de primera instancia.²¹

20. DOF Sábado 31 de diciembre de 1994. Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León. Se reformó la fracción III, párrafo tercero y se derogó el párrafo quinto, hecho lo cual se recorre la numeración del artículo 116. Fe de erratas publicada el 3 de enero de 1995. "Artículo 116.- (...) I.- y II.- (...) III.- (...) Los magistrados integrantes de los Poderes Judiciales Locales deberán reunir los requisitos señalados por las fracciones I a V del artículo 95 de esta Constitución. No podrán ser magistrados las personas que hayan ocupado el cargo de secretario o su equivalente, procurador de justicia o diputado local, en sus respectivos estados, durante el año previo al día de la designación (...) Se deroga (...) IV.- a VI.- (...)."

21. "La reforma del párrafo tercero tuvo como razón de ser el adecuar los requisitos e impedimentos exigidos para los magistrados locales a los consignados en el artículo 95 para los magistrados federales; y, la derogación del párrafo quinto, tuvo como finalidad el eliminar el esquema de nombramiento rígido para los jueces de los Estados a fin de que cada entidad federativa adoptara el esquema de organización judicial que estimara más conveniente." Cynthia Chanut Esperón, Op. Cit., p. 99.

El párrafo tercero estipulaba de manera genérica los nuevos requisitos a cumplir para ser magistrado y debían ser todos los enumerados por el artículo 95 de la Constitución federal –igualmente modificado en esta reforma– relativo a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²²

En el párrafo quinto se salvaguardaba la facultad para los Tribunales Superiores de Justicia de cada Estado de designar a los jueces de primera instancia. Con esta reforma dicho párrafo se derogó con el objetivo de eliminar “el esquema de nombramiento rígido para los jueces de los estados, a fin de que cada entidad federativa adoptara el esquema de organización judicial que estimara más conveniente”.

3.3. Parámetros mínimos en la Constitución general, interpretación de la Suprema Corte

El artículo 116 fracción III ha sido motivo de diversas interpretaciones por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,²³ pero para efectos del discurso que sostenemos un caso en especial debemos atender: la resolución de la Controversia constitucional 138/2008,²⁴ en

22. “Otras modificaciones en cuanto a los requisitos de designación son la ampliación de cinco a diez años de la expedición del título profesional de abogado, la supresión de la edad máxima de ingreso y la reducción a un año del periodo de residencia en el país antes de la designación. Con las dos primeras medidas se busca que las personas propuestas tengan mayores conocimientos y experiencia al momento de ocupar el cargo, mientras que la última iguala los términos de residencia respecto de los principales cargos públicos de la Federación, al no existir razones para mantener las diferencias que hasta hoy prevalecen. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno XIII, enero de 2001, p. 497.

23. La interpretación de la Corte sobre esta fracción principalmente se ha centrado en el fortalecimiento de la independencia judicial estatal, interpretación que ya forma un cuerpo doctrinal como se puede ver en Víctor Manuel Collí Ek. *La magistratura estatal. Evolución, Consolidación y Defensa en la Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, 2010.

24. Controversia constitucional 138/2008. Actor: Poder Judicial del Estado de Tlaxcala contra los Poderes Legislativo y Ejecutivo de esa entidad. Ministra ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, resuelta el día 8 de noviembre de 2010. Sesionada los días: 26 y 28 de octubre, 4 y 8 de noviembre de 2010. De acuerdo con la ponente, el asunto consistía: “La controversia con la que se ha dado cuenta fue promovida, como bien se señaló, por el presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala, en representación del Poder Judicial del mismo, en contra del Congreso del Estado y del gobernador por la emisión del Decreto número 11, que fue emitido el primero de agosto de dos mil ocho. En este Decreto se reforma la Constitución del Estado, diversos artículos de esta Constitución, y concretamente los reclamados son tres: el 79, el 82 y el 86. En el artículo 79, lo que se está estableciendo es la integración del Poder Judicial del Estado, se dice que funcionará en Pleno y en Salas, se menciona que tiene facultades para emitir acuerdos generales, se

donde la Corte, dando un paso adelante de su jurisprudencia protectora, determinó qué exige la Constitución nacional a las constituciones estatales como contenido mínimo, relativo a los poderes judiciales locales para su organización y la defensa de su independencia. La decisión llegó a 16 requisitos mínimos, exponemos la lista de estos requisitos y la votación alcanzada en el Pleno por cada uno de ellos:²⁵

1. La previsión del órgano cúspide del poder judicial de los estados (unanimidad de nueve votos).²⁶

2. La previsión del número de magistrados del órgano cúspide (mayoría de ocho votos).

3. La previsión del número determinado de magistrados (mayoría de cinco votos).

4. Las constituciones locales deben prever a los jueces de Primera Instancia (unanimidad de nueve votos).

5. Debe preverse cualquier órgano en el que se deposite el ejercicio del poder judicial del Estado (unanimidad de nueve votos).

6. Debe preverse el órgano del poder judicial del Estado que se encargue de la administración, vigilancia y disciplina de los servidores del poder judicial del Estado, así como el garantizar las condiciones de

determina que la administración, vigilancia y disciplina de jueces y magistrados se llevará a cabo por el Consejo de la Judicatura del Estado, se señala la duración de los magistrados, que será de seis años y que además tendrán derecho a una ratificación, y se señala también como edad límite setenta y cinco años de servicio; y que solamente podrán ser removidos por falta grave, por alguna incapacidad de carácter mental o por alguna sanción que se establezca por la Ley de responsabilidades, o bien por el cumplimiento de la edad límite. En el artículo 82 está determinado que los órganos y funciones del Tribunal Superior de Justicia estarán establecidos en la Ley orgánica correspondiente; y por último, el artículo 85 menciona que el presidente del Consejo de la Judicatura del Estado rendirá un informe cada seis meses ante el Congreso del Estado o a requerimiento del Congreso." Versiones Taquigráficas de las Sesiones del Pleno (SCJN, VT) p. 4-5.

25. Sentencia de la Controversia constitucional 138/2008. Considerando Séptimo denominado "Requisitos mínimos que deben contener las Constituciones locales conforme a lo dispuesto en el artículo 116, fracción III de la Constitución Federal": 59-77. Se indicó en la sentencia en cuanto a la posible falta de cumplimiento: "Consecuentemente, la falta de cumplimiento de la obligación de las legislaturas de los estados de adecuar sus constituciones locales a las disposiciones contenidas en al fracción III del artículo 116 de la Constitución Federal, debe considerarse como una omisión absoluta, en los casos en los que el órgano legislativo se ha abstenido de reformar su Constitución y sus leyes orgánicas locales conforme lo manda la Norma Fundamental; o una omisión relativa cuando el mismo órgano emite alguna reforma a su orden jurídico local de manera incompleta o deficiente": *Ibidem*: 74.

26. Este conteo obedece a la aprobación de cada uno de los requisitos en las discusiones del Pleno de la Suprema Corte, el día 4 de octubre de 2010. SCJN, VT, p. 75-77. Consultables en la página de la Suprema Corte: www.scjn.gob.mx.

su ingreso, formación y permanencia; aquí son dos votaciones que se fusionaron en una sola (se aprobó por unanimidad de nueve votos).

7. Deben regularse las atribuciones esenciales del órgano cúspide (mayoría de siete votos).

8. Preverse que órgano(s) participan en el procedimiento para nombrar magistrados (unanimidad de nueve votos).

9. El procedimiento para el nombramiento de magistrados (unanimidad de nueve votos).

10. La previsión de los requisitos mínimos para ser nombrado juez (mayoría de siete votos).

11. La previsión de las bases generales que acotan las causas de remoción de los magistrados (mayoría de ocho votos).

12.a) el órgano u órganos competentes para conocer y resolver el procedimiento para remover magistrados (mayoría de ocho votos); b) dicho órgano debe ser colegiado (mayoría de cinco votos).

13. La previsión de las bases generales que acotan las causas de remoción de los jueces (mayoría de seis votos).

14.a) el órgano competente para resolver sobre la remoción de los jueces (mayoría de seis votos); b) dicho órgano debe ser colegiado (mayoría de cinco votos).

15. El procedimiento de remoción de los jueces (mayoría de seis votos).

16. La previsión de un sistema que garantice la permanencia de los magistrados (por mayoría de ocho votos).

En el cuadro siguiente podemos observar un esquema de la situación actual de cumplimiento en los textos constitucionales locales a partir de los parámetros establecidos por la Suprema Corte mexicana. Cabe señalar que con excepción de Campeche, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Puebla, Querétaro, Sinaloa y Zacatecas, todos los demás tienen su administración, control y vigilancia en un Consejo de la Judicatura y no como facultad del Tribunal Superior de Justicia en Pleno.²⁷

27. El cuadro está basado en una revisión de los textos constitucionales locales en la base de datos de la página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que es una base confiable y actualizada permanentemente. Esta base de datos puede ser consultada en: <http://www.scjn.gob.mx/normativa/Paginas/Legislacion.aspx> (revisada el 31 de julio de 2012). Los nombres completos de los estados, son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal –técnicamente la sede de los poderes federales, pero sus principales autoridades (Jefe de Gobierno y Asamblea Legislativa), se eligen popularmente, actualmente hay una discusión sobre la posibilidad de dotarla de mayor autonomía e inclusive una constitución propia– Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos,

El efecto de las votaciones, indicadas al lado de cada requisito, fue un tema debatido en la sesión del Pleno de la Corte el día 28 de octubre –especialmente las páginas 26 a 42– ahora bien, el criterio que prevaleció hace una lectura del artículo 42 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se indica que para que una determinación sea obligatoria para todos los tribunales del país, se requiere la votación de por lo menos ocho votos, y como en la sesión respectiva indicó el ministro Cossío, “si tenemos ocho o más votos generaremos precedentes obligatorios en términos del 43 (artículo de la Ley citada). Creo en caso de que no tengamos esos ocho votos, podríamos tomar una resolución que no generaría esta condición de precedente, pero creo que no sería el caso de desestimar”.²⁸

Lo anterior significa que aquellos puntos en donde se llegó a ocho votos o más son criterios obligatorios para todos los jueces del país, mientras que aquellos que no lleguen a este número servirán solo como criterios orientadores.

Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán.

28. SCJN. VT, 28 de octubre de 2012: 18.

1=Órgano Cúspide. – 2=Mgdos. – 3=Núm. de Mgdos. – 4=Jueces Primera Instancia.

5=Órganos Poder Judicial. – 6=Admon. y Vigilancia. – 7=Fac. Org. cusp. – 8=Nomb. Mgdos.

9=Pcdto. – 10=Nomb. Jueces. – 11=Remoción Mgdos. Org. Col. – 12=Causas Remoción.

13=Remoción Jueces. Org. Col. – 14=Pcdto. – 15=Estancia Mgdos.

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15
AGS	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•		•
BC	•	•	•		•	•	•	•	•	•	•	•			•
BCS	•	•	•		•	•	•	•	•						
CAM	•			•	•		•	•		•	•	•			
CHIS	•	•	•	•	•	•	•	•	•		•	•	•		•
CHIH	•	•	•	•	•		•	•	•	•	•		•		
COAH	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•		•		•
COL	•	•		•	•	•	•	•	•						•
DF	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
DGO	•	•	•		•		•	•							
GTO	•	•			•		•	•	•	•	•	•	•		
GRO	•	•	•	•	•	•	•	•							
HGO	•	•			•	•	•								
JAL	•	•	•	•	•	•	•	•	•		•	•			
MEX	•	•		•	•	•	•								
MICH	•	•	•	•	•	•	•	•	•		•	•			•
MOR	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
NAY	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•		•	•		
NL	•	•		•	•	•	•	•	•	•		•	•		
OAX	•	•		•	•	•	•	•	•		•	•	•		
PUE	•	•			•		•								
QRO	•	•	•	•	•		•								
QR	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•		•
SLP	•	•		•	•	•	•	•	•	•		•			•
SIN	•	•	•	•	•		•	•	•	•	•	•	•		•
SON	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•					
TAB	•	•	•	•	•	•	•	•		•					•
TAMPS	•	•	•	•	•	•	•	•		•					•
TLAX	•	•			•	•	•	•							•
VER	•	•		•	•	•	•	•		•					•
YUC	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•					•
ZAC	•	•	•	•	•		•	•	•	•					

4. Federalismo judicial. Definición de la legalidad en sede estatal

4.1. El pensamiento del constituyente mexicano

El Constituyente de Querétaro –creador de la Constitución mexicana vigente– al discutir sobre el federalismo judicial subrayó la desconfianza en la real garantía de la independencia de los jueces estatales debido al “cacicazgo de los gobernadores”, por lo cual se prefirió trabajar en la independencia de la judicatura federal y esto fue determinante para el entendido de la libertad de decidir de los poderes judiciales locales –negada finalmente– y el afianzamiento del federalismo judicial en las décadas por venir.

En su informe de presentación de las reformas constitucionales propuestas al citado constituyente, el primer jefe Venustiano Carranza afirmaría: “Finalmente, ha sido también en vana la promesa de la Constitución de 1857, relativa a asegurar a los estados la forma republicana, representativa y popular, pues a la sombra de este principio, que también es fundamental en el sistema de gobierno federal adoptado para la nación entera, los poderes del centro se han ingerido en la administración interior de un estado cuando sus gobernantes no han sido dóciles a las órdenes de aquéllos, o sólo se ha dejado que en cada entidad federativa se entronice un verdadero cacicazgo, que no otra cosa ha sido, casi inevitablemente, la llamada administración de los gobernadores que ha visto la nación desfilar en aquéllas.”²⁹

Tratando de superar esa idea de la dependencia de los judiciales locales, intervinieron Heriberto Jara e Hilario Medina, al redactar su voto particular sobre el artículo 107 constitucional:

Ciudadanos diputados:

Una diferencia de apreciación sobre el papel del amparo garantizador de los derechos del hombre ha ocasionado este voto particular sobre el artículo 107 del proyecto que reglamenta los casos de procedencia de aquel juicio.

A reserva de ampliar nuestros razonamientos en la discusión del artículo, exponemos sucintamente nuestra manera de ver:

“I. En las reglas del artículo 107 del proyecto se establece el amparo contra sentencias definitivas pronunciadas en juicios civiles y en juicios penales. Esto nulifica completamente la administración de justicia de los tribunales comunes de los Estados, porque la sentencia pronunciada por éstos será atacada ante

la Corte mediante el amparo; y sea que este alto tribunal confirme o revoque aquel fallo, tendrá el derecho de revisión sobre la justicia local, produciendo el desprestigio de ésta;

II. Los Estados, por sus tribunales, deben sentenciar definitivamente los litigios y las causas criminales de los habitantes sometidos a su soberanía y no dejar nunca su justicia en manos ajenas, porque resultaría curioso que un Estado que se llama soberano no pueda impartir justicia;

III. La Constitución de 1824 tenía un principio que parece estar de sobra en una república federal; pero que hoy sirve para mostrar lo que debe ser la justicia en un Estado. Este artículo dice así:

Artículo 160: El Poder Judicial de cada Estado ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución; y todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia.

IV. No es vano temor el de que con el sistema del artículo 107 del proyecto se nulifique la justicia local; es un hecho de experiencia que ningún litigante se conforme con la última sentencia del tribunal de un Estado y que acude siempre a la Corte. De ahí ha venido la poca confianza que se tiene a la justicia local, el poco respeto que litigantes de mala fe tienen para ella y la falta bien sentida de tribunales regionales prestigiados. Y, en efecto, en el más alto tribunal de un Estado nunca hay sentencias como definitivas, y así los juicios en realidad tienen cuatro instancias: la primera, la segunda, la súplica y el amparo.

Estas consideraciones y el afán de establecer de una manera sólida la infranqueable justicia local han obligado a los subscripto miembros de la Comisión a formular el presente voto, proponiendo a la aprobación de esta honorable Asamblea el artículo 107 en los términos siguientes:

Artículo 170. Todos los juicios de que habla el artículo anterior, se seguirán a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará la ley. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto a la ley o acto que la motivare.”³⁰

La idea del voto no será aceptada y a diferencia de la Constitución de 1824 como se cita, la nueva Constitución de 1917 eludirá la capacidad de decisión de los poderes judiciales estatales y permitirá la

30. Voto particular de los CC Heriberto Jara e Hilario Medina, sobre el artículo 107 del proyecto de reformas, Diario de los Debates del Congreso Constituyente (1917), tomo II, número 65. Igualmente ver los números 68 y 69, donde se encuentra la discusión. CFR. Lucio Cabrera Acevedo. *El Constituyente de 1917 y el Poder Judicial de la Federación. Una visión del siglo XX*, México, SCJN, 2002, p. 37-45.

revisión de sus sentencias a través del amparo que es de conocimiento del poder judicial federal.

4.2. La reforma constitucional de amparo de 6 de junio de 2011

Esta reforma, largamente esperada, modificó el juicio de protección de derechos humanos en México –el amparo– y en específico poseyó una modificación que está directamente relacionada con la materia que estamos analizando.

Es importante indicar que el amparo, aunque es el único juicio de protección de derechos humanos reconocidos en la Constitución nacional y los tratados internacionales,³¹ otorgado a las personas en México, tiene varios medios de procedencia.

Uno de ellos es el amparo directo. Este se relaciona con el federalismo judicial en la discusión de dos conceptos inmersos en el discurso de la defensa constitucional nacional, primero y naturalmente las “violaciones directas” que implica la afectación de un derecho planteado directamente en el texto constitucional nacional, y segundo, el concepto de “violaciones indirectas” a la Constitución –artículos 14 y 16 constitucionales, llamadas “garantías de legalidad”.

“Violaciones indirectas” significa primariamente una violación de naturaleza legal –efectuada por las autoridades judiciales locales en la emisión de sus sentencias– y que solo a través de una pretendida violación a estas garantías autoriza a las personas para solicitar la protección del amparo por la vía directa, pero el tema de fondo es el incumplimiento de un procedimiento o el quebrantamiento de un precepto legal.

El amparo directo otorga la facultad al poder judicial federal, especialmente a los Tribunales Colegiados de Circuito, para revisar sentencias definitivas de los poderes judiciales estatales, lo que significa, en términos prácticos, la eliminación de la definitividad de las sentencias locales.

Durante el proceso de reforma constitucional, en la sesión del 10 de diciembre de 2009³² en la Cámara de Senadores, analizándose la

31. Precisamente uno de los avances de la reforma constitucional de amparo en comento, implica el reconocimiento de la protección de derechos humanos de sede internacional, lo cual era un poco más complicado de hacer previo a ella.

32. Cámara de Senadores, Gaceta del Senado, sesión de 10 de diciembre de 2009, p. 68.

propuesta, se estableció primeramente que el uso del amparo directo para resolver sobre las decisiones dictadas por los tribunales ordinarios de la República –incluidos los locales– se ha extendido, provocando un sistema más complejo del diseño de la justicia federal, pero por otro lado se concluyó que la mayoría de las sentencias dictadas en amparo directo son negadas –esto significa que los tribunales locales actuaron adecuadamente. Esto llevó a cuestionar la economía de la intervención de la justicia federal sobre la local y en consecuencia la viabilidad y pertinencia del diseño actual.

En consecuencia, la reforma propuso una restructuración animada en dos vías: el afianzamiento de la autonomía de los tribunales ordinarios y una facultad de decisión de los Tribunales Colegiados de Circuito –quienes son los directamente encargados de conocer en la justicia federal de este amparo directo– sobre qué asuntos conocer provenientes de sentencias de tribunales locales. Para este último efecto, la reforma incorporó dos criterios básicos de selección: importancia y trascendencia.

Como se señaló en la exposición de motivos de la reforma en comentario, importancia y trascendencia implica la ponderación de: “a) que a juicio del Tribunal Colegiado de Circuito, la naturaleza intrínseca del caso permita que el mismo revista un interés superlativo reflejado en la gravedad del tema, es decir en la afectación o alteración de valores sociales, políticos, o en general de convivencia, bienestar o estabilidad del Estado mexicano, relacionados con la administración o impartición de justicia y b) que el caso, también a juicio del Tribunal Colegiado de Circuito, revista un carácter superior reflejado en lo excepcional o novedoso que entrañaría la fijación de un criterio jurídico trascendente para casos futuros o la complejidad sistémica de los mismos”.³³

Como diría el dictamen presentado en Diputados el 7 de diciembre de 2010,³⁴ no se pretendió desaparecer el amparo directo, sino atemperar la intervención de la justicia federal sobre las decisiones de la justicia local, a través de mantener el control de la constitucionalidad directa, en los casos de importancia y trascendencia, lo que permite en una parte, empezar a constituir a los tribunales locales en órganos de decisión final.

33. *Ibidem*, p. 68-69.

34. Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria, 7 de diciembre de 2010, núm. 3156-IX, p. 28.

Por otro lado, es importante indicar que un tercer filtro se implementó, esto es, que el tema sea de constitucionalidad y no de legalidad, la diferencia es que –como hemos dicho líneas arriba– mientras los primeros implican una violación directa a la Constitución general, los segundos alegan violaciones a las “garantías de legalidad” planteadas en los artículos 14 y 16 constitucional, donde lo que se argumenta es un pronunciamiento sobre un acto estrictamente relacionado con la interpretación de una ley. En este sentido y en esta acepción del federalismo judicial, se abre una ventana para una mejor capacidad de decisión y respeto de esta decisión en los poderes judiciales estatales.

5. Federalismo judicial como control difuso de la Constitución mexicana

El 10 de junio de 2011 se dio en México una reforma a la Constitución general cuyo tema principal fue el mejoramiento del reconocimiento y defensa de los derechos humanos.³⁵ Con esta reforma, largamente esperada, se implementaron entre otras cosas: a) la adopción de los estándares internacionales de defensa de derechos humanos; b) la adopción del principio *pro homine*;³⁶ c) el establecimiento de un catálogo de derechos insuspendibles; d) un nuevo proceso de suspensión de derechos humanos, etc.

La apertura generada por la citada reforma constitucional, especialmente la adopción de los estándares internacionales de su defensa y la aplicación del principio *pro homine*, abrió una serie de interro-

35. Los artículos constitucionales reformados fueron: 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 102 y 105. El decreto es consultable en la página del Diario Oficial de la Federación: <http://dof.gob.mx/index.php?year=2011&month=06&day=10> Revisada el 6 de agosto de 2012.

36. México sigue la tendencia en Latinoamérica de observar como modelo de desarrollo a los parámetros internacionales como los Sistemas Interamericano y el Europeo de Defensa de Derechos Humanos, como podemos observar en Davis S. Law y Mila Bersteeg. *The declining influence of the United States Constitution*, New York University Law Review, Vol. 87, núm. 3, p. 845-850. El principio *pro homine* o *pro persona* como se indica en el dictamen del Senado de la República: “Este principio representa una máxima protección para las personas, ya que se deberá aplicar la norma contenida en el orden jurídico nacional o en el tratado internacional que más proteja los derechos de las mismas.” Cámara de Senadores, Gaceta 223, martes, 8 de marzo de 2011: p. 6.

gantes sobre la relación entre los instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos.³⁷

En México empezó por adoptar la vertiente, en torno a la relación entre la jurisdicción internacional representada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH)³⁸ y la judicatura nacional,³⁹ específicamente el llamado control difuso de convencionalidad y constitucionalidad *ex officio* y a través de ello, el replanteamiento

37. Entre otros puntos de desfogue podemos encontrar, primero, la relación entre la Constitución y los tratados internacionales, motivo de diversos estudios. Por citar uno, Remy Levin y Paul Chen. *Rethinking the Constitution-treaty relationship*, USA, vol. 10, 1, p. 242-250. Otra vertiente la encontramos actualmente con la controversia generada entre el Reino Unido y la Corte Europea de Derechos Humanos, sobre quién debe decidir determinadas materias en última instancia. En especial esta discusión se genera a partir de dos temas: la negación del voto a los prisioneros –devenido del caso *Hirst v. The United Kingdom*–, y el tema de la extradición para los sospechosos de terrorismo, recientemente subrayado por el caso *Abu Qatada (Othman) v. The United Kingdom*. Esto generó por ejemplo la reciente reunión de Brighton convocada por el Reino Unido para replantearse la estructura y el funcionamiento de la Corte Europea. Cfr., Nicholas Watt. "Cameron calls for reform of European court of human rights", *The Guardian*, 25 de enero de 2012. Igualmente Brenda Hale. "Argentorum Locotum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?", *Human Rights Law Review*, UK, 12, núm. 1, p. 65-78. "Today in the UK, however, it is a debate which is being played out with a new ferocity. Decisions of the European Court of Human Rights and of our own courts under the Human Rights Act are widely criticized, by both commentators in the media and elected politicians, for being profoundly undemocratic. Government ministers at the highest level join in the criticism. Experienced lawyers call on the Government to ignore decisions of the European Court of Human Rights. There are calls to withdraw from the European Convention on Human Rights, whether temporarily or permanently, and to renegotiate its terms. Some call for a 'democratic override' whereby Parliament can vote to ignore a decision of the European Court of Human Rights. There are calls to repeal the Human Rights Act, again with sympathetic backers at the top of Government", Murray Hunt et al. *Parliaments and Human Rights. Redressing the democratic deficit*, UK, AHRC Public Policy Series, núm. 5, p. 9-10.

38. Sergio García Sayán, "The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America", *Texas Law Review*, USA, vol. 89, 7, 2011, p. 1839-1840, se refiere a dos pasos en el desarrollo de esta interacción entre las cortes nacional y la interamericana: "A first step in this long and complex process was the affirmation of the thesis that international jurisdictional decisions should serve as interpretation guidelines for the domestic courts [...] Another fundamental step was taken by some of the most important courts in the region when they established the principle that the Interamerican Court's judgments were binding on all domestic courts".

39. Si el nuevo texto del artículo 1 dio una cláusula positiva a la interpretación de derechos humanos de sede internacional, debemos significar lo que la Constitución de Sudáfrica estableció en su artículo 39, al decidir sobre esta relación y el valor obligatorio que debe tener, "must consider international law", lo que significa: "The provisions of s 39 of the Constitution, requiring courts and other interpreters of the Bill of Rights to consider international law and explicitly allowing them to consider foreign law, are a fairly unique aspect of South Africa's interpretative project", Ver, Heinz Klug. *South Africa: From Constitutional promise to social transformation*, en Jeffrey Goldsworthy (ed.) *Interpreting Constitutions. A comparative study*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 289.

de la supremacía constitucional y su defensa judicial a través de todos los jueces del país –para efectos de nuestro discurso, federalismo judicial como control difuso de la constitucionalidad. Esto fue así porque la Suprema Corte mexicana puso a consulta las implicaciones para el poder judicial mexicano, de la sentencia Radilla Pacheco⁴⁰ de la CoIDH, justamente dos meses después de la entrada en vigor de la citada reforma constitucional.

Esta cuestión de las implicaciones del Caso Radilla Pacheco se discutiría en el Pleno de la Corte el día 7 de julio de 2011⁴¹ y correspondía al contenido del considerando octavo del proyecto. El tema central era lo relativo al control de convencionalidad *ex officio*,⁴² en específico el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana, que indica:

“En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea,

40. Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

41. Esta discusión proviene de una consulta hecha por el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia sobre el trámite que debía de darse a la Sentencia de la CoIDH en el caso Rosendo Radilla contra los Estados Unidos Mexicanos, y fue originalmente registrado como el asunto Varios 489/2010, en el que se concluyó que la Corte podía analizar las obligaciones que se generaran de esta sentencia aunque no hubiera notificación formal al Poder Judicial de la Federación. Posteriormente la apertura del Expediente varios 912/2010, derivado del anterior, se discutiría entre otras cosas el papel de los jueces de la nación en torno a la defensa de los derechos humanos, el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc. Inicia en página 29.

42. Un documento utilizado durante las sesiones fue el *Voto razonado del Juez Ad Hoc, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 25 de noviembre de 2010*. Es interesante subrayar, como indica el Dr. Ferrer en el documento citado, para efectos de la discusión que se dará en la Corte mexicana sobre la procedencia del control difuso de constitucionalidad *ex officio*, que el mismo a nivel nacional ya había sido reconocido previo a la sentencia Almonacid, considerada como el punto de partida en la CoIDH de este concepto, tales países son Argentina, Costa Rica, Colombia, República Dominicana, Perú.

el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

La ministra Margarita Luna Ramos –ponente del asunto– sugería mantener los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte, hasta ese momento vigentes⁴³ –criterios que serían interrumpidos en la sesión del día 25 de octubre de 2011 donde, al resolver sobre la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, por una votación de 9 a favor “quedan sin efecto” las jurisprudencias⁴⁴ y “conforme al mismo sistema competencial instituido para juzgar las normas contrarias a la Constitución federal”,⁴⁵ la ministra propondría constreñir el control de

43. Estas dos jurisprudencias muestran esta línea: “Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución”. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados”. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este alto tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto (cursivas añadidas). Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del poder judicial de la federación. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres poderes de la Unión deben observar la Ley suprema, no puede afirmarse que por esta razón las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa exprofeso [sic], por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación (cursivas añadidas). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. X, agosto de 1999, tesis P./J. 74/99, p. 5

44. Me refiero a las jurisprudencias mencionadas en la cita anterior.

45. SCJN, VT, 7 de julio de 2011: p. 31

convencionalidad al Poder Judicial Federal y en este sentido ofrecía la creación de tesis jurisprudencial que sostuviera su criterio.⁴⁶

Por su parte, el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano se oponía a la adopción de un control difuso de convencionalidad y su consecuencia inmediata, por lo que en la sesión del 11 presentaría un documento donde en 9 puntos argumentaría su posición.⁴⁷

Los ministros José Ramón Cossío, Arturo Zaldívar, Guillermo Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero propusieron hacer una interpretación –la adoptada finalmente– que uniera el nuevo contenido del artículo 1º constitucional, en relación con el 133⁴⁸ y lo señalado por la COLDH en el párrafo 339 de la sentencia referida.⁴⁹

46. La propuesta de tesis era “Convención americana sobre derechos humanos. Corresponde exclusivamente a los tribunales de la federación ejercer el control de convencionalidad de las leyes respecto de este instrumento internacional”. Cfr. *Ibíd*em: 15.

47. SCJN. VT, 11 de julio: 11-25. Algunos de los argumentos planteados: 1. Ampliación indebida de las consideraciones de la propia sentencia Radilla. 2. Incorrecta interpretación del 133 constitucional. 3. Tergiversación del objeto del juicio de amparo y del resto de las competencias que la Constitución establece en materia de control constitucional. 4. Quebranto del principio de seguridad jurídica. 5. Consecuencias negativas para la efectiva operatividad del sistema jurídico mexicano en general y de la Suprema Corte.

48. Señala: esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

49. De estas discusiones derivaría la siguiente tesis jurisprudencial: Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. De conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos contenidos en el artículo 1º constitucional, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando prefe-

El ministro Cossío indicaría:

“Yo creo que todas las autoridades judiciales del país, por determinación del 133, pueden, en los casos en que encuentren la contradicción entre una norma de carácter inferior a tratar, o la Constitución por supuesto y una ley, desaplicar esta norma, no ley, norma general o norma individual para los efectos simple y sencillamente del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez sobre esa disposición”.⁵⁰

Por su parte, el ministro Ortiz Mayagoitia, recordando una visión del exministro José de Jesús Gudiño Pelayo, se referiría al principio de “primacía de las leyes supremas” en relación con el contenido del 133 y en específico con los tratados internacionales:⁵¹

“Cuando un juez del orden común encuentre que hay un conflicto normativo entre la ley interna y el Pacto de San José, la Convención Interamericana de Derechos Humanos tiene que aplicar con primacía la disposición del tratado internacional. ¡Ojo! No es un acto de control de convencionalidad para expulsar a la ley del orden jurídico para declararla inaplicable.”

La ministra Sánchez Cordero se unió a la interpretación que favorecía al control difuso, hizo mención de que de acuerdo con el párrafo tercero del 1º constitucional, en especial la previsión de que todas las autoridades del país deberán proteger y garantizar los derechos humanos, al tomar en cuenta el párrafo tercero relativo al principio *pro homine*, esto lleva a tres formas interpretativas:

“Por una parte, una interpretación conforme ¿conforme a qué? Conforme a la Constitución y a los tratados internacionales, una interpretación de los tratados internacionales conforme a la Convención de Viena, y una tercera, que sería a través del principio *pro persona*; así entonces estimo que, a partir de la obligación consignada en el párrafo tercero y del principio *pro persona*, se actualiza una forma de control de convencionalidad de naturaleza difusa”.⁵²

La ministra hará referencia a la interpretación del Pleno de que los criterios de la Corte Interamericana que deberán tomarse en cuenta

rencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia. Registro núm. 160589. Localización: Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011. Página: 535. Tesis: P. LXVII/2011(9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional.

50. SCJN, VT, 7 de julio de 2011: 38.

51. *Ibidem*: 40.

52. *Ibidem*: 42.

como obligatorios son solo los devenidos de aquellos casos donde el Estado en cuestión haya sido parte.

Esta afirmación se relaciona con la aprobación de dos tesis jurisprudenciales donde se restringe la obligatoriedad de los criterios de la CoIDH: primero, serán vinculantes en asuntos donde el Estado Mexicano haya sido parte; segundo, en asuntos donde no haya sido parte, solo serán orientadores.⁵³

El ministro Zaldívar se aproxima al problema desde un ángulo evolutivo y se pregunta: "¿por qué es importante este último asun-

53. *Ibidem*: 43-44. Esto generó las siguientes tesis jurisprudenciales: Criterios emitidos por la corte interamericana de derechos humanos cuando el estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución federal. Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos. Registro núm. 160584. Localización: Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 550 Tesis: P. LXVI/2011 (9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional. Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el estado mexicano fue parte en el litigio. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella. Registro núm. 160482. Localización: Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 556 Tesis: P. LXV/2011 (9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional

to?” (Radilla Pacheco). Justamente, afirma el ministro, porque hay que verlo dentro del proceso evolutivo de las resoluciones de la CoIDH,⁵⁴ para el ministro, en el caso Cabrera García se da un paso importante por dos precisiones: 1. “Que cuando el Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, todos los órganos del Estado, incluyendo los jueces, se encuentran sometidos a este tratado”. 2. “Que la obligación de ejercer este control de convencionalidad es para todos los jueces y para todos los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles”.⁵⁵

La pregunta del ministro Zaldívar es trascendente: “¿Cómo lo pueden realizar?”, responde: “De acuerdo con nuestra propia Constitución, no declarando de manera general la inconstitucionalidad de leyes, sino desaplicando al caso concreto aquella norma que es contraria a la Constitución o a los tratados internacionales”.⁵⁶

54. Este proceso de consolidación del concepto de Control difuso de Convencionalidad implica la resolución de los siguientes asuntos: (1). Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101. (2.) Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114. (3.) Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 30. (4.) Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124. (5.) Corte IDH, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155. (6.) Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie c, núm. 158, párr. 128. (7.) Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173. (8.) Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169, párr. 78. (9.) Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180. CFR. Carlos Castilla, *El control de convencionalidad un nuevo debate en México a partir de la sentencia Radilla Pacheco*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XI, 2011, p. 593-624. Igualmente Walter Carnota, *La diferencia entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, no. 15, 2011, p. 51-66.

55. SCJN, VT 7 de julio de 2011, p. 49.

56. *Ibidem*: 52. Su pregunta encuentra solución en la siguiente tesis jurisprudencial: Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial, al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que

En la sesión del martes 12 de julio de 2011, se dieron las definiciones de la Corte sobre este tema, a través de tres votaciones.

La primera fue: “¿El poder judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, que ese es el deber concreto?”.⁵⁷ Por una mayoría de 7 votos se determinó que de acuerdo con el párrafo 339 de la sentencia Radilla, el poder judicial debe ejercer un control de convencionalidad.

La segunda pregunta fue: “En términos de la propuesta del proyecto, ¿el control de convencionalidad lo deben realizar solamente los tribunales de la Federación o todos los jueces del Estado Mexicano?”

los jueces del país –al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano–, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte. Registro núm. 160525. Localización: Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 552 Tesis: P. LXIX/2011(9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional. Igualmente, los parámetros de valoración se apuntan en la siguiente tesis jurisprudencial: Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte. Registro núm. 160526. Localización: Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 551 Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional

57. SCJN, VT, 12 de julio de 2011, p. 7. Los 3 votos en contra fueron de los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. La ministra Luna Ramos no participó en la sesión por encontrarse en una comisión fuera del país.

Siete votos en el sentido de la pregunta y con esto se abrió la puerta del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en México.

Por último, se votó un modelo de control de convencionalidad y de constitucionalidad propuesto por el ministro Cossío.⁵⁸ Ahora bien, este modelo,⁵⁹ aceptado por la Corte, como diría el mismo ministro Cossío, resulta necesario por la existencia de la sentencia de la Corte Interamericana y la inexistencia de un marco jurídico establecido para su recepción.

El sentido del modelo es el siguiente,⁶⁰ aprovechamos la explicación dada en las sesiones por el ministro Cossío para darle mejor contexto.

En primer lugar, hace referencia al modelo “concentrado” de control, el marco constitucional existente: “esto corresponde al Poder Judicial de la Federación y únicamente puede hacerse en amparo, en controversias y en acciones de inconstitucionalidad con los fundamentos constitucionales que se están dando ahí”.

Posteriormente el “control difuso”, es importante señalar que “no significa declaración de inconstitucionalidad.”⁶¹ El control difuso

58. Aprobado por 7 votos.

59. La tesis jurisprudencial que resultó de esta propuesta de modelo de control: Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad. Registro núm. 160480. Localización: Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 557 Tesis: P. LXX/2011 (9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional

60. Ministro Cossío, SCJN, VT, 11 de julio de 2011, p. 33-36.

61. De manera muy concreta, “En cuanto a los efectos de la decisión judicial de inconstitucionalidad en el sistema difuso la decisión sólo tiene un carácter declarativo ya que la

significa desaplicación de la norma general que el juzgador estima inconstitucional, al caso concreto que se esté enfrentando. Esto, insistía la vez pasada, no se hace en los puntos resolutive sino como lo hacemos nosotros en el directo o lo viene haciendo ya en los cerca de diez casos que ha resuelto el Tribunal Electoral, en la parte considerativa.”

Este control difuso para su ejercicio tendría dos fuentes y tipos de autoridades: primero, “lo que puede hacer el Tribunal Electoral en términos del párrafo sexto del artículo 99 constitucional”; segundo, “lo que puede hacer el resto de los tribunales del país por vía del artículo 133 constitucional más el 1°.”

Por último, la novedad más importante y que le da sentido a todo este nuevo sistema de control constitucional y convencional, “la interpretación más favorable como lo decía bien la ministra Sánchez Cordero bajo el principio *pro homine*.”

Estos dos puntos últimos son los revolucionarios en México, como hemos dicho, por años se mantuvo que el control de la constitucionalidad excluía la posibilidad del control difuso a todas las autoridades judiciales, dejando esta facultad solo en manos del Poder Judicial de la Federación, en una serie de interpretaciones del 133 constitucional. La reforma al abrir a México a los estándares internacionales y la adopción del principio *pro homine* facilita el cambio de mentalidad y de diseño de defensa. En resumen, con la reforma constitucional y la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se impactó el federalismo judicial en nuestro país a través de la defensa de derechos humanos.

La Corte está allanando el camino, que no está exento de problemas. Un ejemplo sobre esto es la Contradicción de tesis⁶² 293/2011, bajo la ponencia del ministro Zaldívar, sesionada hasta ahora –porque fue retirada para afinar los criterios– los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012. Esta controversia analiza la posible aceptación de los siguientes

norma constitucional sigue vigente y el tribunal únicamente no la aplica al caso juzgado”. Patricio Alejandro Marianello, *La declaración de inconstitucionalidad de oficio en los sistemas difusos*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 15, 2011, p. 332.

62. La contradicción de tesis es un procedimiento judicial en donde la Suprema Corte resuelve la posible “contradicción” entre criterios supuestamente opuestos expedidos por tribunales inferiores, con la finalidad de dar coherencia al sistema de interpretación tanto legal como constitucional.

criterios: primero, la existencia de un “bloque”⁶³ de constitucionalidad entre la Constitución y los tratados, sobre derechos humanos; segundo, la definición, dependiendo de quién posea la interpretación más favorable para la defensa de derechos humanos –principio *pro persona*–, de seguir la interpretación de la Suprema Corte o de la CoIDH.⁶⁴

6. El federalismo judicial como justicia constitucional estadual. Modelos de control constitucional

Como ya hemos señalado, por federalismo judicial en su tercera acepción, entendemos el ejercicio, por parte de un órgano judicial local, del control de constitucionalidad de las normas supremas estatales.⁶⁵

El estudio de la justicia constitucional estadual en México es de reciente adquisición. La primera entidad federativa que se dio a la tarea de realizar un esfuerzo serio por ingresarla a su vida institucional fue Veracruz, cuando en el año 2000 reformara su Constitución para modificar las instituciones de poder y crear los instrumentos y procedimientos jurídicos para hacer posible su desarrollo real.⁶⁶ Desde esa época hasta ahora algunas entidades más se han anexado a ese esfuerzo, cada una con sus particularidades, sus visiones, producto

63. SCJN, VT, 12 de marzo de 2012, ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 22: “Primero, una tesis en la cual se establece que existe por mandato constitucional un bloque de constitucionalidad de derechos humanos formado por la Constitución y por los derechos humanos de índole internacional y que este bloque, esta masa de derechos es lo que constituye el referente para analizar la validez de todos los actos y normas del sistema jurídico mexicano”.

64. *Ibidem*: “La segunda tesis se propone que al ser los criterios de la Corte Interamericana una extensión de la propia Convención de Derechos Humanos, la cual es obligatoria para los jueces mexicanos, esta jurisprudencia en cuanto presente una interpretación más favorable a los derechos de la persona sería también obligatoria para todos los tribunales del país, como por un lado una extensión de esta propia Convención, interpretada por el órgano normativamente facultado para ello, y por el otro lado, por tratarse de una interpretación más favorable en aquellos casos en que esta Suprema Corte tuviera una interpretación más favorable a los derechos de la persona, obviamente habría que preferir ésta por mandato del artículo 1º constitucional.”

65. CFR. Víctor Manuel Collí Ek. *La justicia constitucional estadual en México. La posibilidad de su desarrollo*, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador del Derecho*, México, Marcial Pons-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008. T. IV, p. 254-281.

66. CFR. Astudillo Reyes, César. *Ensayos de Justicia Constitucional en cuatro ordenamientos de México. Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.

de sus propios esfuerzos, lo que ha resumido en un caldo de cultivo variadísimo e interesante de analizar.

Un recuento rápido baste para centrar la atención en este tema: sabemos que en total son doce los estados de la República que han implementado un sistema de control constitucional en sus textos constitucionales.

Estos sistemas de control pueden ser comprendidos sobre la existencia de autoridades con esa facultad específica y de procedimientos que protegen sus cartas magnas desde diversos ángulos, tales estados son: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, Chiapas, Estado de México,⁶⁷ Guanajuato, Quintana Roo, Nuevo León, Morelos, Oaxaca, Nayarit y Yucatán.

Así, de esta manera, podremos observar cómo cada Estado establece una forma distinta de preceptuar lo necesario para salvaguardar su Constitución de posibles ataques de otras leyes o actos de gobierno que vulneren los principios expresados en ella. En estos diseños podemos encontrar: a) sistemas concentrados de control constitucional, entendidos estos como facultades otorgadas a los Tribunales Superiores de Justicia, ya fuere en el Pleno o la existencia de una Sala Constitucional, con procedimientos que van desde juicios de amparo locales, entendidos estos como los medios ciudadanos de defensa de derechos humanos, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, la acción por omisión legislativa⁶⁸ y el control previo de constitucionalidad como en el caso de Coahuila y Yucatán; y/o, b)

67. CFR. Humberto Benitez Treviño. *La sala constitucional del Estado de México como expresión del Federalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2005, p. 87-93.

68. Para entender el significado de estos procedimientos, recurrimos, por considerarse similar solo que en la jurisdicción federal, a lo indicado en el artículo 105 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y su reglamento, hasta su última reforma de 11 de mayo de 1996, se encarga de regular las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, de las cuales, la primera, se encarga de resolver el litigio planteado cuando una autoridad de gobierno invade la esfera competencial de otro, según ha expresado el ministro Ramón Cossío Díaz en su libro *La Controversia Constitucional*, México, Porrúa, 2008. p. 119 y 120; y la segunda determina si una disposición de legislación ordinaria federal o local es contraria a alguna disposición constitucional.

En relación con la omisión legislativa, esta es definida por Díaz Revorio como la "ausencia de texto o disposición legal –o carácter incompleto de la disposición legal existente– que puede generar una norma contraria a la Constitución". La forma de hacer valer este derecho pasivo lo realiza el juzgador ordinario o constitucional, al establecer una interpretación, no siendo viable el juicio de amparo (cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo VI, Diciembre de 1997, p. 180, Tesis P. CLXVIII/97). Francisco Javier Díaz Revorio. *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2009. p. 85-116.

igualmente, sistemas difusos, ya fuere por la vía de control constitucional lo que implica la facultad de los demás jueces del Estado de desaplicar el acto de autoridad inconstitucional al caso concreto y la existencia de “cuestiones constitucionales”, que no implica la desaplicación sino la consulta al juez constitucional sobre un posible acto de autoridad inconstitucional.

En este sentido, una pregunta sobre la realidad actuante en el derecho mexicano en cuanto a esta dimensión del federalismo judicial se puede traducir en la siguiente: ¿hasta dónde tienen los estados de la República libertad para darle a sus normas fundamentales este significado y dimensión superior?

Una aproximación a la respuesta la daría la Corte, al referirse a la Acción de inconstitucionalidad 8/2010.⁶⁹ Yucatán –el último de los estados que ha integrado a su Constitución estos sistemas de control– queriendo fortalecer su régimen constitucional, el 10 de mayo de 2010, publicó una reforma constitucional, que incluía en su norma fundamental estatal figuras como la revocación del mandato, la creación de un Tribunal Constitucional, el control previo de constitucionalidad y la omisión legislativa.

El asunto “Yucatán” fue conocido por el Pleno de la Suprema Corte, los días 20 y 22 de marzo de 2012, en donde, al decir del ministro ponente Guillermo Ortiz Mayagoitia, se analizaría si las figuras de revocación de mandato, las acciones por omisión legislativa y el control previo de constitucionalidad serían contrarias al texto de la Constitución general de la República.⁷⁰

Es interesante en este asunto que, siendo la primera vez que un Estado implementaba en su Constitución la figura de tribunal constitu-

69. Acción de inconstitucionalidad 8/2010, promovida por el procurador general de la República en contra de los poderes legislativo y ejecutivo del Estado de Yucatán, por la invalidez de los artículos 30, fracción XLI, 70, fracciones III y IV y 71 de la Constitución Política del Estado de Yucatán, publicado el 17 de mayo de 2010 en el periódico oficial de la entidad. Es importante recordar que la acción de inconstitucionalidad es el procedimiento de control abstracto de constitucionalidad planteado en la Constitución Mexicana.

70. Señala el ministro Ortiz Mayagoitia al exponer el asunto: “La revocación del mandato se impugna por haber sido legislada como un procedimiento adicional y diferente al régimen de responsabilidades de los servidores públicos; y por lo tanto –dice el señor procurador– carece de sustento constitucional y afecta la certeza jurídica de los posibles afectados. Respecto del Tribunal Constitucional se impugnan las competencias que se le otorgan, particularmente en relación con dos acciones que le son encomendadas: una, la llamada acción por omisión legislativa o normativa; y, dos, el llamado control previo de constitucionalidad de las leyes del Congreso local, ambas figuras impugnadas en el presente asunto por estimarlas contrarias a la división de poderes de la entidad”. SCJN, VT, 20 de marzo de 2012: 6.

cional, esto no fuera impugnado y tampoco analizado por la Corte, privándonos de una discusión en el Pleno, que seguro hubiera tenido una repercusión trascendente para nuestro federalismo. Los ministros lo sabían y citaron esta ausencia en varias ocasiones en las dos sesiones.⁷¹

En cuanto a la revocación de mandato, la discusión inicial se dio en el entendido de que ésta es una figura que permite expulsar al funcionario público de su cargo, y la Constitución general solo contempla esta posibilidad mediante los procedimientos de responsabilidades. Por lo tanto, considerar que un funcionario electo, como el presidente o los miembros del Congreso, puede ser expulsado de su puesto con una figura ajena a las responsabilidades no está expresamente establecido en la Carta magna nacional, lo cual resulta igualmente una limitante para los estados. En este sentido no podría aceptarse la reforma constitucional yucateca como válida.⁷²

El ministro Cossío abonaba para el diálogo, al referirse a la diferencia de un régimen presidencial como el nuestro –en donde los puestos de elección popular se dan por períodos determinados (por ejemplo el presidente y los gobernadores por seis años, los diputados estatales y federales por tres años, los senadores por seis años)– y los parlamentarios, en donde no existen períodos definidos, como Inglaterra, donde el primer ministro lo será siempre que conserve la mayoría en el Parlamento, y de ahí concluía que la separación por revocación es comprensible en los últimos, pero no en los primeros.

Pero el análisis más interesante lo harían la ministra Sánchez Cordero y el ministro Zaldívar, al indicar que la lectura sobre la cons-

71. Por ejemplo, el ministro Franco González Salas señalaría: “En cambio, en el caso que nos está ocupando, estamos reconociendo que hay un Tribunal Constitucional, hasta donde alcanzo a entender ninguno hemos cuestionado la validez constitucional de su existencia”. *Ibídem*: 36.

72. Una postura contraria a la tomada por la mayoría en el Pleno, más respetuosa de la capacidad de decisión de los estados, fue la indicada por el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea al afirmar: “Yo sigo teniendo dudas de que estos preceptos necesariamente tengan que tener esta interpretación en sentido fuerte como una inhibición a los Estados a poder prever una revocación de mandato; sin embargo creo que el punto es opinable, pero que la construcción, cualquiera que fuera, aunque fuera la que se inclina por avalar la constitucionalidad, en mi opinión, en mi modesta opinión, tendrá que ser construida sobre las bases, sobre las bases de que el sistema representativo, el sistema constitucional no se compadece con una revocación de mandato. Yo sigo teniendo serias dudas sobre esta afirmación, pero me parece que también hay una libertad de configuración de los Estados, y creo que en este caso en particular se está haciendo uso de esta libertad de configuración que sí viene a ser un atemperamento a los períodos fijos, porque habría que hacer entonces una elección o un proceso de sustitución, dependiendo de cuándo se dé esta revocación de mandato”. *Ibídem*: 28.

titucionalidad de esta figura debía estar ligada al concepto de democracia y representación, ya que Yucatán, en su Constitución, indicaba que para la procedencia de la revocación debía existir una petición de parte de electorado –en términos indicados en el propio texto–, y los ministros reflexionaban sobre la importancia de la participación de las personas y el ejercicio pleno de su derecho de voto, que debía ir más allá de solo la decisión de quién debía acceder a un determinado cargo público, sino el argumento consecuencial era que también deben tener el derecho de decidir quién debe dejar tal cargo, en un momento determinado.

Al final, en una votación de nueve a favor y dos en contra, se decidió que debía considerarse inconstitucional, esto es, el Estado no tiene libertad para instituir esta figura.

En relación con las omisiones legislativas, esto significa un procedimiento para que el Tribunal Constitucional determine si alguna promesa de ley o acto de autoridad, establecida en la Constitución, se ha cumplido o no, o sea si se ha legislado sobre algo que dice la Constitución que se debe legislar. El proyecto desde su origen contempló la constitucionalidad de esta figura. Su constitucionalidad fue declarada con 10 votos a favor.

El control previo de constitucionalidad, este es un procedimiento mediante el cual el Tribunal Constitucional analiza la constitucionalidad de una ley votada por el Congreso, antes de su publicación. El proyecto original proponía declarar no válida esta figura, pues se consideraba como invasora del principio de división de poderes.⁷³ Aquí se dieron argumentos interesantes, uno de ellos fue el del ministro Cosío, cuando planteaba la hipótesis de que un proyecto de ley, mediante

73. Señalaría el ponente ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia: “En el segundo apartado de este mismo considerando, se aborda el tema de la constitucionalidad del artículo 70 fracción IV de la Constitución del estado de Yucatán, que establece que el medio de impugnación del control previo respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley, estas cuestiones de control previo dice la Constitución, respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley, aprobados por el Pleno del Congreso del Estado, hasta antes de su promulgación y publicación, en el párrafo segundo de esta norma dice: “Las decisiones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, adoptadas por medio del voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en la que estime la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso, serán obligatorias para éste”. El proyecto estima que este medio de control resulta inconstitucional, dado que su interposición genera una distorsión del procedimiento de creación de leyes regulado por la Constitución del Estado, ya que interrumpe el flujo y condiciona el ejercicio de las facultades que le corresponden a los poderes ejecutivo y legislativo, lo que puede incluso significar la prolongación de los plazos constitucionales o legales que rigen para la expedición de los diversos ordenamientos de vigencia anual, incluso tratándose de facultades legislativas de ejercicio obligatorio”. *Ibidem*: 42.

control previo, hubiera sido declarado constitucional y posteriormente, siendo ley vigente, se pidiera una nueva valoración y se descubriera que finalmente era inconstitucional, lo que generaría un desprestigio para el Tribunal por la incoherencia de sus análisis. Finalmente, fue declarada constitucional por siete votos.

7. A manera de conclusión

Como se puede ver, en primera instancia, el federalismo judicial entendido en los tres términos que hemos abordado tiene una lectura histórica que no prometía una consolidación, tal es el caso de la visión que se tenía de los poderes judiciales estatales durante la época del Constituyente mexicano de 1917. Ese fue el sentido del discurso de Venustiano Carranza, cuando propuso el acta de reformas que daría como resultado la nueva y vigente Constitución mexicana de 1917 y esa fue la razón principal del rechazo de la propuesta de los constituyente Jara y Medina.

Sin embargo, con el transcurso de casi un siglo de historia constitucional mexicana contemporánea, la situación ha cambiado, la fe en la independencia judicial estatal como factor importante de freno de un auténtico federalismo judicial en México, se ha ido debilitando, las reformas constitucionales de 1987 y 1994, que hemos visto, fueron un paso determinante en esa vía, igualmente lo ha sido la jurisprudencia protectora de la Corte mexicana a partir de esas reformas constitucionales, generando una doctrina constitucional sobre la independencia judicial estatal bastante sólida.

En ese sentido, diseño e interpretación constitucional son una muestra de un nuevo escenario para los poderes judiciales locales, que ahora tratando de superar el añejo argumento de su falta de independencia, enfrentan nuevos retos que el cambiante diseño del marco constitucional mexicano le imponen, y que se ve a través de las diferentes acepciones de federalismo judicial que hemos estudiado: casación, control de la Constitución mexicana y control constitucional estatal.

En el centro de los nuevos escenarios para el federalismo judicial en México, se encuentran dos reformas constitucionales fundamentales que están haciendo cambios en el país –lo que marca a 2011 como un año importante para las instituciones mexicanas–, y con un fuerte impacto para el federalismo. Con una diferencia de solo cuatro días en su publicación, me refiero a las reformas de amparo (6 de junio)

y la de derechos humanos (10 de junio), ya que generaron, y aún lo hacen, un factor exponencial de crecimiento potencial tanto en la consolidación del constitucionalismo local como la influencia de la labor de los estados para el país.

En federalismo judicial como control de legalidad estatal o casación, la reforma de amparo indicada ofrece una oportunidad para que los tribunales estatales afiancen ese sentimiento de auténtica independencia que se empieza a respirar. El reto es el ofrecimiento de resoluciones bien argumentadas que en el caso, ahora menos frecuente, de ser conocidas por los tribunales federales por medio del amparo, sean confirmadas, lo que a su vez seguro generará mayor libertad para los primeros y autocontención para los segundos.

En federalismo judicial como control constitucional nacional, la reforma en derechos humanos ofrece igualmente una posibilidad que había sido negada, la posibilidad de controlar difusamente los actos de autoridad teniendo a la Constitución mexicana como parámetro de valoración. Esto ha abierto un debate importante en la política y doctrina en México, digno de un estudio profundo, pero al que se le debe a la Suprema Corte mexicana el haber dado el primer paso para una evolución que esperamos sea robusta, gracias a la nueva interpretación del control de constitucionalidad y de convencionalidad difuso.

En federalismo judicial como control constitucional local, se ha visto la capacidad de imaginación de las entidades federativas, quienes aprovechando un vacío constitucional se hicieron a la tarea de dotar a sus constituciones estatales de instrumentos de autodefensa, que en muchas ocasiones son, inclusive, más completos o desarrollados que el propio sistema nacional, comprobándose una vez más que los grandes cambios nacionales no se inventan sino provienen de sistemas actuantes en su interior. En este elemento igualmente la Corte mexicana tiene un papel fundamental, ya que como hemos visto en el caso Yucatán de ella depende mucho hasta dónde se puede permitir a los estados crecer e inventar modelos que se acomoden a sus necesidades sociales, políticas, económicas propias.

RESUMEN

El presente artículo analiza el federalismo judicial en México, sus diferentes concepciones y su desenvolvimiento actual. Para llegar a este objetivo, expone primeramente cómo se encuentra contemplado el federalismo judicial en la Constitución mexicana y cuáles considera la Suprema Corte mexicana, como Tribunal Constitucional, que deben ser los parámetros de respeto de estos contenidos constitucionales nacionales, en el orden jurídico constitucional de cada Estado. Posteriormente, expone las tres acepciones del federalismo judicial, haciendo énfasis en los factores que determinan su conformación actuante: 1. Como control de legalidad; 2. Como control de la constitucionalidad nacional; 3. Como control de la constitucionalidad local.

Palabras clave: federalismo judicial; derechos humanos; cortes de casación; control difuso; control de constitucionalidad; control de convencionalidad.

RESUM

Aquest article analitza el federalisme judicial a Mèxic, les seves diferents concepcions i el seu desenvolupament actual. Per assolir aquest objectiu, en primer lloc exposa com es considera el federalisme judicial a la Constitució mexicana i quins preveu la Cort Suprema mexicana, com a Tribunal Constitucional, que han de ser els paràmetres de respecte d'aquests continguts constitucionals nacionals, en l'ordre jurídic constitucional de cada Estat. Posteriorment, exposa les tres accepcions del federalisme judicial, posant èmfasi en els factors que determinen la seva conformació actuant: 1. Com a control de la legalitat; 2. Com a control de la constitucionalitat nacional; 3. Com a control de la constitucionalitat local.

Paraules clau: federalisme judicial; drets humans; corts de cassació; control difús; control de constitucionalitat; control de convencionalitat.

ABSTRACT

This article analyzes judicial federalism in Mexico, its different conceptions and its current development. To reach this goal, the article firstly describes the constitutional treatment of these concepts and, secondly, it points out the parameters that the Supreme Court of Mexico has established as of com-

pulsory respect in all the constitutional and legal frameworks of the different Mexican states. Subsequently, the article sets out three meanings of judicial federalism, emphasizing the factors that determine its present conformation: first, as a control of legality; second, as a national constitutional control; third, as a local control of constitutionality.

Keywords: judicial federalism; human rights; courts of appeal; diffuse control; constitutional control; conventional control.

LAS DECISIONES DE LOS JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO, EN EL SENO DEL CONSEJO EUROPEO, COMO CATEGORÍA JURÍDICA PARA REGULAR, TRANSITORIAMENTE, LA PARTICIPACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DE NUEVOS ESTADOS SURGIDOS DE LA SEPARACIÓN DE ESTADOS MIEMBROS

Miquel Palomares Amat

Profesor titular de Derecho Internacional Público (Derecho Comunitario Europeo), Universidad de Barcelona. Letrado del Parlamento de Cataluña

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Aspectos generales: modificaciones territoriales y derecho internacional. – 2.1. La remisión del derecho internacional convencional a las reglas de las organizaciones internacionales en el supuesto de sucesión en la calidad de miembro de una organización internacional. – 2.2. La práctica de las organizaciones internacionales en materia de sucesión en la calidad de miembro. – 2.3. El objetivo de integración y las características del ordenamiento jurídico de la Unión Europea como elementos que otorgan especificidad a la Unión Europea frente a otras organizaciones internacionales. – 3. El procedimiento de adhesión a la Unión Europea y los nuevos estados surgidos de la separación de estados miembros de la Unión Europea. – 3.1. Las reglas de la Unión Europea en materia de adhesión y la práctica en las modificaciones del ámbito de aplicación territorial de los tratados por causa de los cambios en la soberanía de los estados miembros. – 3.2. La idoneidad de la aplicación del procedimiento de adhesión a los nuevos estados surgidos de la separación de los estados miembros de la Unión Europea. – 4. Las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, como categoría jurídica. – 4.1. El recurso en la práctica a las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo. – 4.2. Las decisiones de

los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, como acuerdos concluidos en forma simplificada, por unanimidad, en el marco del Consejo Europeo, y con una función de concertación transitoria. – 5. Consideraciones finales. – *Resumen – Resum – Abstract.*

1. Introducción

Las reivindicaciones independentistas de partidos políticos mayoritarios en territorios de los estados miembros de la Unión Europea han generado el debate sobre la situación jurídica de dichos territorios en la Unión Europea, en el supuesto de que se produjera un proceso de separación respecto del Estado del que forman parte, el posterior reconocimiento como estados independientes y su manifestación de voluntad en el sentido de seguir perteneciendo a la Unión Europea. En opinión de la Comisión Europea, esta situación carece de una solución específica en los tratados constitutivos,¹ aunque el impacto en los mismos sería evidente.² En este sentido, el análisis jurídico de esta situación debe plantearse en el marco general de los principios y reglas del derecho internacional público y del derecho de la Unión Europea.

En tanto en cuanto estos nuevos estados no constituirían una parte contratante, los tratados constitutivos no serían de aplicación

1. La Sra. Catherine Day, secretaria general de la Comisión Europea, señaló que “no existe base jurídica alguna en los tratados de la Unión Europea que permita que la legislación secundaria aborde las consecuencias de una secesión de una parte de un Estado miembro. En caso de secesión de una parte de un Estado miembro, la solución se tendría que encontrar y negociar dentro del ordenamiento jurídico internacional”. A esta conclusión, advierte la Sra. Day, se llegó “tras realizar un examen exhaustivo de las disposiciones de los tratados”. Carta de Catherine Day sobre la solicitud de registrar una iniciativa ciudadana (3689 final, de 30 de mayo de 2012) (<http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered>).

2. El Sr. Barroso, en nombre de la Comisión, señaló que “la separación de una parte de un Estado miembro o la creación de un nuevo Estado no tendrían un carácter neutro con los tratados de la UE. A petición de un Estado miembro que detallase una situación concreta, la Comisión expresaría su opinión sobre las consecuencias legales de la misma con arreglo a la legislación de la UE”. Respuesta del Sr. Barroso, 12.11.2012, a la pregunta de 17 de septiembre de 2012 de Izaskun Bilbao Barandica (ALDE); Ramon Tremosa i Balcells (ALDE); Salvador Sedó i Alabart (PPE) y Raül Romeva i Rueda (Verts/ALE), <http://www.europarl.europa.eu/sides>.

en su territorio.³ Por tanto, una consecuencia jurídica ineluctable de un proceso de estas características sería la reforma de los tratados constitutivos, ya sea a través del procedimiento de revisión (art. 48 del Tratado de la Unión Europea, en adelante TUE) o del procedimiento de adhesión (art. 49 TUE). La reforma de los tratados sería inevitable tanto para regular la situación jurídica de la permanencia del Estado miembro predecesor como para formalizar jurídicamente las adhesiones de los nuevos estados independientes.

Cabe tener presente que la adhesión de nuevos estados a la Unión Europea, surgidos de la separación de estados miembros, plantea ciertas especificidades respecto al procedimiento de adhesión previsto por el Tratado de la Unión para terceros estados no miembros. Así, por ejemplo, desde una perspectiva material, los nuevos estados independientes ya cumplirían, *a priori*, las condiciones de adhesión y, especialmente, las exigencias, previstas en las actas de adhesión, de asumir todo el acervo de la Unión Europea.

En este contexto, podría tener interés la consideración de instrumentos jurídicos, de naturaleza convencional, adoptados por unanimidad de todos los estados miembros, que pudieran regular, de forma transitoria, las consecuencias de la permanencia del Estado predecesor y de los nuevos estados independientes hasta la conclusión de nuevos tratados de revisión o adhesión.

Este trabajo tiene como objeto específico considerar, desde una perspectiva jurídica, la idoneidad de la categoría normativa de las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, con el fin de formalizar y dar una solución jurídica a los problemas que podrían plantearse en este marco. Este tipo de categoría jurídica se ha generado en la práctica en el marco del proceso de construcción europea, con la finalidad de solucionar

3. El Sr. Romano Prodi, a una pregunta de Eluned Morgan a la Comisión, respondió lo siguiente: "Cuando una parte del territorio de un Estado miembro deja de formar parte de ese Estado, por ejemplo porque se convierte en un Estado independiente, los tratados dejarán de aplicarse a este Estado. En otras palabras, una nueva región independiente, por el hecho de su independencia, se convertirá en un tercer Estado en relación a la Unión y, desde el día de su independencia, los tratados no serán de aplicación en su territorio" (DOCE C 84, 3.4.2004, p. 421).

jurídicamente, con un cierto grado de flexibilidad y pragmatismo,⁴ problemas políticos de envergadura.⁵

Con este fin, este trabajo se estructura en tres partes. La primera, de carácter más general, pretende hacer una referencia a los principios y reglas de derecho internacional en materia de sucesión de estados en la calidad de miembro de una organización internacional. En este contexto, se plantea la aplicabilidad de las reglas de derecho internacional a la Unión Europea, teniendo en cuenta el objetivo de integración y las características del ordenamiento jurídico de la Unión. En la segunda parte se hace una referencia a las reglas del Tratado de la Unión Europea en relación al procedimiento de adhesión, así como a la práctica de la Unión Europea en los cambios en la soberanía de los estados miembros que han conducido a modificaciones territoriales del ámbito de aplicación territorial de los tratados. En este marco, se plantea la idoneidad de la aplicación de las reglas del procedimiento de adhesión al supuesto objeto de este estudio: la separación de un territorio de un Estado miembro de la Unión y su consecuente constitución como Estado independiente. La tercera parte se dedica a la consideración de la naturaleza de las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo Europeo, así como a su recurso en la práctica.

El interés del objeto de este estudio es destacable desde diferentes perspectivas. En primer lugar, es un tema de actualidad en la evolución histórica del proceso de construcción europea. En segundo lugar, el objeto de estudio se configura como un tema representativo en tanto en cuanto conduce a la consideración de aspectos fundamentales de la naturaleza de la Unión Europea, así como de las características de su ordenamiento jurídico. En este sentido, el objeto de estudio plantea, en particular, la consideración de la aplicabilidad de los principios y reglas de derecho internacional en materia de sucesión de estados, en la calidad de miembro de una organización interna-

4. Bebr, G. "Acts of representatives of the governments of the Member States", *SEW*, October 1966, p. 530.

5. Por ejemplo, la decisión de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a los determinados problemas planteados por Dinamarca en relación al TUE. Anexo I al texto Dinamarca y el TUE. Edimburgo, 12.11.92, DOCE C 348, 21.12.1992; la decisión de los jefes de Estado y de Gobierno de los 27 estados miembros de la UE, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa. Anexo 1 a las conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Bruselas de 18 y 19 de junio de 2009. Bruselas, 10 de julio de 2009, 11225/2109.

cional, a la Unión Europea y, desde una perspectiva más general, la interacción entre el derecho internacional público y el derecho de la Unión Europea.⁶

Finalmente, desde una perspectiva metodológica, el tema objeto de estudio pone en evidencia, con particular claridad, que la exclusión de consideraciones políticas en la interpretación del derecho de la Unión Europea no es realizable.⁷

2. Aspectos generales: modificaciones territoriales y derecho internacional

2.1. La remisión del derecho internacional convencional a las reglas de las organizaciones internacionales en el supuesto de sucesión en la calidad de miembro de una organización internacional

Los cambios en el territorio de un Estado, por ejemplo en el supuesto de disolución, unificación o por una separación parcial, plantean el problema de la transferencia de los derechos y obligaciones entre el Estado predecesor y los estados sucesores, preexistentes o de nueva creación. Es por ello que se entiende por *sucesión de estados*, de acuerdo con la definición aceptada en derecho internacional, la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio.⁸ La transferencia de derechos y obligaciones se proyecta, por ejemplo, hacia aspectos como los tratados, los bienes,

6. Pescatore, P. "Remarques sur la nature juridique des décisions des représentants des états membres au sein du Conseil", *SEW*, October 1966, n. 10, p. 580.

7. Rodríguez Iglesias, G. C. "El ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas: caracteres generales y elementos constitutivos", *RIE*, 1974, p. 606. En el contexto general del estudio, debe tenerse presente que el nacimiento de un Estado se ha considerado como un hecho extrajurídico. Así, el profesor Rousseau ha escrito que el nacimiento de un Estado es un hecho que se sitúa fuera del ámbito de las normas jurídicas, con la consecuencia, por un lado, de que es imposible negar el nacimiento de un Estado por una razón de orden jurídico, alegando, por ejemplo, que debe su existencia a un acto o a un acontecimiento contrarios al derecho y, por otro lado, que la existencia del Estado es independiente de su reconocimiento. Asimismo, como recuerda este autor, otras teorías (Kelsen, Verdross) consideran el nacimiento de un Estado como un proceso jurídico regulado por el derecho internacional. V. Rousseau, Ch. *Derecho Internacional Público*, Ariel, 3 ed., 1966, p. 289.

8. Art. 2.1 de la Convención de Viena sobre la sucesión de estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978, y de la Convención de Viena sobre sucesión de estados en materia de tratados, archivos y deudas del Estado, de 8 de abril de 1983.

los archivos, las deudas, la nacionalidad o la calidad de miembro de una organización internacional.

La labor de codificación y desarrollo progresivo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha dado lugar a dos convenciones en este marco: la Convención de Viena sobre sucesión de estados en materia de tratados de 23 de agosto de 1978 (a continuación, Conv. 1978), en vigor desde 1996; y la Convención de Viena sobre sucesión de estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado de 8 de abril de 1983, que aún no ha entrado en vigor.

Aspectos como la sucesión en materia de nacionalidad o en materia de la condición miembro de una organización internacional no han sido objeto de codificación por la CDI.

La Comisión Badinter remarcó el carácter dispositivo de los principios y reglas del derecho internacional en materia de sucesión de estados. Así, los problemas derivados de la sucesión de estados deben ser resueltos, de forma equitativa, mediante el acuerdo de los estados afectados.⁹ Desde esta perspectiva, se ha argumentado que, en la práctica, las reglas de la Conv. 1978 han sido descartadas, y se han buscado soluciones pragmáticas para regular los problemas planteados.¹⁰

El artículo 4 de la Conv. 1978 dispone que su regulación se aplica a los tratados constitutivos de una organización internacional, sin perjuicio de las normas relativas a la adquisición de la calidad de miembro y sin perjuicio de cualquier otra norma pertinente de la organización. De esta forma, la Conv. 1978 remite a los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales, como *lex specialis* en este marco.¹¹ De ello, se desprende que la sucesión en la calidad de miembro de una organización internacional debe analizarse desde la perspectiva de las normas y de la práctica de las organizaciones internacionales, más que desde la perspectiva de las normas de derecho internacional relativas a la sucesión de estados. En definitiva, las reglas convencionales de derecho internacional en materia de

9. Opinion 1. 1c. Arbitration Committee, reproducido en Pellet, A. "The opinions of the Badinter Arbitration Committee. A Second Breath for the Self-Determination of Peoples", *ESIL*, 1992, p. 182.

10. Andrés Saenz De Santamaria, M. P. "Problemas actuales de la sucesión de Estados", *Curso de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993. Bilbao, 1995, p. 212.

11. Así se ha interpretado por la CDI "Rapport de la Commission à l'Assemblée Générale, Projet d'articles sur la succession d'États en matière de traites et commentaires". *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1974, vol. II, I partie, p. 178.

sucesión de estados remiten, en el caso de sucesión en la calidad de miembro de una organización internacional, a las reglas propias de cada organización internacional. Por tanto, serán dichas reglas, junto con consideraciones de carácter pragmático y político, las que definirán la solución aplicable.

2.2. La práctica de las organizaciones internacionales en materia de sucesión en la calidad de miembro

La práctica de la sucesión de estados en lo relativo a la calidad de miembro de una organización internacional ha puesto de manifiesto la diversidad de soluciones jurídicas aplicadas por las distintas organizaciones internacionales.¹² A tenor de esta diversidad en la práctica de las organizaciones internacionales, se ha argumentado que se plantean

12. Bühler ha identificado seis tipos diferentes de prácticas:

1.- Continuity of Membership: A continuing International person continues its status as a member in International organisations as from its original date of acquisition of membership, with the same rights and obligations pertaining to its membership. Thus, predecessor States in cases of separation/secession (India, Russian Federation); incorporating States in cases of incorporation/accesion (Germany) and other continuing International persons after a mere change of their status such as the acquisition of sovereign statehood (Philippines, Belarus, Ukraine) have simply continued their membership.

2.- Revival of Membership: In very exceptional circumstances, after the dissolution of a short-lived union (about 3 years) of two former Member States, in which both component parts had retained substantial international personality, a "revived" former Member State may restore its previous membership status in international organizations without a new application (Syria). Yet no such "revival" of membership takes place in the case of re-establishment of independent statehood after a long period of annexation/incorporation (more than 50 years) of a former Member State (Estonia, Latvia, Lithuania).

3.- Admission of Membership. As a general rule, in order to become a member of the United Nations and most other international organizations (e.g. FAO, IAEA, ICAO, IFAD, ILO, IMO, ITU, UNESCO, UNIDO, UPU, WHO, WMO), both in cases of separation/secession (Pakistan) and dismemberment (Czech Republic, Slovak Republic), successor States have to undergo the formal procedures of admission to membership according to the respective constituent instruments.

4.- Succession to Membership: Some organizations, mainly in the field of protection of intellectual property (e.g. WIPO, Paris and Berne Unions) and certain financial institutions (e.g. IMF, IBRD, IFC and IDA), allow succession of newly created successor States to the membership of their predecessor States in cases of separation/secession and dismemberment. Succession to a constituent instrument and, thus, membership in an international organization is not automatic, but requires a notification of succession. In some cases (e.g. IMF, IBRD) succession to membership is made subject to the fulfilment of certain conditions and a formal decision by the organization concerned (Former Soviet Republics). A newly created State succeeding to membership will be considered a member either as from the date of succession, i.e. the day of its coming into existence, or from the date of depositing its notification of succession or the date of the decision by the organisation, respectively.

dudas sobre la existencia de una costumbre internacional, aceptada de forma general.¹³ Asimismo, se ha destacado que las consideraciones de tipo pragmático y político han tenido un papel tan relevante que han prevalecido sobre los criterios teóricos y legales.¹⁴

La Sexta Comisión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a raíz del desmembramiento del imperio británico de la India en 1947,¹⁵ determinó que las obligaciones de un Estado miembro de la ONU solo terminan con su extinción como persona jurídica internacional. En consecuencia, la modificación territorial de un Estado miembro de la ONU no afecta a su calidad de miembro de esta Organización. A diferencia de ello, cuando se crea

5.- Substitution of Membership: In cases of uniting of States such as merger and –exceptionally– also incorporation, if only one of the merging States or the incorporated State, respectively, had previously become a member of an international organization, the unified State may be substituted for its component State as a member of the organization (Tanganyika, Vietnam). Unlike succession to membership, in which case a successor State may only acquire membership as from the date of succession at the earliest, substitution of membership involves the complete take-over of the membership status of one State by another, i.e. the substituting member is considered to continue the membership status, with the same rights and obligations, as from the date of admission of the former member. Substitution of membership, however, is not automatic but subject to a notification of continuation to, and sometimes even a formal decision of, the organization concerned.

6.- Amalgamation of Membership: the uniting of two Member States of an International Organization by merger is not regarded as a case of succession, involving the extinction of the International personalities of the former members and the creation of a new State, but rather as one amalgamation of the two continuing personalities, including their membership, into a single one. Thus, without being required to file a new application for admission, the unified State continues the membership status of both former States in a combined form (Yemen), i.e. subject to the combined rights and obligations of both members such as i.a. the percentages or units of contribution, quota and number of votes. Unlike in a case of succession, the unified State is considered a member not as from the date of merger, but the earlier date of admission of one of its component States. As amalgamation of membership does not occur automatically, it requires a notification of continuation to, and in the framework of certain financial institutions also a formal decision of, the Organization.

Bühler, K. G. *State succession and membership in International Organisation. Legal theories versus Political Pragmatism*. The Hague. Kluwer Law International. 2001, p. 287 y ss.

13. Matas i Dalmases, J. González Bondía, A. Jaria i Manzano, J. Román i Martín, L. *L'ampliació interior de la Unió Europea. Anàlisi de les conseqüències jurídic polítiques per a la Unió Europea en cas de secessió o de dissolució d'un Estat membre*. Fundació Josep Irla. Juny de 2010, p. 39.

14. Bühler, K. G. *State... op. cit.*, p. 307.

15. Sobre este caso, *vid.* González Campos, J. "Notas sobre la práctica de Organizaciones internacionales respecto a los efectos de la sucesión en materia de Estados en el Estatuto de miembro de la Organización", *RIE*, nº 3, 1962, p. 477.

un nuevo Estado, haya formado parte o no de un Estado miembro de la ONU, este nuevo Estado debe reclamar el estatuto de miembro. La calidad de miembro es, por tanto, inseparable de la continuidad de la personalidad internacional. La práctica de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados reafirma la regla general de que, en los casos de separación o secesión, los estados sucesores solo pueden acceder a la calidad de miembro a través del cumplimiento de los requisitos formales de adhesión establecidos en los tratados constitutivos de esas organizaciones internacionales.¹⁶ En algunas organizaciones internacionales, principalmente de naturaleza técnica, se requiere tan solo, en casos de separación o secesión, el depósito de la notificación de sucesión.¹⁷

Asimismo, en algunos casos, sin que pueda afirmar la existencia de una sucesión en la calidad de miembro, se ha hecho necesario acudir, en la práctica, a un régimen provisional, como efecto de la independencia, para conservar la calidad de participante en una organización internacional. Así, la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud dictó una resolución, de 23 de febrero de 1961, por la cual se definían los derechos y deberes de los miembros asociados que alcanzasen la independencia:

“La 14ème Asssemblée Mondiale de la Santé

Considérant qu’il est souhaitable définir le statut transitoire des membres associés qui accèdent à l’indépendance, et considérant le Chapitre III et l’art. 75 de la Constitution,

Décide que les membres associés de l’organisation qui ont accédés et, qui manifestent expressément l’intention de devenir membre continuant à bénéficier des droits et privilèges pendant la période transitoire qui devra nécessairement s’écouler avant qu’ils ne puissent devenir membres de l’organisation.”¹⁸

Finalmente, en la práctica se ha producido una declaración de continuidad en la participación, así como en las obligaciones y derechos por parte de los estados sucesores respecto a ciertos regímenes y actos convencionales que vinculaban al Estado predecesor, tomando

16. Remiro Brotons, A. y otros. *Derecho Internacional*. Madrid. Mc Graw Hill, 1997, p. 68.

17. Bülher, K. G. *State... op. cit.*, p. 288. V. nota 12.

18. González Campos, J. “Notas...”, *op. cit.*, p. 501.

como base una manifestación de voluntad del Estado que sucede, tanto espontáneamente como a instancias de la Organización.¹⁹

2.3. El objetivo de integración y las características del ordenamiento jurídico de la Unión Europea como elementos que otorgan especificidad a la Unión Europea frente a otras organizaciones internacionales

El proceso de construcción europea, plasmado jurídicamente en los tratados constitutivos, refleja un objetivo de integración económica sectorial y eventualmente política.²⁰ La evolución de este proceso de integración europea afecta a la estructura económica, política, institucional y jurídica de los estados en la medida en que supone la transferencia del ejercicio de competencias en ámbitos determinados y, consecuentemente, conlleva la atribución de poderes legislativos, ejecutivos y judiciales en beneficio de una nueva estructura institucional de carácter internacional.

Este objetivo de integración es un elemento que otorga especificidad a la Unión Europea como organización internacional respecto a otras organizaciones internacionales de cooperación, como por ejemplo la Organización de las Naciones Unidas. Ello necesariamente debe considerarse a la hora de valorar la aplicación de los principios y reglas de derecho internacional en el marco de la Unión Europea. Así, se ha interpretado que el derecho de la Unión reposa sobre una concepción divergente del derecho internacional en relación a la noción de soberanía.²¹ Esta nueva concepción de la soberanía está en la base

19. González Campos, J. "Notas...", *op. cit.*, p. 508. En palabras de este profesor: "Esta práctica no supone en líneas generales más que la necesidad de continuar por parte de la Organización un proceso de desarrollo de funciones que quedaría roto por el hecho de la sucesión de Estados operada". Este sería el caso, por ejemplo, de la República Islámica de Mauritania respecto a Francia en la Organización Internacional del Trabajo.

20. Pescatore, P. *Le Droit de l'intégration*, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales. Genève, Stifjoff, Leiden, 1972.

21. Así, el profesor Pescatore ha escrito: "Il s'agit ici d'un type de rapports internationaux fondés non pas sur l'antagonisme et le 'quant à soi' des états, qui s'expriment dans la doctrine de la souveraineté intangible e indivisible, mais sur une idée de solidarité et sur une volonté d'interpénétration qui ont amené un petit nombre d'états à fonder leurs relations sur des principes de confiance et d'objectivité. Dans cette esprit, ils ont mis en commun, à une échelle de plus grande compétitivité internationale, certains de leurs intérêts essentiels en confiant le développement et la sauvegarde de ces intérêts à des institutions communes, investies des pouvoirs de commandement appropriés. Ils ont créé

de las relaciones institucionales, normativas y judiciales, que supone la Unión Europea.²² Así, la atribución de competencias a la Unión Europea supone una modificación de las condiciones de ejercicio de la soberanía.²³ Puede interpretarse que el sistema institucional y jurídico de la Unión supone un nuevo ejercicio en común de la soberanía.

Por lo que respecta al derecho de la Unión Europea, desde la sentencia "Van Gend and Loos", una de las ideas rectoras y más coherentes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la conceptualización del ordenamiento jurídico de la Unión como un ordenamiento específico, de duración ilimitada y cuya caducidad no se presume,²⁴ creado por los tratados constitutivos. Esta conceptualización otorga una clara especificidad a estos en relación a otros tratados internacionales.²⁵ Desarrollando esta jurisprudencia, el Tribunal calificó el antiguo Tratado de la Comunidad Europea como una "carta constitucional de una comunidad de derecho".²⁶ Esta jurisprudencia, que destaca la autonomía del ordenamiento de la Unión respecto del derecho internacional y de los derechos internos de los estados miem-

par là, entre eux, un rapport qui n'est celui de simple coexistence ou de coopération, mais un rapport d'intégration que, par un néologisme heureusement forgé, on a appelé celui de la 'supranationalité'". V. Pescatore, P. "L'apport du droit communautaire au droit international public", *CDE*, n. 5, 1970, p. 524.

22. Sin embargo, también podría encontrarse, en el marco del derecho internacional público, ejemplos de la flexibilización de la noción rígida de soberanía. V. Abellán, V. "Soberanía del Estado y responsabilidad internacional del individuo", en *El Derecho en la Facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona*, UB, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 9.

23. Campins, M. *Proceso de integración en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 66.

24. Sentencia de 14 de diciembre de 1971, Comisión c. República Francesa, as. 7/71, Rec. 1971, c. 18, p. 1018.

25. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 1963, NV Algemene Transport en Expedite Onderneming Vand Gend And Loos c. Administration Fiscale Neerlandaise, as. 26/62, Rec. 1963, p. 24. En un sentido similar v., por ejemplo, Sentencia de 16 de julio de 1956, Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autoridad, as. 8/55, Rec. 1955, p. 201; Sentencia de 15 de junio de 1964, Flaminio Costa c. Enel, as. 6/64, Rec. 1954, p. 1158-1160; Sentencia de 13 de noviembre de 1964, Comisión c. Luxemburgo y Bélgica, as. 90,91/63, Rec. 1964, p. 1217; Sentencia de 14 de diciembre 1971, Comisión c. Republica Francesa, as. 7/71, Rec. 1971, p. 1003 y ss.; Sentencia de 13 de diciembre de 1967, Neumann c. Alemania, as.17/67, Rec. 1967, p. 589.

26. Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991 sobre el proyecto de acuerdo entre la CE, de una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Cambio, de otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo, Rec. 1991, p. I-6100; Sentencia de 23 de abril de 1986, Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento Europeo, as. 294/83, Rec. 1986, p. 1339 y ss.

bros, ha sido interpretada, de una forma maximalista, remarcando los rasgos específicos y distintivos de la Unión Europea y de su derecho en relación a otras organizaciones internacionales,²⁷ así como el carácter creador de un nuevo poder que los tratados constitutivos suponen.²⁸ En la medida en que se señala su autonomía, se declara su carácter único y supremo en su propia esfera.²⁹

Asimismo, la jurisprudencia comunitaria ha mostrado, en todo momento, la voluntad de salvaguardar la independencia del ordenamiento jurídico de la Unión como objetivo fundamental.³⁰ Este objetivo se ha traducido en una actitud selectiva por lo que respecta a las referencias o remisiones a otros ordenamientos jurídicos. Así, como han señalado Vandersanden y Barav, para que los principios del derecho internacional público o de los derechos internos de los estados sean utilizados en el ordenamiento de la Unión se requiere que tales principios sean compatibles con la naturaleza de la Unión Europea.³¹ De ello, ciertos autores deducen el carácter subsidiario del recurso al derecho internacional público³² e, implícitamente, el rechazo de dicha remisión cuando fuera incompatible o inconciliable con el derecho de la Unión Europea.³³ En todo caso, los actos jurídicos internacionales

27. V., por ejemplo, Constantinesco, L. "La spécificité du droit communautaire", *RTDE*, n. 1, 1966, p. 1 à 30; KOVAR, R.: "Ordre juridiques communautaire. Structure de l'ordre juridiques", *Jurisclasseur Europe*, fasc. 410.

28. "Grâce aux limitations de souveraineté consenties par les Etats membres et à l'intérieur de l'espace juridique ainsi libéré, il a été possible de créer un pouvoir nouveau d'une nature et d'une ampleur telles qu'on n'en retrouvé l'équivalent dans les souverainetés dont il a été, originairement, dérivé". Pescatore, P. *L'apport...*, op. cit., p. 510.

29. Pescatore, P. "International Law and Community Law. A Comparative Analysis". *CMLR*, Vol. 7, n. 2, April 1970, p. 267; Sorensen, M. "Autonomous Legal Orders. Some considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisation in the World Legal Order", *ICLQ*, Vol. 32, July 1983, p. 575.

30. A este respecto, v., por ejemplo, el Dictamen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 1/91, citado, o el Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1976, Proyecto de acuerdo relativo a la institución de un Fondo Europeo de Navegación Interior, Rec. 1976, p. 741.

31. Vandersanden, G.; BARAV, A. *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, p. 197.

32. Boulois, J. "Le droit des Communautés Européennes dans ses rapports avec le droit international général", *RCADI*, 1992, Vol. 235, p. 46.

33. Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha admitido como argumento para justificar un incumplimiento el retraso en el cumplimiento de otros estados o la posibilidad de hacer justicia por ellos mismos, por cuanto el Tratado no se ha limitado a crear obligaciones entre los distintos sujetos a los que se aplica, sino que establece un nuevo orden jurídico que reglamenta los poderes, derechos y obligaciones de dichos sujetos, así como los procedimientos necesarios para constatar y sancionar toda violación.

adquieren una perspectiva especial en el supuesto de su proyección a la Unión Europea.³⁴

En definitiva, el objetivo de integración de la Unión Europea y la naturaleza de su ordenamiento jurídico, entre otros elementos, se erigen como características que otorgan especificidad a la Unión Europea frente a otras organizaciones internacionales.³⁵ Desde esta perspectiva, pueden plantearse dudas sobre la idoneidad de la aplicación de las soluciones generadas en la práctica de organizaciones de cooperación, como las que configuran el sistema de la ONU, a la Unión Europea. Y ello por cuanto el grado de imbricación e interrelación jurídica, política y económica adquiere, en el marco de la Unión Europea, una intensidad totalmente distinta a la que puede plantearse en el marco de organizaciones de cooperación, como son la ONU o sus organismos especializados. En este contexto, las soluciones adoptadas en el marco de dichas organizaciones de cooperación pueden ser inadecuadas para resolver los problemas que se plantean en el ámbito de las organizaciones de integración. Esta inadaptación de las reglas propias de una organización a otra, podría plantearse, incluso, en relación a las mismas organizaciones de cooperación. Así, el profesor Monaco se ha referido al hecho de que el derecho propio de cada organización internacional es un subsistema jurídico particular y autónomo en el marco del ordenamiento jurídico internacional.³⁶

En definitiva, el proceso de integración europea, como todos los procesos de integración, es una realidad compleja que requiere un análisis individualizado³⁷ y, por tanto, unas soluciones particulares a las necesidades de regulación que se plantean.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26.2.1976, as.52/75, Comisión c. Italia, Rec. 1976, p. 283.

34. Rodríguez Iglesias, G. C. "El ordenamiento... ", *op. cit.*, p. 606.

35. *Ibid.* p. 597; Mangas Martín, A. "Algunas reflexiones en torno al proceso de integración europea", *RIE*, nº 2, 1977, p. 403.

36. Monaco, R. "Les principes régissant la structure et le fonctionnement des organisations internationales", *RCADI*, 1977, III, Vol. 156, p. 93.

37. Pérez Vera, E. "Reflexiones sobre los procesos de integración regional", *RIE*, 1977, p. 699.

3. El procedimiento de adhesión a la Unión Europea y los nuevos estados surgidos de la separación de estados miembros de la Unión Europea

3.1. Las reglas de la Unión Europea en materia de adhesión y la práctica en las modificaciones del ámbito de aplicación territorial de los tratados por causa de los cambios en la soberanía de los estados miembros

El artículo 49 del TUE dispone los requisitos de admisibilidad así como el procedimiento de adhesión a la Unión Europea. Este artículo determina que las condiciones de admisión y las adaptaciones que esta admisión supone en lo relativo a los tratados sobre los que se fundó la Unión serán objeto de un acuerdo entre los estados miembros y el Estado solicitante. Dicho acuerdo se someterá a la ratificación de todos los estados contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

Junto con la prescripción de ser un Estado europeo³⁸ y respetar los valores enunciados en el artículo 2 del TUE, el artículo 49 del TUE precisa también que se tendrán en cuenta los criterios de elegibilidad acordados por el Consejo Europeo. De esta forma, esta institución se ha referido al criterio de la capacidad real de la integración del candidato³⁹ y a la capacidad de absorción de la Unión Europea.⁴⁰

Respecto al procedimiento de adhesión, se exige la solicitud al Consejo, el cual se pronunciará por unanimidad después de haber consultado a la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo por mayoría de los miembros que lo componen.

El instrumento jurídico en el que se materializa, substancialmente, la adhesión es el acta de adhesión, que constituye un anejo de la decisión del Consejo y del tratado de adhesión concluido entre el Estado candidato y el resto de miembros de la Unión. El acta prevé

38. La Comisión Europea ha señalado que el término *européo* combina una suma de aspectos geográficos, históricos y culturales que contribuyen a la identidad europea. Comisión Europea, Informe de la Comisión Europea: "Europa y el desafío de la ampliación", presentado por la Comisión ante el Consejo Europeo de Lisboa, celebrado en junio de 1992, Boletín CE. 1992, n° 3, suplemento, p. 11-12.

39. Consejo Europeo de Copenhague, junio de 1993. Conclusiones de la Presidencia, Boletín CE 6-1993, punto 1.13, p. 13.

40. Consejo Europeo de Bruselas, 15 y 16 de junio 2006. Conclusiones de la Presidencia. Ap. 53.

los principios que rigen la adhesión, las adaptaciones de carácter institucional, las adaptaciones técnicas de derecho derivado, las medidas transitorias en los distintos ámbitos materiales y las propias disposiciones de aplicación del acta. En la práctica, estas reglas en materia de adhesión se han aplicado para la integración a la Unión de terceros estados no miembros en las sucesivas ampliaciones.⁴¹

Además de dichas reglas, podría considerarse, en este marco, la práctica de la Unión Europea en relación a las modificaciones del ámbito de aplicación territorial de los tratados por causa de los cambios en la soberanía de los estados miembros. Esta práctica forma parte de la noción de “reglas de la organización”, la cual puede suministrar criterios de solución ante problemas que presenten alguna similitud.⁴²

La unificación alemana constituye un caso de especial interés en relación a la modificación del ámbito de aplicación territorial en los tratados. La solución finalmente adoptada para la integración de la República Democrática de Alemania (en adelante RDA) en la Unión Europea pone de manifiesto que las consideraciones de tipo pragmático y político prevalecieron sobre las argumentaciones de tipo jurídico por lo que respecta a la aplicación de las cláusulas de adhesión o de revisión previstas en los tratados. Así, el Consejo Europeo, del 28 de abril de 1990 en Dublín, decidió que la integración de la RDA en la Comunidad Europea sería efectiva en el momento en que la unificación fuera legalmente establecida, descartando cualquier recurso a

41. La adhesión de Grecia (Decisión del Consejo de 24 de mayo 1979; Tratado relativo a la CEE y CEEA de 24 de mayo 1979; en vigor desde el 1 de enero de 1981); DOCE L 291, de 19 de noviembre de 1979; la adhesión de España y Portugal (Decisión del Consejo de 11 de junio de 1985, Tratado relativo a la CEE y la CEEA de 12 de junio de 1985, en vigor desde el 1 de enero de 1986); DOCE L 302, 15 de noviembre de 1985; la adhesión de Suecia, Finlandia y Austria (Decisión del Consejo de 16 de mayo de 1994; Tratado de Adhesión a la Unión Europea de 24 de junio de 1994, en vigor desde el 1 de enero de 1995 y Decisión del Consejo de 1 de enero de 1995); DOCE C 241, de 29 de agosto de 1994 y DOCE L 1, de 1 de enero de 1995; la adhesión de Polonia, la República Checa, Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Chipre y Malta (Decisión del Consejo de 14 de abril de 2003; Tratado de Adhesión de 16 de abril 2003, en vigor a partir del 1 de mayo de 2004); DOUE L 236, de 23 de septiembre de 2003 y DOUE C 227E, de 23 de septiembre de 2003; la adhesión de Bulgaria y Rumanía (Tratado de Adhesión de 25 de abril de 2005, en vigor a partir del 1 de enero de 2007); DOUE L157, de 21 de junio de 2005, Tratado de Adhesión de la República de Croacia; DO L 112 de 24 de abril de 2012, p. 10/110.

42. Según el artículo 2.1.j) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986, se entiende por *Reglas de la organización* en particular los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con estos y su práctica establecida.

las cláusulas de adhesión o revisión de los tratados.⁴³ En definitiva, se debía asegurar que la integración del territorio de la antigua RDA en la Comunidad se realizaría de forma "suave y armoniosa".⁴⁴ La propia Comisión había argumentado que la cláusula de adhesión no era aplicable (antiguo artículo 237 TCEE) porque la integración de la RDA era un caso especial, aun cuando los problemas eran "técnicamente análogos" a los de una adhesión.⁴⁵ Los problemas de adaptación, políticos y económicos, eran de tal magnitud, dadas las características de la RDA, que el Consejo Europeo de Dublín mandató a la Comisión para que presentara un paquete de medidas de adaptación. Dichas medidas se debían aplicar mediante tres fases sucesivas. La primera empezaría por la introducción de una unión monetaria, acompañada con reformas sociales y económicas. La segunda fase comenzaría con la unificación formal entre las dos Alemanias. En la última fase se aplicaría el conjunto del acervo de la Unión Europea.⁴⁶

Desde un punto de vista doctrinal e institucional se discutió, en un momento inicial del proceso, el hecho de que no se acudiera formalmente a las cláusulas de adhesión⁴⁷ o revisión.⁴⁸ La solución final adoptada también se fundamentaba en la voluntad de Alemania de evitar bloqueos políticos, por parte de un Estado miembro, con el fin de obtener ventajas en otro ámbito⁴⁹ o para evitar que "el ejercicio del derecho de autodeterminación por parte de uno de los pueblos de la Comunidad hubiera quedado subordinado a la aprobación de los representantes de los pueblos de los restantes Estados miembros, procedimiento manifiestamente absurdo, que no hubiera respondido

43. Consejo Europeo: Special Meeting: Dublin 28 April 1990. Bulletin of European Communities, n. 4/1990, p. 1-5, p. 5-8.

44. *Ibid.* La expresión utilizada es "in a smooth and harmonious way".

45. Conférence de Presse du Président Delors avant le Conseil Européen de Dublin, Bruxelles, 26.4.1990.

Comisión Europea: *The Community and German Unification Communication from the Commission to the Special Session of the European Council*. Dublin, 28 April 1990, p. 9.

46. Comisión Europea: *The Community and German Unification...*, doc. cit., p. 190.

Para un análisis de estas medidas, v. Grabitz, E. "L'unité allemande et l'intégration européenne" *RGDIP*, 3-4, 1991, p. 423-441.

47. Parlamento Europeo: Resolución de 12 de julio de 1990 sobre las repercusiones de la unificación de Alemania en la Comunidad Europea, ap. 22, DOCE C 231, p. 154.

48. Jacques, J. P. "L'unification de l'Allemagne et la Communauté Européenne". *RGDIP*, 4, 1990, p. 1002.

49. *Ibid.* p. 1000.

a la fase actual de la integración, que no ha conducido aún a la integración en un único pueblo europeo.”⁵⁰

Este tipo de bloqueos políticos, por razones de índole nacional, a decisiones europeas se han evidenciado, con especial claridad, en las revisiones de los tratados, en especial, en la ratificación del Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa. Probablemente por ello, el TUE, tal y como se modificó en Lisboa, atribuye al Consejo Europeo, como máxima instancia política de la Unión, la consideración de una posible solución a los problemas que se planteen en el marco de la ratificación de los tratados constitutivos.⁵¹ Esta disposición recoge una práctica consolidada.⁵²

Otro caso en el que se descartó el recurso a las cláusulas de revisión es el del Sarre. El Tratado de Luxemburgo entre la República Federal de Alemania y Francia de 27 de octubre de 1956 dispuso, en su artículo 1, que Francia aceptaba la extensión al Sarre de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania a partir del 1 de enero de 1957. Este Tratado modificó el Tratado CECA en relación a la ponderación de votos del Consejo, previstos en el artículo 28.5 del TCECA y en relación a la composición de la Asamblea.⁵³ Este acuerdo supone un ejemplo de modificación de los tratados constitutivos al margen de los procedimientos de revisión dispuestos en los tratados, de forma que es dudoso que puedan llegarse a considerar como ineficaces reformas operadas al margen de los procedimientos de los tratados, en tanto en cuanto se cumplan las exigencias de acuerdo y ratificación de todos los estados.⁵⁴

50. Everling, V. “La extensión...”, *doc. cit.*, p. 465.

51. El artículo 48.5 del TUE dispone que “si transcurrido un plazo de dos años desde la firma de un tratado modificativo de los tratados, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a su ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión”.

52. Aldecoa Luzárraga, F.; Guinea Llorente, M. *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, 2010, Madrid, p. 255.

53. Lambers, H. J. “Les clauses de révision des traités instituant les communautés Européennes”, *AFDI*, vol. 7, 1961, p. 604.

54. Pescatore, P. “L’ordre juridique des Communautés Européennes”. *Étude des sources de Droit Communautaire*. Presses universitaires de Liège. Liège, 1971, p. 43. En opinión de Aldecoa y Guinea, la reforma del Tratado de Lisboa ha supuesto que el procedimiento de revisión se haya cambiado profundamente, lo que lo aleja del carácter puramente internacional. Aldecoa Luzárraga, F.; Guinea Llorente, M. *La Europa...*, *op. cit.*, p. 255. V., asimismo, Campins, M. “La Revisión del Tratado de la UE”, *GJUE*, D-24, p. 7 a 80.

En el caso de Groenlandia, los estados miembros de las comunidades europeas concluyeron un acuerdo, fundamentado en las cláusulas de revisión (art. 93 TCECA; 236 TCEE y 204 TCEA), por el cual los tratados CECA y CEA dejaban de aplicarse a Groenlandia. Por lo que respecta al TCEE, se configuraba un nuevo estatuto de Groenlandia como territorio de ultramar.⁵⁵ El Gobierno danés solicitó, el 19 de mayo de 1982, al Consejo de la Comunidad Europea la retirada de Groenlandia. Tras la petición del Consejo, la Comisión adoptó una comunicación sobre el estatuto de Groenlandia, formulando recomendaciones sobre la aplicación de una asociación basada en la IV parte del TCE, relativa a la asociación de países y territorios de ultramar. Las disposiciones de la IV parte del TCE estaban previstas para regular las relaciones con algunas colonias de estados miembros originarios.⁵⁶ Las recomendaciones de la Comisión se fundamentaban en un enfoque, básicamente pragmático, adaptando las disposiciones de la IV parte del TCE a la realidad económica y geográfica de Groenlandia.⁵⁷

Finalmente, debe recordarse que, a raíz de la independencia de Argelia, se produjo, en teoría, una modificación del ámbito de aplicación territorial de los tratados constitutivos, sin que se procediera a la revisión de dichos tratados. La aplicación del TCE a Argelia se fundamentaba en el antiguo artículo 227, apartado 2, el cual disponía las disposiciones particulares y generales del Tratado que se aplicaban a Argelia y a los territorios de ultramar.⁵⁸ Tras los acuerdos de Evian, de 18 de marzo de 1962, Argelia devenía un Estado independiente frente a la Comunidad Europea. Sin embargo, los estados miembros, con el fin de no agravar la situación económica de Argelia, aceptaron una solución transitoria y, *de facto*, no fue considerado como un país tercero.⁵⁹ De esta forma, el régimen del artículo 227, apartado 2, del TCE se mantuvo transitoriamente *de facto* a partir de la petición del

55. "Treaty amending, with regard to Greenland, the Treaties establishing the European Communities", *JOCE*, n. 2 29, 2.85 p. 1.

56. Por ejemplo de Francia (Polinesia Francesa), los Países Bajos (Aruba) o el Reino Unido (Islas Caimán).

57. Mason, K. "Greenland withdrawal", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1983, p. 874, vol. 13. 865.

58. La libre circulación de mercancías; la agricultura, la libre circulación de servicios, las reglas de la competencia, algunas medidas de salvaguarda y las disposiciones sobre las instituciones.

59. Vallay, G. "La communauté Européenne et les pays du Magreb". *Revue de l'occident musulman et de la Méditerranée*, n. 12, 1966, p. 199.

Gobierno de Argelia, el 24 de diciembre de 1962, al Consejo Europeo.⁶⁰ Esta situación fue transitoria por cuanto debe tenerse presente que la Comunidad Europea empezaba a elaborar una estrategia preferencial hacia los países del Magreb, en cuyo marco se firmaron sendos acuerdos de asociación con Túnez y Marruecos en 1969.⁶¹

En definitiva, al margen de las sucesivas ampliaciones de la Unión Europea, la práctica analizada pone de manifiesto que los estados miembros y las instituciones de la Unión Europea han hecho frente a las complejas situaciones políticas derivadas de modificaciones de su soberanía territorial mediante el reconocimiento de situaciones transitorias y acudiendo a soluciones flexibles y pragmáticas, en detrimento de una aplicación rigurosa e inmediata de los procedimientos de adhesión o revisión.

3.2. La idoneidad de la aplicación del procedimiento de adhesión a los nuevos estados surgidos de la separación de los estados miembros de la Unión Europea

Del hecho de que los nuevos estados no constituirían una parte contratante de los tratados constitutivos, se deduce que la adhesión de dichos estados a la Unión exigiría la solicitud y el cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 49 del TUE.⁶² Algunas interpretaciones han planteado que no sería necesario dicho proceso de adhesión, puesto que cabría articular un proceso de negociaciones entre los estados miembros y las instituciones de la Unión Europea con el fin de determinar la situación de los nuevos estados en la Unión antes de que la separación tuviera efectos. El resultado de tales negociaciones se formalizaría jurídicamente a través de un tratado de revisión.⁶³ Asimismo, también se ha argumentado que la Unión Europea debería

60. Dupouy, A. "Le statut juridique de la coopération entre l'Algérie et la CEE", *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*. Vol. XVI, n. 1, Argel, 1979, p. 9.

61. Palomares Amat, M. *Los acuerdos internacionales concluidos entre las Comunidades Europeas y los países terceros mediterráneos*, Cedecs, Barcelona, 2002.

62. Thorp, A.; Thompson, G. *Scotland, Independence and the EU*, House of Commons, UK, 2011, p. 7 (www.parliament-uk).

63. Edward, D. *Scotland and the European Union*, 17.12.2013, p. 3 (www.scottishconstitucionalfuture.org). En este orden de cosas, algunos autores han planteado un proceso de "ampliación interna". V. Matas i Dalmases, J.; González Bondía, A.; Jaria i Manzano, J.; Román i Martín, L. *L'ampliació interna...*, *op. cit.*, p. 5.

adoptar un procedimiento simplificado para regular este proceso, descartando el "tradicional" procedimiento de adhesión.⁶⁴ En todo caso, la eventual adaptación del proceso de adhesión a un supuesto como el que se plantea en este estudio debería basarse en una decisión de los estados miembros y las instituciones de la Unión.⁶⁵ Finalmente, desde otra perspectiva, se ha argumentado que no se trata, específicamente, de un proceso de adhesión sino de sucesión, en tanto en cuanto los nuevos estados surgidos de la separación de un Estado miembro serían "co-sucesores" de la condición de Estado miembro.⁶⁶

La situación jurídica que se plantea en este estudio, la adhesión a la Unión Europea de un Estado, surgido de la separación de un Estado miembro, no se adecua, con exactitud, al sentido y finalidad del artículo 49 del TUE. Así, es claro que el artículo 49 del TUE está pensado, en primer lugar, para regular las condiciones de admisibilidad que deben cumplir los terceros estados no miembros para su ingreso en la Unión.⁶⁷ En el caso de la separación de un territorio de un Estado miembro, estas condiciones, *a priori*, ya se cumplen. De la misma forma, los nuevos estados surgidos de la separación de un Estado miembro también cumplirían el derecho de la Unión Europea, por lo que no serían necesarias las medidas transitorias, salvo adaptaciones técnicas menores. Desde este punto de vista, no hay necesidad de resolver las "dificultades inherentes a la adhesión", en el marco jurídico de la Unión, que en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es el objetivo de las actas de adhesión.⁶⁸ Así, por lo que respecta al derecho derivado, sería suficiente una prolongación de los efectos jurídicos derivados de la situación ya

64. Avery, G. *The Foreign Implications of and a separate Scotland*, HC 643/17, October, 2012, ap. 2.

65. V. Crawford, J.; Boyle, A. *Opinion: Referendum on the independence of Scotland-International Law Aspects*, February 2013 p. 103. Annex A, Scotland Analysis. Devolution and the Implications of Scottish Independence. www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/7908/AnnexA.

66. Scheffer, D. "International legal Implications of Scottish Independence". Conferencia en la Universidad de Glasgow, 22.1.2013, p. 24 (www.yesscotland.net).

67. Cabe recordar, no obstante, que el artículo 50.5 del TUE exige que el Estado que se haya retirado de la Unión se someta nuevamente al procedimiento de adhesión del artículo 49 del TUE, si solicita, de nuevo, la adhesión.

68. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de abril de 1988, as. 31 y 35/86, Levantina Agrícola Industrial, SA (LAISA), y CPC España, SA, c. Consejo de las Comunidades Europeas, Rec. 1988, p. I-2316, ap. 15.

existente⁶⁹ para estos territorios, en tanto en cuanto formaban parte del territorio de los estados predecesores. No obstante, en la medida en que estos últimos se verían afectados, el proceso requería una negociación y clarificación en este punto.⁷⁰ Las adaptaciones absolutamente necesarias serían las de carácter institucional en relación al derecho originario. Así, se requeriría, jurídicamente, un nuevo tratado para fundamentar la participación institucional del nuevo Estado en el conjunto de las instituciones y órganos de la Unión Europea.

El proceso para regular las condiciones por las que los tratados constitutivos dejarían de aplicarse en un territorio de los estados miembros de la Unión Europea exigiría un período de tiempo, con el fin de formalizar, en un tratado,⁷¹ las consecuencias y los efectos para la Unión, para el Estado predecesor⁷² y para el territorio que se separa. Este proceso, obviamente, conllevaría un conjunto de problemas relevantes, de carácter jurídico y político. En la medida en que se manifieste la voluntad de pertenencia de estos nuevos estados a la Unión, una vez terminado el proceso de negociación de las consecuencias y efectos de la inaplicación de los tratados,⁷³ debería iniciarse un nuevo proceso de negociación de la adhesión. Esta solución es absurda en términos políticos, y altamente costosa en términos jurídicos.⁷⁴ En este marco, tiene interés la observación del profesor Pescatore en el sentido

69. El fenómeno relativo a que una ley derogada regule válidamente todavía algunas situaciones, en el marco de la eficacia de las leyes, suele ser designado, por oposición a la retroactividad, como ultraactividad de la ley derogada o supervivencia de la ley antigua. V. Díez-picazo, L. M. *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, p. 220.

70. Avery, G. *The Foreign Implications of and for a separate Scotland*, HC 643/17, October 2012, ap. 14.

71. Como se ha indicado, en el caso de Groenlandia, los estados miembros celebraron un Tratado de revisión para regular los efectos de la inaplicación de los tratados a este territorio. En el marco de la retirada formal de un Estado miembro, el artículo 50.2 del TUE dispone que la Unión negociará y celebrará un acuerdo con el Estado que se retira de la Unión para establecer la forma de su retirada, así como el marco de sus futuras relaciones con la Unión.

72. Crawford, J.; Boyle, A. *Opinion. Referendum of independence... op. cit.* p. 100.

73. En el marco de la retirada formal de un Estado miembro, el artículo 50.3 del TUE establece que los tratados dejarán de aplicarse al Estado que se retira de la Unión a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación de su intención de retirarse al Consejo Europeo, salvo que esta última institución, de acuerdo con el Estado que se retira, decida por unanimidad prorrogar dicho plazo.

74. Connolly, C. K. "Independence in Europe: Secession, Sovereignty and the European Union", p. 51, <http://ssrn.com/abstract=2231162>.

de que la interpretación jurídica debe conducir a un resultado que sea operativo en la práctica.⁷⁵

Desde una perspectiva meramente política, la argumentación de la necesidad del proceso inicial de negociación de las condiciones de inaplicación de los tratados y de una posterior solicitud de adhesión del nuevo Estado, en el caso de que dicho Estado manifieste su voluntad de ser miembro de la Unión Europea, podría basarse en la voluntad política de vetar la adhesión por intereses nacionales de un Estado. El requisito de la unanimidad del Consejo, en el procedimiento del artículo 49 del TUE, o los artículos 4.2 y 52 del TUE y 355 del TFUE podrían constituir una base jurídica suficiente para que cualquier Estado bloquease la adhesión a la Unión Europea de un nuevo Estado surgido de la separación de un Estado miembro. No obstante, cabe señalar que el proceso de construcción europea ha puesto en evidencia que la Unión y sus estados miembros han sabido solucionar este tipo de bloqueos políticos nacionales a una decisión europea mediante regulaciones de naturaleza transitoria y pragmática.⁷⁶

4. Las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, como categoría jurídica

4.1. El recurso en la práctica a las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo

Las instituciones de la Unión Europea y los estados miembros han acudido, para formalizar sus decisiones, a categorías jurídicas no previstas en los tratados constitutivos, a lo largo del proceso de construcción

75. Pescatore, P. "La interpretación del Derecho Comunitario por el juez nacional". Ponencia presentada en el Curso de Derecho Comunitario Europeo. Universidad de Granada, 1995, p. 4.

76. En este orden de ideas, Ignacio Molina ha escrito: "*Sin embargo, también es cierto que -considerando la magnitud del problema- una posición basada en determinada interpretación formal de los Tratados podría resultar políticamente difícil de mantener. Es decir, un veto o una posición muy poco constructiva durante las negociaciones de reingreso tendrían tal vez que enfrentarse a los poderosos deseos de una mayoría de Estados miembros o de las Instituciones europeas*" Molina, I. "independentismo o integración europea: la imposible adhesión automática a la UE de un territorio secesionado", *Real Instituto Elcano*, 1 de marzo de 2013, pág. 5. www.realinstitutoelcano.org.

europaea. Una de estas categorías jurídicas la constituyen los actos de los representantes de los estados miembros en el seno del Consejo. Estos actos pueden definirse como “un instrumento jurídico heterogéneo, en ocasiones de naturaleza convencional, cualquiera que sea su denominación, adoptado por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros en ejercicio de sus competencias soberanas y en ocasiones conjuntamente con el Consejo cuando se afecte, en alguna medida, a las competencias comunitarias, en el seno de esta institución comunitaria, con el fin de incidir en la realización de los objetivos comunitarios en sentido amplio.”⁷⁷

La heterogeneidad en relación a su denominación,⁷⁸ efectos jurídicos y sujetos de los que emanan⁷⁹ es una de las características de esta categoría jurídica. Esta diversidad exige un estudio del contenido concreto de cada uno de estos actos para proceder a su calificación jurídica.⁸⁰

En la práctica, las instituciones de la Unión Europea y los estados miembros han acudido a esta categoría jurídica en su configuración de acuerdos internacionales concluidos en forma simplificada, con la voluntad de crear derechos y obligaciones jurídicas entre las partes contratantes,⁸¹ adecuándose, así, a la noción de tratado contemplada

77. Palomares Amat, M *Los actos de los representantes de los Estados miembros en el Consejo de la UE*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 31.

78. La diversidad en la denominación de dichos actos ya es significativa: acuerdos, decisiones, resoluciones, declaraciones, declaración de principios, conclusiones de los representantes de los estados miembros, etc. Asimismo, se ha utilizado la expresión decisiones del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los estados miembros reunidos en el seno del Consejo o bien la de decisiones del Consejo y de los ministros de Sanidad, Educación; decisiones del Consejo Europeo, etc.

79. Así, ciertos actos de los representantes de los gobiernos de los estados miembros en el seno del Consejo podrían considerarse como actos atribuibles únicamente a los estados miembros en la medida en que son adoptados por sus representantes como tales y no en su condición de miembros del Consejo. La referencia al Consejo expresaría el ámbito en el que se ejerce la cooperación de los estados, pero no se trataría de actos adoptados por el Consejo como institución con arreglo a los procedimientos previstos a tal efecto. No obstante, en ocasiones los actos de los representantes de los gobiernos de los estados miembros en el seno del Consejo presentan una clara dualidad, en la medida en que podrían considerarse como instrumento jurídico imputable a la vez a la Unión Europea y a sus estados miembros, lo cual se manifiesta en la misma denominación. *Vid.* Garzon, G. “Las Fuentes del Derecho comunitario”, en Rodríguez Iglesias, G. C.; Liñan Noguera, D. J. *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 25.

80. Palomares Amat, M. *Los actos...*, *op. cit.*, p. 27.

81. Las decisiones de aceleración del desmantelamiento arancelario y del progresivo establecimiento del arancel exterior común son un claro ejemplo de ello. Ganshoff Van Der Merch, W. “L’ordre juridique des Communautés Européennes et le droit international”,

en el artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.⁸² La naturaleza convencional de estos actos se refleja en aspectos como su procedimiento de elaboración; la incorporación de las cláusulas habituales de los acuerdos internacionales tales como los idiomas que dan fe, la figura del depositario o declaraciones anexas de ciertos estados; u otros criterios de los que se podría deducir la voluntad de crear derechos y obligaciones, como, por ejemplo, el lenguaje concluyente por lo que respecta a su obligatoriedad, la presentación gráfica en artículos, la publicación en el DOUE o la derogación de otras normas. Asimismo, la naturaleza convencional de estos actos se manifiesta en el hecho de que se incluyen junto con otras categorías normativas de clara dimensión convencional en las diferentes actas de adhesión.⁸³

Por lo que se refiere al procedimiento de elaboración, la mayoría de los autores señalan que se trata de acuerdos concluidos en forma simplificada en los que la autenticación del texto y la manifestación del consentimiento suelen producirse en unidad de acto.⁸⁴ Esta conclusión en forma simplificada conlleva la ventaja de su rapidez y facilidad en la elaboración y adopción del acuerdo. Asimismo, estos actos vienen firmados por cada uno de los representantes estatales o por el presidente del Consejo. Finalmente, ciertos actos exigen la aprobación de los estados miembros conforme a sus respectivas reglas constitucionales, así como la posterior notificación, a la Secretaría General del

RCADI, 1975/v, p. 80; Wellens y Borchardt consideran que "the legal binding force of decisions of the representatives of member states governments, meeting in the Council, can be taken as a starting point, unless there is clear evidence of the contrary". Wellens, K. C.; Brochardt, G. M. "Soft Law in the European Community Law", *ELR*, vol. 14, n. 5, October 1989, p. 297.

82. "Se entiende por Tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular" (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969; BOE de 13 de junio de 1980).

83. Por ejemplo, el artículo 3 del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los tratados (BOE nº 1, miércoles 1 de enero de 1986, p. 1). Las actas distinguen entre actos cuya recepción se produce por la misma acta y actos cuya recepción requiere un compromiso posterior. En el caso de los actos de los representantes de los gobiernos de los estados miembros, la recepción se produce por la misma acta de adhesión. V. Mangas Martín, A. *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, 2 ed., 1987, p. 63.

84. Ganshoff van der Meersch, W. *L'ordre juridique...*, op. cit., p. 81; Cerexhe, E. *Le droit européen. Les objectifs et les institutions*. Nauwelaerts-Bruylant, Bruxelles, 2 ed., p. 253; Pescatore, P. *L'ordre juridique...*, op. cit., p. 108; Garzon, G. *Las Fuentes...*, op. cit., p. 29.

Consejo de la Unión Europea, del cumplimiento de los procedimientos requeridos para su entrada en vigor, lo cual podría considerarse como el perfeccionamiento de la manifestación del consentimiento en obligarse.

Dentro de la tipología genérica de estos actos, tiene un especial interés, para el objeto de este estudio, la categoría de las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo. Estas decisiones pueden considerarse como una manifestación específica de la categoría más genérica de los actos de los representantes de los estados miembros en el seno del Consejo, caracterizándose por el hecho de que se adoptan por los máximos responsables políticos de los estados miembros y en el seno de la máxima institución política de la Unión Europea.

Esta categoría jurídica se utilizó, por parte de los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea, para resolver los problemas planteados por Dinamarca e Irlanda a raíz de la conclusión de los tratados de Maastricht y Lisboa.

La Decisión relativa a Dinamarca,⁸⁵ junto con las declaraciones unilaterales, constituye la respuesta a los resultados del referéndum danés negativo relativo a la ratificación del Tratado de Maastricht.⁸⁶ En esta Decisión se recogen unas disposiciones, en relación a la participación de Dinamarca en los siguientes ámbitos materiales de la Unión: la ciudadanía europea, la Unión Económica y Monetaria, la política de defensa y en el marco de la justicia y los asuntos de interior. Algunas de las disposiciones que se incluyen en esta Decisión tienen un carácter marcadamente interpretativo, mientras que otras modifican la aplicación, a Dinamarca, del TUE, en ciertos ámbitos materiales. Las disposiciones relativas a la ciudadanía europea o justicia y asuntos de interior se han calificado de irrelevantes desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas.⁸⁷ Sin embargo, las disposiciones relativas a la Unión Económica y Monetaria y a la política de defensa tienen efectos jurídicos. En el primer caso, Dinamarca notifica que no participa en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, por lo que

85. Anexo 1 del texto: Dinamarca y el TUE. Edimburgo, 12 de diciembre de 1992. Textos adoptados por el Consejo Europeo de Edimburgo. Parte B, DOCE C 348, de 21 de diciembre de 1992.

86. Preámbulo y Declaración final de Dinamarca. Dinamarca y el Tratado de la Unión Europea, doc. cit., Anexo 3.

87. Mangas Martín, A. "La Unión Europea: análisis jurídico". *La Ley*, Año XIV, Número 79, 1993, p. 4.

el Protocolo sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca queda modificado.⁸⁸ En el segundo caso, se dispone que Dinamarca no participará en la elaboración y aplicación de las decisiones y acciones de la Unión que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa. Estas disposiciones suponen una modificación, *de facto*, del TUE, sin proceder a una revisión formal.

Las disposiciones finales de esta Decisión regulan su entrada en vigor y vigencia. Así, se establece que dicha Decisión surtiría efecto en la fecha de entrada en vigor del TUE. Asimismo, las disposiciones finales remiten a los artículos 51 y 48.2 del TUE, para regular su vigencia. De esta forma, la vigencia de la Decisión es, en principio, ilimitada, salvo que se active el procedimiento de reforma del artículo 48 TUE. Finalmente, se señala que Dinamarca podrá, en cualquier momento, y con arreglo a sus normas constitucionales, informar a los demás estados miembros de que ya no desea invocar total o parcialmente la Decisión. En tal caso, Dinamarca aplicará todas las medidas pertinentes vigentes en ese momento y que se hayan adoptado en el contexto de la Unión Europea. Esta última previsión pone en evidencia la naturaleza transitoria de estas medidas.

La naturaleza jurídica de esta Decisión es compleja. La profesora Mangas ha definido esta Decisión como “un acuerdo político o no normativo; es un acuerdo entre caballeros, un *gentlemen agreement*. No es propiamente un convenio o un acuerdo normativo: carece del núcleo esencial del *Pacta Sunt Servanda*. No crea normas jurídicas. No se rige por el Derecho internacional ni por el Derecho comunitario”.⁸⁹ Sin embargo, del contenido y de la forma de esta Decisión podría deducirse, también, que se trata de un acto jurídico de naturaleza convencional, adoptado por unanimidad por los jefes de Estado en el marco del Consejo Europeo, para interpretar y modificar algunas disposiciones materiales de los tratados en relación a Dinamarca, de una forma inmediata y con un carácter transitorio. En este contexto, es interesante la afirmación del profesor Roldán Barbero en el sentido de que se debe localizar, con preferencia sobre la manifestación externa, el compromiso jurídico donde se concreta el consentimiento del Estado en obligarse.⁹⁰

88. *Ibid.*, p. 4.

89. Mangas Martín, A. *Dinamarca...*, *op. cit.*, p. 5.

90. Roldán Barbero, J. *Ensayo sobre el Derecho Internacional Público*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 1986, p. 84.

Queda claro que este acto formaliza jurídicamente un acuerdo político de difícil solución: esto es, la articulación jurídica de la participación de Dinamarca en el TUE en los ámbitos materiales que se identifican. El recurso al procedimiento formal de revisión de los tratados hubiera retrasado, y quizás bloqueado, la conclusión del Tratado de Maastricht. Así, se ha señalado que “un protocolo habría necesitado ser debatido y autorizado por los Parlamentos de los Doce Estados miembros, lo que por razones comprensibles causaba gran desconfianza respecto a su autorización”.⁹¹

La Decisión relativa a Irlanda⁹² tiene como objetivo, como indica su preámbulo, atender a las preocupaciones del pueblo irlandés, manifestadas por su primer ministro, a raíz del referéndum de 12 de julio de 2008 sobre el Tratado de Lisboa. La Decisión contiene una serie de disposiciones, vinculantes jurídicamente,⁹³ que pretenden “clarificar”⁹⁴ el contenido y la aplicación del Tratado de Lisboa en relación a los siguientes ámbitos: derecho a la vida, familia y educación (sección A); fiscalidad (sección B) y seguridad y defensa (sección D). En la sección A, se establece que ninguna disposición del Tratado de Lisboa afectará al alcance y a la aplicabilidad de la protección del derecho a la vida, a la protección de la familia o a la protección de los derechos en materia de educación, tal y como se contemplan en las disposiciones de la Constitución irlandesa. En la sección B, se prevé que ninguna disposición del Tratado de Lisboa introduce cambio alguno en relación con el alcance o el ejercicio de la competencia de la Unión en materia de fiscalidad. Finalmente, la sección C, tras reiterar los objetivos de la acción exterior de la Unión Europea y, en particular, de la política común de seguridad y defensa, reconoce que el Tratado de Lisboa no afecta a la política de seguridad y defensa de los estados miembros ni va en detrimento de la política tradicional de neutralidad militar de Irlanda. Asimismo, se subraya que corresponde a los estados miembros determinar el tipo de ayuda o asistencia que se deba facilitar a un Estado

91. Mangas Martín, A. *Dinamarca...*, op. cit., p. 5.

92. Anexo 1 de las Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Bruselas, 18 y 19 de junio de 2009.

93. Así lo declaran, expresamente, los jefes de Estado y de Gobierno en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 2009: “es jurídicamente vinculante y surtirá efectos en la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa” (doc. cit., ap. 5, punto III, p. 4).

94. Esta es la expresión utilizada por los jefes de Estado y de Gobierno (*Ibid.*, ap. 5, punto V, p. 5).

miembro que sea objeto de un atentado terrorista o víctima de una agresión armada en su territorio. La sección C remarca que la decisión de construir una defensa común requerirá la unanimidad del Consejo. Cada Estado decidirá si participa en alguna forma de cooperación estructurada, operación militar o en la Agencia Europea de Defensa. La Decisión establece que el Tratado de Lisboa no prevé la creación de un ejército europeo ni el reclutamiento para formación militar alguna ni afecta a la decisión de los estados miembros de determinar el tipo y la envergadura de su gasto de defensa y seguridad.

Los jefes de Estado y de Gobierno declararon que el contenido de la Decisión es “plenamente compatible” con el Tratado de Lisboa.⁹⁵ Sin embargo, de los términos de la Decisión se desprende la clara voluntad de Irlanda, aceptada por los demás estados miembros, de excluir cualquier desarrollo de los ámbitos mencionados a partir de la práctica. Desde esta perspectiva, podría interpretarse que esta Decisión tiene unos efectos limitativos respecto a la aplicación y a las potencialidades de desarrollo de los ámbitos materiales mencionados en el ámbito de la Unión Europea. En el caso de la seguridad y defensa los términos de la Decisión son difícilmente compatibles con el sentido y finalidad del artículo 24, apartado 3, del TUE, tal y como se modificó en Lisboa.⁹⁶

El carácter transitorio de esta Decisión se deduce de las propias manifestaciones de los jefes de Estado y Gobierno. Así, en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 18 y 19 de julio de 2009, los jefes de Estado y de Gobierno declararon que “enunciarán, cuando se celebre el próximo tratado de adhesión, las disposiciones de la Decisión adjunta en un protocolo que se anejará, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales, al Trata-

95. *Ibid.* En opinión de Aldecoa y Guinea, la mayor parte de las exigencias irlandesas no implicaban la necesidad de reformar el Tratado. V. Aldecoa Luzárraga, F.; Guinea Llorente, M. *La Europa que viene...*, op. cit., p. 282.

96. El artículo 24, apartado 3, del TUE dispone que “los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, con espíritu de lealtad y solidaridad mutua y respetarán la acción de la Unión en este ámbito. Los Estados miembros trabajarán conjuntamente para intensificar y desarrollar su solidaridad política mutua. Se abstendrán de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar su eficacia como fuerza de cohesión en las relaciones internacionales”. En las conclusiones del Consejo Europeo del 18 y 19 de junio de 2009 (anexo 3) también se incluye una Declaración nacional de Irlanda sobre la política de seguridad y defensa no afecta a su tradicional política de neutralidad, incluida la cláusula de defensa mutua.

do de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".⁹⁷

En definitiva, los estados miembros han acudido, en la práctica, a la categoría jurídica de las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, en el seno del Consejo Europeo, con la finalidad de solucionar problemas políticos de envergadura, de una forma simplificada, inmediata y transitoria.

4.2. Las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, como acuerdos concluidos en forma simplificada, por unanimidad, en el marco del Consejo Europeo y con una función de concertación transitoria

La Unión Europea ha preparado, de forma transitoria, la adhesión de terceros estados mediante la conclusión de acuerdos de asociación tendentes a la creación de una unión aduanera.⁹⁸ Asimismo, ha extendido la aplicación de gran parte del acervo económico de la Unión a terceros estados no miembros, a través de acuerdos internacionales. Así, el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), firmado, el 2 de mayo de 1992, por la CEE, la CEEA, sus estados miembros y los estados miembros de la EFTA,⁹⁹ supone la extensión a estos últimos estados de una parte substancial del acervo de la Unión Europea, en el plano económico, en particular por lo que se refiere a las cuatro libertades (aun cuando existen limitaciones en materia de agricultura o política de pesca), la libre competencia, la política de medio ambiente, protección de consumidores o política social.¹⁰⁰ Tanto los acuerdos de asociación como el acuerdo del EEE podrían servir para fundamentar jurídicamente un régimen transitorio que regulase las relaciones entre

97. Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Bruselas de 18 y 19 de julio de 2009, doc. cit., ap. 5, punto IV, p. 4.

98. Flaesch Mougin, C. *Les acords externes de la CEE. Essai d'une typologie*. Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 1980; Roldán Barbero, J. "Los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea: un panorama", en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1997, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Tecnos, p. 207 a 235.

99. DOCE L 1, 3 de enero de 1994, p. 1.

100. El Tribunal de Justicia dictaminó que el contenido del EEE supone "la creación de un espacio económico homogéneo, en el cual el Derecho, esencialmente idéntico al vigente dentro de la CEE, deba aplicarse de la manera más uniforme posible". Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. 1991, p. I-6102.

la Unión y los nuevos estados hasta un futuro tratado de adhesión. Sin embargo, los objetivos de los mencionados acuerdos de asociación son los de crear las bases para preparar, de forma progresiva, la futura adhesión.¹⁰¹ En el supuesto objeto de este estudio, la finalidad preparadora no es necesaria por cuanto el derecho originario y derivado de la Unión ya se aplicarían por parte de los nuevos estados surgidos de la separación de estados miembros. El acuerdo del EEE podría servir como referente para regular las relaciones entre la Unión y aquellos nuevos estados que solo quisieran aplicar el acervo económico de la Unión.

Por tanto, ni los acuerdos de asociación ni el acuerdo del EEE constituyen una solución idónea en el supuesto de que los nuevos estados manifestasen la voluntad de seguir perteneciendo plenamente y de forma inmediata a la Unión. Por ello, podría considerarse el recurso a las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, en su configuración de acuerdos internacionales concluidos en forma simplificada, por unanimidad, en el marco del Consejo Europeo, para regular, de forma transitoria, la permanencia en la Unión, de nuevos estados surgidos de la separación de estados miembros hasta la conclusión de un tratado de adhesión. De la misma forma, esta categoría jurídica podría plantearse para formalizar, hasta la conclusión de un tratado de revisión, las adaptaciones a los tratados constitutivos, derivados de la permanencia del Estado miembro predecesor.

El ámbito material de las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, en el seno del Consejo Europeo, para regular la participación transitoria en la Unión, podría circunscribirse a la regulación de la aplicación del derecho de la Unión Europea, excluyendo las disposiciones institucionales hasta la conclusión del tratado de adhesión. Mediante esta categoría jurídica, los jefes de Estado y de Gobierno podrían prorrogar los efectos jurídicos de la aplicación del acervo de la Unión, de forma transitoria, hasta la conclusión de un tratado de adhesión. Cabe recordar, en este sentido, que, en el caso de la uni-

101. Así, por ejemplo, el Acuerdo de asociación entre la CEE y Grecia, firmado el 9 de julio de 1961 (CODE N° L 26, 18.2.1963, p. 293), fija como objetivo el establecimiento de una unión aduanera, la armonización de las políticas, previstas en el mismo, de ambas partes contratantes y el desarrollo de la economía helénica mediante la transferencia de recursos por parte de la CE (art. 2.2 del Acuerdo). Este Acuerdo contiene disposiciones referidas a la libre circulación de personas y servicios, competencia, fiscalidad, armonización de legislaciones y a la política económica. V. Palomares Amat, M. *Los acuerdos...*, *op. cit.*, p. 58.

ficación alemana, se argumentó que la ausencia de modificaciones institucionales en los tratados constitutivos permitió que la integración de la antigua República Democrática Alemana se realizase sin acudir al procedimiento de adhesión o revisión.¹⁰²

No obstante, en el caso de que cristalizara un acuerdo político, también podría interpretarse que no hay un obstáculo jurídico para que los jefes de Estado y de Gobierno, en el seno del Consejo Europeo, pudieran adoptar las modificaciones institucionales que fueran necesarias para regular la participación de los estados predecesores y sucesores en el caso de separación de un territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, de forma transitoria, hasta un posterior tratado de revisión y adhesión. Así, desde el punto de vista institucional, el Consejo Europeo se configura como la institución de la Unión Europea idónea para llevar a cabo una decisión de esta naturaleza, tanto en el plano político como en el jurídico.¹⁰³ La nueva regulación institucional introducida por el Tratado de Lisboa reafirma este poder del Consejo Europeo. Así, mientras que la ponderación de votos en el Consejo ha sido uno de los temas más complejos de negociación en los tratados de reforma y en los tratados de adhesión, las nuevas disposiciones, introducidas por el Tratado de Lisboa, en relación a la adopción de decisiones del Consejo por mayoría cualificada,¹⁰⁴ a partir del 1 de noviembre de 2014 o, eventualmente, a partir del 1 de abril de 2017 (55% de los miembros del Consejo que incluya al menos a 15 de ellos y que represente a estados miembros que reúnan como mínimo el 65%

102. Everling, V. *La extensión...*, *op. cit.*, p. 464.

103. Prueba de ello, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas del 11 y 12 de diciembre de 2008 se dispuso lo siguiente: "El Consejo Europeo acuerda que, siempre que entre en vigor el Tratado de Lisboa, se adoptará una decisión, de conformidad con los procedimientos jurídicos necesarios, con el fin de que la Comisión siga incluyendo a un nacional de cada Estado Miembro" (Consejo Europeo de Bruselas, 11 y 12 de diciembre de 2008. Conclusiones de la Presidencia, punto 2, p. 2). Este acuerdo modifica el artículo 4 del Protocolo sobre la ampliación de la Unión Europea, anexo al Tratado de Niza, según el cual cuando la Unión Europea contase con 27 estados miembros, el número de nacionales de la Comisión sería inferior al número de estados. Asimismo, en virtud del artículo 355, ap. 6, del TFUE, el Consejo Europeo puede modificar, por unanimidad, el estatuto respecto de la Unión de las regiones ultraperiféricas y de los países y territorios de ultramar. A partir de esta base jurídica, el Consejo Europeo modificó el estatuto de la Isla de San Bartolomé. Dicha isla pasó del estatuto de región ultraperiférica, en virtud del artículo 349 del TFUE, al de País y territorio de ultramar de la IV parte del TFUE. Decisión del Consejo Europeo, de 29 de octubre de 2010, por la que se modifica el Estatuto respecto de la Unión de la Isla de San Bartolomé (DOUE, L 325, 9 de diciembre de 2010, p. 4).

104. Art. 16 TUE, 238 TFUE y el Protocolo nº 36 sobre disposiciones transitorias.

de la población), reducen la necesidad de negociación y reforma.¹⁰⁵ Además, por lo que respecta al Parlamento Europeo, el artículo 14 del TUE dispone que el Consejo Europeo adoptará, por unanimidad, a iniciativa del Parlamento Europeo y con su aprobación, una decisión por la que se fije la composición del Parlamento Europeo. En lo relativo a la Comisión, el artículo 17.5 del TUE establece que a partir del 1 de noviembre de 2014, la Comisión estará compuesta por un número de miembros correspondiente a los dos tercios del número de estados miembros, a menos que el Consejo Europeo decida por unanimidad modificar dicho número. Asimismo, los miembros del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo son nombrados por el Consejo Europeo (art. 283 TFUE) y los jueces del Tribunal de Justicia son designados de común acuerdo por los gobiernos de los estados miembros (253 TFUE). Finalmente, el Consejo es quien adopta la lista final de miembros, a partir de la propuesta de los estados miembros, del Tribunal de Cuentas (286 TFUE), del Comité Económico y Social (art. 301 y 302 TFUE) y del Comité de las Regiones (art. 305 TFUE).

La naturaleza de estas decisiones, como acuerdos internacionales concluidos en forma simplificada, permitirían superar los problemas derivados de la necesidad de negociar, en un primer momento, las consecuencias de la inaplicación de los tratados y, en un segundo momento, la posterior solicitud de adhesión, por parte de los nuevos estados surgidos de la separación de un territorio de los estados miembros. Esta conclusión en forma simplificada conllevaría la ventaja de su rapidez y facilidad en la elaboración y adopción del acuerdo.

En la práctica, la categoría genérica de los actos de los representantes de los estados miembros en el seno del Consejo ha sido adoptada, también, como un mecanismo de concertación intergubernamental, preparatorio de otros posteriores en el marco institucional de la Unión Europea, hasta que las instituciones de la Unión han asumido plenamente las competencias en ciertos ámbitos. Razones de índole tanto jurídica como de oportunidad política explican este recurso.¹⁰⁶ El carácter esencialmente dinámico del sistema jurídico de la Unión genera la necesidad de articular instrumentos jurídicos que respondan a estas situaciones transitorias que dan lugar a lo que se

105. Usher, J. A. *Memorandum to the House of Lords*. Select Committee on the constitution of Lords, 19. March 2008, www.parliament.uk, p. 2.

106. Jacot-Guillarmod, O. *Droit communautaire et droit international public*, Georg and Cie SA, Librairie de l'Université de Genève, 1979, p. 20.

ha denominado “lagunas provisionales”.¹⁰⁷ Así, puede considerarse que dentro del sistema de adopción de decisiones de la Unión, esta técnica de concertación es la prevista para ámbitos donde la atribución de competencias se concibe de forma progresiva o no existe o es de menor intensidad; por ello, se configuraría como un procedimiento primario de toma de decisiones, preparatorio de otros posteriores, más ambiciosos, en el supuesto de que los estados miembros consientan la atribución de un mayor grado de competencias en este ámbito. En este marco, los profesores Vandersanden y Barav se han referido a los actos de los representantes de los gobiernos de los estados miembros en el seno del Consejo como acuerdos que “constituent une transition naturelle vers les accords intra-communautaires”.¹⁰⁸ En definitiva, esta función de concertación transitoria se adecua a uno de los principios fundamentales del proceso de construcción europea: el principio de progresividad.

En este sentido, las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, como categoría específica de los mencionados actos de los representantes de los estados en el seno del Consejo, pueden erigirse también como un mecanismo jurídico de concertación transitoria, idónea para regular una situación como la que se plantea en este estudio: la permanencia en la Unión Europea de un nuevo Estado surgido de la separación de un Estado miembro. Esta fórmula jurídica permitiría formalizar, transitoriamente, hasta la conclusión de un tratado de adhesión, la situación de permanencia de estos territorios en la Unión Europea, al tiempo que evitaría los problemas derivados de la necesaria negociación de las consecuencias y efectos de la inaplicación de los tratados, en el supuesto de que dichos estados manifiesten su voluntad de formar parte de la Unión Europea.

5. Consideraciones finales

El análisis de las normas de derecho internacional público ha puesto en evidencia que las reglas convencionales de derecho internacional en materia de sucesión de estados remiten, en el caso de sucesión en

107. Mortelmans, K. “Les lacunes provisoires en droit communautaire”, *CDE*, n. 4, 1981, p. 410 a 436.

108. Vandersanden, G.; Barav, A. *Contentieux...*, *op. cit.*, p. 194.

la calidad de miembro de una organización internacional, a las reglas propias de cada organización internacional. La práctica de la ONU y de los organismos especializados refleja, como regla general, que los estados sucesores solo pueden acceder a la calidad de miembro de una organización internacional a través del cumplimiento de los requisitos de adhesión establecidos en los tratados constitutivos de las respectivas organizaciones. Junto a esta regla general, existen supuestos en los que se ha requerido, tan solo, el depósito de la notificación de la secesión para devenir miembro de una organización internacional. Asimismo, en algunos casos, se ha previsto un régimen provisional de participación y, en otros, se ha establecido una declaración de continuidad en la participación y en las obligaciones y derechos por parte del Estado sucesor respecto a ciertos regímenes y actos convencionales que vinculaban al Estado predecesor.

Esta práctica tiene la virtualidad de suministrar ejemplos de solución al problema de la sucesión en la calidad de miembro de una organización internacional, que pueden ser considerados por la Unión Europea y sus estados miembros para solucionar jurídicamente los supuestos que se plantean en este estudio. Sin embargo, debe tenerse presente que cualquier práctica generada en otras organizaciones internacionales, para su aplicación a la Unión Europea, debería ser compatible con la naturaleza de la Unión y, en particular, con el objetivo de integración de la Unión Europea y con las características de su ordenamiento jurídico, como elementos que otorgan especificidad a la Unión Europea frente a otras organizaciones internacionales. Desde esta perspectiva, se plantean dudas sobre la idoneidad de la aplicación de las soluciones generadas en la práctica de organizaciones de cooperación, como las que configuran el sistema de la Organización de las Naciones Unidas, a la Unión Europea. El grado de imbricación e interrelación jurídica, política y económica adquiere, en el marco de la Unión Europea, una intensidad totalmente distinta al que puede plantearse en el marco de organizaciones de cooperación. En este contexto, las soluciones adoptadas en el marco de dichas organizaciones de cooperación pueden ser inadecuadas para resolver los problemas que se plantean en el ámbito de las organizaciones de integración. Por ello, entiendo que la solución jurídica al supuesto objeto de este estudio debe plantearse en el marco, por un lado, de las reglas de adhesión previstas en el TUE y, por otro, de la práctica de la Unión y sus estados miembros en el caso de modificaciones del ámbito de aplicación territorial de los tratados por causa de cambios en la soberanía de los estados miembros.

En el caso de separación de un territorio de un Estado miembro de la Unión Europea y la consecuente creación como Estado independiente, dicho nuevo Estado devendría un tercer Estado frente a la Unión Europea y los tratados constitutivos dejarían de aplicarse en su territorio. Del hecho de que estos nuevos estados no constituirían una parte contratante de los tratados constitutivos, se deduce que la adhesión de este nuevo Estado a la Unión exigiría la solicitud y el cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 49 del TUE.

Sin embargo, la situación jurídica que se plantea en este estudio, la adhesión a la Unión Europea de un Estado surgido de la separación de un Estado miembro, no se adecua, con exactitud, al sentido y finalidad del artículo 49 del TUE. Así, es claro que el artículo 49 del TUE está pensado, en primer lugar, para regular las condiciones de admisibilidad que deben cumplir los terceros estados no miembros para su ingreso en la Unión. En el caso de la separación de un territorio de un Estado miembro, estas condiciones, *a priori*, ya se cumplen. De la misma forma, los nuevos estados surgidos de la separación de un Estado miembro también cumplirían el derecho de la Unión Europea, por lo que no serían necesarias las medidas transitorias, salvo adaptaciones técnicas menores y, obviamente, las necesarias adaptaciones institucionales.

La práctica estudiada ha puesto de manifiesto que la Unión y sus estados miembros han hecho frente a las complejas situaciones políticas derivadas de modificaciones de su soberanía territorial mediante el reconocimiento de situaciones transitorias y acudiendo a soluciones flexibles y pragmáticas, en detrimento de una aplicación rigurosa e inmediata de los procedimientos de revisión o adhesión.

En este contexto, este estudio plantea la posibilidad del recurso a la categoría jurídica de las decisiones de los representantes de los jefes de Estado y de Gobierno en el seno del Consejo Europeo, como instrumento que podría servir para formalizar una situación transitoria, que fundamentase la participación en la Unión Europea de nuevos estados surgidos de la separación de estados miembros, hasta la conclusión de un tratado de adhesión. La configuración de estos actos como acuerdos concluidos, por unanimidad, en forma simplificada, en el seno del Consejo Europeo, y con una función de concertación transitoria, los hace adecuados para esta finalidad. El Consejo Europeo, como máxima instancia política de la Unión, se configura como la institución idónea para adoptar una decisión de esta naturaleza.

El ámbito material de la decisión de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, en el supuesto

objeto de este estudio, podría limitarse a la aplicación del derecho de la Unión Europea, excluyendo las disposiciones institucionales. Así, mediante esta categoría jurídica, los jefes de Estado y de Gobierno podrían prorrogar los efectos jurídicos de la aplicación del acervo de la Unión Europea a los nuevos estados, de forma transitoria, hasta la conclusión del tratado de adhesión. En el caso de que cristalizara un acuerdo político en este sentido, no hay un obstáculo jurídico para que los jefes de Estado y de Gobierno puedan adoptar las modificaciones institucionales necesarias para regular la participación, de forma transitoria, de los estados sucesores, así como las modificaciones institucionales que afectarían a los estados predecesores, en el supuesto de la separación de un territorio de un Estado miembro de la Unión, hasta la futura conclusión de los necesarios tratados de revisión y adhesión.

Esta regulación transitoria permitiría superar los problemas que podrían derivarse de la necesidad de negociar, en primer momento, las consecuencias y efectos de la inaplicación de los tratados a los nuevos estados y, posteriormente, las condiciones de adhesión, en el supuesto de que dichos estados manifestasen la voluntad de permanecer en la Unión.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objeto específico considerar, desde una perspectiva jurídica, la idoneidad de la categoría normativa de las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, para regular, de forma transitoria, hasta la conclusión de nuevos tratados de adhesión, la permanencia en la UE de los nuevos estados que puedan surgir como consecuencia de la separación de estados miembros. La configuración de estos actos como acuerdos concluidos, por unanimidad, en forma simplificada, en el seno del Consejo Europeo, y con una función de concertación transitoria, los hace adecuados para esta finalidad.

Palabras clave: adhesión a la Unión Europea; Estado miembro; decisiones de jefes de Estado y de Gobierno; Consejo Europeo; proceso de independencia.

RESUM

Aquest treball té com a objecte específic considerar, des d'una perspectiva jurídica, la idoneïtat de la categoria normativa de les decisions dels caps d'Estat i de Govern, reunits en el si del Consell Europeu, per tal de regular, de manera transitòria, fins a la conclusió de nous tractats d'adhesió, la permanència a la UE dels nous estats que puguin sorgir com a conseqüència de la separació d'estats membres. La configuració d'aquests actes com a acords conclusos, per unanimitat, en forma simplificada, en el si del Consell Europeu, i amb una funció de concertació transitòria, els fa adequats per a aquesta finalitat.

Paraules clau: adhesió a la Unió Europea; Estat membre; decisions de caps d'Estat i de Govern; Consell Europeu; procés d'independència.

ABSTRACT

This article analyses the appropriateness of the normative category of those decisions made by the heads of State and Government in meetings of the European Council that aim to regulate the temporary status within the European Union (UE) of those new states created after seceding from EU member-states, that is, before the conclusion of new accession treaties. The

article concludes that since these decisions should be made by unanimity, in a simplified way, within the European Council and would have a transitory function, they are appropriate for the purpose they address.

Keywords: accession to the European Union; Member State; decisions of the heads of State and Government; European Council; secession.

LA RESPONSABILIDAD DE GASTO Y DE INGRESO EN EL ESTADO AUTONÓMICO: PROPUESTAS DE MEJORA DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA

Eva Sáenz Royo

Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La “imprecisa” distribución de los costes en el Estado autonómico: la necesaria conexión entre responsabilidad legislativa y responsabilidad de gasto. – 2.1. La responsabilidad de gasto en los estados federales. – 2.2. La responsabilidad de gasto en el Estado autonómico. – 3. El principio de responsabilidad tributaria en los estados federales: la conexión entre responsabilidad de gasto y responsabilidad de ingreso. – 3.1. La teoría del principio de responsabilidad tributaria. – 3.2. La corrección en la práctica del principio de responsabilidad tributaria. – 4. El sistema de financiación autonómica común y su relación con el principio de responsabilidad tributaria. – 5. Algunos de los principales inconvenientes del sistema de financiación autonómica respecto al principio de responsabilidad tributaria. – 5.1. Un sistema de financiación abierto a la negociación política. – 5.2. Los impuestos cedidos como mecanismo inapropiado para profundizar en la responsabilidad fiscal de las CCAA. – 6. Propuestas de mejora de nuestro sistema de financiación desde una perspectiva comparada. – 6.1. La tendencia del sistema de financiación autonómica hacia el modelo federal alemán y sus inconvenientes. – 6.2. La necesaria profundización en el principio de responsabilidad tributaria. – Bibliografía. – *Resumen – Resum – Abstract.*

Artículo recibido el 27/07/12; aceptado el 21/01/13.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación (DER2012-39179) sobre “Costes y beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis: el caso español”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, siendo el investigador principal D. José Tudela Aranda.

1. Introducción

Una de las cuestiones que la crisis actual ha puesto de manifiesto es que las CCAA han desarrollado una tendencia al gasto y al endeudamiento por encima de la del Estado. En el período de crecimiento económico 1997-2007, las CCAA no han mejorado su posición financiera y se han dedicado a gastar más. En este período el nivel central mejoró su posición financiera, disminuyendo su déficit de manera continua (con superávit en los años 2005, 2006 y 2007) y reduciendo muy significativamente su nivel de deuda, desde el 55,2% hasta el 27,7% del PIB. En cambio, las CCAA aprovecharon la bonanza económica y los mayores ingresos para gastar más. Como recuerda López Laborda,¹ el nivel regional siempre ha liquidado sus cuentas con déficit (y equilibrio en 2006).

Las causas de este endeudamiento han sido muchas y variadas.² Probablemente en parte se debe a que las competencias vinculadas al estado de bienestar, competencias compartidas en su mayoría entre el Estado y las comunidades autónomas, tienen una dinámica de crecimiento de gasto más elevada que las competencias asignadas en exclusiva al Estado. En cualquier caso, en este trabajo partiremos de la premisa de que el comportamiento fiscal de las CCAA es mejorable y, tras un análisis de las responsabilidades de gasto y de ingreso en nuestro Estado autonómico, propondremos modificaciones en orden a esta mejora y, con ello, a la mejora de la eficiencia de nuestro Estado autonómico.

El análisis de nuestro modelo autonómico se hace desde la perspectiva del derecho comparado, tomando como referencia básica el modelo federal de EEUU y el modelo federal alemán, dos paradigmas de Estado federal. La perspectiva comparada nos permitirá, por una parte, conocer cómo está nuestro Estado autonómico en la actualidad respecto a los principios del llamado federalismo fiscal y, por otra parte, nos ofrece alternativas a los problemas que podamos encontrarlos. En definitiva, la comparación con modelos federales tiene como

1. López Laborda, J. "Nuevas reglas fiscales para las comunidades autónomas", en Tornos, Informe comunidades autónomas 2011, Barcelona, Instituto de Derecho Público, en prensa.

2. Sobre la complejidad de este fenómeno y algunas de sus causas *vid.* Ruiz-Huerta Carbonell/García Díaz. "El endeudamiento de las comunidades autónomas: límites y problemas en el contexto de la crisis económica", REAF, núm. 15, 2012, pp. 149 y ss.

objetivo la detección de posibles deficiencias en un modelo como el nuestro y la propuesta de posibles mejoras.

Si bien la perspectiva del trabajo es doble, ya que se analizará la responsabilidad de gasto y la responsabilidad de ingreso en el Estado autonómico, la dedicación a cada una de las perspectivas es diferente. La responsabilidad de gasto, es decir, quien debe hacer frente a los costes que se generan, tiene en nuestro Estado autonómico un escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial, a diferencia de otros estados federales. Esto explica que a esta materia dediquemos tan solo un epígrafe, eso sí, poniendo de relevancia los inconvenientes de nuestro sistema y proponiendo su mejora. La responsabilidad de ingreso en nuestro Estado autonómico, es decir, la capacidad –legislativa– para decidir el volumen y la estructura de los propios ingresos, es analizada con más detenimiento desde una perspectiva comparada. Ello nos llevará a destacar algunos de los principales inconvenientes que tiene nuestro sistema de financiación autonómico en este aspecto y, finalmente, a hacer propuestas de mejora tendentes a profundizar en la responsabilidad fiscal de las CCAA.

2. La “imprecisa” distribución de los costes en el Estado autonómico: la necesaria conexión entre responsabilidad legislativa y responsabilidad de gasto

2.1. La responsabilidad de gasto en los estados federales

En economías avanzadas el gasto público se ha ido incrementando a lo largo del tiempo especialmente en materias como seguridad social, salud o educación. En algunas economías llega a alcanzar el gasto público más de la mitad del PIB, mientras que en otras apenas supera un cuarto del PIB.³

3. En la zona del euro, el gasto total de las administraciones públicas fue en 2011 del 49,4% del PIB. Pero hay muchas diferencias entre los países europeos. Desde Dinamarca, que prácticamente llega al 60% del PIB, hasta Suiza, que apenas supera el 30%. La mayor parte del gasto público en los países de la Unión Europea se dirige a medidas de protección social (19,9% del PIB de media), sanidad (7,5%), servicios públicos generales (6,5%) y educación (5,5%). *Vid.* datos Eurostat: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Government_finance_statistics (consultado el 19 de diciembre de 2012).

En la generalidad de los estados federales, si bien las constituciones no suelen señalarlo expresamente, la responsabilidad de gasto⁴ se halla vinculada a la responsabilidad legislativa y, por tanto, el gasto asumido por la Federación y las entidades subestatales dependerá del reparto competencial constitucionalmente establecido. Así, por ejemplo, el poco gasto federal directo registrado en Canadá (entre el 30% y el 40%) frente al mayor gasto federal directo registrado en EEUU (entre el 45% y 55%) se explica por la mayor descentralización legislativa en materias que provocan dicho gasto en el caso canadiense.⁵

Una de las implicaciones de este principio de conexión entre responsabilidad de gasto y responsabilidad legislativa es que las unidades constitutivas de una Federación son responsables de los gastos que implican sus decisiones y que, en ningún caso, la decisión adoptada por una de la unidades constitutivas en el ejercicio de sus competencias debe cargarse en los presupuestos de otra unidad constitutiva. Este principio favorece que el responsable legislativo pondere el coste económico de su decisión, ya que es a él al que le corresponderá financiarlo, y con ello evita las decisiones legislativas cuyo coste económico puedan estar por encima de las posibilidades del propio legislador. La responsabilidad de gasto no es, como en tantas ocasiones se ha dicho, una responsabilidad ejecutiva, sino una responsabilidad vinculada a la responsabilidad legislativa. O dicho de otro modo, los costes económicos no han de pesar sobre el que ostenta las competencias de gestión, sino sobre el que ostenta las competencias de decisión.⁶ Otra cuestión será, como veremos, la gestión del dinero, que sí es una competencia ejecutiva.

Pues bien, la práctica legislativa en los estados federales ha supuesto la ruptura de este principio, provocando las consiguientes denuncias que, judicializadas o no, hacen las entidades subestatales sobre

4. La responsabilidad de gasto se entiende como la obligación de sufragar los gastos que derivan de la toma de decisiones. Es un concepto diferente al del poder de gasto, que es la capacidad de subvención otorgada a la Federación más allá de sus competencias, reconocido en la generalidad de los estados federales, que entra en el ámbito de la voluntariedad y se instrumenta fundamentalmente a través de las relaciones intergubernamentales.

5. Anderson, G. *Fiscal Federalism: A Comparative Introduction*, Oxford, 2010, p. 17.

6. Medina Guerrero señala que "la regla básica que parece desprenderse de la propia naturaleza de las cosas, a saber, que las cargas económicas han de pesar sobre el ente que ostenta las competencias de gestión" (Medina Guerrero, M. "Comunidades autónomas y crisis económica: la eficiencia económica y política del Estado autonómico en el actual contexto de crisis", *Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad*, núm. 1, 2011, p. 48. En línea, <http://www.fundacionmgimenezabad.es>

los costes que les supone la aplicación de leyes federales. En EEUU esta problemática daría lugar a que el Congreso (dominado por los republicanos), con el apoyo del Presidente Clinton, aprobara en 1995 la *Unfunded Mandates Reform Act*.

Tal y como quedaron definidas estas prácticas por la legislación norteamericana, se trata de regulaciones federales que imponen un gasto a las entidades subestatales o reducen la financiación federal destinada a cubrir el gasto de un mandato ya existente. El elemento clave que define este tipo de prácticas es la "obligación" de gasto a la que se ven compelidas las unidades subestatales. En contraste, los federal *grants in aid* son de carácter voluntario y no entrarían a considerarse *unfunded mandates*.⁷

Básicamente, según la *Unfunded Mandates Reform Act*, en el proceso legislativo, la Oficina Presupuestaria del Congreso tendría que evaluar el coste de los mandatos federales, permitiendo al Congreso y al Senado declinar los mandatos legislativos que superasen un determinado umbral. Según la opinión de los estados y de los gobiernos locales, esta ley ha servido para reducir el crecimiento de los mandatos federales sin fondos, pero piden la ampliación de dicha ley, reduciendo las excepciones y ampliándola, entre otras cosas, a las condiciones de la ayuda financiera federal. Reflejo de estas peticiones, la ley ha ido ampliando su cobertura con sucesivas reformas como la *Mandate Prevention Act* de 2010, la *Unfunded Mandates Accountability Act* de 2011 y la *Unfunded Mandates Information and Transparency Act* de 2011. En la práctica, sin embargo, se siguen produciendo controversias en esta materia, sin que las modificaciones introducidas permitan su total erradicación.⁸

También se trata de una cuestión que ha planteado algunos conflictos en el federalismo alemán y que ha sido objeto de atención en las recientes modificaciones constitucionales. En este caso, la responsabilidad de gasto se entiende ligada a responsabilidades ejecutivas.⁹

7. Vid. Jay Dilger/Beth. "Unfunded Mandates Reform Act: History, Impact, and Issues", CRS Report for Congress, Congressional Research Service, 2012, p. 11.

8. Sobre el origen de la problemática de los *Unfunded Mandates* en el federalismo de EEUU vid. Sáenz Royo, E. "La reforma sanitaria de Obama en el marco del federalismo americano", *Revista General de Derecho Constitucional*, 11, 2011, pp. 8-10.

9. Sobre el origen de esta peculiaridad alemana en la Sentencia de 18 de julio de 1967 sobre la ley de bienestar de la juventud de 1961 y la ley de ayuda social federal del mismo año vid. Sáenz Royo, E. *Estado social y descentralización política*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 133 ss.

Así, quien tradicionalmente decide lo que gastan los *Länder* a la hora de aplicar las leyes es la Federación, que a su vez suele elaborar esas leyes. Hasta la reforma de 2006 se preveía una participación de los *Länder* a través del *Bundesrat* en caso de que los *Länder* asumieran más de la cuarta parte de los costes totales previstos en la ley federal. Con la nueva reforma, el artículo 104a4 LF prevé que la intervención del *Bundesrat* se exige siempre que las leyes federales generen algún tipo de coste para los *Länder* (con independencia de su naturaleza: prestaciones económicas, en especie o de servicios equivalentes), y no solo cuando la carga asumida por los *Länder* supere la cuarta parte de los costes totales. Ello previsiblemente supondrá un incremento significativo del número de leyes federales que exigirán el asentimiento del *Bundesrat* y mayores posibilidades para los *Länder* de imponer su veto con el fin de evitar la carga económica añadida que les suponen los preceptos legales nuevos.¹⁰

Esta teórica desvinculación en Alemania entre responsabilidad legislativa y responsabilidad de gasto ha sido generadora de duras críticas. Por ejemplo, para la economista Speyer Gisela Färber, “el error de construcción decisivo de la Ley fundamental” es la separación de la competencia legislativa de la responsabilidad pecuniaria.¹¹ Según el expresidente de la República Roman Herzog, el modelo de EEUU, donde quien legisla, paga, debería ser el modelo para dirigir el viejo continente: desde el municipio más pequeño hasta Bruselas.¹² No obstante, esta desvinculación entre la competencia legislativa y la responsabilidad pecuniaria en la práctica no representa grandes diferencias con lo establecido en el resto de los estados federales. Realmente, si la Federación no quiere ver bloqueada su legislación prestacional, simplemente tendrá que asumir la totalidad del gasto (art. 104a3 LF), que no es sino vincular su responsabilidad legislativa con la pecuniaria. En caso contrario, simplemente tendrá que contar con el asentimiento del *Bundesrat*. Se trataría de “sancionar” (con la exigencia del asentimiento del *Bundesrat*) los supuestos en los que la responsabilidad legislativa

10. Sobre la reforma de 2006 respecto a la responsabilidad de gasto *vid.* Arroyo Gil, A. La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52ª Ley de modificación de la Ley fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006, Institut d'Estudis Autonòmics, 2009, p. 88-92.

11. Darnstädt, T. *La trampa del consenso*, Trotta/Fundación Alfonso Martín-Escudero, 2005, p. 111.

12. *Ibidem*, p. 111.

no sea financiada en su totalidad. Un efecto parecido al logrado en EEUU tras la promulgación de la *Unfunded Mandates Act*.

2.2. La responsabilidad de gasto en el Estado autonómico

En nuestro Estado autonómico es escaso el desarrollo doctrinal y jurisprudencial existente acerca de la responsabilidad de gasto. Es cierto que se cuenta con criterios jurisprudenciales bien perfilados en torno al alcance del poder de gasto del Estado y de las CCAA, los cuales vienen a precisar hasta dónde están capacitados para dirigir su gasto ambos niveles de gobierno y qué facultades anejas al mismo están autorizados a ejercer. Pero, sin embargo, no encontramos semejante desarrollo cuando no se trata de determinar quién *puede* gastar, sino quién *debe* hacer frente a los costes.¹³

De manera imprecisa se hace referencia a dicha problemática en el artículo 2.1.g de la LOFCA, al señalar que:

g) La lealtad institucional, que determinará el impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones legislativas del Estado y de las comunidades autónomas en materia tributaria o la adopción de medidas que eventualmente puedan hacer recaer sobre las comunidades autónomas o sobre el Estado obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, y que deberán ser objeto de valoración quinquenal en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las comunidades autónomas, y en su caso compensación, mediante modificación del Sistema de Financiación para el siguiente quinquenio.

Precepto que se reitera, también de manera imprecisa, en algunos de los estatutos recientemente reformados. Así, el artículo 209.1 del Estatuto de autonomía de Cataluña:

De acuerdo con el principio de lealtad institucional, se valorará el impacto financiero, positivo o negativo, que las disposiciones generales aprobadas por el Estado tengan sobre la Generalitat o las aprobadas por la Generalitat tengan sobre el Estado, en un periodo de tiempo determinado, en forma de una variación de las necesidades de gasto o de la capacidad fiscal, con la finalidad de establecer los mecanismos de ajuste necesarios.

Desde la lógica del principio de conexión entre responsabilidad legislativa y responsabilidad de gasto, el coste de la decisión legislativa estatal debería constar en la memoria económica de la ley estatal correspondiente y consignarse en los Presupuestos Generales del Estado. Así es cómo debería preceptuarse en nuestro ordenamiento jurídico. Otra cuestión diferente es la gestión de ese gasto estatal, que podrá hacerla el Estado directamente o distribuirlo entre las CCAA para una gestión descentralizada, en función de la competencia que se le reconozca al propio Estado. En el caso de que la gestión corresponda a las CCAA tendría que ser en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera o en la Conferencia Sectorial correspondiente a la materia donde se pactaran con las CCAA los criterios de distribución de la cantidad consignada estatalmente.

En este sentido resulta clarificadora la polémica que se planteó con el Proyecto de ley orgánica de calidad de la educación presentado por el gobierno central el 26 de julio de 2002 respecto a la educación infantil. Hasta entonces solo la educación infantil impartida en centros públicos era gratuita. Los centros privados y concertados contaban con un sistema de becas y, en algunas comunidades autónomas, con convenios y conciertos limitados. Con este Proyecto de ley orgánica el Gobierno central establecía la gratuidad de la educación infantil, introduciendo así la posibilidad de que los centros privados que impartan este nivel puedan acceder al sistema de concierto (*vid.* art. 10 del Proyecto). Para extender la gratuidad de la educación infantil a todas las CCAA (más Ceuta y Melilla), según un primer borrador de la memoria económica de la Ley de calidad, se preveía un cargo en los Presupuestos del Estado de 121 millones de euros. La polémica en los medios de comunicación saltó cuando un segundo borrador de la memoria excluía la financiación de la gratuidad de los centros privados de educación infantil. La ministra justificó dicha ausencia señalando que:

Con el nuevo sistema de financiación autonómica, los gastos adicionales de las CCAA –que tienen todas transferidas las competencias educativas– serán evaluados en el Consejo de Política Fiscal y Financiera. (...) los gastos adicionales que impliquen esta ley serán evaluados anualmente en este Consejo.¹⁴

14. Sobre dicha polémica en los medios de comunicación *vid.*, entre otros, http://elpais.com/diario/2002/07/27/sociedad/1027720804_850215.html; http://www.bg.profes.net/archivo2.asp?id_contenido=35995.

Con ello se hacía referencia al precepto de la LOFCA previamente descrito y parece que el nuevo gasto establecido estatalmente debería incluirse en el cálculo de las necesidades de gasto de las CCAA. Dicha consideración parece corresponderse con una concepción alemana –con todas sus complejidades– de responsabilidad de gasto como responsabilidad ejecutiva y, por tanto, de las CCAA. Dos básicamente son los inconvenientes que pueden plantearse a semejante consideración en nuestro sistema. Por una parte, la inclusión de este coste en las “necesidades de gasto” de las CCAA hace de ese nuevo ingreso autonómico un ingreso no condicionado y, por tanto, no vinculado necesariamente al propósito estatal. Por otra parte, constituye un elemento de petrificación legislativa, ya que si el legislador estatal decide retractarse de su decisión deberá hacerse una reducción en el cálculo de las necesidades de gasto de las CCAA, con las dificultades que ello implicaría.

La lógica del principio de conexión entre la responsabilidad legislativa y la responsabilidad de gasto terminó por imponerse. Finalmente, dicha ley no llegó a aplicarse y la posterior Ley orgánica de educación, aprobada en mayo de 2006, impuso la gratuidad del segundo ciclo de educación infantil (art. 15.2 LOE), pero dicha medida fue asumida en totalidad por el gobierno central al contemplar en la memoria económica de la ley el compromiso de gasto por parte del gobierno central para la gratuidad de esta etapa. En este caso la gestión se realizó descentralizadamente y los criterios de distribución del gasto estatal se fijaron en la Conferencia Sectorial de Educación.¹⁵

En nuestro ordenamiento jurídico, o bien a través de la propia Constitución o bien a través de la LOFCA, debería establecerse que el coste de la decisión debe recaer en los presupuestos del ente que asuma dicha decisión. Así, en caso de que se aprobara una ley estatal incluyendo mandatos sin la consiguiente previsión de financiación debería declararse inconstitucional, ya que supondría una minoración de los presupuestos autonómicos de libre disposición para el ejercicio de sus competencias. No me parecen suficientes las previsiones normativas arbitradas tanto en EEUU como en Alemania, ya que, en ambos casos, una simple aprobación de dicha medida en sede legisla-

15. *Vid.*, entre otras, la *Resolución de 30 de junio de 2009, de la Secretaría de Estado de Educación y Formación Profesional, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2009, por el que se formalizan los criterios de distribución, así como la distribución resultante, para el año 2009, del crédito para la financiación de la gratuidad del segundo ciclo de educación infantil aprobados por la Conferencia Sectorial de Educación* (BOE núm. 183, 30 de julio de 2009).

tiva federal –eso sí, con el cálculo específico del coste en EEUU y con el consentimiento de los *Länder* en Alemania– la convalida.

3. El principio de responsabilidad tributaria en los estados federales: la conexión entre responsabilidad de gasto y responsabilidad de ingreso

3.1. La teoría del principio de responsabilidad tributaria

Uno de los principales principios del federalismo fiscal es el principio de la responsabilidad tributaria, que dice que, en un sistema federal, el gobierno que decide el gasto debería ser también el que tiene la responsabilidad de obtener del sector privado los recursos necesarios para financiarlo. La responsabilidad tributaria o de ingreso se traduce así en la capacidad –legislativa– para decidir el volumen y la estructura de los propios ingresos.

El principio de responsabilidad tributaria es el inspirador del federalismo en EEUU desde sus orígenes y, en este sentido, la capacidad para decidir sobre los propios ingresos se considera irrenunciable para los estados miembros y compatible con el reconocimiento de ese mismo poder para la Federación.

Tal y como Hamilton escribiera en *El Federalista* en 1788:

Los Estados individuales deben poseer una autoridad independiente e incontrolable para recaudar sus propios ingresos para mantener sus propios deseos... Yo afirmo que (con la única excepción de los impuestos sobre las importaciones y las exportaciones) ellos retendrían esta autoridad en el más absoluto sentido; y que cualquier intento por parte del gobierno nacional de menoscabarles en el ejercicio de esta sería una asunción violenta de poder injustificado por algún artículo o cláusula de la Constitución.¹⁶

A través de la historia constitucional americana la Corte Suprema ha hecho afirmaciones similares considerando el poder impositivo de los estados como esencial elemento de su soberanía.¹⁷ Así el juez Marshall observó en 1824 que “el poder fiscal de los estados es in-

16. Hamilton, A./Madison, J./Jay, J. *El Federalista*, edición de Velasco, G. R. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, núm. 32, pp. 197-201.

17. Vid. Hellerstein, W. “The United States”, Sachetto/Bizioli, *Tax aspects of Fiscal Federalism. A comparative analysis*, IBFD, 2011, pp. 30-32.

dispensable para su existencia".¹⁸ Cincuenta años más tarde la Corte Suprema se hace eco de estas afirmaciones cuando declara:

Que el poder fiscal de un Estado es uno de sus atributos de soberanía: que existe independientemente de la Constitución de los EEUU, y no deriva de este instrumento; y que tendría que ser ejercido ilimitadamente sobre todas las propiedades, comercio, negocios y distracciones que existan o realizadas dentro de sus fronteras estatales, excepto lo que ha sido dado al gobierno federal, bien expresamente o por necesaria implicación, son afirmaciones que han sido confirmadas por esta corte muy a menudo. Y reconociendo el grado del poder fiscal perteneciente a los Estados, nosotros hemos declarado que es indispensable para su continuada existencia.¹⁹

La Corte Suprema ha reiterado estas afirmaciones en más recientes pronunciamientos, al señalar que "los estados tienen atribuidos poderes soberanos en crear sus sistemas fiscales para asegurar sus ingresos y conseguir sus intereses locales".²⁰

Este poder impositivo respecto a los estados se considera compatible con que la Federación también posea poderes fiscales semejantes propios de su soberanía. Para ilustrar esta consideración señaló el juez Marshall:

El poder de imposición... es un poder que, en su propia naturaleza, es capaz de residir en, y ser ejercido por, diferentes autoridades al mismo tiempo. Estamos acostumbrados a ver esto para diferentes propósitos, en diferentes manos... El Congreso está autorizado para establecer y recaudar impuestos... Esto no interfiere con el poder de los Estados para establecer sus impuestos para llevar a cabo sus propios gobiernos; ahora bien el ejercicio de ese poder por los Estados es el ejercicio de una parte del poder que es concedido a los Estados Unidos.²¹

El principio de responsabilidad tributaria y, con él, el reconocimiento de poder impositivo a la Federación y a las unidades sub-estatales para el ejercicio de sus respectivas competencias, presenta una serie de ventajas respecto a otros sistemas en los que no hay correspondencia entre responsabilidad de gasto y responsabilidad de ingreso. Por una parte, permite que el coste de las decisiones políticas

18. *Gibbons v. Ogden*, 22 US (9 Wheat) 1, 199 (1824). *Vid.* también *Weston v. City of Charleston*, 27 US (2 Pet.) 449, 466 (1829): "El poder fiscal es uno de los más esenciales para el estado, y uno de los más considerables en su funcionamiento".

19. *Railroad Co. V. Penniston*, 85 US 5, 29 (1873).

20. *Allied Stores of Ohio, Inc. v. Bowers*, 358 US, 522, 527 (1959).

21. *Gibbons v. Ogden*, 22 US (9 Wheat.) 1, 199 (1824).

sea visible tanto para el gobierno como para los votantes, haciendo que los recursos para financiar los gastos los recauden los mismos gobiernos que prestan esos servicios, que gastan. Esta es la mejor forma de enfrentar al político con el coste de sus decisiones y a su elector con el valor de los servicios que recibe.²² Por otra parte, se evita que la Administración tienda a la expansión incontenida del gasto público, por razones políticas o electorales, así como se evita también fortalecer el sentimiento de impopularidad y rechazo frente a los impuestos autonómicos y locales, actualmente ya muy fuerte, así como la creencia de que los bienes y servicios públicos que se prestan son gratuitos o sin coste.

Siguiendo este principio, uno de los principales objetivos que ha de perseguir un sistema de financiación de los entes subestatales no es que los mismos tengan suficientes recursos para hacerse cargo de las competencias que tienen encomendadas, sino que los mismos tengan suficiente capacidad de decisión sobre sus ingresos –responsabilidad de ingreso– para poderse hacer cargo de sus competencias.

3.2. La corrección en la práctica del principio de responsabilidad tributaria

En la práctica de todos los estados federales se reconoce una cierta superioridad del todo respecto de las partes, de manera que el gobierno federal no se limita a recaudar exclusivamente lo que gasta y las partes no pueden financiar todos sus gastos exclusivamente mediante los recursos que ellos mismos recaudan.

Así, por ejemplo, en Alemania, la supremacía financiera del centro quedó asegurada desde que la Federación tuvo acceso a la recaudación de los impuestos sobre la renta y sociedades. Si bien en la versión original de la Ley fundamental se estableció en los apartados primero y segundo del art. 106 una separación de las fuentes de ingresos según la cual a los *Länder* les correspondían los de mayor volumen, como son el impuesto sobre la renta y el de sociedades, en el apartado 3 de este artículo se permitía al *Bund*, previa aprobación del *Bundesrat*, tomar parte de estos impuestos siempre que no pudiera

22. En este mismo sentido el informe de Zabalza, A. "El pacto fiscal catalán", Cuadernos de la Fundación Giménez Abad, núm. 3, 2012, p. 4, en línea: http://www.fundacionmgimenezabad.es/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=302&Itemid=100916.

cubrir sus gastos con otros. A raíz de la asunción por parte del *Bund* de las cargas derivadas de la guerra y de la Seguridad Social en virtud del art. 120 LF, desde 1951 la Federación tuvo acceso a la recaudación de los impuestos sobre la renta y sociedades. Con las posteriores modificaciones constitucionales de 1955 y 1969 se consagró la supremacía financiera federal. Por la reforma de 1955 se fijaron en la propia Ley fundamental las cuotas de participación respectivas del *Bund* y los *Länder* en ambos impuestos. En la reforma de 1969 se le atribuyó al *Bund* un porcentaje de los impuestos sobre la renta y sobre las sociedades más generoso.

También en EEUU quedó garantizada la supremacía financiera de la Federación respecto de las partes a partir de 1913. Fue entonces cuando se aprobó la XVI enmienda a la Constitución a través de la cual se le autoriza al gobierno federal a gravar la renta, "sin el prorrateo entre varios estados, y sin tener en cuenta cualquier censo o enumeración".²³

Esta necesidad de supremacía financiera del centro respecto de las partes en los estados federales se debe a varias razones.²⁴

En primer lugar, porque la distribución de impuestos entre el gobierno central y los subcentrales, muy similar en todos los estados federales, responde a criterios de eficiencia y tiene como resultado que los impuestos de mayor recaudación recaigan en manos del gobierno central. Así, por ejemplo, impuestos de gran recaudación como sociedades e IVA se asignan a los gobiernos centrales por razones de eficiencia ya que se trata de impuestos que tienen bases imponibles territorialmente movibles o cuya carga puede ser fácilmente trasladada de una jurisdicción a otra. Otros impuestos de menor importancia recaudatoria, como los que gravan la propiedad o las transacciones inmobiliarias, suelen asignarse a los gobiernos subcentrales, ya que son de base menos movable. Los que gravan la renta suelen compartirse entre los dos niveles de gobierno.

Pero además de que por razones de eficiencia económica el gobierno central tenga más capacidad recaudatoria, el gobierno central asume funciones que le exigen tener esa capacidad recaudatoria más allá de su responsabilidad de gasto.

23. Hellerstein, W. *Ob. cit.*, p. 27.

24. Excelentemente explicadas en el informe de Zabalza, A. "El pacto fiscal catalán", Cuadernos de la Fundación Giménez Abad, núm. 3, 2012, pp. 5 y ss., en línea: http://www.fundacionmgimenezabad.es/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=302&Itemid=100916.

Primeramente, porque desde el gobierno central se suele garantizar, a través de transferencias a los gobiernos subcentrales, una distribución de la renta regional equitativa, y garantizar así una más homogénea provisión de servicios en todo el Estado. Es decir, desde el gobierno central se puede tratar de financiar la brecha fiscal horizontal y conseguir un reparto equitativo de las cargas, de manera que todas las personas reciban un trato similar en términos de servicios públicos, siempre que realicen un esfuerzo fiscal semejante. Si el gobierno central no asumiera esta función reequilibradora y los gobiernos subcentrales contaran solo con los recursos que ellos mismos recaudan, se produciría una gran diferencia en la provisión de servicios entre los gobiernos subcentrales más ricos, con mayor capacidad recaudatoria, y los gobiernos subcentrales más pobres, con mayores necesidades de gasto.²⁵

En segundo lugar, porque, según los principios del federalismo fiscal, corresponde al gobierno central la competencia de estabilización macroeconómica, que es una competencia coyuntural y variable que requerirá las bases imponibles más potentes y de mayor elasticidad, con el fin de que pueda desarrollar de forma oportuna la política fiscal adecuada según la coyuntura macroeconómica del momento.

Por tanto, en todo Estado federal hay una diferencia recaudatoria a favor del gobierno central, que recauda más allá de su responsabilidad de gasto, y esta diferencia recaudatoria se conoce como “brecha fiscal vertical”. Veamos a continuación el funcionamiento del principio de responsabilidad tributaria en el sistema de financiación autonómica, su comparación con otros sistemas y las posibilidades de mejora.

4. El sistema de financiación autonómica común y su relación con el principio de responsabilidad tributaria

La Constitución, tras consagrar la autonomía financiera de las CCAA para el desarrollo y ejecución de sus competencias (art. 156.1 CE),

25. No obstante, no tiene por qué ser así en todos los países. En EEUU el gobierno central no asume esta función reequilibradora y en Alemania la brecha fiscal horizontal se cubre no solo con transferencias del centro a las partes, sino también con un sistema de nivelación horizontal, a través de transferencias provenientes de los *Länder* con capacidad financiera superior al promedio. Sobre el sistema de nivelación alemán *vid.* Arroyo, A. “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en la República federal de Alemania”, *REAF*, núm. 10, abril 2010, p. 49.

al establecer el elenco de los recursos que constituyen la Hacienda Autonómica²⁶ se decanta por un sistema mixto²⁷ donde el margen de maniobra dejado al Estado para llevar a cabo la definitiva distribución de competencias financieras mediante Ley orgánica (art. 157.3 CE)²⁸ es muy amplio. Dentro del marco por esta diseñado, serán los respectivos Estatutos los encargados de concretar su sistema de financiación.²⁹

El sistema de financiación diseñado originariamente por la LOFCA aseguraba la suficiencia financiera de las CCAA para el ejercicio de sus competencias a través de la cesión de impuestos, las tasas afectas a los servicios transferidos y bajo la forma de un porcentaje de participación en los ingresos estatales, todas ellas fuentes de ingresos de libre disposición para las CCAA.³⁰ Por su parte, las fuentes de financiación estatal de carácter condicionado (FCI, asignaciones niveladoras)

26. El art. 157.1 CE señala que los recursos de las CCAA son: «a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado; b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales; c) Transferencias de un Fondo de Compensación Interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado; e) El producto de las operaciones de crédito».

27. A diferencia del sistema puro de unión, en el que todos los tributos son regulados y recaudados por el poder central, que luego distribuye los ingresos entre los entes autónomos, y de un sistema de separación, caracterizado por un reparto de los impuestos entre los distintos niveles de gobierno, sobre los que ejercen plenas facultades normativas, administrativas y el derecho a la recaudación, el sistema mixto, además de reconocer la existencia de fuentes de financiación exclusivas de las CCAA, reconoce a estas diferentes formas de participación en los impuestos del Estado.

28. El hecho de exigir una Ley orgánica se entiende porque este rango se exige para la transferencia o delegación a las CCAA de competencias de titularidad estatal, y la competencia financiera sería una competencia que debía asumir el Estado central (*Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 16 de junio de 1978, Constitución española. Trabajos parlamentarios, Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 1685).

29. Una cuestión importante, que ha sido planteada a partir de la aprobación del Estatuto de autonomía de Cataluña, es la relación entre el Estatuto de autonomía y la LOFCA. Tal y como confirma la STC 31/2010, de 28 de junio, la relación es de competencia, no de jerarquía (FJ 3) y en este caso es al Estado a través de la LOFCA al que le corresponde la coordinación en la materia financiera y el establecimiento del alcance de la autonomía financiera de las CCAA (FJ 132 y siguientes), al ser ley orgánica estatal de expresa reserva en la Constitución en tanto delimitadora de competencia autonómica (art. 157.3 CE).

30. El art. 13.1 LOFCA establecía los criterios sobre los que se debía fijar el porcentaje de participación en los ingresos del Estado. De estos criterios se deduce que esta fuente de financiación debía dirigirse a asegurar la suficiencia financiera de las CCAA para el ejercicio de sus competencias, suficiencia económica que se valoraría según también criterios redistributivos, es decir, la suficiencia económica para que las CCAA puedan establecer prestaciones uniformes. Por ejemplo, la toma en consideración de la población permite establecer el mismo nivel de gasto por habitante. De ahí que el FCI y las asignaciones niveladoras adquirirían un carácter excepcional.

parecían llamadas a ser unas fuentes de financiación excepcionales, solo extensibles a algunas CCAA, y respecto de las cuales la restricción de su uso por parte de las CCAA podía justificarse por la finalidad redistributiva que estaban llamadas a satisfacer.

Si bien se reconoce poder tributario a las CCAA al reconocer la posibilidad de fijar sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, este se ve muy mermado por la prohibición de doble imposición y de duplicidad normativa. Según el artículo 6.2 de la LOFCA, ya en su redacción original, señalaba que las CCAA no pueden establecer tributos que recaigan sobre hechos impositivos gravados por el Estado. Esta limitación a su poder tributario se ha visto intensificada, además, por la interpretación que el propio Tribunal Constitucional ha hecho de los límites constitucionales de doble imposición debido a la concurrencia impositiva entre los distintos niveles de gobierno.³¹

Por tanto, la autonomía financiera de las CCAA constitucionalmente fijada se entendía originariamente por la LOFCA más como "suficiencia" de recursos de libre disposición para el ejercicio de sus competencias que como "capacidad" para decidir sobre sus propios recursos o, como señala el propio Tribunal Constitucional:

(...) la autonomía financiera de las comunidades autónomas viene definida en el bloque de constitucionalidad más por relación a la vertiente del gasto público –y si acaso a la de las transferencias de ingresos procedentes de la Hacienda estatal, que constituyen un derecho de crédito a favor de las Haciendas autonómicas (...)– que por relación a la existencia y desarrollo de un sistema tributario propio con virtualidad y potencia recaudatoria suficientes para cubrir las necesidades financieras de la Hacienda autonómica. Se configura así un sistema de financiación apoyado en mecanismos de transferencias desde el Estado (STC 13/1992, FJ 7).

En los años 90 la doctrina denuncia la excesiva dependencia de los ingresos de las CCAA de régimen común de las transferencias procedentes del Estado y empieza a considerarse la necesidad de profundizar en el principio de responsabilidad tributaria o, tal y como en España se conceptuó, de "corresponsabilidad fiscal de las CCAA". Concretamente de corresponsabilidad fiscal se empezó a hablar con la aprobación de la cesión del 15% de la cuota líquida del IRPF, adoptada

31. Sobre esta jurisprudencia constitucional y la necesidad de fijar claramente los límites de la prohibición de doble imposición *vid.* Rodríguez Bereijo, A. "Constitución española y financiación autonómica", en Pau i Vall (coord.) *La financiación autonómica*. XVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Madrid, Tecnos-Aelpa, 2010, pp. 38-39.

a través de los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera, de 7 de octubre de 1993. Pero sobre todo se habló de corresponsabilidad con el sistema de financiación aprobado para el quinquenio 1997-2001, en el que, junto a la cesión del 15% del IRPF, se atribuían competencias normativas sobre este y otros impuestos estatales. Es abundante la doctrina que durante esos años alaba este nuevo sistema de financiación como una forma de profundizar en la corresponsabilidad fiscal de las CCAA.³²

Esta corresponsabilidad se pretendía conseguir básicamente mediante la territorialización de un porcentaje de lo recaudado por impuestos estatales, porcentaje que o bien es del 100% o bien ha ido en progresivo aumento (el IRPF empezó con el 15%, hoy es el 50%; tras la última modificación el anterior 35% del IVA ha pasado al 50%; del 40% al 58% en los impuestos especiales sobre hidrocarburos, alcohol y tabaco); y con el reconocimiento a las CCAA de capacidad normativa sobre impuestos estatales. Ahora las CCAA tienen poder fiscal no solo sobre sus impuestos propios (sobre el juego del bingo, sobre combustibles derivados del petróleo, cánones medioambientales y otros), sino que también proyectan su poder normativo en los tributos cedidos (patrimonio, sucesiones y donaciones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y sobre el juego), así como en el IRPF.

Tras la reforma de la LOFCA por Ley orgánica 2/2012, que introduce alguna modificación respecto al impuesto sobre hidrocarburos, el artículo decimoprimer de la misma señala los impuestos cedidos a las CCAA y algunos de los límites de la cesión:

Solo pueden ser cedidos a las comunidades autónomas, en las condiciones que establece la presente Ley, los siguientes tributos: a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con carácter parcial con el límite máximo del 50 por ciento. b) Impuesto sobre el Patrimonio. c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. d) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. e) Impuesto sobre el Valor Añadido, con carácter parcial con el límite máximo del 50 por ciento. f) Los Impuestos Especiales de Fabricación, con carácter parcial con el límite máximo del 58 por ciento de cada uno de ellos, excepto el Impuesto sobre la Electricidad y el Impuesto sobre Hidrocarburos. g) El Impuesto sobre la Electricidad. h) El Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte. i) Los Tributos sobre el Juego. j) El Impuesto sobre Hidrocarburos, con carácter parcial con el límite máximo del 58 por ciento para el tipo estatal general y en su totalidad para el tipo estatal especial y para el tipo autonómico.

32. Un repaso de la bibliografía en este sentido en García Novoa, C. *Financiación autonómica y reforma del Senado*, Marcial Pons, 2012, pp. 51 y ss.

El resultado de este progresivo proceso de descentralización ha sido un incremento sustantivo de los ingresos incondicionales de las CCAA y un incremento también de su poder impositivo. Ambos incrementos a través de la figura de los impuestos cedidos. Durante la segunda mitad de los 80 y primera mitad de los 90 los ingresos no condicionados han representado en torno al 30-40% de toda la financiación disponible por los gobiernos autonómicos en España. A partir de la reforma de 2001, el peso de los recursos incondicionados ha ido aumentando significativamente hasta alcanzar el 60% en el año 2007, último disponible a partir de las series comparables con datos en términos de Contabilidad Nacional del FMI. Este porcentaje aumentará más cuando los datos del 2010 estén disponibles tras la reforma de diciembre de 2009.³³ Además, las últimas cifras oficiales sobre la participación de las comunidades autónomas en los gastos e ingresos públicos (34,6% frente al 19,1% en 2010; mientras que en 2000 la participación en el gasto era de 28,3% frente al 9,6 % de participación en los ingresos) suponen una reducción de la brecha fiscal vertical y permite afirmar que España se encuentra en la actualidad entre los países desarrollados más descentralizados.³⁴

No obstante, este incremento tanto de los ingresos como del poder impositivo de las CCAA no se ha traducido en una mayor visibilidad del coste de las decisiones políticas autonómicas y, por tanto, no se ha conseguido una verdadera profundización en el principio de responsabilidad tributaria. Tal y como demuestran las encuestas, si bien es cada vez mayor el porcentaje de españoles que identifican a la Comunidad Autónoma como prestadora de los servicios de sanidad y educación (en 2010 más del 50%), cada vez es menor el porcentaje de españoles capaces de identificar la Administración que ingresa lo obtenido por los impuestos (en 2010 por debajo del 15%).³⁵ A continuación analizaremos las principales causas de este déficit.

33. Vid. Toboso, F. "La corresponsabilidad fiscal de los gobiernos autonómicos: evolución y perspectivas en tiempos de crisis", en Antuñano/Jordán/Tomás CARPI (eds.) *Crisis y transformación. Una perspectiva de política económica: Ensayos en homenaje al profesor Emèrit Bono*, Universitat de València, 2011, pp. 103-104.

34. Ruiz-Huerta Carbonell/Vizán Rodríguez/Benyakhlef Domínguez. "Crisis económica y tensión fiscal en las comunidades autónomas", *Informe de las comunidades autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, pp. 59-60.

35. López Laborda/Rodrigo. "Percepciones de los ciudadanos sobre las haciendas regionales: quién es y quién debería ser responsable de los servicios e impuestos autonómicos", octubre 2011, p. 3, trabajo presentado en el seminario del Departamento de Economía

5. Algunos de los principales inconvenientes del sistema de financiación autonómica respecto al principio de responsabilidad tributaria

5.1. Un sistema de financiación abierto a la negociación política

Tal y como hemos descrito más arriba, la Constitución española se limita a consagrar la autonomía financiera de las CCAA para el desarrollo y ejecución de sus competencias y a establecer genéricamente el elenco de los recursos que constituyen la Hacienda autonómica, pero deja que sea una Ley orgánica, la LOFCA, la que defina la distribución de competencias financieras.

El diseño de la LOFCA no es resultado de la voluntad unilateral del Estado, ya que los principios de coordinación exigen que sea resultado de la voluntad multilateral expresada en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Tal y como recuerda la STC 31/2010, la única opción posible de negociación del sistema de financiación es que tal negociación tenga lugar en el seno de un organismo multilateral (FJ 134), es decir, el Consejo de Política Fiscal y Financiera.³⁶

Por tanto, el diseño del sistema de financiación autonómica no se fija en la Constitución española, sino que se hace depender de una Ley orgánica que expresará jurídicamente los acuerdos políticos a los que se llegue en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera. En definitiva, el sistema de financiación autonómica se hace depender de la negociación política entre el Estado y las CCAA.

De hecho, el debate sobre nuestro sistema de financiación autonómico está en gran medida centrado en la corrección del cálculo sobre las necesidades de gasto autonómico.³⁷ Hasta este momento la percepción de la insuficiente financiación de las CCAA se basaba fundamentalmente en el deficiente cálculo de la necesidad de cada Comunidad Autónoma.³⁸ Lo cierto es que el cálculo de esa necesidad

Aplicada de la Universidad de Valencia, el 15 de abril de 2011. En línea, <http://www.usc.es/congresos/xix-eeep/descargas/papers/1D2.pdf>.

36. *Vid.* García Novoa, *ob. cit.*, pp. 61-64.

37. *Vid.* "Mesa Redonda: El nuevo modelo de financiación autonómica", Pau i Vall (coord.) La financiación autonómica. XVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Tecnos-AELPA, 2010, pp. 309 y ss.

38. Sobre esta cuestión y la doctrina al respecto *vid.* Sáenz Royo, E. "Relaciones intergubernamentales de carácter vertical en el Estado autonómico: el ser, el deber ser y posibles

ha ido variando a lo largo del tiempo con unos indicadores muy imperfectos en la actualidad.³⁹ Los criterios variables e imprecisos para calcular las necesidades de gasto de cada comunidad autónoma permiten que sea la negociación política la que en buena medida juegue un papel fundamental.

La dependencia del sistema de financiación de la negociación política es un claro desincentivo para las CCAA a la hora de ejercer sus responsabilidades tributarias y, por tanto, juega en detrimento del principio de responsabilidad fiscal. Mientras el sistema no se cierre jurídicamente, a los gobiernos autonómicos les es más rentable no hacer uso de su poder normativo sobre los impuestos, y tratar de negociar un aumento en el porcentaje de cesión de lo recaudado, que es lo que se ha ido consiguiendo en los sucesivos acuerdos en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

El resultado de ello ha sido que la cesión de la competencia normativa en muchos impuestos se ha utilizado por la mayoría de las CCAA minorando el gravamen hasta su práctica supresión. En concreto, en materia de tributos cedidos, las CCAA han subido el tipo general de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, pero en la práctica totalidad del resto de las figuras que tienen cedidas se ha abierto una competencia fiscal entre las CCAA a la baja.⁴⁰ En general, las CCAA han mostrado escaso o nulo interés en asumir el coste político de este modo de cobertura de gastos y han preferido, en cambio, la comodidad de una negociación política para aumentar el porcentaje de cesión de lo recaudado que, además, les ha permitido instalarse en el victimismo político, apelando continuamente a la necesidad de nuevas y mayores transferencias de ingresos por parte del Estado.⁴¹

retos de futuro”, Revista Española de Derecho Constitucional (en prensa), especialmente notas 27, 28 y 29.

39. Zubiri Oría, I. “El nuevo sistema de financiación de las CCAA”, en Pau i Vall (coord.) La financiación autonómica. XVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Madrid, Tecnos-Aelpla, 2010, pp. 276, 288.

40. *Vid.* Cuadros en Franco Rubio “Mesa Redonda: El nuevo modelo de financiación autonómica”, Pau i Vall (coord.) La financiación autonómica. XVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Tecnos-AELPA, 2010, p. 317.

41. Rodríguez Bereijo, A. *Ob. cit.*, p. 40. En este mismo sentido Zubiri Oría, I., 2010, *ob. cit.*, pp. 305-306.

5.2. Los impuestos cedidos como mecanismo inapropiado para profundizar en la responsabilidad fiscal de las CCAA

Por otra parte, el incremento de los ingresos de libre disposición y de la capacidad impositiva de las CCAA a través de los impuestos cedidos tampoco ha favorecido la profundización del principio de responsabilidad tributaria.

En primer lugar, porque tal y como establece el art. 10 LOFCA, son “establecidos y regulados por el Estado, cuyo producto corresponda a la Comunidad Autónoma”, es decir, al Estado le corresponde fijar su hecho imponible y regularlo, e incluso suprimirlo. Para fomentar la responsabilidad fiscal de la CCAA el impuesto debería ser establecido y regulado por la misma, para que el elector pueda relacionar el impuesto con los servicios que otorga la Comunidad Autónoma. En nada fomenta la corresponsabilidad el hecho de que la recaudación del impuesto estatal luego se territorialice, es decir, que se ceda el producto de la recaudación a cada territorio.⁴²

Tampoco el reconocimiento de potestad normativa en los impuestos cedidos ha contribuido a la corresponsabilidad fiscal. Ciertamente si las CCAA pueden decidir sobre aspectos relativos a la cuantía del tributo –base, deducciones, tipo de gravamen–, pueden modular la mayor o menor presión fiscal a que someten a sus ciudadanos. Pero para que esto se traduzca en una mayor visibilidad del coste de la decisión política, el ciudadano tiene que percibir claramente de quién depende el impuesto, y esto es precisamente lo que no queda nada claro con los impuestos cedidos.

El sistema de cesión de tributos es un sistema confuso para el ciudadano, que no llega a distinguir a quién corresponde cada uno de los tributos. En primer lugar, al Estado le corresponde a través de la LOFCA la inclusión del impuesto como cedible, tras el acuerdo entre el Estado y las CCAA en el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Se aprueba la ley de cesión (leyes de cesión de tributos, que concretan la atribución de competencias a las CCAA) y luego debe ser incluido en cada uno de los estatutos de autonomía, con una ley estatal ordinaria específica de cesión de tributos a la CA (una especie de ley marco del art. 150.1 CE), donde se concretan las competencias normativas y de gestión, así como el porcentaje de recaudación. No obstante, aunque

42. También en este sentido Rodríguez Bereijo, A. *Ob. cit.*, p. 34.

el objeto de la cesión se determine estatutariamente, el poder del Estado de cesión queda intacto. En definitiva, un sistema muy complejo que impide que el ciudadano pueda discernir a qué administración se debe la disminución o el aumento de la presión fiscal procedente de un impuesto cedido.

6. Propuestas de mejora de nuestro sistema de financiación desde una perspectiva comparada

6.1. La tendencia del sistema de financiación autonómica hacia el modelo federal alemán y sus inconvenientes

La evolución de nuestro sistema de financiación, tendente a un incremento de los recursos de libre disposición de las CCAA, ha mirado hasta el momento más hacia Alemania que hacia EEUU. Efectivamente el modelo alemán no se inspira en el principio de responsabilidad tributaria, sino que su objetivo ha sido el de suficiencia de los *Länder* en recursos de libre disposición para el ejercicio de sus competencias. De hecho, los *Länder* han obtenido vía subvenciones negociadas únicamente en torno al 14-16% del total de sus ingresos desde la década de 1980, mientras que sus recursos incondicionados representan en torno al 80% del total de los ingresos,⁴³ cifra a la que se acerca nuestro sistema de financiación tras las últimas reformas. La mayor parte de los ingresos de libre disposición de los *Länder* proceden de su participación en el IRPF (constitucionalmente fijada en el 45% para la Federación, 45% para los *Länder*, el resto para los gobiernos locales), impuesto de sociedades (constitucionalmente repartido en los mismos términos que el IRPF) y en el IVA (cuya participación se fija anualmente, en torno al 45% para los *Länder* y el 55% para la Federación).

Este tipo de sistema de financiación permite a los entes subestatales una gran libertad en la disposición de recursos y una menor dependencia en el ámbito de las relaciones intergubernamentales, a la vez que se logra –como veremos– una gran homogeneidad legislativa fiscal. Pero genera unas problemáticas que hacen poco aconsejable la asimilación a este sistema.

El principio de responsabilidad tributaria queda insatisfecho desde el momento en que las facultades legislativas en el terreno tribu-

43. Vid. Toboso, F. *Ob. cit.*, pp. 103-104.

tario están atribuidas constitucionalmente a la Federación.⁴⁴ De esta manera, los *Länder* no tienen ningún poder impositivo y no son los que deciden los ingresos en función de las políticas que quieran desarrollar. Tampoco la Federación es libre para incrementar sus ingresos fiscales procedentes de impuestos compartidos, que son los de mayor recaudación (IRPF, sociedades e IVA), ya que necesita el consentimiento del *Bundesrat*. De esta manera, el coste de las decisiones políticas queda diluido entre la Federación y los *Länder*, sin que los votantes tengan una clara percepción del valor de los servicios que recibe desde el ámbito federal y desde el ámbito subestatal.

Ante estas debilidades, ya la reforma de 2006 apostó por el fortalecimiento del principio de responsabilidad tributaria en lo relativo al impuesto sobre la adquisición de terrenos, concediendo a los *Länder* poder impositivo (art. 105.2 a LF).⁴⁵ También la reforma de 2009 trató de profundizar en este principio, y no solo centrarse en la intensificación de las llamadas “reglas fiscales” y la mejora de la eficiencia de la administración pública tributaria.⁴⁶ No obstante, las resistencias a incrementar la responsabilidad fiscal han procedido de los *Länder* más pequeños y con menos recursos,⁴⁷ sin que finalmente el objetivo se haya cumplido. La financiación de los *Länder* seguirá dependiendo de los rendimientos fiscales procedentes de los impuestos que regula legislativamente la Federación.

Respecto a la recaudación impositiva, los *Länder* ostentan el protagonismo en la aplicación y gestión de la mayor parte de los tributos (art. 108 LF). De hecho, la Federación únicamente se encarga de la administración de aquellos impuestos cuyo importe le corresponde en su totalidad y de los de carácter comunitario (art. 108.1 LF); el resto de

44. *Vid.* una descripción del modelo constitucional alemán de relaciones financieras vigente desde 1969 hasta la reforma constitucional de 2009 en Tejerizo López, J. M. (dir.) *La financiación territorial en los Estados descentralizados: Un estudio comparado*, Estudios jurídicos, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pp. 18 y ss. Sobre los porcentajes de ingresos de libre disposición de los *Länder*, con base en las estadísticas del FMI, *vid.* Toboso, F. *Ob. cit.*, pp. 104-105.

45. Arroyo Gil, A. 2009, *ob. cit.*, pp. 125-126.

46. Arroyo Gil, A. “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en la República federal de Alemania”, *REAF*, núm. 10, 2010, especialmente p. 52.

47. Sobre este rechazo *vid.* Fritz W. Scharpf en una entrevista publicada en la web de la Dieta Federal, titulada “Wege aus der Politikverflechtung”, con motivo del Simposio que tuvo lugar en Saarbrücken los días 24 y 25 de junio de 2009 para conmemorar el sexagésimo aniversario del Consejo Federal: http://www.bundesrat.de/nn_1513148/symposium/Home/symposiuminterview.html.

los tributos, tanto los que ingresan íntegramente los *Länder* –impuesto sobre sucesiones y donaciones, sobre vehículos de tracción mecánica, sobre loterías, etc.– como los que ingresan de forma compartida –Impuesto sobre la renta, sociedades e IVA⁴⁸– son administrados por los propios *Länder*, que transfieren después a la Federación la parte que le corresponda (art. 108.2 LF); si bien es cierto que en este último supuesto (impuestos cuyo ingreso es compartido), la administración de los *Länder* se ejerce por delegación de la Federación (art. 108.3 LF), lo que conlleva que esta se reserve importantes competencias de control o supervisión (*Bundesaufsicht*), jurídica y de oportunidad, sobre la actuación de los *Länder*.

Pues bien, también en gran medida este sistema de recaudación descentralizada parece inspirar el art. 204 en sus tres primeros párrafos del reformado Estatuto de autonomía de Cataluña:

Artículo 204. La Agencia Tributaria de Cataluña

1. La gestión, recaudación, liquidación e inspección de todos los tributos propios de la Generalitat de Cataluña, así como, por delegación del Estado, de los tributos estatales cedidos totalmente a la Generalitat, corresponde a la Agencia Tributaria de Cataluña.

2. La gestión, recaudación, liquidación e inspección de los demás impuestos del Estado recaudados en Cataluña corresponderá a la Administración Tributaria del Estado, sin perjuicio de la delegación que la Generalitat pueda recibir de este, y de la colaboración que pueda establecerse especialmente cuando así lo exija la naturaleza del tributo.

Para desarrollar lo previsto en el párrafo anterior, se constituirá, en el plazo de dos años, un Consorcio o ente equivalente en el que participarán de forma paritaria la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Agencia Tributaria de Cataluña. El Consorcio podrá transformarse en la Administración Tributaria en Cataluña.

3. Ambas Administraciones Tributarias establecerán los mecanismos necesarios que permitan la presentación y recepción en sus respectivas oficinas, de declaraciones y demás documentación con trascendencia tributaria que deban surtir efectos ante la otra Administración, facilitando con ello el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes.

La Generalitat participará, en la forma que se determine, en los entes u organismos tributarios del Estado responsables de la gestión, recaudación, liquidación e inspección de los tributos estatales cedidos parcialmente.

48. En el reparto del IRPF y del impuesto de sociedades se toma en consideración el rendimiento territorializado, es decir, lo recaudado en su territorio, mientras que en el caso del IVA el criterio principal de reparto se fija en el número de habitantes.

No obstante, el sistema de administración descentralizada alemán ha obtenido numerosas críticas debido a su "complejidad, duplicación de funciones y escasa economía de medios", lo que motiva una "insuficiente persecución del fraude fiscal, la lentitud en el desarrollo de los procedimientos tributarios, el uso de prácticas de liquidación e inspección diferenciadas, la utilización de *software* diverso para la aplicación de los tributos y, en definitiva, la preferencia de los intereses particulares del *Land* en el desempeño de sus funciones en perjuicio de otros de carácter general".⁴⁹ No parece que sea este tampoco un aspecto a imitar del sistema de financiación alemana.

6.2. La necesaria profundización en el principio de responsabilidad tributaria

a) La propuesta de reforma del sistema de financiación autonómica

La reforma del sistema de financiación autonómica que aquí se propone tiene como objetivo profundizar en el principio de responsabilidad tributaria y, con ello, mejorar la visibilidad del coste de las decisiones políticas y, en definitiva, la eficiencia de nuestra estructura territorial. Esta profundización en el principio de responsabilidad tributaria requeriría, desde nuestro punto de vista, dos avances fundamentales:

En primer lugar, cerrar el sistema de financiación en la propia Constitución española, sin dejarlo a la posterior definición por la LOFCA. Ya hemos visto que en Alemania la propia constitución fija incluso los porcentajes de participación, sin que estos estén sometidos a una continua negociación política. Ya hemos señalado que la dependencia del sistema de financiación autonómica español de la negociación política es un claro desincentivo para las CCAA a la hora de ejercer sus responsabilidades tributarias y, por tanto, juega en detrimento del principio de responsabilidad fiscal. Mientras el sistema no se cierre jurídicamente, a los gobiernos autonómicos les es más rentable no hacer uso de su poder normativo sobre los impuestos, y tratar de negociar un aumento en el porcentaje de cesión de lo recaudado, que es lo que se ha ido consiguiendo en los sucesivos acuerdos en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Por supuesto, el cierre cons-

titucional del sistema de financiación exigiría, como ocurre en EEUU o en Alemania, que también el sistema de distribución de competencias se cerrara constitucionalmente.

En segundo lugar, ya hemos señalado que los impuestos cedidos no son la vía adecuada para profundizar en la responsabilidad tributaria. En este punto sería necesario apostar por un sistema de financiación inspirado en los principios de libertad de imposición y de separación, que es el vigente en EEUU. El sistema de separación está caracterizado por un reparto de los impuestos entre los distintos niveles de gobierno, sobre los que ejercerían plenas facultades normativas, administrativas y el derecho a la recaudación. Este sistema permitiría una mayor transparencia y claridad para el ciudadano de la Administración a la que le está pagando los impuestos y se podrían generar también comportamientos fiscales más responsables por parte de las CCAA, al establecerse una correspondencia entre los servicios que se prestan y el coste de los mismos.

Este sistema exigiría como premisa el reconocimiento tanto al centro como a las partes de libertad en el ejercicio de su poder de imposición para ajustarlo a las necesidades de su gasto, con algunas restricciones. El reconocimiento de la libertad de imposición significaría que tanto el centro como las partes serían libres de gravar hechos imposables tanto nuevos como ya gravados por otra administración. Las limitaciones en el poder de imposición de las CCAA podrían ser las relativas a la exportación e importación, prohibición de adoptar medidas tributarias que supongan un obstáculo a la libre circulación de mercancías o servicios entre CCAA, prohibiciones de adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio y prohibiciones de discriminación a través de la imposición a los no residentes.⁵⁰ En definitiva, estas limitaciones evitarían que el sistema de financiación de las comunidades autónomas pudiera crear barreras fiscales que puedan poner en peligro la unidad de mercado y la libre circulación de personas y bienes o de mercancías y servicios.

El resultado de este sistema en EEUU, a pesar de la ausencia normativa de una distribución de impuestos entre los distintos niveles de gobierno, ha sido el de una efectiva distribución en las principales

50. Estas son básicamente las limitaciones al poder de imposición de los estados establecidas constitucional y jurisprudencialmente en EEUU. *Vid.* Hellerstein, W. *Ob. cit.*, pp. 30-35. También, en gran medida, son las limitaciones que se prevén en el sistema de financiación actual de las CCAA para el poder impositivo propio de las CCAA (art. 139.2 CE y art. 6 LOFCA).

fuentes de recaudación, excepto en el caso de la renta donde la Federación y los estados desarrollan poderes concurrentes y, en menor medida, en el impuesto de sociedades. La principal fuente de ingresos para la Federación desde 1798 hasta la I Guerra Mundial fue la imposición sobre las importaciones, poder impositivo no concurrente con los estados.⁵¹ En la actualidad, la Federación depende sobre todo del impuesto sobre la renta y del impuesto de sociedades, que junto con los ingresos por cotizaciones a la Seguridad Social, constituyen el 95% del total de ingresos federales. Las fuentes de ingresos estatales son más diversas, constituyendo una parte importante los ingresos por renta personal y por consumo. Una de las principales diferencias con otros países federales es que no existe un impuesto federal al consumo.

No obstante, tras la experiencia de otros países federales y la nuestra propia, y una vez reconocidos constitucionalmente la libertad de imposición y el principio de separación, podría establecerse constitucionalmente un reparto de los principales tributos que funcionaría más bien como mínimo irrenunciable para cada Administración. Así, por ejemplo, se podría establecer que en todo caso corresponde a la Administración General del Estado el impuesto de sociedades, ya que se trata de un impuesto que tienen una base imponible territorialmente móvil o cuya carga puede ser fácilmente trasladada de una jurisdicción a otra. Este impuesto estatal no impediría, siguiendo el ejemplo de EEUU y por efecto del principio de libertad de imposición, que las CCAA crearan sus propios impuestos de sociedades, en todo caso gestionados y recaudados por ellas mismas. Los impuestos totalmente cedidos, como el impuesto sobre el patrimonio, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, sucesiones y donaciones, corresponderían a las CCAA, quienes ostentarían competencias normativas, de gestión, recaudación, liquidación e inspección.

El impuesto sobre la renta podría tener carácter concurrente, como en el caso de EEUU, y seguir el principio de libertad de imposición, es decir, que tanto el centro como las CCAA podrían gravar la renta de las personas. No obstante, la experiencia americana demuestra que por las exigencias del mercado los impuestos sobre la renta de los estados se han acomodado en gran medida a la fiscalidad de la renta federal, convirtiéndose en muchos casos en meros porcentajes del impuesto federal. El resultado respecto a este impuesto es muy

51. Talley, L. A. "Federal Income Taxation: An Abbreviated History", 2001, Congressional research service, disponible en línea: <http://www.taxhistory.org/thp/readings.nsf/ArtWeb/2D52A4CFD2844FAB85256E22007840E6?OpenDocument>.

similar al conseguido en España. En todo caso, y con el objetivo puesto en la responsabilidad tributaria, sería exigible que los ciudadanos rellenaran impresos de declaración diferenciados para el pago del IRPF estatal y el IRPF autonómico, siendo gestionados y recaudados independientemente por cada Administración.

Por lo que respecta a los impuestos sobre el consumo, podría plantearse la simple concurrencia. Es cierto que en EEUU no hay un impuesto sobre el consumo federal y una de las principales vías de financiación de los estados son precisamente los impuestos sobre el mismo. No obstante, la reciente doctrina ya se plantea la necesidad de implantar un impuesto general de consumo en el ámbito federal, proponiéndolo como concurrente con los impuestos al consumo estatales. Es decir, que la opción que se está planteando en EEUU es la de que los estados sigan recaudando impuestos sobre el consumo, mientras la Federación recauda también el IVA. Un modelo similar al que se desarrolla en Canadá.⁵² Pero también se podría establecer constitucionalmente que en todo caso el impuesto general al consumo, el IVA, fuera un impuesto estatal, mientras que los impuestos que gravan consumos específicos fueran impuestos plenamente autonómicos. Así pues, los impuestos especiales de fabricación (hidrocarburos, tabaco y alcohol), cuya recaudación actualmente está parcialmente cedida a las CCAA, pero que no tienen sobre ellos capacidad normativa, pasarían a ser impuestos plenamente autonómicos. El impuesto sobre electricidad, actualmente cedido totalmente a las CCAA, aunque también sin capacidad normativa, también podría pasar a manos autonómicas, con capacidad normativa, de gestión, recaudación, liquidación e inspección.

En definitiva, un modelo de financiación cerrado constitucionalmente y basado en la libertad de imposición que permita que las entidades territoriales puedan hacer frente a sus necesidades de gasto fundamentalmente a través de tributos propios.

b) Posibles inconvenientes a la propuesta formulada

Tal y como recuerda Rodríguez Bereijo, originariamente, en el diseño constitucional, la creación de un sistema tributario propio de las comunidades autónomas estaba visto con extraordinaria cautela y recelo. No obstante, al margen de las dudas que pudiera originar la creación de un sistema semejante, resultaba lógica la elección de

52. Vid. Bickley, J. M. "Should the United States Levy a Value-Added Tax for Deficit Reduction?", Congressional Research Service, 2011, pp. 20-21. En línea: http://assets.opencrs.com/rpts/R41602_20110322.pdf.

un sistema con poco peso del poder tributario autonómico ya que era limitada la capacidad de gestión de las comunidades autónomas, que en su mayoría partían de cero y carecían de una Administración dotada de organización y de los medios materiales y personales necesarios para gestionar con eficacia su Hacienda propia y cubrir con suficiencia la prestación de las funciones y servicios que les fueran transfiriendo.⁵³

Actualmente básicamente son tres los inconvenientes que se podrían alegar acerca de un sistema semejante.⁵⁴ Por una parte, la competencia a la baja en materia de imposición (*race to the botton*) que se puede dar entre las CCAA por la impopularidad y resistencia entre los ciudadanos a los impuestos autonómicos. Por otra parte, las posibles incompatibilidades entre las políticas fiscales de las CCAA y las políticas fiscales del Estado y, por tanto, una falta de armonización en esta materia, con la consecuente falta de cohesión del sistema tributario y la ruptura de la unidad de mercado. Por último, la gran disparidad en la provisión de servicios públicos o de niveles de presión fiscal que podría existir entre las CCAA debido a la diferente capacidad recaudatoria y necesidades de gasto entre las CCAA más ricas y más pobres.

Efectivamente en EEUU los estados son vulnerables a la competición fiscal, lo cual limita su capacidad de aumentar impuestos, directa o indirectamente.⁵⁵ Resulta además altamente improbable que los estados dediquen mucho dinero a políticas de bienestar social si tienen con ello que aumentar sus impuestos.⁵⁶ El resultado es que los estados tienen como una de sus principales fuentes de financiación a los *grant-in-aid*, ya que prefieren acceder a esta vía de financiación condicionada a hacer uso de sus poderes fiscales. En este sentido, las

53. Sobre los recelos acerca de crear un sistema tributario propio de las CCAA y sus principales causas *vid.* Rodríguez Bereijo, A. *Ob. cit.*, pp. 26-27.

54. Estos inconvenientes se han puesto de manifiesto a lo largo de los recientes debates constitucionales alemanes. *Vid.* Arroyo, A. 2010, *ob. cit.*, p. 53, nota 27.

55. Es ilustrativo a este respecto el extracto de la autobiografía de Bill Clinton, *My Life*, 2004: Once while campaigning [for reelection as Arkansas governor] in Fort Smith, near the bridge to Oklahoma, when I asked a man for his support, he gave a more graphic version of the answer I'd heard hundreds of times: "You raised my car tags. I wouldn't vote for you if you were the only SOB on the ballot!" He was angry and red in the face. In exasperation, I pointed over the bridge to Oklahoma and said, "Look over there. If you lived in Oklahoma your car tags would be more than twice as expensive as they are now!" Suddenly all the red drained out of his face. He smiled, put his hand on my shoulder, and said, "See, kid, you just don't get it. That's one reason I live on this side of the border.

56. Greer/Jacobson. "Health Care Reform and Federalism", *Journal of Health Politics, Policy & Law*, 35, 2010, pp. 210, 219.

prestaciones sociales estatales en gran medida vienen condicionadas por programas de financiación federal. No olvidemos, sin embargo, que se trata de una decisión política libremente adoptada por los estados y que la mayor dependencia de transferencias condicionadas procedentes de la Federación es el precio que habrán de pagar por no querer aumentar la presión fiscal de sus ciudadanos. Parece que este resultado es fiscalmente más responsable que el que en la práctica se produce en nuestro país, donde las CCAA que no quieren hacer uso de sus poderes fiscales pretenden obtener del centro más financiación incondicionada.

Por otra parte, la dependencia financiera condicionada no difiere actualmente en gran medida de las cifras manejadas en Alemania. Concretamente, después de la II Guerra Mundial, la ayuda federal a los estados y gobiernos locales se doblaba cada cinco años hasta finales de los años 70. La ayuda federal alcanzó su pico en 1978 con el 26% de los presupuestos estatales y locales y por encima del 16% del presupuesto federal. Con la llegada del siglo XXI, los *grants* federales representan el 17% de las inversiones estatales y locales y el 19% del gasto federal.⁵⁷

Respecto al segundo de los inconvenientes planteados, según la teoría clásica del federalismo fiscal, es la Administración central la que debe asumir la responsabilidad para afrontar situaciones de crisis como la actual y aplicar las políticas de estabilización necesarias. No obstante, el reconocimiento de poder impositivo a las CCAA puede suponer en la práctica una limitación de la capacidad estabilizadora de la Administración central. De hecho, las comunidades autónomas pueden llevar a cabo políticas de estabilización incluso contradictorias con las estrategias lanzadas por el Gobierno central, lo cual sin duda alguna dificulta la eficacia de este tipo de políticas de reactivación económica.⁵⁸

57. Stephens/Wikstrom. *American Intergovernmental Relations. A Fragmented federal polity*, New York, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 64, 83-85. Sobre el incremento de los *grants* también puede verse: Dilger, R. J. *The Study of American Federalism at the Turn of the Century*, *State and Local Government Review*, 32, 2000, pp. 98-107.

58. Sobre las políticas fiscales de corte expansivo llevadas a cabo por las CCAA, en coordinación con la política expansiva del gobierno central, en los primeros años de la crisis económica actual *vid.* Ruiz-hHerta Carbonell/Benyakhlef Domínguez/Vizán Rodríguez. "Las comunidades autónomas ante la crisis económica: impacto territorial de la recesión, políticas autonómicas de reactivación y tensiones en las cuentas públicas", *Informe de las comunidades autónomas 2009*, pp. 89-112. En este estudio se puede ver que, aunque con instrumentos diferentes, las CCAA tenían el mismo objetivo de estimular el sector de la construcción residencial. Mientras Madrid, haciendo uso de sus competencias nor-

No obstante, el reconocimiento de una amplia autonomía fiscal a los estados en EEUU, no ha impedido que el gobierno federal tenga amplios poderes de armonización fiscal. De hecho, en EEUU la cláusula de comercio permite al gobierno federal controlar y coordinar el poder de imposición estatal. De esta manera, esta cláusula permite al Congreso exigir que el poder de imposición de los estados sea ejercido de manera consecuente con las responsabilidades internas e internacionales de la Federación, ya que “el gobierno federal debe hablar con una única voz cuando regula las relaciones comerciales con gobiernos extranjeros”.⁵⁹ Lo mismo es aplicable en la preservación del interés nacional y un mercado nacional común. A pesar de que este poder ha sido interpretado ampliamente por el Tribunal Supremo, el Congreso ha hecho poco uso de dicho poder en comparación con otros usos de la cláusula de comercio. En la práctica, las exigencias del mercado son las que han obligado a que, por ejemplo, los impuestos sobre la renta de los estados se acomodaran en gran medida a la fiscalidad de la renta federal, convirtiéndose en muchos casos en meros porcentajes del impuesto federal.⁶⁰

También en España las competencias estatales constitucionalmente reconocidas y la interpretación de las mismas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional garantizan al Estado capacidad suficiente para las tareas de armonización fiscal. Así, además del artículo 150.3 CE, la jurisprudencia constitucional recaída en torno al alcance de la competencia estatal del artículo 149.1.1ª CE, en conexión con la libertad de empresa, y muy especialmente el título competencial del art. 149.1.13ª CE, ha reconocido al Estado una sólida posición en la preservación del mercado interior en el conjunto del territorio nacional. En definitiva, no queda tampoco en duda la armonización fiscal en un sistema inspirado en el principio de responsabilidad tributaria.

Por último, las disparidades en la provisión de servicios públicos o de niveles de presión fiscal entre CCAA motivadas por su diferente capacidad recaudatoria y sus diferentes necesidades de gasto exigiría de la Hacienda estatal el desarrollo de tareas redistribuidoras. Tal y como señala el artículo 158 CE, el gobierno central debería garantizar, a

mativas sobre el IRPF, optó por las desgravaciones fiscales tanto a familias como a empresas inmobiliarias, Andalucía, Cataluña, Extremadura y Navarra optaron por medidas de aumento de gasto.

59. *Japan Line, Lid. V. County of Los Angeles*, 441, US 434, 449 (1979).

60. Sobre este poder de coordinación federal y sus consecuencias *vid.* Hellerstein, W. *Ob. cit.*, pp. 47 y ss.

través de transferencias a los gobiernos subcentrales, una distribución de la renta regional equitativa y garantizar así una más homogénea provisión de servicios en todo el Estado. Es decir, garantizar que todas las personas reciban un trato similar en términos de servicios públicos, siempre que realicen un esfuerzo fiscal semejante. El problema en este caso es una falta de acuerdo sobre cuál es el grado de redistribución interregional que sería aceptado por todas las comunidades autónomas sin que se cuestione continuamente. Sería necesario un rediseño normativo de la función redistributiva, donde se fijara la dotación presupuestaria destinada a tal fin, los criterios de reparto, los límites de la nivelación y los servicios a nivelar. Pero no son objeto de este artículo dichas precisiones, que requerirían de un estudio diferenciado. No obstante, quede apuntado que para su diseño puede quizás servir de modelo el sistema de redistribución alemán.⁶¹

Se despejan así los grandes inconvenientes que supondría la adopción en nuestro Estado autonómico de un sistema inspirado en el principio de responsabilidad tributaria. En primer lugar, se consigue un sistema de financiación donde cada Administración responde políticamente de sus decisiones de gasto y de ingreso ante sus electores. Esto supone una profundización tanto en su autonomía política como una asignación más racional y eficaz de los recursos en la producción de bienes públicos. Por otra parte, con las limitaciones introducidas, el sistema de financiación de las comunidades autónomas no podría constituir un medio de crear privilegios económicos o sociales a favor de determinados territorios del Estado o barreras fiscales que puedan poner en peligro la unidad de mercado y la libre circulación de personas y bienes o de mercancías y servicios. Por último, se garantiza la estabilidad y el crecimiento económico equilibrado a través de la política económica general, cuya dirección compete al Estado.

61. *Vid.* una descripción del sistema de nivelación alemán en Arroyo, *ob. cit.*, 2010, p. 49.

Bibliografía

La autora agradece a los dos informes confidenciales de evaluación sus valiosos comentarios y sugerencias.

- ANDERSON, G. *Fiscal Federalism: A Comparative Introduction*, Oxford, 2010
- ARROYO GIL, A. *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52ª Ley de modificación de la Ley fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Institut d'Estudis Autònoms, 2009.
- . "La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República federal de Alemania", REAF, núm. 10, 2010.
- BICKLEY, J. M. "Should the United States Levy a Value-Added Tax for Deficit Reduction?", *Congressional Research Service*, 2011. En línea, http://assets.opencrs.com/rpts/R41602_20110322.pdf.
- DARNSTÄDT, T. *La trampa del consenso*, Trotta/Fundación Alfonso Martín-Escudero, 2005.
- DILGER, R. J. "The Study of American Federalism at the Turn of the Century", *State and Local Government Review*, 32, 2000.
- FERNÁNDEZ LLERA, R. *El endeudamiento de las comunidades autónomas: disciplina de mercado, estabilidad económica y canales de elusión normativa*, Instituto de Estudios Fiscales, 2005.
- GARCÍA NOVOA, C. *Financiación autonómica y reforma del Senado*, Marcial Pons, 2012.
- GREER/JACOBSON. "Health Care Reform and Federalism", *Journal of Health Politics, Policy & Law*, 35, 2010.
- HAMILTON, A./MADISON, J./JAY, J. *El Federalista*, edición de VELASCO, G. R., Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- HELLERSTEIN, W. "The United States", SACHETTO/BIZIOLI, *Tax aspects of Fiscal Federalism. A comparative analysis*, IBFD, 2011.
- JAY DILGER, BETH. "Unfunded Mandates Reform Act: History, Impact, and Issues", CRS Report for Congress, Congressional Research Service, 2012.
- LÓPEZ LABORDA, J. "Nuevas reglas fiscales para las comunidades autónomas", en TORNOS, *Informe comunidades autónomas 2011*, Barcelona, Instituto de Derecho Público (en prensa).
- LÓPEZ LABORDA/RODRIGO. "Percepciones de los ciudadanos sobre las haciendas regionales: quién es y quién debería ser responsable de los servicios e impuestos autonómicos", octubre 2011, trabajo presentado en el seminario del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Valencia, el 15 de abril de 2011. En línea: <http://www.usc.es/congresos/xix-eep/descargas/papers/1D2.pdf>.

- MEDINA GUERRERO, M. "comunidades autónomas y crisis económica: la eficiencia económica y política del Estado autonómico en el actual contexto de crisis", *Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad*, núm. 1, 2011.
- PAU I VALL (coord.) *La financiación autonómica. XVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos-AELPA, 2010.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A., "Constitución española y financiación autonómica", en Pau i Vall (coord.) *La financiación autonómica. XVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Tecnos-Aelpa, 2010.
- RUIZ-HUERTA CARBONELL/BENYAKHLEF DOMÍNGUEZ/VIZÁN RODRÍGUEZ. "Las comunidades autónomas ante la crisis económica: impacto territorial de la recesión, políticas autonómicas de reactivación y tensiones en las cuentas públicas", *Informe de las comunidades autónomas 2009*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2011.
- RUIZ-HUERTA CARBONELL/VIZÁN RODRÍGUEZ/BENYAKHLEF DOMÍNGUEZ. "Crisis económica y tensión fiscal en las comunidades autónomas", *Informe de las comunidades autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012.
- RUIZ-HUERTA CARBONELL/GARCÍA DÍAZ. "El endeudamiento de las comunidades autónomas: límites y problemas en el contexto de la crisis económica", *REAF*, núm. 15, 2012.
- SÁENZ ROYO, E. *Estado social y descentralización política*, Thomson-Civitas, 2003.
- . "La reforma sanitaria de Obama en el marco del federalismo americano", *Revista General de Derecho Constitucional*, 11, 2011.
- . "Relaciones intergubernamentales de carácter vertical en el Estado autonómico: el ser, el deber ser y posibles retos de futuro", *Revista Española de Derecho Constitucional* (en prensa).
- STEPHENS/WIKSTROM. *American Intergovernmental Relations. A Fragmented federal polity*, New York, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- TALLEY, L. A. "Federal Income Taxation: An Abbreviated History", 2001, Congressional research service, disponible en línea, <http://www.taxhistory.org/thp/readings.nsf/ArtWeb/2D52A4CFD2844FAB85256E22007840E6?OpenDocument>.
- TEJERIZO LÓPEZ, J. M. (dir.) *La financiación territorial en los Estados descentralizados: Un estudio comparado*, Estudios jurídicos, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009.
- TOBOSO, F. "La corresponsabilidad fiscal de los gobiernos autonómicos: evolución y perspectivas en tiempos de crisis", en Antuñano/Jordán/Tomás Carpi (eds.) *Crisis y transformación. Una perspectiva de política económica: Ensayos en homenaje al profesor Emèrit Bono*, Universitat de València, 2011.

ZABALZA, A. "El pacto fiscal catalán", *Cuadernos de la Fundación Giménez Abad*, núm. 3, 2012.

ZUBIRI, I. "El nuevo sistema de financiación de las CCAA", en PAU I VALL (coord.) *La financiación autonómica. XVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Tecnos-Aelpa, 2010.

RESUMEN

Tras más de treinta años de Estado autonómico y ante la grave situación que atraviesa la economía española, quizás sea este el momento de plantear nuevas fórmulas que permitan un Estado autonómico más eficiente, donde la demanda y la oferta de los bienes y servicios públicos regionales se realicen de forma más responsable. Este es el marco del presente artículo, donde se realiza, desde una perspectiva de derecho comparado, un análisis crítico de las responsabilidades de gasto e ingreso en nuestro Estado autonómico. Respecto a la responsabilidad de gasto, se pone en evidencia la imprecisión de nuestro sistema y el escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial que existe en nuestro Estado autonómico, a diferencia de otros estados federales. Por otra parte, tras un análisis desde la perspectiva comparada de la responsabilidad de ingreso en nuestro Estado autonómico, se destacan algunos de los principales inconvenientes que tiene nuestro sistema de financiación autonómica y, finalmente, se hacen propuestas de mejora tendentes a profundizar en la responsabilidad fiscal de las CCAA.

Palabras clave: financiación autonómica; responsabilidad de ingreso; responsabilidad de gasto; federalismo fiscal.

RESUM

Després de més de trenta anys d'Estat autonòmic i tenint en compte la greu situació en què es troba l'economia espanyola, potser és el moment de plantejar noves fórmules que permetin un Estat autonòmic més eficient, on la demanda i l'oferta dels béns i els serveis públics regionals es portin a terme d'una manera més responsable. Aquest és el marc d'aquest article, on es realitza, des d'una perspectiva de dret comparat, una anàlisi crítica de les responsabilitats de despeses i ingressos en el nostre Estat autonòmic. Pel que fa a la responsabilitat de la despesa, es posa en evidència la imprecisió del nostre sistema i l'escàs desenvolupament doctrinal i jurisprudencial que existeix en el nostre Estat autonòmic, a diferència d'altres estats federals. D'altra banda, després d'una anàlisi des d'una perspectiva comparada de la responsabilitat dels ingressos en el nostre Estat autonòmic, es destaquen alguns dels principals inconvenients que té el nostre sistema de finançament autonòmic i, finalment, es fan propostes de millora tendents a aprofundir en la responsabilitat fiscal de les comunitats autònomes.

Paraules clau: finançament autonòmic; responsabilitat d'ingrés; responsabilitat de despesa; federalisme fiscal.

ABSTRACT

After over thirty years of decentralization in Spain and having to face the acute economic crisis, it may be time to raise new proposals that could increase the economic efficiency by means of increasing the responsible performance of regional demand and supply of public goods and services. This is the context of this article, which is a critical analysis of expenditure and revenue responsibilities in Spain from a comparative law perspective. Regarding the expenditure responsibility, this article highlights the imprecision of the Spanish system and its underdeveloped legal theory and judicial cases on the subject compared to federal states. After a comparative analysis on the revenue responsibility, this article highlights some of the major drawbacks of Spanish system of regional financing, and finally it makes several proposals addressed to improve the fiscal responsibility of the autonomous communities.

Keywords: autonomous-community financing; revenue responsibility; expenditure responsibility; fiscal federalism.

LA INVERSIÓ EN INFRAESTRUCTURES DE L'ESTAT A CATALUNYA DURANT EL PERÍODE 2007-2012. IMPACTE I VIRTUALITAT DE LA DISPOSICIÓ ADDITIONAL TERCERA DE L'ESTATUT D'AUTONOMIA DE CATALUNYA

Joan Ridao i Martín

Professor ajudant doctor de Dret Constitucional, Universitat de Barcelona
i ESADE-Ramon Llull

M. Àngels Cabasés i Piqué

Professora titular d'Economia Aplicada, Universitat de Lleida

SUMARI: 1. Introducció. – 2. La influència del capital públic i privat d'infraestructures sobre el PIB i el creixement econòmic. – 3. Evolució del capital públic d'infraestructures a Catalunya. – 4. Naturalesa i origen de la disposició addicional tercera de l'Estatut d'autonomia de Catalunya. – 5. Els termes de l'aplicació de la disposició addicional tercera. – 6. L'execució de la disposició addicional tercera en el període 2007-2012. – 7. L'impacte de la disposició addicional tercera sobre el dèficit fiscal. Quantificació. – 8. Conclusions. Bibliografia. – Webgrafia. – Annexos. – *Resum – Resumen – Abstract.*

1. Introducció

En l'actual context de greu crisi econòmica i financera, la política d'austeritat pressupostària del conjunt d'administracions públiques

Article rebut el 23/07/12; acceptat el 25/10/12.

repercuteix significativament en la provisió d'infraestructures de servei públic, que, altrament, per la seva naturalesa, podria constituir un factor decisiu en el relleu de la competitivitat econòmica i la creació d'ocupació. Des d'una òptica catalana, a més, les infraestructures esdevenen imprescindibles per maximitzar la posició estratègica de Catalunya com a porta de l'Europa Mediterrània, a fi d'obtenir una notable millora de les connexions amb la resta del seu entorn.¹

No en va, molts han estat els estudis acadèmics, teòrics i aplicats, que han conclòs que el capital públic és un factor que determina la productivitat d'una economia. Tanmateix, fins l'any 2007 la política d'inversió pública a l'Estat espanyol s'ha basat en el criteri de redistribució i convergència regional (inversions territorialitzades, Fons de compensació interterritorial² o fons europeus),³ que ha afavorit els territoris menys dinàmics econòmicament sota criteris de reequilibri territorial aliens al principi d'eficiència (entès com l'assignació de recursos en funció de l'aportació al PIB estatal). Això ha estat, a més, la font del dèficit d'infraestructures d'alguns territoris com Catalunya, que presenten un major nivell de creixement econòmic.

Per tal d'analitzar i de quantificar els efectes regionals del capital públic d'infraestructures sobre el Producte Interior Brut (PIB) i el creixement econòmic d'un territori, nombrosos treballs⁴ han utilitzat la metodologia desenvolupada per Aschauer (1989). No obstant això, hi ha disparitat de criteris a l'hora de quantificar aquesta elasticitat, ja sigui per les sèries usades, ja sigui per la concreta metodologia economètrica

1. Baix aquest concepte, no obstant això, no només han de ser considerades les infraestructures de transport de ciutadans i mercaderies, sinó també les vinculades a un nou model energètic més eficient, al costat de les grans infraestructures d'investigació i de comunicació, en definitiva, les infraestructures denominades productives.

2. El finançament de la inversió nova s'ha articulada a través de les transferències per nova inversió dins del Fons de compensació interterritorial (FCI) establert per l'article 158 de la Constitució espanyola (CE) i aplicat per primera vegada el 1982 a través de la Llei de pressupostos de l'Estat, com a conseqüència de l'acord del Consell de Política Fiscal i Financera (CPFF) de 16 de setembre de 1981.

3. El Fons de Desenvolupament Regional (FEDER) és l'instrument de la Unió Europea (UE) destinat al finançament d'inversions en infraestructures que contribueixen al creixement del potencial econòmic de les regions amb un PIB *per capita* inferior. El Fons de Cohesió també es destina a finançar infraestructures.

4. Per a l'economia espanyola amb dades agregades i desagregades: Barro-Sala i Martín (1992); Argimón-González Páramo-Roldán (1994); González Páramo (1995); De la Fuente (1996); Mas-Maudos-Pérez-Uriel (1996-2000); Moreno-Artís (1997); Boscá-Escribà-Dabán (1999); Raurich-Sala (2006), entre altres. Per economies d'altres estats: García-Milà-McGuire (1992-1996); Battagi-Pinnoi (1995); Delgado-Álvarez (2003), entre altres.

emprada. En altres treballs, fruit de revisions metodològiques, que utilitzen els denominats models vectorials autoregressius (VAR),⁵ els resultats, en molts casos, resulten fins i tot contradictoris. En els estudis que manegen models d'equilibri general,⁶ s'ha arribat a valors d'elasticitat del nivell de producció respecte el capital públic molt diferents als que s'obtenen a partir de l'estimació de la funció de producció agregada.

El present treball opta metodològicament per un model que parteix de la funció de producció de Cobb Douglas, amb dades en panell, que relaciona la renda agregada amb l'estoc de capital privat, la quantitat de treball d'una economia i una tendència com l'aportació del capital tècnic. A continuació s'obté "la productivitat total dels factors" (PTF), que, considerada com a variable dependent en regressió amb el capital públic, facilita la dada sobre l'elasticitat producte de l'estoc de capital públic, això és, "la quantificació del percentatge de variació permanent del PIB davant increments en percentatge del capital públic" en el període de 1995 a 2009. Tot això, a pesar que l'opció per una metodologia empírica basada en l'estimació uniequacional d'una funció de producció exclou considerar efectes retroactius entre els factors productius que permetrien analitzar una possible relació simultània entre el creixement de la producció i el creixement del capital públic, com es podria posar de manifest amb un model VAR. Amb la sèrie que maneja aquest estudi, s'ha considerat que els resultats mitjançant un model dinàmic serien poc robustos atès que del resultat del model conjunt només s'obté com a significativa una relació de cointegració de les possibles quan es consideren les variables de capital públic, capital privat, ocupació i PIB. La interpretació del model que s'estima a continuació també es pren amb cautela i s'analitza el signe més que la magnitud, atès que una part de les crítiques rebudes a aquest procediment indiquen una sobrevaloració dels resultats.

Les dades de capital públic i de capital productiu per comunitats autònomes (CA) manejades són les que facilita des de fa més de 15 anys l'Institut Valencià d'Investigacions Econòmiques (IVIE) junt amb la Fundació BBVA, considerades per tractar-se d'una sèrie estadística històrica i per la seva homogeneïtat metodològica. En concret, s'ha utilitzat la darrera base de dades publicada per l'IVIE, utilitzada per desenvolupar el document de treball *El stock y los servicios del capital en España* y

5. Roca i Sala (2005), utilitzen aquesta tècnica per analitzar els *spillover effects*.

6. Garcia-Milà (1988); González Páramo (1996); Díaz-Martínez (2006); Torres-Chacón (2009).

su distribución territorial y sectorial (1964-2010).⁷ Aquestes dades de capital net (conjunt d'actius que s'han acumulat mitjançant la inversió valorats a preu de mercat, sota el supòsit que és igual al valor present descomptat dels ingressos que s'espera que generi l'actiu), convenientment desagregades per CA, han servit per modelitzar la incidència positiva del capital públic en el creixement econòmic i permeten visualitzar el seu pes a Catalunya en relació amb el total estatal i comparar-ho amb les xifres de la contribució del PIB autonòmic sobre el total.

Les dades i les conclusions d'aquest treball, que es contrauen al període 1995-2009, complementen doncs altres estudis anteriors i incorporen, com a novetat més destacada, l'anàlisi del període de vigència de l'actual sistema de finançament autonòmic.⁸ En aquest marc, l'anàlisi de l'impacte de l'entrada en vigor de l'EAC (2006) adquireix una particular importància. No en va, l'aprovació de la norma institucional bàsica de Catalunya suposà la inclusió de la disposició addicional tercera (DA 3a EAC), que, en forma de mandat al legislador estatal, pretenia garantir durant un període de 7 anys un percentatge d'inversió de l'Estat en infraestructures equivalent al pes específic relatiu de Catalunya en el conjunt del PIB estatal, amb l'objecte de mantenir i ampliar la capacitat de generació de riquesa d'aquest territori i compensar, de pas, la "infra-inversió" acumulada en estoc de capital públic de titularitat estatal en anys precedents. Precisament, per analitzar l'esforç inversor de l'Estat i l'aplicació de la DA 3a EAC entre els anys 2007 i 2012, l'estudi utilitza les dades d'inversió liquidada i pressupostada a Catalunya facilitades pels ministeris de Foment i Hisenda i Administracions Públiques, així com les dades de la balança fiscal entre Catalunya i l'Estat central publicades per la Generalitat de Catalunya i, en especial, la incidència de l'aplicació de la citada disposició estatutària en el dèficit fiscal de Catalunya.

Amb tot, l'aplicació d'aquesta previsió estatutària s'ha vist afectada de forma sobrevinguda no només pel context d'aguda crisi econòmica i d'estretors pressupostàries del sector públic, sinó també per l'ulterior pronunciament del Tribunal Constitucional sobre la qüestió (STC 31/2010, de 28 de juny), que l'ha desproveïda de tota garantia estatutària i ha rebaixat la seva eficàcia normativa a la d'un mer prin-

7. Mas-Pérez-Uriel (2011).

8. Els diferents models de finançament s'han basat en la disposició transitòria primera de la LOFCA del 1980 (període transitori) i, després, en la revisió quinquennal que preveu l'article 13 de la mateixa Llei respecte a la participació de les CA en els ingressos de l'Estat que han estat: 1987-1991, 1992-1996, 1997-2001 i l'actual 2009-2013.

cipi rector que ha d'orientar l'actuació de l'Estat, sense constrènyer-lo al seu compliment si no és en el marc d'acords bilaterals adoptats en el si dels òrgans institucionals de relació Estat-Generalitat.

2. La influència del capital públic i privat d'infraestructures sobre el PIB i el creixement econòmic

Com s'ha dit, no hi ha dubte que la inversió en infraestructures productives té un impacte positiu sobre el creixement econòmic i la productivitat d'un territori. Tot amb tot, no resulta pacífic determinar la magnitud de la seva influència i persistència en el temps, com es pot apreciar en un repàs, circumscrit a l'àmbit espanyol i català, dels nombrosos estudis que obtenen elasticitats positives i significatives del capital públic –independentment de la tècnica, expressió funcional o nivell de desagregació de les dades– i mostren l'heterogeneïtat en el valor estimat (taula 1 (T. 1)). Però en tots ells s'afirma que el capital públic impacta positivament sobre el creixement espanyol o català. Alguns autors han posat l'accent en l'anàlisi de la distribució per territoris i han argumentat a favor dels criteris d'eficiència (en funció de la participació del PIB autonòmic sobre l'estatal).⁹ En termes generals, el resultat difereix entre els estudis que estimen la funció de producció agregada de forma individual i presenten un valor de l'elasticitat del capital públic més elevada –de mitjana el 0,20–, dels que consideren els efectes d'equilibri general que es deriven de la provisió de capital públic –de mitjana 0,07–, cas dels treballs de De la Fuente (2003), amb dades desagregades, o de Torres-Chacón (2009), amb dades agregades.

T. 1: Resultats de l'estimació de l'elasticitat del capital públic

Amb dades desagregades de regions espanyoles			
Autor	Període	Especificació i estimació	Elasticitat capital públic
De la Fuente (1994)	1985-1990	Cobb-Douglas amb nivells	0,070-0,159
García-Fontes-Serra (1994)	1980-1988	Cobb-Douglas amb nivells i efectes fixos	0,25- 0,24
Mas-Maudos-Pérez-Uriel (1994)	1908-1989	Cobb-Douglas amb nivells i efectes fixos	0,19-0,23

9. De la Fuente (2002), Raurich i Sala (2006) i Torres (2009), entre altres.

Mas-Maudos-Pérez-Uriel (1996)	1964-1991	Cobb-Douglas amb nivells i efectes fixos	0,07-0,08
Moreno-Artís (1996)	1964-1991	Cobb-Douglas amb efectes aleatoris (T. Hausman)	0,04
Dabán-Murgui (1997)	1980-1991	Cobb-Douglas amb nivells i efectes aleatoris	0,11-0,29
Dabán-Lamo (1999)w	1980-1993	Cobb-Douglas amb mínims quadrats generalitzats	0,09-0,13
De la Fuente (2003)	1964-1993	Estimació conjunta d'una funció de producció i d'una funció d'ocupació	0,106
Raurich-Sala (2006)	1965-1998	Funció de producció	0,20 (Espanya)- 0,32 (Catalunya)
Amb dades agregades per Espanya			
Argimón-González-Páramo-Roldán (1994)	1964-1989	Cobb-Douglas amb cointegració	0,49-0,60
Flores-Gracia-Pérez (1993)	1964-1992	Model estocàstic multivariant	0,21
Mas-Maudos-Pérez-Uriel (1993)	1965-1989	Cobb-Douglas amb mínims quadrats ordinaris, corregits amb AR(1)	0,29
García-Fontes-Serra (1994)	1964-1988	Cobb-Douglas amb nivells	0,27
González-Páramo (1995)	1964-1989	Anàlisi de cointegració	0,21-0,61
Ros-Tremosa-Pons (2003)	1965-1997	Model VAR	0,32
Delgado-Álvarez (2004)	1980-2001	Frontera estocàstica	0,067
Torres-Chacón (2009)	1980-2004	Model d'equilibri general	0,068

Amb l'objectiu d'arribar a conclusions similars, tot estimant una funció de producció durant el període 1995-2009, aquí hem emprat les sèries autòniques d'estoc de capital net actualitzades i facilitades per la Fundació BBVA i l'IVIE (Mas Pérez i Uriel: 2011), distingint entre la inversió pública i la privada. Aquesta dada és rellevant perquè aquí ens proposem evidenciar que l'efecte del capital públic sobre el nivell de producció és més elevat en aquells territoris amb menor ràtio de capital públic sobre el privat.

Així doncs, partint del desenvolupament d'Aschauer (1989) i de la funció de producció de Cobb Douglas:

$Y_t = A_t \cdot K_t^\alpha \cdot L_t^\beta$, on Y_t és el PIB en preus constants, K_t és l'estoc de capital privat, L_t és la quantitat de treball i A_t és la mesura de la relació entre els factors productius i la producció (totes les dades basant-se en l'any 2000) per al període 1995 a 2009.

Es prenen logaritmes i es considera la restricció de rendiments constants a escala en els factors del capital i el treball: $\alpha + \beta = 1$ i s'estima el model amb dades en panell (model 1). La millor estimació¹⁰ considera els efectes fixos¹¹ de seccions creuades, a més de ser un panell que cointegra¹² (taula 2).

A partir de l'estimació es calcula el valor de la PTF:

$$PTF_t = \log PIB_t - \hat{\alpha} \cdot \log K_t - (1 - \hat{\alpha}) \cdot \log L_t$$

I s'obté una nova regressió de la PTF en funció del capital públic (KP_t):

$$PTF_t = \beta_1 + \beta_2 \cdot \log KP_t + u_t \text{ (model 2)}$$

Els resultats de les estimacions del panell amb efectes fixos de seccions creuades (efectes CA), robust a heteroscedasticitat (annex 3) es presenten en els quadres següents.¹³

T. 2: Resultats de l'estimació. Variable dependent PIB (model 1)

	Coefficient	t-estadístic
log A	11,34248	6,804628
log k_t	0,334268	6,515767
log L_t	0,122961	5,331429
AR(1)	0,986745	89,45524
R^2	0,99	
DW	1,66	

Estimació amb Eviews per MQO.

10. Es demostra per a totes les estimacions que els estimadors siguin consistents mitjançant el càlcul del test de Hausman. Amb Eviews, es fa necessari realitzar dues regressions: en la primera es considera variable exògena la variable, sospitosa de ser endògena, amb la resta d'exògenes, quan n'hi ha, i les instrumentals; en la segona, s'afegeixen els residus de la primera regressió com a variable explicativa a l'equació original.

11. Amb el test de màxima versemblança per la redundància dels efectes fixos, la prova de *Likelihood Ratio* conclou per als tres models que els efectes fixos de les CA són diferents en un 99% de confiança, tal i com es mostra en l'annex 1.

12. El panell presenta residus estacionaris, és a dir, no existeixen arrels unitàries i el resultat no és espuri. Tal com es desprèn d'aplicar els tests d'arrels unitàries de Levin, Lin & Chu (tests LLC). L'annex 2 conté els resultats d'aquest test aplicat a totes les estimacions.

13. S'incorpora una estructura AR(1) en els residus del model per resoldre el problema d'autocorrelació.

T. 3: Resultats de l'estimació. Variable dependent PTF (model 2)

	Coefficient	t-estadístic
Constant	3,052956	3,169137
$\log KP_t$	0,229359	3,872154
AR(1)	0,821990	24,93892
R^2	0,98	
DW	1,78	

Estimació amb Eviews per MQO.

Totes les variables són significatives individualment (taules 2 i 3) i, en conjunt, la variació explicada pren un valor elevat.¹⁴ L'elasticitat producte del capital privat (0,33) és positiu, en la mateixa línia que també ho és el coeficient estimat del logaritme del capital públic, és a dir, l'elasticitat producte del capital públic (0,23),¹⁵ que indica l'augment del PIB quan s'incrementa en un 1% el capital públic, valors similars als aportats per altres autors.

En ser significatius els efectes fixos¹⁶ del model 2, se'n pot inferir que el grup format per les comunitats d'Andalusia, Catalunya, Comunitat Valenciana i Madrid són les que presenten un percentatge més alt de capital públic respecte del total i un major PTF estimat.

També s'ha calculat l'estimació de la PTF en funció del capital públic en relació amb el capital privat ($\log(KP_t / K_t)$) (model 3) i del capital públic en funció del PIB¹⁷ ($\log(KP_t / PIB)$) (model 4):

T. 4: Resultats de l'estimació. Variable dependent PTF (models 3 i 4)

	Model 3		Model 4	
	Coefficient	t-estadístic	Coefficient	t-estadístic
Constant	7,075655	53,11470	7,037298	102,9168
$\log(KP_t / K_t)$	0,174305	2,374303	—	

14. En totes les estimacions, el contrast de normalitat de Jarque Bera és superior a 0,05, la qual cosa indica residus normals amb una confiança del 95%.

15. Es tracta d'un valor similar al que han aportat altres autors per períodes anteriors com indica Raurich i Sala (2006) i Raurich, Sala i Sorolla (2001).

16. Amb el test de màxima versemblança per la redundància dels efectes fixos, la prova de Likelihood Ratio conclou per als dos models que els efectes fixos de les CA són diferents en un 99% de confiança.

17. Argimón i González-Pàramo (1997), Sala i Martín (1992), Fisher i Turnovsky (1998) i Glomm i Ravikumar (1994) defensen que la PTF depèn del nivell de capital públic relatiu a l'activitat econòmica.

$\log(KP_t/PIB)$	—		0,297777	4,093830
AR(1)	0,796069	18,96568	0,782592	23,03550
R^2	0,97		0,98	

Estimació amb Eviews per MQO.

L'elasticitat de les dues ràtios (capital públic/capital privat i capital públic/PIB, taules 3 i 4) és significativa i positiva, de manera que l'increment d'un 1% en aquestes relacions té un impacte positiu sobre la PTF, especialment en aquelles CA que presenten valors baixos en aquestes ràtios, com Catalunya, Illes Balears, Madrid i el País Basc. Les CA amb una ràtio de capital públic sobre capital privat més baix són les que tenen un pes sobre el PIB estatal més elevat, en definitiva, les més dinàmiques econòmicament. En aquestes, l'ús de les infraestructures és més intens i l'efecte sobre la productivitat és més gran.¹⁸ En aquest sentit, des d'un punt de vista de creixement i eficiència econòmica, no hi ha dubte que caldria invertir preferentment en les CA on la ràtio " KP_t/K_t " sigui menor.

3. Evolució del capital públic d'infraestructures a Catalunya

Contràriament al que s'acaba de dir en l'apartat precedent, fins l'any 2007 el capital públic en infraestructures a Catalunya, d'acord amb les quantitats d'inversió territorialitzada consignades als pressupostos generals de l'Estat (PGE) van ser inferiors al pes del seu PIB sobre l'estatal. En concret, les dades d'estoc de capital net que presenta la taula 5 mostren com el capital públic a Catalunya ha estat inferior al pes del seu PIB sobre l'estatal, de manera que, si es té present l'elevada elasticitat del capital públic sobre el PIB, la baixa inversió ha repercutit negativament en el seu creixement econòmic. En concret, durant el període 1995-2009, la diferència mitjana entre el pes del PIB català i el percentatge de capital públic sobre el total ha estat del 5,5% i, en conseqüència, s'ha perdut, de mitjana, creixement del PIB. Amb les mateixes dades de l'IVIE, i en termes nominals, l'estoc acumulat a Catalunya s'estima per a l'any 2009 en 76.344.913 euros, un 14,06% del total estatal. Considerant que de mitjana el seu pes en el PIB, en

18. Delgado-Álvarez (2003).

termes corrents, ha estat aproximadament del 18%, el dèficit històric es calcula en 21.369.467 euros.

T. 5: Capital públic i pes del PIB autonòmic (en termes reals = 2000)

Comunitats Autònomes	Capital públic/Capital públic total			% PIB		
	1995-2003	2003-2007	2007-2009	1995-2003	2003-2007	2007-2009
Andalusia	16,2%	15,0%	15,1%	13,4%	13,5%	13,4%
Aragó	4,0%	3,9%	3,9%	3,1%	3,1%	3,1%
Astúries	3,2%	3,4%	3,3%	2,2%	2,2%	2,2%
Illes Balears	1,8%	1,9%	1,9%	2,5%	2,6%	2,7%
Canàries	4,3%	4,3%	4,2%	4,0%	4,0%	4,0%
Cantàbria	1,6%	1,7%	1,7%	1,2%	1,2%	1,3%
Castella i Lleó	7,9%	7,8%	7,7%	5,6%	5,4%	5,4%
Castella- la Manxa	5,0%	4,8%	4,8%	3,4%	3,4%	3,3%
Catalunya	13,2%	13,2%	13,8%	18,8%	18,9%	19,0%
C. Valenciana	9,4%	9,3%	8,9%	9,7%	9,7%	9,8%
Extremadura	3,1%	2,9%	2,8%	1,7%	1,6%	1,6%
Galícia	6,9%	6,9%	6,9%	5,2%	5,2%	5,2%
Madrid	12,0%	14,0%	14,4%	17,7%	17,6%	17,6%
Múrcia	2,4%	2,3%	2,4%	2,4%	2,5%	2,5%
Navarra	1,9%	1,8%	1,7%	1,7%	1,7%	1,7%
País Basc	5,8%	5,4%	5,2%	6,3%	6,3%	6,3%
La Rioja	0,9%	0,9%	0,9%	0,8%	0,8%	0,7%
Ceuta i Melilla	0,4%	0,4%	0,4%	0,1%	0,1%	0,1%

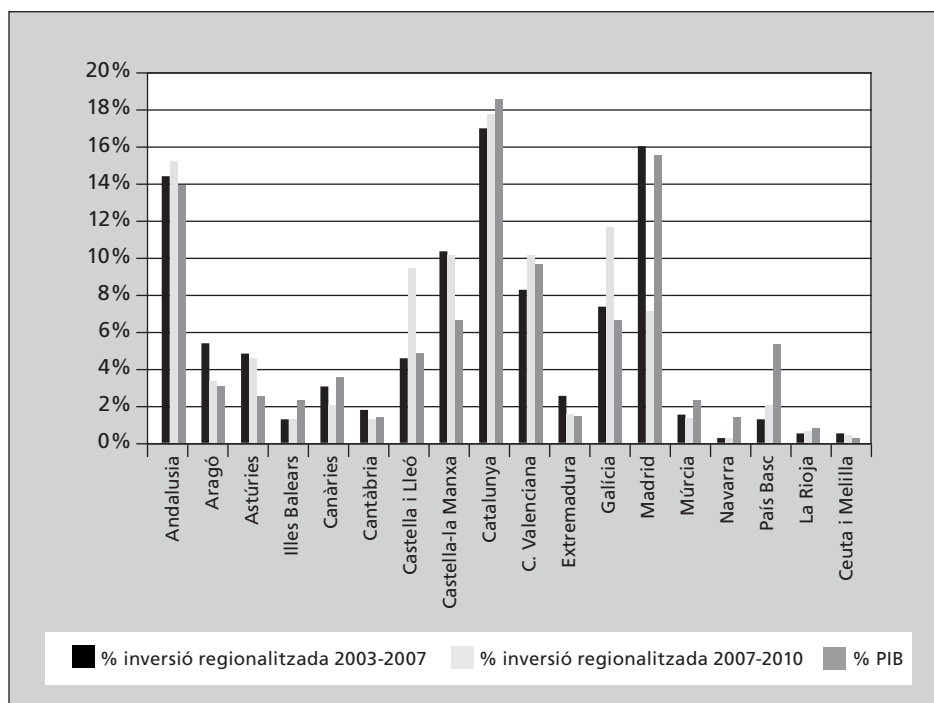
Font: elaboració pròpia a partir del banc de dades de la Fundació BBVA i IVIE i de l'INE.

És veritat, però, que a partir de l'any 2007, amb l'entrada en vigor de la DA 3a EAC, i a causa també de l'esforç inversor desplegat pel Govern de la Generalitat,¹⁹ com s'observa en la taula 4, es va produir un creixement en l'estoc de capital públic, que passa del 13,2% al 13,8% (Catalunya i Madrid són les dues CA que presenten un increment positiu).

19. L'Acord estratègic 2008-2011, per a la internacionalització, la qualitat de l'ocupació i la competitivitat de l'economia catalana" establí mesures d'impuls de les infraestructures. Paral·lelament, el Pacte Nacional per les Infraestructures (2009) fixà un seguit d'actuacions calendaritzades per import de 100.000 M d'euros fins l'any 2020.

En aquesta línia i amb les dades facilitades pel Ministeri de Foment, referides a la liquidació de la inversió regionalitzada del Grup Foment en infraestructures del període 2003-2010 (aproximadament el 85% de les inversions de l'Estat), en el subperíode 2007-2010, s'observa que la inversió liquidada a Catalunya es va apropar al pes del seu PIB, millorant posicions respecte al subperíode 2003-2007 (gràfic 1).

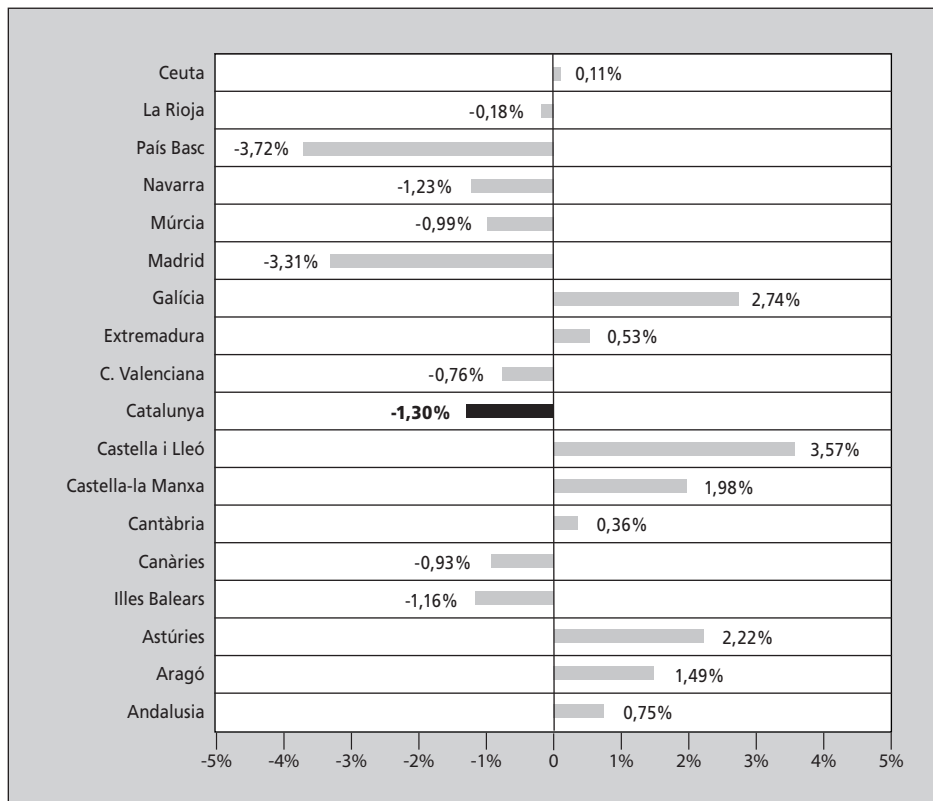
G. 1: Liquidació d'inversió territorialitzada en el període 2003-2010 (en % euros corrents)



Font: elaboració pròpia a partir dels anuaris estadístics del Ministeri de Foment 2007 i 2011.

També se'n desprèn que en tot el període liquidat les CA amb un diferencial negatiu més gran entre el percentatge d'inversió regionalitzada i el percentatge del PIB són per ordre Madrid, País Basc i Catalunya (gràfic 2).

G. 2: Diferencial entre % d'inversió liquidada i % PIB en el període 2003-2010



Font: elaboració pròpia a partir dels anuaris estadístics del Ministeri de Foment 2007 i 2011.

La taula 6, que mostra el capital públic en relació amb el capital privat, posa de manifest que les comunitats de Catalunya, Madrid, Illes Balears i País Basc són les que presenten els valors més baixos i les que tenen una dotació de capital públic inferior al seu pes en el PIB (taula 5). En particular, les dues primeres, que aporten un percentatge de PIB més alt en el total, són les més dinàmiques econòmicament.²⁰

20. Segons Salina (2011) "mentre la ràtio capital públic/capital privat sigui prou baixa, l'efecte de l'augment de capital serà positiu ja que l'efecte de l'augment de productivitat marginal superarà l'efecte negatiu de l'increment de la pressió fiscal".

T. 6: Capital públic en relació amb el capital privat (en termes reals = 2000)

Comunitats Autònomes	Capital públic/Capital privat ²¹		
	1995-2003	2003-2007	2007-2009
Andalusia	29,2%	26,3%	25,2%
Aragó	23,4%	22,0%	22,3%
Astúries	26,4%	29,1%	28,7%
Illes Balears	21,3%	19,4%	18,7%
Canàries	21,3%	20,2%	19,6%
Cantàbria	26,2%	28,6%	29,4%
Castella i Lleó	28,1%	27,6%	26,8%
Castella-La Manxa	28,2%	26,9%	24,7%
Catalunya	16,3%	15,9%	16,4%
C. Valenciana	23,8%	22,5%	21,5%
Extremadura	27,7%	27,0%	26,7%
Galícia	27,9%	27,7%	26,6%
Madrid	19,5%	19,8%	19,3%
Múrcia	23,4%	21,1%	20,3%
Navarra	22,1%	20,1%	19,5%
País Basc	20,3%	19,3%	19,5%
La Rioja	26,1%	24,6%	24,3%
Ceuta i Melilla	45,5%	42,0%	40,0%

Font: elaboració pròpia a partir del banc de dades de la Fundació BBVA i IVIE i de l'INE.

Tanmateix, la ràtio entre capital públic respecte el capital privat també va créixer fins el 16,4%, però el desfament entre el percentatge d'estoc de capital públic i el percentatge del PIB es va mantenir (taula 4) ja que la DA 3a EAC només garantia la inversió del sector públic en termes d'eficiència a partir de l'any 2007 i en cap cas quedava absorbida la "infrainversió" acumulada en anys anteriors.

4. Naturalesa i origen de la disposició addicional tercera de l'Estatut d'autonomia de Catalunya

Examinat en retrospectiva, un dels elements cridats a garantir la suficiència de recursos d'alguns territoris, al marge del vigent model

21. S'ha exclòs el capital net residencial.

de finançament autonòmic (2009),²² fou la previsió estatutària consistent en determinar un volum mínim d'inversió estatal –real i/o en infraestructures. Aquesta disposició, com s'ha dit, volia respondre a la importància dels fluxos d'inversió territorialitzable sobre el desenvolupament econòmic i perseguia la realització per part de l'Estat d'una assignació equitativa de recursos públics. Així s'expressà almenys per part del legislador estatutari durant els debats parlamentaris al voltant d'aquest insòlit mecanisme, acollit, per cert, de forma mimètica, per altres CA en els seus respectius estatuts.²³

En concret, aquest precepte disposa que l'Estat ha de garantir que, durant 7 anys (2007-2013), el volum d'inversió en infraestructures a Catalunya s'ha d'equiparar al pes relatiu del seu PIB en relació amb el de l'Estat, i que, una part d'aquests recursos es podran destinar a la recuperació de peatges. Es tracta, doncs, d'un precepte no incardinant pròpiament en el sistema de finançament autonòmic, tot i els seus indubtables efectes econòmics, amb vocació d'objectivitat (concretat en un percentatge equivalent a la participació en el PIB estatal), al mateix temps que limitat en el temps (7 anys), tenint en compte el seu caràcter excepcional. Per això, la DA 3a EAC constituïa, abans de res, un vehicle per conciliar el dinamisme econòmic de Catalunya amb una inversió d'infraestructures proporcionada, si més no, a la seva aportació a la riquesa estatal, per compensar, durant un període taxat de temps, la menor inversió de l'Estat a Catalunya acumulada durant almenys els dos últims decennis, a més de l'esforç històric d'anticipació en matèria d'infraestructures viàries d'alta capacitat de pagament per part dels usuaris (d'aquí la referència explícita als peatges).

Malgrat això, la gènesi d'aquest precepte no es pot desvincular del tot de l'evolució del sistema de finançament autonòmic, que, fins l'any 2001 es va caracteritzar per una elevada dependència de les subvencions de l'Estat²⁴ i que, en els acords adoptats posteriorment pel

22. Llei orgànica 3/2009, de 18 de desembre, de modificació de la Llei orgànica 8/1980, de 22 de setembre, de finançament de les comunitats autònomes, i la Llei 22/2009, de 18 de desembre, per la qual es regula el sistema de finançament de les comunitats autònomes de règim comú i ciutats amb estatut d'autonomia i per la qual es modifiquen determinades normes tributàries.

23. En concret, la disposició addicional tercera de la Llei orgànica 2/2007, de 19 de març, de reforma de l'Estatut d'autonomia per a Andalusia, la disposició addicional sisena de Llei orgànica 5/2007, de 20 d'abril, de reforma de l'Estatut d'autonomia d'Aragó, i la disposició addicional novena de Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears.

24. Bosch i Durán (2005).

Consell de Política Fiscal i Financera (CPFF), fou modificat per atorgar més competències sobre els ingressos públics a les CA, a través d'una modalitat de participació en els ingressos estatals via transferència, vinculant l'esforç fiscal a la recaptació territorialitzada de l'IRPF, IVA i IEES.

No cal dir que aquest sistema de finançament ha generat resultats desiguals, en termes comparats entre territoris, de forma que el volum de recursos que reben algunes CA no manté una relació exacta amb la seva aportació al PIB estatal.²⁵ Així, els territoris amb menor capacitat fiscal requereixen més aportació del fons d'anivellament i del fons de suficiència per garantir les seves polítiques de despesa. El fons de suficiència, que es basa en la diferència entre la valoració de les necessitats de despesa de les CA per exercir les seves competències i la seva capacitat fiscal, es manté com la primera font de recursos en el model de finançament (32,3 M d'euros). A Catalunya, aquest fons representa un 16,8% dels recursos totals, mentre que el 31,7% prové de la recaptació del tram autonòmic de l'IRPF calculat amb criteri normatiu i el 23% de la participació en la recaptació de l'IVA. En altres CA, el pes del fons de suficiència pot arribar a representar més del 60%, com a Extremadura, o bé més del 45% com a Andalusia, Castella-La Manxa o Castella i Lleó. Al seu torn, les CA amb elevada capacitat fiscal s'han situat en posició desfavorable sobre el finançament *per capita* mitjà. En suma, els mecanismes d'anivellament han penalitzat aquelles CA amb més potencial econòmic, que han vist reduït, fins a dia d'avui, el seu índex de PIB *per capita*²⁶ respecte la mitjana estatal. De retruc, el sistema de finançament no ha reflectit adequadament el fet que el creixement econòmic genera unes correlatives necessitats de despesa en infraestructures productives que no són absorbides per més ingressos fiscals, de manera que el creixement econòmic se'n ressent i repercuteix en més dificultats financeres globals.

Amb tot, com s'ha dit, la STC 31/2010 (FJ 138), de 28 de juny, desactivà el contingut del primer apartat de la DA 3a EAC, amb pèrdua de la garantia estatutària, en determinar l'Alt Tribunal que la repetida disposició "no vincula l'Estat en la definició de la seva políti-

25. Catalunya manté una relació inversa entre recursos rebuts i la seva participació en el PIB estatal: mentre els recursos rebuts representen un 8,2% del PIB català a preus de mercat, el seu PIB és un 18% del total estatal. Per posar un cas contrari, els recursos assignats a Extremadura representen un 17,6% del seu PIB, però en canvi la seva aportació al PIB estatal és d'un 1,7%.

26. En el període 1996-2009.

ca d'inversions, ni menyscaba la plena llibertat de les Corts Generals per decidir sobre l'existència i la quantia d'aquestes inversions".²⁷ En aquesta sentència, tanmateix, el TC advertia que no és que l'Estat no hagi de dotar de partides pressupostàries concretes les CA, sinó que per a això és fa necessari un acord previ entre l'Estat i aquestes en el si de la comissió mixta corresponent.

Aquesta disposició estatutària segueix obligant l'Estat tanmateix a través dels successius pressupostos generals de l'Estat (PGE) fins l'any 2013, precisament perquè, abans del pronunciament del Tribunal Constitucional la Comissió Bilateral Generalitat-Estat (art. 183 EAC) havia posat en marxa un "grup de treball per establir la metodologia a utilitzar per determinar el compliment de la disposició addicional tercera de l'Estatut relativa al càlcul de les Inversions", el qual adoptà un acord en relació amb la metodologia a emprar per al càlcul de les inversions. A més, la Llei 2/2008, de 23 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2009, incorporà per primera vegada la obligació per part de l'Estat d'informar del volum d'inversió realitzat en les distintes comunitats autònomes.²⁸

5. Els termes de l'aplicació de la disposició addicional tercera

D'acord amb la DA 3a EAC, els PGE per a l'any 2007 havien de consignar per a Catalunya una quantitat equivalent al 18,85% del total de les inversions de l'Estat en infraestructures²⁹ (4.022 M d'euros). La quantitat finalment assignada fou del 13,9% (2.957,74 M d'euros), és a dir, 1.064 M d'euros menys. A la vista d'això, el 17 de setembre del

27. "La disposición adicional tercera debe, pues, interpretarse en el sentido de que no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones" (Fundamento Jurídico número 138 de la Sentencia 31/2010, de 28 de junio; BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010).

28. El grup parlamentari català de CiU incorporà via esmena en els PGE 2007 (Llei 42/2006, de 28 de desembre), la disposició addicional cinquanta-setena sobre "Cumplimiento de la disposición adicional tercera del Estatuto de autonomía de Cataluña": "*Artículo 60. Información a las Cortes Generales en materia de inversión y gasto público. El Gobierno remitirá semestralmente a las Comisiones de Presupuestos del Congreso de los Diputados y del Senado información del grado de ejecución de la inversión, en su caso, con el detalle de la distribución territorial del Estado y de sus Organismos Autónomos*".

29. Segons dades de l'Institut Nacional d'Estadística (INE), procedents de la Comptabilitat Regional d'Espanya, el PIB a preus de mercat, preus corrents, per a l'any 2007.

mateix any, el grup de treball creat *ad hoc* per la Comissió Bilateral Generalitat-Estat acordà la metodologia de càlcul per a l'aplicació de la citada disposició i la constitució d'un grup de seguiment, i el 16 d'octubre la citada Comissió Bilateral ratificà els acords.³⁰ Els aspectes més rellevants del referit acord eren: a) el pes de Catalunya en el PIB estatal seria el consignat en la Comptabilitat Regional en el moment d'elaborar els PGE; b) en la base de càlcul hi havien de figurar les inversions reals (capítol VI) i les transferències de capital a les CA i corporacions locals de tot el sector públic estatal; c) el càlcul definitiu es realitzaria aplicant el pes relatiu de Catalunya en el PIB estatal als crèdits realment executats i territorialitzats; i, finalment, d) que la mateixa Comissió Bilateral, mitjançant el grup de treball, validaria cada exercici el correcte compliment de la disposició addicional tercera.

Quant al procediment, d'acord amb la metodologia de càlcul, la DA 57a LGP 2007 va preveure que: "... Si l'acord al fet que s'arribés fos diferent a l'utilitzat per als pressupostos del 2007, es tindrà en compte la diferència, per a la seva compensació als pressupostos que restin dins del període de 7 anys. En el que resta del període de 7 anys s'aplicarà també aquesta metodologia". Finalment, també d'acord amb la DA 57a PGE 2007, "(...) 2. La Comissió bilateral Estat-Generalitat acordarà un Pla Catalunya d'Infraestructures a finançar per l'Estat durant el període de 7 anys, revisable a meitat de període, que preveurà els principals projectes d'inversió per al citat període. Especialment, durant el primer semestre de 2007 l'Administració General de l'Estat adoptarà les mesures oportunes per agilitar els estudis informatius, declaracions d'impacte ambiental i projectes constructius susceptibles de ser inclosos en el citat Pla, amb la finalitat d'agilitar la gestió de les inversions potencials. 3. S'efectuarà un seguiment de l'execució pressupostària relativa a inversions en infraestructures a Catalunya per assegurar que aquesta està en línia amb la del conjunt de l'Estat, a través de la Comissió prevista en la mateixa disposició addicional tercera de l'Estatut. Si hi ha diferència entre el pressupostat i l'executat

30. La determinació de l'abast d'aquesta disposició no fou una qüestió pacífica. Vingué precedida d'un aferrissat debat jurídic i polític entorn del concepte d'"inversió". El Ministeri d'Economia i Hisenda interpretà en principi com a inversió únicament la corresponent als ministeris de Foment i Medi Ambient, incloent també les transferències de capital i certes operacions financeres (com el "mètode alemany" o pagament a final d'obra). Al final van ser incloses totes les inversions de naturalesa econòmica, d'acord amb el propòsit que havia inspirat la citada disposició addicional de l'Estatut català. Aquest acord fou ratificat en la reunió que la Comissió Bilateral va fer el 10 de gener de 2008.

s'adoptaran en el si de la Comissió les mesures pertinents per donar compliment a l'establert en l'Estatut".

La metodologia preveia el càlcul definitiu per al moment en què la IGAE validés les inversions liquidades, de forma que, en el seu cas, es pogués corregir la quantitat per assolir-ne una d'equivalent al percentatge del PIB català respecte de l'import de l'execució territorialitzada de les inversions estatals. La liquidació definitiva es produí dos anys després.

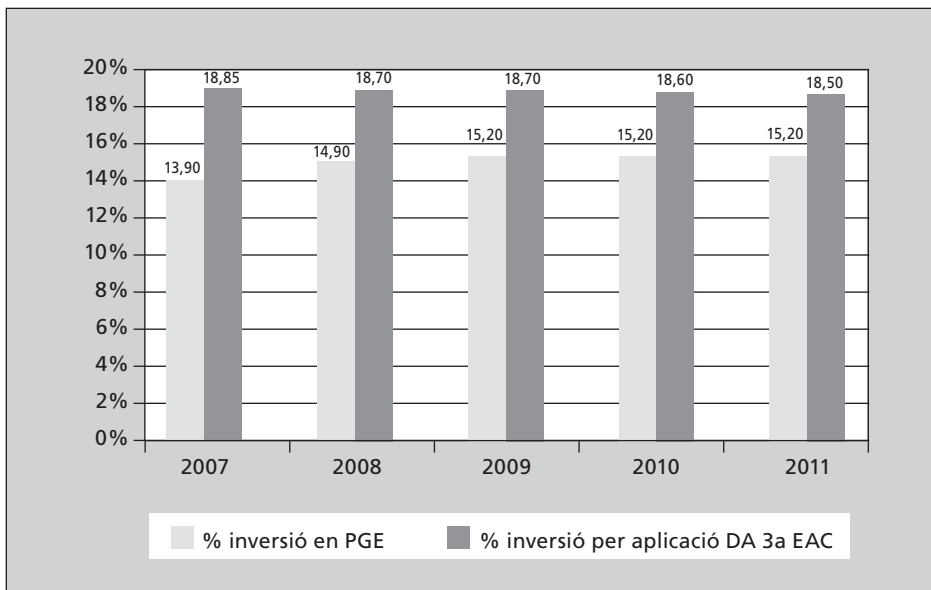
6. L'execució de la disposició addicional tercera en el període 2007-2012

L'anàlisi de l'aplicació de la DA 3a EAC en el període 2007-2012 ens remet a les quantitats consignades en els corresponents PGE d'inversió pública a Catalunya. Si es tenen en compte les dades de la liquidació definitiva, l'anàlisi es contrau al període 2007-2009.

Les principals conclusions del període són les següents:

a) Els pressupostos dels exercicis corresponents als anys 2007 a 2011 (gràfic 3) van assignar inicialment quantitats per a inversions territorialitzables inferiors a les que correspondria en funció del percentatge del PIB català sobre el total regionalitzat. El 20 d'octubre de 2008 s'acordà la liquidació de l'exercici de 2007, amb dades de la Intervenció General de l'Estat (IGAE). La inversió fou de 3.209,3 M (2007), inferior en 500,7 M d'euros a la que s'hagués hagut de realitzar. Això va portar a un nou acord per corregir la desviació (clàusula 6a de la metodologia). Pel que fa als anys 2008, 2009 i 2010 (722,8; 745,47; i 646,75 M d'euros respectivament), en els PGE es van deixar pendents d'assignar "altres projectes pendents de determinar, i inicialment no regionalitzats" per ser acordats posteriorment en el marc de la Comissió Bilateral.

G. 3: Previsió de la inversió pública de l'Estat a Catalunya en compliment de la DA 3a EAC³¹



Font: Generalitat de Catalunya i PGE

Si la mitjana pressupostada durant el període 2001-2006 se situà en el 12,8%, per sota de la mitjana sobre el total estatal –entorn del 18%– (taula 7), a partir de 2007 la quantitat pressupostada es va ajustar al percentatge del PIB català. Amb les xifres definitives de liquidació –recordem que l'últim exercici liquidat és 2010– s'observa com el total liquidat és de 15.284 M d'euros, 3.200 M d'euros més, gràcies a l'aplicació de la DA 3a EAC.

T. 7: Pressupost i liquidació d'inversió real del sector públic estatal a Catalunya (en M d'euros)

Any	Sector públic estatal. Inversió real pressupostada	% sobre el total pressupostat	Aplicació DA 3a en el pressupost	PIB català sobre PIB estatal	Inversions segons liquidació	Pendent de transferir a Catalunya
2001	1.610	11,0%				
2002	2.034	11,2%				
2003	2.557	12,5%				

31. S'acorda el 12 de febrer de 2008, el 24 de febrer de 2009 i el 8 de novembre, en la Comissió Bilateral Generalitat-Estat, el muntant d'inversions addicionals a les inicialment previstes.

2004	2.740	12,0%				
2005	2.785	15,5%				
2006	2.878	14,5%				
2007	2.958	13,9%	4.022	18,8%	3.710	
2008	3.626	14,9%	4.506	18,7%	4.079	759
2009	3.772	15,2%	4.670	18,7%	4.216	211
2010	3.626	15,2%	4.489	18,6%	3.279	719
2011	2.548	15,2%	3.145	18,5%		
2012	1.403	11,1%				

Font: Generalitat de Catalunya i liquidacions PGE

b) Les dades corresponents a la liquidació dels exercicis de 2008 i 2009 (taula 8) evidencien l'incompliment dels acords assolits en el marc de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat. A dia d'avui, algunes quantitats corresponents a aquell període (759 i 219 M d'euros, respectivament) no han estat satisfetes.

T. 8: Liquidació de la inversió pública de l'Estat a Catalunya en compliment de la DA 3a EAC

Anys	M d'euros		
	2007	2008	2009
Base de càlcul	19.681	21.791	22.523
% PIB	18,85%	18,72%	18,72%
Total inversions segons Estatut	3.710	4.079	4.216
Inversió executada	3.153	3.411	3.938
Peatges	62	69	59
Imputació al 2007 d'inversions 2008	160	-160	
Acord ³²	335		
Pendent de liquidar	0	759	219

Font: Generalitat de Catalunya

c) Pel que fa al període 2010-2012, la inversió de l'Estat a Catalunya experimentà una dràstica disminució, fins al punt de situar-se l'any 2012 a l'entorn de les xifres pressupostades l'any 2001 (taula 7). La informació subministrada en l'informe econòmic i financer dels PGE

32. Acord de 8 de novembre de 2010 del Ministeri d'Economia i Hisenda i de la Conselleria d'Economia i Coneixement del Govern de la Generalitat.

dels exercicis 2010 i 2012 (els PGE 2011 van ser prorrogats per motius electorals), així com de les liquidacions subministrades per la IGAE, posa de manifest la reducció substancial d'aquesta partida en relació amb el 2010, que passa d'una mitjana estatal *per capita* de 415,45 euros a 275,6 euros (taula 9). Catalunya, que, amb dades liquidades de l'any 2010, ha passat de la posició vuitena a la catorzena el 2012, fou la comunitat que experimentà un major descens en recursos *per capita* pressupostats, tenint en compte que ocupa la quarta posició en termes de PIB *per capita*. En concret, les dades mostren com la inversió del sector públic estatal l'any 2012 a Catalunya representa l'11,1% del total estatal, molt per sota del seu pes relatiu en el conjunt de l'economia espanyola i dels pressupòsits de la DA 3a.

T. 9: Pressupost liquidat de 2010 i pressupost de 2012 d'inversió territorial

Euros per capita					
Pressupost liquidat 2010		Rànquing PIB per capita		Pressupost 2012 (mitjana 275,60)	
Per damunt de la mitjana		415,45			
Galícia	677,97	1	12	623,46	2
Castella i Lleó	657,85	2	9	635,23	1
Castella-la Manxa	653,43	3	15	419,42	4
Astúries	569,64	4	10	479,57	3
Aragó	434,48	5	6	356,04	5
Per sota de la mitjana		415,45			
Extremadura	399,04	6	17	340,72	6
Andalusia	339,29	7	16	224,78	10
Catalunya	338,18	8	4	191,67	14
Cantàbria	336,07	9	8	210,50	11
C. Valenciana	319,39	10	11	202,09	12
La Rioja	299,06	11	5	238,42	9
Madrid	262,40	12	3	199,04	13
País Basc	202,88	13	1	244,05	8
Múrcia	197,29	14	14	256,29	7
I. Balears	172,68	15	7	132,63	16
Canàries	160,77	16	13	137,01	15
Navarra	76,63	17	2	128,85	17

Font: PGE i liquidació IGAE

7. L'impacte de la disposició addicional tercera sobre el dèficit fiscal. Quantificació

Partint de la balança fiscal entre Catalunya i el sector públic central (diferència entre la despesa que aquest realitza i el conjunt d'ingressos que detrau de Catalunya per finançar el conjunt de la despesa pública estatal) corresponent al període 2006-2009, es pot quantificar l'impacte sobre el dèficit fiscal derivat de l'aplicació de la DA 3a EAC. El criteri utilitzat és el de flux monetari, més adequat que el criteri de flux benefici si l'objectiu que es persegueix és el d'analitzar l'impacte econòmic generat per l'activitat del sector públic a Catalunya.³³

Prenent com a base els càlculs presentats per la Generalitat de Catalunya al març de 2012,³⁴ d'una banda hem procedit a calcular l'impacte de la DA 3a EAC sobre el dèficit fiscal en el període 2007-2009, considerant que s'hagués rebut tota la inversió acordada, tot i que encara existeixen quantitats pendents d'abonar (simulació 1); i de l'altra, s'ha estimat l'impacte en cas que l'Estat no hagués abonat les quantitats pactades en la Comissió Bilateral, per la no-aplicació de la DA 3a EAC (simulació 2). Per poder fer les simulacions, en primer lloc es presenten les taules 10 i 11, que contenen les xifres d'aplicació de la DA 3a EAC en el pressupost i les xifres de liquidació acordades segons la metodologia de càlcul. En cas de no aplicar la DA 3a EAC, les simulacions consideren els percentatges consignats en els corresponents PGE.

33. La publicació de les primeres estimacions governamentals de les balances fiscals de les CA en relació amb l'Estat central va tenir lloc al juliol del 2008, en referència a l'exercici 2005. Posteriorment, el Govern de la Generalitat encarregà a un grup d'experts una nova actualització per al període 2002-2005, que fou presentada el 9 de juliol de 2008. Els resultats de la balança fiscal 2006-2009 van ser presentats el març de 2012.

34. Actualització de les balances fiscals, subsegüent a la Moció 4/IX, del Parlament de Catalunya, de 9 de març de 2011. "Balança fiscal de Catalunya amb l'Administració central 2006-2009". Generalitat de Catalunya, març de 2012.

T. 10: Aplicació de la DA 3a EAC sobre el pressupost

Catalunya	Sector públic estatal. Inversió real pressupostada	% sobre el total pressupostat	Aplicació DA 3a en el pressupost	PIB català sobre PIB estatal
2007	2.958	13,9%	4.022	18,8%
2008	3.626	14,9%	4.506	18,7%
2009	3.772	15,2%	4.670	18,7%
2010	3.626	15,2%	4.489	18,6%
2011	2.548	15,2%	3.145	18,5%

Font: Generalitat de Catalunya i PGE

T. 11: Liquidació d'inversions segons aplicació de la DA 3a EAC

Catalunya	Base càlcul liquidacions segons DA 3a	Liquidació segons DA 3a	Pendent de transferir a Catalunya	Liquidació efectiva	Liquidació sense aplicació DA 3a
2007	19.681	3.710		3.710	2.736
2008	21.791	4.079	759	3.320	3.247
2009	22.529	4.216	211	4.005	3.424
2010	17.589	3.279	719	2.560	2.674
Total		15.284	1.689	13.595	12.080

Font: Generalitat de Catalunya, PGE i elaboració pròpia

Les taules 12 i 13 quantifiquen l'impacte sobre el dèficit fiscal, de manera que la primera considera la hipòtesi d'haver percebut la quantitat total liquidada i pactada en aplicació de la DA 3a EAC (simulació 1) i la segona, la hipòtesi de no-aplicació de la DA 3a EAC (simulació 2).

T. 12: Hipòtesi de balança fiscal de Catalunya amb el sector públic amb aplicació plena de la DA 3a EAC³⁵ (simulació 1)

	2007	2008	2009
Ingressos procedents de Catalunya	51.818	57.402	61.799
Despeses rebudes a Catalunya	36.292	40.573	45.604
Saldo	-15.526	-16.829	-16.195

35. Dèficit neutralitzat pel cycle econòmic, és a dir, assumint que el sector públic central actua amb pressupost equilibrat, sota el criteri de flux monetari.

% sobre el PIB	-7,9%	-8,3%	-8,3%
Diferencial respecte al dèficit real	0,2%	0,2%	0,1%

Font: elaboració pròpia

T. 13: Hipòtesi de balança fiscal de Catalunya amb el sector públic sense aplicació de la DA 3a EAC (simulació 2)

	2007	2008	2009
Ingressos procedents de Catalunya	51.818	57.402	61.799
Despeses rebudes a Catalunya	35.318	39.741	44.812
Saldo	-16.500	-17.661	-16.986
% sobre el PIB	-8,4%	-8,7%	-8,7%
Diferencial respecte al dèficit real	-0,3%	-0,2%	-0,3%

Font: elaboració pròpia

En conclusió, es pot apreciar com en la primera hipòtesi el dèficit respecte al dèficit real s'hauria reduït en 0,2 punts percentuals i en la segona s'hauria incrementat, aproximadament, un 0,3%. La diferència entre una aplicació plena i la no-aplicació seria, de mitjana, de 0,4 punts percentuals per als tres anys. La major part del dèficit fiscal prové de l'aplicació del model de finançament vigent. Si es té en compte que l'any 2009 fou el primer en què s'aplicà el nou acord de finançament, tot i l'avanç quantitatiu respecte als anteriors, juntament amb l'aplicació de la DA 3a EAC, s'evidencia que la inversió de l'Estat no ha repercutit en una millora significativa de la balança fiscal corresponent. Si es considera la hipòtesi de no-aplicació de la disposició, i es prenen com a base de càlcul les inversions efectuades per l'Estat en tot el territori, la liquidació hauria estat de 9.407 M d'euros per al període 2007-2009, 1.628 M d'euros menys dels realment percebuts (última columna de la taula 13).

8. Conclusions

La inversió en infraestructures té una incidència significativa sobre el creixement econòmic d'un territori. En el cas de Catalunya, la inversió directa de l'Estat s'ha situat per sota de la seva capacitat de generació

de riquesa. Això s'afegeix al fet que els diferents acords de finançament autonòmic han aportat menys recursos dels que li correspondria per la seva capacitat fiscal, cosa que incideix igualment en la inversió en infraestructures socials, és a dir, les que es relacionen directament amb les competències transferides.

En la línia dels diversos estudis teòrics i empírics realitzats, aquest article conclou d'entrada el caràcter positiu de la contribució del capital públic en el creixement econòmic durant el període 1995-2009, en la línia d'altres estudis que empenen el mateix procés metodològic. En el mateix àmbit territorial, a més, es constata l'obtenció d'una elasticitat producte del capital públic al voltant del 20%. Tanmateix, tenint en compte que la inversió de l'Estat en infraestructures públiques a Catalunya ha estat, de mitjana, inferior a la seva contribució al PIB estatal (un 5,5% en el període estudiat), aquesta "infrainversió" ha penalitzat el seu creixement econòmic. Això és així perquè la major part de la inversió en infraestructures públiques a Catalunya prové de l'assignació que fa l'Estat via PGE sota el criteri de redistribució i no d'eficiència, motiu pel qual Catalunya acumula un dèficit històric en la provisió d'infraestructures d'interès públic que, en el moment actual de crisi econòmica i financera, se suma a les restriccions pressupostàries del conjunt del sector públic.

Precisament, la DA 3a EAC, destinada a garantir temporalment un percentatge d'inversió de l'Estat en aquesta Comunitat Autònoma, hauria pogut servir per impactar positivament sobre la capacitat de generació de riquesa i per compensar, a partir del 2007, la "infrainversió" en estoc de capital públic estatal. Però això no ha estat així perquè, tot i la metodologia adoptada legalment i acordada bilateralment entre l'Estat i la Generalitat per al període 2007-2011, l'anàlisi de les dades d'execució pressupostària revelen el seu incompliment.

El fracàs en l'aplicació de la DA 3a EAC és constatable per diferents motius: en primer lloc, perquè entre els anys 2007 i 2009 ha estat necessari negociar anualment una part de la quantitat corresponent al que es preveu a la citada disposició i en els acords de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat. L'Estat no ha consignat pressupostàriament com a inversió territorialitzada l'equivalent al pes del PIB català sobre l'estatal. En segon lloc, perquè, tot i que l'acord sobre la metodologia de la DA 3a EAC compensa la desactivació normativa imposada per la STC 31/2010 i suposa un acord concurrent entre l'Estat i la Generalitat que obliga fins a l'any 2013, en realitat no han estat abonades les quantitats acordades. Finalment, en tercer lloc, l'impacte de l'aplicació

plena de la DA 3a EAC sobre el dèficit fiscal estructural de Catalunya no és significatiu, i es xifra en 0,4 punts percentuals.

Això hauria de ser tingut en compte per ser corregit en el marc de la negociació del nou sistema de finançament autonòmic a partir de 2013. Atès el marc econòmic actual i els reptes que ha d'abordar Catalunya de millora de la competitivitat i productivitat, el futur acord de finançament autonòmic hauria d'incorporar mecanismes que asseguressin la inversió en infraestructures productives, incloent-hi les de caràcter social: a) redefinint, amb vocació de permanència, la política d'inversions en infraestructures de l'Estat sobre la base de criteris d'eficiència, de forma que es destini a Catalunya un volum equivalent al seu pes en el PIB (entenent les grans dificultats que comportaria la restitució total del dèficit històric); i b) aconseguint una major quota de "corresponsabilitat fiscal" per part de les CA, tant en la despesa pública com en els ingressos tributaris, de manera que s'incrementés la seva capacitat de decisió amb l'objectiu d'augmentar l'eficiència en l'assignació dels recursos.

Bibliografia

- ARGIMÓN, P., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., MARTIN, M. i ROLDÁN, J. (1994), "Productividad e Infraestructuras en la Economía Española", *Moneda y Crédito*, 198: 207-252.
- ARGIMÓN, P., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. (1997), "Efectos de la inversión en infraestructuras sobre la productividad y la renta de las CCAA. Especial referencia al transporte por carretera en Galicia", *Civitas*, 141-182.
- ASCHAUER, D.A. (1989), "Is Public Expenditure Productive", *Journal of Monetary Economics*, 23: 177-200.
- . (2000), "Public Capital and Economic Growth: Issues of Quantity, Finance and Efficiency", *Economic Development and Cultural Change*, 3: 391-406.
- BARRO, R.J. (1991), "Economic growth in a cross section of countries", *The Quarterly Journal of Economics*, 106: 407-430.
- BARRO, R.J. i SALA-I-MARTÍN, X. (1992), "Public Finance in Models of Economic Growth", *Journal of Economic Studies*, 59(4): 645-661.
- BASSOLS, M., BOSCH, N. i VILALTA, M. (2010), "El model de finançament autonòmic de 2009: descripció i valors", Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- BOSCH, N. i DURÁN, J.M. (2005), "Evolució del sistema de finançament de les CCAA en els últims 25 anys i perspectives de reforma", a "El finançament de les Comunitats Autònomes: polítiques tributàries i solidaritat interterritorial". Publicacions i Edicions de la UB, Barcelona.

- BOSCH, N. i VILALTA M. (2006), "Informe sobre el finançament de les CA", Departament d'Economia i Finances, Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- CASTELLS, A. (1998), "Les relacions fiscals de Catalunya amb Espanya: algunes reflexions en el context europeu". A: *Catalunya i Espanya, una relació econòmica i fiscal a revisar*. Editorial Proa, 1998.
- CASTELLS, A. i SOLÉ, A. (2000), "Cuantificación de las necesidades de gasto de las Comunidades Autónomas: Metodología y aplicación práctica", Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- DELGADO M.J. i ÁLVAREZ, I. (2003), "Capital público y eficiencia productiva: evidencia para la UE15". *Hacienda Pública Española*, 168: 27-43.
- DE LA FUENTE, A. (2002), "Infraestructuras y productividad: un panorama de la evidencia empírica", *Información Comercial Española, Revista de Economía*, 57: 29-40.
- . (2002), "Infraestructuras i política regional", *Nota d'Economia*, 73: 91-114.
- . (2003), "El impacto de los Fondos Estructurales: Convergencia real y cohesión interna", *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, 165: 129-148.
- . (2010), "El nuevo sistema de financiación regional: un análisis crítico y proyecciones para 2009", Instituto de Análisis Económico (CSIC), Barcelona.
- DÍAZ, C. i MARTÍNEZ, D. (2006), "Inversión pública y crecimiento económico: un panorama", *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, 176:109-140.
- GARCÍA, M.A. (2006), "Liquidación del sistema de financiación autonómico en el ejercicio 2006", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. (1995), "Infraestructuras, Productividad y Bienestar", *Investigaciones Económicas*, 19: 155-168.
- HERRERO, A. i MARTÍNEZ, J. (2007), "La nivelación en el marco de la financiación de las Comunidades Autónomas", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- HERRERO, A., RUIZ-HUERTA, J. i VIZÁN, C. (2010), "La reforma de la financiación autonómica de 2009", *REAF*, 11: 169-205.
- INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS (2008), "L'Estat Autonomíic 2007. Document conclusiu del seminari permanent de l'IEA". IEA, Barcelona.
- LABEAGA, J.M. (1999), "Autoregressive models with sample selectivity for panel data", *Analysis of Panels and Limited Dependent Variable Models*, C. Hsiao, K. Lahiri, Lung-Fei Lee and M.H. Pesaran (eds.), Cambridge, Cambridge University Press.
- MAS, M., MAUDOS, J., PÉREZ, F. i URIEL, E. (1996), "Infraestructures and productivity in the Spanish regions", *Regional Studies*, 30: 641-649.
- MAS, M., PÉREZ, F. i URIEL, E. (2011), "El stock y los servicios del capital en España y su distribución territorial y sectorial (1964-2010)". *Documento de Trabajo*, 4, Fundación BBVA.

- MONTOLIO, D. i SOLÉ-OLLÉ, A. (2006), "La quantificació de les necessitats en infraestructures de transport a Catalunya", *Nota d'Economia*, 83-84: 31-49.
- PEÑA, D. (1990), "Cointegración y Reducción de Dimensionalidad en Series Temporales Multivariantes", *Cuadernos Económicos de ICE*, 44: 109-126.
- PÉREZ, C. (2006), *Econometría de las Series Temporales*, Madrid, Prentice-Hall.
- RAURICH, X. i SALA, H. (2006), "L'impacte econòmic de la inversió pública a Catalunya: una aproximació desagregada". *Nota d'Economia*, 83-84: 9-30.
- RIDAO, J. (2012), *Curs de Dret Públic de Catalunya*, Columna-EAPC, Barcelona.
- ROS, J., TREMOSA, R. i PONS, J. (2003), "Capital públic i dèficit fiscal: l'impacte sobre l'economia catalana", *Nota d'Economia*, 75: 103-116.
- SALINAS, P. (2011), "L'estoc de capital públic a Catalunya". *Papers de Treball XI*, Generalitat de Catalunya.
- SÁNCHEZ, E. (2002), "Evolució de la inversió pressupostada per les administracions públiques a Catalunya, 1981-2002", *Nota d'Economia*, 73: 43-54.
- . (2006), "La inversió de l'Estat en infraestructures, per comunitats autònomes", *Nota d'Economia*, 83-84: 51-67.
- TORRES-CHACÓN, J.L. (2009), "Capital público y crecimiento económico en España 1980-2004", *Hacienda Pública Española*, 188: 31-54.

Webgrafia

Agencia Tributaria: <http://www.agenciatributaria.es>

Butlletí Oficial de l'Estat: <http://www.boe.es>

Fundación BBVA:
<http://www.fbbva.es/TLFU/microsites/stock08/fbbva>

Generalitat de Catalunya:
<http://www20.gencat.cat/portal/site/economia>

Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (IVIE):
<http://www.ivie.es/banco/stock2.php#a1>

Instituto Nacional de Estadística: <http://www.ine.es>

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas:
<http://www.minhap.gob.es>

Ministerio de Fomento: <http://www.fomento.gob.es>

Annex 1

Prova d'*Effects-Likelihood Ratio* (els p-valors menors que 0,05 permeten afirmar que els efectes fixos de les CA són diferents amb un 95% de confiança).

Model	Effects Test	Statistic	d.f.	Prob.
Model 1	Cross-section F	1.762371	(17,231)	0.0339
	Cross-section Chi- square	30.731556	17	0.0215
Model 2	Cross-section F	5.055624	(17,232)	0.0000
	Cross-section Chi-square	79.416030	17	0.0000
Model 3	Cross-section F	2.125709	(17,232)	0.0069
	Cross-section Chi-square	36.479742	17	0.0040
Model 4	Cross-section F	3.543843	(17,232)	0.0000
	Cross-section Chi-square	58.175768	17	0.0000

Annex 2

Prova de Levin, Lin & Chut (test LLC) (els p-valors són molt petits, cosa que indica que no existeixen arrels unitàries i els residus són estacionaris).

Model	Method	Statistic	Prob	Cross-sections	Obs
Model 1	Levin, Lin & Chut	-8.20300	0.0000	18	216
Model 2	Levin, Lin & Chut	-9.40708	0.0000	18	216
Model 3	Levin, Lin & Chut	-6.70589	0.0000	18	216
Model 4	Levin, Lin & Chut	-7.70258	0.0000	18	216

Annex 3

Proves de Bartlett i Levene (els p-valors presenten valors superiors a 0,05 i s'accepta la igualtat de variàncies residual en les diferents seccions creuades).

Model	Method	df	Value	Probability
Model 1	Bartlett	4	2.400551	0.6625
	Levene	(4,247)	1.997991	0.0954
Model 2	Bartlett	3	4.692154	0.1958
	Levene	(3,248)	1.792037	0.1492
Model 3	Bartlett	3	2.387258	0.4960
	Levene	(3,248)	1.0114658	0.3868
Model 4	Bartlett	3	2.051322	0.5618
	Levene	(3,248)	1.595840	0.1909

RESUM

En l'actual context de crisi econòmica i financera, les restriccions pressupostàries del sector públic afecten severament la provisió d'infraestructures. A més, alguns territoris dinàmics econòmicament, com Catalunya, en resulten doblement afectats, perquè la inversió de l'Estat ha sigut, de mitjana, inferior a la seva contribució al PIB estatal (un 5,5% en el període 1995-2009), de manera que aquesta «infrainversió» ha penalitzat el seu creixement econòmic. En aquest sentit, la disposició addicional tercera (DA 3a) de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC), destinada a garantir temporalment un percentatge d'inversió de l'Estat en aquesta Comunitat, hauria pogut servir per mantenir i fins ampliar la capacitat de generació de riquesa i compensar la manca d'inversió acumulada en estoc de capital públic estatal dels últims anys. Tanmateix, això no ha estat així perquè, tot i la metodologia adoptada normativament i acordada bilateralment entre l'Estat i la Generalitat per al període 2007-2011, l'anàlisi de les dades d'execució pressupostària revelen el seu incompliment i la necessitat de revisar-la en el marc del nou sistema de finançament a partir de 2013.

Paraules clau: disposició addicional tercera de l'Estatut d'autonomia de Catalunya; inversió; infraestructures.

RESUMEN

En el actual contexto de crisis económica y financiera, las restricciones presupuestarias del sector público afectan severamente a la provisión de infraestructuras. Además, algunos territorios dinámicos económicamente, como Cataluña, resultan doblemente afectados, porque la inversión del Estado ha sido, de media, inferior a su contribución al PIB estatal (un 5,5% en el período 1995-2009), de manera que esta «infrainversión» ha penalizado su crecimiento económico. En este sentido, la disposición adicional tercera (DA 3ª) del Estatuto de autonomía de Cataluña (EAC), destinada a garantizar temporalmente un porcentaje de inversión del Estado en esta Comunidad, habría podido servir para mantener y hasta ampliar la capacidad de generación de riqueza y compensar la falta de inversión acumulada en stock de capital público estatal de los últimos años. Sin embargo, esto no ha sido así porque, a pesar de la metodología adoptada normativamente y acordada bilateralmente entre el Estado y la Generalitat para el período 2007-2011, el análisis de los datos de ejecución presupuestaria revela su incumplimiento

y la necesidad de revisarla en el marco del nuevo sistema de financiación a partir de 2013.

Palabras clave: disposición adicional tercera del Estatuto de autonomía de Cataluña; inversión; infraestructuras.

ABSTRACT

In the current context of economic and financial crisis, the constraint of the public sector budget severely affects the provision of infrastructures in Spain. In addition, some economically dynamic regions, such as Catalonia, are doubly affected, because Central Government's investments in these regions have been, in average, lower than the contribution these regions make to the Spanish GDP (5.5% from 1995 to 2009). Consequently, such infra-investment has ended up being a burden to their economic growth. In this sense, the third additional clause of the Statute of Autonomy of Catalonia (EAC), addressed to temporarily secure a share of Central Government's investment in this region, could have served both to maintain and even expand the capacity to generate wealth, and to compensate for the accumulated lack of public investment. However, such an effect has not happened. Thus, the analysis of the data of the budget execution of the same period reveals a breach of that provision, even though the methodology for the implementation of such clause for the period 2007-2011 was negotiated and agreed by both the Catalan and the Central Government.

Keywords: third additional provision of the Statute of Autonomy of Catalonia; investment; infrastructure.

LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL (ART. 122 CE): UN CONTROVERTIDO TÍTULO COMPETENCIAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

María del Mar Navas Sánchez

Profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El modelo territorial de poder judicial en la jurisprudencia constitucional. – 3. Las cláusulas subrogatorias como técnica de asunción competencial. Limitaciones a su eficacia. – 4. La reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial y su incidencia en la configuración del modelo de poder judicial, desde un punto de vista territorial. – 5. La naturaleza de la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial tras la STC 31/2010. – 6. Conclusiones. – Bibliografía. – *Resumen – Resum – Abstract.*

1. Introducción

Constituye ya un lugar común aludir al carácter abierto, incluso desconstitucionalizado, del modelo territorial de Estado instaurado por nuestra Constitución de 1978.¹ Independientemente de que esta afirmación requiera de las necesarias matizaciones, máxime en el esta-

Artículo recibido el 30/11/12; aceptado el 19/01/13.

Una primera versión de este artículo, más reducida, bajo el título “The power-distribution nature of the reserves of Organic Law in the constitutional case law. The case of the Organic Law of the Judiciary” se presentó al Congreso internacional “Los caminos del Federalismo y los horizontes del Estado autonómico” celebrado en Bilbao entre los días 19 y 21 de octubre de 2011, y está pendiente de publicación, en inglés y castellano.

1. En este punto inicial resulta casi obligado aludir a la clásica cita de P. Cruz Villalón. “La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa”. *RFJUC*, núm. 4, 1982, p. 59.

do actual del desarrollo autonómico, lo cierto es que nos sirve como pórtico para algunas de las ideas que pretendemos exponer en este trabajo. De una parte, el relevante papel que el Tribunal Constitucional (TC), a través de su jurisprudencia, ha venido desempeñando en la concreción o cierre de dicho modelo. En efecto, con independencia de la valoración que pueda merecernos tal labor jurisprudencial, y asumiendo que no es, indudablemente, el único protagonista en este proceso, lo cierto es que sus decisiones han resultado en no pocas ocasiones decisivas, incluso determinantes, en la forma que finalmente ha adoptado nuestro Estado autonómico, tal y como hoy lo conocemos.² De otra, la peculiar posición en la que se encuentra uno de los tres clásicos poderes del Estado, el judicial, en relación con este nuevo modelo descentralizado de Estado. Efectivamente, si hay un aspecto del modelo del Estado al que se le pueda aplicar con meridiana claridad la afirmación anterior, relativa al carácter abierto de las previsiones constitucionales y su concreción por el TC, éste es, precisamente, el Poder Judicial (PJ). En efecto, y sobre esto existe ya un cierto consenso doctrinal, cuál sea la relación entre el nuevo modelo de Estado y el Poder Judicial o, lo que es lo mismo, cómo se articula el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA) en materia de Administración de Justicia es algo que no viene establecido de modo definitivo en la Norma fundamental. Antes al contrario, la Constitución se limita a establecer las líneas maestras de una distribución de competencias que se realiza entre diferentes sujetos y órganos: el legislador estatal, en su doble condición de orgánico y ordinario, el Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y, por último, las CCAA. Entendiéndose, además, que la configuración concreta de este diseño constitucional corresponde a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que actúa, así, como una norma de delimitación de competencias entre el Estado y las CCAA.³

Esto nos lleva a otra de las ideas principales de este trabajo: el protagonismo, a nuestro juicio excesivo, que en todo este proceso de concreción y configuración definitiva ha venido desempeñando el legislador estatal, a través de la LOPJ. Relevancia propiciada, sin lugar a dudas, por la propia Constitución, que remite expresamente a esta Ley

2. Teniendo en cuenta, además, que como ha señalado, entre otros, G. Fernández Farreres, la principal contribución del TC al Estado de las autonomías ha sido, sobre todo, "doctrina competencial" (*La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, p. 21).

3. En el sentido expresado en la STC 76/1983, f.j. 4 a).

Orgánica la regulación de sus aspectos principales. Pero potenciada además, y de modo indudable, por el propio Tribunal Constitucional, concretamente por el modo en que viene interpretando el art. 122 CE, en el que se contiene esta reserva de Ley Orgánica. Una interpretación caracterizada a nuestro juicio por al menos dos rasgos esenciales. De una parte, porque el TC parece olvidar aquí tanto el carácter excepcional que en numerosas ocasiones ha otorgado a este tipo de norma como la interpretación restrictiva que en otras ocasiones ha hecho de ella. De otra y sobre todo, porque no parece ni siquiera dudar al considerar el art. 122 CE como un título competencial estatal adicional, al margen de los contenidos en el art. 149.1 CE. De este modo, en virtud de esta jurisprudencia constitucional, la reserva de Ley Orgánica para la regulación del Poder Judicial y la propia LOPJ se han erigido en piezas clave del modelo territorial de Poder Judicial. O lo que es lo mismo, del modo en que se articula la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en este punto. El TC atribuye así a la reserva de LOPJ una naturaleza competencial que, en principio, no debería corresponderle. O que en todo caso, necesitaría de una mayor explicación y justificación por parte del Alto Tribunal. No en vano lo que está en entredicho es el alcance de las competencias autonómicas en esta materia, tal y como se deducirían del título competencial específico aplicable al Poder Judicial y a la Administración de Justicia: el art. 149.1.5ª CE. Así como, indirectamente, la naturaleza constitucional de los Estatutos de Autonomía, como normas a las que por excelencia les corresponde fijar el marco competencial previamente establecido en la Constitución.

Esta concepción se ha visto nuevamente confirmada en la STC 31/2010, que se enmarca así en la línea jurisprudencial que, sobre la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de Administración de Justicia y la naturaleza de la LOPJ, iniciara el TC en su STC 56/1990.⁴ De este modo, persiste el TC en una visión de la LOPJ

4. Sobre la STC 31/2010 existe una abundante bibliografía de la que aquí nos limitaremos a destacar parte de ella, relativa a la concepción del poder judicial en los nuevos Estatutos de Autonomía y/o en la STC 31/2010. M. A. Aparicio Pérez. "Comentario a la STC 31/2010. Sobre el Poder Judicial", *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010; J. M. Porras Ramírez, "El Poder Judicial en Cataluña, según el Estatut y el Tribunal Constitucional. Limitaciones y posibilidades de desarrollo de un modelo", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12, 2011; M. Gerpe Landín y M. A. Cabellos Espiérrez. "La regulación estatutaria del Poder Judicial y su tratamiento en la STC 31/2010", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12, 2011; F. Balaguer Callejón. "Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010, de 28 de junio", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, 2010; M. A. Cabellos Espiérrez. "Los Consejos de Justicia

que entendemos inadecuada, pero que no resulta novedosa, sino que hunde sus raíces en los pronunciamientos previos sobre esta cuestión. Precisamente, antes de abordar los pronunciamientos contenidos en la STC 31/2010 a propósito de la articulación competencial en el caso del Poder Judicial, el papel que a este respecto corresponde –o no– al Estatuto de Autonomía, así como el alcance que otorga a la reserva de Ley Orgánica para la regulación del Poder Judicial y la libertad de configuración que concede a la propia LOPJ, conviene detenerse en la doctrina que, a través de sus sentencias precedentes, ha ido estableciendo el TC respecto de estas cuestiones.

2. El modelo territorial de poder judicial en la jurisprudencia constitucional

Si ya con anterioridad se ha hecho referencia al importante papel que el TC ha desempeñado en la construcción del Estado autonómico, con más razón aún cabe afirmarlo cuando se trata precisamente del Poder Judicial. En efecto, todas las posibilidades autonómicas en relación con este poder han venido mediatizadas por los diversos pronunciamientos del TC sobre esta materia. Un Tribunal que, sin embargo, y esto es especialmente relevante en el caso que nos ocupa, se ha inhibido de extraer directamente de los preceptos constitucionales un modelo más acabado, cerrado o definitivo de poder judicial. Y que simultáneamente ha puesto en manos del legislador orgánico y, por tanto, del Estado, lo que supone tanto como decir en manos de uno solo de los entes territoriales implicados, la nada desdeñable facultad de concretar y “cerrar” dicho modelo. Un modelo, pues, que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, solo en sus líneas generales aparece contenido en las normas constitucionales.⁵

en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro”, *Revista de Derecho Político*, núm. 80, 2011 y, también del mismo autor, “Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010; G. Cámara Villar. “Reformas estatutarias y Consejos de Justicia autonómicos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011.

5. Lo que llevó ya a la doctrina a calificarlo como “modelo abierto” [R. Jiménez Asensio. “Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Administración de Justicia y Libro Blanco de la Justicia”, *Parlamento y Constitución*, núm. 2, 1998, p. 86-87, y J. M. Andrés Sánchez-Cruza. “Las relaciones del poder judicial, la Administración de justicia y la Generalitat de Catalunya en el marco de la Constitución”, en AA.VV. *Informe Pi i*

Cabe recordar que la doctrina del TC sobre esta cuestión se formula en la década de los noventa, principalmente en la STC 56/1990, a la que seguirá la 62/1990, siendo objeto de reiteración en otras posteriores. Entre ellas, como se ha mencionado, en la STC 31/2010, relativa al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña.⁶ Y cuyo punto de partida lo va a constituir la distinción que el TC establece entre un sentido amplio y otro estricto del concepto "Administración de Justicia" y que, a la postre, resultará esencial para que las CCAA puedan asumir determinadas competencias en esta materia.

De acuerdo con esta jurisprudencia, la Administración de Justicia, desde un punto de vista estricto, comprende tan solo el núcleo esencial de la misma, que se identifica con el Poder Judicial y su función de gobierno. Es decir, con el ejercicio de la función jurisdiccional por jueces y magistrados; la ordenación de aquellos elementos que resultan esenciales a la independencia judicial o, lo que es lo mismo, la función de gobierno atribuida al CGPJ; y el diseño de la estructura judicial del Estado (planta y demarcaciones judiciales). Pero junto a ese núcleo de materias existen además otras con las cuales el TC construye la noción amplia de Administración de Justicia. También denominada "administración de la Administración de Justicia" o, gestión de la Administración de Justicia. Noción que abarcaría al conjunto de medios materiales y personales que, sin ejercer funciones jurisdiccionales, realiza, sin embargo, labores de apoyo y auxilio a dicha labor judicial, a la que sirve de soporte material o personal.

Partiendo de esta distinción, concluye el TC que la competencia estatal exclusiva a que se refiere el art. 149.1.5ª CE se proyecta únicamente sobre las materias que integran la Administración de Justicia en sentido estricto. Ésta constituye pues el núcleo inaccesible para las Comunidades Autónomas, salvo la excepción prevista en el art. 152.1 CE. Pero ahí termina, al menos en principio, dadas las importantes cautelas y matizaciones establecidas por el TC y a las que nos referiremos más adelante, el ámbito vedado a la acción de las CCAA. En efecto, siguiendo con esta doctrina, pueden las Comunidades Autónomas, siempre de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía (EEAA), asumir competencias en lo restante, esto es, en

Sunyer sobre la Justicia en Cataluña, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1999, p. 43].

6. Además cabe citar las SSTC 158/1992, 105/2000, 253/2005, 270/2006, 294/2006, 163/2012 y 224/2012.

relación con los medios materiales y con el personal no judicial que se sitúan al servicio de la Administración de Justicia.

Esta distinción constituye, a su vez, el punto de partida a partir del cual el TC analiza la constitucionalidad de las denominadas "cláusulas subrogatorias" en cuanto peculiar técnica de asunción competencial contenida en los primeros Estatutos de Autonomía.⁷ Para concluir que las mismas son legítimas siempre que se entiendan referidas a ese ámbito no nuclear del Poder Judicial. O lo que es lo mismo, siempre que se interprete que se proyectan exclusivamente sobre la gestión de los medios materiales y del personal no judicial.⁸

Lo anterior no ha conllevado, sin embargo, que las CCAA hayan podido asumir la totalidad de las facultades y competencias relativas a esa administración de la Administración de Justicia. Ni tampoco ha supuesto, por vía de subrogación, una efectiva equiparación entre las CCAA y el Gobierno de la Nación en este punto. Es decir, no ha significado que las CCAA se hayan situado en una posición equivalente a la del Ejecutivo estatal en relación con ese ámbito de gestión de la Administración de Justicia. Antes al contrario, las CCAA, los gobiernos autonómicos, han visto considerablemente mermado el ámbito de actuación al que potencialmente apuntaba el pronunciamiento anterior del Tribunal Constitucional. Y en consecuencia, se han visto privadas de la posibilidad de llevar a cabo una política integral, más allá de meras actuaciones parciales, en relación con dicho ámbito de gestión.⁹ Ello no es sino resultado de la propia jurisprudencia del TC que si bien da entrada a las CCAA en relación con el Poder Judicial, al mismo tiempo rodea las posibilidades de actuación autonómica de tales cautelas, matizaciones y excepciones que prácticamente las deja reducida a una mínima expresión de lo que, de otro modo, hubiera sido posible.

De este modo, si bien el TC se muestra, sobre todo en sus primeras resoluciones, partidario de no situar al Poder Judicial completamente al margen de la nueva estructura autonómica del Estado español, permitiendo que las CCAA puedan asumir ciertas competencias en relación con su gestión, simultáneamente resulta ser extraordinaria-

7. La expresión la acuñó I. De Otto y será posteriormente recogida por la propia jurisprudencia constitucional, habiéndose generalizado su uso ("Organización del Poder Judicial y Comunidades Autónomas", *Documentación Jurídica*, núm. 45-46, 1985, p. 65).

8. SSTC 56/1990, ff.jj. 7 y 8; 62/1990, ff.jj. 4 y 5; 158/1992, f.j. 2.

9. En este sentido, J. M. Porrás Ramírez. "La Justicia en los Estatutos de Autonomía de segunda generación", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, 2009, p. 270.

mente cauto y contenido en esta “descentralización”. Pero, sobre todo y a nuestro juicio, resulta excesivamente deferente con la actuación del legislador orgánico al que, siempre según el TC, le correspondería concretar el marco de distribución competencial en relación con el Poder Judicial y en definitiva, hacer o no posible que las CCAA puedan asumir o no las competencias en cuestión.¹⁰ De este modo, el TC acaba por poner en pie, o mejor dicho, permitir que lo haga la LOPJ, un modelo de poder judicial no solo claramente asimétrico por lo que se refiere a la posición de los distintos entes implicados en este reparto competencial, sino, como viene poniendo de manifiesto la doctrina, paradójico en ocasiones¹¹ y sobre todo claramente disfuncional.¹²

En este punto de nuestro análisis tal vez merezca la pena recordar que con anterioridad a estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la cuestión relativa al modo en que la nueva estructura autonómica del Estado se reflejaba en el Poder Judicial distaba de ser pacífica. El TC vino así, en cierta medida, a zanjar dicho debate, al fijar que en ningún caso esta incidencia –que es evidente en el plano funcional, mediante la aplicación del derecho producido en las autonomías– alcanzaría a la articulación orgánica de este poder. En efecto, ya desde muy temprano, vino a recordar que la relación de los juzgados y tribunales con la Comunidad Autónoma en la que están situados, incluso en el caso de los Tribunales de Justicia, es meramente territorial y no orgánica,¹³ y no pueden, en ningún caso, ser considerados órganos autonómicos, sino estatales, integrantes de la organización judicial del Estado.¹⁴ Pero, al mismo tiempo, al introducir la trascendental distin-

10. Cuyo ejemplo más reciente lo encontramos en las SSTC 163/2012 y 224/2012 a propósito de cuestiones tales como la oficina judicial y el personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia.

11. Así, F. Balaguer Callejón destaca la paradoja que supone que considerándose el Poder Judicial una competencia exclusiva del Estado, no pueda el Gobierno instar la inspección de los órganos judiciales, al tratarse de una competencia que corresponde en exclusiva a las CCAA. “A este resultado tan lesivo para el Gobierno de la Nación no se llegaría ni con la implantación de un modelo federal, que permitiría la existencia de un poder judicial propio de las CCAA” (“La constitucionalización del Estado autonómico”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 9, 1997, p. 149).

12. De ingobernabilidad en la gestión de la Administración de Justicia, dada la enorme fragmentación de responsabilidades entre el Ministerio de Justicia y las CCAA, habla R. Jiménez Asensio. *Pacto de Estado, reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*, IVAP, Bilbao, 2004, p. 45.

13. STC 25/1981, f.j.b.

14. STC 38/1982, f.j. 4.

ción entre el núcleo esencial del Poder Judicial y la Administración de Justicia en un sentido amplio, hace posible que, por vía de gestión de la Administración de Justicia, las CCAA no queden completamente al margen del Poder Judicial lo cual permite una cierta adecuación del Poder Judicial al Estado autonómico.

No obstante, la realidad posterior, el desarrollo normativo subsiguiente y los ulteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional han venido a poner claramente de manifiesto las insuficiencias de este modo de articular la realidad autonómica del Poder Judicial. De un poder que, en definitiva, sigue respondiendo a unos esquemas más propios de un Estado centralizado que a los que correspondería esperar dado el actual grado de desarrollo del Estado autonómico español.¹⁵ Con la consiguiente frustración de las expectativas autonómicas suscitadas a raíz de esta jurisprudencia constitucional que ha llevado, incluso, a cuestionar el mantenimiento de un Poder Judicial único para el Estado y las Comunidades Autónomas.¹⁶

Pues bien, este modelo de Poder Judicial, por lo que se refiere a la articulación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es resultado, en primer lugar y ante todo, como ya se ha señalado, de la jurisprudencia del TC al respecto. Pero también, del modo en que, en concreto, la LOPJ y sus sucesivas reformas han hecho uso de las habilitaciones otorgadas por dicha jurisprudencia. En no pocas ocasiones, en detrimento de las facultades autonómicas, decantándose así por un modelo de gestión más centralista que autonómico. No es propósito de este trabajo, sin embargo, analizar este desarrollo legislativo ni tampoco los problemas de gestión que

15. El propio TC parece no admitir más que dos modalidades de poder judicial, desde un punto de vista territorial. El modelo propio de los Estados federales y el que se da en todos los demás Estados que no lo son, incluido el autonómico. Así se pronuncia en la STC 31/2010: "(...) partir del principio de que una de las características definidoras del Estado autonómico, por contraste con el federal, es que su diversidad funcional y orgánica no alcanza en ningún caso a la jurisdicción. (...) En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción." (STC 31/2010, f.j. 42). Una crítica a este defectuoso entendimiento de la relación entre unidad de la Constitución y unidad del Poder Judicial, así como de la relación entre Constitución y Estatuto, en F. Balaguer Callejón. "Las cuestiones institucionales ...", cit., p. 67.

16. J.M. Porras Ramírez. "La Justicia en ..." cit., p. 270.

ha conllevado o las diversas soluciones aportadas por la doctrina.¹⁷ Se pretende, por el contrario, algo mucho más modesto: destacar cómo el propio TC, a través de su labor jurisprudencial, ha contribuido de modo decisivo a esta situación. Una jurisprudencia en la que resultan decisivas no solo las limitaciones que el TC impone a la eficacia de las cláusulas subrogatorias autonómicas, sino, en especial, la naturaleza que el TC otorga a la reserva de LOPJ. O lo que es lo mismo, el modo en que el TC concibe esta reserva, justo cuando la misma se proyecta sobre una materia susceptible de reparto competencial, al encuadrarse dentro del ámbito de gestión judicial, como es el caso del estatuto del personal no judicial. En definitiva, se trata de llamar la atención sobre el modo en que el TC está utilizando la reserva de LOPJ, como una técnica de distribución competencial, que le sirve para complementar su propia doctrina acerca del alcance del título estatal específico, el art. 149.1.5ª CE, ampliando así, mediante esta norma relativa al sistema de fuentes, las facultades que competen al Estado.

3. Las cláusulas subrogatorias como técnica de asunción competencial. Limitaciones a su eficacia

Ya se ha indicado cómo el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, en relación con la Administración de Justicia, viene determinado por la eficacia que el TC otorga a las cláusulas subrogatorias. O mejor dicho, por las limitaciones que impone a su eficacia. En efecto, ya en la STC 56/1990 el TC valida estas cláusulas subrogatorias a las que, sin embargo, sujeta a una serie de cautelas y excepciones.¹⁸ Así, el TC hace derivar su validez del hecho de que las mismas van referidas justamente a ese ámbito de gestión o administración respecto del cual pueden las CCAA asumir competencias en relación con la Administración de Justicia. Condición *sine qua non* para la validez de estas cláusulas de la que deriva, a su vez, la primera de las limitaciones a las que el TC sujeta el juego de tales cláusulas y que actúa a modo de presupuesto previo. Puesto que el único ámbito válido

17. Para una perspectiva de las diferentes opciones legislativas contenidas en la redacción originaria de la LOPJ, en 1985 y sus sucesivas reformas puede consultarse A. Saiz Garitaonandia. *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas. Situación actual y perspectivas de reforma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 153 y ss.

18. SSTC 56/1990, f.j. 8 y que el TC reproduce, entre otras, en las SSTC 62/1990, f.j. 5 y 105/2000, f.j. 2.

en el que las CCAA pueden asumir competencias es en relación con la administración de la Administración de Justicia, en ningún caso tales cláusulas podrán ir referidas a facultades que forman parte del núcleo inaccesible de la Administración de Justicia en sentido estricto. A ésta se añade otro límite de carácter territorial. Tampoco pueden las CCAA asumir, a través de estas cláusulas, competencias que excedan del territorio de la propia Comunidad, quedando excluidas, en consecuencia, aquellas facultades que tengan un alcance supracomunitario.

En todo caso, en ambos casos nos encontraríamos ante limitaciones coherentes con la precedente doctrina del TC. Tanto por lo que se refiere al ámbito respecto del cual pueden las CCAA asumir competencias, a partir de la distinción ya vista sobre los dos ámbitos posibles de la Administración de Justicia, como en relación con el alcance territorial, limitado a la propia CCAA, de las competencias autonómicas.

Pero a las anteriores se añaden otras, vinculadas estrictamente a la propia especificidad o particularidad de la técnica empleada en este momento inicial para asumir competencias en esta materia: mediante la subrogación en las facultades previamente atribuida por la legislación orgánica al Gobierno de la Nación. De ahí el TC hace derivar una doble limitación. Por un lado, puesto que la subrogación lo es respecto del Gobierno, no actuarán tales cláusulas respecto de aquellas facultades que, no obstante encuadrarse en la materia "administración de la Administración de Justicia", la LOPJ, dentro del ámbito de libertad que le otorga la CE para definir el modelo, haya optado por atribuirla a un órgano diferente, por ejemplo, al CGPJ. De otra, y dado que estas cláusulas remiten a las facultades del Gobierno, las únicas competencias que podrán asumir las CCAA serán reglamentarias y ejecutivas, excluyéndose en todo caso las competencias legislativas.

Se excluye, pues, que las CCAA puedan asumir competencias legislativas en relación con uno de los aspectos más relevantes de la gestión de la Administración de Justicia: el estatuto y régimen jurídico del personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia. Esta exclusión, sin embargo, el TC la hace derivar no solo de la limitación antes referida sino, sobre todo, del art. 122. 1 CE. Esto es, de la reserva de Ley Orgánica allí establecida para la regulación de dicho estatuto jurídico.¹⁹

19. STC 56/1990, f.j. 10; STC 105/2000, f.j. 5. Con esta reserva, a juicio del TC, lo que se pretende es garantizar un régimen jurídico del estatuto del personal no judicial homogéneo, al menos en sus aspectos básicos o nucleares. Concluyendo que la "eficacia de las

Sin perjuicio de que volvamos más adelante sobre esta cuestión relativa al papel que el TC atribuye a la reserva de LOPJ en este punto, lo que ahora nos interesa destacar es que la excepción antes referida operaría, en todo caso, respecto de las competencias legislativas; pero no en relación con las reglamentarias. De la norma constitucional no se desprende, no parece derivarse, limitación ni exclusión alguna a la asunción, por las CCAA, de competencias reglamentarias en relación con el estatuto del personal no judicial.

Sin embargo, incluso esta posibilidad ha sido vedada por el TC a las CCAA. No a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, sino de las disposiciones contenidas en la propia LOPJ y por lo tanto, tomando como presupuesto la amplísima libertad de configuración que el TC otorga al legislador orgánico para definir el modelo de poder judicial. En concreto, el TC la hace derivar de la opción efectuada por la LOPJ de configurar el personal al servicio de la Administración de Justicia como *cuerpos nacionales*.²⁰ Lo que le lleva a concluir que quedan excluidas del juego de las cláusulas subrogatorias incluso aquellas actuaciones que, aun siendo típicamente ejecutivas, pueden afectar de forma decisiva a elementos esenciales del estatuto de los funcionarios integrados en los Cuerpos Nacionales al Servicio de la Administración de Justicia. Se excluyen, así, facultades y atribuciones que de otro modo podrían ser asumidas por las CCAA a través de sus cláusulas estatutarias pero que, por resultar decisivas para el mantenimiento del carácter de cuerpo nacional del personal no judicial, quedan, en todo caso, reservadas al Estado.²¹

cláusulas subrogatorias de los Estatutos, por consiguiente, operará en tanto no afecten al ámbito reservado a la regulación orgánica, es decir, en tanto no alteren los elementos allí contenidos que puedan reputarse definitivos y esenciales del estatuto del personal." (STC 56/1990, f.j. 10).

20. SSTC 56/1990, f.j. 10; 105/2000, f.j. 5; 163/2012, ff.jj. 3 y 5. A diferencia de lo que sucede en el caso de los jueces y magistrados que, por expresa previsión constitucional, formarán un cuerpo *único* (art. 122.1 CE) la configuración del personal al servicio de la Administración de Justicia como *cuerpos nacionales* es tan solo una opción legislativa, "no (...) la única constitucionalmente aceptable" (STC 56/1990, f.j. 10), sino tan solo "una de entre las varias constitucionalmente legítimas" (STC 105/2000, f.j. 5).

21. "Mientras que, por el contrario, sí jugarán su papel las cláusulas subrogatorias respecto de todas aquellas atribuciones encomendadas al ejecutivo estatal que no resulten imprescindibles o esenciales para el mantenimiento del carácter de cuerpo nacional respecto de los integrados de la Administración de Justicia." (STC 56/1990, f.j. 10. Reiterada, entre otras, en la STC 163/2012, f.j. 5). Una crítica a la restricción que de las competencias normativas autonómicas realiza el TC a partir de la reserva de LOPJ la encontramos en F. Balaguer Callejón ("La constitucionalización del...", cit., p. 149, n. 40).

Nos encontramos, así, con que la doctrina del TC acerca del alcance del art. 149.1.5ª CE queda en buena medida excepcionada, al impedirse que determinadas facultades puedan ser asumidas por las CCAA. Pero sucede, además, que una determinada jurisprudencia, elaborada a propósito de las cláusulas subrogatorias, como técnica muy particular de asunción competencial, sigue, sin embargo, estando vigente aún en aquellos casos en los que, como ocurre en los nuevos EEAA, se asumen ya de manera directa facultades concretas. Incluso aquí sigue operando la concepción que el TC sostiene del art. 122 CE como una norma de atribución de competencias estatales. Así como el mantenimiento, si ésta sigue siendo la opción del legislador, del personal no judicial como cuerpos nacionales.

4. La reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial y su incidencia en la configuración del modelo de poder judicial, desde un punto de vista territorial

¿Qué papel juega aquí la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 122 CE)? O mejor dicho, ¿qué papel le atribuye el TC? ¿Concibe el TC al art. 122 CE como una norma relativa a una concreta forma de producción jurídica o, por el contrario, le atribuye una naturaleza más propia de un título competencial estatal que de una norma sobre el sistema de fuentes del derecho?

No obstante, antes de analizar cuál es la concepción que sobre la reserva de LOPJ se sostiene en la jurisprudencia constitucional queremos detener nuestra atención en una cuestión previa que nos ayudará, no solo a situar más adecuadamente y en sus justos términos estas limitaciones establecidas por la jurisprudencia constitucional, sino también a precisar con mayor rigor las objeciones que podamos formular a esta doctrina constitucional. Se trata ahora de destacar que aun cuando la LOPJ se concibe en la Constitución como un texto único, los ámbitos sobre los que se proyecta (tanto la propia LOPJ como su reserva, art. 122 CE) son, sin embargo, diferentes. En concreto, cabe hablar de dos ámbitos diferenciados. De un lado, la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales; el estatuto jurídico de jueces y magistrados de carrera (art. 122.1 CE); así como el estatuto y funciones del Consejo General del Poder Judicial y el régimen de incompatibilidades de sus miembros (art. 122.2 CE). De otro, el estatuto jurídico del personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia (art. 122.1 CE). De este modo, mientras que

en el primero de los supuestos la reserva va referida a un conjunto de materias que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, forman parte de la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.5ª CE), en el segundo, y precisamente por no formar parte de ese ámbito nuclear del Poder Judicial, nos encontraríamos ante una materia respecto de la cual las CCAA podrían, en principio, asumir competencias a través de sus normas estatutarias.

Se trata por lo demás, de una distinción coherente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –a que antes se ha hecho referencia– acerca de la distribución de competencias estatales y autonómicas en relación con la Administración de Justicia. Y, por tanto, también, con la distinción que allí se establece entre la noción estricta y la amplia de la “Administración de Justicia”. Lo que, a su vez, nos sirve como punto de partida por cuanto que lo que aquí interesa son aquellas limitaciones que operan sobre el ámbito de competencias susceptible de ser asumido por las CCAA. Es decir, la administración o gestión de la Administración de Justicia y más en particular, como parte integrante del mismo, el estatuto jurídico del personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia; sujeto –como se acaba de ver– a la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pues bien, resulta que ya desde muy pronto el TC no ha dudado en atribuir naturaleza competencial a esta reserva de Ley Orgánica. Ya en la misma STC 56/1990, en la que se contiene esta doctrina sobre los dos ámbitos posibles de la Administración de Justicia y se afirma la constitucionalidad de las cláusulas subrogatorias estatutarias, el TC expresamente califica al art. 122 CE como “título competencial”.²² Y lo hace, precisamente en relación con el estatuto del personal no judicial y, por tanto, respecto de uno de los aspectos de la Administración de Justicia que no se integra en el ámbito del art. 149.1.5ª CE. De donde extrae, además, una serie de prohibiciones para las CCAA: ni pueden asumir competencias legislativas en relación con el estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, ni tampoco tales cláusulas pueden alterar en modo alguno los elementos de dicho estatuto que puedan considerarse definitorios y esenciales del mismo. A lo que, como ya se ha indicado, se añaden limitaciones

22 “(...) corresponde al Estado fijar normativamente el estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. Ello se desprende, tanto de la limitación antes señalada, como de otro *título competencial*: el que deriva del mandato expreso del art. 122.1 de la Constitución, que dispone que la Ley Orgánica del Poder Judicial «determinará el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia.» (STC 56/1990, f.j. 10, la cursiva es nuestra).

ejecutivas adicionales derivadas de la opción legislativa por la configuración de este personal no judicial como cuerpos nacionales.

Pero es que el TC incluso desplaza expresamente, a la hora de resolver los conflictos competenciales relativos al estatuto del personal no judicial, la aplicación de otros títulos propiamente competenciales, que son considerados de aplicación meramente subsidiaria.²³ Es el caso, por ejemplo, del contenido en el art. 149.1.18^a CE referido a la competencia del Estado para regular las “bases (...) del régimen estatutario de sus funcionarios”.²⁴

Sucede así que el TC no solo atribuye a la reserva de LOPJ una naturaleza competencial que, a nuestro juicio, no debería corresponderle, sino que, además, interpreta con excesiva amplitud y generosidad el ámbito de decisión que compete al legislador orgánico. En detrimento del ámbito competencial que, de otro modo, podría corresponder a las CCAA. Y sin tomar, además, en cuenta otras normas específicamente atributivas de competencias (art. 149.1.18^a CE) cuya aplicación permitiría no solo seguir considerando a la reserva de Ley Orgánica como una norma simplemente relativa a la forma de la normación pero no

23 “En definitiva, la cuestión que ahora estamos enjuiciando, por constituir un elemento central del estatuto jurídico de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, debe incardinarse en la materia «administración de la Administración de Justicia», de modo que la regla competencial del art. 149.1.18 CE, relativa a la competencia del Estado para dictar las «bases del régimen estatutario de sus funcionarios» sólo operará de modo subsidiario a la anterior. Esta conclusión se alcanza también examinando el art. 474.1 LOPJ, que hace prevalecer la específica normativa, incluso reglamentaria, de la materia «administración de la Administración de Justicia» sobre la del art. 149.1.18 CE, (...)” (STC 253/2005, f.j. 11). No obstante, a la hora de fijar el canon conforme al cual valorar el alcance de las competencias autonómicas relativas, por ejemplo, al sistema de retribuciones del personal al servicio de la Administración de Justicia, el TC se apoya básicamente en el art. 122 CE. Que, de un lado, impide que éstas puedan ser legislativas y, de otro, atribuye al Estado “la regulación legal o reglamentaria de los aspectos esenciales del régimen retributivo de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, considerando como tales a todos aquellos elementos que garantizan la necesaria unidad y homogeneidad de dichos cuerpos nacionales.” (STC 253/2005, f.j. 12).

24. Así, cuando se trata de definir los contornos del estatuto del personal no judicial (art. 122 CE), el TC se apoya en su jurisprudencia precedente acerca de los elementos que integran el contenido del estatuto de los funcionarios públicos (art. 149.1.18^a CE). Así se pronuncia en la STC 56/1990, f.j. 10: “Con respecto al contenido de éste, y como ya señalamos en nuestra STC 99/1987, con referencia al estatuto de los funcionarios públicos, «se trata de un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto o a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales ...» [fundamento jurídico 3 c)].”

a su contenido, sino incluso, como se ha puesto de manifiesto, superar más fácilmente la objeciones derivadas de la configuración del personal no judicial como cuerpos nacionales.²⁵ Lo que podría contribuir, a su vez, a mantener también aquí, en relación con la LOPJ, el carácter excepcional que el TC viene otorgando a este tipo de norma, así como la necesaria interpretación restrictiva que debería guiar la delimitación del ámbito sujeto a la misma. Y en definitiva, limitando simultáneamente la, a nuestro juicio, excesiva libertad de configuración que el TC viene otorgando al legislador de la LOPJ.

Esta concepción contrasta, además, con la que el Tribunal Constitucional sostiene a propósito de otra de las reservas de Ley Orgánica: la prevista en el art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En efecto, y tras ciertas vacilaciones iniciales,²⁶ el Tribunal Constitucional se ha posicionado, de modo definitivo, por excluir que esta reserva de Ley Orgánica tenga alcance competencial, tratando de delimitar, al mismo tiempo, la naturaleza y finalidad de las normas constitucionales que establecen reservas de Ley Orgánica de aquellas otras que atribuyen competencias al Estado y, en su caso, a las Comunidades Autónomas.²⁷ Para lo cual distingue, a su vez, diferentes niveles normativos en relación con los derechos fundamentales. De una parte, el desarrollo directo del derecho fundamental, ámbito propio de la Ley Orgánica y como tal, reservado al legislador estatal en tanto que orgánico; y, de otra, la regulación de su régimen jurídico, esto es, de la materia sobre la que el derecho se proyecta, ámbito propio del legislador ordinario, que podrá ser tanto estatal como autonómico, en función de las normas constitucionales sobre reparto de competencias y, en consecuencia de cuál sea el que tiene competencias sobre dicho sector material.

Lo que a su vez se complementa con su doctrina acerca de la necesidad de aplicar un criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de esta reserva, no solo en lo referente al término “desarrollar” sino también a la “materia” objeto de reserva, a fin de evitar

25. J. F. López Aguilar. *Justicia y Estado autonómico*, Civitas, Madrid, 1994, p. 275-276.

26. Nos referimos a las SSTC 5/1981 y 137/1986.

27. La doctrina definitiva sobre esta cuestión se contiene en la STC 173/1998, especialmente en su fundamento jurídico 7, habiendo sido objeto de reiteración en otras posteriores (SSTC 133/2006; 135/2006; 31/2010).

petrificaciones del ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas.

Nada de esto hay, sin embargo, en la jurisprudencia constitucional relativa a la Ley Orgánica del Poder Judicial que, como hemos visto, ha seguido una evolución bien distinta. En efecto, en el caso del art. 122 CE no solo desaparece todo esfuerzo argumentativo, las cautelas e interpretación restrictiva que el TC despliega en el caso del art. 81.1 CE sino que el TC no parece dudar al atribuirle naturaleza competencial. Esto es, en considerar el art. 122 CE como una norma de distribución de competencias, al margen del artículo 149 CE y, por ello mismo, susceptible de alterar el régimen de reparto que, de otro modo, se deduciría del art. 149.1.5ª CE.

Lo que no parece muy justificado, al menos conceptualmente y en las formas, si tenemos en cuenta que en relación con la reserva del art. 81.1 CE, pero con aparente vocación de universalidad, el propio TC ha proclamado que la reserva de Ley Orgánica no contiene ningún título competencial a favor del Estado.²⁸

De este modo, resulta que el TC atribuye a la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial una naturaleza competencial que, en principio, no le corresponde. Al menos por lo que se refiere al estatuto jurídico del personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia (art. 122.1 CE). Precisamente por tratarse de una materia que, de acuerdo con la propia doctrina del TC acerca del alcance del art. 149.1.5ª CE, queda al margen de la competencia exclusiva del Estado en relación con la Administración de Justicia no siendo, pues, subsumible o reconducible a este título competencial estatal. Cuestión diferente son las restantes materias enumeradas en el art. 122 CE (constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales; estatuto jurídico de jueces y magistrados; estatuto, funciones del Consejo General del Poder Judicial y régimen de incompatibilidades de sus miembros) por cuanto que su encaje en el ámbito del art. 149.1.5ª CE no plantea dudas. Y por tanto, respecto de las cuales es posible seguir concibiendo a este último artículo como la norma específicamente competencial, atributiva de competencias estatales.

28. "Por ello, como hemos reiterado desde la STC 5/1981, la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE no contiene, en puridad, ningún título competencial habilitante a favor del Estado. Así lo señaló entre otras la STC 137/1986 (fundamento jurídico 3.º 8), con cita de otras precedentes, destacando que en este punto rige el «criterio general de que, en el Estado de autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente (STC 37/1981, fundamento jurídico 2.º)»" (STC 173/1998, f.j. 7).

Evidentemente, no se trata de cuestionar aquí que solo el Estado, a través de las Cortes Generales, puede regular el estatuto jurídico del personal no judicial, lo que por lo demás, resulta evidente, al tratarse de una materia reservada *ope Constitutione* a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo que se cuestiona es, precisamente, el modo en que el Tribunal Constitucional viene caracterizando dicha reserva de Ley Orgánica, como un título competencial estatal más. Se echa aquí en falta una elaboración más acabada por parte del Tribunal Constitucional que, no obstante partir del dato obvio de que solo la Ley Orgánica –por definición, estatal– puede regular esta materia, trata-se de delimitar y diferenciar recíprocamente el ámbito propio de la norma constitucional que configura esta reserva de Ley Orgánica de aquellas específicamente competenciales. O, en su defecto, de argumentar por qué lo anterior no es posible en el caso del Poder Judicial. Pero, sobre todo, que se guiase por un criterio restrictivo tanto a la hora de delimitar el alcance de esta reserva de Ley Orgánica como a la hora de examinar las opciones legislativas materializadas en la LOPJ. No ya porque esta es la interpretación que mejor se compadece con la naturaleza excepcional que el TC viene atribuyendo a la Ley Orgánica sino, particularmente, porque en este caso nos encontraríamos ante un supuesto especial o excepcional de atribución de competencias al Estado.²⁹ En efecto, dada la interpretación que el TC ha realizado del art. 149.1.5ª CE, no tiene cabida en el mismo la regulación del estatuto jurídico del personal no judicial. El art. 122 CE aparece así, en la jurisprudencia constitucional, como la norma –única– que explica y justifica el modo concreto en que se articulan las facultades que en este punto concreto corresponden al Estado y, en su caso, a las Comunidades Autónomas. Se altera, así, el reparto competencial que, de otro modo, cabría deducir del art. 149.1.5ª CE. Pero además y dada la laxitud con la que el TC interpreta aquí el ámbito de decisión que corresponde al legislador estatal, se deja prácticamente sin contenido lo que, de otro modo, podría corresponder a las CCAA.

En efecto, uno de los rasgos que, a nuestro juicio, caracteriza esta jurisprudencia constitucional es la amplísima libertad de configuración que el TC otorga al legislador, en el caso de la LOPJ. Que se pone de manifiesto, por ejemplo, en el momento de enjuiciar la opción que este efectúa al configurar los diferentes cuerpos al servicio de la Administra-

29. C. Viver Pi-Sunyer. *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 101.

ción de Justicia como cuerpos nacionales, lo que comporta, por fuerza, la necesidad de un régimen común en todo el territorio nacional, en detrimento de las posibilidades de actuación autonómicas. Pues bien, el TC, a pesar de reconocer que no es la única opción constitucionalmente posible, la válida, considerándola justificada “por cuanto, aun cuando no sean tales cuerpos, estrictamente, parte de la Administración de Justicia en el sentido del art. 149.1.5 C. E., sí resulta su actuación necesaria, en cuanto colaboración imprescindible para la actividad de esa Administración y el cumplimiento de sus funciones.”³⁰

Otro ejemplo de esta amplísima libertad de configuración de que parece disponer el legislador orgánico lo encontramos en la exclusión que el TC realiza de las cláusulas subrogatorias respecto de aquellos aspectos de la gestión de la Administración de Justicia que la LOPJ ha atribuido a un órgano diferente del Gobierno o de algunos de sus departamentos, por ejemplo, al Consejo General del Poder Judicial.³¹ Entiende el TC que, garantizado el núcleo de funciones que corresponde al CGPJ, en cuanto órgano de gobierno del Poder Judicial, el legislador es libre de atribuir a este órgano, en vez de al Gobierno, otras competencias adicionales.³² Impidiendo así el juego de las cláusulas subrogatorias, nuevamente en perjuicio de las competencias autonómicas. No compartimos, sin embargo, esta postura del Tribunal Constitucional. Precisamente porque la misma tiene una incidencia evidente en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia, creemos que solo estaría justificada la sustracción del ámbito del Gobierno estatal y en definitiva autonómico a través de las cláusulas subrogatorias, de aquellas facultades que, no obstante, no formar parte estrictamente de la función de gobierno de los jueces y magistrados, se estimasen imprescindibles para garantizar la independencia judicial, que es precisamente la razón de ser de este órgano, el CGPJ.

30. Añadiendo a continuación que su “consideración como Cuerpos Nacionales, y el establecimiento de un régimen común aparecen así como la técnica adoptada por el legislador orgánico para garantizar en forma homogénea, en todas las Comunidades Autónomas, los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de Justicia.” (STC 56/1990, f.j. 10). Precisamente esta configuración como cuerpos nacionales del personal no judicial se erige en la STC 163/2012 en el elemento clave, en el parámetro, a partir del cual se analizan la mayoría de las impugnaciones dirigidas contra diversos preceptos de la LOPJ, en la nueva redacción dada por la LO 19/2003 y que llevará, finalmente, al TC a concluir su desestimación.

31. SSTC 56/1990, f.j. 8 b); 105/2000, f.j. 2 y 224/2012, f.j. 7 a).

32. STC 105/2000, f.j. 4.

5. La naturaleza de la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial tras la STC 31/2010

La STC 31/2010 no ha supuesto ninguna variación sustancial en la concepción que sobre la naturaleza de la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial venía sosteniendo el Tribunal Constitucional. Antes al contrario, corrobora el, a nuestro juicio, defectuoso entendimiento de la misma como una norma que tiene un alcance competencial, al atribuir por sí misma determinadas facultades al Estado que el TC renuncia a reconducir a ninguno de los títulos competenciales contenidos en el art. 149 CE. Al tiempo que insiste, explícita o implícitamente, en la amplia libertad de configuración de que dispone el legislador orgánico para la regulación de las materias así reservadas.

Junto a lo anterior, resulta, además, de especial interés tanto la visión dicotómica que sostiene aquí el TC acerca de la configuración territorial del Poder Judicial según se trate de Estados de estructura federal o autonómica como la declaración de inconstitucionalidad del Consejo de Justicia de Cataluña.³³ En el primero de los casos, en cuanto que supone un determinado modo de entender cómo se proyecta –o no– la descentralización política del Estado en relación con el Poder Judicial y que el TC formula a modo de presupuesto previo a partir del cual analizar el papel que en relación con la distribución de competencias relativas a la Administración de Justicia corresponden, respectivamente, al Estatuto de Autonomía y a la LOPJ.³⁴ En el segundo,

33. STC 31/2010, ff.jj. 42 y 47, respectivamente.

34. "(...) una de las características definidoras del Estado autonómico, por contraste con el federal, es que su diversidad funcional y orgánica no alcanza en ningún caso a la jurisdicción. En el Estado autonómico, en efecto, la diversificación del ordenamiento en una pluralidad de sistemas normativos autónomos no se verifica ya en el nivel de la constitucionalidad con la existencia de una pluralidad de Constituciones (federal y federadas), sino que, a partir de una única Constitución nacional, sólo comienza en el nivel de la legalidad. (...) En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción. La estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado." (STC 31/2010, f.j. 42) Objeto, a su vez, de diversas críticas doctrinales. De "posición tan rígida como involucionista" la califica G. Cámara Villar (*op. cit.*, p. 211) al tiempo que M.A. Aparicio Pérez evidencia que no se da en la realidad del Derecho comparado ni resulta acertada desde un punto de vista teórico (*op.cit.* p. 199-202). También F. Balaguer Callejón critica esta argumentación del TC por cuanto supone un defectuoso entendimiento de los sistemas jurídicos de los Estados autonómico y federal y de la unidad del ordenamiento a través de la Constitución normativa ("Las cuestiones institucionales...", cit. p. 66 y 67).

en la medida en que revela una determinada concepción del Poder Judicial y de su Ley Orgánica reguladora. Por lo que se refiere a este último, cabe recordar que el TC declara inconstitucional el Consejo de Justicia de Cataluña, en cuanto órgano de gobierno del Poder Judicial en Cataluña, al entender que un órgano así solo puede ser creado por la LOPJ y no por un Estatuto de Autonomía que al hacerlo incurre “en un evidente exceso”, por incompetencia.³⁵ Pero al que, sin embargo, y paradójicamente, deja parcialmente en pie, en lo que se refiere a aquellas facultades no típicas de un órgano de gobierno del Poder Judicial, es decir, aquellas que se proyectan sobre el ámbito de gestión propiamente autonómico: la administración de la Administración de Justicia, desvirtuando así la concepción de este órgano contenida en la propia norma estatutaria.³⁶

Finalmente, queremos mencionar dos aspectos de esta sentencia en los que se plasma, de modo singular, esta concepción de la reserva de Ley Orgánica para la regulación del Poder Judicial que venimos cuestionando y que particularmente tienen que ver con el protagonismo excesivo que se concede al legislador orgánico en detrimento del ámbito de decisión política que podría corresponder a las Comunidades Autónomas.

Es lo que ocurre, por ejemplo, a propósito del Consejo de Justicia de Cataluña. El TC no solo declara inconstitucional la norma estatutaria que lo crea y define, sino que además en esta decisión resulta determinante la consideración de que una eventual decisión sobre la desconcentración del gobierno del Poder Judicial solo puede corresponder al legislador en la LOPJ. El TC lo sitúa así, con carácter exclusivo y excluyente, dentro del ámbito de libertad de decisión del legislador

Una tesis que, como han puesto de manifiesto M. Gerpe Landín y M.A. Cabellos Espiérrez, el propio TC abandona en esta misma STC (*op.cit.* p. 308-314 y 327).

35. STC 31/2010, f.j. 47.

36. STC 31/2010, f.j. 48. En este sentido se pronuncia G. Cámara Villar, quien además destaca que con ello “queda plenamente desvirtuada y sustituida la voluntad del legislador estatuyente (...) planteándose (...) la cuestión de hasta qué punto es constitucionalmente adecuada y admisible una depuración de normas que técnicamente tenga por resultado una tal configuración, que cabe calificar de objetivamente manipulativa (...)” (*op.cit.*, p. 213). Para un análisis en profundidad de la STC 31/2010 en relación con los Consejos de Justicia autonómicos, en concreto el de Cataluña, véase, además, J. M. Porras Ramírez. “El Poder Judicial en Cataluña...”, *cit.*, p. 346-353 y M. Gerpe Landín y M.A. Cabellos Espiérrez. *op.cit.*, p. 321-327.

orgánico (LOPJ), tratándose, además, de una libertad aparentemente casi absoluta.³⁷

Igualmente, la STC 31/2010 reitera el papel decisivo que el TC otorga a la LOPJ a la hora de determinar el significado, contenido y alcance de los preceptos estatutarios en virtud de los cuales las CCAA, en este caso Cataluña, asumen determinadas competencias en materia de gestión de la Administración de Justicia. La LOPJ vuelve a erigirse así en el marco conforme al cual habrán de ser interpretadas estas disposiciones estatutarias con la consiguiente pérdida de virtualidad de las mismas, al verse desplazadas por la regulación contenida en la LOPJ.³⁸

En definitiva, la STC 31/2010 viene a culminar un determinado modelo territorial de poder judicial en el que juega un papel importante el modo en que el TC viene concibiendo, desde un punto de vista competencial, la reserva de Ley Orgánica para la regulación del Poder Judicial así como el excesivo protagonismo que concede al legislador orgánico y, por tanto, estatal en la concreción de dicho modelo y que, como se ha visto, hunde sus raíces en su jurisprudencia precedente sobre esta cuestión. Y que, por lo demás, se ha visto nuevamente confirmado en la más reciente jurisprudencia del TC sobre esta cuestión (SSTC 163/2012; 224/2012).

37. Siempre que la decisión acerca de la creación de estos Consejos de Justicia territoriales se contenga en la LOPJ y actúen, en tanto que órganos desconcentrados, por delegación de atribuciones del Consejo General del Poder Judicial, pero sin límites en cuanto a las funciones que, cumplidos los requisitos anteriores, podrían ejercer. Cfr. en este sentido, STC 31/2010, ff. jj. 47 a 49. En contra de esta descentralización o "desconcentración de funciones" del CGPJ se ha pronunciado E. Vígala Foruria. "El Poder Judicial en las Comunidades Autónomas", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 90: Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico, 2006, p. 422-424.

38. STC 31/2010, f.j. 52. De este modo, en no pocas ocasiones se evita la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos estatutarios pero al precio de verse desplazadas por la LOPJ (I. Torres Muro e I. Álvarez Rodríguez. "El Poder Judicial en Cataluña en la STC 31/2010, de 28 de junio", *Teoría y Realidad Constitucional*, num. 27, 2011, p. 374). Una crítica a este modo de proceder del TC que salva la constitucionalidad de los preceptos estatutarios pero dejándolos sin eficacia, a la espera de que se vean acogidos en la LOPJ, al tiempo que se aparta de esta interpretación cuando se trata del Consejo de Justicia de Cataluña, en M. Gerpe Landín y M.A. Cabellos Espiérrez. *op.cit.* p. 313 y ss. Además, véanse las objeciones a esta STC formuladas, entre otros, por M. A. Aparicio Pérez. *op. cit.* p. 197 y ss.; J. M. Porras Ramírez. "El Poder Judicial en Cataluña...", *cit.* en particular p. 336 y ss.; F. Balaguer Callejón. "Las cuestiones institucionales...", *cit.* p. 62 y ss.; M. A. Cabellos Espiérrez. "Los Consejos de Justicia...", *cit.* p. 100 y ss. y "Poder Judicial y modelo de Estado...", *cit.* p. 206 y ss.; G. Cámara Villar. *op. cit.* p. 211 y ss.

6. Conclusiones

De la jurisprudencia del TC relativa a la articulación autonómica del Poder Judicial y, en consecuencia, a la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en relación con la Administración de Justicia se desprende que el TC no concibe al artículo 149.1.5ª CE como el único título atributivo de competencias exclusivas a favor del Estado en esta materia. Antes al contrario, el TC viene otorgando también naturaleza competencial a la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial contenida en el art. 122 CE. De este modo, el TC está utilizando esta reserva de LOPJ como una técnica de distribución competencial, que le sirve para complementar su propia doctrina acerca del alcance del título estatal específico, el art. 149.1.5ª CE, ampliando así, mediante esta norma relativa al sistema de fuentes del derecho, las facultades que, en este punto, competen al Estado.

Una jurisprudencia caracterizada, además, por su excesiva deferencia hacia la actuación del legislador de la LOPJ o, lo que es lo mismo, por la amplísima libertad de configuración que el TC otorga al legislador orgánico y, por tanto, estatal, al que le correspondería en cada momento concretar el marco de distribución competencial en relación con la Administración de Justicia y más concretamente con su gestión y en definitiva, hacer o no posible que las CCAA puedan asumir o no las competencias en cuestión.

Esta doctrina contrasta, además, con la que el TC sostiene a propósito de otra de las reservas de Ley Orgánica: la prevista en el art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas y de la que el propio TC ha rechazado que sea una norma atributiva de competencias a favor del Estado al tiempo que sostiene una interpretación restrictiva de su alcance, acorde con el carácter excepcional de este tipo de norma.

Esta concepción se ha visto, por lo demás, nuevamente confirmada en la STC 31/2010 así como en la más reciente jurisprudencia sobre esta cuestión (SSTC 163/2012 y 224/2012). De este modo, persiste el TC en una visión de la LOPJ, del alcance competencial del art. 122 CE y de la libertad de configuración que corresponde al legislador orgánico, que entendemos inadecuada, pero que no resulta novedosa, sino que hunde sus raíces en los pronunciamientos previos sobre esta cuestión.

Bibliografía

- APARICIO PÉREZ, M.A. "Comentario a la STC 31/2010. Sobre el Poder Judicial", *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, p. 199-205.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. "Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010, de 28 de junio". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, 2010, p. 62-69.
- . "La constitucionalización del Estado autonómico", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 9, 1997, p. 129-160.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. "Las relaciones del poder judicial, la Administración de justicia y la Generalitat de Catalunya en el marco de la Constitución", en AA.VV. *Informe Pi i Sunyer sobre la Justicia en Catalunya*, Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics, 1999.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. "Los Consejos de Justicia en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro". *Revista de Derecho Político*, núm. 80, 2011, p. 89-116.
- . "Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña". *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, p. 206-211.
- CÁMARA VILLAR, G. "Reformas estatutarias y Consejos de Justicia autonómicos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional". *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, p. 197-220.
- CRUZ VILLALÓN, P. "La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 4, 1982, p. 53-63.
- DE OTTO, I. "Organización del Poder Judicial y Comunidades Autónomas", *Documentación Jurídica*, núm. 45-46, 1985, p. 63-83.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*. Madrid: Iustel, 2005.
- GERPE LANDÍN, M. y CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. "La regulación estatutaria del Poder Judicial y su tratamiento en la STC 31/2010". *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12, 2011, p. 302-330.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Pacto de Estado, reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*. Bilbao: IVAP, 2004.
- . "Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Administración de Justicia y Libro Blanco de la Justicia". *Parlamento y Constitución*, núm. 2, 1998, p. 79-117.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. *Justicia y Estado autonómico*. Madrid: Civitas, 1994.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M. "El Poder Judicial en Cataluña, según el Estatut y el Tribunal Constitucional. Limitaciones y posibilidades de desarrollo de

- un modelo". *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12, 2011, p. 331-362.
- . "La Justicia en los Estatutos de Autonomía de segunda generación". *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, 2009, p. 265-292.
- SAÍZ GARITAONANDIA, A. *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas. Situación actual y perspectivas de reforma*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- TORRES MURO, I. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. "El Poder Judicial en Cataluña en la STC 31/2010, de 28 de junio". *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, p. 345-376.
- VIVER PI-SUNYER, C. *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1989.
- VÍRGALA FORURIA, E. "El Poder Judicial en las Comunidades Autónomas", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 90: Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico, 2006, p. 397-447.

RESUMEN

En este trabajo se analiza críticamente el modo en que el Tribunal Constitucional viene concibiendo la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 122 CE), en especial cuando la misma se refiere a materias que no son subsu-mibles en la competencia que en relación con el Poder Judicial corresponde al Estado en exclusiva (art. 149.1.5ª CE). A través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se inicia en la STC 56/1990 y culmina en la STC 31/2010, se concluye que el TC otorga a esta reserva de Ley Orgánica una naturaleza competencial que no le corresponde, al tiempo que interpreta de un modo excesivamente generoso la libertad de configuración que co-rresponde aquí al legislador orgánico, todo ello en detrimento del ámbito de decisión que, de otro modo, podría corresponder a las CCAA a través de sus Estatutos de Autonomía, lo que además se enmarca en una determinada concepción del Poder Judicial y de su articulación competencial más propia de un Estado centralizado que del actual Estado de las autonomías.

Palabras clave: Poder Judicial; Ley Orgánica del Poder Judicial; reserva de Ley Orgánica; Estado de las autonomías; distribución de competencias.

RESUM

En aquest treball s'analitza críticament la manera en què el Tribunal Consti-tucional ha anat concebent la reserva de la Llei Orgànica del Poder Judicial (art. 122 CE), especialment quan aquesta es refereix a matèries que no són subsumibles en la competència que en relació amb el Poder Judicial corres-pon a l'Estat en exclusiva (art. 149.1.5a CE). A través de l'anàlisi de la juris-prudència del Tribunal Constitucional que s'inicia en la STC 56/1990 i culmina en la STC 31/2010, es conclou que el TC atorga a aquesta reserva de Llei Orgànica una naturalesa competencial que no li correspon, a la vegada que interpreta d'una manera exageradament generosa la llibertat de configura-ció que correspon aquí al legislador orgànic, tot això en detriment de l'àmbit de decisió que, d'una altra manera, podria correspondre a les CA a través dels seus estatuts d'autonomia. Això, a més, s'emmarca en una determinada concepció del Poder Judicial i de la seva articulació competencial més pròpia d'un Estat centralitzat que de l'actual Estat de les autonomies.

Paraules clau: Poder Judicial; Llei Orgànica del Poder Judicial; reserva de Llei Orgànica; Estat de les autonomies; distribució de competències.

ABSTRACT

This article analyzes how the Constitutional Court of Spain has understood the reserve of the Constitutional Law of the Judiciary Power (art. 122 CE), especially when this law refers to subjects that are not assumable within the exclusive powers that Central Government holds on the matter (art. 149.1.5th CE). Through the analysis of the cases-law of the Constitutional Court starting with the ruling 56/1990 and ending with the ruling 31/2010, the article concludes that the Constitutional Court grants to this constitutional law a competential nature which should not correspond to it, and that the Court understands in an excessive generous manner the freedom of configuration belonging to the constitutional-law legislator, all this against the scope of decision that otherwise should correspond to the autonomous communities by means of their statutes of autonomy. Besides, this is framed in a particular conception of the judiciary power and its competency articulation rather the one of a centralized state than to the current state of the autonomies.

Keywords: Judiciary Power; Constitutional Law of the Judiciary Power; reserve of Constitutional Law; state of the autonomies; competencies distribution.

ANÁLISIS EN CLAVE COMPETENCIAL DEL PROYECTO DE LEY ESTATAL SOBRE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Clara Isabel Velasco Rico

Profesora lectora de Derecho Administrativo, Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: I. Introducción. – 1. Consideraciones generales. – 2. Sobre la naturaleza del derecho de acceso a la información en el ordenamiento jurídico español. – II. Las comunidades autónomas en el proceso de elaboración del Anteproyecto de ley estatal y las referencias a estas en el texto del Proyecto. – 1. La participación de las CCAA en el proceso de elaboración del Anteproyecto de ley. – 2. Las previsiones relativas a las CCAA incluidas en el texto del Proyecto de ley. – III. Habilitaciones competenciales y leyes de transparencia y buen gobierno en el Estado autonómico. – 1. El Proyecto de ley estatal de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen Gobierno. – A) La invocación del artículo 149.1.1ª de la Constitución. – B) La referencia al artículo 149.1.18ª de la Constitución y el margen para la regulación autonómica. – C) La alusión al artículo 149.1.13ª. – 2. Competencias y normativa autonómicas en materia de transparencia administrativa y derecho de acceso a la información pública. – A) Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. – B) Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. – C) La Ley Foral de Navarra, de la Transparencia y el Gobierno Abierto. – D) La iniciativa legislativa catalana sobre transparencia y acceso a la información pública. – E) El Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno del País Vasco. – IV. Una breve panorámica de la regulación sobre transparencia y derecho de acceso en otros estados compuestos. – 1. Estados Unidos. – 2. Canadá. – 3. Confederación Helvética. – 4. Italia. – V. Reflexiones finales. – Bibliografía. – *Resumen – Resum – Abstract.*

Artículo recibido el 29/11/12; aceptado el 06/02/13.

I. Introducción

1. Consideraciones generales

Tal y como la define Cerrillo, la “transparencia consiste en el conocimiento por parte de los ciudadanos de lo que sucede en el seno de las administraciones públicas. Gracias a la transparencia administrativa las administraciones públicas son vistas como una casa de vidrio”.¹ De acuerdo con el autor, la transparencia se considera un mecanismo de fortalecimiento del Estado de derecho, un principio de buena gobernanza, y esta se ha relacionado también con los derechos humanos.² La transparencia administrativa se plasma, por un lado, en la existencia de reglas, comportamientos y actitudes por parte de las administraciones públicas y demás instituciones integrantes del sector público y, por otro lado, desde la vertiente ciudadana, se materializa, entre otros, en el reconocimiento y garantía del derecho de acceso a la información pública.

La mayor parte de los Estados desarrollados cuenta con normativa específica que la regula, aunque las leyes de transparencia se han extendido ya por todo el globo. El Estado español no dispone de una normativa equiparable a la existente en muchos de los países de nuestro entorno. Sin embargo, el Gobierno del Estado aprobó en Consejo de Ministros, el día 27 de julio de 2012, el Proyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Este Proyecto de ley fue presentado a las Cortes Generales el día 4 de septiembre de este mismo año.³

1. El autor cita a Rivero, Arena y Orfino en otros. Véase Cerrillo, A. “La contribución de las TIC a la mejora de la transparencia administrativa”. En *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*. Vol. 188 - 756 julio-agosto (2012). pp. 707-724.

2. Existen numerosos trabajos en materia de transparencia y acceso a la información pública, aquí solo enumeraremos algunos de los más recientes: García Macho, R. (ed.) *Derecho administrativo de la información y administración*. Madrid: Marcial Pons, 2010; Biglino Campos, P.: “Transparencia y ciudadanía en el Tratado de Lisboa”. En *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*. Granada: Comares, 2009. pp. 1-16; Bote, V. [et al.] *Transparencia pública*. Madrid: LID, 2006; Cerrillo Martínez, A.; Galán Galán, A. *Qualitat i responsabilitat en la difusió pública a internet*. Barcelona: Escola d’Administració Pública de Catalunya, 2007; Guichot, E. *Publicidad y privacidad de la información administrativa*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2009; Vargas Díaz, C. D. *La globalización del e-gobierno y la transparencia de la información pública*. Madrid: Delta publicaciones, 2011.

3. Puede consultarse el texto de la iniciativa en el enlace siguiente: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-19-1.PDF [consulta, 1.10.2012]. Este es el texto que hemos manejado para desarrollar este trabajo.

El contenido de la futura ley se ha dividido en tres materias distintas o en tres bloques temáticos. En primer lugar se estipulan las previsiones relativas a la transparencia administrativa y a las obligaciones de transparencia activa (título I, caps. I-II, arts. 1-8), en segundo lugar, se establece la regulación del derecho de acceso a la información pública y se diseña el procedimiento para ejercerlo (título I, cap. III, arts. 9-21) y, finalmente, se incluyen los principios y previsiones relativos al buen gobierno y las medidas tendentes a su aseguración (título II, arts. 22-29). Justamente, esta última parte del proyecto tiene poco que ver con la transparencia administrativa y el derecho de acceso a la información pública, ámbitos que sí están estrechamente relacionados. Por ello y, en buena técnica legislativa, sería conveniente desgajar esta parte de la futura Ley y tramitarla como una iniciativa legislativa separada.⁴

La regulación de estos tres ámbitos materiales parece justificar la invocación de hasta tres títulos competenciales distintos por parte del Gobierno. De acuerdo con la disposición final octava, la futura ley de transparencia se dicta “al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1ª, 149.1.13ª y 149.1.18ª de la Constitución”, con la excepción de lo dispuesto en los dos primeros apartados del artículo 8⁵ y en el segundo epígrafe del artículo 18.⁶

4. Téngase en cuenta, además, que los destinatarios de los principios, obligaciones, infracciones y sanciones previstos en el título II del Proyecto de ley, dedicado al buen gobierno, son únicamente los altos cargos de la Administración General del Estado, de acuerdo con el artículo 3.2 de la Ley 5/2006, de conflictos de intereses de miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado y aquellos altos cargos y asimilados de las CCAA y de la Administración Local.

5. Estos preceptos establecen: “Artículo 8. Portal de la Transparencia. 1. La Administración General del Estado desarrollará un Portal de la Transparencia, dependiente del Ministerio de la Presidencia, que facilite el acceso de los ciudadanos a toda la información a la que se refieren los artículos anteriores. 2. El Portal de la Transparencia incluirá, en los términos que se establezcan reglamentariamente, la información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia”.

6. El art. 18.2. del Proyecto de ley establece: “En el ámbito de la Administración General del Estado, existirán unidades especializadas que tendrán las siguientes funciones: a) Recabar y difundir la información a la que se refiere el capítulo I del título I de esta Ley. b) Recibir y dar tramitación a las solicitudes de acceso a la información. c) Realizar los trámites internos necesarios para dar acceso a la información solicitada. d) Realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes de acceso a la información. e) Llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información. f) Asegurar la disponibilidad en la respectiva página web o sede electrónica de la información cuyo acceso se solicita con más frecuencia. g) Mantener actualizado un mapa de contenidos en el que queden identificados los distintos tipos de información que obren en poder del órgano. h) Todas aquellas que sean necesarias para asegurar una correcta aplicación de las disposiciones de esta Ley.

Paralelamente, las comunidades autónomas de Cataluña y del País Vasco y la Comunidad Valenciana se han encaminado hacia la aprobación de normativa específica sobre transparencia administrativa y buen gobierno y, además, Navarra, Galicia y Baleares cuentan ya con sus respectivas leyes de transparencia y gobierno abierto o buen gobierno.⁷

Este trabajo se centrará en el análisis de los distintos títulos competenciales que sirven al Estado para aprobar una ley de transparencia y acceso a la información pública, deteniéndonos, específicamente, en la regulación del derecho de acceso a la información. Pretendemos comprobar si existen dificultades, desde el punto de vista competencial, para encajar el Proyecto de ley estatal en marco plurilegislativo del Estado autonómico y detectar qué margen se ha reservado a las CCAA en la materia. Por ello, el objetivo de este análisis no es el estudio pormenorizado de todo el articulado del Proyecto de ley, sin perjuicio de que se señalen problemas competenciales específicos derivados del contenido de sus preceptos.

En último término, contrastaremos la situación del Estado autonómico, en este ámbito, con los sistemas de garantía del derecho de acceso y de la transparencia administrativa arbitrados en otros estados federales o descentralizados políticamente. Así, analizaremos brevemente la situación en otros Estados compuestos, como son Estados Unidos, Canadá, Suiza e Italia, para detectar qué instancia (o instancias) de poder es competente para aprobar normativa en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública.

2. Sobre la naturaleza del derecho de acceso a la información en el ordenamiento jurídico español

En este punto y antes de finalizar el apartado, es importante destacar la existencia de una disputa doctrinal sobre la naturaleza del derecho de acceso a la información pública en España. Esta no es una cuestión baladí, puesto que su condición determina el tipo de norma que deba regularlo y el margen de maniobra que, posteriormente, puedan llegar

7. Véanse la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, la Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y Buenas Prácticas en Administración Pública Gallega, y la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto. Estas normas hasta la fecha no han despertado dudas de constitucionalidad y no han sido objeto de impugnación.

a tener las CCAA para aprobar normativa propia al respecto. Actualmente perviven dos posiciones doctrinales enfrentadas respecto a su clasificación: por un lado, la (minoritaria hasta ahora) de aquellos que consideran que el derecho de acceso a la información pública debe ser considerado un auténtico derecho fundamental que entronca directamente con el derecho a la libertad de información consagrado en el artículo 20 de la CE –pese a su ubicación en el texto constitucional (art. 105.b CE, derecho de acceso a archivos y registros)⁸ y, por otro, la (mayoritaria, aunque cada vez más debilitada) de aquellos que consideran constituye un derecho constitucional de configuración legal.⁹

8. Pérez Luño defendió esta posición tempranamente. Puede verse al respecto Pérez Luño, A.E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1999. También Desantes Guanter la defendió afirmando que “el derecho del artículo 105 b) no es otra cosa que la consolidación específica con respecto a los documentos administrativos y a los mensajes en ellos contenidos de la facultad de investigación, una de las que componen el derecho a la información, implícitamente reconocida en el artículo 20 de la Constitución en virtud de la integración normativa del artículo 96 e interpretativa del artículo 10.2”. En Desantes Guanter, J.M. *Teoría y Régimen Jurídico de la Documentación*. Madrid, 1987. p. 160. Más recientemente Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. se ha posicionado a favor de esta posición. Puede verse “Un derecho fundamental a acceder a la información pública”. En *El derecho de acceso a la información pública*. Sánchez de Diego, M. (coord.) *Actas del Seminario Internacional Complutense. El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento*. Madrid: Universidad Complutense, 2008. pp. 7-41. Esta opinión puede defenderse según Sánchez de Diego considerando, en primer lugar, la influencia de los Tratados Internacionales ratificados por España que incluyen el derecho de acceso como derecho humano (derecho fundamental de origen supranacional); en segundo lugar por la influencia del Derecho de la Unión Europea (art. 40 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales); en tercer lugar, por la posibilidad de que a través de su jurisprudencia el Tribunal Constitucional así lo declare interpretando el texto constitucional y relacionando este derecho con otros, como los consagrados en el art. 20 y en el art. 23 (derecho fundamental de configuración jurisprudencial); y finalmente, que sea una decisión legislativa incluirlo entre el catálogo de derechos fundamentales, regulándolo mediante ley orgánica (creación de derechos por desarrollo legislativo). También parece apoyarla Piñar Mañas, J.L. cuando criticaba en el borrador de una posible Ley de Transparencia, fechado en agosto de 2010, considerando que “De entrada, gira en torno a una concepción del derecho de acceso a la información pública que dista mucho de ser considerado como verdadero derecho fundamental”. Véase: “La necesidad de una Ley de Transparencia”. En *El Derecho de la Crisis Económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Blasco Esteve, A. (coord.) Madrid: INAP, 2011. pp. 241-245. La cita corresponde a la p. 242.

9. La posición mayoritaria es compartida por los autores siguientes: Álvarez Rico, M. “El derecho de acceso a los documentos administrativos”. En *Documentación administrativa*, núm. 83 (1979), Bernadí Gil, X. “La incidència d’Internet sobre els drets dels ciutadans”. En Bernadí, X., Velasco, C., Lloveras, C. *Administracions Públiques i Internet. Elements de Dret Públic Electrònic*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autonòmics i Locals, 2007. pp. 163- 213; Cotino Hueso, L. “Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica”. En *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 68 (2004), pp. 125-154; Pomed Sánchez, L.A. *La configuración jurídica del derecho de acceso de los ciudadanos a archivos y registros*. Madrid: INAP, 1989.

Aunque se nos pueda tachar de formalistas, el derecho de acceso debe considerarse todavía, a nuestro modo de ver, un derecho constitucional de configuración legal y como tal ha de ser regulado por leyes ordinarias, puesto que no existe pronunciamiento jurisprudencial del TC que indique lo contrario y tampoco las Cortes se han manifestado al respecto, mediante la aprobación de una ley orgánica que lo regule. Parece que el actual Gobierno defiende igualmente su naturaleza de derecho de configuración legal, ya que la iniciativa legislativa presentada corresponde a un proyecto de ley ordinaria y no orgánica. Ello no obstante, el ordenamiento jurídico español puede evolucionar en un futuro, por influencia del derecho internacional y del derecho de la Unión Europea, en la dirección de integrarlo en el haz de derechos fundamentales.

Además, su consideración, o no, como derecho fundamental puede tener un impacto sobre el margen regulatorio que posteriormente puedan tener las CCAA. Si fuera regulado por ley orgánica y, por tanto, se afianzara su condición de derecho fundamental, lo dispuesto en dicha norma sería del todo intangible por las CCAA y estas no dispondrían de margen para ampliar su régimen. Por el contrario, al ser considerado un derecho de configuración legal, como argumentaremos, las CCAA al hilo de sus competencias substantivas en distintos ámbitos materiales pueden adaptar o desarrollar lo dispuesto en la ley estatal a su realidad organizativa y social.¹⁰

II. Las comunidades autónomas en el proceso de elaboración del Anteproyecto de ley estatal y las referencias a estas en el texto del Proyecto

En este apartado realizaremos unas breves consideraciones sobre la participación de las CCAA en la elaboración del Anteproyecto de ley, sobre cómo aparecen tratadas en el texto del proyecto y sobre las referencias del Proyecto a la normativa autonómica ya existente en la materia.

10. Los grupos activistas por la transparencia defienden que dicho derecho debe ser considerado un verdadero derecho fundamental. Véase, por ejemplo, la web de la Coalición Pro Acceso: www.proacceso.org [última consulta, 29.11.2012].

1. La participación de las CCAA en el proceso de elaboración del Anteproyecto de ley

En primer lugar debemos destacar, como refleja el Dictamen del Consejo de Estado,¹¹ que en el expediente de elaboración del Anteproyecto de ley que le fue remitido al órgano consultivo no consta que se diera a las CCAA audiencia expresa en el procedimiento de elaboración. En nuestra opinión, y pese a que el trámite no es obligatorio, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre), hubiera sido deseable que se desarrollara esta audiencia, de acuerdo con el principio de lealtad tan invocado (y tan vacío de contenido en la práctica) en nuestro Estado. El Consejo de Ministros podría haber acordado la audiencia conjunta a las CCAA (art. 22.3 de la Ley 50/1997), máxime cuando algunas de ellas ya cuentan con normativa propia desde hace varios años (notablemente, Galicia, cuya ley fue aprobada en 2006). El intercambio de pareceres y de experiencias y el análisis detallado de los textos ya vigentes podrían haber redundado tanto en la detección y evitación de problemas interpretativos¹² como en la mejora de la calidad del texto.¹³

2. Las previsiones relativas a las CCAA incluidas en el texto del Proyecto de ley

En este punto debe señalarse que las CCAA aparecen mencionadas en el texto del Proyecto de ley en diversas ocasiones, ya sea para imponerles obligaciones (casi siempre) como al resto de administraciones

11. El texto del Dictamen puede consultarse en la dirección siguiente: http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2012-707 [consulta, 26.09.2012].

12. Recuérdese que en el artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, se establece la obligatoriedad de evacuar un informe por parte del Ministerio de Administraciones cuando se determine que un proyecto de real decreto puede afectar a las competencias de las CCAA.

13. Véase la opinión crítica al respecto de De la Nuez Sánchez-Cascado, E. "El proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y buen Gobierno ¿Una ley gatopardesca?". Blog Jurídico "Hay Derecho". (Texto publicado el 24.09.2012). Texto disponible en <http://hayderecho.com/2012/09/24/el-proyecto-de-ley-de-transparencia-acceso-a-la-informacion-publica-y-buen-gobierno-una-ley-gatopardesca/> (última consulta, 15.01.2013). Un análisis ciertamente crítico del Anteproyecto de ley se encuentra en: Fernández Ramos, S. "Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno". En *Actualidad Administrativa*, núm. 12 (2012), p. 1457.

públicas y entidades del sector público, ya sea para invocar el respeto a su autonomía organizativa. Veámoslo.

La primera alusión a las CCAA se realiza en el artículo 2 del Proyecto. Este artículo incluye, en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma (art. 2), tanto a las administraciones de las CCAA como a sus órganos parlamentarios, consultivos, defensores del pueblo y demás instituciones, en iguales términos que a los órganos análogos del Estado, así como a sus entidades de derecho público vinculadas o dependientes, a sus corporaciones de derecho público, a sus fundaciones del sector público y a las asociaciones constituidas por las administraciones públicas y otros sujetos mencionados en el ámbito de aplicación de la Ley. Debe destacarse que las instituciones mencionadas que no revisten el carácter de Administración Pública únicamente están obligadas a cumplir las previsiones de la Ley respecto de aquellas actividades que desarrollan en régimen de Derecho Administrativo. Ello no deja de ser llamativo y sorprendente, en tanto que el acceso a la información de los órganos parlamentarios, por ejemplo, cobra mayor interés en relación con su actividad política que en el ámbito del uso instrumental del Derecho Administrativo, relativo a la gestión del personal y patrimonial, a los contratos y a otras actividades puramente accesorias.

A continuación, se nombra a las CCAA en el artículo 8 (portal de la transparencia), donde se les permite la puesta en marcha de medidas “complementarias y de colaboración” para fomentar la transparencia (más allá del portal gestionado por la AGE). Aparece, de nuevo, una referencia a las CCAA, en el artículo 26. Este artículo se incardina en el conjunto de medidas sancionadoras que incluye la Ley en el ámbito de la estabilidad presupuestaria. En él se dispone que constituye una infracción muy grave (art. 26.1 a.) el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las CCAA. Asimismo, en el artículo 28 (apartados 2.c. y 4.c.) se establece, en cuanto a la tramitación de los expedientes sancionadores, que cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración autonómica o local en supuestos distintos de los contemplados en la letra anterior (que remite a las infracciones contenidas en los apartados f.¹⁴ y

14. Art. 25. f.: “El incumplimiento deliberado de las obligaciones establecidas en los artículos 12.5 y 32 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

o.¹⁵ del art. 25), o altos cargos a su servicio, el procedimiento se incoará e instruirá por los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de las comunidades autónomas o entidades locales en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento.

Ya en las disposiciones adicionales, concretamente en la disposición adicional segunda (relativa a la revisión y simplificación normativa), se dispone que las secretarías técnicas de los ministerios deben coordinar su actividad con los órganos competentes de las CCAA con el objetivo de simplificar los procedimientos en sus ámbitos respectivos de actuación e “impulsar la actuación de las mismas a tal fin, dentro de los principios de colaboración y lealtad institucional”. También en la disposición adicional cuarta, dedicada a regular la “Reclamación”, prevista en el artículo 21 de la Ley, se estipula que esta “corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las administraciones de las comunidades autónomas, sus Asambleas Legislativas y las instituciones autonómicas análogas al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, así como en los de resoluciones dictadas por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que aquéllas determinen”. Esta previsión impide que las CCAA decidan atribuir estas competencias a un órgano ordinario de sus respectivas estructuras administrativas. Sin embargo, las CCAA podrán decidir el diseño de la autoridad independiente y establecer las características que esta deba revestir.

Una última mención específica a las CCAA se encuentra en la disposición final tercera, donde se regula el régimen de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los servicios. Aquí se estipula que las CCAA mediante convenio podrán atribuir la evaluación de sus políticas y programas a la Agencia Estatal mencionada. Esta disposición deja abierta la puerta a que las CCAA puedan atribuir la evaluación a órganos o agencias autonómicos, en ejercicio de su potestad de autoorganización.

Como puede comprobarse, no existe referencia alguna a la competencia legislativa de las CCAA en materias muy vinculadas al objeto del Proyecto de ley, como son archivos y registros, y a la capacidad de las CCAA para adaptar o modular las normas básicas de régimen jurí-

15. Art. 25. o. “o) El incumplimiento de las medidas necesarias para garantizar la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por el Gobierno previstas en el artículo 26 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril”.

dico y de procedimiento administrativo común a sus peculiaridades organizativas, ni a su competencia exclusiva en materia de organización administrativa. Tampoco se determina cómo se articulan o encajan, en la práctica, las normas autonómicas ya existentes en materia de transparencia y buen gobierno respecto del futuro marco normativo estatal. El Gobierno ha obviado, en el Proyecto, que las CCAA han sido pioneras en este ámbito y ha ignorado, al menos formalmente, su normativa al respecto. Ni siquiera se menciona esta normativa autonómica en la exposición de motivos, muy parca, por otro lado, en cuanto a los argumentos que justifican la necesidad de establecer un régimen de transparencia y acceso a la información. Más adelante intentaremos determinar la naturaleza normativa de la futura Ley Estatal de Transparencia y ofreceremos criterios para poderla aplicar en la práctica junto con la normativa autonómica.

III. Habilitaciones competenciales y leyes de transparencia y buen gobierno en el Estado autonómico

1. El Proyecto de ley estatal de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen Gobierno

El Gobierno del Estado aprobó el 27 de julio de 2012, el Proyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que fue remitido a las Cortes generales el día 3 de septiembre. El texto del Anteproyecto de ley estuvo a disposición del público durante unos meses en una página web habilitada al efecto.¹⁶ De este modo, tanto internautas, como ONG y todas aquellas asociaciones y grupos interesados han podido conocer de antemano el texto y aportar sus críticas, propuestas de mejora y sugerencias.¹⁷ Sin entrar ahora a dis-

16. Actualmente, en la web <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm#DF8> se encuentra publicado el texto del Proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros, y no se encuentra ya el texto del Anteproyecto de ley [consulta, 25.10.2012].

17. Sin embargo las aportaciones que estos internautas, grupos interesados, ONG, etc. no están directamente a disposición del público y tampoco de los diputados del Congreso. Véase la noticia *El País* (15.10.2012) "Si insiste, venga usted a la Moncloa". http://politica.elpais.com/politica/2012/10/15/actualidad/1350302574_157288.html [consulta, 25.10.2012].

cutir la calidad de la factura técnica del texto,¹⁸ nos interesa examinar aquí la habilitación competencial que el Estado posee para aprobar esta norma.

Si atendemos a la disposición final octava, la futura ley de transparencia se dicta “al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1^a, 149.1.13^a y 149.1.18^a de la Constitución”. Es bien sabido que los apartados 149.1.1^a, 149.1.13^a y 149.18^a son considerados “títulos competenciales horizontales”, cuya potencialidad es indiscutible, a la luz del uso que de ellos ha hecho el Estado. No podemos realizar aquí un análisis exhaustivo de los distintos títulos competenciales invocados y de su compleja interpretación por motivos evidentes de espacio, por ello solo nos referiremos a los pronunciamientos más importantes del Tribunal Constitucional al respecto.

A) La invocación del artículo 149.1.1^a de la Constitución

El artículo 149.1.1^a es una cláusula de interpretación compleja. La complejidad del precepto al que hacemos referencia radica en que se ha considerado que está revestido de una naturaleza dual, en tanto que principio limitador de las competencias autonómicas y, a la vez, cláusula de atribución competencial a favor del Estado.¹⁹ Aunque puede considerarse que dicho principio limitador, en general, ha sido interpretado de forma flexible por parte del Tribunal, no es menos cierto que esta línea jurisprudencial ha tenido excepciones notables.

Se ha defendido que el sentido original de la cláusula contenida en el artículo 149.1.1^a es una manifestación de la obligación constitucional de los poderes públicos a quienes se encomienda velar por el mantenimiento del principio de igualdad. Por ello se ha afirmado que el precepto constitucional que ahora nos ocupa “implica un *mínimum* garantizado de igualdad formal en el ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales (...)” en todo el territorio del Estado.²⁰ Sin embargo, se ha defendido que la invocación del artículo 149.1.1^a como anclaje competencial del Estado únicamente sería procedente en presencia de un derecho constitucional de las secciones

18. Sobre el particular puede verse el Dictamen del Consejo de Estado antes citado.

19. Fernández Ferreras, G. *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonomico*. Madrid: Iustel, 2005. p. y ss. 409.

20. Carro Fernández-Valmayor, J.L. “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1, 1^a de la Constitución”. En *Revista española de derecho constitucional* (núm. 1), 1981, pp. 133-160. La cita corresponde a la p. 144.

1ª y 2ª del capítulo II, del título I de la Constitución (STC 61/1997, entre otras), lo que en el caso que nos ocupa no sucede.²¹ Es cierto que en el articulado del proyecto se encuentran previsiones conectadas directamente con derechos fundamentales (básicamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales), pero la extensión de su regulación es mínima y, en cualquier caso, no ampara la invocación del artículo 149.1.1ª.

El artículo 149.1.1ª ha sido analizado exhaustivamente por el Tribunal Constitucional y de su disección jurisprudencial pueden extraerse diversas conclusiones. En primer lugar, apunta el Tribunal que el art. 149.1.1ª CE no es un título competencial que habilite al Estado para que este determine los derechos y libertades constitucionales.²² Así pues, el Estado amparándose en este precepto únicamente podrá establecer aquellas condiciones básicas²³ de carácter normativo²⁴ –o mínimo común denominador–²⁵ que tiendan a garantizar la igualdad en el ejercicio de dichos derechos y deberes, aunque ello no debe implicar una uniformidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado,²⁶ puesto que tal

21. Véase sobre este punto el exhaustivo estudio de Cabellos Espiérrez, M.A. *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*. Madrid: CEPC, 2001.

22. Sobre este tema se pronuncian Aja Fernández, E. y Viver Pi-Sunyer, C. "Valoración de 25 años de Autonomía". En: *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 69). Septiembre-Diciembre 2003. pp. 69-113. En concreto, véase la p. 92.

23. En la STC 98/2004, de 25 de mayo de 2004, el Tribunal considera que las condiciones básicas "(...) hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (tales como las facultades elementales, límites esenciales, prestaciones básicas, etc.) imprescindibles o necesarias para garantizar una igualdad básica".

24. Las "condiciones básicas" tienen carácter normativo, como se deduce de la jurisprudencia constitucional (véanse las SSTC 194/1994, FJ 4; 131/1996, FJ 2; 189/1989, FFJJ 2 y 3) y se predicen de una regulación distinta de la "legislación básica", "bases" o "normas básicas" (véase STC 61/1997). Pese a esta jurisprudencia también se han considerado básicos actos meramente ejecutivos y la creación de estructuras organizativas con competencias ejecutivas, por ejemplo, la Agencia Española de Protección de Datos Personales, constituyéndose así una "dimensión organizativa" de lo básico (STC 290/2000).

25. El art. 149.1.1 solo autoriza al Estado para regular lo común, lo mínimo (véase la STC 102/1995, FJ 9) o lo constitucionalmente necesario del derecho o deber en cuestión (véase la STC 225/1993).

26. "En definitiva, el art. 149.1.1 CE 'ni representa una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente respecto de la legislación estatal, ni, en conexión con los arts. 14 y 138.2 CE, implica más que una exigencia de una igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales (STC 317/2002, de 14 de febrero, FJ 15)'. STC 251/2006, de 25 de julio de 2006. FJ 11.

situación chocaría claramente con la concepción del modelo plural de Estado prefijado en la Constitución. Se admiten pues determinadas desigualdades que, siempre y en todo caso, deben estar suficientemente justificadas.²⁷

Por otro lado, el Tribunal Constitucional constata, en la STC 164/2001, de 11 de julio, que este precepto actúa, en primer lugar, como soporte de una competencia específica legislativa estatal. En este sentido, puede afirmarse que la competencia estatal derivada del artículo 149.1.1ª ampara una intervención normativa de carácter “puntual”, que en nuestra opinión podría denominarse “reaccional”, en tanto que habilita al Estado a intervenir cuando la legislación de una o varias CCAA haya supuesto un quebrantamiento del mínimo de igualdad en el ejercicio de derechos y deberes garantizado constitucionalmente y al que nos referíamos con anterioridad.

En sentido contrario, se ha defendido que la competencia estatal basada en el artículo 149.1.1ª es también una competencia de carácter sustantivo, que puede ser ejercida por el Estado sin que exista una violación por parte de las autonomías del mínimo de igualdad garantizado.²⁸ Aunque hay que recordar, sin embargo, como así hizo el Tribunal Constitucional en su STC 18/1989, de 25 de julio, que el art. 149.1.1ª CE es un título competencial residual, puesto que si en una determinada controversia concurre otro título más específico se aplicará con preferencia este último.²⁹ En este sentido, el Tribunal considera que

27. En la STC de 111/2012, de 24 de mayo de 2012, se establece que: “Ciertamente, el art. 149.1.1 CE, en puridad, no habilita al Estado para regular el contenido normativo sustantivo de los derechos constitucionales (...), no cabe identificar el contenido normativo de los derechos constitucionales y 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 que pudiera menoscabar la entidad sustancial del derecho de que se trate (...)”. En el mismo sentido pueden verse la STC 14/2007, de 18 de enero, y la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 17.

28. Carro Fernández-Valmayor, J.L. *op. cit.* p. 149.

29. El Tribunal mantiene, igualmente, que el principio de igualdad en el ejercicio de derechos y deberes que se desprende del artículo 149.1.1 de la CE se erige como límite al concreto ejercicio de las competencias sectoriales de las CCAA (SSTC 42/1981, de 22 de diciembre; 87/1985, 16 de julio, FJ 1; 62/1991, de 22 de marzo, FJ 2). En particular, ha sido utilizado como límite respecto de la potestad sancionadora de las CCAA. Finalmente, en tercer lugar, sostiene el Tribunal Constitucional que el precepto en cuestión es también un criterio interpretativo respecto del alcance de las competencias autonómicas (STC 337/1994, de 23 de diciembre). Aunque, como tal criterio interpretativo, no puede ser esgrimido con voluntad de reducir el alcance de las competencias sectoriales de las CCAA que, en alguna medida, afecten o se relacionen con algún derecho o deber constitucionales (STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 25 y STC 1/1997, de 13 de enero).

la reserva que contiene el artículo 149.1.1^a CE debe ser interpretada como una habilitación al Estado para evitar o impedir la existencia de desigualdades, no justificadas, en el cumplimiento y disfrute de los deberes y derechos constitucionales, sin que ello implique que se faculte al Estado para que dicte la regulación exhaustiva de cualquier actividad que conlleve su ejercicio o cumplimiento.³⁰ Asimismo, el TC ha recordado recientemente (STC 243/2012, de 17 de diciembre de 2012) que conforme a su doctrina el artículo 149.1.1^a “no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento” y el Tribunal se remite a lo dispuesto en, entre otras, las SSTC 239/2002, de 11 de diciembre (FJ 10), 228/2003, de 18 de diciembre (FJ 10), y 150/2012, de 5 de julio (FJ 4).

Recordemos igualmente que el artículo 149.1.1 en la doctrina jurisprudencial del TC contiene también una dimensión organizativa, en tanto que en él se ha amparado la creación por parte del Estado de instituciones de tutela como elemento de garantía uniforme de determinados derechos.³¹ En el supuesto que nos ocupa, el artículo 149.1.1 pretende dar cobijo a la instauración de una autoridad independiente (Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los servicios). Esta Agencia, a diferencia de lo previsto para la Agencia Española de Datos –que es competente para el control de los ficheros públicos en tanto no se creen las agencias o autoridades autonómicas– no podrá, salvo convenio en contrario, recibir las reclamaciones derivadas de las denegaciones de acceso provenientes de la Administración Autonómica.

En el caso del Proyecto de ley de Transparencia, el Estado pretende “ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento” (art. 1). Mediante esta norma reconoce y garantiza un derecho no solo a los españoles, sino a “todas las personas” (art. 9), a acceder a la información pública de acuerdo con lo previsto en el artículo 105.b) de la Constitución Española de 1978

30. En la STC de 111/2012, de 24 de mayo de 2012, el Tribunal afirma que: “Delimitado negativamente, puede decirse que la competencia estatal ex art. 149.1.1 CE no puede ser equiparada a la competencia que ostenta el Estado en materias concretas para dictar la correspondiente normativa básica, ni, por consiguiente, las condiciones básicas se identifican con “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”. (FJ 1).

31. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre.

y con lo que la misma Ley disponga.³² Con ello pretende establecer un marco jurídico común en todo el territorio que reconoce y garantiza el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.³³ Este marco común llega una vez aprobadas la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, la Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y Buenas Prácticas en Administración Pública Gallega (modificada en su art. 11.3 por la Ley autonómica 15/2010, de 28 de diciembre) y la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, y cuando algunas comunidades autónomas (la Comunidad Valenciana, Cataluña y el País Vasco, por ejemplo) han empezado procesos de elaboración de su propia normativa.³⁴ La Ley que pretende aprobarse podrá reconducir las posibles disparidades y situaciones de desigualdad no justificadas que pudieran derivarse de la acción normativa de las comunidades autónomas en este ámbito.

El Proyecto no determina, sin embargo, la naturaleza de dicha Ley, es decir, no especifica que se trate de una ley básica, ni tampoco determina específicamente si algunos de sus preceptos lo son. Aunque, de forma indirecta, parece indicar qué artículos carecen de esa condición (artículos 8.1 y 2 y 18.2).³⁵ Siendo esto así, tampoco se

32. La visión que el Gobierno mantiene del derecho a la información pública sigue anclada en la concepción de la Administración decimonónica, es decir, como un aparato casi omnisciente que almacena, guarda y tutela, en archivos y registros, "la información pública". Por ello, el Gobierno asegura querer desarrollar el derecho contenido en el artículo 105 b) de la Constitución (derecho de acceso a archivos y registros administrativos), y no vincula este Proyecto de ley, ni si quiera por conexión, a otros derechos de mayor calado como serían la obligación de los poderes públicos del art. 9.2 de la CE, el derecho a la libertad de información, art. 20 CE, y el derecho de participación política, art. 23 CE. En el mismo sentido véase De la Nuez Sánchez-Cascado, op.cit.

33. El concepto de información pública se define en el art. 10 del Proyecto de ley: "Se entiende por información pública los contenidos o documentos que obren en poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones".

34. Actualmente, la Ley está en período de *vactio legis*, puesto que su entrada en vigor está prevista a los seis meses de su publicación, de acuerdo con la disposición final tercera de la Ley.

35. El Dictamen 181 del Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya ya puso de manifiesto, en relación con este proceder, que: "(...) resulta obligado hacer referencia a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional a partir de las Sentencias 69/1988, 80/1988 y 227/1988, según las cuales la formalización de las bases tiene trascendencia constitucional como exigencia de conducta del legislador estatal. Ello se traduce en la obligación de que "la norma básica venga incluida en ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica", (...). No hay que menospreciar en absoluto los efectos de esta doctrina, ya que, a falta de esta designación formal expresa, hay que

conmina a las comunidades autónomas a desarrollar estas previsiones legislativas en ejercicio de las competencias que legítimamente hayan asumido. Ello no obstante, en determinados preceptos del Proyecto de ley y algunas de sus disposiciones finales y adicionales se prevé que las comunidades autónomas adapten las previsiones a sus especificidades organizativas, como veremos más adelante.

En este supuesto, podría afirmarse que la iniciativa legislativa del Estado “reacciona” contra la disparidad normativa autonómica (pese a que su objetivo primordial, de acuerdo con la exposición de motivos, responde a la necesidad de establecer un régimen claro de acceso a la información pública y de equipararse al resto de países democráticos de nuestro entorno) aunque, de momento, esta no parece haber supuesto un quebrantamiento del *mínimum* de igualdad en el ejercicio de derechos y deberes garantizado constitucionalmente (que no significa que deba darse una identidad de situaciones jurídicas), o, al menos, no se han levantado críticas contra el proceder de las CCAA que han aprobado su propia normativa o contra los efectos que esta normativa autonómica ha tenido en los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, si se analiza retrospectivamente la génesis del Proyecto de ley, deberá concluirse que no ha sido esta la razón. Recordemos que diversos partidos políticos habían incluido en sus programas electorales para las elecciones generales de 2011 el objetivo de aprobar una ley de transparencia en consonancia con las regulaciones de los países más avanzados en la materia.³⁶

entender que se establece una presunción de que la norma no es básica, presunción que solo podrá quebrarse en supuestos muy evidentes, definidos por el mismo Tribunal como aquellos en los que la norma esté dotada de una estructura de la que pueda inferirse el carácter de básica con naturalidad, es decir, sin especial dificultad interpretativa”. Texto disponible en el enlace siguiente:

http://www10.gencat.net/eapc_revistadret/revistes/Autonomies._Revista_de_dret_public/Dictamen_num._181_del_Consell_Consultiu_de_la_Generalitat_de_Catalunya_en_relacio_amb_la_Llei_30_1992_de_regim_juridic_de_les_administracions_publicues_i_del_procediment_administratiu_comu/es?set_language=es&cl=es [última consulta 01.10.2012].

36. Por citar solo tres, puede observarse que el partido actualmente en el gobierno así lo hizo. Véase: “Lo que España necesita. Programa electoral del PP para las elecciones generales de 2011”. Texto disponible en: http://www.pp.es/actualidad-noticia/programa-electoral-pp_5741.html (última consulta, 09.01.2013). En concreto véase la p. 146. También el “Programa electoral del PSOE para las elecciones generales de 2011” contenía esta propuesta. Texto disponible en: <http://estaticos.elmundo.es/elecciones/elecciones-generales/2011/programas/pdf/psoe.pdf> (última consulta, 09.01.2013). Finalmente, IU incluyó igualmente propuestas en su programa electoral sobre la materia. Véase la p. 26 del texto preparado para las elecciones generales de 2011. Texto disponible en: http://izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/Programa_Electoral_IU_2011_0.pdf (última consulta, 09.01.2013).

Finalmente, el Estado puede interpretar que el artículo 149.1.1ª le otorga una competencia de carácter sustantivo que puede ejercer pese a que no exista un rompimiento del mínimo de igualdad garantizado en todo el territorio. En cuanto al carácter residual de la competencia que se desprende del artículo al que acabamos de referirnos, debemos apuntar que el legislador, quizás consciente de ello, ha añadido dos artículos más a la justificación competencial de la norma (art. 149.1.8ª y art. 149.1.13ª). Al artículo 149.1.18ª nos referiremos a continuación.

B) La referencia al artículo 149.1.18ª de la Constitución y el margen para la regulación autonómica

El legislador central en el Proyecto que examinamos no se limita a reconocer el derecho de acceso a la información pública, como antes habían hecho la Constitución y la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), sino que establece de forma detallada su alcance y su régimen de ejercicio, concretamente, en la sección primera del capítulo III del título I del Proyecto de ley, se desarrolle el régimen general del derecho de acceso a la información pública,³⁷ desligándolo

37. En la sección primera se establecen las definiciones del derecho de acceso y de información pública así como sus límites (arts.: 9. Derecho de acceso a la información pública; 10. Información Pública; 11. Límites al derecho de acceso; 12. Protección de datos personales; 13. Acceso parcial). En la sección segunda se establece el régimen relativo al ejercicio del derecho de acceso a la información pública (artículos: 14. Solicitud de acceso a la información; 15. Causas de inadmisión; 16. Tramitación; 17. Resolución; 18. Unidades de Información –debe tenerse en cuenta que el apartado 2 de este artículo no aplica a las CCAA; 19. Formalización del acceso). Finalmente, en la sección tercera, se establece el régimen de recursos (artículos: 20. Recursos y 21. Reclamación ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios). No obstante, en la disposición adicional cuarta se establece que: “La resolución de la reclamación prevista en el artículo 21 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, sus Asambleas Legislativas y las instituciones autonómicas análogas al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, así como en los de resoluciones dictadas por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que aquellas determinen. 2. No obstante, las Comunidades Autónomas podrán atribuir la competencia para la resolución de la reclamación prevista en el artículo 21 a la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. 3. Las ciudades con Estatuto de Autonomía podrán designar sus propios órganos independientes o bien atribuir la competencia a la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, celebrando al efecto un convenio en los términos previstos en el apartado anterior”.

de la condición de interesado, necesaria en la Ley 30/1992 para poder acceder a los archivos y registros administrativos.

El contenido de este derecho subjetivo, una vez establecido su objeto (a qué se puede acceder), los sujetos activos (quién puede acceder), los sujetos pasivos (quién está obligado a facilitar el acceso) y sus límites (a qué no se puede acceder), tiene un alcance básicamente procedimental y esta característica tiene una especial relevancia. El cómo se accede a la información constituye un elemento capital para garantizar la efectividad del derecho, una vez reconocido. Igualmente, los mecanismos de reclamación y oposición a la decisión administrativa, en caso de denegación del acceso, han de estar previstos con detalle. De hecho, esta es una de las principales carencias del actual régimen jurídico del derecho de acceso a archivos y registros administrativos en España.³⁸ Aunque el derecho está consagrado en la Constitución y se desarrolla mínimamente en la LRJPAC para todas las Administraciones Públicas (arts. 35 y 37), no existe un procedimiento común que garantice su ejercicio. Tampoco, en la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP), donde se recogían, entre otros, el "Principio de accesibilidad a la información" (art. 4. c.) referido a las condiciones técnicas que garanticen el acceso y el "Principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas." (art.4.k.), se estableció procedimiento específico alguno para que pudiera ejercerse el derecho de acceso ante cualquier nivel de Administración Pública por medios electrónicos.³⁹

El Proyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno ha previsto la regulación común de este procedimiento basándose en el anclaje competencial que brinda al Estado el artículo 149.1.18ª de la Constitución. Este es el precepto constitucional que más claramente fundamenta la iniciativa legislativa del Gobierno,

38. Nótese que el Proyecto de ley que comentamos ha ampliado el objeto del derecho previsto en la Constitución, mientras que en la Norma Fundamental se establece que la ley regulará el acceso de los ciudadanos "a los archivos y registros administrativos", el Proyecto de ley establece el régimen de acceso "a la información pública", concepto que engloba a los archivos y registros administrativos, pero que a su vez es mucho más amplio, según la definición del concepto que facilita el propio Proyecto de ley (art. 10).

39. Al respecto puede verse Valero Torrijos, J. "El acceso y la reutilización de la información administrativa. Implicaciones jurídicas del proceso de modernización tecnológica de las Administraciones Públicas en su actual y futura configuración (1)". En *La Ley*, núm. 7800, 17 de febrero de 2012.

en lo que a la regulación del derecho de acceso y a las obligaciones de transparencia se refiere, y de él se derivan dos títulos competenciales distintos: el primero, respecto de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y, el segundo, respecto del procedimiento administrativo común. El artículo 105.c.) de la Constitución ordena al legislador la regulación del procedimiento mediante el que deben producirse los actos administrativos y paralelamente el artículo 149.1.18^a establece una reserva exclusiva al Estado para que regule las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (...) que, en todo caso, garantizarán a los administrados un trato común ante ellas” y también para que establezca “el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”.

La redacción de este precepto es poco afortunada y su interpretación algo dificultosa en estos dos puntos. Por un lado, se han vertido ríos de tinta sobre lo que ha de considerarse incluido dentro de “las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas” y, por otro, la remisión a las meras especialidades organizativas autonómicas en un primer momento pudo llevar a pensar que las CCAA únicamente podrían regular cuestiones de carácter “organizativo” en materia de procedimiento administrativo.⁴⁰ Esta interpretación reductora de las competencias autonómicas quedó rápidamente superada en virtud de la jurisprudencia constitucional versada sobre dicho precepto constitucional.⁴¹

Se ha considerado también que el procedimiento administrativo es una materia “accesoria” respecto de otras materias “substantivas” en las que pueden ser competentes las comunidades autónomas. Por ende, si una comunidad autónoma ha asumido competencias legislativas en un determinado sector o ámbito material, también le compete a ella establecer las normas procedimentales oportunas para el desarrollo de la actividad administrativa en ese ámbito, respetando, no obstante, los principios y reglas del procedimiento administrativo común. Igualmente, se ha considerado que las normas de procedimiento administrativo común deben poder ser adaptadas a las especificidades organizativas de cada comunidad, pese a que formalmente el Estado ostente una competencia exclusiva en la materia (véase STC 23/1993).

40. Una muestra de la dificultad de interpretar estos preceptos son las SSTC 32/1981, de 28 de julio, 76/1983, de 5 de agosto, y 227/1988, de 29 de noviembre.

41. Véase, por ejemplo, la STC 227/1988, de 29 de noviembre.

Y ello porque, como sostiene la doctrina, la estrecha vinculación “entre el régimen jurídico y el procedimiento en una Administración Pública” justifica que pueda defenderse que “el procedimiento administrativo común equivale a una competencia básica”.⁴²

Una de las sentencias más importantes en cuanto a la determinación del alcance de las cláusulas competenciales establecidas en artículo 149.1.18ª de la Constitución es la STC 50/1999. En esta sentencia, tal y como se recuerda en la más reciente STC 31/2010 (FJ 31), se estipula que las comunidades autónomas deben respetar las bases que el Estado establezca de acuerdo con el precepto constitucional antes mencionado “cuya menor extensión o alcance [de las bases] ha declarado una reiterada doctrina constitucional cuando se trata de aspectos internos de las administraciones públicas de las comunidades autónomas (por todas, STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3)”. En sentido contrario esta jurisprudencia constitucional defiende que, cuando las bases afecten directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados, la extensión de dichas bases puede incrementarse, dejando menos margen de maniobra a las competencias de desarrollo autonómico.⁴³ Por otro lado, la STC 1/2003, de 16 de enero, en su FJ 8 afirma que:

“Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la verificación del carácter materialmente básico de la norma estatal hemos de comenzar precisando que en la materia ‘bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas’, por afectar al propio aparato administrativo de las Comunidades Autónomas, dichas bases han de permitir a éstas un ejercicio de sus competencias normativas más amplio que en otras materias en las que rija igual reparto competencial”.

El Proyecto de ley establece un procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública tan detallado puesto que en este caso, las bases estatales sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas –título competencial en que mejor se fundamenta la iniciativa estatal que comentamos– afectan a la posición de los administrados en el sistema. Todo ello se cohonesta con la garantía

42. Baño León, J.M. “Artículo 149.1.18ª”. En *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*. Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dirs.) Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008. pp. 2390-2397. La cita corresponde a la p. 2393.

43. González Rivas, J.J. “Delimitación del contenido del régimen jurídico de las administraciones públicas según los criterios de la jurisprudencia constitucional”. En *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*. Alenza García, J.F. y Razquín Lizárraga, J.A. (dirs.) Cizur Menor: Ed. Thomson-Aranzadi, 2007. pp. 199-216.

a los administrados de un trato común ante todas las administraciones, cuya preservación se encomienda a las bases del régimen de las AAPP, pero no únicamente a ellas.⁴⁴ Este es, a nuestro juicio, el objetivo del legislador estatal, es decir, la futura Ley pretende establecer un procedimiento uniforme, teniendo en cuenta que el procedimiento en sí es garantía del ejercicio del derecho, lo que, a su vez, le permite ofrecer un trato común a todas las personas, con independencia de la Administración frente a la que actúen.⁴⁵ En el caso del Proyecto de ley de Transparencia estatal, como ha quedado dicho, se establece un procedimiento administrativo completo y detallado de acceso a la información pública, incluyendo los requisitos de la solicitud, la tramitación, los plazos de resolución, los motivos de inadmisión y los mecanismos de impugnación del acto expreso o presunto mediante el que se deniegue el acceso.

En cuanto al régimen de transparencia y de publicidad activa, el Proyecto de ley estipula un listado de materias (arts. 5, 6 y 7) en las que rigen las obligaciones impuestas por el legislador básico al conjunto de sujetos obligados en el ámbito de aplicación de la futura ley, unos principios generales en cuanto a la difusión de la información pública (art. 4) y un mecanismo concreto para difundirla en el ámbito de la AGE: el portal de la transparencia (art. 8).

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estas disposiciones (salvo el artículo 8) deben ser respetadas por todos los niveles de Administración Pública, en tanto que no exista otro régimen específico de acceso a la información aplicable (véase la disposición adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información

44. Muñoz Machado, S. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. 2ª ed. Vol. I. Madrid: Iustel, 2007. p. 857. Véase la nota núm. 200.

45. Cabe recordar además que el Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia (STC 50/1999, de 6 de abril) que: "Este Tribunal no ha reducido el alcance de esta materia competencial a la regulación del procedimiento, entendido en sentido estricto que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración (iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos); en esta competencia se han incluido también los principios y normas que 'prescriben de la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez de eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento' (STC 227/1988). Sin embargo, de ello no puede deducirse que forme parte de esta materia competencial toda regulación que de forma indirecta pueda tener alguna repercusión o incidencia en el procedimiento así entendido o cuyo incumplimiento pueda tener como consecuencia la invalidez del acto".

pública).⁴⁶ Ello implica que las CCAA deben adaptar su normativa en estos puntos a lo que disponga la Ley de transparencia estatal o bien aplicarla directamente, en caso de que no dispongan de normativa propia. Esta normativa estatal establecería así el *mínimum* de igualdad requerido constitucionalmente. A nuestro modo de ver y pese a que no sea una posición obvia, ello no debería impedir que las CCAA establecieran regímenes de acceso más favorables a la información de la que disponen sobre sus políticas públicas y sobre sus ámbitos de competencia (siempre respetando los límites establecidos por el Estado) o plazos más cortos para la resolución del procedimiento de acceso, que serían aplicables únicamente a su aparato administrativo, órganos estatutarios y resto del sector público incluido en el ámbito de aplicación de la Ley.

Igualmente, y en esta línea, al aprobar sus respectivas legislaciones en la materia, las CCAA podrían determinar que los legisladores autonómicos y demás órganos estatutarios están obligados a suministrar otros tipos de información relacionada con su actividad y no únicamente aquella derivada de las funciones que desarrollan utilizando instrumentalmente el derecho administrativo. Como vemos, el margen de regulación autonómica aumenta en lo que se refiere a las previsiones relativas a la transparencia y a la publicidad activa. Asimismo, y en tanto que la futura norma estatal no incluye un *numerus clausus* de los tipos de información que deben sujetarse a las obligaciones de publicidad activa, las CCAA en su normativa propia podrían ampliar las materias sujetas a dichas obligaciones.

A su vez, puesto que el artículo 8 no es un precepto de carácter básico, de acuerdo con la disposición final octava del Proyecto de ley,

46. Este precepto establece: "Disposición adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública. 1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo. 2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental, a la destinada a la reutilización y a la obrante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión". El contenido de este artículo puede dejar sin efecto a gran parte de las previsiones de la ley, en la medida que normas sectoriales específicas se aplicarán con preferencia a lo dispuesto en la misma, pese a que esta se revista de un carácter supletorio. Igualmente, el precepto dispone el carácter supletorio de la ley en relación con la normativa existente en tres ámbitos materiales (reutilización, medio ambiente y archivos) que ya disponen de normas relativas al derecho de acceso a la información".

la futura norma estatal salva la competencia de autoorganización de las CCAA para que estas puedan establecer y ordenar los mecanismos de difusión de la información tanto a través de Internet como a través de otros instrumentos. Estas competencias autonómicas abarcan tanto la regulación normativa de estos aspectos como la ejecución de dichas previsiones. Así pues, las CCAA podrían organizar la gestión de la información y desarrollar en la práctica los mecanismos para que esta sea efectivamente difundida.

Por otro lado, el Proyecto de ley no prevé medidas de promoción de la transparencia y del derecho de acceso entre la ciudadanía (guías ciudadanas, por ejemplo). Estas acciones promocionales y también otras de tipo formativo (talleres, cursos y seminarios, etc.) podrían incluirse y desarrollarse mediante normas y actuaciones autonómicas.

En conclusión, podría pensarse que la Ley estatal es una norma de protección y garantía mínimas del derecho de acceso y de la transparencia, que las CCAA deben respetar, pero que también pueden adaptar estableciendo condiciones más favorables. Estas conclusiones se refuerzan en la medida en que el propio texto del Proyecto de ley prevé, además, su naturaleza supletoria respecto de otros regímenes especiales reguladores del derecho de acceso y que en el artículo 4.2 del Proyecto se dispone que “Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad”.

C) La alusión al artículo 149.1.13^a

Finalmente, el Proyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, también encuentra amparo competencial bajo el paraguas del artículo 149.1.13^a de la Constitución. Recordemos que esta previsión habilita al Estado para establecer las “bases y la coordinación de la planificación general económica”. La alusión a este precepto constitucional llama la atención en tanto que el Proyecto de ley, a nuestro modo de ver, carece de un perfil económico claro. Es cierto que la información puede tener un notable valor económico y que las AAPP y el sector público en general disponen de (y generan) ingentes cantidades de ella,⁴⁷ pero en el Proyecto no se regula la

47. Asimismo, es necesaria para tomar decisiones y, tal y como reconoció la Unión Europea, tempranamente, la información puede ser un motor de crecimiento, competitividad y trabajo, y también un factor de mejora en la calidad de vida de los ciudadanos. En este

actividad económica ligada a la reutilización de la información, ni por parte de las AAPP, ni por parte de terceros privados.

Por otro lado puede destacarse, y quizás por ello se busca la justificación de la competencia del Estado en el artículo 149.1.13ª de la Constitución, que el Proyecto de ley establece determinadas obligaciones y sanciones en materia de gestión económico-presupuestaria (art. 23.a) 1º y 23. b.) 4º y 8º) e incorpora infracciones derivadas del incumplimiento de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (art. 25), todo ello en el marco del título II, donde se establecen las previsiones tendentes a garantizar un buen gobierno.⁴⁸ Un precepto de contenido claramente económico, sin embargo, es la disposición final sexta en la que establece la limitación de retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno de las entidades locales.

Recordemos que el artículo 149.1.13ª es fruto de la preocupación de las Cortes Constituyentes por evitar una desintegración del mercado, en tanto que las CCAA estaban en disposición de asumir numerosas competencias de contenido notablemente económico.⁴⁹ Por ello, se dotó al Estado de una competencia que le permitiera “establecer fórmulas e instrumentos de actuación conjunta con las Comunidades Autónomas de cara a hacer efectiva la unidad de mercado”.⁵⁰ Por su potencialidad y su vis expansiva este precepto constitucional ha sido

sentido, disponer de una información veraz, actualizada, comprensible y accesible es un elemento que redundaría en la potenciación de los derechos de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones públicas.

48. Este título contiene un precepto que, en nuestra opinión, presenta un claro problema de constitucionalidad. Nos referimos al artículo 25 del Proyecto de ley, en el que se dispone que cuando cargos autonómicos o locales cometan alguna infracción de las previstas en los apartados f) a o) de su articulado, en materia de estabilidad presupuestaria (de acuerdo con la Ley 2/2012), estos serán sancionados directamente por el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. Esta previsión resulta a todas luces inconstitucional en tanto que atenta contra la autonomía política y administrativa de las CCAA garantizada por la CE de 1978. No existe, en modo alguno, una relación de jerarquía que permita al ministro ejercer su potestad sancionadora respecto de cargos autonómicos o locales. Además si ello se permitiera se estaría despojando a la Administración correspondiente de la capacidad para ejercer su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, puesto que, obviamente, no se podría sancionar una misma infracción dos veces.

49. Sobre el alcance del precepto pueden verse los siguientes trabajos, entre muchos otros: Albertí Rovira, E. “Principio de unidad económica y reparto competencial”. En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36 (1993). Pp. XX; Guillén Caramés, J. *Libre competencia y Estado Autonomo*, Madrid: Marcial Pons, 2005.

50. Guillén Caramés, J. “Artículo 149.1.13ª”. En *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*. Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dirs.) Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008. pp. 2353-2361. La cita corresponde a la p. 2353.

interpretado por el TC de forma restrictiva ya desde los inicios del Estado autonómico (véase la STC 125/1984).⁵¹ Restricción en cuanto a su alcance que se ha mantenido a lo largo del tiempo atendiendo al criterio de la aplicación del título competencial específico autonómico frente al título genérico estatal (véase la STC 45/2001).⁵²

En cuanto a su contenido, la doctrina distingue entre su dimensión positiva y su dimensión negativa. Respecto a la vertiente positiva el precepto que comentamos habilita al Estado a poner en marcha determinadas iniciativas. Así, en la STC 186/1988 (FJ 2) el TC determinó que este título ampara la “definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de medidas precisas para garantizar la realización de los mismos”. En su vertiente negativa, el artículo que ahora nos ocupa ha sido configurado como límite al ejercicio de las competencias autonómicas que tengan una repercusión o incidencia evidentes en la economía.⁵³

El Tribunal Constitucional al analizar este precepto también ha concluido que en materia económica las bases pueden establecerse no únicamente mediante leyes, sino que, en atención a la peculiaridad de la materia, se permite que sean consideradas básicas tanto normas reglamentarias como otras medidas de carácter netamente ejecutivo (véase la STC 208/1999).

Asimismo, el TC ha dictaminado que la competencia general de ordenación de la economía que la Constitución reserva al Estado ex artículo 149.1.13ª CE puede proyectarse sobre los distintos sectores económicos (STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 4 y las que en esta STC se citan). Pero debemos destacar que, en este caso, el Estado está interpretando la cláusula del artículo 149.1.13ª de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que avala que este precepto otorga

51. STC 125/1984: “El art. 149.1.13ª de la Constitución no puede ser aplicable en este caso pues ni debe ser interpretado de forma tal que vacíe toda competencia comunitaria dotada de una cierta dimensión económica –lo que equivaldría a vaciar casi todo el bloque de competencias asumidas por las CCAA” (FJ.1).

52. STC 45/2001: “(...) este Tribunal ha declarado también que, en supuestos de concurrencia entre unas competencias autonómicas específicas, en materia de ‘ganadería’, y una genérica competencia estatal, en materia de ‘ordenación general de la economía’, primar la aplicación de esta última, aun cuando no se advierta una directa y significativa incidencia sobre la actividad económica general de la competencia objeto de controversia, sería tanto como vaciar de contenido el título competencial más específico (SSTC 112/1995, de 6 de julio; 21/1999, de 25 de febrero, y 128/1999, de 1 de julio, FJ 7, entre otras)” (FJ. 7).

53. Guillén Caramés, J. “Artículo 149.1.13ª...”. Op.cit. p. 2354.

al Estado la potestad de actuar “en todo ámbito que pueda alcanzar transcendencia económica” (STC 86/1989, FJ 3).

Igualmente, de acuerdo con la lectura que del precepto ha realizado el Alto Tribunal “corresponde al Estado la ordenación de la actuación económica general, lo que ha de interpretarse como ordenación de la actuación económica de todos los sectores y del propio Estado con relación a ellos, es decir, la propia intervención del Estado en materia económica” (STC 29/1986, FJ 4, antes en la STC 76/983). En conclusión, este es un ejemplo claro de que el Estado ha hallado en la habilitación del artículo 149.1.13ª “el fundamento para ordenar jurídicamente (...) cualquier actividad o elemento que pueda tener repercusión en el ejercicio de las actividades económicas, aunque por su naturaleza no tenga en sí el carácter de actividad económica”.⁵⁴

Una vez realizado este análisis, puede afirmarse, finalmente, que en el Proyecto de ley no se establece justificación o argumentación alguna sobre la invocación de los tres títulos competenciales que amparan la aprobación de la Ley por parte del Estado.

2. Competencias y normativa autonómicas en materia de transparencia administrativa y derecho de acceso a la información pública

Una vez examinados los títulos competenciales que habilitan al Estado a promulgar la normativa que estamos comentando, debemos detectar qué preceptos estatutarios han invocado, para actuar en este ámbito, algunas de las CCAA que cuentan ya con normativa propia en materia de transparencia y buen gobierno y cuáles son los que pretenden utilizar aquellas CCAA que han abierto procesos para aprobarla. También observaremos si estas normas autonómicas establecen procedimientos específicos, equiparables al estipulado en el Proyecto de ley estatal, que garanticen el derecho de acceso a la información pública y a los archivos y registros administrativos. A ello dedicaremos las páginas siguientes.

54. Carrasco Durán, M. “La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)”. En *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 2005. pp. 55-94. La cita corresponde a la p. 64.

A) Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega

En el año 2006, el Parlamento Gallego aprobó la Ley de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. De acuerdo con el preámbulo de la Ley, el precepto estatutario en el que se basó la CA para su promulgación es el artículo 28 del Estatuto de Autonomía de Galicia, que en el marco fijado por el artículo 149.1.18ª y 149.3 de la CE le atribuye la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en materia de régimen jurídico de la Administración pública de Galicia. Asimismo, se argumenta que el derecho de acceso a la información pública está conectado con el artículo 9.2 de la Constitución Española y con el 4.2 del EAG, que obliga a los poderes públicos de Galicia a facilitar la participación de todos los gallegos y gallegas en la vida política, económica, cultural y social.

El artículo 3 de la Ley reconoce los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración, mientras que en el artículo 4 se consagra el "Derecho de las personas a la información", que comporta el "derecho a solicitar y obtener información sobre los aspectos de la actividad administrativa de las instituciones y órganos mencionados en el artículo 1 de la presente Ley que afecten a sus derechos e intereses legítimos".⁵⁵ Como se observará, la ley no utiliza el concepto de información pública, pero sí amplía el objeto de acceso más allá de la información contenida en archivos y registros. Por otro lado, puede destacarse que la Ley gallega no establece un procedimiento concreto para articular el ejercicio del derecho a la información. En este caso, pues, debería estarse a lo dispuesto en la futura normativa estatal para tramitar las solicitudes acceso.

En último término, la ley gallega únicamente estipula que la información se facilitará de forma clara, mediante los instrumentos de información general presentes en las unidades y órganos administrativos. También obliga a facilitar información sobre los procedimientos administrativos en las oficinas de atención al ciudadano, ya sean presenciales, electrónicas o telefónicas. Igualmente, la Ley insta la creación y mantenimiento de páginas web accesibles para facilitar el acceso a la información.

55. Según el artículo "Dicha información podrá ser de carácter general o particular y comprende asimismo el acceso a los archivos y registros a que se refiere el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común".

B) Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears

El artículo 14 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, después de la reforma llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, otorga a los ciudadanos de las Illes Balears en relación con las administraciones públicas, entre otros y sin perjuicio de lo que dispone la legislación básica del Estado, el derecho a una buena administración y al acceso a los archivos y registros administrativos de las instituciones y administraciones públicas de las Illes Balears. Este derecho debe ser regulado por una ley del Parlamento autonómico. La Ley que desarrolla esta previsión estatutaria es la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.

La Ley balear, en lo que ahora nos interesa, se asemeja bastante a la Ley gallega puesto que tampoco incorpora un procedimiento específico que permita ejercitar el derecho de acceso a la información pública, ni tampoco contempla un procedimiento para solicitar el acceso a los archivos y registros administrativos. Consiguientemente, deberá estarse a lo que disponga finalmente la Ley estatal en cuanto a los requisitos de la solicitud de acceso, los supuestos de inadmisión, los plazos, forma de tramitación, etc. Siguiendo la estela de la norma gallega se obliga a la Administración de la CA y a su sector público a garantizar el acceso de la ciudadanía a la información obrante en los archivos y registros administrativos. Para ello, se destaca la importancia de los medios electrónicos y la necesidad de mantener los canales de atención presenciales y telefónicos. Asimismo, impone obligaciones de transparencia activa.

Finalmente, y en cuanto al acceso a archivos y registros, solamente se prevé que la Administración balear y los organismos y entidades que de ella dependen deben garantizar el acceso a sus archivos y registros, "como también a los documentos que están en su poder". Para garantizar este acceso se prevén dos medidas (art. 5): por un lado, se deben "hacer públicas en la página web de la administración, en un apartado específico, las condiciones de acceso al conjunto de archivos y registros", y por otro debe trabajarse para "implantar progresivamente el uso de las nuevas tecnologías en el acceso a archivos y registros". Como ya hemos dicho, en cuanto al procedimiento de acceso nada se prevé, y por tanto, en este caso deberá atenderse también a lo que acabe disponiendo la legislación estatal, siempre que no se reforme esta norma autonómica.

C) La Ley Foral de Navarra, de la Transparencia y el Gobierno Abierto

La Comunidad Foral de Navarra ha aprobado recientemente su Ley 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, en cuya exposición de motivos se argumenta que Navarra tiene competencia exclusiva, en virtud de su régimen foral (art. 49.1 de la LORAFNA), sobre las normas de procedimiento administrativo que se deriven de las especialidades del Derecho sustantivo o de la organización propios de Navarra. Esta norma, plenamente en consonancia con las regulaciones más avanzadas de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública, se aparta en buena medida de las leyes autonómicas que la han precedido. Ciertamente, esta Ley da un paso más y regula detalladamente el procedimiento de acceso a la información pública y establece, en uso de la potestad de autoorganización, un nuevo modelo de organización administrativa.⁵⁶

En cuanto a la articulación de la Ley Foral con la normativa estatal vigente hasta el momento, la exposición de motivos argumenta que Navarra respeta los límites de la legislación básica del Estado en materia de procedimiento administrativo común. Para el legislador foral, el derecho de acceso a archivos y registros y el procedimiento para hacerlo efectivo, así como el régimen de su ejercicio, forman parte del ámbito organizativo propio de la Comunidad. Por ello entiende que no se invade competencia estatal alguna. Igualmente, considera que al legislarse dicho derecho de modo más favorable y menos restrictivo, si se compara con la regulación estatal vigente, se establece una mejora para todas las personas que se relacionan con las instituciones públicas navarras. Además en su argumentación se vincula la regulación del derecho de acceso con la potestad de autoorganización de la Comunidad puesto que los archivos y registros autonómicos –y su organización– son de su competencia exclusiva.

La Ley Foral define el derecho de acceso a la información pública (art. 22), establece limitaciones al mismo (art. 23) y regula las condiciones del acceso parcial (art. 25). Igualmente, se conjuga dicho acceso con el respeto debido a las normas de protección de datos per-

56. En la exposición de motivos de la Ley se explicita que se pone en marcha “un diseño nuevo de la organización de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus entes públicos, adoptando un modelo que apuesta por la transparencia en la información de la que dispone, por fomentar su reutilización, por la participación y colaboración de los ciudadanos y ciudadanas a las que debe servir, configurando una nueva forma de administrar, más abierta y participativa”.

sonales (art. 24). Los ítems regulados en estos artículos son idénticos a los regulados en el Proyecto de ley estatal, aunque sus previsiones concretas son algo dispares.

En lo que ahora nos interesa, la Ley Foral establece un procedimiento detallado para ejercer el derecho de acceso en los artículos 26 a 33 de la Ley.⁵⁷ Abordando una cuestión central desde el punto de vista del derecho de acceso como es el plazo de que dispone la Administración para resolver la solicitud de acceso, puede observarse que la Ley Foral dispone que la entrega o denegación de la información se realizará "lo antes posible" y, como tarde, en los "en los plazos recogidos en las normas con rango de ley específicas", y en defecto de previsión, en los que el propio artículo indica.⁵⁸ Esta disposición nos plantea algunos interrogantes: ¿se está refiriendo el artículo a la Ley básica de procedimiento administrativo?, ¿o bien a una ley estatal que regule este procedimiento de acceso específicamente? ¿O se alude a la ley foral de procedimiento administrativo o a normas legales sectoriales en materias diversas que establezcan regímenes de acceso específicos? En todo caso, podría interpretarse que la remisión se hace a la norma estatal que regula específicamente el procedimiento de acceso, en este caso, cuando se apruebe, a la Ley de Transparencia.

Como conclusión, debe destacarse que la regulación que del derecho de acceso realiza la Comunidad Foral de Navarra deriva de su consideración como elemento conexo a los archivos y registros de titularidad autonómica. Por ello, el legislador foral establece un procedimiento específico, ya que la competencia sobre el procedimiento

57. El contenido de estos artículos es el siguiente: art. 26. Solicitud de información pública; art. 27. Solicitudes imprecisas; art. 28. Causas de inadmisión de las solicitudes; art. 29. Intervención de terceros; art. 30. Plazos para resolver la solicitud y sentido del silencio; art. 31. Resolución; art. 32. Forma o formato de la información; art. 33. Gratuidad del acceso *in situ* y tasas y precios.

58. Art. 31 Ley Foral: "(...) En el plazo máximo de quince días desde la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para resolverla, con carácter general. En el plazo de treinta días desde la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para resolverla, si el volumen y la complejidad de la información son tales que resulta imposible emitirla en el plazo antes indicado. En este supuesto, deberá informarse al solicitante, dentro del plazo máximo de diez días, de las razones que justifican la emisión de la resolución en dicho plazo. 2. Si en el plazo máximo previsto para resolver y notificar no se hubiese recibido resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud salvo con relación a la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley. 3. La Administración Pública, en los casos de estimación por silencio administrativo, vendrá obligada a emitir y notificar la resolución expresa reconociendo el derecho, total o parcialmente, conforme a las previsiones recogidas en esta Ley Foral".

sigue a la competencia material (archivos y registros y organización de la Administración de la Comunidad). Sin embargo, el legislador autonómico realiza una remisión a las normas “con rango de ley específicas” y con ello quizás esté abriendo la puerta a la aplicación de algunos de los futuros preceptos de la norma estatal.

D) La iniciativa legislativa catalana sobre transparencia y acceso a la información pública

El 7 de abril del año 2011 se constituyó en el Parlamento de Cataluña una ponencia conjunta de todos los grupos políticos para elaborar una proposición de ley sobre transparencia y acceso a la información pública. En el Sistema de Información sobre Actividad Parlamentaria (SIAP) de la web del Parlamento, queda constancia de la constitución de la ponencia conjunta y de los tres acuerdos de prórroga para elaborar el texto de la proposición que se han concedido (25.07.2011, 05.12.2011, 17.04.2012);⁵⁹ sin embargo, no se ha llegado a ningún acuerdo sobre el contenido de la proposición y tampoco se ha facilitado al público ni texto articulado alguno, ni informe, sobre la futura ley.⁶⁰ De hecho, la disolución del Parlamento y la convocatoria de elecciones para el 25 de noviembre truncaron el camino parlamentario de la iniciativa. El proceso que se desarrolló en el Parlamento catalán nos parece poco transparente, puesto que no ha trascendido apenas nada del trabajo realizado en la ponencia, seguramente debido a las fuertes discrepancias políticas entre los grupos de CiU y del PSC sobre el alcance y contenido que debería tener el texto.⁶¹

Además de dar cuenta del proceso de elaboración de la proposición de ley, debemos examinar ahora los preceptos estatutarios y los títulos competenciales que puede esgrimir el Parlamento para aprobar

59. Los trámites que ha seguido la iniciativa pueden consultarse en <http://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/siap> (última visita, 28.09.2012).

60. Sin embargo, nos consta, a través de la prensa, que sí existe un texto articulado y un informe jurídico que lo acompaña que se filtró a El País y que no prosperó en el seno de la ponencia. Este trabajo preliminar, como decimos, no ha sido publicado ni difundido por ningún medio al público en general. Véase la noticia en el enlace siguiente (última consulta, 28.09.2012): http://www.idluam.org/images/stories/CCAA_noticias/CATALU%C3%91A.%20Los%20altos%20cargos%20que%20oculten%20informaci%C3%B3n%20er%C3%A1n%20inhabilitados.pdf

61. Justo antes de cerrar este texto, el día 05.02.2013, el Parlamento de la Generalitat de Catalunya ha constituido de nuevo una ponencia para trabajar en la Ley de Transparencia.

una ley de transparencia y acceso a la información pública y cuál sería su alcance constitucionalmente legítimo.⁶² Para ello debemos examinar el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). Una cuestión que nos llama poderosamente la atención al examinar los preceptos del Estatuto de Autonomía de 2006 es la ausencia, en el extenso listado de derechos que contiene el texto, de una referencia directa al derecho de acceso a la información pública (la norma no se refiere tampoco al derecho de acceso a archivos y registros). Sin embargo, en el artículo 4 del Estatuto (Derechos y Principios rectores) se dispone que los poderes públicos de Cataluña deben promover el pleno ejercicio de las libertades y los derechos que reconocen el presente Estatuto, la Constitución, la Unión Europea y demás tratados internacionales suscritos por España. Por ende, el derecho de acceso a archivos y registros o el más amplio de acceso a la información pública quedan incorporados, aunque sea indirectamente, al Estatuto de Autonomía.

Más adelante, en el artículo 29, el EAC proclama el derecho de participación de los ciudadanos de Cataluña en los asuntos públicos. Es bien sabido que para que la participación sea efectiva, debe ser una participación informada. Difícilmente podrá la ciudadanía participar en los procesos públicos de toma de decisiones (a través de cualquiera de los mecanismos previstos) si no tiene a su disposición una información veraz, accesible y comprensible. En el artículo 71 del EAC, relativo a las disposiciones generales y principios de organización y funcionamiento, se estipula que "La Administración de la Generalitat, de acuerdo con el principio de transparencia, debe hacer pública la información necesaria para que los ciudadanos puedan evaluar su gestión". Este precepto tiene una gran importancia como anclaje para justificar la aprobación de la futura ley de transparencia catalana. Debe destacarse, además, que el Estatuto vincula acceso a la información por parte

62. En la normativa catalana sobre uso de las TIC por parte del sector público de Cataluña y en la norma de procedimiento administrativo las invocaciones a la transparencia son constantes. En la Ley 29/2010, de uso de las TIC en el sector público de Cataluña se establece, en el preámbulo, que la Administración electrónica persigue mejorar la transparencia; en el artículo 3 se establecen las finalidades que han de redundar en la mejora de la transparencia y entre ellos destaca: a) Garantizar que el uso de los medios electrónicos promueva una administración pública abierta, transparente, accesible, eficaz y eficiente; en el artículo 4, se establecen los principios y el segundo es el principio de "Transparencia y participación". El precepto dispone que las "Entidades del sector público deben garantizar el acceso al estado de las tramitaciones administrativas y a la información que consta en sus archivos, de acuerdo con lo que establece el ordenamiento jurídico, y también la rendición de cuentas y el establecimiento de mecanismos de participación activa en las decisiones públicas".

de los ciudadanos con la evaluación de los resultados de la gestión pública desarrollada en los distintos ámbitos materiales de competencia de la Generalitat.

Una plasmación legislativa de las previsiones estatutarias se encuentra en el artículo 28 de la Ley 26/2010, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña. En este precepto se consagra el "derecho de los ciudadanos a una información veraz y de calidad" sin importar el soporte o el medio a través del que se difunda la información. A su vez el precepto permite que sean normas de rango reglamentario las que establezcan los plazos y condiciones en los que los ciudadanos pueden hacer efectivo el derecho a la información. Precisamente, como ya hemos constatado, el Proyecto de ley Transparencia, Derecho de Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno deja margen a las CCAA para que prevean y desarrollen todas aquellas medidas que consideren apropiadas en relación con la publicidad activa de la información pública, siempre que se respeten los mínimos establecidos por el Estado en la materia.

En el Estatuto, ya en el ámbito competencial, se encuentra otro precepto que podrá habilitar a la Generalitat para aprobar una ley de transparencia y acceso a la información propia. Nos referimos al artículo 159, que regula la competencia de la Generalitat en materia de régimen jurídico, procedimiento, contratación y responsabilidad en las administraciones públicas catalanas. Aquí se dispone que: "Corresponde a la Generalitat, en materia de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas catalanas, la competencia exclusiva en lo no afectado por el artículo 149.1.18ª de la Constitución".⁶³

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la Generalitat, de acuerdo con el artículo 127.1.c) es competente de forma exclusiva para establecer la regulación de los archivos que no sean de titularidad estatal. Esta regulación bien podría establecer un régimen de acceso a la información específico que desplazara en este ámbito material a la futura norma estatal.

63. Esta competencia se ha desarrollado en la Ley 26/2010, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas catalanas. En el artículo 2 de esta Ley se dispone que son "Finalidades" de la Ley: a) hacer efectivos los derechos reconocidos por la Constitución, por el Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico (...)", así como "d) Garantizar la coordinación administrativa y también la transparencia y la objetividad en la actuación de los órganos de las administraciones públicas". En el artículo 31 de la citada Ley, entre los principios a los que sujeta su actuación la Administración se encuentra el principio de "Transparencia y accesibilidad".

E) El Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno del País Vasco

Otra iniciativa legislativa que se ha visto truncada, también por un avance electoral, es la referente al Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen gobierno del País Vasco. El Gobierno del País Vasco disponía ya de un texto articulado y se había procedido a su presentación al público y a su difusión en varios congresos y seminarios sobre transparencia y gobierno abierto.⁶⁴

Del examen del texto del Anteproyecto pueden destacarse algunas cuestiones de interés a los efectos del presente trabajo. En primer lugar y en cuanto a la competencia del Parlamento Vasco para la promulgación de la Ley, en la exposición de motivos se afirma que “proviene de lo dispuesto en el Artículo 149.1.18 de la Constitución, que contempla las atribuciones de las comunidades autónomas para el desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del estado en materia de régimen jurídico y procedimiento administrativo de la Administración, en este caso, de la Comunidad Autónoma de Euskadi, materias estas que forman parte de lo que se denomina núcleo fundamental del derecho administrativo general”. De acuerdo con el Anteproyecto, su contenido no es más que el desarrollo del artículo 103.1 de la CE.⁶⁵ Igualmente se considera, por parte de quien elabora la iniciativa, que lo dispuesto en su articulado respeta la competencia estatal sobre la legislación básica de procedimiento administrativo en tanto que la normativa autonómica establece un “desarrollo de la misma que pretende ir más allá del mínimo impuesto por dicha norma”. La única mención a los preceptos del Estatuto de Autonomía del País Vasco en la exposición de motivos del anteproyecto es al artículo 9.2 del Estatuto de Gernika, donde se obliga a los poderes públicos a “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural de País Vasco”. Nada se dice sobre la competencia

64. El texto que manejamos se encuentra en el enlace siguiente: http://www.irekia.euskadi.net/assets/a_documents/2329/Anteproyecto_Ley_Transparencia_Propuestas.pdf?1340787717 (última consulta, 01.10.2012).

65. Pero la justificación de la iniciativa va más allá y se explicita que: “Sin embargo, este precepto puede considerarse, a su vez, desarrollo, complemento o refuerzo desde el ámbito administrativo, por un lado, del principio recogido en el artículo 9.2 de la Constitución que encarga a los poderes públicos que faciliten “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” y, por otro lado, del derecho fundamental a recibir libremente información del artículo 20.1.d) de la Constitución, concretado en el denominado “derecho a saber” de los ciudadanos y de las ciudadanas”.

exclusiva de la Comunidad en materia de “Normas procesales y de procedimientos administrativos y económico-administrativos que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco” (art. 10.6).

En cuanto a la regulación del ejercicio del derecho de acceso, como en el caso de Navarra, el País Vasco pretendía establecer una regulación completa del mismo.⁶⁶

En último extremo, debe señalarse que esta Ley se separa de los modelos de las comunidades de Baleares y de Galicia, en tanto que no se limita a desarrollar o duplicar los preceptos de otras normas estatales (por ejemplo de la Ley 11/2007, de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos, o de la Ley de contratos del sector público, etc.) sino que realiza una regulación innovadora del derecho de acceso (bastante inspirada en la norma navarra) y establece medidas de carácter organizativo en relación con la obligación de transparencia activa impuesta a la Administración.

IV. Una breve panorámica de la regulación sobre transparencia y derecho de acceso en otros estados compuestos

En este apartado pretendemos ofrecer una muy somera panorámica de la articulación competencial de la regulación sobre transparencia y derecho de acceso en otros estados compuestos, algunos bastante alejados de nuestro sistema de distribución territorial del poder (Estados Unidos, Canadá y Suiza) y otro más cercano (Italia).

1. Estados Unidos

En el caso de Estados Unidos, un sistema federal de corte anglosajón (dual) donde cada nivel de Gobierno tiene encomendadas sus respec-

66. Así, el proyecto contiene previsiones sobre los titulares del derecho de acceso (art. 8) y sus limitaciones (art. 9); sobre la relación entre el acceso y la salvaguarda de los datos personales (art.10) y también en relación al acceso parcial (art. 11). Igualmente, establece el alcance temporal de las excepciones al libre acceso (art. 12) y las condiciones que ha de reunir la solicitud de acceso a la información pública (art. 13). Finalmente, dispone plazos precisos para resolver las solicitudes (15 días), recuerda el sentido del silencio (positivo) (art. 15) y señala los requisitos que debe cumplir la resolución del procedimiento (art. 16).

tivas atribuciones de forma exclusiva y donde se desconoce la técnica de las materias competenciales compartidas (legislación/ejecución),⁶⁷ la norma de cabecera en materia de transparencia administrativa y de acceso a la información pública es la muy conocida *Freedom of Information Act* (FOIA).⁶⁸ Esta norma fue aprobada en 1966 y entró en vigor el 5 de julio de 1967 y otorga el derecho a toda persona a obtener el acceso a los archivos y registros que obren en poder de las agencias federales, con la excepción de aquellos o de las partes de aquellos que estén protegidos del acceso público por alguna de las excepciones previstas. Esta norma ha sido modificada en varias ocasiones, siendo una de las más importantes la actualización llevada a cabo por la *Electronic Freedom of Information Act* de 1996.⁶⁹

Cabe recordar que una solicitud amparada en la FOIA puede registrarse ante cualquier Agencia Federal y respecto de cualquier expediente.⁷⁰ La mayoría de las Agencias Federales acepta ya solicitudes electrónicas basadas en la FOIA, lo que incluye formularios en Internet, los correos electrónicos o el fax. Nótese sin embargo que esta norma capital en cuanto a la transparencia y a la regulación del derecho de acceso se aplica únicamente a la Administración Federal (Agencias Federales).

La FOIA no es de aplicación, por tanto, a los archivos y registros y a las bases de datos del resto de administraciones públicas norteamericanas. Los Estados son competentes de forma exclusiva para regular

67. Para consultar un análisis completo de los sistemas de distribución territorial del poder de los países que aquí serán tratados puede verse: Argullol Murgadas, E. y Velasco Rico, C. (dirs.) *Instituciones y competencias en los estados descentralizados*. Barcelona: Instituto de Estudios Autonómicos, 2011.

68. Véase entre la mucha literatura al respecto: Henry, C.L. *Freedom of Information Act*. New York: Ed. Nova Publishers, 2003; Osorio, C. "La Freedom of Information Act (FOIA): el acceso a la información en Estados Unidos". En *El acceso y la desclasificación de los documentos: actas del Congreso Internacional de Archivos y Derechos Humanos*. M. Asumpció Colomer Arcas (coord.) 2009, págs. 29-56.

69. Véase Sanz Salla, O. "El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al derecho norteamericano". En *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Ricardo Jesús García Macho (coord.) 2010, pp. 203-2230.

70. Las solicitudes basadas en la FOIA pueden realizarse respecto de cualquier expediente que obre en poder de una Agencia. Antes de enviar la solicitud debe determinarse cuál es la agencia que tendrá esa información. Esta información puede recuperarse a través de las páginas web de las distintas agencias. Una valoración del funcionamiento de la FOIA puede encontrarse en Halstuk, M.E. y Chamberlin, B.F. "The Freedom of Information Act 1966–2006: A Retrospective on the Rise of Privacy Protection Over the Public Interest in Knowing What the Government's Up To". En *Communication Law and Policy*. Vol. 11, núm. 4 (2006). pp. 511-564.

el régimen jurídico de sus respectivas organizaciones administrativas y para establecer las normas relativas al régimen y gestión de sus archivos. Actualmente, los 50 estados, el Distrito de Columbia y algunos territorios de los Estados Unidos cuentan con algún tipo de ley de libertad de información para regular el acceso de los ciudadanos a los documentos del gobierno estatal y de su administración, así como de los gobiernos y administraciones locales (ciudades, condados y distritos escolares). Las normas estatales son variadas y sus previsiones divergen en cuestiones como el plazo para responder a las solicitudes, las tasas que pueden cobrarse por facilitar la información, si la denegación de acceso permite acceder al *ombudsman* correspondiente o bien si la solicitud de acceso debe estar motivada.

Así pues, se cuenta por un lado, con una legislación aplicable al aparato administrativo central (federal) y por otro, las unidades subcentrales (estados) cuentan con normativa propia en la materia. Por último, debe recordarse que en Estados Unidos los mecanismos de oposición a las denegaciones de acceso o a las resoluciones incompletas o parciales se encuentran regulados en las normas federales (si actúa una Agencia Federal)⁷¹ o en una norma estatal (si actúa la Administración de un estado o bien una Administración Local).

2. Canadá

Canadá, otra federación de corte anglosajón (aunque el principio de exclusividad se haya visto relajado en la práctica), también cuenta con una norma federal de transparencia y de acceso a la información. Esta es la *Access to Information Act*, que entró en vigor el 1 de julio de 1983 y que otorga el derecho de acceso a los canadienses a los expedientes

71. Véase "Libertad de prensa: Leyes para la libertad de información": "Si a un solicitante le es negado acceso a un documento, tiene derecho a apelar. Bajo la Ley FOIA, y en la mayoría de los países, se inicia por pedir una revisión interna dentro de la agencia. En ocasiones esta táctica, mas no siempre, tiene por resultado la liberación de los documentos. El siguiente paso es presentar una apelación para una revisión externa. En Estados Unidos, esto significa presentar una demanda ante un tribunal federal de distrito, con las apelaciones posteriores conforme sea necesario a través de los tribunales de apelación federales, e incluso ante el Tribunal Supremo. (...) en algunos de los estados individuales de Estados Unidos, el solicitante puede apelar ante un defensor del pueblo para la libertad de información, o un tribunal independiente o comisión de información. Incluso en esas jurisdicciones, una revisión final puede ser solicitada en cortes nacionales". Texto publicado el 03.12.2010 en <http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/publication/2011/02/20110214133403x0.7895417.html#axzz27CNpBtoY> (última consulta, 01.10.2012).

que estén bajo control de una institución del Gobierno Federal. Esta fue una de las normas pioneras en la materia a nivel mundial, y como en el caso de la norma federal estadounidense solo se aplica a las instituciones del poder federal.⁷²

Debe tenerse en cuenta que, en la práctica, el sistema de distribución territorial del poder en Canadá contempla materias en las que las dos instancias de poder, la Federal y la Provincial, pueden legislar. Precisamente, el régimen de las garantías generales de los ciudadanos, el procedimiento administrativo y la regulación del régimen y de la gestión de los archivos son materias en las que ambos niveles de gobierno pueden ejercer competencias normativas. Por ello, actualmente, en Canadá existe una multiplicidad de leyes relativas al acceso a la información. Todas las provincias y territorios canadienses han aprobado sus propias normas en la materia, aplicables a sus respectivos aparatos institucionales y administrativos. También hay que tener en cuenta, finalmente, que las leyes provinciales pueden regular el acceso a la información perteneciente a otros tipos de administraciones provinciales como la educativa o la sanitaria. Los ámbitos de aplicación de las distintas normas provinciales pueden variar en gran medida.

3. Confederación Helvética

El caso de la Confederación Helvética es curioso, como el supuesto español, en la medida en que la Federación como tal no contó con normativa propia en materia de transparencia y acceso a la información pública hasta 2004 (*Loi sur la Transparence de l'administration*, en vigor desde 2006), mientras que algunos de los cantones habían regulado la materia

72. Esta norma ha sido modificada en varias ocasiones, la última en el año 2010. Véase "About de Legislation": "The Act reflects three principles: that government information should be available to the public; that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific; and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government. The Supreme Court of Canada has described the Act as a pillar of our democracy. In 1997, Justice Gérard Vincent La Forest said, on behalf of the entire Supreme Court: 'The overarching purpose of access to information legislation is to facilitate democracy by helping to ensure that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process and that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry'". En <http://www.oic-ci.gc.ca/eng/lc-cj-abl-apl.aspx> (última visita, 01.10.2012).

individualmente.⁷³ La doctrina suiza explica esta circunstancia teniendo en cuenta tanto condicionamientos políticos⁷⁴ como que la mayor parte de la información que los ciudadanos quieren o necesitan conocer está en manos de los cantones o de las administraciones locales, puesto que son estos los que ejercen competencias con incidencia directa en la esfera de derechos e intereses de los ciudadanos.

En Suiza, la articulación normativa del régimen de transparencia administrativa y de acceso a la información pública está muy marcada por el sistema de distribución territorial del poder. La Confederación suiza se basa en un modelo de repartición del poder derivado del federalismo de ejecución. En este sistema la federación (las instancias federales) adopta determinadas decisiones y aprueba normativa cuya implementación y desarrollo se delega en las instituciones cantonales. Por tanto, el sistema se aparta de las soluciones basadas en la exclusividad competencial propia de los sistemas federales duales. En cuanto a las materias competenciales que pueden verse afectadas al establecer un régimen de transparencia y una legislación reguladora del acceso a la información pública, debe señalarse que en Suiza la regulación del régimen de garantías generales de los ciudadanos es competencia exclusiva de la federación, mientras que la regulación de los archivos y registros puede ser tanto federal, como cantonal o municipal. En lo tocante a la regulación del procedimiento administrativo, la competencia se atribuye a ambas instancias de poder, la federal (normativa aplicable a instituciones federales) y cantonales (normas de procedimiento administrativo aplicables a las administraciones cantonales).

Como señalan Pasquier y Villeneuve, el sistema suizo de distribución territorial del poder permite un nivel alto de adaptación de la normativa a las realidades particulares de cada cantón y también comporta numerosas interacciones entre los distintos niveles de gobierno. Sin embargo, el nivel de transparencia que desean algunas

73. Al respecto puede consultarse: Spoerri, K.; Varone, F. "La transparence administrative à l'épreuve des usagers: une évaluation exploratoire dans cinq cantons" [en línea]. Leges, 2008/1. Texto disponible en <http://tinyurl.com/3zt5cj3> (última consulta, 01.10.2012).

74. Sobre el caso suizo puede verse: Pasquier, M. y Villeneuve, J-P. "Access to information in Switzerland. From secrecy to transparency". En cuanto a los condicionamientos políticos se destaca que: "At the federal level and in most Cantons, political parties govern according to the principle of 'concordance' (Kriesi, 1998). This means that every political party, from right and left, takes part in the forming of the executive and as such has direct access to all the information produced by the administration". Texto disponible en [http://www.idheap.ch/idheap.nsf/view/88F8534B108E711FC1257563003CF23A/\\$File/Article%20Pasquier%20Villeneuve.pdf](http://www.idheap.ch/idheap.nsf/view/88F8534B108E711FC1257563003CF23A/$File/Article%20Pasquier%20Villeneuve.pdf) (última consulta, 01.10.2012).

instancias de poder (federales o cantonales) no es igual al que pretenden lograr otras y, por tanto, las leyes cantonales pueden variar bastante en cuanto al alcance y regulación (más o menos amplia o favorable) del derecho de acceso. Vista la situación y para evitar que la información que generan los cantones (y que estos deberían facilitar) “escape” del intento de la legislación federal de establecer un régimen de transparencia, lo que disminuiría la eficacia de la legislación, se ha previsto que la Ley de Transparencia Federal se aplique no sólo a los documentos federales que obren en poder de las instituciones nacionales, sino también a cualquier documento cantonal que se les haya comunicado.⁷⁵ Una previsión del mismo tenor quizás podría ser útil en el sistema español.

4. Italia

El sistema italiano de distribución territorial del poder se ha definido como un modelo *cuasi* federal, pero dicho sistema conserva elementos que permiten la centralización del poder en materias clave. En este sentido debe recordarse que en Italia son exclusivas del Estado tanto la competencia para regular el procedimiento administrativo como las competencias para establecer las garantías generales de los ciudadanos y también para la determinación del régimen y gestión de los archivos.

En Italia no existe hasta el momento una ley de transparencia que aglutine tanto la regulación del derecho de acceso a los archivos y registros públicos como las obligaciones de publicidad activa impuestas a los poderes y administraciones públicas. Mientras que la regulación del derecho de acceso a los documentos administrativos se encuentra en el capítulo V de la Ley núm. 241, de 7 de agosto de 1990, de procedimiento administrativo y de acceso a los documentos administrativos, la regulación de la transparencia se ha establecido en la Ley de Delegación núm. 15/2009, de 4 de marzo. Esta Ley delegaba en el Gobierno entre otras cuestiones la adopción de medidas tendentes a optimizar la productividad del trabajo público y la eficacia y transparencia de las administraciones públicas.

Por un lado, y en cuanto al derecho de acceso a los documentos administrativos (documentos que se consideran de accesibilidad limi-

tada, en contraposición a las informaciones y datos sujetos al principio de transparencia) puede destacarse que está restringido de forma muy parecida a como lo está en nuestra Ley 30/1992, ya que se exige un interés personal concreto para poder ejercer el derecho. La jurisprudencia relajó el criterio del interés personal para permitir que los grupos ambientalistas y que los regidores municipales pudieran solicitar información en nombre de sus representados. La legislación de procedimiento se adaptó en 2005 a estos pronunciamientos jurisprudenciales, permitiendo que un individuo pueda actuar en representación de un interés colectivo más amplio.⁷⁶ De acuerdo con el régimen italiano relativo al derecho de acceso a la información pública, el solicitante debe motivar su petición de acceso, a diferencia de lo que prevé el proyecto de ley español. Dicha petición debe entenderse desestimada por silencio administrativo negativo cuando hayan transcurrido treinta días desde que se produjo la solicitud de acceso. Como vemos, el ordenamiento jurídico italiano, como en el caso español, también ha previsto la vigencia en este supuesto del silencio administrativo negativo. Asimismo, al igual que en la futura ley de transparencia y derecho de acceso española, las resoluciones expresas desestimatorias deben motivarse y deben basarse en algunas de las excepciones que consten en la Ley.⁷⁷

Por otro lado, y en lo que a la transparencia se refiere, esta debe entenderse de acuerdo con la Ley de delegación antes citada como:

“una accesibilidad total, también a través de la publicación en sitios web de las Administraciones Públicas de las informaciones sobre cada aspecto de la organización de las Administraciones Públicas, de los indicadores relativos a los resultados de la gestión y el uso de recursos para la consecución de las

76. Sobre el particular puede consultarse Marzuoli, C. “La transparencia de la Administración y el derecho a la información de los ciudadanos en Italia”. En *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Ricardo Jesús García Macho (coord.) 2010, pp. 151-180; Arena, G. “La transparencia administrativa”. En *Documentación administrativa*, nº 248-249, 1997 (Ejemplar dedicado a: El Derecho Administrativo en Italia: Tendencias actuales (I)), pp. 361-406; Arena, G.: “La trasparenza amministrativa”. En Casse, S. (dir.) *Dizionario di diritto amministrativo*. Milano, 2006.

77. Como recoge el Informe del *Síndic de Greuges* de Cataluña, en Italia “La resolución puede recurrirse en vía administrativa (ante el Tribunal Administrativo Regional y, contra la resolución de éste, ante el Consejo de Estado). Existe una autoridad de tutela del derecho de acceso (Comissione per l'Accesso) separada de la autoridad independiente en materia de protección de datos (Garante per la Protezione dei Feche Personali), y con funciones de vigilancia sobre el cumplimiento de la Ley y de propuesta de modificaciones normativas”. Véase “El derecho de acceso a la información pública. Informe extraordinario”. Marzo de 2012. Texto disponible en: <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3151/Informe%20acceso%20informacion%20publica.pdf> (última consulta, 10.01.2013).

funciones institucionales, de los resultados de la actividad de medición y valoración llevadas a cabo al respecto por los órganos competentes, al objeto de favorecer medidas difusas de control del respeto a los principios de buena administración e imparcialidad" (art. 4.c.7).⁷⁸

Tanto el principio de transparencia y las obligaciones para las administraciones públicas que se desprenden de su vigencia como el principio de accesibilidad a los documentos públicos constituyen límites "infranqueables" para la legislación regional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la Constitución italiana, puesto que estos principios afectan "a los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales, que deben quedar garantizados en todo el territorio nacional (...)".⁷⁹

V. Reflexiones finales

A modo de conclusiones podemos destacar, en primer lugar, en cuanto al contenido de la Ley, que sería conveniente separar el tercer bloque temático, el dedicado al buen gobierno, del resto de la iniciativa y tramitarlo como proyecto independiente. Su contenido nada tiene que ver con la transparencia y el acceso a la información pública y ello redundaría en la coherencia del texto y en una mejor técnica legislativa.

En lo tocante a los títulos competenciales que arguye el Estado en la aprobación de la futura de Ley debe subrayarse que resultan especialmente débiles. Si bien el artículo 149.1.18^a de la CE es el que mejor ampara la regulación del procedimiento relativo al derecho de acceso a la información pública y las obligaciones establecidas en materia de publicidad activa y transparencia, la invocación de los artículos 149.1.1^a y 149.1.13^a de la CE nos parece poco acertada puesto que ni estamos en presencia de un derecho constitucional de las secciones 1^a y 2^a del capítulo II, del título I de la Constitución, ni el proyecto regula actividad económica alguna. A lo sumo, contiene disposiciones que tienen incidencia en materia económico-presupuestaria. Sin embargo, por otro lado, no puede obviarse que el artículo 149.1.1^a en su dimensión organizativa viene a amparar la atribución de la competencia de resolución de las solicitudes de revisión a una agencia independiente.

78. Marzuoli, C. op. cit. p. 169.

79. Marzuoli, C. op. cit. p. 164.

Respecto a la naturaleza de la futura ley de transparencia creemos que esta será considerada por su contenido y estructura como una ley básica, pese a que no se explicita tal característica en su articulado. Es de importancia subrayar que consideramos que el derecho de acceso a la información pública no necesita ser regulado, en nuestro sistema, mediante ley orgánica al no ser (todavía) un derecho fundamental.

Dada su naturaleza de ley básica, consideramos que la futura ley de transparencia podrá ser desarrollada por parte de las CCAA y adaptada a sus peculiaridades organizativas sobre la base de las competencias en materia de procedimiento administrativo, autoorganización y, sectorialmente, por ejemplo, en materia de archivos, que estas han asumido en sus respectivos Estatutos. Igualmente, hemos argumentado que la futura norma estatal debe ser tenida por un mínimo común, mejorable por las regulaciones autonómicas. El margen que el Proyecto de ley deja a la competencia autonómica es amplio en cuanto a la regulación de las obligaciones de publicidad activa de la información. Como ya hemos apuntado las CCAA podrán ampliar en su normativa las materias sujetas al régimen de publicidad, podrán establecer medidas de fomento y de formación en este ámbito y podrán ampliar las obligaciones relativas a la transparencia de los órganos e instituciones de sus respectivos sectores públicos. En cuanto a la regulación del procedimiento de ejercicio del derecho de acceso podría pensarse, por ejemplo, en una reducción de los plazos máximos de resolución previstos en la norma estatal.

En este supuesto se trata, sobre todo, de la ampliación o regulación más favorable por parte de la normativa autonómica del derecho subjetivo de acceso a la información pública reconocido a todas las personas. El principio de igualdad no será menoscabado, en tanto que la igualación de los ciudadanos ante todas las administraciones públicas se garantizará por las disposiciones de la norma estatal. El hecho de que determinadas CCAA decidan mejorar la situación del ciudadano en esta materia, regulando de forma más favorable el ejercicio de dicho derecho, pero respetando los límites fijados por el Estado, no atenta contra la igualdad en cuanto al ejercicio del derecho de acceso. De lo que se trata es de establecer regulaciones que favorezcan el ejercicio pleno y expansivo de los derechos en beneficio de los ciudadanos individualmente considerados y de la sociedad en su conjunto. Por ello, las normas autonómicas no supondrían peligro alguno, al contrario.

En este sentido, se estaría permitiendo que las CCAA ofreciesen a los ciudadanos distintos niveles de transparencia, siempre partiendo del mínimo fijado por el Estado, lo que favorecería el espíritu crítico de

la ciudadanía y la experimentación en los distintos territorios. Ello podría redundar una competencia entre ordenamientos para establecer la mejor regulación en la materia y la puesta en común y la adopción de las mejores prácticas. El pluralismo que se predica del Estado autonómico debe permitir estas diferencias. Además, en cualquier caso, si las condiciones reguladoras del derecho de acceso y las obligaciones de transparencia son más favorables en la normativa estatal deberán adaptarse a ella las normas autonómicas que la contradigan.

Podría afirmarse que una regulación uniforme para todas las administraciones públicas y niveles de gobierno del derecho de acceso a la información pública garantiza en la práctica un desarrollo más eficaz y pleno del derecho. Creemos que esta afirmación no es concluyente, si atendemos a la práctica y la tradición en materia de transparencia y derecho de acceso que se ha desarrollado en algunos de los Estados compuestos que hemos analizado. Como hemos observado y pese a que los sistemas de distribución de competencias son distintos (y por ello no pretendemos importar acríticamente las soluciones previstas en otros ordenamientos jurídicos), es usual, como demuestran los casos analizados brevemente, salvo el supuesto italiano, que el régimen de acceso a la información pública y la regulación del derecho de acceso se articulen en varios niveles (el nivel federal y el nivel estatal, provincial o cantonal). Se entiende que cada uno de ellos debe poder regular autónomamente el grado de apertura y difusión de la información que gestiona y genera. La cuestión fundamental no es la diversidad de regímenes, siempre que exista un reconocimiento y garantía del derecho de acceso a la información pública y del principio de transparencia, sino la práctica cotidiana de las administraciones e instituciones en la aplicación de cada uno de esos regímenes⁸⁰. De nada serviría la entrada en vigor de la futura ley estatal si las administraciones no cumplen, en el día a día, con su obligación y no resuelven en tiempo y forma las solicitudes de acceso. El ciudadano se vería abocado a pleitear para acceder a la información pública y poco se habría avanzado a efectos prácticos en la materia.

Bibliografía

- AJA FERNÁNDEZ, E. y VIVER PI-SUNYER, C. "Valoración de 25 años de Autonomía". En *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, septiembre-diciembre 2003. pp. 69-113.
- ALENZA GARCÍA, J.F. y RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A. (dirs.) *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro* Cizur Menor: Ed. Thomson-Aranzadi, 2007. pp. 199-216.
- ÁLVAREZ RICO, M. "El derecho de acceso a los documentos administrativos". En *Documentación administrativa*, núm. 83 (1979).
- ARENA, G. "La trasparenza amministrativa". En Cassese, S. (dir.) *Dizionario di diritto amministrativo*. Milano, 2006.
- . "La trasparenza amministrativa". En *Documentación administrativa*, núm. 248-249, 1997. Ejemplar dedicado a El Derecho Administrativo en Italia: Tendencias actuales (I), pp. 361-406.
- ARGULLOL MURGADAS, E. y VELASCO RICO, C. (dirs.) *Instituciones y competencias en los estados descentralizados*. Barcelona: Instituto de Estudios Autonómicos, 2011.
- BAÑO LEÓN, J.M. "Artículo 149.1.18ª". En Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario. Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dirs.) Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008. pp. 2390-2397.
- BERNADÍ GIL, X. "La incidència d'Internet sobre els drets dels ciutadans". En BERNADÍ, X., VELASCO, C., LLOVERAS, C. *Administracions Públiques i Internet. Elements de Dret Públic Electrònic*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 2007. pp. 163- 213.
- BIGLINO CAMPOS, P. "Transparencia y ciudadanía en el Tratado de Lisboa". En *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*. Granada: Comares, 2009. pp. 1-16.
- BLASCO ESTEVE, A. (coord.) *El Derecho de la Crisis Económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2011.
- BOTE, V.[et al.] *Transparencia pública*. Madrid: LID, 2006.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A. *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*. Madrid: CEPC, 2001.
- CARRASCO DURÁN, M. "La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)". En *Revista de Derecho Político*, núm. 62 (2005). pp. 55-94.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. "Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1, 1ª de la Constitución". En *Revista española de derecho constitucional*, núm. 1 (1981). pp. 133-160.

- CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (dirs.) Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A.; GALÁN GALÁN, A. *Qualitat i responsabilitat en la difusió pública a internet*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2007.
- CERRILLO, A. "La contribución de las TIC a la mejora de la transparencia administrativa". En *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*. Vol. 188 - 756 julio-agosto (2012). pp. 707-724.
- COTINO HUESO, L. "Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica". En *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 68 (2004), pp. 125-154.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. "El proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y buen Gobierno ¿Una ley gatopardesca?". Blog Jurídico "Hay Derecho". (Texto publicado el 24.09.12). Texto disponible en <http://hayderecho.com/2012/09/24/el-proyecto-de-ley-de-transparencia-acceso-a-la-informacion-publica-y-buen-gobierno-una-ley-gatopardesca/> (última consulta, 15.01.2013).
- DESANTES GUANTER, J.M. *Teoría y Régimen Jurídico de la Documentación*. Madrid, 1987. p. 160.
- FERNÁNDEZ FARRERAS, G. *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*. Madrid: Iustel, 2005.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. "Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno". En *Actualidad Administrativa*, núm. 12 (2012), p. 1457.
- GARCÍA MACHO, R. (ed.) *Derecho administrativo de la información y administración*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GONZÁLEZ RIVAS, J.J. "Delimitación del contenido del régimen jurídico de las administraciones públicas según los criterios de la jurisprudencia constitucional". En *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*. Alenza García, J.F. y Razquín Lizárraga, J.A. (dirs.) Cizur Menor: Ed. Thomson-Aranzadi, 2007. pp. 199-216.
- GUICHOT REINA, E. *Publicidad y privacidad de la información administrativa*. Cizur Menor, Navarra: Civitas, 2009.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. "Artículo 149.1.13ª". En *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*. CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (dirs.) Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008. pp. 2353-2361.
- HALSTUK, M.E. y CHAMBERLIN, B.F. "The Freedom of Information Act 1966–2006: A Retrospective on the Rise of Privacy Protection Over the Public Interest in Knowing What the Government's Up To". En *Communication Law and Policy*. Vol. 11, núm. 4 (2006). pp. 511-564.

- HENRY, C.L. *Freedom of Information Act*. New York: Ed. Nova Publishers, 2003.
- MARZUOLI, C. "La transparencia de la Administración y el derecho a la información de los ciudadanos en Italia". En *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Ricardo Jesús García Macho (coord.), 2010, pp. 151-180.
- OSORIO, C. "La Freedom of Information Act (FOIA): el acceso a la información en Estados Unidos". En *El acceso y la desclasificación de los documentos: actas del Congreso Internacional de Archivos y Derechos Humanos*. M. Asumptió Colomer Arcas (coord.) 2009, págs. 29-56.
- PASQUIER, M. y VILLENEUVE, J-P. "Access to information in Switzerland. From secrecy to transparency". Texto disponible en [http://www.idheap.ch/idheap.nsf/view/88F8534B108E711FC1257563003CF23A/\\$File/Article%20Pasquier%20Villeneuve.pdf](http://www.idheap.ch/idheap.nsf/view/88F8534B108E711FC1257563003CF23A/$File/Article%20Pasquier%20Villeneuve.pdf) (última consulta, 01.10.2012).
- PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1999.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. "La necesidad de una Ley de Transparencia". En *El Derecho de la Crisis Económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Blasco Esteve, A. (coord.) Madrid: INAP, 2011. pp. 241-245.
- POMED SÁNCHEZ, L.A. *La configuración jurídica del derecho de acceso de los ciudadanos a archivos y registros*. Madrid: INAP, 1989.
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. "Un derecho fundamental a acceder a la información pública". En *El derecho de acceso a la información pública*. Sánchez de Diego, M. (coord.) *Actas del Seminario Internacional Complutense. El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento*. Madrid: Universidad Complutense, 2008. pp. 7-41.
- SANZ SALLA, O. "El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al derecho norteamericano". En *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Ricardo Jesús García Macho (coord.) 2010, pp. 203-2230.
- SÍNDIC DE GREUGES "El derecho de acceso a la información pública. Informe extraordinario". Marzo de 2012. Texto disponible en <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3151/Informe%20acceso%20informacion%20publica.pdf> (última consulta, 10.01.2013).
- SPOERRI, K.; VARONE, F. "La transparence administrative à l'épreuve des usagers: une évaluation exploratoire dans cinq cantons" [en línea]. Leges, 2008/1. Texto disponible en <http://tinyurl.com/3zt5cj3> (última consulta, 01.10.2012).
- VALERO TORRIJOS, J. "El acceso y la reutilización de la información administrativa. Implicaciones jurídicas del proceso de modernización tecnológica de

las Administraciones Públicas en su actual y futura configuración (1)".

En *La Ley*, núm. 7800, 17 de febrero de 2012.

VARGAS DÍAS, C. D. *La globalización del e-gobierno y la transparencia de la información pública*. Madrid: Delta publicaciones, 2011.

RESUMEN

Este trabajo se centra en el análisis de los distintos títulos competenciales que sirven al Estado y a las comunidades autónomas para aprobar leyes de transparencia y acceso a la información pública, deteniéndonos, específicamente, en la regulación del derecho de acceso a la información. Pretendemos comprobar si existen dificultades, desde el punto de vista competencial, para encajar el Proyecto de ley estatal sobre transparencia, derecho de acceso a la información pública y buen gobierno en el marco plurilegislativo del Estado autonómico. Debe tenerse en cuenta que determinadas CCAA ya han aprobado sus respectivas leyes de transparencia y han regulado, siquiera mínimamente, el derecho de acceso a la información pública o, en su defecto, a los archivos y registros administrativos. Por ello, el objetivo de este análisis no es el estudio sistemático de todo el articulado del Proyecto de ley, sin perjuicio de que se señalen problemas competenciales específicos derivados del contenido de alguno de sus preceptos. Asimismo, ofrecemos una breve panorámica sobre cómo se ha articulado la regulación del derecho de acceso en otros estados políticamente descentralizados, como son EEUU, Canadá, Suiza e Italia. Ello nos permitirá extraer algunas conclusiones sobre la necesidad, o no, de contar con un régimen único de garantía del derecho de acceso.

Palabras clave: derecho de acceso a la información pública; distribución de competencias; transparencia administrativa; procedimiento administrativo.

RESUM

Aquest treball se centra en l'anàlisi dels diferents títols competencials que serveixen a l'Estat i a les comunitats autònomes per aprovar lleis de transparència i accés a la informació pública, i s'atura, específicament, en la regulació del dret d'accés a la informació. Pretenem comprovar si existeixen dificultats, des del punt de vista competencial, per encaixar el Projecte de llei estatal sobre transparència, dret d'accés a la informació pública i bon govern en el marc plurilegislatiu de l'Estat autonòmic. S'ha de tenir en compte que determinades CA ja han aprovat les seves respectives lleis de transparència i han regulat, encara que sigui mínimament, el dret d'accés a la informació pública o, si no n'hi ha, el dret d'accés als arxius i als registres administratius. Per això, l'objectiu d'aquesta anàlisi no és l'estudi sistemàtic de tot l'articulat del Projecte de llei, sense perjudici que se senyalin problemes competencials espe-

cífics derivats del contingut d'algun dels seus preceptes. Així mateix, oferim una breu panoràmica sobre com s'ha articulat la regulació del dret d'accés en altres estats políticament descentralitzats, com són els EUA, el Canadà, Suïssa i Itàlia. Això ens permetrà extreure algunes conclusions sobre la necessitat, o no, de disposar d'un règim únic de garantia del dret d'accés.

Paraules clau: dret d'accés a la informació pública; distribució de competències; transparència administrativa; procediment administratiu.

ABSTRACT

This article focuses on the analysis of the several competencies that serve the Central Government and the regional governments to pass laws on transparency and access to public information: it specifically focuses on the regulation of the right of access to information. We aim to analyze, from the perspective of the distribution of powers, whether the Spanish bill on transparency, right of access to information and good governance fits within the Spanish pluri-legislative framework. Some regions have already passed their own transparency laws and have regulated, even minimally, the right of access to public information or, otherwise, to the administrative files and records. Additionally, we offer a brief panorama of how the regulation of the right of access has been articulated in other politically decentralized states, such as the USA, Canada, Switzerland and Italy. This will allow us to reach some conclusions on whether having a single legal framework guaranteeing the right of access is a must.

Keywords: right of access to public information; distribution of powers; public transparency; administrative procedure.

OBJECTIUS DE LA REAF, PROCEDIMENT DE SELECCIÓ D'ARTICLES I CRITERIS PER A LA PRESENTACIÓ D'ORIGINALS

1. Objectius i contingut de la REAF

La *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* (REAF) publica treballs sobre autonomies polítiques territorials, de caire pluridisciplinari, però amb predomini del vessant jurídicopolític.

2. Tramesa d'originals

Els treballs que es publicaran a la REAF seran originals inèdits, llevat d'acord en un altre sentit entre l'IEA i l'autor d'un treball determinat.

Els originals s'acceptaran escrits en català, espanyol, anglès, francès i italià, i es publicaran en l'idioma de recepció. Una vegada acceptats per publicar, tindran el *copyright* de l'Institut d'Estudis Autonòmics i no es podran reproduir sense la seva autorització.

Els articles s'enviaran, preferiblement, per correu electrònic a reaf@gencat.cat. També es poden enviar per correu postal, en paper i en suport informàtic, a la seu de l'IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selecció dels articles i avaluació

Els textos rebuts se sotmetran a avaluació anònima (sistema de doble cec) per part de dos especialistes en el tema tractat (i, si escau, un tercer en cas de divergència entre els anteriors sobre la publicabilitat de l'article), els quals seran externs a la revista o pertanyents als seus consells de redacció i científic. La REAF farà arribar a l'autor les avaluacions.

Els informes d'avaluació tindran en compte, entre altres factors:

- la solidesa i coherència metodològica
- l'originalitat i les novetats que aporti l'article en el seu camp
- la coherència i estructuració de l'article
- l'argumentació de les tesis que es defensin
- la correcció i completud de les fonts i la bibliografia utilitzades

Si les avaluacions aconsellen la introducció de canvis en l'original, l'acceptació definitiva de l'article restarà condicionada a l'acceptació per part de l'autor dels canvis que calgui introduir.

El formulari d'avaluació es pot consultar al web de la REAF, dintre del web de l'IEA (www.gencat.cat/iea).

4. Criteris generals de presentació d'originals

Un cop avaluat i acceptat, l'IEA es reserva el dret de modificar qualsevol element formal del treball per tal de donar coherència global a la revista, atesa la seva condició de publicació periòdica, adequant el text a aquestes normes de redacció d'originals.

Es pot demanar a l'autor/a una correcció (limitada a errors respecte de l'original acceptat) de proves d'impremta, les quals haurà de retornar a l'IEA en el termini de 72 hores.

a) Extensió i format

El treball haurà d'estar escrit en Word i tindrà un mínim de 20 i un màxim de 35 pàgines de 30 línies de 70 espais (uns 45.000-75.000 caràcters amb espais, aprox.), amb tipografia Arial (o similar) de cos 12 per al text principal (amb interlineat 1,5) i de cos 10 per a les notes (amb interlineat 1).

Juntament amb el treball, caldrà enviar:

- Un currículum breu (350-400 caràcters amb espais) i les dades personals següents: adreça professional, telèfon i e-mail.
- Un resum (1.000-1.300 caràcters amb espais) de l'article, en l'idioma original i en anglès. El resum haurà de contenir, en tot cas, el tema general i l'objecte concret de l'article; l'estructura del desenvolupament d'aquest objecte a l'article i les conclusions principals.
- Una relació d'entre quatre i vuit paraules clau.

b) Títol, apartats i sumari

El títol ha d'indicar de manera concisa el contingut del treball, el qual es pot completar amb un subtítol d'informació complementària. Si el treball es divideix en apartats i subapartats, aquests s'assenyalaran amb números aràbics, fins a un màxim de dos nivells (p. ex., 1.2).

L'article anirà precedit d'un sumari dels diferents apartats en què s'estructura.

c) Acrònims, sigles i citacions

Quan s'escrigui per primera vegada un acrònim o una sigla caldrà posar entre parèntesis el seu significat complet.

Les citacions literals inserides dins el text aniran entre cometes, i mai en cursiva

(encara que siguin en una llengua diferent de la del treball). En general, una citació de més de cinc línies caldrà fer-la en paràgraf a part, sagnat i sense cometes. Qualsevol canvi que s'introdueixi en una citació original s'indicarà entre claudàtors.

Els recursos per ressaltar paraules o expressions són la cursiva o les cometes, per tant, s'evitarà l'ús de les majúscules o de la negreta.

d) Notes

És convenient fer un ús limitat de les notes, totes les quals seran a peu de pàgina, numerades amb caràcters aràbics i en superíndex.

Les referències en nota a peu de pàgina tindran el format següent:

- Quan se citi una obra per primera vegada:
- Nom, cognom/s de l'autor, "títol del capítol" o "títol de l'article", *títol del llibre* o *títol de la revista*, volum, núm, lloc d'edició, editorial, any de publicació, paginació.

Exemples:

Antoni Castells, *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- Quan se citi una obra prèviament citada:

Cognom/s de l'autor, títol breu, any de publicació i paginació.

Exemples:

Castells, *Les subvencions...*, 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Llistes de referències

Al final de cada article de la REAF es publicarà la llista de referències (és a dir, exclusivament les fonts i les obres citades en el treball), ordenades alfabèticament pel cognom de l'autor. No es publicaran bibliografies generals.

La llista de referències tindrà el format que assenyallem en els exemples següents.

– Llibres

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2004.

– Articles de revista

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislació i jurisprudència

Segons la citació oficial en cada cas: Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge. STC 33/2005, de 17 de febrer.

– Publicació electrònica

CRUZ VILLALÓN, P. "La reforma del Estado de las autonomías" [en línia]. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulta: 10-03-2008].

OBJETIVOS DE LA REAF, PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE ARTÍCULOS Y CRITERIOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

1. Objetivos y contenido de la REAF

La *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals* (REAF) publica trabajos sobre autonomías políticas territoriales, de carácter pluridisciplinar, pero con predominio del ámbito jurídico-político.

2. Entrega de originales

Los trabajos que se publicarán en la REAF serán originales inéditos, salvo acuerdo expreso en otro sentido del IEA con el autor de un trabajo determinado.

Se aceptarán originales escritos en catalán, español, inglés, francés e italiano, y se publicarán en el idioma de recepción. Una vez aceptados para su publicación, pasarán a tener el *copyright* del Instituto de Estudios Autonómicos y en ningún caso podrán ser reproducidos sin su autorización.

Los artículos se enviarán, preferiblemente, por correo electrónico a reaf@gencat.cat. También podrán remitirse por correo postal, en papel y en soporte informático, a la sede del IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selección y evaluación de los artículos

Los textos recibidos se someterán a evaluación anónima (sistema de doble ciego) por parte de dos especialistas en el tema tratado (y, si procede, un tercero en caso de divergencia entre los anteriores sobre la publicabilidad del artículo), los cuales serán externos a la revista o

pertenecientes a sus consejos de redacción y científico. La REAF remitirá las evaluaciones al autor.

Los informes de evaluación tendrán en cuenta, entre otros factores:

- la solidez y coherencia metodológica
- la originalidad y las novedades aportadas por el artículo en su campo
- la coherencia y estructuración del artículo
- la argumentación de las tesis defendidas
- la corrección y completud de las fuentes y la bibliografía utilizadas

Si las evaluaciones aconsejan la introducción de cambios en el original, la aceptación definitiva del artículo quedará condicionada a la aceptación por parte del autor de los cambios que se consideren oportunos.

El formulario de evaluación se puede consultar en el web de la REAF, dentro del web del IEA (www.gencat.cat/iea).

4. Criterios generales de presentación de originales

Una vez evaluado y aceptado, el IEA se reserva el derecho de modificar cualquier elemento formal del trabajo con el fin de dar coherencia global a la revista, dada su condición de publicación periódica, adecuando el texto a estas normas de redacción de originales.

Se puede pedir al/la autor/a una corrección (limitada a errores referentes al original aceptado) de pruebas de imprenta, las cuales deberán ser devueltas al IEA en el plazo de 72 horas.

a) Extensió y formato

El trabajo se realizará en Word y su extensión tendrá un mínimo de 20 y un máximo de 35 páginas de 30 líneas a 70 espacios (unos 45.000-75.000 caracteres con espacios, aprox.), con tipografía Arial (o similar) de tamaño 12 para el texto principal (con interlineado 1,5) y 10 para las notas (con interlineado 1).

Junto con el trabajo, deberá enviarse:

- Un currículum breve (350-400 caracteres con espacios) y los datos personales siguientes: dirección profesional, teléfono y e-mail.
- Un resumen (1.000-1.300 caracteres con espacios) del artículo, en el idioma original y en inglés. El resumen deberá incluir, en cualquier caso, el tema general y el objeto concreto del artículo; la estructura del desarrollo de este objeto en el artículo y las principales conclusiones.
- Una relación de entre cuatro y ocho palabras clave.

b) Título, apartados y sumario

El título debe indicar de modo conciso el contenido del trabajo, el cual puede completarse con un subtítulo de información complementaria. Si el trabajo se divide en apartados y subapartados, éstos deben indicarse mediante numeración arábiga, hasta un máximo de dos niveles (p. ej., 1.2).

Al artículo le precederá un sumario con los distintos apartados de su estructura.

c) Acrónimos, siglas y citas

Cuando se escriba por primera vez un acrónimo o una sigla debe consignarse entre paréntesis su significado completo.

Las citas literales introducidas en el texto deben entrecomillarse, y en ningún caso usar la cursiva (aunque se trate de una lengua diferente a la del trabajo). En general, una cita de más de cinco líneas deberá reproducirse en párrafo aparte, sangrado y sin comillas. Cualquier cambio que se introduzca en una cita original se indicará entre corchetes.

Los recursos para destacar palabras o expresiones son la cursiva o las comillas, por lo tanto, se evitará el uso de mayúsculas o negrita.

d) Notas

Es conveniente limitar el uso de las notas, todas ellas irán a pie de página, numeradas con caracteres arábigos y en superíndice.

Las referencias consignadas en notas a pie de página tendrán el formato siguiente:

- Cuando se cite una obra por primera vez:

Nombre, apellido/s del autor, "título del capítulo" o "título del artículo", *título del libro* o *título de la revista*, volumen, núm., lugar de edición, editorial, año de publicación, página/s.

Ejemplos:

Antoni Castells, *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- Cuando se cite una obra anteriormente citada:

Apellido/s del autor, título breve, año de publicación y página/s.

Ejemplos:

Castells, *Les subvencions...*, 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Listas de referencias

Al final de cada artículo de la REAF se publicará la lista de referencias (es decir, exclusivamente las fuentes y las obras citadas en el trabajo), ordenadas alfabéticamente por el apellido del autor. No se publicarán bibliografías generales.

La lista de referencias tendrá el formato que se indica en los ejemplos siguientes.

– Libros

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic, 2004.

– Artículos de revista

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislación y jurisprudencia

Según la cita oficial en cada caso: Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje.

STC 33/2005, de 17 de febrero.

– Publicación electrónica

CRUZ VILLALÓN, P. "La reforma del Estado de las autonomías" [en línea]. *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/real2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulta: 10-03-2008].

REAF OBJECTIVES, PROCEDURE FOR THE SELECTION OF ARTICLES AND CRITERIA FOR THE PRESENTATION OF ORIGINALS

1. The objectives and content of the REAF

The *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* (REAF) publishes works on devolved regional political entities, from many disciplines but mainly from the legal and political fields.

2. Reception of originals

Works to be published in the REAF should be unpublished originals, other than as agreed between the IEA and the author of a particular work.

Originals are accepted in Catalan, Spanish, English, French and Italian and are published in the language they are received in. Once accepted for publication the Institut d'Estudis Autonòmics shall have the *copyright* to such articles and they may not be reproduced without prior authorization.

Articles should be sent preferably by email to reif@gencat.cat. They can also be sent by post, in hard copy and soft copy, to the head office of the IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selection of articles and review

The texts received shall be submitted to anonymous review (double blind system) by two specialists in the issue (and, if necessary, a third in the event that there is divergence on the part of the first two on the suitability of the article for publication), who shall be external from the journal or may belong to its

editorial and scientific boards. The REAF shall inform the author of the reviews.

The reviewer's comments shall take into account among other factors:

- Methodological solidity and coherence
- Originality and novel ideas provided by the article in its field
- The coherence and structure of the article
- The argumentation of the thesis defended
- Correction and completeness of sources and bibliography used

If the reviewers suggest the introduction of changes to the original, final acceptance of the article will be conditional upon the acceptance of the author of the changes to be made.

The review form may be consulted on the web page of the REAF, on the IEA web site (www.gencat.cat/iea).

4. General criteria for the presentation of originals

Once reviewed and accepted the IEA reserves the right to modify any formal element of the work in order to give global coherence to the journal, given that it is a periodical, and adapted the text to these editorial rules on originals.

The author may be requested to provide a correction (limited to errors with regard to the original accepted) of the proofs, which should be returned to the IEA within 72 hours.

a) Extension and format

The work should be written in Word and have a minimum of 20 and a maximum of 35 pages of 30 lines of 70 spaces (45,000-75,000 characters with spaces, approx.), in Arial (or similar) size 12 for the main text (with line spacing of 1.5) and size 10 for footnotes (with single line spacing).

Along with the work the author should send:

- A brief curriculum vitae (350-400 characters with spaces) and the following personal details: professional address, telephone and e-mail.
- A summary (1,000-1,300 characters with spaces) of the article, in the original language and in English. In any event the summary should specify explicitly the general topic and the specific objective of the article; the structure of the development of this objective in the article and the main conclusions.
- A list of between four and twenty key words.

b) Title, sections and summary

The title should concisely indicate the content of the work, and may be completed with a complementary informative subtitle. If the work is divided into sections and subsections, these should be numbered with Arabic numerals, to a maximum of two levels (e.g., 1.2).

The article shall be preceded by a summary of the various sections into which it is divided.

c) Acronyms, initials and quotations

When an acronym or initials are written for the first time the complete meaning should be included in brackets.

Literal quotations inserted in the text shall be in inverted commas, and never in italics (even if they are in a language different to that of the work itself). In general, a quotation of more than five lines should be a separate paragraph, indented and without inverted commas. Any change made in an original quotation shall be indicated in square brackets.

The resources to highlight words or expressions are italics or inverted commas, and therefore capitals and bold type should be avoided.

d) Footnotes

Footnotes should be kept to a minimum, all of which should come at the foot of the page, and be numbered with Arabic characters and in superscript.

References in footnotes shall have the following form:

- When a work is cited for the first time:

Name, surname/s of the author, "chapter title" or "title of the article", *title of the book* or *title of the journal*, volume, number, place of publication, publisher, year of publication, pages.

Examples:

Antoni Castells, *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- When a previously cited work is cited:

Surname/s of the author, short title, year of publication and pages.

Examples:

Castells, *Les subvencions...*, 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Lists of references

At the end of each article in the REAF a list of references (that is only the sources and the works referred to in the text), ordered alphabetically by the author's surname. General bibliographies will not be published.

The list of references shall take the form below.

– Books

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2004.

– Articles from journals

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislation and case law

According to the official citation in each case:

Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge. STC 33/2005, de 17 de febrer.

– Electronic publications

CRUZ VILLALÓN, P. "La reforma del Estado de las autonomías" [online]. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 2 (April 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/rea2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulted: 10-03-2008].

Números anteriors de la REAF

- Núm. 1 - Octubre 2005.** Articles de: Tania Groppi – Xavier Arbós Marín – José Luis Cascajo Castro – Jacques Ziller – Carles Viver Pi-Sunyer – José Antonio Montilla Martos – Jaume Magre Ferran.
- Núm. 2 - Abril 2006.** Articles de: Anna Gamper – Cesáreo R. Aguilera de Prat – Pedro Cruz Villalón – Miguel Ángel Aparicio Pérez – Paloma Requejo Rodríguez – Ricard Zapata-Barrero – Marc Vilalta Reixach.
- Núm. 3 - Octubre 2006.** Articles de: Richard Simeon / Luc Turgeon – Ramón Maiz – Núria Bosch Roca – Ramon Galindo Caldés – Eduard Roig Molés – Marta Espasa Queralt – Alejandra Betanzo de la Rosa – Anna M. Pla Boix – Carolina Gala Durán.
- Núm. 4 - Abril 2007.** Articles de: Antonio D'Atena – Ferran Requejo – David Ordóñez Solís – Inaki Lasagabaster Herrarte – Pablo Santolaya Machetti – Eva Nieto Garrido – Susana Beltrán García – Santiago Farré Tous.
- Núm. 5 - Octubre 2007.** Articles de: Miquel Caminal Badia – Manuel Cienfuegos Mateo – Miguel Ángel Presno Linera – Enriqueta Expósito – Ignacio Villaverde Menéndez – Marcos Gómez Puente – Merce Corretja i Torrens – Jordi Capo Giol / Joan Marcet Morera – Ángeles de Palma del Teso.
- Núm. 6 - Abril 2008.** Articles de: John Kincaid – Josep Ma Castella Andreu – Manuel Medina Guerrero – María Dolores Arias Abellán – Montserrat Ballarín i Espuna – Marcos Almeida Cerrada – Xavier Padrós – Ferran Armengol i Ferrer – Xavier Bernadí Gil – Gerardo Ruiz-Rico Ruiz.
- Núm. 7 - Octubre 2008.** Articles de: Alain Noël – Luis Pomed Sánchez – Joaquín Tornos Mas – Miguel Ángel Cabellos Espiérrez – Juli Ponce Solé – Vicenç Aguado i Cudola – Miquel Salvador – Carlos Ruiz Miguel.
- Núm. 8 - Abril 2009.** Articles de: Hans-Peter Schneider – José Martín y Pérez de Nanclares / Mariola Urrea Corres – Lorena Elvira Ayuso – Luis Moreno – Eva Pons / Jaume Vernet – Tomas Font i Llovet / Marc Vilalta Reixach – Cristina Ares Castro-Conde – Francisco Alemán Páez – Ramon J. Moles Plaza / Anna Garcia Hom.
- Núm. 9 - Octubre 2009.** Articles de: Alain-G. Gagnon / Xavier Dionne – Thomas Fleiner – Antonio M. Hernández – Miguel Azpitarte Sánchez – Maribel González Pascual – Alberto López Basaguren – Amelia Pascual Medrano – Alfredo Galán Galán – Andrés García Martínez.
- Núm. 10 - Abril 2010.** Articles de: Peter Bußjäger – Antonio Arroyo Gil – Neus París i Domenech, Merce Corretja Torrens – Antoni Milian i Massana – Anna M. Pla Boix – Joaquín Urías – José Luis Blasco Díaz – Mariano Bacigalupo Saggese – Javier Astudillo Ruiz.
- Núm. 11 - Octubre 2010.** Articles de: Guy Laforest – Montserrat Guibernau – Ricard Gracia Retortillo – Jorge P. Gordin – Ana Herrero Alcalde / Jesús Ruiz-Huerta Carbonell / Carmen Vizán Rodríguez – Javier Tajadura Tejada – Julio V. González García – Gerard Martín i Alonso – Eva Pons Parera.
- Núm. 12 - Març 2011.** Articles de: Miguel A. Aparicio Pérez – Joaquim Ferret Jacas – Merce Barceló i Serramalera – Marc Carrillo – Eva Pons Parera – Lluís Jou – Joaquín Tornos Mas – José Antonio Montilla Martos – Alfredo Galán Galán / Ricard Gracia Retortillo – Manuel Gerpe Landín / Miguel Ángel Cabellos Espiérrez – José M.a Porrás Ramírez – Carles Viver Pi-Sunyer – Merce Corretja / Joan Vintró / Xavier Bernadí – Francisco Balaguer Callejón – Manuel Medina Guerrero.
- Núm. 13 - Abril 2011.** Articles de: Francisco Velasco Caballero – Franz Xavier Barrios Suvelza – José Martín y Pérez de Nanclares – Carles Viver Pi-Sunyer – Mireia Grau – Alfonso Utrilla de la Hoz – Lilo Pina Garrido – Roser Martí i Torres / Encarnació Grau i Corominas – María del Val Segarra Ona / Blanca de Miguel Molina / María de Miguel Molina.
- Núm. 14 - Octubre 2011.** Articles de: G. Alan Tarr – Giuseppe Martinico – Sara Parolari / Alice Valdesalici – Francisco Balaguer Callejón – José Antonio Montilla Martos – Hector López Bofill – Bruno Martín Baumeister – José Ángel Camisón Yagüe.
- Núm. 15 - Abril 2012.** Articles de: Elisenda Casanaç Adam – Andreu Olesti Rayo – Miguel Azpitarte Sánchez – Jesús Ruiz-Huerta Carbonell / Miguel Ángel García Díaz – Joan Barata Mir / Carme Fita Caba – Mariola Rodríguez Font – Pau Bossacoma i Busquets – José Gabriel Ruiz González.
- Núm. 16 - Octubre 2012.** Articles de: Michael Keating – Antonio Arroyo Gil – Mario Kölling – Iñigo Urrutia Libarona – Ana M. Carmona Contreras – Mariona Tomàs – Antonio Cereijo.

SUMARI

EL MODELO FEDERAL ALEMÁN DE RELACIONES FINANCIERAS (FINANZBEZIEHUNGEN) Y DE IGUALACIÓN FINANCIERA ENTRE ESTADOS (LÄNDERFINANZAUSGLEICH)

Carlos Padrós Reig

LA AUTONOMÍA EN FINLANDIA: LA AUTONOMÍA TERRITORIAL DE LAS ISLAS ÅLAND Y LA AUTONOMÍA CULTURAL DEL PUEBLO INDÍGENA SAAMI

Lauri Hannikainen

FEDERALISMO JUDICIAL EN MÉXICO. CONCEPCIONES, EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

Víctor Manuel Collí Ek

LAS DECISIONES DE LOS JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO, EN EL SENO DEL CONSEJO EUROPEO, COMO CATEGORÍA JURÍDICA PARA REGULAR, TRANSITORIAMENTE, LA PARTICIPACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DE NUEVOS ESTADOS SURGIDOS DE LA SEPARACIÓN DE ESTADOS MIEMBROS

Miquel Palomares Amat

LA RESPONSABILIDAD DE GASTO Y DE INGRESO EN EL ESTADO AUTONÓMICO: PROPUESTAS DE MEJORA DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA

Eva Sáenz Royo

LA INVERSIÓ EN INFRAESTRUCTURES DE L'ESTAT A CATALUNYA DURANT EL PERÍODE 2007-2012. IMPACTE I VIRTUALITAT DE LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL TERCERA DE L'ESTATUT D'AUTONOMIA DE CATALUNYA

Joan Ridao i Martín, M. Àngels Cabasés i Piqué

LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL (ART. 122 CE): UN CONTROVERTIDO TÍTULO COMPETENCIAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

María del Mar Navas Sánchez

ANÁLISIS EN CLAVE COMPETENCIAL DEL PROYECTO DE LEY ESTATAL SOBRE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Clara Isabel Velasco Rico

