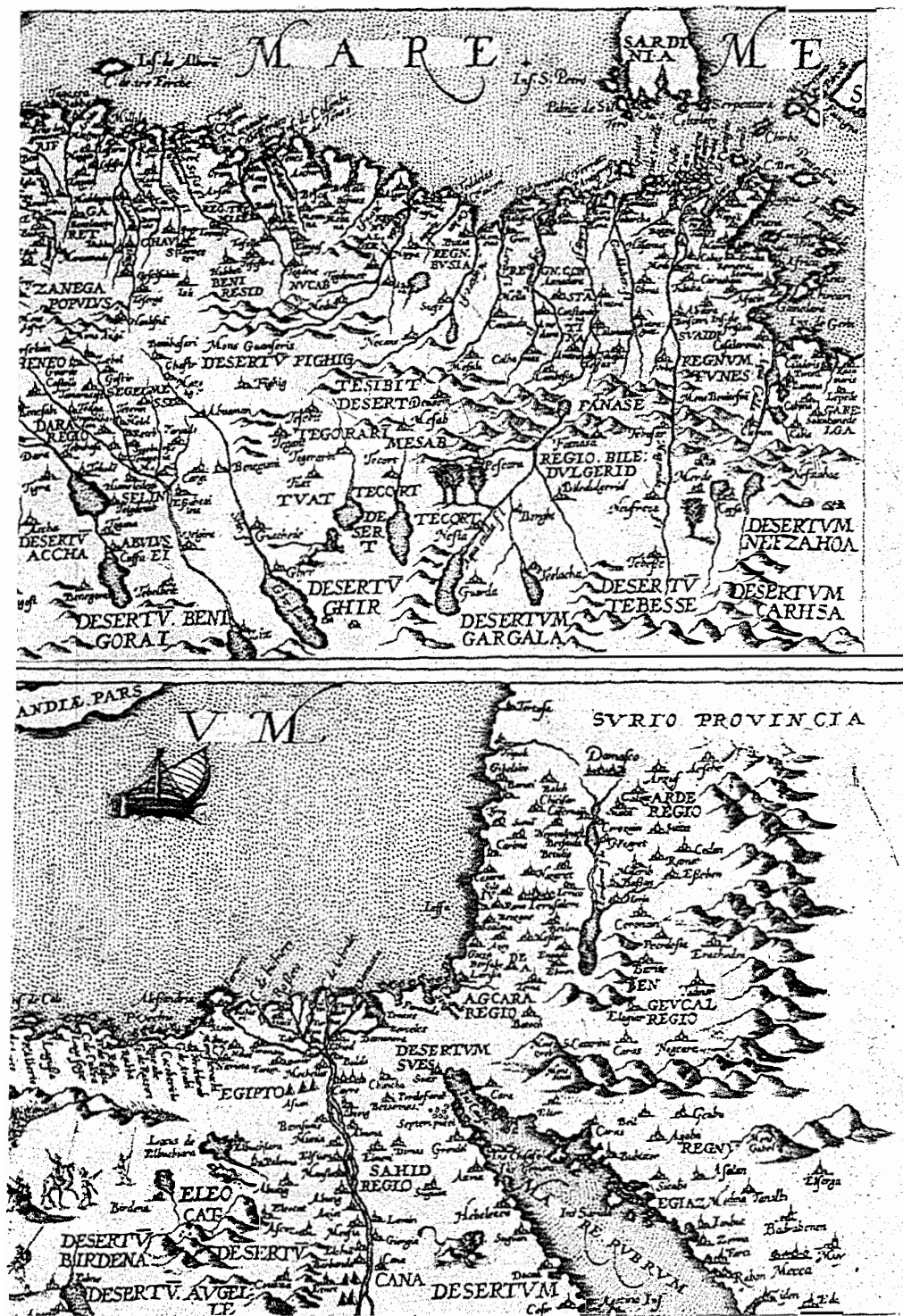


Revista del Foro Canario



Las Palmas de Gran Canaria, 1990

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXIII

Enero - Abril

1990-I

SUMARIO

	Págs.
<i>“Reflexiones sobre el procedimiento penal abreviado (L.O. 7/1988, de 28 de diciembre)”</i> por don ELADIO ESCUSOL BARRA	19
<i>“La adopción del hijo del cónyuge como vía fraudulenta en la adopción”</i> por don MANUEL MARCHENA GÓMEZ	37
<i>“Materiales para una teoría del gasto fiscal”</i> por don RODOLFO L. ESPINO ROMERO	41
<i>“La reforma penal de la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo. Dos errores legislativos”</i> por don JOSÉ VICENTE REIG REIG	63
<i>“La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas: especial referencia al caso canario”</i> por don JAIME F. RODRÍGUEZ ARANA	79

	Págs.
<i>“La representación legal en el Derecho tributario español”</i> por don JAVIER SÁNCHEZ- SIMÓN MUÑOZ	109
<i>“La competencia en materia civil a través del término “o especiales” del art. 149.1. 8º de la Constitución”</i> por doña M ^a DEL PINO SUÁREZ SÁNCHEZ	125
<i>“Sobre los tratados internacionales en el Estatuto de Autonomía y la acción exterior del Delegado del Gobierno en Canarias”</i> por don CARMELO CALDERÍN GONZÁLEZ	143

INTRODUCCIÓN

El Colegio Universitario de Las Palmas, con el que tanta relación he tenido y, de algún modo, sigo manteniendo, es un centro entrañable para nuestra sociedad y, por supuesto, para mí, y cuna ya de un gran número de Licenciados, bastantes Doctores y más de un Catedrático, muchos de los cuales integran ya nuestra nómina corporativa; pero sobre todo, es la célula de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, recreada —me sirve ese término como ya he escrito otras veces, aun cuando pueda parecer no ortodoxo— sobre la encorsetada y engrillada Universidad Politécnica de Canarias.

La noble ambición de ésta y su simbiosis con el Colegio Universitario, amén de los centros docentes existentes aquí, ansiosos de desarrollo, sirvió de mucho para la idea clamorosa y finalmente unánime de la Universidad Plena.

Por todo eso que es culminación de una limpia trayectoria, y cuando acaba de cumplir el XV aniversario de su vida, merecía un homenaje; y, desde dentro, se lo han tributado algunos de sus profesores, pasados y presentes, de la División de Derecho del mejor modo que podían hacerlo: realizando un trabajo especial para tal evento, si bien ciñéndose a limitaciones de espacio establecidas.

Y, desde fuera, se animó lógicamente el propósito de su publicación que, sin embargo y tal vez por los imponderables económicos que son los mayores obstáculos de la investigación y la docencia en nuestro país, decayó luego hasta el desaliento.

Por descontado cualquier intento de culpar a nadie por ello; pero sí quiero ensalzar el espíritu animoso del encargado de esa División, el colaborador nuestro y estimado amigo Rodolfo Espino Romero, que perseveró en la idea, aunque —estoy seguro— pensando que contaba con campo abonado.

Él entendió —y entendió bien— que ese campo lo era el Colegio de Abogados de Las Palmas, a través de su Revista del Foro Canario, a cuya entidad sabe reconocerle el papel que ha jugado en esta totalmente nueva Universidad en horizontes.

Y eso es lo que hemos hecho aquí; hemos correspondido sirviendo de cancha para homenaje a nuestro Colegio Universitario y participando así en el mismo con la dedicación del presente número que entraña un recuerdo a su nacimiento y a su vida —más intensa que extensa—, así como a sus profesores, alumnos y personal no docente; todos mujeres y hombres de mérito, ilusionados y confiados en la consecución de un clímax paliativo en lo posible del gravísimo desequilibrio regional en materia de enseñanza superior.

Con tal motivo, vayan los mejores parabienes al Centro y a la institución que lo posibilitó —el Excmo. Cabildo Insular de Gran Canaria— y un cordial abrazo de felicitación a todos los que, cada uno desde su función, han escrito su historia.

SALVADOR TRUJILLO PERDOMO
DECANO

PRESENTACIÓN

Al cumplirse el XV aniversario de la creación del Colegio Universitario de Las Palmas, la Dirección del Centro tomó la iniciativa de editar una publicación que mostrara el quehacer investigador de los profesores.

En el caso de la División de Derecho, invitamos a participar en dicha publicación a todas las personas que en algún momento han formado parte de su plantilla de profesores. Asimismo, con la colaboración del entonces vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, Ignacio Díaz de Lezcano, se amplió la invitación a profesores de su Extensión en Las Palmas.

A su vez, el Colegio de Abogados de Las Palmas, a iniciativa de su Decano, Salvador Trujillo Perdomo, y del Director del Aula de Práctica Jurídica, José María Palomino Martín, siguiendo su reconocida trayectoria de apoyo a la implantación y desarrollo de los estudios de Derecho en esta ciudad, promovieron que el proyecto se concretara en este número monográfico de la Revista del Foro Canario en el que se muestran algunas de las líneas de investigación de una parte del profesorado.

Esta colaboración del Colegio de Abogados es una muestra más del apoyo social que está haciendo posible la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Éste es, sin duda, uno de sus activos más valiosos y evidencia que la universidad no es patrimonio exclusivo de los universitarios, sino que debe volcarse con idéntico entusiasmo para responder a esa demanda social de estudios superiores ofreciendo calidad en la enseñanza y en la investigación.

Por ello, es decisivo que la próxima creación de la Facultad de Derecho venga acompañada de un programa de actuaciones concretas. Junto a la asignación de recursos suficientes para asegurar el equipamiento básico, informático y bibliográfico, desmasificar los grupos de clases, formar profesorado y dotar cátedras y titularidades, es preciso iniciar a la mayor brevedad posible las obras del edificio en el campus de Tafira y actualizar los métodos de enseñanza y el plan de estudios de 1953.

RODOLFO ESPINO ROMERO

Subdirector del C.U.L.P. - División de Derecho

**PLANTILLA DE PROFESORES DE LA DIVISIÓN DE DERECHO
DEL COLEGIO UNIVERSITARIO DE LAS PALMAS EN LA
ACTUALIDAD (marzo de 1990)**

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS

Área de conocimiento: Ciencia Política y de la Administración

María Victoria Martín Uriz

Derecho Político-I (1-2-83 -

Área de conocimiento: Derecho Administrativo

Antonio Domínguez Vila

Derecho Administrativo-I (1-10-89 -

Adolfo Llamas Sánchez

Derecho Administrativo-I (1-1-87 -

José Mateo Díaz

Derecho Romano (1-10-83 - 30-9-86)

Derecho Administrativo-I (1-10-86 -

Área de conocimiento: Derecho Civil

Alejandro Álvarez Macías

Derecho Civil-I (1-11-86 -

María del Pino Medina García

Derecho Político-I (1-10-84 - 30-9-85)

Derecho Civil-I (1-10-85 -

Carmen Pérez Ontiveros Baquero

Derecho Civil-I (1-10-89 -

Ricardo Moyano García

Derecho Civil-II (1-10-87 -

Milagros Petit Sánchez

Derecho Civil-II (1-10-86 -

Área de conocimiento: Derecho Constitucional

Joaquín Navarro Fernández

Derecho Político-I (1-10-89 -

Clemente Zaballos González

Derecho Político-I (1-10-88 -

María Bernarda Barrios Curbelo

Derecho Político-II (1-10-88 -

Oscar Bosch Benítez

Jefe de Estudios (curso 85/86 - abril 88)

Derecho Político II (1-10-83 - 18-10-85, 1-5-86 - 30-9-88 y 1-10-89 -

Rafael Fernández Valverde

Derecho Administrativo-I (1-10-84 - 31-1-87)

Derecho Político-II (1-2-87 -

Área de conocimiento: Derecho Eclesiástico del Estado

María Amelia Sancho Villarreal

Derecho Canónico (1-10-83 -

José Miguel Viejo Ximénez

Derecho Canónico (1-10-88 -

Área de conocimiento: Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Pilar Alvarado Quesada

Derecho Internacional Público (1-10-86 -

Nicolás Díaz de Lezcano Múxica-León

Derecho Internacional Público (1-3-88 -

María del Carmen Méndez Altozano

Derecho Internacional Público (1-10-84 -

Área de conocimiento: Derecho Penal

Francisco Bañeres Santos

Derecho Penal-I (1-10-89 -

José Vicente Reig Reig

Derecho Penal-I (1-10-83 -

Carmen Salinero Alonso

Derecho Penal-I (1-10-89 -

Manuel Marchena Gómez

Derecho Penal-II (1-10-86 -

José María Palomino Martín

Derecho Penal-II (1-10-89 -

Área de conocimiento: Derecho Romano

Cristina Andino Valle

Derecho Romano (1-10-87 -

Silvestre Bello Rodríguez

Derecho Romano (1-10-89 -

Fernando Martín González

Derecho Romano (1-10-83 -

Área de conocimiento: Filosofía del Derecho, Moral y Política

Diego Betancor Curbelo

Derecho Natural (15-11-82 -

Arcadio Díaz Tejera

Derecho Natural (S.E.) (1-10-89 -

Juan Carlos Domínguez Gutiérrez

Derecho Natural (1-10-89 -

José Melián Vega

Derecho Natural (1-10-83 -

Área de conocimiento: Historia del Derecho y de las Instituciones

Manuel Aranda Mendiáz

Historia del Derecho (16-2-88 -

Miguel Losada Terrón

Historia del Derecho (17-1-86 -

Agustín Millares Cantero

Historia del Derecho (1-10-89 -

DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA APLICADA

Área de conocimiento: Economía Aplicada

Vicente Báez Chesa

Economía Política (26-1-88 -

Rodolfo Espino Romero

Subdirector (abril 88 -

Economía Política (1-10-83 -

Óscar Bergasa Perdomo

Hacienda Pública (S.E.) (1-10-89 -

Luis Blasco Arias

Hacienda Pública (1-11-88 -

Luis Gutiérrez Sanjuán

Hacienda Pública (1-10-85 -

**PROFESORES DE LA DIVISIÓN DE DERECHO DEL COLEGIO
UNIVERSITARIO DE LAS PALMAS EN EL PASADO**

Ricardo Alcaide Alonso

Derecho Civil-II (1-10-84 - 30-9-87)

José Antonio Baeza Betancor

Derecho Natural (1-10-83 - 30-9-84)

Derecho Civil-I (1-10-84 - 24-11-86)

Luis Barroso González

Derecho Político-I (1-10-86 - 30-9-88)

Miguel Cabrera Pérez Camacho

Hacienda Pública (1-10-84 - 30-9-85)

Carmelo Calderín González

Derecho Administrativo-I (1-10-86 - 16-12-86)

Juan Cambreleng Fuentes

Economía Política (1-10-83 - 30-9-87)

Miguel Díaz Reixa

Derecho Romano (15-11-82 - 30-9-83 y 1-10-86 - 30-9-87)

Historia del Derecho (15-11-87 - 15-2-88)

Ignacio Díaz de Lezcano Sevillano

Derecho Civil-II (1-10-85 - 14-12-85)

Eladio Escusol Barra

Derecho Penal-II (1-10-84 - 30-9-86)

Juana Estupiñán Gutiérrez

Historia del Derecho (15-11-82 - 5-12-85)

Isabel Hernández Gómez

Derecho Penal-II (23-10-84 - 23-10-86)

Antonio Laquidain Hergueta

Hacienda Pública (1-10-86 - 28-2-87)

Nicolás Martí Sánchez

Jefe de Estudios (15-11-82 - curso 85/86)

Derecho Civil-I (cursos 83/84 y 85/86)

Paulino Martín Alonso

Derecho Internacional Público (1-10-84 - 25-11-85)

Lourdes Mazorra Manrique de Lara

Derecho Político-II (14-11-84 - 31-1-87)

Enrique Petrovelly Curbelo

Derecho Político-I (15-11-82 - 17-10-84)

Luis Portero García

Derecho Penal-II (1-10-86 - 30-9-89)

Rafael Rodríguez Díaz

Derecho Natural (15-11-82 - 30-9-83)

Derecho Penal-I (1-10-83 - 30-9-89)

Javier Sánchez-Simón Muñoz

Hacienda Pública (1-3-87 - 30-9-88)

Luis Sancho de Mesa

Historia del Derecho (15-11-82 - 30-9-87)

Luis Sancho Villarreal

Derecho Canónico (1-11-86 - 30-9-88)

María Victoria Sansón Rodríguez

Derecho Romano (15-11-82 - 30-9-83)

María del Pino Suárez Sánchez

Derecho Civil-I (1-10-83 - 30-9-85)

**REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO
PENAL ABREVIADO**
(L.O. 7/1988, de 28 de diciembre)

ELADIO ESCUSOL BARRA

DOCTOR EN DERECHO
FISCAL JEFE DE LA AUDIENCIA NACIONAL

FUE PROFESOR DE DERECHO PENAL DURANTE LOS CURSOS 84/85 Y 85/86

SUMARIO

- A. Sobre la facultad del Juez de Instrucción para dictar auto de sobreseimiento.
- B. Los principios de legalidad y de oportunidad reglada (consenso).
 - a) Planteamiento.
 - b) Significado y alcance del principio de oportunidad reglada o de consenso, en el nuevo procedimiento penal abreviado.
 - c) El principio del consenso en el procedimiento penal abreviado (L.O. 7/88, de 28 de diciembre).
- C. El debate previo o preliminar en la fase de enjuiciamiento.
 - a) Competencia del órgano jurisdiccional.
 - b) Vulneración de derechos fundamentales.
 - c) Causas de suspensión.
 - d) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.
 - e) Sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas.
- D. El debate a que se refiere el artículo 793.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

I

La Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, ha dado nueva redacción al Título III, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con ello se han incorporado a nuestro ordenamiento procesal penal, en alguna medida, las tendencias actuales en Europa que reclaman que el proceso penal se desarrolle en tiempo razonable y que dicho proceso, sea instrumento eficaz para la realización de la justicia penal.

El procedimiento penal abreviado, ya incorporado a nuestra Ley Procesal Penal, se desarrolla en tres fases: la fase de investigación; la fase de preparación del juicio oral, y la fase de enjuiciamiento. Las dos primeras fases tienen su desarrollo ante el Juez de Instrucción; la fase de enjuiciamiento se desarrolla ante el Juez de lo Penal (cuando la acusación no contenga petición de pena superior a la de seis años), o ante la Audiencia Provincial (cuando la acusación solicite pena superior a seis años sin exceder de doce). La referencia al Juez de lo Penal y a la Audiencia Provincial, debe entenderse en favor del Juez Central de lo Penal y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en sus específicos ámbitos competenciales.

II

El nuevo procedimiento va a ser, en adelante, el de mayor aplicación. Y una de sus características es la presencia del principio acusatorio en todas las fases del procedimiento, quedando así superada la tradicional contraposición entre inquisición y acusación. La acusación debe ser contemplada como instrumento de garantía del imputado, puesto que éste tiene derecho a saber por qué se le persigue y cuál es el contenido de la acusación. La acusación, como instrumento de garantía, es indispensable para que el imputado pueda alegar, en su caso, el derecho de presunción de inocencia, a destruir con la prueba a practicar, y para que pueda ejercer el derecho fundamental de defensa.

En virtud del principio acusatorio, la iniciativa en el proceso corre a cargo del Ministerio Fiscal (salvo en los delitos de calumnia e injurias contra particulares, en los que no interviene) y de la acusación particular si la hubiere. Por tal principio, que exige contradicción en el momento procesal adecuado, y oralidad, la acusación debe descansar en una previa investigación oficial con control judicial.

III

Amparados en lo que acabamos de expresar, queremos exponer cuatro cuestiones concretas que estimamos de interés. Estas cuestiones son: la facultad de sobreseimiento que la Ley concede al Juez de Instrucción en la fase de preparación del juicio (790.3 y 790.6, de la L.E.Crim.); los principios de legalidad y de oportunidad reglada (consenso); el debate previo o preliminar en la fase de enjuiciamiento (art. 793.2 de la L.E.Crim.), y el debate a que se refiere el artículo 793.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A. Sobre la facultad del Juez de Instrucción para dictar auto de sobreseimiento

a) Al finalizar la investigación, se entra en la fase de preparación del Juicio Oral, a no ser que el Juez de Instrucción haya resuelto a tenor de lo dispuesto en el artículo 789.5.1ª, 2ª y 3ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pues bien, el artículo 790.1 dispone que el Juez de Instrucción, finalizada la investigación (según nuestra interpretación), *debe dar traslado de las actuaciones* a las partes acusadoras, a las que corresponde valorar todo el material que la instrucción haya traído a las Diligencias Previas (tal es la denominación del procedimiento penal abreviado, según indica el artículo 789.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La valoración del contenido de las actuaciones por parte del Ministerio Fiscal y de la acusación o acusaciones, tiene esta finalidad: fundamentar la acusación si hubiere méritos para ello, o bien, en otro caso, solicitar el sobreseimiento.

El auto de sobreseimiento como resolución judicial que suspende el curso del proceso (sobreseimiento provisional) o lo termina definitivamente, produciendo efecto de cosa juzgada material (sobreseimiento libre), debe ser una resolución del órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento de conductas, dado el significado que el sobreseimiento tiene. Sin embargo, ante la petición de sobreseimiento, conforme a los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por parte de la acusación, dice la Ley *que el Juez lo acordará* ⁽¹⁾, excepto que la petición de sobreseimiento se funde en los supuestos que se contemplan en los números 1º, 3º, 7º y 10º del artículo 8 del Código

(1) El artículo 790.4 de la L.E.Crim. si no se hubiera personado en la causa acusador particular dispuesto a sostener la acusación, contempla la posibilidad de que el Juez de Instrucción remita la causa al superior jerárquico del Fiscal de la Audiencia, para que el superior resuelva si procede o no sostener la acusación.

Penal. En estos supuestos, la Ley manda que las actuaciones sean devueltas a las acusaciones para calificación, con el fin de que el curso del procedimiento continúe hasta el Juicio Oral y sentencia. Puede decirse que en estos concretos casos, pese al defecto inicial de atribuir al Juez de Instrucción la facultad de dictar auto de sobreseimiento, la Ley, corrige la equivocación inicial y provoca que, en los citados supuestos del artículo 8 del Código Penal, sea el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento (Juez de lo Penal o Juez Central de lo Penal, o, en su caso, la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), el que resuelva la petición de sobreseimiento a través de la sentencia tras el Juicio Oral. Debe consignarse que, con anterioridad a la L.O. 7/88, de 28 de diciembre, ya era necesario juicio contradictorio en los casos de los números 1º y 3º de dicho precepto del Código Penal (sentencias del T.S. 16-4-79 y 5-11-79). El significado de ello es doble: el control judicial de la petición de sobreseimiento en esos casos, y la necesidad de resolver lo relativo a medidas de internamiento y lo relativo a la responsabilidad civil. La solución que da la Ley, corrigiendo, debe reputarse correcta. Pero en los demás casos, la facultad de sobreseimiento otorgada al Juez de Instrucción, nos parece un desacierto de la Ley.

b) Por otra parte, la Ley permite que el Juez de Instrucción acuerde el sobreseimiento libre o provisional, sin que exista petición de la acusación al respecto. Ello ocurre si formulado escrito de acusación y solicitada la apertura del Juicio Oral, el Juez de Instrucción estimase que el hecho no constituye delito (art. 637.2º de la L.E.Crim.) o que, constituyéndolo, entendiéndose que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado (art. 790.6, párrafo 1º de la L.E.Crim.).

Estos casos, en los que el principio acusatorio quiebra, y permiten que el Juez de Instrucción, valorando conductas, resuelva y cierre el proceso por sobreseimiento libre o provisional deben ser criticados negativamente. Acaso pueda decirse que el artículo 790.6 párrafo primero no es acorde con la Constitución. Veamos:

1. El artículo 117.3 de la Constitución, proclama que la potestad jurisdiccional sólo puede ser ejercida según las normas de competencia y de procedimiento que las leyes establezcan.

2. La valoración de conductas debe corresponder a un juzgador imparcial. Teniendo en cuenta este principio, resulta:

- 2.1** Que el Tribunal Constitucional (sentencias nº 113/87, de 3 de julio, Sala 2ª (recurso de amparo) y nº 145/88, de 12 de julio (cuestión de inconstitucionalidad) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han afirmado que el enjuiciamiento es incompatible con la instrucción.
- 2.2** Que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en las normas relativas al procedimiento ordinario, establece la separación entre la instrucción y el enjuiciamiento. El Juez de Instrucción puede concluir el sumario con o sin procesamiento⁽²⁾, pero el sobreseimiento, en su caso, hay que solicitarlo del Tribunal competente para enjuiciar.
- 2.3** La Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, en su artículo 87.1, a) establece que los Juzgados de Instrucción conocerán en el orden penal “de la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal”⁽³⁾. Por tanto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en dicha norma procesal que es eficaz en el nuevo proceso penal abreviado, distingue nítidamente entre instrucción y el enjuiciamiento.

Pues bien, en la medida en que el Juez de Instrucción valora el material de la instrucción para sobreseer, en nuestro sentir está enjuiciando. Por ello, el artículo 790.6 párrafo 1º, en la medida que impide la separación entre la instrucción y el enjuiciamiento, no es acorde con la Constitución.

Ante un auto de sobreseimiento dictado por el Instructor en esos casos ¿cuál debe ser la posición del Ministerio Fiscal y de las partes acusadoras?

Desde nuestro punto de vista, el Fiscal y la parte acusadora si la hubiere deben, sin dudarlo, interponer recurso de apelación⁽⁴⁾. Interpuesto el recurso para ante la Audiencia Provincial (artículo 790.6, párrafo 1º, último inciso), se produce el efecto de trasladar a un órgano de enjuiciamiento separado de

(2) Hoy se duda sobre la constitucionalidad del auto de procesamiento: véase, por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura Constitucional*. Barcelona, 1988, pág. 237 y sgs.

(3) Redacción dada por la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre.

(4) También éste es el criterio de la Fiscalía General del Estado. La Circular 1/1989, de 8 de marzo, del Fiscal General del Estado, en este punto dice: “... por la necesidad de que la cuestión de fondo la resuelva uno de los órganos de enjuiciamiento; deben los señores fiscales recurrir en apelación esos acuerdos de sobreseimiento del Juez de Instrucción, para dar a la Audiencia Provincial la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del proceso, ratificando o revocando el sobreseimiento discrepante del Juez de Instrucción”.

la instrucción, como es la Audiencia Provincial, la decisión última sobre tal cuestión⁽⁵⁾.

Pero ocurre que si el recurso de apelación prospera, no habrá mayor cuestión; en cambio, ¿qué ocurre en el caso de que la Audiencia Provincial confirme el auto de sobreseimiento? ¿Cabrán el recurso de casación, en su caso, al amparo del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal? Es bien dudoso que, dados los términos del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pueda defenderse la posibilidad de interposición del recurso de casación.

B. Los principios de legalidad y de oportunidad reglada (consenso)

a) Planteamiento

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA⁽⁶⁾ señalan que el *principio de legalidad* es el complemento imprescindible del sistema de acusación oficial, en el que el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción penal por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la Ley.

El ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal implica una previa valoración de los elementos con que cuente. El artículo 105 de la L.E.Crim. dice: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales *que consideren procedentes*, haya o no acusador particular en las causas, *menos aquellas* que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada”. Por ello, lo que dice ALMAGRO NOSETTE⁽⁷⁾, al señalar que el objeto del proceso penal es

(5) Nótese, además un importante defecto de la Ley. Es el siguiente: cuando el Fiscal y/o la acusación particular solicitan la apertura del Juicio oral y formulan acusación, lo hacen ante el Juez de Instrucción; la acusación puede serlo por delito o delitos a los que la Ley señala pena inferior o superior a seis años sin exceder de doce años, y, en ambos casos, si el Juez de Instrucción sobresee la apelación corresponde a la Audiencia Provincial, orillándose al Juez de lo Penal al que, como órgano jurisdiccional de enjuiciamiento cuando la acusación no exceda de seis años, le correspondería valorar la conducta penal comprendida en el escrito de acusación. Lo correcto sería que, en estos casos que nos ocupan, el sobreseimiento estuviera sustraído al órgano jurisdiccional instructor y que tal resolución, en su caso, quedara en manos del Juez de lo Penal o de la Audiencia Provincial. En tal caso, sobreseído un asunto por el Juez de lo Penal (o por el Juez Central de lo Penal), el auto de sobreseimiento sería apelable ante la Audiencia Provincial (o ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), y habría congruencia con el artículo 795.1 de la L.E.Crim.

(6) *Derecho Procesal Penal*, 10ª Edición, Madrid, 1984.

(7) *El Nuevo Proceso Penal* en colaboración con MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y SIMENO SENDRA. Valencia, 1989, pág. 139.

indisponible, hay que matizarlo porque si contemplamos nuestro Derecho Penal resulta que el artículo 476 del Código Penal, por ejemplo, ponía en manos de los particulares⁽⁸⁾ o del Gobierno⁽⁹⁾ la posibilidad de perseguir el hecho punible por razones de oportunidad.

Por otra parte, la valoración del material de instrucción nos conduce, desde la perspectiva del Fiscal, a lo siguiente:

1. El artículo 781 de la L.E.Crim., impone al Fiscal estas obligaciones: velar por el respeto de las garantías procesales del imputado; velar por que la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados sea efectiva, e impulsar y simplificar (procurar que no se practiquen diligencias superfluas) la tramitación, sin merma del derecho de defensa y del carácter contradictorio del procedimiento.

2. En Europa se aprecian una serie de tendencias de las que, en alguna medida, se hace eco la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. Entre esas tendencias deben destacarse la de que es necesario que el proceso penal se desarrolle en un tiempo razonable; la de que el proceso penal descansa en una investigación oficial, con control judicial, que, además de ser instrumento eficaz para la realización de la Justicia, constituya la base en la que fundamentar la acusación, y la de que frente a la existencia de zonas de conflicto en el proceso, deben preverse zonas de consenso⁽¹⁰⁾.

3. Si en el nuevo proceso penal se aprecian zonas de consenso, la pregunta que se impone es la siguiente: el Fiscal, que debe observar y defender la legalidad y está vinculado al principio de legalidad, ¿puede hacer uso del principio de oportunidad o de consenso?

En el procedimiento penal monitorio (en los países en que existe), concretado a hechos de menor entidad, una de sus notas características es la posibilidad que tiene el imputado de eludir el juicio oral, mostrando su conformidad con la petición de la acusación. Se trata de impedir una sentencia que, acaso, pudiera ser más grave. Ante la conformidad, el órgano jurisdiccional dicta una resolución motivada, que si no se recurre es firme convirtiéndose así lo dispuesto

(8) "Nadie será penado por calumnia o injuria, sino en virtud de querrela de parte ofendida, salvo...".

(9) Para proceder en los casos de calumnia o injuria contra los Jefes de Estado de Naciones amigas o aliadas, o contra los agentes diplomáticos de las mismas y los extranjeros con carácter público que, según los Tratados, deban comprenderse en el art. 467 del Código Penal, ha de preceder *excitación especial* del Gobierno.

(10) Puede verse la citada Circular 1/1989, de 8 de marzo, dada por el Fiscal General del Estado.

en tal resolución en la sanción que debe sufrir el imputado. En todo caso, la sanción judicial debe mirar a un tratamiento penal al imputado congruente con el delito cometido y con la personalidad del delincuente.

La mera enunciación del principio de oportunidad o de consenso, choca con el principio de legalidad. Desde nuestro punto de vista, hay que rechazar el principio de oportunidad si la aplicación del mismo pudiera convertirse en vía fácil para la arbitrariedad. Pero el rechazo inicial no impide que la doctrina se manifieste —ya con insistencia— sobre este principio, a condición de que el mismo conecte con la ley. Por ello se habla del principio de oportunidad reglada, que debe ser contemplado como instrumento procesal tendente a la agilización de la justicia penal⁽¹¹⁾.

b) Significado y alcance del principio de oportunidad reglada o de consenso, en el nuevo procedimiento penal abreviado

Si el principio de oportunidad faculta al titular de la acción penal de disponer de su ejercicio bajo determinadas condiciones, ¿qué decir en nuestra Patria en que el Ministerio Fiscal tiene encomendada la defensa de la legalidad?

Por una parte, la introducción del principio de oportunidad reglada o de consenso, bien entendido y aplicado, pudiera sustraer al conocimiento de los órganos jurisdiccionales un porcentaje importante de hechos⁽¹²⁾, con las siguientes consecuencias:

a') Resolver —y en el futuro evitar— el colapso de la Justicia.

b') Poner de relieve que es preferible y es más eficaz el castigo inmediato del hecho —aunque castigo menor— que un proceso completo y conforme a la Ley, pero del que deriva una Justicia tardía. Lo tardío no satisface.

Por otra parte, el principio de oportunidad reglada o de consenso, en el proceso penal, excluye la criminalidad grave, pues en tales casos, la sociedad exige una decisión judicial correcta.

(11) Véase GIMENO SENDRA: “Los procedimientos penales simplificados”, en Jornadas sobre la práctica, la Justicia Penal en España, 1987. CONDE PUMPIDO FERREIRO, se hace eco de tal principio en los términos en que se utiliza en los países anglosajones y especialmente en el norteamericano. (“El principio de oportunidad reglada”. Badajoz, 1988, trabajo inédito, creemos, del que contamos con una copia que el autor nos facilitó).

(12) No es posible, cuando acaba de ponerse en marcha el nuevo procedimiento penal abreviado, señalar cifras indicativas.

Por lo tanto, el consenso, si al amparo de la Ley fuere posible, requiere:

1. Ser aplicado únicamente para los delitos de menor entidad bien por el hecho en sí, bien por el hecho y sus circunstancias (v. gr. un accidente en el que el culpable resulta gravemente herido).
2. Valoración muy ponderada del contenido de las actuaciones.
3. Que el infractor carezca de antecedentes penales e incluso malos antecedentes de conducta.
4. Tener muy en cuenta la situación de la víctima y de los perjudicados por el delito.
5. Que, en todo caso, el consenso quede sometido a control, que puede ser interno y externo: interno, dando posibilidad a la víctima y a los perjudicados de acudir en queja al superior jerárquico del Fiscal que intervino en el proceso; el control externo consiste en que la víctima y los perjudicados puedan acudir al Juez para que la causa penal continúe por sus trámites.

c) El principio del consenso en el procedimiento Penal abreviado (L.O. 7/88, 28 de diciembre)

Conviene, en primer lugar, ver si en nuestro ordenamiento penal existen datos que permitan orientarnos hacia la tendencia del principio de oportunidad reglada o de consenso, teniendo en cuenta la relevante posición del Ministerio Fiscal en la aplicación de dicho principio.

Si observamos nuestro ordenamiento Penal, en alguna medida hay facultades del Ministerio Fiscal indicativas y que miran al protagonismo que al Fiscal corresponde, dentro de la legalidad, en materia del consenso. Entre tales facultades, señalamos, a modo de ejemplo, las siguientes:

- La facultad de valorar los datos en los que, en su caso, pueda fundamentar la acción penal.
- La facultad de solicitar el sobreseimiento cuando no aparece justificada debidamente la perpetración del delito o no haya suficientes motivos para acusar.
- La facultad de elegir entre penas alternativas (entre arresto mayor o multa, por ejemplo).

- La facultad de solicitar la pena de multa en la cuantía que resulte más adecuada dentro de la Ley.

Centrando nuestra atención en las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas al procedimiento penal abreviado (redacción según la L.O. 7/1988), hay tres preceptos que se refieren al principio de consenso: el artículo 789.5.5ª; el artículo 791.3 y el artículo 793.3.

1. Al amparo del artículo 789.5.5ª, el Ministerio Fiscal y el imputado que, asistido de Letrado, haya reconocido los hechos⁽¹³⁾, pueden pedir que el Juez de Instrucción remita la actuaciones al Juez de lo Penal para que éste convoque inmediatamente a Juicio Oral al Fiscal y a las partes. Esto es una expresión clara del principio del consenso, que implica dos cosas: aceptación de los hechos por el imputado y vinculación del Fiscal a esos hechos de suerte que en su escrito de acusación no podrá expresar otros (el Fiscal, eso sí, debe calificar esos hechos con arreglo a la legalidad). La petición del Fiscal y del imputado, con su Letrado, debiera ser vinculante para el Juez de Instrucción. Sin embargo, al consignarse en la ley la palabra “*podrá*”⁽¹⁴⁾, puede plantearse en la práctica algún incidente procesal dilatorio, lo que no se acomoda bien al sentido de la Ley. Por lo demás, es claro que el trámite de consenso reflejado en el artículo 789.5.5ª, sólo es posible tratándose de hechos castigados con pena no superior a seis años.

Si, como debiera ser normal, el Juez de Instrucción resolviera de conformidad con lo pedido, se producen las siguientes consecuencias:

1ª) Que el Juez de Instrucción debe remitir las actuaciones al Juez de lo Penal.

2ª) Que el Juez de lo Penal debe convocar a Juicio Oral, inmediatamente, al Fiscal y a las partes (queda, pues, eliminada la fase de preparación del Juicio Oral).

3ª) Ante el Juez de lo Penal, y en el acto del Juicio Oral, el Fiscal y las partes califican los hechos consensuados con arreglo a la legalidad, procediendo acto seguido a defender las pretensiones que hubiesen formulado.

4ª) Que el Juez de lo Penal puede dictar sentencia en el acto (art. 789.5.5ª).

(13) Hecho equivale a objeto procesal. Véase la Circular 1/1989, de 8 de marzo del Fiscal General del Estado.

(14) Sería más correcto que la Ley dijera “*deberá*”. Teniendo en cuenta el espíritu de la Ley, puede pensarse en defecto de redacción.

Finalmente debe señalarse, como puntualiza la citada Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, que el imputado que se autoinculpe falsamente incurre en un delito del artículo 338 del Código Penal.

2. El artículo 791.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contempla la conformidad del acusado y su defensa con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad. Hay una particularidad: que la conformidad puede formalizarse conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

La conformidad a que se refiere el artículo 791.3 de la L.E.Crim. requiere:

1º) *Que se hayan formulado los escritos de acusación*, por cuanto sólo es posible la conformidad una vez conocidas las acusaciones, si bien cabe la posibilidad de que la conformidad sea formulada conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, como hecho dicho.

Cómo se va a articular, en la práctica, este trámite conjunto del Ministerio Fiscal y del acusado y su defensa, es algo que puede ofrecer dificultad. Creemos que siendo la conformidad conjunta un acto procesal que se desarrolla en la fase preparatoria del Juicio Oral, la iniciativa, en todo caso, debe partir del acusado y su defensa; y producida la manifestación o deseo de formular calificación jurídico penal conjunta, entendemos que el Fiscal debe ponderar bien todas las circunstancias que concurran —incluyendo la situación de las víctimas y perjudicados—, para calificar siempre en los términos que le permita el principio de legalidad. No nos ofrece duda lo útil que puede resultar este trámite en determinados casos como por ejemplo cuando la ley señale al delito penas alternativas (v.gr. art. 516 bis del C.P.) o cuando se trate de delitos de imprudencia en los que la petición de pena o en la imposición de ella no juegan las reglas del artículo 61 del Código Penal.

2º) *Que se trate de hechos delictivos cuyo enjuiciamiento comporte la imposición de pena no superior a seis años.*

La Circular nº 1/1989, del Fiscal General del Estado citada, razona la posibilidad de que el acusado a penas superiores a seis años pueda mostrar su conformidad, pero sin que ello vincule al Tribunal para dictar sentencia “de estricta conformidad” con lo aceptado⁽¹⁵⁾. Desde nuestro punto de vista, la referencia que el artículo 793.3 de la L.E.Crim. hace al Tribunal (Audiencias Provinciales o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) se explica para aquellos

(15) En igual sentido ALMAGRO NOSETTE: *El nuevo proceso penal* ob. cit. en colaboración con MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENURA; pág. 139 y siguientes.

casos en que correspondiendo el enjuiciamiento al Tribunal conforme a las normas de competencia⁽¹⁶⁾, proceda imponer pena menor de seis años y un día, por el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a favor del delincuente. Veamos un ejemplo: Se formula escrito de acusación contra determinada persona por el delito de lesiones definido en el artículo 420-1º del Código Penal, que viene castigado con la pena de prisión mayor. No cabe duda de que la competencia para el enjuiciamiento de la conducta del acusado corresponde al Tribunal (Audiencia); pero puede concurrir en el acusado la atenuante 1ª del artículo 9 del Código Penal, en cuyo caso habrá de observarse el mandato que contiene el artículo 66 de dicho Código, con lo que la pena a solicitar y a aplicar será inferior a seis años y un día. Este supuesto, y los casos de frustración (art. 51 del Código Penal) y tentativa y delito imposible (art. 52 del Código Penal) o para los cómplices o encubridores (art. 53 y 54 del Código Penal), son los que explican que el artículo 793.3 hable de Tribunal en función de la conformidad del acuerdo.

3. Finalmente, al principio de oportunidad reglada o de consenso, se refiere, también, el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya citada. Al amparo de dicho precepto, es posible, antes de iniciarse la práctica de la prueba, pedir que el Juez o Tribunal dicte sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad.

Las notas características de este trámite procesal, son:

1ª) Que es una petición de que se dicte sentencia de conformidad, realizada conjuntamente por la acusación y la defensa, con el acusado presente que consiente dicha sentencia de conformidad.

2ª) Que la conformidad sólo es posible si la pena no excede de seis años.

3ª) Que el Juez de lo Penal (y Juez Central de lo Penal) y la Audiencia Provincial (y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), debe dictar sentencia de *estricta conformidad con la aceptada por las partes*. Sin embargo, el Juez o la Audiencia, puede expresar su disenso, si apreciar que el hecho que se describe carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de la pena o de su preceptiva atenuación (art. 793.3 párrafo segundo). He aquí un importante instrumento

(16) La competencia del Juez de lo Penal (y el Juez Central de lo Penal) y Audiencia Provincial (y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) se determina, según mi criterio, por la pena señalada al tipo (delito consumado) sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

corrector que queda bajo la garantía del Juez o Audiencia. Si esto se produjera, las consecuencias serían:

- Que es necesario partir del *hecho aceptado*, que no puede ser modificado.
- Que es preceptiva audiencia (creo que oral) del Fiscal y de las partes para que se expresen sobre la calificación jurídica de los hechos y la consecuencia o no de circunstancias favorables, al acuerdo.
- Que el Juez o Tribunal, dictará la sentencia que proceda, sin más sujeción que la vinculación a los hechos.

C. El debate previo o preliminar en la fase de enjuiciamiento

En el acto del Juicio Oral, tras la lectura por parte del Secretario de los escritos de acusación y defensa, se puede abrir un debate, a instancia de parte, sobre las cuestiones que se especifican en el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La finalidad del debate preliminar es concentrar en un solo acto una serie de cuestiones⁽¹⁷⁾, impidiendo así incidentes dilatorios del proceso.

Refirámonos, con brevedad, a las cuestiones que pueden ser objeto de debate previo:

a) Competencia del órgano jurisdiccional

En el proceso penal, la *competencia objetiva* se determina por razón de la materia o por razón de la persona del imputado (así, por razones de oportunidad o por la calidad personal, las personas aforadas). Determinado el órgano jurisdiccional competente conforme a las normas de la competencia objetiva (Juzgado de lo Penal o Audiencia), hay que determinar a qué órgano jurisdiccional de los que de igual clase existen en el territorio corresponde la competencia (competencia territorial), atendiendo al fuero del lugar de la infracción (“*forum delicti commissi*”). Finalmente, debe señalarse que una vez que se conoce el órgano jurisdiccional, determinado conforme a las normas de la competencia objetiva y territorial, queda automáticamente determinada la *competencia*

(17) Las que especifica el art. 793.2 L.E.Crim. citado.

funcional (v. gr. la competencia para el conocimiento de los recursos devolutivos); por ello se dice que la competencia funcional es derivada⁽¹⁸⁾: conocido a qué Juez de Instrucción corresponde llevar a cabo la investigación, queda determinado el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de la causa.

Pues bien, en el debate preliminar, tanto puede plantearse y discutirse la competencia funcional (si corresponde al Juez de lo Penal o a la Audiencia), como la competencia territorial o la competencia objetiva por razón de la persona (declinatoria de jurisdicción).

1. Problemas relativos a la competencia funcional se producirán si no se atiende bien a las normas determinantes de la competencia objetiva por razón de materia. Hemos expresado anteriormente que para la determinación de la competencia objetiva por razón de la materia, es necesario atender a la pena que la Ley señala al delito consumado. Si no se observa este criterio, la situación que se puede dar es la siguiente:

1.1 Ante una calificación jurídico-penal de una conducta delictiva, a la que corresponde la pena no superior a seis años por el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por la participación del delincuente (complicidad o encubrimiento) o por la forma del delito (delito frustrado; intentado o imposible; o se trate de conspiración, proposición o provocación para delinquir, salvo que estas últimas formas estuvieran especialmente penadas por la Ley), el acusado y su defensa pueden —creo que deben— plantear que el enjuiciamiento corresponde a la Audiencia, en el caso de que el asunto esté en manos del Juez de lo Penal. Si el Juez de lo Penal, al resolver el debate, estimase el planteamiento y petición formulada, la consecuencia es que el Juez debe declararse incompetente para juzgar y remitirá los autos a la Audiencia. Si el Juez de lo Penal desestima la cuestión, el Juicio sigue adelante; en este caso, al acusado le cabe recurrir la sentencia que se dicte, pero debemos consignar que, desde nuestro punto de vista, se resiente el artículo 24.2 de la Constitución, puesto que juzga al acusado un órgano jurisdiccional no predeterminado por la ley conforme a las normas de competencia rectamente interpretadas.

De “*lege ferenda*”, debe señalarse ya que el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiera completarse con un párrafo que dijera: “La competencia objetiva del órgano jurisdiccional, se determinará atendiendo, en todo caso, a la pena señalada por la Ley para el delito consumado”.

(18) MORENO CATENA, en *El nuevo proceso penal*, en colaboración con ALMAGRO NOSETTE, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA. Ob. cit., págs. 34-35.

2. Si la cuestión planteada en el debate preliminar fuera la declinatoria de jurisdicción, será la primera que deba considerarse y si fuese estimada no es posible entrar a debatir las demás cuestiones que se hubiesen planteado. La estimación de la declinatoria de jurisdicción comporta que el órgano jurisdiccional se declara incompetente y remite las actuaciones al órgano considerado como competente. La estimación de la declinatoria tiene una consecuencia: que el juicio no sigue adelante y que, a nuestro juicio, la resolución del órgano jurisdiccional debe documentarse y adoptar la forma de auto. Y contra este auto, ¿qué recurso cabrá? El artículo 793.2, nada dice sobre el recurso que quepa contra el auto que estime la declinatoria de jurisdicción, por lo que estamos ante un vacío legal que la Circular nº 1/1989 citada del Fiscal General del Estado pretende llenar con estas palabras referidas al debate preliminar: “el debate será oral, las intervenciones se producirán por turno y versarán sobre el punto o puntos propuestos por quien pida el debate, y el incidente será resuelto por el Juez o Tribunal en el mismo acto y sin que quepa otro recurso que el que se dé, en su momento, contra la sentencia. Esto último no lo dice expresamente la Ley, pero es la consecuencia necesaria del carácter concentrado del acto del juicio oral, que, una vez iniciado, debe concluir con sentencia”.

Mostramos nuestro acuerdo con tal criterio si la cuestión declinatoria de jurisdicción es desestimada, porque en tal caso, el juicio necesariamente ha de seguir. Pero si la declinatoria de jurisdicción, v. gr. planteada por el Ministerio Fiscal es estimada, significa que el órgano jurisdiccional (Audiencia o Juez de lo Penal), es incompetente para el enjuiciamiento; en tal caso, el órgano jurisdiccional declina su competencia en favor de otro sin que, desde nuestro punto de vista pueda obligarse, sin más, al acusado a someterse a ese otro órgano jurisdiccional. Pensamos que el tema de las garantías del justiciable es esencial, y nos inclinamos en que en este punto se complemente el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con las normas generales y básicas de la misma Ley. Así si la cuestión fue planteada ante la Audiencia, de ser estimada la declinatoria, no vemos inconveniente en que se observe lo dispuesto en el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitir que contra dicho auto se articule, en su caso, el recurso de casación. *La duda puede estar* en el caso en que la cuestión de declinatoria se haya debatido ante el Juez de lo Penal y éste la haya estimado; en este caso, creemos que este vacío debe llenarse mediante el recurso de apelación para ante la Audiencia.

b) Vulneración de derechos fundamentales

La Constitución quiere una garantía jurisdiccional eficaz para los derechos fundamentales de la persona, y así lo pondera en el artículo 53.2. Tal garantía tiene su expresión en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de Protección de los derechos fundamentales de la persona. La tutela cualificada es requisito previo para poder plantear un determinado asunto ante el Tribunal Constitucional (art. 43 de la L.O. n° 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), pero el recurso de amparo es directo si se impugnase un acto del poder judicial, a condición de que se agoten los posibles recursos en la vía judicial (art. 4.4 de la L.O. 2/1979).

Es claro que si la cuestión planteada es desestimada, el juicio sigue su curso hasta dictar sentencia, pudiéndose volver a discutir la cuestión en el recurso que cabe contra la sentencia. Pero, si el órgano jurisdiccional estima la cuestión planteada, ¿qué sucede? Habrá que estar a cada caso en particular. El vacío de la ley en orden al importante tema de las garantías, puede plantear no pocos problemas.

c) Causas de suspensión

Por efecto de lo dispuesto en el artículo 780 de la L.E.Crim. las causas por las que puede suspenderse el juicio oral son las que se establecen en el artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y creemos que contra lo que el Juez o Tribunal resuelva no cabe recurso (art. 748 de la L.E.Crim.).

¿Qué decir de la ausencia del acusado? La regla general contenida en el artículo 793.1 párrafo 1º, es que la celebración del Juicio oral requiere, preceptivamente, la asistencia del acusado. Pero en caso de ausencia injustificada, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora y *oída la defensa* puede continuar el Juicio, si se dan las circunstancias que señala el art. 793.1, párrafo 2º de la L.E.Crim. Creemos que en este punto la Ley debe ser criticada negativamente, pues no tiene sentido que un proceso penal se celebre contra personas ausentes. En caso de ausencia injustificada del acusado, lo correcto hubiera sido que la Ley impusiera lo siguiente:

- necesidad de suspender el juicio oral.
- declaración en situación de rebeldía al acusado.
- dar órdenes de busca y captura del acusado.

d) Existencia de artículos de previo pronunciamiento

Puede alegarse y someterse a debate la cosa juzgada y la prescripción, por ejemplo. Si tales cuestiones fuesen desestimadas el juicio sigue su curso hasta sentencia y al interesado le cabe recurrir la sentencia y reproducir el debate. Pero si tales cuestiones son estimadas, el Juicio no sigue adelante y lo correcto será que la Audiencia o el Juez de lo Penal, dicten auto de sobreseimiento libre. Y ¿qué recurso cabe contra el auto de sobreseimiento libre? Procesalmente, se da la misma situación que antes hemos reflejado respecto a la declinatoria, por lo que, en lo menester, debe darse por reproducido lo que allí se dijo.

e) Sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas

El debate preliminar tiene sentido en relación con las pruebas que hubiesen sido rechazadas. El artículo 24.2 de la Constitución consagra el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y el artículo 792.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite a las partes alegar sus razones sobre el derecho a la prueba. Si ante la cuestión planteada, el Tribunal o el Juez admite las pruebas que en principio fueron rechazadas, no hay cuestión y en el acto del juicio se practican tales pruebas. Si el Tribunal o el Juez ratifica su decisión de rechazar la prueba, pensamos que a quien interese debe hacer constar su protesta, y como defensa le cabrá recurrir la sentencia que se dicte.

D. El debate a que se refiere el artículo 793.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Terminada la práctica de la prueba y producidas definitivamente las conclusiones del Fiscal y de las partes, el Presidente del Tribunal o el Juez de lo Penal, en sus respectivos casos, puede requerir a la acusación y a la defensa y someter a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados: el requerimiento lo será bien para esclarecer aspectos concretos de la prueba, bien para la valoración jurídica de los hechos. Debe consignarse que, cuando este debate se produce, las calificaciones acusatorias ya no son susceptibles de modificación. Dicha facultad del Presidente del Tribunal o del Juez de lo Penal, ¿lo es en sustitución de la tesis que se contiene en el artículo 733 de la L.E.Crim., tesis que, por otra parte, ha sido cuestionada muy seriamente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo? Decimos que la tesis del artículo 733 de la L.E.Crim.

ha sido cuestionada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero quizá pueda decirse más, a la luz de las sentencias de dicha Sala de fechas 21-4-87, 16-6-87 y 1-12-87: quizás pueda decirse que la facultad del Tribunal en el procedimiento ordinario ya no existe, porque a la luz del artículo 24 de la Constitución, de dichas sentencias se deduce que, permaneciendo inalterables los hechos de la acusación, no es posible plantear la tesis porque en tal caso la misma se convierte en acto de acusación que formula el propio Tribunal sentenciador.

Por lo tanto, el debate a que se refieren los párrafos 1º y 2º del artículo 793.6 de la L.E.Crim. responde a otro fin. Responde, según nuestro criterio, a la finalidad de centrar correctamente el debate, sin que, en modo alguno, el órgano jurisdiccional competente pueda condenar por delito más grave, ni imponer pena que exceda de la pedida por las acusaciones: el principio acusatorio plasmado en el artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo impide.

LA ADOPCIÓN DEL HIJO DEL CÓNYUGE COMO VÍA FRAUDULENTA EN LA ADOPCIÓN

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

FISCAL

PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO PENAL

PROFESOR DE DERECHO PENAL-II DESDE EL CURSO 86/87

Las últimas modificaciones experimentadas por el Código Civil en materia de adopción, representadas por la Ley 7/1970, de 4 de julio, y por los sucesivos y ligeros retoques de las leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, se han mostrado inoperantes a la hora de hacer realidad una sentida aspiración legislativa. El deseo de los poderes públicos de eliminar las fuentes generadoras del tráfico de menores y la picaresca de marcado matiz lucrativo que rodea —en no pocas ocasiones— la adopción de un menor, no ha contado con adecuados instrumentos legislativos que convirtieran aquella intención en algo más que un optimista desideratum.

La existencia de prácticas enmascaradoras de corrupción y la sensibilidad social que rodea todo fenómeno jurídico que tenga por protagonista al menor, llevaron al legislador a la promulgación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, diseñando un nuevo régimen jurídico con vocación superadora de las críticas y objeciones formulables al que aquélla derogaba.

La Ley 21/1987 no se limitó a una superficial reelaboración del conjunto normativo llamado a reglamentar el fenómeno de la adopción, sino que, por

el contrario, ha afectado al fundamento mismo de la institución y a los principios inspiradores de aquélla. El acogimiento familiar y la declaración de desamparo —figura tuitiva de perfiles administrativos, pero sometida desde el principio al control y supervisión ejercidos por el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial— trataron de acabar con el carácter cuasiclandestino que rodeaba el conjunto de actos previos encaminados a la formalización del negocio jurídico de la adopción.

Se atribuye así un preponderante papel a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores. A aquélla se confiere, por ministerio de la ley, la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo (art. 172 del C.C.). La intervención de la administración pública encargada de las prestaciones dirigidas a la protección de desamparados, se plasma en la indispensable propuesta previa que la entidad pública ha de emitir como presupuesto ineludible para la incoación del expediente de adopción (art. 176.2 C.C.).

Con ello se pretende lograr que la presencia de un menor a cuya adopción se aspire, obedezca a una encomienda previa y provisoria de ese menor por parte de la entidad pública que, tras incoar expediente y ponderando el interés de aquél, concluya la conveniencia de su entrega a un determinado grupo familiar. Quien inste ante los órganos judiciales el trámite de adopción de un menor, ha de hallarse en condiciones de demostrar, mediante la repetida propuesta de la entidad pública, que su previa custodia no obedece a una entrega por personas desconocidas. Sólo así, desde la óptica del legislador, se evitaría esa suerte de sospechosa tenencia de un menor al que se persigue adoptar y cuyos más elementales datos identificatorios se dice desconocer. Esa fingida ignorancia de los datos inscribibles del menor ocultaba, en algunas ocasiones, un tráfico de niños que paralelamente al afán legislativo por evitarlo se consolidaba con sus propias reglas.

La necesidad presente en todo proceso legislativo de no encorsetar el dinamismo social en las propias reglas que se trata de implantar, llevó a la Ley 21/1987 a establecer contadas excepciones en las que la exigencia de propuesta previa de la entidad pública quedaba desplazada. Así lo proclama el mismo art. 176 del C.C. en los siguientes casos: 1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2. Ser hijo del consorte del adoptante; 3. Llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo; 4. Ser mayor de edad o menor emancipado.

La práctica diaria desarrollada bajo la vigencia del nuevo texto legal, ha evidenciado que la excepción recogida en el número 2 de los apartados antes transcritos, es decir, la de ser hijo del consorte del adoptante, encierra en sí una clara fórmula para eludir o sortear el rígido sistema de la propuesta previa de la entidad pública. Los supuestos de hecho posibles son variopintos y desbordarían por su natural riqueza imaginativa cualquier intento sistematizador. En cualquier caso, el proceso, en la mayoría de las ocasiones, discurre de la siguiente manera: tomada por ambos cónyuges sin descendencia la decisión de adoptar un recién nacido soslayando la rigidez de la previa intervención pública, el varón reconoce como propio un hijo de una madre soltera con la que ya se ha llegado a un acuerdo en tal sentido. Aun cuando en la procreación de ese menor no haya intervenido quien formula su reconocimiento, tal acto jurídico, desplegado con la complacencia de la madre biológica, va a provocar como efecto inmediato la determinación de una filiación no matrimonial respecto del menor en cuestión (art. 120.1 del C.C.). Entregado por la madre biológica el menor a quien acaba de reconocerlo, ya es posible justificar ante quien lo exija, por simple imperativo de las disposiciones reguladoras de los efectos de la filiación, la guarda, la custodia y, en fin, el ejercicio de cualesquiera de los derechos inherentes a la patria potestad.

Colmada la primera etapa de todo un proceso perfectamente desplegado, se abre un segundo período que se limita a adoptar al menor por parte del cónyuge de quien ha fingido, con todo éxito, el reconocimiento. Iniciado el expediente de adopción, en trámite de jurisdicción voluntaria y sin la oposición de la verdadera madre biológica —normalmente escogida con residencia bien distante del órgano judicial competente para la tramitación del expediente— el buen resultado y, en definitiva, la prosperabilidad de la pretensión de la adoptante está, prácticamente, asegurada.

La intervención del Ministerio Fiscal en los trámites judiciales encaminados a la adopción, constituye un imperativo legal que, con claro fundamento estatutario, reitera el art. 1.825 de la L.E.C. Su presencia permitirá en muchas ocasiones detectar la sospecha de que la falta de propuesta previa de la entidad pública y la adopción por uno de los cónyuges del hijo del consorte puede estar disfrazando una operación similar en su esencia a la anteriormente descrita.

La posibilidad de incoación por el Fiscal de unas diligencias informativas que, con fundamento en los arts. 5 del Estatuto de 1981 y 785 bis de la L.E.Cri., tiendan a averiguar la realidad de los hechos y la posible derivación de responsabilidades penales, aparece como incuestionable. Sin embargo, no

quedará con ello resuelto el futuro que a la adopción como negocio jurídico familiar haya de atribuírsele.

Una referencia que ha de estar presente en el manejo de cualquier criterio interpretativo, viene determinada por la clara vocación de estabilidad —insoslayable por elemental exigencia de seguridad jurídica— con la que el propio legislador contempla la adopción. Con toda rotundidad se expresa el art. 180 del C.C. cuando recuerda que la adopción es irrevocable, sentando rígidas excepciones a tal regla general.

Si las anomalías se advierten antes de que haya recaído resolución judicial estimatoria de la adopción, la actitud del Fiscal aconseja la oposición a la aprobación del expediente incoado. Tal rechazo, según el art. 1.827 de la L.E.C., no debe provocar el efecto general del art. 1.817 de la misma L.E.C., es decir, la conversión del trámite en contencioso, sino que, aunque no se diga expresamente, el Juez habrá de valorar la conveniencia de la adopción para el menor y, en el mismo trámite de jurisdicción voluntaria, dictar una u otra resolución. Tal conveniencia estará, normalmente, desaconsejada pues, no en vano, se está tratando de resolver una solicitud que ya adolece de un vicio de origen que, incluso, puede llegar a tener indudables repercusiones en la esfera delictiva.

Mayor problema plantea la solución de aquellos otros supuestos en que la adopción ya ha sido aprobada y con posterioridad surgen los datos reveladores de la alteración de la verdad. Parece claro que la regla general de la irrevocabilidad de la adopción —justificada por sí sola— no sería obstáculo para una pretensión punitiva auspiciada por el Fiscal y dirigida a provocar la rectificación registral, una vez lograda la oportuna sentencia condenatoria, respecto de la paternidad declarada en virtud del viciado reconocimiento. El interés del adoptado, núcleo medular de la institución, quedaría salvaguardado mediante la aplicación del efecto prevenido en el núm. 4 del art. 180 del C.C., según el cual, la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.

MATERIALES PARA UNA TEORÍA DEL GASTO FISCAL

RODOLFO L. ESPINO ROMERO

PROFESOR DE ECONOMÍA POLÍTICA DESDE EL CURSO 83/84

El estudio del gasto fiscal, esto es, el gasto público realizado mediante la concesión de beneficios fiscales, ha sido una materia de trabajo tradicionalmente ignorada por la doctrina hacendística. A nuestro juicio, pueden señalarse tres factores que han influido decisivamente en esa marginación. En primer lugar, las dificultades teóricas asociadas al propio concepto de gasto fiscal, que han conducido a que en la actualidad no exista ni siquiera una definición precisa y generalmente aceptada del mismo. En segundo lugar, las dificultades teóricas y prácticas encontradas para cuantificar esa minoración de ingresos públicos, que han limitado la posibilidad de emprender un programa de investigación y profundizar en el mismo. Y en tercer lugar, las dificultades prácticas existentes para analizar el origen y la naturaleza de la concesión de tratos fiscales de favor, en la medida en que ello supone adentrarse en el conocimiento de los mecanismos que explican la actuación de los grupos de presión y, en consecuencia, en palabras de Louis Eisenstein, es necesario realizar un estudio de antropología fiscal. Como no se oculta, los tres factores citados se encuentran, a su vez, relacionados entre sí, de manera que cualquiera de ellos podría ayudar a explicar los restantes.

Las dificultades que acabamos de mencionar no han impedido, sin embargo, que en las dos últimas décadas haya empezado a prestarse atención a

la política de gasto fiscal y a manifestarse la necesidad de evaluar periódicamente sus resultados⁽¹⁾.

1. El concepto de Gasto Fiscal

Denominamos gasto fiscal al gasto público efectuado al establecer un beneficio fiscal, es decir, al introducir en el régimen general de un tributo una excepción que implique una minoración en la exacción correspondiente al mismo. En consecuencia, el elemento diferenciador del gasto fiscal frente al gasto público directo se sitúa en la fase de ejecución presupuestaria, pues supone una salida de fondos públicos sin que concurra su desembolso efectivo. En lugar del pago, en el gasto fiscal la transferencia de recursos públicos se realiza mediante la técnica de la exención tributaria.

El término *tax expenditures* fue utilizado por primera vez en 1967 por Stanley S. Surrey⁽²⁾, quien introdujo la expresión plural gastos fiscales sin aportar una definición de su significado, para referirse indistintamente a los incentivos fiscales establecidos en el impuesto sobre la renta y a los ingresos perdidos como consecuencia de los mismos, y con el propósito de enfatizar la conveniencia de limitar o suprimir algunos incentivos fiscales dado el crecimiento de dicho sacrificio recaudatorio.

La acuñación del término gasto fiscal ha sido un instrumento eficaz para llamar la atención sobre la importancia de ese efecto del establecimiento de un beneficio fiscal. En el ámbito de la Hacienda Pública, el estudio de los beneficios, excepciones, preferencias, privilegios o ventajas fiscales se dirigió inicialmente a conocer los efectos que mediante su concesión podrían obtenerse sobre la formación de capital, como variable intermedia para la consecución de la estabilidad de la demanda y el desarrollo económico. El análisis de la utilización de las excepciones fiscales como instrumento de política económica ocupó un lugar central en el trabajo de muchos hacendistas durante las décadas

(1) Este artículo es una reelaboración de una parte del trabajo *Gasto Fiscal y Desarrollo Regional: el Fondo de Previsión para Inversiones en Canarias (1964-1984)* que presentamos en la Universidad de Salamanca como tesis doctoral. Otra parte de dicho trabajo ha sido publicada por el C.I.E.S. de la Caja Insular de Ahorros de Canarias con el título *El Fondo de Previsión para Inversiones y el Régimen Especial de Canarias*.

(2) SURREY (1973) afirmó haber utilizado por primera vez la expresión *tax expenditures* en noviembre de 1967, siendo secretario adjunto para la política fiscal en el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América.

de los años cincuenta y setenta, generándose un crecimiento importante de la literatura científica en torno a las ayudas, estímulos, exenciones, incentivos, subsidios o subvenciones fiscales, expresiones utilizadas indistintamente para referirse al carácter instrumental de la concesión de beneficios fiscales. Sin embargo, fueron escasas las reflexiones publicadas en dicho período que profundizaran en los demás efectos del establecimiento de ventajas o preferencias fiscales.

La atención prestada al gasto fiscal en los últimos veinte años ha conducido a un progreso notable en su conocimiento y control, pero el propio concepto de gasto fiscal todavía se encuentra en proceso de elaboración y la carencia de una definición precisa y generalmente admitida y utilizada de gasto fiscal limita la posibilidad de aprovechar esta reciente línea de investigación. En la bibliografía relacionada puede observarse la diversidad de expresiones empleadas por los estudiosos de la política fiscal al exponer sus reflexiones en torno a la introducción de excepciones fiscales. Generalmente, las diferencias responden al enfoque elegido por cada autor al analizar esta materia, y en principio, y a nuestro entender, no deberían inducir a confusión ya que la introducción de una *excepción* en el régimen jurídico de un tributo supone la creación de una *preferencia* dentro del sistema fiscal, que a su vez se traduce, para algún agente económico, en la obtención de un *beneficio* frente a la Hacienda Pública y de una *ventaja* frente a los no beneficiados, lo que, desde el punto de vista de estos últimos, puede considerarse un *privilegio*; además, el establecimiento de un trato fiscal de favor se explica por su utilización como instrumento de fomento (*estímulo*, *incentivo*), pues supone para el beneficiario una *ayuda* extraordinaria o *subsidio*, realizada mediante la técnica de la *exención*, con efecto similar al de una *subvención* ⁽³⁾.

(3) Sin embargo, la carencia de definiciones generalmente admitidas, la no explicitación del significado atribuido por cada autor y las relaciones existentes entre las expresiones mencionadas —que han favorecido su empleo como sinónimos—, son algunos de los factores que no solamente han mantenido latente cierta confusión en esta materia, sino que en la actualidad han propiciado su aumento al introducirse en la literatura hacendística el término *gasto fiscal*, que nosotros utilizamos para referirnos a la minoración de ingresos tributarios derivada de la concesión de un beneficio fiscal, según se expone en el texto. Los investigadores de este fenómeno de las preferencias fiscales parecen haber seguido la lección de principios formulada por Sir Dennis Robertson: no han concedido importancia a la terminología y han procurado conocer la naturaleza del pastel comiéndolo; los resultados de ese proceso han sido tan sugerentes como en ocasiones ambiguos, y constituyen un ejemplo más que confirma la observación de Henry L. Moore —“Paradoxes of competition”, en *Quarterly Journal of Economics*, vol. XX, febrero de 1906, p. 211, citado por MACHLUP (1967, pp. 8-9)— cuando señalaba que “los términos económicos, en su desarrollo histórico, parecen pasar por una serie de etapas que, sin pretensión de rigidez, pueden ser descritas así: primero, no se ofrece ninguna definición sino que se da por sentado que todo el mundo tiene una idea lo bastante clara de la materia que hace que toda definición sea innecesaria; segundo, se intenta dar una definición y se encuentra un número excepcional de ...

La definición de gasto fiscal que utilizamos se encuentra implícita en buena parte de la bibliografía consultada en torno a esta materia y permite establecer el significado del término frente a otros conceptos afines al delimitar su naturaleza como categoría de gasto público⁽⁴⁾ y expresar su contenido en referencia a la introducción de excepciones tributarias, fenómeno que, a nuestro entender, constituye el elemento central a partir del cual debe iniciarse la aproximación al concepto de gasto fiscal. Así lo han advertido SURREY y McDANIEL (1985, p. 3) al señalar que: “El concepto de gasto fiscal sugiere que un impuesto sobre la renta se compone de dos elementos distintos. El primer elemento consiste en las disposiciones estructurales necesarias para aplicar un impuesto normal sobre la renta (...). Estas disposiciones componen los aspectos recaudatorios del impuesto. El segundo elemento consiste en las preferencias especiales encontradas en todo impuesto sobre la renta. Estas disposiciones, a menudo denominadas incentivos fiscales o subsidios fiscales, son desviaciones de la estructura impositiva normal y son diseñadas para favorecer en particular a industrias, actividades o clases de personas. Toman diversas formas (...). Cualquiera que sea su forma, estas desviaciones de la estructura normativa fiscal representan gastos gubernamentales dirigidos a favorecer actividades o grupos, efectuados a través del sistema fiscal a diferencia de las subvenciones directas, créditos, u otras formas de ayuda gubernamental”⁽⁵⁾.

... formas; tercero, con el continuo aumento de datos, cambia la relativa importancia de las diversas formas, se introduce la confusión en la discusión, y la logomaquia pasa a ocupar el puesto de la investigación constructiva; cuarto, se efectúa una clasificación completa de las formas que abarcaba el término original y se investigan problemas con referencia a estas clases. La vaguedad desconcertante de la teoría económica se debe en gran parte a que los términos usados están en todas estas etapas de desarrollo”.

- (4) “Auténticos gastos públicos aunque sean gastos fiscales”, indicaba FUENTES QUINTANA (1974a, p. 8, y 1974b, p. XXXIV), quien explicaba: “es un gasto en cuanto que la renuncia del ingreso del Tesoro supone una inmediata aplicación en favor de quien disfruta el incentivo correspondiente, aunque sea un gasto sin pago, puesto que no exige desembolso efectivo del Tesoro”. La aceptación de su naturaleza de gasto público es reciente, de manera que las clasificaciones tradicionales de este último comprenden únicamente gastos directos. Diversas interpretaciones acerca de los beneficios fiscales y su función financiera o relación jurídica de gasto público en ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (1979ab y 1985ab) y GONZÁLEZ SÁNCHEZ (1980 y 1982). Otras reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los beneficios fiscales en SÁINZ DE BUJANDA (1963a), TEJERIZO LÓPEZ (1976), PALAO TABOADA (1982, pp. 164-167), SOLER ROCH (1983), FERNÁNDEZ FARRERES (1983 y 1987) y DÍAZ LEMA (1985).
- (5) Siguiendo a ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (1979b y 1985ab), utilizamos la expresión régimen general de un tributo para designar al primer elemento que McDaniel, Surrey y otros autores denominan estructura fiscal normal, ya que esta última puede inducir a confusión por sugerir impropriamente la referencia a un sistema fiscal ideal, mientras que el concepto de excepción fiscal adquiere sentido únicamente en relación al régimen vigente de un tributo. De cualquier forma, aunque en alguna ocasión pueda ser polémica la identificación de un supuesto como beneficio fiscal, lo cierto es que se ha avanzado notablemente en la elaboración de unos criterios objetivos —véase SURREY (1969), AARON (1969)

La introducción de desviaciones o excepciones en el régimen general de los tributos, es decir, el establecimiento de beneficios tributarios, es uno de los elementos definitorios de la política fiscal. El efecto inmediato derivado de su concesión se concreta, para el beneficiario, en la disminución o supresión de las cuotas que resultarían si se aplicaran las disposiciones que conforman el régimen general del tributo correspondiente; y para la Hacienda Pública, en idéntica reducción de los ingresos fiscales. Sin embargo, como hemos apuntado, el examen de su eficacia como instrumentos de política económica constituyó la línea de investigación predominante en los trabajos sobre las preferencias fiscales publicados entre los años cincuenta y principios de los setenta. Precisamente las críticas efectuadas en ese período a los incentivos o estímulos fiscales condujeron a la introducción de la expresión gasto fiscal e impulsaron el que desde entonces se haya prestado atención a esta variedad de gasto público.

Durante la década de los años cuarenta, al revisarse la concepción tradicional acerca de la función de los ingresos y gastos públicos en la actividad económica, comenzó a considerarse la oportunidad de emplear instrumentos fiscales para favorecer la estabilidad de la demanda efectiva⁽⁶⁾. Posteriormente se amplió el ámbito de los objetivos atribuidos a la política fiscal, afirmándose que el establecimiento de preferencias tributarias podía ser eficaz para estimular el crecimiento económico, principalmente en países subdesarrollados y mediante la concesión de ventajas fiscales a la formación de capital⁽⁷⁾. A pesar de la carencia de una teoría de los determinantes de la inversión que permitiera

... y las ponencias y comunicaciones recogidas en TAX INSTITUTE OF AMERICA (ed.) (1971), SURREY y SUNLEY (1976), McDANIEL y SURREY (1985), FRANK (1985) y las ponencias del *Symposium* sobre *Emerging Issues in Tax Policy* contenidas en el monográfico de *National Tax Journal*, vol. XXXVIII, n° 3 (sept. 1985)—, de manera que, como ha observado el CONSEJO FRANCÉS DE LOS IMPUESTOS (1979, ap. 261), “si la elección de la norma a tener en cuenta para definir un gasto fiscal no siempre se impone con evidencia, y puede ser diferente según las épocas, conviene subrayar que las medidas que suscitan problemas de apreciación son en definitiva poco numerosas en la práctica”.

(6) La práctica de la introducción de beneficios fiscales ya contaba entonces con algunas experiencias, como los fondos anticíclicos para inversiones establecidos en Suecia en 1938 —antecedentes del Fondo de Previsión para Inversiones español—, o en España la Ley de 24 de octubre de 1939, de fomento y protección a las industrias de interés nacional, aunque como ha señalado LASARTE ÁLVAREZ (1968, p. 1.300) para el caso español, “indudablemente, en 1939, cuando se dictan las leyes industriales, no puede defenderse desde ningún punto de vista que en nuestro país existiese un planteamiento *funcional* de la Hacienda”.

(7) Así lo defendió, entre otros, HELLER (1954, pp. 521 y 531), quien explicaba que “la política fiscal se enfrenta con un dilema básico en su papel de instrumento de formación de capital en el desarrollo económico (...). Una manera de salir del dilema pudiera ser el combinar altos tipos de impuestos en general con un tratamiento preferente de las categorías deseables de actividad de desarrollo (...). El llevar a cabo esta política exige un análisis económico y una planificación muy esmeradas, una hábil estructuración de los impuestos, un Gobierno libre de favoritismo políticos y una administración fiscal competente”; Heller reconocía que “aunque el tratamiento fiscal preferente no aparece en ninguna de las partidas del pre-

fundamentar adecuadamente la supuesta eficacia estimuladora de los beneficios fiscales⁽⁸⁾, al amparo de aquellas propuestas —y del aparente éxito de las políticas de incentivos iniciadas en 1949 en Jamaica y en 1950 en Puerto Rico—, a partir de finales de la década de los años cincuenta comenzó a extenderse y generalizarse la introducción de excepciones tributarias en los sistemas fiscales de la mayoría de los países⁽⁹⁾, aumentando su generosidad y diversificándose los objetivos asignados a las mismas hasta comprender en la actualidad, entre otros, la creación de empleo, el ahorro, la exportación, la reconversión sectorial, la atracción de capital extranjero o el desarrollo regional.

A su vez, la proliferación de los incentivos fiscales ha llamado la atención de muchos investigadores sobre la necesidad de evaluar su eficacia, y los resultados de sus trabajos han coincidido generalmente al plantear dudas racionales sobre su capacidad para cumplir los objetivos asignados⁽¹⁰⁾. Junto a los interrogantes abiertos sobre la supuesta eficacia incentivadora de la concesión de preferencias fiscales, se han extendido las críticas a otros efectos derivados de la misma, de manera que desde el *Informe Carter* (1966), las principales Comisiones de reforma fiscal han coincidido mayoritariamente al discutir la oportunidad y la eficiencia del establecimiento de incentivos fiscales, señalando que su dudosa capacidad para influir sobre las decisiones de los agentes económicos —y eventualmente sobre la estabilidad o el desarrollo económico— no compensa los problemas de complejidad tributaria, discriminación fiscal, fomento de la formación de grupos de presión fiscal, quiebra de la moral tribu-

... supuesto del Gobierno, en realidad se trata de un gasto público disimulado”, y afirmaba que el fundamento para la concesión de ventajas fiscales consistía en “minimizar la interferencia de la imposición en los incentivos a absorber estos ahorros (personales y de sociedades) en inversiones productivas”, es decir, el argumento de “la ideología de las barreras y frenos” que posteriormente denunció EISENSTEIN (1961). Más referencias sobre esta materia en los ensayos de ÁLVAREZ RENDUELES (1970) y CANSECO CANSECO (1980).

- (8) La falta de una teoría sobre el comportamiento de la inversión y la carencia de información estadística adecuada han sido señaladas repetidamente como factores que han impedido o limitado la posibilidad de encontrar un fundamento científico riguroso a la hipótesis de la eficacia general de los estímulos fiscales a la inversión. Las referencias disponibles al respecto son muchas, como puede comprobarse en el trabajo de LAGARES CALVO (1974).
- (9) En cuanto a las razones que explican el proceso de multiplicación de los beneficios fiscales, conservan su actualidad las reflexiones de FUENTES QUINTANA (1974a) cuando formulaba las leyes empíricas que denominaba “ley de la proliferación de los incentivos fiscales” y “ley de la conservación de los incentivos concedidos”. También deben destacarse las sugerencias de TURRENT DÍAZ (1980) al interpretar los factores que propician su mantenimiento, y en especial la competencia entre naciones o regiones para atraer capital y la presión política ejercida por los empresarios buscadores de rentas, e incluso la realizada por los órganos burocráticos encargados de su administración.
- (10) La bibliografía sobre evaluación de resultados de las políticas de beneficios fiscales es abundante. Tres trabajos de síntesis al respecto son los realizados por DE FIGUEROA (1964), TURRENT DÍAZ (1980) y BRAÑA PINO (1982).

taria, distorsión en los mercados de capitales e insuficiencia recaudatoria y déficit público que su existencia ciertamente plantea. Como consecuencia, dichos *Informes* se han inclinado normalmente por afirmar la necesidad de revisar, seleccionar y reducir la concesión de beneficios tributarios⁽¹¹⁾.

Las propuestas de revisión contenidas en los *Informes* referidos no han conseguido detener la proliferación de los beneficios fiscales, pero a partir de las mismas ha comenzado a racionalizarse su concesión y conservación y a profundizarse en el estudio de los efectos que su introducción puede causar sobre la Hacienda Pública, y no solamente sobre la actividad empresarial⁽¹²⁾.

El primer paso en ese proceso consiste en conocer los beneficios fiscales establecidos, y el segundo en cuantificar el correspondiente gasto fiscal. Ambas cuestiones, que en principio parecen de fácil resolución, plantean sin embargo algunos problemas, tanto al precisar el concepto de beneficio fiscal como al determinar el criterio para medir el gasto fiscal. En el siguiente apartado señalaremos los diversos métodos utilizados para efectuar dicha medición, pero antes parece conveniente comentar algunas ideas finales respecto al significado de los conceptos beneficio y gasto fiscal sobre las cuales existen o han existido diferencias entre las personas que han trabajado esta materia.

- (11) Véase una exposición sistemática de dichas propuestas en el ensayo de FUENTES QUINTANA (1986, p. 273), quien ha insistido en la necesidad de racionalizar y “evitar el mal fiscal de la década, que es la proliferación de excepciones a la norma fiscal y tratos generalizados de favor fiscal”. Véase también el artículo de ALBI IBÁÑEZ (1987).
- (12) Racionalizar la aplicación de beneficios fiscales puede implicar sencillamente su desaparición. En este sentido se expresa, entre otros, MELGUIZO SÁNCHEZ (1979, p. 438), quien siguiendo a O’CONNOR (1973) los define “como el instrumento fiscal por el que el Estado capitalista concilia y armoniza (intenta amortiguar) la contradicción entre su función legitimadora —que requiere no transgredir visiblemente el supuesto principio de reparto equitativo de la carga tributaria—, y la función de acumulación, que exige favorecer al capital. Y es idóneo (útil) porque evita la publicidad del apoyo que se realizaría a través del gasto (directo)”. Otros autores afirman que racionalizar significa observar ciertos requisitos en su concesión y en su conservación. En la medida en que existe cierto acuerdo al considerar que los beneficios fiscales deben ser sencillos, selectivos y temporales, que no deben establecerse de manera aislada sino formando parte de un plan general, sectorial o espacial, que debe analizarse previamente con detenimiento la adecuación de la técnica desgravatoria utilizada y que deben controlarse sus resultados evaluando periódicamente sus efectos sobre los agentes económicos y sobre la Hacienda Pública, en buena lógica las posiciones anteriores tienden a coincidir al proponer la sustitución del gasto fiscal por la concesión de subvenciones o cualquiera otra técnica de gasto público directo. Desde una tercera posición —por ejemplo, CUERVO-ARANGO MARTÍNEZ y TRUJILLO DEL VALLE (1986, p. 139)— se ha propuesto que la supresión de los beneficios fiscales se acompañe de una disminución general en los tipos impositivos. Finalmente, otros autores niegan que pueda realizarse una crítica indiscriminada a la política de gasto fiscal y argumentan que algunos beneficios tributarios han mostrado su efectividad para la obtención de los objetivos asignados —es el caso de STEINMO (1986) al defender la permanencia de los fondos de reserva para inversiones en Suecia—. Otra exposición de las diferentes actitudes existentes ante el gasto fiscal puede encontrarse en los trabajos de BRAÑA PINO (1982), CALLE, PI y VICENTE-TUTOR (1986, pp. 45-105) y SCHICK (1986).

En primer lugar, y conforme a lo ya expuesto, el concepto de beneficio fiscal es meramente descriptivo, de manera que la calificación de excepción tributaria no prejuzga ni la bondad de la misma ni los objetivos del legislador al diseñar el régimen general de cada tributo⁽¹³⁾. Además, entendemos que el concepto de beneficio fiscal debe aplicarse a las excepciones normativas establecidas en cualquier tributo, y no debe limitarse a las contenidas en el sistema impositivo y mucho menos reducirse a las existentes en la imposición sobre la renta⁽¹⁴⁾. A su vez, en la medida en que la noción de excepción tributaria se expresa como desviación respecto del régimen general de un tributo, consideramos que no constituyen beneficios fiscales ni generan gasto fiscal los supuestos de no sujeción tributaria ni el mínimo exento⁽¹⁵⁾, y denominamos exención a la técnica mediante la cual se ejercita un beneficio fiscal pues todo mecanismo desgravatorio puede reconducirse a esa categoría⁽¹⁶⁾. Por último, la expresión

- (13) Algunas personas han intentado descalificar el concepto de gasto fiscal partiendo de implicaciones sorprendentes. Así Reginald H. Jones —“Sunset-Legislation”, en *Tax Review*, dic. 1978, p. 53, citado por ROSEN (1984, p. 324)— ha criticado que “el concepto de gasto fiscal implica que toda la renta pertenece por derecho al gobierno y que lo que éste decide, por medio de una exención o matización, no recaudar, constituye una subvención. Eso... va en contra de una convicción ampliamente compartida, arraigada en los principios políticos norteamericanos, de que el gobierno es el servidor y no el amo de las personas (...)”. Más sutil es la falacia que han compuesto WONNACOTT y WONNACOTT (1987, p. 97): “La expresión ‘subterfugios tributarios’ claramente implica que las provisiones fiscales son injustas y, como puede haber un gran desacuerdo acerca de lo que es justo, lo hay también sobre lo que es un subterfugio tributario”. En el trabajo de BRANA PINO (1981, pp. 73-112) pueden obtenerse otras referencias de autores que intentan negar la validez de los conceptos de beneficio y gasto fiscal.
- (14) El concepto restrictivo fue utilizado inicialmente por SURREY (1973), quien más adelante admitió su extensión a “cualquier tributo proyectado para tener aplicación general”, según explica en SURREY y McDANIEL (1985, p. 3).
- (15) Por definición, los supuestos de no sujeción tributaria no tienen sentido desgravatorio al ser normas que conforman los tributos, y no excepciones al régimen general de los mismos. Tampoco la figura del mínimo exento puede considerarse que constituye un beneficio fiscal, ya que se asimila a la no sujeción tributaria conforme han explicado ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (1985a, p. 248) —“Se llama exención técnica a la que no constituye una excepción al régimen jurídico general del correspondiente tributo, sino que está al servicio de la racionalidad del sistema en que aquél se encuentra inserto”— y NÚÑEZ PÉREZ (1986, p. 328): “la consideración del denominado ‘mínimo exento’, ‘límite exento’ o ‘mínimo imponible’ en relación a cada una de las figuras tributarias que integran el sistema tributario, aún a pesar de que a nivel de ‘realidad normativa’ se conformen técnicamente a través de ‘normas de exención’, no pueden ser conceptuados como auténticas ‘exenciones’ desde una perspectiva jurídico-material, pues tales supuestos resulta innegable se definen y caracterizan jurídicamente como *no idóneos* para formar parte del ‘objeto-fin’ perseguido por el legislador a través del establecimiento normativo de cada figura tributaria en particular” (subrayado y comillas del original). Y los supuestos de prescripción de la obligación tributaria y de insolvencia probada del deudor tampoco pueden asimilarse a beneficios fiscales ya que, siguiendo a GONZÁLEZ SÁNCHEZ (1980, p. 66), “suponen una minoración en los ingresos públicos, pero entendemos que no representan efectividad alguna en el campo del gasto público, pues en tales casos puede hablarse de auténticos ingresos perdidos sin afectación alguna a la satisfacción de necesidades o conveniencias públicas”.
- (16) Seguimos en este punto la interpretación de SÁINZ DE BUJANDA (1963a, pp. 427 y 459) cuando explicaba que la exención “aparece, en efecto, como una técnica impositiva que puede afectar a todos los elementos estructurales de la relación tributaria —al presupuesto ...

plural gastos fiscales hace referencia a la minoración de ingresos que corresponde a la desgravación tributaria derivada de la aplicación de varios o de todos los beneficios fiscales concedidos, y consideramos que no cabe emplearla como sinónimo de beneficios o incentivos fiscales.

2. El Presupuesto de Gastos Fiscales

El Presupuesto de Gastos Fiscales podría definirse, a partir de las características generales de todo presupuesto señaladas por Fritz Neumark, como el resumen sistemático, confeccionado en períodos regulares, de las previsiones de los gastos fiscales proyectados. El Presupuesto de Gastos Fiscales es —o debería, o podría ser— el instrumento contable mediante el cual se estima, ejecuta y controla la cuantía del gasto público efectuado mediante la concesión de beneficios fiscales⁽¹⁷⁾.

... de hecho, a la base imponible, a los tipos de gravamen, a los sujetos o a las cuotas—, y que, con relación a la carga que la aplicación normal del tributo traiga consigo, se dirige a provocar un efecto desgravatorio, total o parcial, en beneficio de ciertas personas, o respecto a determinados supuestos fácticos”, y en especial cuando examinaba que “para referirse a las exenciones parciales se utilizan, a veces, en la doctrina, otro tipo de vocablos. Se habla, en efecto, de bonificaciones y reducciones, cuyo sentido no puede ser otro que el que acaba de indicarse, es decir, el de una minoración de la deuda tributaria que normalmente surgiría en el caso de que la exención parcial no hubiera sido establecida. Las exenciones parciales pueden revestir diversas modalidades técnicas según el elemento de cuantificación de la relación tributaria que se utilice para provocar el efecto deseado. Así, por ejemplo, puede hablarse de bonificaciones en la base imponible, en los tipos de gravamen o en la cuota impositiva”. Por otra parte, CORTÉS DOMÍNGUEZ y MARTÍN DELGADO (1977, p. 308) han señalado que “hay exención tributaria cuando una norma (llamada norma de exención) establece que una norma tributaria no es aplicable a supuestos de hecho que realizan la hipótesis de dicha norma tributaria, o cuando impide que se deriven los efectos jurídicos del mandato de esta norma tributaria para los sujetos fijados en la norma de exención”.

- (17) FUENTES QUINTANA (1974a, p. 19) explicaba: “El *presupuesto de gastos fiscales* (...) debería prepararse, al igual que el presupuesto ordinario, por una unidad administrativa de la Hacienda, acompañando al *presupuesto de gastos fiscales* del correspondiente estudio sobre la pertinencia y oportunidad de esos gastos públicos de carácter fiscal. El *presupuesto de gastos fiscales* discurriría a partir de aquí en forma paralela al presupuesto ordinario: se presentaría con él para su estudio por el Poder Legislativo, se discutiría públicamente, se aprobaría, se administraría, se juzgaría y se descargaría finalmente”. CORELLA AZNAREZ (1984, p. 20) lo ha definido de la siguiente manera: “El Presupuesto de Gastos Fiscales es una relación cuantificada de las desviaciones existentes en un sistema fiscal con respecto a las características de los impuestos generales, establecidas con objeto de conceder incentivos o ayudas para superar determinadas dificultades. El objetivo fundamental no consiste en la realización de juicios de valor de las partidas incluidas en él, sino que pretende su identificación y valoración poniendo de manifiesto la relación existente con las partidas y clasificación del Presupuesto de Gastos Directos. En definitiva, el Presupuesto de Gastos Fiscales facilita el conocimiento del quién, cuánto y para qué de las ayudas gubernamentales que se realizan a través del sistema fiscal”. En los últimos *Informes*

Normalmente se atribuye a Maurice Lauré ⁽¹⁸⁾ la primera propuesta de elaborar un presupuesto de gastos fiscales, pero existen referencias menos recientes de la preocupación por cuantificar el gasto fiscal, siendo la más remota que conozcamos un informe oficial español fechado en 1927⁽¹⁹⁾.

La primera estimación relevante de unas cuentas de gastos fiscales fue incluida en el *Informe Anual* de la Secretaría del Tesoro de los Estados Unidos de América en 1968, y desde entonces se han realizado varias estimaciones de gastos fiscales en otros países. Según el estudio preparado en 1983 por el Comité de Asuntos Fiscales de la O.C.D.E. (1984), los resultados de esa experiencia han sido desiguales⁽²⁰⁾ pues en Canadá y en los Estados Unidos de América se ha avanzado en la integración del gasto fiscal en el procedimiento presupuestario normal —y en Alemania, Francia y España se han utilizado las estimaciones para revisar los beneficios fiscales vigentes—, mientras que en otros países como Holanda, Irlanda, Portugal y Reino Unido, el proceso se ha detenido al

... Económico-Financieros relativos a las cuentas de gastos fiscales presentados en España junto a los Presupuestos Generales del Estado se expresa lo siguiente: “El Presupuesto de Gastos Fiscales constituye la expresión cifrada de la previsible disminución de ingresos derivada de la concesión de beneficios tributarios orientados al logro de determinados objetivos de política económica o social”.

- (18) LAURE (1956, p. 407) señalaba “la propensión a los privilegios como fuente principal de la complejidad” de un sistema fiscal, y como fórmula de simplificación proponía “que se acompañase al proyecto de ley preparatorio del presupuesto de cada año un estado en el que se hiciese aparecer el rendimiento que se obtendría de los impuestos si las exenciones quedasen totalmente suprimidas. En otro cuadro estadístico quedarían pormenorizadas estas exenciones con la evaluación del sacrificio de ingresos que cada una de ellas origina”.
- (19) La referencia es de MELGUIZO SÁNCHEZ (1979, p. 439): “en el informe de la Subcomisión que dictaminó, en la Asamblea Nacional (en noviembre de 1927), un proyecto de Real Decreto-Ley sobre Reforma de Auxilios a las Industrias, de 30 de abril de 1924, se encuentra la declaración de intencionalidad —en mi opinión histórica— de elaborar el primer ‘presupuesto de gastos fiscales’ de la Hacienda española. En efecto, tras exponer, en nota introductoria al dictamen, un resumen del número de peticiones de protección amparadas en la Ley de 1917, y otro reseñando las de protección otorgadas (su número) hasta 1927, anuncia la preparación por la subcomisión de un cuadro ‘sobre industrias debidamente clasificadas, y de la cuantía en cuanto sea determinable, de las exenciones y auxilios pecuniarios efectivo que para el país ha supuesto la aplicación de esta Ley’. No sé que esta estimación exista, pero sí muestra la justeza del criterio de la Subcomisión, y la importancia del tema, ya que, como más adelante señalaba, al contrastar que entre las ayudas otorgadas las de mayor aceptación eran las exenciones tributarias y arancelarias, ‘su eficacia tiene que acusar, en igual grado, una carga para el Tesoro y, en todo caso, una infracción del principio de igualdad, que debe ser básico de todo tributo e impuesto’ (subrayado y comillas del original).
- (20) En el *Informe* de la O.C.D.E. (1984, pp. 22-23 y 71) citado se examina la evolución en materia de gasto fiscal de los siguientes países (entre paréntesis el año en el que se inició la experiencia según dicho *Informe*): Australia (1981), Austria (1979), Canadá (1979), Francia (1981), Alemania (1959), Irlanda (1981), Portugal (1980), España (1978), Reino Unido (1979), Estados Unidos de América (1968) y Holanda (en fase de estudio). McDANIEL y SURREY (eds.) (1985) han realizado otro estudio comparativo del gasto fiscal en Estados Unidos de América, Canadá, Reino Unido, Suecia, Holanda y Francia. Respecto a la experiencia de Bélgica véase el artículo de FRANK (1985).

plantearse problemas respecto a los métodos a utilizar para cuantificar el gasto fiscal, e incluso para definir y distinguir los conceptos de gasto, beneficio e incentivo fiscal, al no adoptarse un criterio positivo para determinar su significado.

La cuantificación del gasto fiscal puede realizarse teóricamente de tres maneras: computando la pérdida de ingresos tributarios derivada de la existencia de un beneficio fiscal, estimando la ganancia de ingresos tributarios que se obtendría tras la supresión de un beneficio fiscal y calculando el gasto directo que sería necesario para conceder una ayuda equivalente. Los tres métodos han sido aplicados en la experiencia internacional⁽²¹⁾, pero el único que realmente se ajusta con precisión a los conceptos de gasto fiscal y de presupuesto de gastos fiscales que utilizamos es el cómputo de la minoración de ingresos tributarios en términos de derechos reconocidos por la concesión de un beneficio fiscal⁽²²⁾.

(21) Según el *Informe* de la O.C.D.E. (1984, pp. 22-23), el método de medición del gasto fiscal más aceptado en 1983 era el de la pérdida de ingresos en términos de derechos reconocidos (Australia, Austria, Canadá, Alemania, Irlanda, Reino Unido y Estados Unidos de América); el método de la ganancia de ingresos en términos de recaudaciones de impuestos se había admitido en Francia, Portugal y España; y la equivalencia de gastos directos se había empleado en Estados Unidos de América en 1983. Una revisión de las limitaciones teóricas y prácticas que plantean los dos últimos métodos de cuantificación del gasto fiscal puede encontrarse en el trabajo de CALLE, PI y VICENTE-TUTOR (1986, pp. 127-150), quienes extraen de la experiencia de los países de la O.C.D.E. las dificultades técnicas encontradas para valorar los efectos indirectos de la supresión de un beneficio fiscal o de la sustitución por gastos directos (efectos sobre el comportamiento de los contribuyentes, efectos *feedback* y efectos de interacción impositiva).

(22) Los dos últimos métodos se aplican al estimar indirectamente el gasto fiscal. Para conocer con exactitud la pérdida recaudatoria derivada de los beneficios fiscales vigentes, es decir, para elaborar un verdadero presupuesto de gastos fiscales, debería seguirse la propuesta del profesor ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (1979a, p. 50): “Según el expresado principio presupuestario (de “presupuesto bruto”, versión contable del postulado presupuestario de “universalidad” o “integridad”), las cuotas o deudas tributarias deben ser aplicadas al Presupuesto de ingresos y contraídas en la contabilidad ejecutiva o presupuestaria por sus importes ‘íntegros’ —recuérdese el artículo 58-1) de la Ley General Presupuestaria— con objeto de que refleje la recaudación del respectivo tributo conforme al contorno normal del mismo, esto es, sin deducción o reducción alguna en virtud de exención o bonificación que, en definitiva, constituyen un ‘coste’ para la comunidad política al servicio de los intereses generales y que como tal debe figurar en el Presupuesto de gastos. Según se acaba de exponer, el contraído de la cuota o deuda tributaria ‘íntegra’ se dataría mediante el ingreso en el Tesoro público (supuesto normal) del sujeto pasivo y la aplicación, virtual o en formalización, del importe de la exención o bonificación con cargo al crédito para gastos fiscales, que figuraría en el Presupuesto de esta clase y con el carácter —así opino— de ‘ampliable’. Un adecuado desarrollo contable de las aplicaciones al referido crédito presupuestario permitiría conocer el importe de las ‘subvenciones’ implícitamente concedidas por la Hacienda Pública según sectores productivos, unidades familiares, territorios o regiones, etc. Sólo operando como queda dicho puede hablarse con propiedad del Presupuesto para gastos fiscales” (comillas del original). Véanse también los comentarios que realiza en ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (1981 y 1985b).

En España la obligación de elaborar un presupuesto de gastos fiscales se encuentra recogida en el artículo 134 de la Constitución de 1978, que establece lo siguiente⁽²³⁾:

“2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afectan a los tributos del Estado”.

A partir del mandato constitucional se ha iniciado en España la práctica de acompañar al Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año un *informe económico-financiero* en el que se efectúa una estimación del gasto fiscal en la imposición estatal⁽²⁴⁾. En las tablas adjuntas se resume la evolución del gasto fiscal en la imposición estatal española, según las estimaciones contenidas en los sucesivos *informes* presentados hasta la actualidad. En la primera

- (23) La inclusión del párrafo citado fue propuesta por el senador Enrique Fuentes Quintana, quien ha explicado que “algunos miembros integrantes de las Cortes constituyentes españolas de 1978 incorporaron a su articulado —en la forma imperfecta que consintió el pacto con los grandes partidos mayoritarios— el precepto 134.2 que establece la obligación de presentar, con los presupuestos de gastos e ingresos de cada ejercicio, el presupuesto de gastos fiscales (calificado como “importe de beneficios fiscales que afectan a los tributos del Estado”). La elaboración de los presupuestos de gastos fiscales en nuestro país, a partir de esa obligación constitucional, ha sido muy imperfecta, pero ofrecen una información importante sobre el elevado coste fiscal de muchos incentivos de dudosa eficacia, pero que maltratan la estructura del impuesto personal sobre la renta y su justicia y eficacia”. La elaboración de un presupuesto de gastos fiscales ya había sido considerada por el MINISTERIO DE HACIENDA (1976, p. 66) en el *Libro Blanco* de la Reforma Fiscal, afirmando que “sería de gran utilidad la elaboración anual de un presupuesto de ‘gastos fiscales’ que sometiera a la aprobación del Legislativo la permanencia, modificación o nueva introducción de incentivos, exenciones y bonificaciones tributarias, *debidamente cuantificadas*, y con expresión de los sectores beneficiados, perfeccionándose de esta forma el requisito de temporalidad contenido en la Ley General Tributaria”. Véase FUENTES QUINTANA (1976 y 1986, enc.), y también ARGÜELLO REGUERA (1977), RODRÍGUEZ BEREIJO (1979, pp. 203-206) y ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (1985b, pp. 285-288).
- (24) Anteriormente se realizaron en España dos estimaciones referidas a los años 1967 y 1971. Un resumen de la primera se encuentra en DE LUIS DÍAZ MONASTERIO (dir.) (1970). La relativa a 1971 fue elaborada por la Dirección General de Impuestos del Ministerio de Hacienda y, aunque no fue publicada, sus resultados se recogen en muchos trabajos como por ejemplo en INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES (1973, tomo IV, p. 21), en MORAL MEDINA (1975, p. 201), en BRAÑA PINO (1981, p. 187) y en CALLE, PI y VICENTETUTOR (1985, p. 189). Además de la estimación elaborada por LAGARES CALVO (1974, pp. 206-219), en España se han realizado estudios del gasto fiscal derivado de beneficios aislados, como los referidos al Apoyo fiscal a la inversión publicado por la DIRECCIÓN GENERAL DE IMPUESTOS (1973), a los beneficios a la concentración empresarial por SOLER AMARO (1976, pp. 201-206), a la construcción de viviendas de protección oficial por RAFOLS ESTEVE (1977), al sector eléctrico por TORRERO MAÑAS (1977), y a los incentivos a la inversión y a la creación de empleo por TRUJILLO DEL VALLE (1985). Otras referencias en torno a la evolución de la experiencia española en esta materia en los ensayos de HERRERA NIETO (1981, pp. 159-181), CORELLA AZNAREZ (1984) y los ya citados.

tabla se muestra la evolución de las estimaciones del gasto fiscal en miles de millones de pesetas corrientes, en la segunda se recoge su evolución en *ratios* de gasto fiscal que indican el cociente entre la cuantía estimada de gasto fiscal y la cuantía del presupuesto de ingresos correspondiente a cada uno de los conceptos que se señalan, y en la tercera se recoge la evolución de la participación del gasto fiscal en el total del gasto público de la Administración Central y la Seguridad Social.

Como características más relevantes de la evolución de dichas estimaciones pueden señalarse la multiplicación de la cuantía del gasto fiscal total y la participación creciente en la generación de gasto fiscal por parte de los beneficios tributarios comprendidos en la imposición directa. Mayor interés presenta la observación de los *ratios*, ya que (al margen de las oscilaciones en sus valores, derivadas en parte de la aplicación de criterios diferentes en las sucesivas estimaciones) indican una tendencia decreciente en la participación del gasto fiscal en todos los capítulos y la continuidad de los valores altos de los *ratios* correspondientes a los beneficios fiscales existentes en el Impuesto sobre Sociedades.

A pesar de sus limitaciones⁽²⁵⁾, los *informes* hasta ahora presentados en España constituyen una experiencia que merece atención en tanto que pueden facilitar la reforma fiscal⁽²⁶⁾ y quitar fundamento a las explicaciones simplistas del déficit público⁽²⁷⁾. Sin embargo, no pueden considerarse propiamente como presupuestos de gastos fiscales según el concepto que hemos expuesto. El mayor interés de estos *informes* se encuentra, pues, en que constituyen precedentes de dos retos importantes de la Hacienda española: la necesaria integración del gasto fiscal en el sistema general de gestión de la política presupuestaria

(25) Para CORELLA AZNAREZ (1983, p. 208) dicho informe, “impropiamente denominado presupuesto, constituye una primera aproximación cifrada de las exenciones y bonificaciones fiscales más relevantes de nuestro sistema tributario”, y para ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (1985b, p. 288) “cumplir el mandato constitucional con un mero informe adosado al proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, con estimaciones que carecen de todo rigor, incluso empírico, equivale a malograr el propio precepto de nuestra Constitución”. Véase en TRUJILLO DEL VALLE (1985) una corrección de la estimación contenida en el *Informe*, y en HERRERA NIETO (1981, pp. 206-215) y CORELLA AZNAREZ (1984) otras sugerencias relativas al perfeccionamiento del mismo.

(26) Su elaboración facilita la reforma, pero no la determina. Véanse por ejemplo las críticas de McINTYRE y TIPPS (1985), BENKER (1986) y HILDRED y PINTO (1986) a los resultados de la experiencia en los Estados Unidos de América.

(27) En palabras de GIMENO ULLASTRES (1984, p. 94), “resulta sospechoso que las numerosas voces en favor de la reducción del déficit público centren sus propuestas en la limitación de las prestaciones sociales y de las transferencias por causa de las pérdidas de las empresas públicas, ‘olvidando’ las transferencias y las subvenciones vía gastos fiscales que reciben las empresas privadas”. Véanse también GIMENO ULLASTRES y RUIZ-HUERTA CARBONELL (1981), CARBAJO VASCO (1985) y EIROA VILLARNOVO (1985).

y la confección de un verdadero presupuesto de gastos fiscales que dé cumplimiento efectivo al mandato del artículo 134 de la Constitución.

CUADRO N° 1

ESTIMACIÓN DEL GASTO FISCAL EN LA IMPOSICIÓN ESTATAL ESPAÑOLA (en miles de millones de pesetas)

Año	I. Sociedades	I. Directos	I. Indirectos	Total Impuestos
1977	40,6	93,9	174,5	268,4
1978	46,9	118,1	218,7	336,8
1979	74,4	184,6	260,9	445,5
1980	94,2	172,7	221,3	394,0
1981	127,8	217,4	237,1	454,5
1982	158,0	224,5	331,3	555,8
1983	165,9	316,2	375,0	691,2
1984	158,6	331,7	478,5	810,2
1985	160,0	354,6	552,6	907,2
1986	170,8	472,7	402,7	875,4
1987	185,4	538,8	360,0	898,8
1988	185,2	548,1	485,5	1.033,5
1989	160,5	504,4	510,1	1.014,5

FUENTE: *Informes económico-financieros presentados junto a los Proyectos de Presupuestos Generales del Estado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley General Presupuestaria (años 1979 a 1989).*

CUADRO N° 2**RATIOS DE GASTO FISCAL EN LA IMPOSICIÓN ESTATAL ESPAÑOLA**

Año	I. Sociedades	I. Directos	I. Indirectos	Total Impuestos
1979	.430	.253	.376	.313
1980	.596	.201	.269	.234
1981	.600	.217	.239	.229
1982	.705	.188	.301	.242
1983	.570	.206	.290	.245
1984	.496	.184	.290	.234
1985	.386	.171	.272	.221
1986	.378	.212	.168	.189
1987	.340	.217	.123	.166
1988	.256	.176	.147	.161
1989	.161	.126	.136	.131

FUENTE: *Informes económico-financieros presentados junto a los Proyectos de Presupuestos Generales del Estado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley General Presupuestaria* (años 1979 a 1989).

NOTA: Los *ratios* de gasto fiscal indican el cociente entre la cuantía estimada de gasto fiscal y la cuantía del presupuesto de ingresos correspondiente a cada uno de los conceptos que se señalan.

CUADRO Nº 3**PARTICIPACIÓN DEL GASTO FISCAL EN EL GASTO
PÚBLICO ESPAÑOL**

(en miles de millones de pesetas)

Año	Gasto Fiscal	Gasto Directo	Gasto Público	GF / GP
1977	268,4	2.300,4	2.568,8	.104
1978	336,8	3.026,1	3.362,9	.100
1979	445,5	3.668,4	4.113,9	.108
1980	394,0	4.520,7	4.914,7	.080
1981	454,5	5.392,0	5.846,5	.078
1982	555,8	6.313,7	6.869,5	.081
1983	691,2	7.272,3	7.963,4	.087
1984	810,2	8.029,9	8.840,1	.092
1985	907,2	9.331,7	10.238,9	.089
1986	875,4	10.655,6	11.531,0	.076
1987	898,8	11.608,6	12.507,4	.072

FUENTE: Elaboración propia a partir de los *Informes económico-financieros* ya citados y de las cifras de gasto público elaboradas por la Fundación FIES y recogidas por ALCAIDE INCHAUSTI (1988, pp. 39-40).

NOTA: Las cifras del gasto público directo corresponden únicamente a la Administración Central y a la Seguridad Social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARON, Henry (1969): "Inventory of Existing Tax Incentives-Federal", en TAX INSTITUTE OF AMERICA (ed.) (1971), pp. 39-49.
- ALBI IBÁÑEZ, Emilio (1987): "Propuestas tributarias actuales: la experiencia internacional", en *Papeles de Economía Española*, n° 30/31, pp. 37-54.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César (1979a): "El Presupuesto de Gastos Fiscales", en *Presupuesto y Gasto Público*, n° 1, pp. 45-51.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César (1979b): *Derecho Financiero y Tributario*. Ed. Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Madrid.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César (1981): "Los 'gastos fiscales': naturaleza y evaluación", en *Presupuesto y Gasto Público*, n° 10, pp. 213-219.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César (1985a): "Artículo 133. La Potestad Tributaria", en ALZAGA VILLAAMIL (dir.) (1985), tomo X, pp. 219-258.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César (1985b): "Artículo 134. Los Presupuestos del Estado", en ALZAGA VILLAAMIL (dir.) (1985), tomo X, pp. 259-306.
- ALCAIDE INCHAUSTI, Julio (1988): "El gasto público en la democracia española. Los hechos", en *Papeles de Economía Española*, n° 37, pp. 2-41.
- ÁLVAREZ RENDUELES, José R. (1970): "Política fiscal y desarrollo económico", en *Boletín de Estudios Económicos*, n° 54, pp. 7-74.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.) (1985): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*. Ed. Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- ARGÜELLO REGUERA, Ceferino (1977): "El Presupuesto de Gastos Fiscales", en *Varios Autores* (1977), pp. 83-96.
- BENKER, Karen M. (1986): "Tax Expenditure Reporting: Closing The Loophole In State Budget Oversight", en *National Tax Journal*, vol. XXXIX, n° 4, pp. 403-417.
- BRAÑA PINO, Francisco J. (1981): *La función económica del Estado capitalista. Contribución al análisis del proceso de industrialización dependiente en España (1964-1977)*. Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Ed. Universidad Complutense, Madrid.
- BRAÑA PINO, Francisco J. (1982): "Las políticas de beneficios tributarios: cuestiones técnicas", en *Hacienda Pública Española*, n° 74, pp. 191-236.

- CALLE SÁIZ, Ricardo; PI ANGUITA, Joaquín, y VICENTE-TUTOR GARCÍA, María C. (1986): *Gastos fiscales y déficit público. Teoría y evidencia empírica*. Ed. Fundación Banco Exterior, Madrid.
- CANSECO CANSECO, José E. (1980): “Política Fiscal General”, en GAMIR CASARES (coord.) (1980), pp. 179-250.
- CARBAJO VASCO, Domingo (1985): “Los ‘Gastos Fiscales’: su evolución y su influencia en la determinación del déficit público”, en *Papeles de Economía Española*, n° 23, pp. 363-371.
- CONSEJO FRANCÉS DE LOS IMPUESTOS (1979): “Los ‘gastos fiscales’ en el IV Informe del Consejo Francés de los Impuestos”, publicado en el *Journal Officiel* el día 19 de octubre de 1979. Parcialmente en *Presupuesto y Gasto Público*, n° 10 (1981), pp. 221-254.
- CORELLA AZNAREZ, Ignacio (1983): “La política presupuestaria y fiscal y el ajuste a la crisis económica española”, en *Papeles de Economía Española*, n° 15, pp. 193-213.
- CORELLA AZNAREZ, Ignacio (1984): “El Presupuesto de Gastos Fiscales”, en *Presupuesto y Gasto Público*, n° 22, pp. 17-34.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías, y MARTÍN DELGADO, José M. (1977): *Ordenamiento tributario español*. Ed. Civitas, Madrid (3ª ed.).
- CUERVO-ARANGO MARTÍNEZ, Carlos y TRUJILLO DEL VALLE, José A. (1986): *Estructura Fiscal e Incentivos a la Inversión*. Ed. Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), Madrid.
- DE FIGUEROA, Emilio (1964): “Aspectos económicos de la exención y otros estímulos fiscales. Planteamiento general”, en Varios Autores (1964), vol. II, pp. 661-677.
- DE LUIS DÍAZ MONASTERIO, Félix (dir.) (1970): “Notas sobre la valoración de incentivos y exenciones en el sistema fiscal español”, en *Hacienda Pública Española*, n° 4, pp. 13-34.
- DÍAZ LEMA, José M. (1985): *Subvenciones y crédito oficial en España*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales-Instituto de Crédito Oficial, Madrid.
- DIRECCIÓN GENERAL DE IMPUESTOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA (1973): *El Apoyo Fiscal a la Inversión en el Sistema Tributario español. Estímulos y apoyos fiscales a la inversión privada*. Ed. Ministerio de Hacienda, Madrid.
- DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL ESTADO (ed.) (1982): *El Tribunal de Cuentas en España*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- EDO HERNÁNDEZ, Valentín; PABLOS ESCOBAR, Laura de, y VALIÑO CASTRO, Aurelia (1988): “Los gastos fiscales”, en *Papeles de Economía Española*, n° 37, pp. 460-463.

- EIROA VILLARNOVO, Francisco J. (1985): "El Presupuesto de Gastos Fiscales y el Déficit Público", en *Papeles de Economía Española*, nº 23, pp. 356-362.
- EISENSTEIN, Louis (1961): *Las ideologías de la imposición*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid (1983).
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1987): "De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español", en Varios Autores (1987), pp. 85-119.
- FRANK, Max (1985): "Considérations critiques sur l'inventaire des dépenses fiscales établi en 1984 par le Conseil Supérieur des Finances", en *Cahiers Economiques de Bruxelles*, nº 106, pp. 158-191.
- FUENTES QUINTANA, Enrique (1974a): *Prólogo*, en LAGARES CALVO (1974), pp. 5-21.
- FUENTES QUINTANA, Enrique (1974b): *Introducción*, en NEUMARK (1970), pp. VII-XLVII.
- FUENTES QUINTANA, Enrique (1976): *Prólogo*, en SOLER AMARO (1976), pp. 11-23.
- FUENTES QUINTANA, Enrique (1986): "Opciones fiscales de los años 80", en *Papeles de Economía Española*, nº 27, pp. 194-277.
- GAMIR CASARES, Luis (coord.) (1980): *Política Económica de España*. Ed. Alianza, Madrid (4ª ed.).
- GIMENO ULLASTRES, Juan A. (1984): "Las causas del déficit público", en *Hacienda Pública Española*, nº 88, pp. 85-105.
- GIMENO ULLASTRES, Juan A., y RUIZ-HUERTA CARBONELL, Jesús (1981): *El nuevo Estado fiscal español. Reforma fiscal y financiación de las autonomías*. Ed. H. Blume, Madrid.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel (1980): "Los beneficios fiscales y su consideración jurídica de gastos públicos", en *Presupuesto y Gasto Público*, nº 5, pp. 61-77.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel (1982): "El control de los gastos fiscales por el Tribunal de Cuentas", en DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL ESTADO (1982), vol. I, pp. 673-700.
- HELLER, Walter (1954): "Política fiscal y desarrollo económico", en OKUN y RICHARDSON (eds.) (1964), pp. 520-543.
- HERRERA NIETO, José L. (1981): *El Presupuesto de Gastos Fiscales en España*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid (serie Monografías, nº 13).
- HILDRED, William M., y PINTO, James V. (1986): "Passive Tax Expenditures: Estimates of States' Revenue Losses Attributable to Federal Tax Expenditures", en *Journal of Economic Issues*, vol. XX, nº 4, pp. 941-952.

- INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES (1973): *Informe sobre el Sistema Tributario Español* (Libro Verde). Mecnografiado.
- LAGARES CALVO, Manuel J. (1974): *Incentivos fiscales a la inversión privada*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, Francisco J. (1968): “Sobre los principios del ordenamiento tributario y la política fiscal seguida en relación con el desarrollo del sector industrial”, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, nº 78, pp. 1.287-1.318.
- LAURE, Maurice (1956): *Tratado de Política Fiscal*. Ed. de Derecho Financiero, Madrid (1960).
- MACHLUP, Fritz (1967): *Semántica Económica*. Ed. Siglo XXI, México (1974).
- McDANIEL, Paul, y SURREY, Stanley S. (eds.) (1985): *International Aspects of Tax Expenditures: A Comparative Study*. Ed. Kuwer Law and Taxation Publishers, Deventer.
- McINTYRE, Robert S., y TIPPS, Dean C. (1985): *The failure of corporate tax incentives. A study of three years of growing loopholes and lagging investment*. Ed. Citizens for Tax Justice, Washington.
- MELGUIZO SÁNCHEZ, Ángel (1979): “El Presupuesto de Calvo Sotelo. Notas en torno a sus cifras de liquidación”, en *Cuadernos Económicos de I.C.E.*, nº 10, pp. 401-442.
- MINISTERIO DE HACIENDA (1976): *Sistema Tributario Español. Criterios para su reforma* (Libro Blanco). Mecnografiado.
- MORAL MEDINA, Francisco (1975): “Exenciones tributarias: su problemática”, en Varios Autores (1975), vol. I, pp. 195-220.
- NEUMARK, Fritz (1970): *Principios de la Imposición*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid (1974).
- NÚÑEZ PÉREZ, Guillermo G. (1986): *Poder Tributario y no sujeción tributaria*. Ed. Universidad de La Laguna.
- O’CONNOR, James (1973): *La crisis fiscal del Estado*. Ed. Península, Barcelona (1981).
- OKUN, Bernard, y RICHARDSON, Richard (eds.) (1964): *Estudios sobre Desarrollo Económico*. Ed. Deusto, Bilbao (2ª ed.).
- ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES (1984): *Dépenses Fiscales. Problèmes et pratiques suivies par les pays*. Ed. O.C.D.E., París.
- PALAO TABOADA, Carlos (1982): “La disminución retroactiva de bonificaciones fiscales y los decretos-leyes en materia tributaria”, en *Crónica Tributaria*, nº 43, pp. 163-179.

- RAFOLS ESTEVE, Juan (1977): "Evaluación económica de los incentivos fiscales a las viviendas de protección oficial", en *Hacienda Pública Española*, nº 47, pp. 131-146.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Alvaro (1979): "La Ley de Presupuestos en la Constitución española de 1978", en Varios Autores (1979), pp. 155-241.
- ROSEN, Harvey S. (1984): *Manual de Hacienda Pública*. Ed. Ariel, Barcelona (1987).
- SÁINZ DE BUJANDA, Fernando (1963a): "Teoría jurídica de la exención tributaria", en Varios Autores (1964); también en SÁINZ DE BUJANDA (1963b), vol. III, pp. 385-463.
- SÁINZ DE BUJANDA, Fernando (1963b): *Hacienda y Derecho*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- SÁNCHEZ-CORTÉS Y DÁVILA, Juan (1974): "Los incentivos fiscales", en Varios Autores (1974), pp. 675-699.
- SCHICK, Allen (1986): "Controlling Nonconventional Expenditure: Tax Expenditures and Loans", en *Public Budgeting & Finance*, vol. 6, nº 1, pp. 3-19.
- SOLER AMARO, Ramón (1976): *Régimen tributario de la concentración de empresas*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- SOLER ROCH, María T. (1983): *Incentivos a la Inversión y Justicia Tributaria*. Ed. Civitas, Madrid.
- STEINMO, Sven (1986): "So What's Wrong with Tax Expenditures? A Reevaluation Based on Swedish Experience", en *Public Budgeting & Finance*, vol. 6, nº 2, pp. 27-44.
- SURREY, Stanley S. (1969): "Tax Incentives. Conceptual Criteria for Identification and Comparison with Direct Government Expenditures", en TAX INSTITUTE OF AMERICA (ed.) (1971), pp. 3-38.
- SURREY, Stanley S. (1973): *Pathways to Tax Reform. The concept of Tax Expenditures*. Ed. Harvard University Press, Cambridge.
- SURREY, Stanley S., y McDANIEL, Paul R. (1985): *Tax Expenditures*. Ed. Harvard University Press, Cambridge.
- SURREY, Stanley S., y SUNLEY, Emil M. (1976): "Ponencia General" del XXX Congreso Internacional de Derecho Financiero y Fiscal, Jerusalem, 1976, en *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXIa, pp. 151-192.
- TAX INSTITUTE OF AMERICA (ed.) (1971): *Tax Incentives*. Ponencias y comunicaciones presentadas al *Symposium* celebrado en noviembre de 1969. Ed. D.C. Health and Company, Lexington, Massachusetts.
- TEJERIZO LÓPEZ, José M. (1976): "Notas críticas sobre los beneficios tributarios a la inversión", en *Civitas - Revista Española de Derecho Financiero*, nº 11, pp. 375-400.

- TORRERO MAÑAS, Antonio (1977): “Tarifas eléctricas y proteccionismo industrial”, en *Investigaciones Económicas*, n° 4, pp. 69-86.
- TRUJILLO DEL VALLE, José A. (1985): “Estimación de las desgravaciones fiscales por inversión”, en CUERVO-ARANGO MARTÍNEZ y TRUJILLO DEL VALLE (1986), pp. 105-131.
- TURRENT DÍAZ, Eduardo (1980): “La proliferación de los estímulos tributarios. Evaluación crítica”, en *El Trimestre Económico*, n° 185, pp. 85-117.
- ARIOS AUTORES (1964): *XI Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Madrid, 1963. Ed. de Derecho Financiero, Madrid.
- ARIOS AUTORES (1974): *XXII Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Madrid, 1974. Ed. de Derecho Financiero, Madrid.
- ARIOS AUTORES (1975): *El reparto de la carga fiscal*. Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos (Anales de Moral Social y Económica), Madrid.
- ARIOS AUTORES (1977): *Análisis de la Ley General Presupuestaria*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- ARIOS AUTORES (1979): *Hacienda y Constitución*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- ARIOS AUTORES (1987): *Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje a César Albino García-Quintana*. Ed. Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid.
- WONNACOTT, Paul, y WONNACOTT, Ronald J. (1987): *Economía*. Ed. McGraw-Hill, Madrid (3ª. ed.).

LA REFORMA PENAL DE LA LEY ORGÁNICA 1/1988 DE 24 DE MARZO. DOS ERRORES LEGISLATIVOS

JOSÉ VICENTE REIG REIG

PROFESOR DE DERECHO PENAL-I DESDE EL CURSO 83/84

ÍNDICE

LA REMISIÓN CONDICIONAL Y EL ARTÍCULO 93 bis

EXAMEN DEL ARTÍCULO 93. bis)

EL DELITO DE RECEPCIÓN Y EL ARTÍCULO 546 bis f)

La estadística y los apuntes doctrinales coinciden en la afirmación de situar el punto de partida en el auge del tráfico y consiguiente consumo de drogas hacia la segunda mitad del presente siglo, momento a partir del cual aquella actividad adquiere caracteres verdaderamente alarmantes, casi irreversibles y motiva, como reacción lógica que los distintos Estados dicten nuevas disposiciones o endurezcan las ya existentes para hacer frente a unas conductas cuya gravedad se califica de extraordinaria por las perniciosas secuelas de toda índole de ellas derivadas.

De ahí que en la última década la actividad legislativa haya marchado acorde con este crecimiento, arbitrando las normas necesarias para combatirlo, y coincidiendo la exacerbación de las penas y la adopción de medios para aquel fin con el mayor incremento de los actos de distribución.

Esta orientación, común al derecho comparado, puede verse también recogida en la evolución de nuestro derecho positivo.

La última reforma llevada a cabo en profundidad por la Ley 8/83 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, no satisfizo las esperanzas que en ella se habían depositado, si bien hubieron de transcurrir cinco años para que el legislador subsanase los defectos que la misma presentaba.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/88 de 24 de marzo reconoce de entrada la necesidad de reformar un precepto que por “circunstancias diversas ha devenido insuficiente para afrontar la pluralidad y heterogeneidad de manifestaciones criminales que surgen en torno al complejo mundo de las drogas”.

Para conseguir la ansiada finalidad de perseguir con la mayor eficacia posible el tráfico ilícito de tales sustancias, el Preámbulo de la Ley indica el conjunto de medidas adoptadas, de factores a tener en cuenta y la necesidad de individualizar todas y cada una de las conductas susceptibles de incriminación, siempre desde el más “elemental respeto al principio de justicia de tratar de manera distinta aquello que es diferente”.

Esta aspiración se combina en la nueva regulación legal con el reconocimiento expreso de la necesidad de actuar de forma coordinada para el tratamiento y la prevención de las drogodependencias, sentando así una doble mira: sancionadora y preventiva.

En aras de la primera de estas finalidades, el legislador ha entrado en lo que constituye el motivo último y el verdadero trasfondo de estas actuaciones

delictivas, y ello le ha permitido descubrir que, tras estas conductas relacionadas con la droga, no existe sino la realización de un pingüe beneficio económico.

“De ahí que la reducción y la eliminación de los beneficios de esta índole sea un logro deseable en la lucha contra el tráfico de drogas”.

Tres son los mecanismos que la Ley establece para atajar este criminal negocio:

El primero, mediante la imposición de multas de cuantía sumamente elevada, unido ello a una modificación indirecta del artículo 63 del Código Penal.

En segundo lugar, ampliando la figura del comiso y garantizando la eficacia de esta medida al conceder a la Autoridad Judicial un mayor margen de actuación y la facultad de disponerla en cualquier momento del procedimiento.

Y, por último, mediante la incorporación de un nuevo precepto al Capítulo VII del Título XIII del Libro II del Código Penal.

En lo relativo al segundo carácter apuntado de la norma —la finalidad preventiva—, el deseo de su consecución se pone de relieve tanto por la aprobación del Plan Nacional de Drogas como por la recomendación del desarrollo de actividades de prevención y tratamiento de las toxicomanías por parte de las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Pero, además, la Ley Orgánica ha creído conveniente extender su eficacia e influencia a una institución que, hasta entonces, solamente había sido objeto de modificaciones de carácter general y no por la vía indirecta de la reforma de otras figuras: la remisión condicional.

El examen y la visión crítica de estas dos instituciones —la nueva figura de la receptación y la ampliación de la remisión condicional— son el contenido del presente trabajo.

Ambas modificaciones han merecido por parte de los reformadores unas palabras en la Exposición de Motivos:

Para la nueva figura del artículo 546 bis g). “se sancionan las conductas de aprovechamiento de los efectos o ganancias de aquel tráfico, incriminándose las conductas que vienen denominándose de blanqueo del dinero de procedencia ilícita”.

En cuanto a la segunda, la aparición del artículo 93 bis b), “supone la incorporación de un tratamiento jurídico penal específico para esa singular figura

criminológica del drogodependiente que incurre en la comisión de un hecho delictivo como medio para subvenir a su situación de toxicodependencia”.

“Desde el convencimiento de que en tales supuestos debe primarse la orientación preventiva especial de las sanciones penales, se dispone la posibilidad de que la Autoridad Judicial conceda el beneficio de la remisión condicional, siempre que el reo se hubiera deshabitado o se encontrare en tratamiento para ello”.

“La regulación de esta alternativa se lleva a cabo con suficientes garantías a fin de salvaguardar, de un lado la cobertura de los fines preventivos generales y evitar, de otra parte un uso fraudulento de la disposición legal que permitiera su aplicación a supuestos distintos de los realmente queridos por el legislador”.

Resulta de lo expuesto que la, por ahora, última reforma en materia de salud pública y, en concreto de tráfico de drogas, ha llevado a los autores de la misma a irrumpir en dos campos hasta ese momento vírgenes de modificaciones indirectas, y ya quedaron expuestas las razones de esta invasión pacífica en la Exposición de Motivos.

No puede sin embargo, afirmarse que los buenos deseos del legislador de 1988 se hayan visto acompañados por la fortuna: los artículos citados presentan graves defectos, derivados principalmente de su redacción, no siempre clara y precisa, y de las contradicciones que en su mismo contenido se observan.

Igualmente se pueden formular serios reparos a estas nuevas disposiciones en relación con sus concordantes e, incluso, con el entorno jurídico en que aparecen situados.

Extremando la crítica podría apuntarse que, en algún caso, rozan los límites de los derechos constitucionales.

Es en base a lo anterior, que será desarrollado en las páginas siguientes, que se ha rubricado el presente trabajo como la comisión de dos errores legislativos en la reforma de la Ley Orgánica 1/88 de 24 de marzo.

LA REMISIÓN CONDICIONAL Y EL ARTÍCULO 93 bis

Es bien sabido que la remisión condicional, o condena condicional, surgió a la vida del derecho con una finalidad concreta: evitar a los delincuentes

primarios los efectos perniciosos de la estancia en prisión cuando unían, a aquella cualidad, la de haber sido sancionados con penas cortas de privación de libertad.

Las ventajas reconocidas a esta Institución fueron determinantes de que, no obstante su tardía aparición, se implantase en numerosos Cuerpos legales del Derecho comparado, siquiera bajo distinta denominación y funcionamiento.

En nuestro Derecho positivo se introdujo a virtud de la Ley de 17 de marzo de 1908; esta norma fue completada por el Reglamento de 23 del mismo mes y año, y su parte sustantiva pasó al Código Penal, integrando los artículos 92 y siguientes de este Texto punitivo.

A lo largo de los tiempos y de las sucesivas modificaciones legales, la remisión condicional conservó su forma y contenido primitivos y solamente con la reforma de 1983 se introdujeron alteraciones de fondo, encaminadas a conseguir una mayor extensión en la aplicación de la misma.

Eliminó así el legislador la exigencia de la no declaración de rebeldía, “que tan injusta se ha mostrado en ocasiones en la práctica”, pero mantuvo invariable un doble requisito: el carácter de delincuente primario en el favorecido y la limitación temporal de la pena impuesta, que no debía sobrepasar el año salvo casos excepcionales en que, a virtud de la concurrencia de factores claramente señalados, aquel tope podía llegar a los dos años.

Pues bien, al modificar la Ley 1/88 las normas sancionadoras del tráfico de drogas, llamó poderosamente la atención de sus redactores, como ya quedó apuntado, la figura del drogodependiente que incurre en algún hecho delictivo como medio para subvenir a su situación de toxicodependencia.

Consecuencia de este interés fue la ampliación de nuestro derecho positivo al incorporar un nuevo precepto destinado a la inclusión de estas personas en la relación de beneficiarios de la concesión de la remisión condicional.

EXAMEN DEL ARTÍCULO 93. bis)

1. El párrafo primero del citado artículo dispone:

“Aun cuando no concurrieren las condiciones previstas en el artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de

dos años, que hubieren cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que se den las circunstancias que, a continuación, se señalan”.

a) De este párrafo primero resulta que el legislador ha hecho tabla rasa de los requisitos que, desde siempre, han configurado la remisión condicional, y los ha sustituido —aparentemente—, por una situación de drogodependencia.

Se burla de esta forma la finalidad de esta institución, nacida para beneficiar a quien por vez primera incidía en el camino del delito; de ahora en adelante será suficiente acreditar la situación de toxicodependencia para que, al margen del carácter primario de la actuación delictiva, pueda plantearse el Juzgador la conveniencia de conceder al penado los beneficios de la remisión condicional.

Paradójicamente, los redactores de la reforma no fueron consecuentes con este criterio: como se verá más adelante, la existencia de un delito previo puede obstaculizar aquella concesión, en contra de lo que parece indicar el párrafo comentado.

b) En segundo lugar no cabe olvidar que la institución de la remisión nació para sustituir las penas cortas de privación de libertad por un período de prueba que, superado, evitaba el ingreso en prisión.

De ahí la necesidad de fijar un tope a la sanción penal, establecido en un año, con la posibilidad de acceder a dos si concurrían determinados condicionamientos que, unidos a la citada duración y el ya señalado carácter primario de la infracción, permitieran otorgar aquella gracia.

En concreto se exigía —y se exige— la apreciación por el Tribunal de la existencia de una atenuante muy calificada, de una eximente incompleta o de la atenuante de menor edad.

El nuevo precepto aparece huérfano de esta exigencia: así, la situación de drogodependencia sustituirá los anteriores requisitos.

Se olvida de esta forma que la adicción a las drogas puede no ser apreciada por el Juzgador, o bien que lo sea a la manera de simple atenuante sin más poderío que la imposición de la pena en su grado mínimo, tal y como se viene haciendo por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y por fallos reiterados de las Audiencias Provinciales.

A pesar de ello y con sólo este significado, puede la drogodependencia autorizar la concesión del beneficio hasta los dos años, como si se tratase de una eximente incompleta o de una atenuante privilegiada.

c) Finalmente, puede afirmarse que desde un punto de vista gramatical, la redacción de este primer apartado no es excesivamente afortunada:

La expresión “aun cuando no concurrieren las circunstancias previstas” debe relacionarse con el artículo 93, que señala, como “condiciones indispensables”, tres. El carácter de delincuente primario, la duración de la pena que se suspende y, de llegar ésta a dos años, la concurrencia de los requisitos apuntados.

Pese a que así se diga, en el mencionado precepto no se prescinde de todas las indicadas exigencias: sólo de la primera y, si acaso, de la tercera, y en cuanto al carácter primario de la actuación delictiva, ya se ha indicado y se verá más adelante que el propio legislador contradice su criterio en tal sentido.

2. En cuanto a las circunstancias que la nueva norma exige, son las siguientes:

“Que se declare probado en la sentencia que la situación de drogodependencia del sujeto existe y que la conducta delictiva fue realizada por tal motivo”.

a) No siempre será fácil la prueba de tal situación, en la mayor parte de los casos supeditada a afirmaciones del propio delincuente en tal sentido; dificultades que deben considerarse aumentadas para el caso de haber transcurrido un lapso de tiempo notable entre la comisión del hecho punible y el examen del sujeto infractor.

b) De otro lado las distintas clases de sustancias a que se refiere el artículo, capaces de provocar adicción, originan una dependencia diferente, que puede ser psíquica o física, con muy distinta valoración para cada una de ellas y, por tanto, de mayor o menor incidencia en la producción de hechos delictivos.

c) La fórmula legal es en principio, demasiado amplia, por lo que se impone su restricción para evitar los posibles fraudes que ya anunciaba la misma Exposición de Motivos.

Sin olvidar que como apuntan ilustres médicos forenses, especialistas en psiquiatría, las facultades mentales del individuo suelen permanecer sin alteración sensible, y su posible variación dependerá del tipo de droga ingerido, de su frecuencia, del entorno social, de la disposición natural del sujeto, en suma de factores múltiples que aumentarán en grado sumo las dificultades de precisar el estado de drogodependencia.

Relacionando esta aseveración con la doctrina reiterada del Alto Tribunal, en el sentido de que las circunstancias que impliquen disminución o agravación

de la penalidad han de quedar tan probadas como el hecho mismo, fácil es comprender que no siempre será factible fijar y acreditar en el fallo que aquella situación se ha producido.

d) Quizá el punto más trascendente a considerar en este apartado sea el de si cabe atribuir al estado de drogodependencia valor eminentemente atenuatorio que permita, primero una atenuación de la responsabilidad y, después autorizar la concesión de la remisión condicional.

Es claro que en nuestro Derecho y en cierto modo de forma expresa, se ha dado solución al debatido problema de las “acciones liberae in causa”, y que ésta se ha decantado en el sentido de no admitir la atenuación cuando la especial situación en que se encuentra el sujeto ha sido buscada o provocada por él mismo.

Como quiera que el legislador habla en el artículo 93 bis de drogodependencia, se está refiriendo al consumidor, no aislado u ocasional sino frecuente y continuo, de manera que la ingestión de la droga sea para él punto menos que imprescindible.

Pasará entonces su conducta a revestir la nota de habitual y, juntamente con ello, la convicción, que no es mera presunción, de que la droga le es de todo punto necesaria, y que para su adquisición es posible la realización de hechos delictivos, como único medio de procurarse aquellas sustancias que demanda imperiosamente.

La conclusión es evidente: el adicto —consumidor habitual—, conoce que llegado el momento, quizá la única salida para su situación —angustiosa ciertamente mas por él provocada— no es otra que la comisión del delito, generalmente contra la propiedad.

Ante ello son inevitables dos preguntas:

¿Puede concederse una causa de atenuación, no digamos ya de exención, cuando el agente ha podido prever que su persistencia habitual en el consumo de drogas va a impulsarle a la comisión de acciones delictivas?

¿Puede otorgarse un especial beneficio a quien buscó, de manera consciente, la producción del hecho punible?

El Código Penal patrio, no obstante el transcurso del tiempo y las modificaciones en él operadas, sigue contemplando únicamente la embriaguez como causa de atenuación, mas siempre con la exigencia de que no haya sido

buscada de propósito para delinquir, e igualmente expresiva y concreta es la fórmula del transtorno mental transitorio, al requerir la misma condición negativa para su apreciación y subsiguiente aplicación.

Surge la cuestión acerca de las razones que hayan motivado al legislador a la no inclusión, en las últimas reformas penales, de esta especial causa de posible atenuación de la responsabilidad.

Igualmente, y ante el silencio legal, es obvia la pregunta de cuál sea la razón de que la Jurisprudencia otorgue carta de naturaleza a una situación que, al menos de entrada, choca frontalmente con las mismas exigencias del Tribunal Supremo.

Y aunque pudiera parecer aventurado, posiblemente la respuesta común a estas interrogantes que se han expuesto no sea otra sino que el legislador, y en gran medida también la Jurisprudencia, han fijado su atención de manera preferente en la persona del delincuente, aplicando desde luego la sanción punitiva, pero acudiendo enseguida a la búsqueda de aquellos beneficios, por supuesto legales, con los que aquél puede resultar favorecido, y dotando a la finalidad preventiva de la pena de una extensión desorbitada y, desde luego desproporcionada con los derechos que deben concederse a otra de las partes en el proceso penal, cual es el perjudicado por la acción delictiva.

3. Constituye la segunda circunstancia exigida por la nueva normativa “que exista certificación suficiente por centro debidamente acreditado, de que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento, en el momento de concederse el beneficio”.

a) Difícil resulta el cumplimiento de esta exigencia legal cuando es notoria sabida en esta materia la escasez de Centros específicos dedicados a estas especialidades, sino también el carácter privado de la mayoría de ellos, lo que determinará que con frecuencia no esté al alcance de muchos drogadictos la posibilidad de su deshabitación.

Aparte de que, como reacción humana y por ende comprensible, la sociedad reclama la existencia de tales establecimientos y, al mismo tiempo, manifiesta su repulsa a la ubicación de ellos cerca de su residencia.

b) La Ley emplea el término “deshabitado” como situación alternativa a la de estar sometido a tratamiento, parificando así ambos requisitos.

Toca pues, aclarar qué entiende el legislador por deshabitado, es decir, si debe considerarse tal a la persona que ha perdido el hábito de consumir —y

ello será una hipótesis poco frecuente—, o bien deshabituado significa en el pensamiento del legislador que ya no se tiene habitualidad, aunque continúe la consumición esporádica de aquellas sustancias.

Tendrá importancia que la elección entre uno u otro sentido se lleve a cabo con medida y ponderación, tanto para dar una interpretación lógica al espíritu de la Ley como para evitar que, con un punto de vista estricto puedan frustrarse esperanzas de conseguir el beneficio de la remisión.

Mas también debe ser tenida en cuenta la idea, ya indicada en la Exposición de Motivos, de evitar abusos y utilizaciones fraudulentas, por lo que debe mantenerse que la solución vendrá dada por el examen de cada caso concreto, sin perjuicio de preconizar una interpretación flexible que permita acoger aquellos casos merecedores de que se aplique la remisión tantas veces mencionada, al margen de que la redacción legislativa deba estimarse más o menos afortunada.

c) Reclama finalmente este párrafo legal la presencia de una coincidencia temporal: “las anteriores situaciones de deshabituado o sometido a tratamiento han de apreciarse en el momento de concederse el beneficio”.

Se pretende que la remisión condicional, en cuanto a su concesión y la superación de la adicción por el penado —o la sumisión al tratamiento—, marchen parejas en el tiempo.

Difícil será que esto ocurra, mas la ausencia de esta coincidencia temporal no debe ser óbice para entender cumplida tal exigencia.

Antes bien, dado que los trámites para la otorgación de aquélla precisan la intervención del Fiscal como todo punto de ejecución de sentencia, y la subsiguiente deliberación por el Tribunal, no ofrecerá mayores obstáculos ni supondrá infracción alguna esperar la coincidencia esperada y señalada por la Ley 7/88, máxime cuando ésta se contenta, en orden a esta materia, con que el “reo se encuentre sometido a tratamiento”.

4. Si el apartado anterior, pese a sus imperfecciones, no dejaba de presentar un sentido lógico y, sobre todo, acorde con el pensamiento de los redactores de la reforma —ya se indicaba en la Exposición de Motivos el deseo de evitar una utilización fraudulenta de este trato de favor—, la lógica y la concordancia aparecen ausentes en la circunstancia tercera, que se examina a continuación.

Expresamente se requiere que “el sujeto no sea reincidente ni haya gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional”.

La visión de este requisito debe realizarse desde el doble punto de vista de la institución en sí, como de la relación con los restantes apartados que integran el artículo 93 bis.

a) Quedó indicado que la razón de ser de la institución que se estudia fue la de evitar al delincuente primario los perniciosos efectos de la estancia en prisión, por un período de tiempo ciertamente corto para su reinserción en la sociedad, mas no para acentuar su posible inclinación al delito.

Ello explica que durante tres cuartos de siglo la exigencia de “la primera vez” permaneciera inalterable y, por lo mismo, se negara la concesión del beneficio a quienes presentaban antecedentes penales.

La reforma de junio de 1983 amplió este criterio tradicional, admitiendo como posibles sujetos de la remisión a quienes hubieran delinquido por imprudencia, o bien hubieran conseguido la cancelación de sus antecedentes penales.

Esta alteración no hacía en realidad otra cosa que confirmar la regla general, ratificando la condición de primario en el perceptor del beneficio.

La nueva norma nacida de la reforma de 24 de marzo ha venido a introducir, aparentemente, la confusión en este punto, hasta ahora claro y sin problemas.

Se excluye al reincidente, lo que era innecesario expresar conforme a los postulados de siempre en esta materia, pero resulta del texto legal que cabe la posibilidad de otorgar la remisión a quien tenga antecedentes, cuando éstos no encajen, por sus especiales características, en la agravante 15 del artículo 10.

De esta forma surge una antinomia de difícil por no decir imposible explicación: cuando el delincuente condenado con anterioridad por delito que lleve pena inferior o que no se encuentre en el mismo capítulo, solicite la remisión en base a su situación de drogodependencia, podrá serle concedida, sin que su ausencia de “primariedad” sea óbice para aquella concesión.

Va, pues, el legislador de 1988 contra la configuración clásica de esta institución, no menos que contra sus propias palabras, expresadas en las primeras líneas del artículo 93 bis.

b) Tampoco se atribuirá este beneficio a quienes ya hubiesen gozado del mismo; dicho en otras palabras, la remisión condicional, en la especial regulación de la reforma de 1988, resulta una gracia que no puede reiterarse.

Esta afirmación legal ataca el espíritu de la institución y en particular, el criterio que guió a los redactores de la reforma de 1983.

Resulta que la aludida reforma de 1983 amplió en los términos señalados la concesión de la remisión; cancelados los antecedentes, no existía obstáculo para su atribución, aunque el beneficio lo hubiera disfrutado el delincuente con anterioridad.

En la nueva normativa aparece así un trato discriminatorio: el condenado drogadicto no podrá ser favorecido por la remisión condicional, si la había disfrutado antes; el penado común, para el que no existe esta restricción, podrá solicitar y obtener aquella gracia cuando sus antecedentes estuvieran cancelados.

De ahí a la afirmación de una ruptura del trato de igualdad sentado en el artículo 14 de la Constitución apenas hay distancia: se establece una peor condición para el delincuente drogadicto, sin razón aparente que lo justifique.

5. A continuación de las tres circunstancias requeridas por la Ley y a las que se ha pasado revista, la nueva norma formula otros tres apartados encaminados a asegurar las finalidades a que expresamente se refiere la nueva norma cuando habla de “salvaguardar la cobertura de los fines preventivos generales y evitar un uso fraudulento de la disposición legal”.

a) Merece plácemes el primero de los tres párrafos finales del artículo 93 bis: “la autoridad judicial requerirá al penado o a los centros o servicios... lo necesario para comprobar el comienzo y la continuación del tratamiento, así como para controlar su evolución y las modificaciones que hubiere de experimentar”.

Si el nuevo tratamiento, amplio, de la remisión condicional se estableció como paliativo a la situación de adicción a las drogas, es natural que el Tribunal se interese por la evolución del drogodependiente favorecido, tanto en lo relativo al comienzo como a la evolución, controlando así la eficacia de la función preventiva.

No existe más inconveniente práctico a señalar que el ya abrumador trabajo que pesa sobre Jueces y Magistrados será un obstáculo indudable para cumplir con la indispensable eficacia, esta misión de control y vigilancia que se les encomienda.

El criterio plausible y el comentario elogioso del párrafo transcrito no puede hacerse extensivo a los dos siguientes, postreros de este artículo.

6. Son dos los factores de concurrencia necesaria, conforme a este segundo apartado, para que la suspensión en la ejecución de la pena se mantenga y, en consecuencia, transcurrido el período de prueba, proceda la remisión definitiva:

a) Que no delinca el reo durante el tiempo establecido de suspensión.

Igualmente, que en ese lapso de margen temporal, no abandone el tratamiento.

La exigencia en el sentido de no delinquir durante el plazo de suspensión responde a la estructura tradicional de esta institución y, por ende, no es otra cosa que la aplicación a esta situación especial, de los preceptos imperantes en esta materia.

Es, en cambio, una innovación la adición de que el reo no abandone el tratamiento, y de acuerdo con los términos del artículo, ambos factores han de aparecer conjuntamente en el tiempo, no admitiéndose su presencia aislada o separada.

Al consignar los redactores de la Ley de 24 de marzo esta novedad marcharon acordes con el espíritu de la concesión que propugnaban, aunque quizá no previeron las dificultades que podrían surgir.

El Centro o Servicio donde el reo recibe tratamiento puede cerrar —hay ejemplos recientes de ello en Canarias—, o bien al no ser de carácter benéfico, el sometido a tratamiento serle imposible al penado sufragar sus gastos, e incluso no corresponder el tratamiento a las notas de eficacia o no ser el adecuado.

Todas estas interrupciones originarían un abandono de la situación por causas claramente no imputables al reo, y que sin embargo llevarían a que el Tribunal según la letra del precepto, revocase la suspensión.

b) Es la última exigencia, orientada a conseguir la remisión de la pena, el contenido del apartado final del precepto, y encierra igualmente una doble imperatividad legal: han de concurrir, conjuntamente y de manera necesaria, dos factores, consistentes en: el transcurso del plazo de suspensión de la forma ya apuntada anteriormente, y la circunstancia expresa de haberse “acreditado la deshabitación del reo”.

Esta última fórmula legal encierra el mayor desacierto del nuevo precepto.

En primer lugar, no se comprende que la tradicional exigencia bímembre —tratamiento y deshabitación— se rompa en este punto, y el legislador exige que el reo se encuentre deshabitado.

Pero y sobre todo, una cuestión surge enseguida: el delincuente, sometido a tratamiento, que desea su recuperación y se mantiene fiel a las prescripciones médicas, puede no obstante, no haber llegado a un final feliz, es decir, no haber logrado aún su “deshabitación” aunque sea posible esperar aquel resultado con algo más de tiempo.

O sea, puede encontrarse en el camino de la reinserción social, y a punto de lograr el desenganche de la droga.

Pues bien, la normativa legal es clara y tajante, y obliga al Tribunal a ordenar la ejecución del fallo si el plazo legal de suspensión vence, sin que se logre aquella deshabitación.

Nuevamente se hace depender de una causa totalmente ajena a la voluntad del delincuente la ejecución de la pena que, inicialmente, quedó en suspenso.

Huelga, así, todo comentario.

EL DELITO DE RECEPCIÓN Y EL ARTÍCULO 546 bis f)

Fue una antigua aspiración doctrinal que las conductas delictivas descritas en el artículo 17 recibieran distinta configuración legal, en una sistemática más acorde con su naturaleza y, concretamente, llevarlas al campo de la propiedad y al terreno de los delitos contra la Administración de Justicia.

El primer deseo se cumplió a través de la Ley de 9 de mayo de 1950, que incluyó en el texto punitivo el delito de receptación.

El segundo, y de momento, sólo ha recibido apoyo doctrinal en el nuevo Proyecto, no nato, de Código de 1983.

Los redactores de la reforma de 1988 añadieron un nuevo artículo al Capítulo de la receptación, con el fundamento de reprimir aquellas conductas que tiendan a conseguir ilícitos beneficios mediante el blanqueo de dinero.

La crítica a esta nueva disposición legal debe ser negativa: la redacción, contenido y forma del precepto no puede considerarse de recibo.

a) Su sistemática en los delitos contra el patrimonio es desacertada, desde el momento en que la receptación tiene como punto de partida un delito de tráfico de drogas, siendo así que desde siempre la base de este delito de receptación se ha construido sobre la existencia previa de un delito contra la propiedad.

b) No ocurrirá como norma general que el aprovechamiento se refiera a aspectos económicos; en ocasiones recaerá sobre un tipo distinto de “ganancias”.

Es perfectamente posible, y así lo indica el mismo artículo, que la conducta delictiva del autor inculpatado sea distinta: la actividad desplegada a posteriori por estos intervinientes, la del autor de la infracción que se comenta, se contraiga a “los efectos”, y éstos pueden consistir en drogas de cualquier índole, por lo que resulta inadecuada, una vez más, la inclusión de estas actividades en el marco de los delitos patrimoniales.

c) En lo tocante a la penalidad del delito de receptación, y siempre tomando como base la existencia previa de una infracción patrimonial, la pena del receptor aparecía condicionada a la del autor principal, no pudiendo superar —en el terreno de la privación de libertad— la que a aquél pudiera corresponderle.

También en este punto ha prescindido el autor de la reforma de esta idea básica, y ahora la sanción penal del delincuente que incurra en la conducta del artículo 546 bis f) se impondrá al margen de toda situación anterior, sin que se aprecien claramente las razones que hayan motivado esta nueva postura del legislador.

d) A modo de complemento de los casos previstos y para supuestos de especial gravedad, las sanciones previstas irán acompañadas de la oportuna inhabilitación, con más el cierre del establecimiento, que podrá ser temporal o definitivo.

Sorprende esta dura medida que, aparte de originar serias dudas por cuanto no está prevista en la escala general de penas, choca frontalmente con el criterio que, para un caso similar, ya estableció el legislador:

En la reforma de la Ley 8/83 de 25 de junio se proclamaba expresamente con relación a la supresión del permiso de conducir, que se había radiado el carácter definitivo de esta medida, “por el convencimiento de la inutilidad reparadora de las sanciones eternas”.

e) Cabría añadir, por último, que la mira del legislador con la inclusión de este precepto va dirigida sobre todo, a la sanción económica.

Aspiración que será vana en gran medida: desde el momento en que la pena privativa de libertad supere los seis años, el delincuente conoce que el

impago de la multa no supondrá aumento de la prisión; en consecuencia, es claro que sólo mediante la aprehensión de bienes que aseguren la efectividad de las sanciones pecuniarias, éstas quedarán como papel mojado, y sin que por tanto, se logre la finalidad de reprimir económicamente estas conductas, y que era el deseo expresamente manifestado por los autores de la reforma de 24 de marzo de 1988.

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO CANARIO

JAIME F. RODRÍGUEZ ARANA

MAGISTRADO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA EXTENSIÓN EN
LAS PALMAS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. AUTONOMÍA E INTERÉS CANARIO
3. FUNCIONALIDAD DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA
4. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
 - 4.1. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas: Su distribución.
 - 4.2. Operatividad de las competencias exclusivas.
5. LAS COMPETENCIAS EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CANARIAS
6. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DERECHO PROPIO DE CANARIAS

1. INTRODUCCIÓN

Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas constituyen para todos uno de los puntos centrales del nuevo orden constitucional. El título VIII de la Constitución, aunque no con la necesaria claridad, diseña un sistema de reparto competencial entre los dos niveles máximos de poder: Estado y Comunidades Autónomas.

¿Se trata de un sistema de lista única?, ¿doble? Son preguntas que no encuentran una solución pacífica, como tampoco fue pacífica, en cuanto a la articulación de unos principios, la elaboración de la Constitución en este punto. Por eso, en este trabajo es necesario hacer algunas consideraciones generales que, y ya lo adelanto, se encuentran en la línea de las tesis, decididamente autonomistas que se sostuvieron en una ocasión anterior. Me refiero al libro editado por el Parlamento de Galicia este curso, *O Dereito Estatutario Galego*, de J.L. MEILÁN y un servidor. En aquella ocasión, si cabe, con una mayor prolijidad debido a la naturaleza de aquel trabajo.

El Estatuto de Canarias dedica el título II a este tema. En él encontramos entremezcladas competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma, competencias exclusivas (indirectamente) del Estado, competencias concurrentes y competencias compartidas. Competencias, las exclusivas, que se entienden muy bien en función del interés propio y de la identidad canaria.

Sin embargo, en el Estatuto se enumeran una serie de competencias que no podían ser asumidas directamente por razones constitucionales y que, eso sí, se podían asumir rápidamente por Ley Orgánica o, al cabo de los cinco años, mediante reforma estatutaria tal y como dispone el artículo 148.2 de la Constitución. La solución no tardó mucho porque simultáneamente con el Estatuto se promulga la famosa LOTRACA que hizo posible esa asunción, lo cual ha permitido asumir competencias tan importantes para Canarias como puede ser la de aguas subterráneas. Por eso, desde la perspectiva de la defensa del interés autonómico, dicha norma ha sido un acierto si bien, tampoco debe ocultarse que el sistema empleado de transferencia masiva de competencias es posible que presente alguna dificultad por lo que se refiere a una interpretación sistemática del artículo 150 de la Constitución.

El problema aparece al cabo de los cinco años porque el propio Estatuto de alguna manera se ha autolimitado, en principio, para la asunción de nuevas

competencias. Escribo en principio porque en contra de lo que pudiera deducirse de la letra de los artículos 34 y 35, pienso que una vez efectuada la elección, nada impide que a los cinco años, como dispone el artículo 148.2 de la Constitución, se puedan asumir otras competencias del artículo 149 de la Constitución. Ahora bien, ello exigiría la reforma del Estatuto en el que deberían colocarse las nuevas competencias, entre las que habría que incluir las de la LOTRACA, junto a alguna cláusula que posibilitase nuevas asunciones autonómicas, al estilo catalán. De esta manera, sería el Estatuto el verdadero protagonista de toda esta operación, subrayándose así el principio autonómico.

2. Autonomía e interés canario

El principio de la autonomía, consagrado en el artículo 2 de la Constitución es el pilar sobre el que se apoya el sistema de Organización Territorial diseñado por nuestra Carta Magna:

“La Constitución (...) reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

El Principio autonómico, como ha tenido ocasión de señalar la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 supone dos elementos que se encuentran interconectados tal y como señala el ya citado artículo 2 de la Constitución (unidad y autonomía):

“La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía...”.

La autonomía como tal da lugar a una división vertical de poder que se atribuye a diversas instancias o niveles territoriales, como se deduce, por ejemplo del artículo 137 de la Constitución:

“El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”⁽¹⁾.

(1) Cfr. STC de 2 de febrero y 28 de julio de 1981.

Sólo interesa, en este caso, destacar la existencia de dos niveles de poder: Estado Central y Comunidades Autónomas. Configuradas estas últimas por nuestro Tribunal Constitucional como “Corporaciones públicas de base territorial y naturaleza política”⁽²⁾ que “también son Estado”⁽³⁾.

Es decir, el poder estatal opera a través de dos caminos o instancias territoriales: Estado y Comunidades Autónomas. Siendo estas últimas, insisto, instancias territoriales de naturaleza estatal, que ejercen poderes estatales, independientemente del ámbito material sobre el que se proyecten dichos poderes⁽⁴⁾.

Llegados a este punto, el profesor MEILÁN, apoyado en la polémica sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983, define el concepto de autonomía política, lógicamente, en clave de “intereses propios”:

“La autonomía es la capacidad de autogobierno que configura a la Comunidad Autónoma como una instancia de decisión política, como un centro de gobierno con capacidad para dirigir políticamente la Comunidad en la que se asienta en su ámbito territorial gestionando intereses propios a través de políticas propias”⁽⁵⁾.

La referencia de la autonomía a los intereses propios es un dato capital para entender el alcance del sentido de las competencias exclusivas. No se trata de una aproximación alejada de la realidad, incluso constitucional y estatutaria. Todo lo contrario. Una lectura serena del artículo 137 de la Constitución ya transcrito, y del párrafo segundo del artículo 1 del Estatuto reafirma esta tesis:

“La Comunidad Autónoma, a través de sus instituciones democráticas, asume como tarea propia la defensa de los intereses canarios...”

De ahí que, tal y como señala el citado párrafo 2º del artículo 1º del Estatuto canario, sea necesario que las instituciones estatutarias “asuman como tarea suprema” la defensa del interés propio; en este caso, el canario.

Sin embargo, todavía es necesario introducir un elemento capital para que funcione el sistema. Porque no cabe duda que a la creación de Comunidades Autónomas, expresión de la necesidad de defensa de los intereses autonómicos, debe seguir el otorgamiento de “una esfera propia de actuación, de un ámbito

(2) STC de 14 de julio de 1981.

(3) STC de 28 de abril de 1983.

(4) J.L. MEILÁN, *La Ordenación jurídica de las Autonomías*, en prensa, pp. 37 y ss.

(5) J.L. MEILÁN, *Op. cit.*, p. 28.

material donde ejercer sus poderes”⁽⁶⁾. Lo cual, como es obvio, nos pone delante del espinoso problema de la distribución de competencias Estado Central-Comunidades Autónomas.

Quiero destacar que la pieza clave, el “*punctum dolens*” de la construcción lo constituye el “interés”, ya que en función del interés la Comunidad autónoma tendrá una esfera determinada de competencias. Pero una vez admitida la trascendencia de este elemento, otro paso necesario es el de proceder a su determinación. Para ello, me parece oportuno señalar que en modo alguno el interés autonómico ha de ser “residual”: lo que quede después de que el Estado central define el marco del interés general. Más bien, el interés autonómico, dentro, por supuesto del bloque de constitucionalidad, y como realidad que subyace a la juridificación de la autonomía, debe ser cuidadosamente delimitado desde la propia Comunidad Autónoma y en el contexto de su norma institucional básica.

En cualquier caso, el bloque de constitucionalidad exige que el ámbito del interés venga definido por el reparto de competencias. Por eso, como señala MEILÁN GIL “no es el interés quien determina la competencia, sino la competencia quien indica el ámbito del interés respectivo”⁽⁷⁾, porque el poder de la Comunidad Autónoma se proyecta no sobre intereses sino sobre un concreto ámbito material sobre el que puede ejercer determinadas funciones. Por eso, la competencia es la expresión jurídica de la operatividad del interés respectivo.

Por tanto, el problema de la distribución de competencias resuelve la funcionalidad operativa del interés general y autonómico. Es decir, el principio de competencia, desde un punto de vista jurídico, regula las relaciones entre las dos esferas de poder.

En el caso canario, es su propia norma institucional básica la encargada de desvelar el contenido del interés canario fundamental o básico. Lo hace en el artículo 5 párrafo 2º del Estatuto y, como bien dispone este precepto:

“Los Poderes Públicos Canarios, en el marco de sus competencias, asumen como principios rectores de su política:

a) La promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran.

(6) J.L. MEILÁN, *Op. cit.*, p. 29.

(7) J.L. MEILÁN, *Op. cit.*, p. 30.

- b) La defensa de la identidad y de los valores e intereses del pueblo canario.
- c) La consecución del pleno empleo y del desarrollo equilibrado entre las islas.
- d) La solidaridad consagrada en el artículo 138 de la Constitución.

3. Funcionalidad del Estatuto de Autonomía

La Constitución de 1978 ha supuesto un cambio notable en el mundo jurídico español. Sirvan como botón de muestra, la completa constitucionalización de los derechos fundamentales y libertades públicas y, por otro lado, la nueva organización territorial del Estado.

Pues bien, la existencia de Comunidades Autónomas, con su respectivo ámbito de competencias delimitado por la Constitución y el Estatuto, ha permitido que pueda hablarse de un auténtico Derecho Estatutario, de un Derecho Público de la Comunidad Autónoma que encuentra en el Estatuto el marco y la referencia inexcusable a cualquier aproximación, en este caso, al Derecho Estatutario Canario o, si se quiere, Derecho Público Canario.

El propio artículo 42 del Estatuto Canario ofrece un inestimable argumento para que pueda hablarse de dicho Ordenamiento:

“El derecho propio de Canarias en materia de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro”.

Este precepto necesita completarse con el artículo 39, también del Estatuto, en el que la combinación territorio-competencia exclusiva constituye un importante par que ayuda enormemente a entender la operatividad del Derecho propio de Canarias:

- “1. Todas las competencias contenidas en el presente Estatuto se entienden referidas al territorio de Canarias.
2. En el ejercicio de sus competencias exclusivas, corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, según proceda, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, incluida la inspección”.

A los efectos que ahora interesan, habría que destacar que ese Derecho propio canario tiene tres caracteres:

- a) Que se trata de un Derecho que opera a través de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma.
- b) Que versa únicamente sobre materias de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma.
- c) Que el territorio, hecho insular, es el elemento determinante de ese Derecho propio y, por lo tanto, modula en gran medida el interés canario y, por tanto, las competencias.

El Estatuto cobra una importancia creciente. Como señala MEILÁN, con carácter general, es el marco definidor del Derecho propio⁽⁸⁾. Derecho montado sobre la idea de competencia exclusiva que, no lo olvidemos, expresa el marco de operatividad del interés autonómico.

La autonomía política implica el reconocimiento de determinados intereses propios (artículo 137 CE) así como una participación en el poder legislativo del Estado. Por eso, cada Comunidad Autónoma, como expresión de dicha autonomía política, cuenta, como señala MEILÁN con un ordenamiento jurídico propio en la medida en que son Poderes públicos organizados jurídicamente para la gestión de unos intereses garantizados constitucionalmente⁽⁹⁾. De ahí precisamente la definición constitucional de Estatuto de Autonomía: norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma.

El Estatuto como Ordenamiento jurídico define la propia Comunidad Autónoma, y en él encuentran su fundamento, sus poderes y competencias, que están garantizados constitucionalmente.

El Estatuto juega un papel importante en el proceso de distribución de competencias puesto que, como ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 1986, junto con la Constitución, constituyen las fuentes del ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas. Así, ha podido establecer la sentencia, también del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1983 que “la Constitución se remite con carácter general a los Estatutos para que éstos determinen las competencias autonómicas”.

Por ello, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983, el Estatuto es la norma atributiva de competencias:

(8) J.L. MEILÁN, *Op. cit.*, p. 24 y ss.

(9) J.L. MEILÁN, *Op. cit.*, p. 25.

“Por lo que se refiere a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo que determina el artículo 147.2.d CE, son los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a fijar las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución, articulándose así el sistema competencial mediante la Constitución y los Estatutos”⁽¹⁰⁾.

Y esa funcionalidad del Estatuto, como norma atributiva de competencias, se pone de manifiesto en el caso de que una materia no esté expresamente recogida en la lista de competencias de la Comunidad Autónoma que figura en el Estatuto. Ello no quiere decir que se desvirtúe la subordinación del Estatuto a la Constitución, como señala MEILÁN, sino, más bien, que el Estatuto no puede quedar jerárquicamente subordinado a una ley intermedia⁽¹¹⁾.

Por tanto, el Estatuto es decisivo para la determinación de las competencias de las Comunidades Autónomas. Es más, para que pueda hablarse de un auténtico Derecho Público Canario es condición necesaria la existencia de competencias exclusivas, entendidas, claro está, como el reconocimiento constitucional de la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma. Lo cual equivale, ni más ni menos, que a afirmar la autolimitación de las Cortes Generales y el reconocimiento de la supremacía del Derecho Autonómico sobre el Derecho Estatal en estas materias.

4. La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ⁽¹²⁾

Las competencias constituyen, sin duda alguna, el elemento central de la ordenación de las autonomías, la principal expresión jurídica de la idea en que descansa la determinación constitucional del reconocimiento de aquéllas aplicado a entes locales y a Comunidades autónomas que es la noción del interés respectivo. Este interés —comunitario en el caso presente— puede encontrar su explicación en una realidad metajurídica que la Constitución tiene en

(10) También, la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1982 dispone que “ordinariamente la Constitución no establece directamente competencias autonómicas, sino que se limita a fijar el marco dentro del cual podrán asumirlas los Estatutos de Autonomía.

(11) J.L. MEILÁN, *Op. cit.*, p 24 y ss.

(12) Este epígrafe y el siguiente están redactados, con leves modificaciones, a partir del capítulo III de la primera parte del libro de J.L. MEILÁN y J. RODRÍGUEZ ARANA, *El Derecho Estatutario Gallego*, Santiago de Compostela, 1988.

cuenta, y necesita para un reconocimiento jurídico eficaz de su articulación sobre competencias y poderes. La competencia vendrá a ser el ámbito del ejercicio de los poderes de la Comunidad, el elemento definidor de los mismos.

La competencia tiene, por ello, un esencial carácter relacional, lo que supone pluralidad de titulares de poderes que pueden coincidir de alguna manera, sea por razones materiales, funcionales o territoriales, para aprovechar la tradicional elaboración fundamentalmente procesalista. De ahí que las competencias y su distribución se constituya en pieza clave para la organización de un Estado compuesto, como el español de 1978. Es el instrumento jurídico que permitirá el ordenado ejercicio de los poderes y, desde el punto de vista de la aplicación del Derecho, lo que permitirá dilucidar cuál es el aplicable en cada caso.

4.1. *Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas: su distribución*

“No hay nada más delicado en la técnica constitucional —ha dicho Lowenstein— que la aplicación originaria de las tareas estatales a los dos campos de competencias constituidos por el Estado central y los Estados miembros”. Pero no existe, obviamente, una forma única de llevar a cabo ese cometido. Depende, lógicamente, de la naturaleza del Estado —federal o regional— o si se prefiere, en ocasiones, esa naturaleza será consecuencia de la opción constitucional elegida para realizar la distribución de competencias. Una importante dosis de conveniencia y de oportunidad política está presente en esa decisiva elección⁽¹³⁾.

En el caso español, dado el carácter abierto que deliberadamente adopta la Constitución de 1978, la determinación de las competencias de las Comunidades autónomas no se realiza completamente en aquélla, sino que de acuerdo con el carácter dispositivo de la autonomía recogido en el artículo 2 de la Constitución, se ultima en el Estatuto de autonomía.

Bien entendido que esa asunción de competencias por el Estatuto, dentro del marco constitucional, se refiere no sólo a las materias sino también a las funciones —legislación y ejecución —que se corresponden con los poderes adecuados— (legislativo, reglamentario, estrictamente ejecutivo), de acuerdo con la propia determinación constitucional que utiliza los denominados criterios

(13) K. LOWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, trad. esp. de A. GALLEGO ANABITARTE, Barcelona, 1976, pp. 317 y ss.

de distribución horizontal y vertical de las competencias: el primero para la asignación de materias propiamente dichas, aun con el evidente convencionalismo de su ámbito, y el segundo para determinar qué potestades tiene cada ente sobre una misma materia.

En ese sentido, el Estatuto puede asumir competencias de la lista que contiene el artículo 148,1 de la Constitución y según el artículo 148,2 podrá ampliarlas “dentro del marco establecido en el artículo 149”, cuyo apartado 3 dispone que “las materias no atribuidas expresamente por esta Constitución podrán corresponder a las comunidades autónomas, en virtud de sus Estatutos”.

Junto a esas competencias asumidas por el Estatuto, la Constitución prevé en su art. 150.1 y 2 la posibilidad de atribuir, transferir o delegar —son los términos utilizados— competencias de distinta naturaleza y alcance mediante la ley orgánica. Una diferencia fundamental consiste en que, al no ser contenido estatutario, puede cesar tal atribución por voluntad contraria de las Cortes generales a no ser que, en virtud de la previsión realizada por el propio Estatuto y teniendo en cuenta la ley orgánica, la competencia transferida por ley orgánica se incorpore al contenido del Estatuto.

Por lo dicho se comprende que la simple enumeración de una lista de competencias no constituya un dato definitivo para valorar la amplitud o parquedad de una autonomía. Dependerá de cuál sea su regulación jurídica, de si existen o no condicionamientos “externos” a su ejercicio por los órganos de la Comunidad autónoma. De ahí que sea preciso individualizar no sólo cuál es el ámbito y la extensión del contenido cuantitativo de la autonomía, sino también cuáles son los poderes que una Comunidad autónoma ejerce sobre esos ámbitos materiales. Importa tanto conocer los ámbitos materiales como los poderes, para calibrar las competencias de la Comunidad autónoma.

La elaboración de la Constitución y de los primeros Estatutos, así como la primera producción doctrinal sobre la materia⁽¹⁴⁾ estuvo dominada por el tema de la repartición de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas. Dejando a un lado consideraciones extrajurídicas que definían, sin embargo, el ambiente en que se redactaron aquellos textos, esa preocupación se centró en el análisis de la técnica constitucional para la determinación de las competencias. El proceso interno de la elaboración del título VIII de la Cons-

(14) Cfr. T.R. FERNÁNDEZ, “El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades”, *REVL*, 201 (1979) y S. MUÑOZ MACHADO, “La interpretación estatutaria del sistema constitucional de distribución de competencias”, *RDDP*, 5 (1979-80), *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1979.

titución explica alguna de las perplejidades y críticas que suscita su contenido, en las que no siempre dominan los criterios estrictamente científicos.

El precedente de la Constitución de 1931 y otras experiencias de Derecho comparado junto a la existencia de alguna propuesta con tres listas de competencias exclusivas del Estado, de las Comunidades autónomas y compartidas lleva, a nuestro juicio, en un primer momento a leer bajo ese prisma la regulación constitucional, y en concreto los artículos 148 y 149 de la Constitución, que se separaría de aquellas pautas. Se entendía que la Constitución de 1978 había optado por un sistema menos perfecto de dos listas: la del artículo 148 en la que figurarían las competencias de las Comunidades autónomas y la del artículo 149 que contendría las del Estado.

La crítica que se ha formulado a esa dualidad es correcta ya que el artículo 148 no atribuye competencias a las Comunidades autónomas: se limita a establecer la lista de las que pueden asumirse en los primeros cinco años de constitución de la Comunidad autónoma (art. 148,2). Tal plazo es revelador del carácter de disposición transitoria que tuvo inicialmente este precepto, aunque la incorporación al articulado de la Constitución permite inducir la voluntad del constituyente de que esa transitoriedad fuera suficientemente “estable”. Se permitía la ampliación de competencias superados los cinco años, lo cual de otra parte constituía una medida de prudencia ante un fenómeno nuevo, pero no se imponía automáticamente. La funcionalidad del artículo 148, en el momento constituyente, no se dirigía a atribuir competencias y menos competencias exclusivas necesariamente, como ponen de manifiesto por ejemplo los apartados 7 y 13 al concebir la posible competencia de la Comunidad autónoma “de acuerdo con la ordenación general de la economía” o “dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional”. Era un marco para que las Comunidades autónomas pudieran llenar de contenido su autonomía, sin garantizar la existencia de un auténtico poder legislativo, por lo que de esa lista no puede inferirse el carácter de las competencias que asumiría la Comunidad autónoma. El artículo 148 no tiene, por tanto, una finalidad distribuidora de las competencias.

La tesis dominante señala, por supuesto, que la Constitución contiene una lista única: la del 149 relativa a las competencias exclusivas del Estado, lo que ha dado pie para atribuir rasgos federales al sistema y aplicar sus técnicas. Sin embargo, también ésta, como la anterior tesis de las dos listas, resulta un tanto simplificadora. Tiene a su favor el mérito de atraer la atención sobre el artículo 149 de la Constitución que, ciertamente, ocupa una posición clave dentro

del sistema, como hizo notar en el propio debate constitucional MEILÁN señalando ya entonces su función distribuidora de las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas. Las peripecias de la redacción del texto constitucional condujeron a que se concentrasen en este artículo 149 varios preceptos anteriormente independientes y que, consiguientemente, haya resultado de contenido denso y con finalidades normativas varias y, por tanto, necesitado de una interpretación delicada y minuciosa.

El artículo 149 de la Constitución no determina sólo las competencias exclusivas del Estado, ni siquiera por lo que se refiere a su largo apartado 1, pese a su enunciado, ni es exclusivamente el marco que juega como límite de las competencias de las Comunidades autónomas plenas o de las promovidas por el cauce del artículo 143 pasados cinco años de su constitución. Es todo eso y además es distribuidor de competencias del Estado, prioritariamente, pero también de las Comunidades autónomas no sólo por el alcance de la remisión que su apartado 3 realiza a los Estatutos sino también por la determinación de competencias que el apartado 1 realiza, de modo expreso aunque necesitado de delimitación posterior, en favor de las Comunidades autónomas.

Si se examina el artículo desde la propia perspectiva constituyente, puede concluirse que, en realidad, ese artículo proporciona fundamento para afirmar que existen tres listas: competencias exclusivas del Estado, competencias exclusivas de las Comunidades autónomas y competencias compartidas. Desde luego la relación del artículo 149 no permite sostener que sólo contiene competencias exclusivas del Estado; diecinueve, de las treinta y tres materias, se ha dicho “deben considerarse como concurrentes o compartidas con las Comunidades autónomas”⁽¹⁵⁾.

La existencia de las primeras se pone de manifiesto inequívocamente en las materias 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10, 14, 32, in toto, o parte de los números 11 y 16. Las terceras se deducen de la asignación de la competencia que se hace al Estado sobre bases, coordinación, como en las materias 11, 13, 16, 17, 18, 23, 25, 27, 30. Las segundas, competencias exclusivas de las Comunidades autónomas, se deducen de materias como 6, 7, 8, 17, 19 del apartado 1 y el apartado 2; se trata de aquéllas en las que las competencias se atribuyen como exclusivas al Estado pero “sin perjuicio” de lo que corresponda a la Comunidad autónoma.

Otros preceptos del mismo artículo 149,1 de la Constitución proporcionan elementos para la lista de competencias exclusivas de la Comunidad autónoma.

(15) L. COSCULLUELA, *La determinación...*, p. 29.

titución, existentes en los Estatutos, puede diferir de las contenidas en el artículo 149,1 en relación con las Comunidades autónomas. En los Estatutos responden, en último término, a la necesidad de que la asunción de competencias de la Comunidad autónoma opere dentro del marco constitucional. En la Constitución expresa la voluntad del constituyente de excepcionar de la titularidad de unas competencias, que por regla general corresponden al Estado, las que pueden corresponder a la Comunidad autónoma.

Se trata de dos momentos diferentes de un proceso que ha de entenderse unitariamente, y cuyas diferencias provienen de la naturaleza misma de las normas respectivas y sus sujetos: Constitución y Estatuto, Estado y Comunidad autónoma. Decir que el Estatuto en esos casos realiza “una absorción de restos” y nada más no supone aportación alguna más que lo peyorativo de la expresión.

Es obvio que la Comunidad autónoma no puede asumir las competencias exclusivas del Estado, sería inconstitucional. Lo que sucede es que asumir “la totalidad del ámbito competencial que resta tras el respeto íntegro de las competencias exclusivas” del Estado no supone necesariamente negar la existencia de auténticas competencias exclusivas de las Comunidades autónomas. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al considerar que la expresa remisión de un Estatuto al de la radio y la Televisión limita la asunción de la competencia, “con lo que unas competencias que constitucionalmente habrían podido ser asumidas de modo exclusivo por la Comunidad autónoma se han convertido en unas competencias compartidas con el Estado”⁽¹⁶⁾. Por ello, la afirmación de que el criterio de la Constitución es el de “la contraposición entre competencias exclusivas del Estado y competencias accidentales” “residuales”, de manera que las competencias autonómicas “se configuran como competencias de participación de las competencias exclusivas” del Estado no pasa de ser un dogmatismo de parte en defensa de una previa postura adoptada, al servicio de una respetable obsesión por sostener la prevalencia del Derecho del Estado en todo caso, configurando como derivativo y subordinado todo el contenido estatutario.

La pretensión se formula mediante afirmaciones parciales que se van perfilando al hilo del “pleito autonómico”. El marco constitucional en el que las Comunidades autónomas pueden, mediante los Estatutos, asumir competencias —incluso exclusivas— se dirá es fundamentalmente el artículo 148 de la Constitución ya que el artículo 149 en su apartado 1 se refiere a las competencias

(16) STC de 24 de mayo de 1982.

atribuidas al Estado, “cuya concreción pertenece al binomio Constitución ley estatal, por lo que en él la asunción de competencias por las Comunidades autónomas —se afirma— “únicamente puede producirse en términos de concurrencia y compartición”. Sólo quedaría, pues, como ámbito propio para la asunción de competencias como exclusivas de las Comunidades autónomas uno de los principios residuales contenidos en el apartado 3 del artículo 149 (“las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades autónomas en virtud de sus Estatutos”).

Las consecuencias de estas posiciones doctrinales se sacarían en la LOAPA: una ley estatal se interpone entre Constitución y Estatutos: todas las competencias de las Comunidades autónomas son en realidad compartidas o concurrentes bien por la vía del artículo 149,1 bien por aplicación del interés general, prevalencia, por consiguiente, del Derecho estatal en bloque sobre el autonómico en todo caso.

El carácter dispositivo de la autonomía (art. 2 de la Constitución) y la estructura abierta de la Constitución con el papel esencial que los Estatutos juegan en la distribución de competencias al depender de ellos la concreta asunción de las mismas dentro del marco constitucional sin duda hace más difícil la tarea del jurista y revela una notable complejidad del sistema. La regulación no se hace de una vez por todas en un precepto de la Constitución ni siquiera en ella. Por eso se comprende que haya necesidad de integrar los distintos elementos para conseguir una visión global de la cuestión, lo cual fue advertido en el propio debate en la Comisión constitucional.

En el sistema español es preciso distinguir competencias exclusivas (del Estado y de las Comunidades autónomas), competencias compartidas y competencias concurrentes que, en una primera aproximación podrían describirse como a continuación se realiza.

Las competencias exclusivas, en sentido estricto llevan consigo la potestad legislativa y sus consecuencias sobre unas materias. La exclusividad puede referirse a toda una materia o a una parte, perfectamente delimitada, de la misma, y tienen un carácter mutuamente excluyente.

Por competencias concurrentes se entiende aquellas competencias que se ejercen de modo exclusivo por la Comunidad autónoma y por el Estado sobre unas mismas materias y que exigen, obviamente, una delimitación de cuál es el ámbito en el que una y otra ejercen con exclusividad sus respectivas competencias.

Me refiero a las materias de los números 20, 21, 22, 24, 28, 31, en los que la competencia del Estado se define por referencia a conceptos como “interés general”, “territorio o interés que afecte a más de una Comunidad autónoma”, “titularidad estatal” que, obviamente, permiten un pronunciamiento distinto sobre lo que sea de “interés o titularidad o territorio comunitario”.

Por último, preceptos como el artículo 149,1,16 (legislación sobre productos farmacéuticos) y el 149,1,23 (facultades adicionales de las Comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección del medio ambiente) sugieren la existencia de competencias concurrentes sobre una misma materia ya que la competencia que se reconoce en exclusiva al Estado no la agota.

Éste es, a nuestro juicio, el auténtico contenido del artículo 149 de la Constitución, que se completa con la cláusula “residual” y la regla de la supletoriedad a favor del Derecho del Estado, así como el principio de prevalencia regulados en el apartado 3. Por eso, entendemos que, pese a una aparente razón formal, no tiene demasiado interés insistir en lo que es una obviedad: que el artículo 149,1 no incluye sólo competencias exclusivas del Estado. Por ello el encabezamiento del apartado 1 no debería entenderse contradicho al observar qué competencias del Estado aparecen como concurrentes o compartidas con las de las Comunidades autónomas. La interpretación de la norma ha de realizarse ciertamente de acuerdo con el sentido propio de sus palabras, pero “en relación con el contexto” (art. 3,2 del C.C.).

La realidad del artículo 149,1 de la Constitución evidencia que en él no se regulan sólo competencias exclusivas del Estado y, por tanto, el adjetivo “exclusivas” puede entenderse como un simple pleonismo en el sentido de “propias”, ya que toda competencia podría entenderse como exclusiva o entender, como ha terminado haciendo implícitamente el Tribunal constitucional, que son competencias exclusivas no en el usual sentido dogmático sino en los términos que se desprenden de su concurrencia o compartición objetivas dando lugar a una gradualidad de competencias exclusivas que está forzando, en nuestra opinión, las categorías jurídicas. Por ello, entendemos que la primera interpretación tiene menores efectos devastadores del precepto, en sí mismo considerado, independientemente de apreciaciones metajurídicas, al permitir entender la lista de competencias del Estado como propias de él en los términos que se deducen de las concretas expresiones del precepto. A favor de esta tesis está no ya el artículo 4º de la Ley de Procedimiento Administrativo que quizá sea de invocación forzada, sino expresiones contenidas en diferentes Estatutos de autonomía que relacionan competencias exclusivas con Derecho propio (art. 42 del Estatuto Canario).

La existencia de esas tres listas sobre competencias exclusivas del Estado, de las Comunidades autónomas y compartidas, aunque incompletas, se refuerza con el desarrollo que del texto constitucional realizan los Estatutos de acuerdo con su ya recordada misión. En cuanto a competencias se refiere, los Estatutos distinguen en artículos diferentes competencias exclusivas, competencias consistentes en el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado, y competencias sólo para la ejecución de ésta.

Ese esquema resulta absolutamente coherente con las tres listas que contiene el citado artículo 149 de la Constitución. A su favor está la interpretación literal y la sistemática. Otra cosa es que, por razones extrajurídicas explicables, los dos primeros Estatutos —vasco y catalán— no llevasen a cabo con precisión la tarea que a los Estatutos incumbe por determinación constitucional y, en lugar de cerrar el sistema abierto de la Constitución, perpetuasen la apertura al reproducir, en este caso sin justificación formal y sin sentido jurídico, la expresión “sin perjuicio”, esta vez referida a la competencia del Estado en una especie de “eco loco”. La deficiencia del sistema no está tanto en el título VIII de la Constitución como en los Estatutos, que han proporcionado los elementos para la desnaturalización relativa de las competencias exclusivas incluyendo como tales competencias que obviamente no lo son aplicando ortodoxamente las categorías jurídicas.

Es evidente que sólo la Constitución es la norma legítima para determinar qué competencias corresponden al Estado, bien con el carácter de exclusividad de todas las potestades sobre toda la materia o admitiendo alguna participación en cuanto a poderes y facultades, total o parcialmente sobre determinado ámbito material. No es misión de los Estatutos pronunciarse sobre cuáles son las competencias del Estado; pero sí sobre las de las Comunidades autónomas, por propia decisión constitucional.

Y puede suceder —y de hecho ha sucedido— que los Estatutos, “dentro del marco establecido en el artículo 149” (art. 148,2 de la C.E.), que comprenden tanto el apartado 3 como el 1 atribuyan a la Comunidad autónoma respectivas competencias sobre materias no expresamente reservadas al Estado por el artículo 149,1 o sobre materias en las que se reconozca tal competencia, pero no agotadoramente, bien por razón del territorio, del interés o la titularidad o sencillamente porque se contempla como objeto de competencia del Estado sólo una parte de la materia consignada.

La finalidad de las cláusulas “sin perjuicio” o equivalentes referidas a las competencias del Estado o, dicho de otra manera, a lo dispuesto en la Cons-

Los fenómenos de concurrencia, en el sentido que se acaba de apuntar, se dan lógicamente con mayor intensidad en los Estatutos que en la Constitución, al utilizar la amplia cláusula del artículo 149,3 de la Constitución. El Estatuto no puede negar la competencia del Estado pero, al asumir como exclusivas de la Comunidad autónoma competencias no impedidas por el artículo 149 de la Constitución puede incidir en una materia en la que por otro título tenga también competencias el Estado. En unos casos la concurrencia será solamente formal porque la aplicación del criterio territorial permite realizar automáticamente la delimitación de la materia, pero en otros casos ese automatismo no será posible, como sucede con el criterio del interés comunitario o supracomunitario y general: es el caso típico de la cultura.

La concurrencia requiere —por una u otra forma— delimitar al ámbito material sobre el que se ejerce la competencia. Puede ser una delimitación legislativa formal o convenida, resultado de una sentencia del Tribunal Constitucional o puede consistir en actuaciones simplemente consentidas. En todo caso la necesidad de delimitación se refiere exclusivamente a competencias concurrentes sobre una misma materia, cuya finalidad es precisamente el ejercicio en exclusiva de la competencia por cada una de las entidades concurrentes, Estado y Comunidad autónoma. Pero de ninguna manera —al menos teóricamente— constituir subterfugio para impedir el ejercicio de las competencias exclusivas de las Comunidades autónomas. La técnica de delimitación sería impropcedente, desde el punto de vista jurídico, para transformar una competencia exclusiva en competencia compartida.

Las competencias compartidas versan sobre una misma materia, no es preciso llevar a cabo ningún deslinde. Los poderes —en sentido amplio— del Estado y de la Comunidad autónoma sobre esa materia única son diferentes: y no todos corresponden a cada uno de ellos. Al Estado corresponde, en todo caso, la legislación y a las Comunidades autónomas puede corresponder, bien el desarrollo de la legislación del Estado que tiene el carácter de básico y/o también la simple ejecución de la competencia del Estado.

En este supuesto de compartición habría que incluir las diferentes expresiones que utiliza el artículo 149,1 (bases, legislación básica, bases del régimen jurídico, normas básicas, bases de la ordenación, coordinación, etc.) reveladoras de que no todas las facultades sobre una materia se reservan al Estado, pese al término exclusivo del encabezamiento.

Y algo análogo ha de decirse de las competencias de las Comunidades autónomas recogidas en los respectivos Estatutos. Ciertamente si la competencia

es exclusiva del Estado o de la Comunidad excluye, en principio, a otro titular. Si, pese a las palabras, eso no sucede, es que aquella denominación no es correcta, y habrá que entenderla como propia de uno u otra y la atribución a uno como tal no excluye por completo la competencia del otro.

4.2. Operatividad de las competencias exclusivas

Pese a todas las premoniciones adversas es ineludible por razones teóricas consustanciales al concepto de autonomía política y por exigencias del Derecho positivo analizar el significado y alcance de las competencias exclusivas de las Comunidades autónomas, sin las cuales no cabría hablar con propiedad, en nuestro caso, de Derecho Canario. Es éste punto crucial para todos: quienes defienden una postura sinceramente autonomista, no necesariamente desgarradora del Estado y quienes mantienen una posición más recelosa. De ahí toda una serie de intentos para vaciar de contenido o simplemente negar la existencia de este tipo de competencias.

a) La perspectiva constituyente

En el momento constituyente y en el de la elaboración de los dos primeros Estatutos, la existencia de competencias exclusivas de las Comunidades autónomas fue generalmente admitida. No se concebía la autonomía política sin la posibilidad de que las Comunidades autónomas, al menos las previstas en el art. 151 y disposición transitoria segunda, fuesen titulares de un auténtico poder legislativo. El principio de competencia suponía la prevalencia de la legislación comunitaria sobre la del Estado por propia determinación constitucional.

El problema no se planteaba en términos cuantitativos. Serían pocas o muchas esas competencias exclusivas, pero no cabría la menor duda acerca del carácter exclusivo y excluyente. Para evitar lagunas, la propia Constitución estableció la supletoriedad del derecho del Estado y un principio a favor de la titularidad del Estado de las competencias cuando pudiendo ser asumidas por el Estatuto no lo hubieren sido (art. 149,3 de la CE).

b) Los intentos de negar su existencia*a') La abortada disposición transitoria tercera, 2 del Estatuto gallego*

El cambio de interpretación intentó introducirse en la elaboración del Estatuto gallego de manera que sirviese de “modelo” para los Estatutos posteriores, ya que era dudoso, al menos desde un punto de vista formal, que el precepto fuese de aplicación a los dos ya aprobados. Se centró en lo que inicialmente fue el artículo 37,4 en el informe de la Ponencia:

“En orden a la determinación y consiguiente ejercicio de las competencias cuya titularidad se reconoce en idénticas materias a la Comunidad autónoma y al Estado en el presente Estatuto y en el artículo 149 de la Constitución, se aprobarán por las Cortes Generales las oportunas leyes que fijarán el alcance de las competencias que en cada caso correspondan a la Comunidad y al Estado”.

Artículo que fue sustituido por el apartado 2 de la disposición transitoria tercera:

“En aquellas competencias que recaen sobre materias que de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en el presente Estatuto son objeto también de competencias estatales, se estará a la delimitación que de éstas hagan las Cortes Generales mediante Ley. Mientras dicha delimitación no se realice, y a reserva de lo que la misma disponga, la Comisión Mixta podrá acordar la determinación de las facultades que corresponden a la Comunidad autónoma sobre materias específicas de interés para la misma y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 87,2 de la Constitución”.

La finalidad de las versiones iniciales de la abortada disposición transitoria tercera, 2 suponía la completa subordinación del Derecho de la Comunidad autónoma al Derecho del Estado. En ello había coincidencia tanto por los que lo juzgaban positivo como por quienes lo consideraban letal para el concepto de autonomía política. El instrumento técnico elegido suponía, a través de la ambigüedad de lo que se entendiese por concurrencia de competencias del Estado y de la Comunidad autónoma gallega sobre “idénticas” o las mismas materias, que el ejercicio de las competencias “propias” de Galicia quedaba subordinado a la previa aprobación por las Cortes Generales de las correspondientes leyes. Aquella concurrencia podría entenderse —y así de hecho lo entiende con frecuencia el propio Tribunal Constitucional— como coin-

cidencia, con poderes distintos sobre una materia, caso de base y desarrollo de las mismas; o en todo caso, por ejemplo, por diferentes títulos, con lo que el reconocimiento de una competencia exclusiva de la Comunidad autónoma se hubiese volatizado, transformándose en compartida.

El nuevo precepto, aunque desde instancias oficiales se pretendía que equivalía esencialmente a los preceptos anteriores, se diferenciaba en un punto clave. No era directamente una norma distribuidora de las competencias del Estado y de la Comunidad autónoma gallega que, por esa circunstancia de singularidad, era doblemente discriminador para Galicia, sino que “habilidosamente” introducía en el Estatuto de autonomía de ésta una norma que podía tener carácter general ya que se refería a la delimitación de las competencias estatales. Por ello, esa determinación podía jugar como un límite para la de las Comunidades autónomas, en tanto aquélla fuese correcta constitucionalmente y no fuese impugnada por las Comunidades autónomas.

Todas éstas, y no sólo la de Galicia, se encontrarían con ese límite que jugaría evidentemente para las Comunidades autónomas posteriores a la promulgación del Estatuto gallego. Pero también había base suficiente para sostener que era de aplicación igualmente para las Comunidades autónomas existentes con anterioridad —vasca y catalana— puesto que se trataría de una delimitación unilateral, relativa a las competencias del Estado, que sólo por la vía de fijación de límites incidía indirecta y externamente en la determinación de las competencias de la Comunidad autónoma.

También a diferencia de lo que se contenía en preceptos anteriores la Comunidad autónoma gallega —o cualquier otra— no tendría impedido el ejercicio de sus competencias concurrentes que era el ámbito de la disposición, mientras no se promulgasen las referidas leyes estatales de delimitación.

b') *La LOAPA, un intento de negación de las competencias exclusivas de las Comunidades autónomas*

Después de una serie de declaraciones en sede parlamentaria y del tormentoso proceso andaluz la llamada “racionalización del proceso autonómico” se dirigió, junto a esos encomiables objetivos, a la negación, más o menos frontal de las competencias exclusivas. La operación política fue precedida de una fundamentación teórica que tuvo también no pocos perfiles de operación de opinión pública generándose la convicción general de la imperfección técnica del título VIII de la Constitución. Las consecuencias que se podrían sacar

de esa afirmación para unos era lisa y llanamente la reforma de la Constitución; y para otros, más pudibundamente o más tácticos, en reconducir el fenómeno mediante una hábil interpretación constitucional, como quedó paladinamente expuesto en el debate parlamentario.

La primera pieza del “proceso racionalizador” fue el informe de la Comisión de Expertos sobre autonomía, de 19 de mayo de 1981. La Comisión estaba presidida por el Catedrático García de Enterría y compuesta por otros profesores de su misma escuela administrativa. Se parte, como si hubiese sido un dato inexorable, de “una generalización hoy ya irreversible”, impulsada “por una dinámica política bien conocida” que, en opinión de los expertos respondía a “la súbita eclosión autonomista”. La consecuencia es la generalización de las Asambleas legislativas y, en cierto modo, la homogeneización de las Comunidades autónomas.

La propuesta de los expertos fue doble: unos pactos políticos y una ley orgánica de ordenación del proceso autonómico que pretende ser una norma interpretativa, cuyo “contenido no sea revisable por leyes estatales ordinarias ni tampoco por leyes de las Comunidades autónomas”.

El informe refleja un declarado recelo respecto de los Estatutos aprobados, configurándolos como “reductos exentos o excluyentes, en torno a los cuales se levantará una barrera impermeable al mundo exterior justificada en la autosuficiencia de cada Comunidad autónoma”, para concluir, en la necesidad de la participación y la cooperación, en contra de un presunto giro en la aplicación de la Constitución que consagraría “la supuesta primacía del Derecho de las Comunidades autónomas”.

Por ello, no es de extrañar que la almendra del informe se refiera a las competencias exclusivas que en la ley propuesta deberían “facilitar la reducción de excesos semánticos a que ha dado lugar el empleo impreciso tanto en la Constitución como en los Estatutos de autonomía” de la citada expresión. En realidad, lo que se propicia con ello es una “mutación constitucional” basada en la prepotencia política del acuerdo entre los mandantes.

La clave de bóveda de la propuesta consiste en la interpretación que se realiza del artículo 149,3 de la Constitución que para la Comisión de Expertos “exige conceder la primacía estatal que recaiga sobre cualquiera de las materias enumeradas en el propio artículo 149”, cuyo análisis “arroja inequívocamente el resultado de que todas estas competencias o son exclusivas o son concurrentes, pero nunca exclusivas de las Comunidades autónomas en el plano legislativo.

Sobre estas bases dogmáticas los mandantes del informe propusieron la Ley Orgánica de Armonización del proyecto autonómico (LOAPA), que sería declarada inconstitucional precisamente en ese núcleo central que la justificaba fundamentalmente. En síntesis, la articulación legal se montó sobre los artículos 1 y 4 del proyecto. En el 1,1 se decía:

“En las materias que sean de exclusiva competencia de las Comunidades autónomas por no incidir en los ámbitos que la Constitución reserva al Estado, el Gobierno y las Cortes Generales no podrán interferir el libre ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus facultades legislativas o ejecutivas fuera de los casos previstos en la propia Constitución y que en estricta aplicación de la misma se regulan en los artículos siguientes”.

Y el art. 4º disponía:

“Las normas que el Estado dicte en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149,1 de la Constitución prevalecerán, en todo caso, sobre las normas de las Comunidades autónomas, cualquiera que sea la denominación de las competencias que a éstas atribuyen sus Estatutos”.

El mecanismo era bastante simple, como se deduce del cotejo de ambos preceptos. Las competencias exclusivas de las Comunidades autónomas se definían “por no incidir en los ámbitos que la Constitución reserva al Estado” (art. 1,1) y éstos venían a equivaler a aquéllos sobre los que el apartado 1 del artículo 149 de la CE reconoce que el Estado tiene competencia exclusiva; de ahí la primacía del Derecho del Estado en el ejercicio de esas competencias sobre las normas de las Comunidades autónomas en todo caso ya que éstas no preveían el ejercicio de competencias exclusivas de las Comunidades autónomas por la definición del artículo 1º. De ese modo la referencia del artículo 149,3 a las competencias exclusivas de las Comunidades autónomas se respetaba formalmente, pero el precepto quedaba vacío de contenido, ya que no contaba con materias a las que pudiera referirse.

Quizá la exposición más clara en defensa de este punto crucial de la LOAPA fue la expuesta por el profesor Alzaga en una breve intervención parlamentaria. Podría resumirse del siguiente modo: el término exclusivas empleado en el encabezamiento del artículo 149,1 para referirse a las competencias del Estado es equívoco; bajo él se cobijan competencias de las Comunidades autónomas. Por tanto, aquellas competencias serán o exclusivas del Estado o con-

currentes. Por consiguiente las normas a que se hacía referencia en el artículo 4º de la LOAPA, “que son las de las competencias que le reconoce al Estado el artículo 149,1 de la Constitución, como ha quedado demostrado, no son de la exclusiva competencia de las Comunidades autónomas”. Esta afirmación necesitaba obviamente del inciso originariamente incluido en el artículo 1º de la LOAPA para que tuviese plena eficacia (“por no incidir en los ámbitos que la Constitución reserva al Estado”).

El intento de la LOAPA quedó anulado por la sentencia 76/83 de 5 de agosto, que declaró inconstitucional el carácter armonizador e interpretativo que se había atribuido a la LOAPA. Y en concreto sobre el artículo 4º de la LOAPA el Tribunal Constitucional reconoce que “constituye una reformulación de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal contenida en el artículo 149,3 de la Constitución”, afirmando frente a la alegación del Abogado del Estado, que la finalidad interpretativa que se quiere dar al adjetivo exclusivo en los Estatutos de autonomía, ante su “uso abusivo” es “lo que lo convierte en inconstitucional”, pero añadiendo “conclusión que, dado su fundamento, no supone valoración alguna de su contenido material”.

Los términos de la sentencia resuelven una serie de dudas y dejan abiertos algunos interrogantes. Es posible que tanto por el tiempo empleado para dictar el fallo, como por su unanimidad, como por algunos pronunciamientos haya practicado el tribunal una cierta “política del Diritto” pero, ateniéndose a sus conclusiones, resulta inequívoco que descalifica una parte de la fundamentación doctrinal de la LOAPA. Con contundencia no exenta, sin embargo, de cautelas, el Tribunal Constitucional se ha opuesto a la pretensión de erigir la prevalencia del Derecho estatal en una regla general y absoluta vigencia.

El pronunciamiento no puede ser más explícito, la correlación con la LOAPA más evidente y su intencionalidad más meridiana. El Derecho estatal prevalece prácticamente siempre sobre el de la Comunidad autónoma porque las competencias de éstas, tanto al amparo del artículo 148, en su primera fase o transitoria, como del art. 149,1 nunca son competencia exclusiva, sino compartidas o concurrentes. Las consecuencias no se dejan esperar: es, en definitiva, el Derecho estatal en bloque en que prevalece sobre el Derecho regional así mismo en bloque.

En realidad el sistema que pretendía implantar la LOAPA era la traducción legislativa de la posición doctrinal que ve en el artículo 149,3 de la Constitución una regla de competencia y no una regla para la solución de conflictos,

como literalmente expresa el precepto. Al realizar esa mutación interpretativa se traslada el planteamiento de la cuestión a que alude desde el campo de la vigencia al de la validez. Como tuvo ocasión de destacar al hilo del debate parlamentario el profesor MEILÁN, el artículo 149,3 no tiene como finalidad ‘decidir acerca de la validez o no del Derecho de las Comunidades autónomas o del Estado’, sino ‘proporcionar al que aplica el Derecho una regla para saber cuál es la norma aplicable a cada caso’.

Por ello, la funcionalidad del principio de prevalencia tiene un marcado carácter provisional, hasta tanto el Tribunal Constitucional decida sobre la cuestión de fondo, por exigencia de la seguridad jurídica. Constituye uno de varios mecanismos arbitrados en el ordenamiento para garantizarla. Desde esta perspectiva ha de releerse el artículo 149,3 de la Constitución y realizar su cotejo con el frustrado artículo 4º de la LOAPA.

La prevalencia de las normas del Estado ocurre, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades autónomas dictadas en el ejercicio de competencias no exclusivas de éstas. El precepto constitucional consagra una presunción *iuris tantum* en favor del Derecho estatal en esos casos, destruye por el eventual fallo del Tribunal Constitucional. Leído el precepto desde la perspectiva de la Comunidad autónoma supone predicar la misma presunción en favor del Derecho comunitario cuando el conflicto se produce sobre normas dictadas como consecuencia del ejercicio de competencias exclusivas de éstas.

Así entendido, el artículo 149,3 aunque de redacción compleja por su sincopeamiento, resulta útil, sin desnaturalizar su carácter de norma de conflicto y sin evaporar el concepto de competencias exclusivas de las Comunidades autónomas que aparecen en él explícitamente. En ese sentido, el precepto es de aplicación a los supuestos de competencias compartidas y concurrentes, entendidas genéricamente, antes de la operación a que las ha sometido la interpretación jurisprudencial, tal como se definieron anteriormente.

De acuerdo con ello, siempre que surja un conflicto entre el ejercicio de competencia estatal para fijar bases y autonómica para desarrollo legislativo y/o ejecución, porque se entienda, por una u otra parte, que existe invasión en el respectivo ámbito prevalece —es decir, se aplica preferentemente— el Derecho estatal. Tal aplicación se ratifica o cesa, según sea el sentido del fallo del conflicto por el Tribunal Constitucional. Lo mismo sucederá con las competencias concurrentes, es decir, con aquellas que son realmente exclusivas pero sin que hayan sido delimitadas las materias sobre las que versa. La regla de la

prevalencia opera para resolver la inseguridad que deriva de esa indefinición transitoria.

La regla o principio contenidos en el artículo 149,3 de la Constitución tiene, por todo lo expuesto, un carácter residual, de modo que no se aplica si su objetivo es conseguido a través de otros preceptos. Ello supone una cierta interacción con las reglas distribuidoras o definidoras de las competencias. Se entiende que el conflicto surja con mayor dificultad en la medida de que la atribución de la competencia sea más eficaz.

5. Las competencias en el Estatuto de Autonomía de Canarias

Como es sabido, el Título II del Estatuto de Autonomía regula las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias. Y lo hace, como ya hemos señalado, dividiéndolas, como es común en los restantes Estatutos, en competencias exclusivas (artículos 29, 31, 34), competencias de desarrollo legislativo y ejecución (artículos 32 y 34) y competencias de ejecución (artículos 33 y 34). A ello habría que añadir que en virtud de la LOTRACA se han asumido las competencias enumeradas en los artículos 31 y 34 del Estatuto. Lo cual caracteriza singularmente a dicha norma en la medida en que su contenido material deviene del Estatuto. Por eso puede decirse que esta ampliación competencial es de naturaleza estatutaria aunque el procedimiento fuese el de una Ley Orgánica de las Cortes Generales.

Pues bien, al igual que ocurre en la Constitución, en el artículo 29 nos encontramos con claros ejemplos de concurrencia de competencias. Así ocurre normalmente en los casos en que se utiliza la expresión “sin perjuicio”:

“Pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura sin perjuicio de las competencias del Estado en materia de vigilancia de aguas interiores”.

“Fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, asistencial y similares en cuanto desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias”.

“Fomento de la cultura, instituciones relacionadas con el fomento y enseñanza de las Bellas Artes, Artesanía, Patrimonio histórico-artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo establecido

en el artículo ciento cuarenta y nueve uno, veintiocho de la Constitución. Archivos, Bibliotecas, Museos y Conservatorios de música de interés de la Comunidad que no sean de titularidad estatal”.

“Promoción y Ordenación del turismo en el archipiélago”.

“Estadística de interés de la Comunidad Autónoma”.

Del mismo modo, en el artículo 34 también encontramos ejemplos de concurrencia de competencias en los términos ya comentados (núms. 5, 6, 7, 8, 10). Los casos de competencias exclusivas, a sensu contrario, se deducen de los artículos 29, 31 y 34 y las compartidas se encuentran en los artículos 32, 33 y 34 del Estatuto.

La ampliación de competencias de las Comunidades Autónomas a un tema de palpitante actualidad en nuestros días pues ya han transcurrido los cinco años previstos en el artículo 148,2 de la Constitución. En Canarias, la ampliación se operó solamente en relación a las materias enumeradas en los artículos 31 y 34 a través de la LOTRACA. Es mucho y poco. Me explico. Inicialmente, la LOTRACA ha permitido gozar en la Comunidad Autónoma de Canarias de un nivel competencial casi equiparable al de las Comunidades denominadas históricas, siendo una autonomía producto del artículo 143 de la Constitución. No cabe duda que, en este sentido, la LOTRACA ha sido un acierto, si bien no sería justo desvelar ciertas dudas sobre su operatividad constitucional. Sin embargo, al transcurrir los cinco años desde la promulgación de los Estatutos de las Comunidades Autónomas del artículo 143 se plantea la posibilidad de que, previa reforma estatutaria, se asuman todas las competencias posibles del artículo 149 de la Constitución⁽¹⁷⁾. Y ello, como parece evidente, dejaría a la autonomía canaria en franca inferioridad competencial a no ser que se subsumiese la LOTRACA, en el marco de dicha ampliación competencial. Es decir, lo que aquí se propone, no es más que acudir al procedimiento del artículo 148,2 CE para asumir el máximo posible incluyendo las competencias ya asumidas por la LOTRACA que, una vez finalizado este procedimiento dejaría de existir después de haber reportado un inestimable servicio a los intereses canarios.

También, no debe olvidarse, la ampliación podría ir acompañada de los procedimientos del artículo 150,1 y 2 de la Constitución. Sin embargo, desde una posición sinceramente autonomista la vía de la reforma estatutaria, aunque

(17) En este sentido, mi trabajo en prensa en estos momentos: *La ampliación de competencias de las Comunidades Autónomas: especial referencia al caso canario*; trabajo realizado sin tener en cuenta para la ampliación competencial, la LOTRACA.

exija Ley Orgánica, permite al propio legislador autonómico “iniciar” el procedimiento de ampliación competencial. Y, lo que a mi juicio es más importante, la propia Constitución señala textualmente, tanto en el número 1 como en el 2 del artículo 150, que la delegación o transferencia operarán en materias de competencia estatal. Y, no debe olvidarse, que en el artículo 149 existen materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Y estas materias, para más adecuado al espíritu del título VIII de la Constitución y a la propia operatividad del Estatuto de Autonomía, que se asuman de acuerdo con el procedimiento que mejor encaja con la naturaleza del objeto de la asunción. Otra cosa, que pertenece a otra dimensión en la que los juristas no debemos entrar, es el de la oportunidad de la elección de un procedimiento.

6. Concepto y caracteres del Derecho Propio de Canarias

El ordenamiento jurídico que surge del propio Estatuto, el Derecho que se produce en el Parlamento canario como consecuencia de la existencia de las competencias exclusivas de esta Comunidad Autónoma puede calificarse, por varias razones, Derecho Estatutario. Ésa es la opinión del profesor MEILÁN⁽¹⁸⁾ que a mi juicio es la que mejor explica la operatividad del Estatuto en relación con el complicado problema de las competencias exclusivas.

Aunque pueda parecer una redundancia la utilización de la expresión Derecho Estatutario, existen fundadas razones de carácter histórico que avalan la tesis del profesor MEILÁN.

Como es sabido, en el surgimiento del constitucionalismo del siglo XIX el término Estatuto se utilizó como equivalente al de Constitución como consecuencia del compromiso dialéctico que presidía las relaciones entre el Principio Monárquico y el Principio Democrático. Más adelante, en la época de “Risorgimento” italiana, el uso de esa expresión por los Estados italianos antes de la unión tuvo un valor sentimental que se enlazaba con las mismas reivindicaciones de la unidad del Estado; reivindicaciones que, como señala MEILÁN, empalman con las mantenidas en la Edad Media por los Municipios frente al Imperio. Es, por entonces, durante la vigencia del denominado

(18) J.L. MEILÁN, *Op. cit.*, p 24 y ss.

Derecho Intermedio, cuando los Estatutos alcanzan su mayor protagonismo desde el punto de vista jurídico caracterizado por las siguientes notas:

- a) Aparecen ligados a la vida autonómica de los Municipios.
- b) Se circunscriben a un ámbito territorial acotado y naturaleza local.
- c) Se corresponden con la autonomía del ente del que derivan.
- d) Constituyen la disciplina jurídica de la vida interna y externa de un ente colectivo dotado de autonomía.
- e) La base social del ente local es un pacto entre los integrantes del mismo.
- f) Se encuentra reconocido por el poder bajo el que se encuentra el Municipio.
- g) Se encuentra, por tanto, integrado en el “Ius Comune”.

La última característica, que el Derecho Estatutario aparece ligado al ejercicio de libertades y a su garantía, a la consecución de una efectiva “iurisdictio”, término que MEILÁN en clave más moderna traduce por autonomía, entendida como el derecho de un grupo social a autorregirse aunque en el marco de un Ordenamiento general.

Desde esta perspectiva, pues, la calificación de Estatutaria se engarza fácilmente en la justificación última de la existencia de las Comunidades Autónomas.

El Sujeto del Derecho Estatutario Canario es, evidentemente, el archipiélago canario. Es decir, el ordenamiento Estatutario se construye en torno a Canarias, que aparece así como el punto de referencia que da pleno sentido al sistema, de modo que el Estatuto se explica únicamente en relación a Canarias.

En el primer párrafo del artículo 1º del Estatuto se lee: “Canarias, como expresión de su identidad...”. Es la identidad política lo que justifica la autonomía. Con ello se quiere aludir a una identidad propia, a una entidad forjada a lo largo de la Historia, inconfundible y distinta a la de las otras partes de España.

El Estatuto Canario sería, siguiendo al profesor MEILÁN, el Ordenamiento jurídico constituido en torno a una comunidad construida a lo largo de la Historia, con una identidad intransferible que explica las peculiaridades de aquél y de lo que se derivan consecuencias necesarias.

El Estatuto, ya lo hemos señalado, no se limita a una suma de distintas competencias⁽¹⁹⁾. Pero, sería ingenuo no reconocer que sin competencias no hay autonomía.

(19) STC de 4 de julio de 1981.

Pero eso, y así lo admite implícitamente la letra del artículo 5 del Estatuto canario, el Estatuto, como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, opera como un principio orientador de las iniciativas normativas que se tomen por los órganos de la Comunidad Autónoma. Así, como señala MEILÁN, se entiende que este Ordenamiento trascienda la pura sistematización de una lista de competencias⁽²⁰⁾.

La identidad canaria se encuentra marcada por el reconocimiento de una serie de circunstancias preexistentes ciertamente a la autonomía y que la condiciona. El territorio, no se puede olvidar, marca el modo de ser de la colectividad que en este caso es evidente y es causa de una serie de elementos que orientan el modo de entender la convivencia y las principales manifestaciones de la cultura y del quehacer de esta tierra. Así se entiende la enorme fuerza que poseen algunas materias como las aguas o el turismo entre otras.

Por eso ha señalado con toda claridad el Tribunal Constitucional que la referencia al territorio “responde a la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas”⁽²¹⁾. Es decir, el territorio es el elemento delimitador de las competencias de Canarias en relación con las demás Comunidades Autónomas y, por supuesto, con el Estado.

Pienso que en este contexto se entiende fácilmente la conexión, que señalan los artículos 29 y 32 del Estatuto del territorio en relación con las competencias autonómicas: Ordenación del territorio, urbanismo, vivienda, litoral, obras públicas, carreteras y transportes, puertos y aeropuertos, montes, aprovechamientos hidráulicos, aguas minerales, termales y subterráneas, acuicultura, caza, pesca, juego, turismo...

El propio interés canario juega (artículos 1 y 5 del Estatuto) un papel decisivo, por tanto, para la delimitación de las competencias en las que el territorio es el elemento definidor.

(20) J.L. MEILÁN, *Op. cit.*, p 24 y ss.

(21) STC de 27 de marzo de 1984.

LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL DERECHO TRIBUTARIO ESPAÑOL

JAVIER SÁNCHEZ-SIMÓN MUÑOZ

FUE PROFESOR DE HACIENDA PÚBLICA DURANTE LOS CURSOS 86/87 Y 87/88

ÍNDICE

TIPOLOGÍA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL.

FUNCIONES DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL.

CONTENIDO Y EFECTO DE LAS DISTINTAS MODALIDADES
DE REPRESENTACIÓN.

Definida la representación como la situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas⁽¹⁾, bien puede entenderse que el derecho tributario define y ordena el comportamiento de tales sujetos si constituyen el término personal de las relaciones jurídico-tributarias, cuando entra en juego esta institución.

Tradicionalmente se ha distinguido dos especies dentro de esta institución: la voluntaria y la legal.

La primera de ellas consiste en la situación que deriva del negocio jurídico realizado entre las partes que intervienen: representante y representado; mientras que la segunda especie vendría determinada por la aplicación de una norma jurídica que implica que una persona, para el ejercicio de derechos o el cumplimiento de sus obligaciones deba contar con la intervención de otra, o como dice Santoro Passarelli⁽²⁾ “en ella (la representación legal) se verifica la sustitución de un sujeto pasivo por otro en la actividad de un poder de obrar derivado del mismo, de modo que el sustituto tiene que obrar en nombre de aquél o representado, pero fundándose en un poder propio que le proviene de la Ley y mediante el cual obra, como agente, con plena independencia de la voluntad de aquella persona por quien actúa”.

Este esquema, perfectamente válido en el derecho privado, encuentra diversas matizaciones en el derecho tributario, como más adelante se tratará de poner de manifiesto.

Por otra parte, conviene a mi juicio señalar que si bien la representación en el derecho privado deriva de una necesidad, convencional o legal, de extensión de la personalidad del representado, en el campo del derecho tributario, los fines que se persiguen en muchas ocasiones son totalmente ajenos a este cometido.

En este trabajo voy a intentar plantear algunas cuestiones que esta institución suscita, y que se conectan con las distintas partes de este artículo.

TIPOLOGÍA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL

Tradicionalmente se ha considerado que en la Ley General Tributaria se distinguen dos modalidades de representación: la legal “stricto sensu” y la ne-

(1) Díez-Picazo y Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, volumen 1. Madrid 1978.

(2) Santoro Passarelli. *Doctrinas Generales de Derecho Civil*, traducción española. Madrid 1964.

cesaria; la primera está descrita en el artículo 44 cuando señala que “por los sujetos pasivos que carezcan de capacidad de obrar actuarán sus representantes legales”, mientras que la segunda modalidad de representación es la recogida en el artículo 43.4 que establece que “en los supuestos de Entidades, Asociaciones, herencias yacentes y comunidades de bienes que constituyan una unidad económica o un patrimonio separado actuará en su representación el que la ostente, siempre que resulte acreditada en forma fehaciente, y de no haberse designado representante se considerará como tal el que aparentemente ejerza la gestión o dirección y, en su defecto, cualquiera de los miembros o partícipes que integren o compongan la entidad o comunidad”.

No obstante, junto a estas especies, se ha indicado que forman parte de esta categoría otras variedades; así se incluye por algún sector de la doctrina la representación corporativa⁽³⁾, la prevista en el artículo 46.1 de la L.G.T. cuando señala que “los sujetos pasivos que residan en el extranjero durante más de seis meses de cada año natural, vendrán obligados a designar un representante con domicilio en territorio español, a los efectos de sus relaciones con la Hacienda Pública”, y la figura del presentador del documento en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en el Impuesto sobre Sucesiones.

Sin perjuicio de que más adelante trate de efectuar un análisis de cada una de estas figuras, basta decir en este lugar que no es el objeto del presente artículo efectuar crítica alguna acerca de las distintas posiciones doctrinales que han estudiado esta institución, en lo que se refiere a que si las situaciones descritas son merecedoras del calificativo que es el objeto de este trabajo.

FUNCIONES DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL

Se ha indicado que la institución de la representación presenta como finalidad la extensión del marco de actuaciones del individuo, limitado por sus contornos físicos, como dice Castán⁽⁴⁾ “ensanchar la esfera de actuación de éste, superando los obstáculos de hecho que le impone la limitación física del hombre”, sentido que si bien el autor le imprime respecto de la representación voluntaria, considero que no es ajeno en toda la tipología de la representación

(3) Alfonso Mantero. *Procedimiento de la Inspección Tributaria*.

(4) Castán Tobeñas: *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo I, vol. I. Madrid, 1955, pág. 615. Hay edición posterior.

en el ámbito civil, si bien en la modalidad de la representación legal, el carácter tuitivo para el incapaz imprime un carácter especial a esta institución, que se manifiesta, no sólo en lo que se refiere a los supuestos en que procede su nombramiento, sino también en lo que se refiere a todas las medidas que se prevén en garantía de la función que ha de asumir dicho representante.

Esta primera modalidad de representación conectada con la carencia de plena capacidad de obrar del representado está recogida en nuestro Derecho Tributario en la mención que el artículo 44 antes citado recoge respecto de quienes carecen de capacidad de obrar.

De esta norma se desprende que al objeto de hacer efectivo el ejercicio de todas las situaciones de poder y de deber que la relación jurídico-tributaria encierra, aquellos sujetos que tengan la capacidad de obrar (o lo que la doctrina alemana denomina capacidad de hecho⁽⁵⁾) limitada en el orden tributario (no como dice la norma —carencia—) precisarán la asistencia de quien tenga el carácter, según la ley común, de representante.

Un primer análisis de este precepto nos conduce necesariamente a la mención de la regulación que nuestro derecho da a la capacidad de obrar en el orden tributario.

Esta cuestión está regulada en el artículo 42 de la Ley General Tributaria que establece que “en el orden tributario tendrán capacidad de obrar, además de las personas que la ostentan con arreglo a las normas de derecho privado, la mujer casada y los menores de edad en las relaciones tributarias derivadas de aquellas actividades cuyo ejercicio les esté permitido por el ordenamiento jurídico sin la asistencia del marido o de la persona que ejerza la patria potestad o la tutela respectivamente”.

Este precepto nos lleva al comentario de diversas cuestiones, así nos plantea la necesidad de determinar si la norma transcrita recoge un concepto distinto de capacidad de obrar al existente en otras ramas del Derecho, en especial frente al común (entendiendo como tal al Derecho Civil); y si la regulación de la extensión de la capacidad de obrar son diversas en estas dos ramas del derecho.

Conviene señalar en primer lugar que la doctrina mantiene de forma casi unánime, que nos encontramos con una identidad plena desde el punto de vista práctico y conceptual, ya que el ordenamiento tributario ha tratado de continuar

(5) *Geschaeftsfaehigkeit*.

la construcción iusprivatista del carácter de los términos personales de las relaciones jurídico-tributarias cuando el sujeto pasivo es una persona privada, ya que como dice Matías Cortés⁽⁶⁾ “no existe un concepto de capacidad de obrar (en el derecho tributario español) como concepto específico opuesto al de capacidad de obrar común”.

En cuanto a la segunda cuestión, las posiciones doctrinales plantean soluciones diversas, así frente a la declaración de la existencia de identidad de construcciones en el derecho común y en el derecho privado, Pérez de Ayala, entre otros, sostiene que la capacidad de obrar en el derecho tributario es más amplia que en el derecho común.

En este punto, no obstante, lo cierto es que la redacción del artículo 42 antes citado encierra cierta confusión, y ello derivado del propio tenor literal del precepto, porque frente a la remisión inicial al derecho privado de la “ostentación” de la capacidad de obrar, la inclusión del término “además” hace inferir una extensión del contenido del concepto más allá del sentido que se presenta en la normativa a la que originariamente se remite.

Pero lo cierto es que el derecho privado otorga, en cuanto a la persona física, una serie de posibilidades de actuación, que inspiradas en el principio de protección de la persona y de la colectividad que pueda estar con ella relacionada, tendrán un carácter variable según sea o no necesario que jueguen las instituciones tuitivas que se contemplan para completar la capacidad de obrar que para el caso concreto se entiende limitadas (no carentes en absoluto —art. 32 del Código Civil—).

De esta forma se puede llegar a la conclusión que el precepto que se comenta lo que realiza es una aplicación de la variabilidad de la extensión de la capacidad de obrar que el derecho común posee, porque como dice Ruiz Risueño⁽⁷⁾ la relación tributaria es una relación de la vida práctica regulada por el derecho tributario. Quiere decir esto que el hombre realiza una serie de actos y actividades de la más variada índole, que pueden quedar sujetas al pago de un tributo, en cuanto pongan de manifiesto una capacidad económico-tributaria. Tales actos o actividades sólo pueden ser realizados por aquellas personas que poseen capacidad de obrar conforme a la legislación pública o privada, que a tales actividades sea aplicable. Como consecuencia de ello, si tal actividad

(6) Matías Cortés Domínguez y José María Martín Delgado. *Ordenamiento Tributario Español*. Tomo I.

(7) Francisco Ruiz Risueño. *Legislación civil e Impuesto sobre Sucesiones en el Ordenamiento Jurídico Español*. E.H.P., del T.E.F. Tomo I.

está regulada por el derecho público, será éste el que determine quién tiene capacidad de obrar para realizarla. Si por el contrario, está recogida y regulada por el derecho privado, será éste el que concrete quién tiene la capacidad de obrar necesaria.

Siguiendo esta construcción, habrá que acudir a la norma de remisión para considerar si la potencialidad de actuación que atribuye a cualquier sujeto (y no solamente al menor de edad) es suficiente para provocar efectos jurídico-tributarios a los actos realizados por cualquier individuo, norma que será la del derecho común o la remitida en segundo grado (véase lo dispuesto en el artículo 9.1 del Código Civil). Igualmente habrá que acudir a esta norma para determinar quién será el representante, así nos encontraremos, respecto del menor de edad no emancipado, con el padre y la madre que son quienes ostentan la patria potestad de forma conjunta con arreglo al artículo 156 del C.C., o el defensor judicial previsto en el artículo 163, o el adoptante, o la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores que se encuentren en situación de desamparo (arts. 172 y 239 del C.C.).

La remisión señalada no está exenta de graves dificultades en orden a la determinación de la suficiencia de la capacidad de obrar de cada uno de los sujetos que según el derecho privado la tengan limitada. Así frente a la tipicidad de las relaciones jurídicas privadas, o la amplitud de técnicas integradoras, tanto normativas como contractuales que en esta rama del derecho se prevén, en el derecho tributario, la cuestión es más complicada, porque si bien, por ejemplo, el menor, es capaz para realizar por sí solo el hecho imponible, cabe preguntarse si lo es también para todas las situaciones de poder y de deber que conlleva el ser parte de una relación jurídica tributaria, como por ejemplo solicitar un aplazamiento o fraccionamiento, prestar conformidad o disconformidad a un acta derivada de una actuación inspectora, todo ello a pesar de lo que establecen los arts. 42 de la Ley General Tributaria y 26.1 del Reglamento General de la Inspección de los tributos; problemas éstos que revisten gran actualidad, como es el supuesto de desacuerdo entre el menor a la declaración conjunta por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas al amparo de la Ley 20/1989, de 28 de julio.

La solución, en mi opinión, vendría dada por el hecho de que estos actos exceden de lo que puede entenderse como actos de administración ordinaria de los bienes del menor no emancipado adquiridos con su trabajo e industria (art. 164.4 del C.C.), por lo que precisa la asistencia de su representante legal. Respecto del menor emancipado, la solución puede ser otra, debido, de un lado

a la mayor amplitud de posibilidades de hacer y de obligarse que el derecho común le otorga, y de otro a lo que se desprende de la propia normativa tributaria, especialmente el artículo 26.1 del Reglamento General de la Inspección de los tributos ya citado, aunque no quiera decir esto que está facultado para, por sí mismo, realizar todas las actuaciones que derivan de una relación jurídico tributaria.

Las funciones de estos representantes legales viene determinada, en el campo del derecho privado, por el factor tuitivo para el representado, de protección de sus intereses, con las limitaciones que la ley impone a quien ejerce este “*officium*”.

Junto a esta modalidad de representación legal, podemos destacar otra distinta que, frente a la anterior, no persigue la suplencia de la limitación de la capacidad de obrar, de cualquier supuesto de necesidad de complemento de la misma con la asistencia de la persona fijada por la Ley, sino que permite atribuir efectos jurídicos a unidades económicas que tienen plena virtualidad en la vida real, pero que las normas no le atribuyen personalidad jurídica, éste es el caso de las situaciones descritas en el artículo 33 de la Ley General Tributaria, y otros que más adelante se señalan.

El art. 33 de la L.G.T. establece que “tendrán la consideración de sujetos pasivos, en las leyes tributarias que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen un patrimonio separado, susceptible de imposición”, precepto que se complementa con lo establecido en el artículo 43.4 del mismo cuerpo legal en cuanto a la determinación del representante de estas situaciones o patrimonios cuando una norma tributaria lo considere capaz de realizar el hecho imponible⁽⁸⁾, al señalar que “en los supuestos de entidades, asociaciones, herencias yacentes y comunidades de bienes, que constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, actuará en su representación el que la ostente, siempre que resulte acreditada en forma fehaciente, y de no haberse designado representante, se considerará como tal el que aparentemente ejerza la gestión o dirección y en su defecto, cualquiera de los miembros o partícipes que integren o compongan la entidad o comunidad”.

(8) Sin ánimo exhaustivo, se puede señalar como ejemplo: el art. 15.2 de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido; el art. 10.2 del Decreto 3.314/1966, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas; de igual modo se establece respecto de la Contribución Territorial Urbana, de la Rústica y Pecuaria, en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, del Impuesto sobre Actividades Económicas, de las Licencias fiscales de actividades profesionales o artísticas, de la licencia Fiscal de actividades comerciales e industriales. Impuesto sobre Construcciones, Obras e Instalaciones, Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.

La situación de dichas unidades económicas, que tanta polémica ha suscitado en cuanto a su consideración como entes a quienes el ordenamiento tributario les otorga personalidad jurídica⁽⁹⁾, cuestión sobre la que no vamos a entrar, recoge, en cualquier caso una realidad, que como señala Matías Cortés⁽¹⁰⁾ “son sujetos no sólo de relaciones tributarias, sino también de relaciones de derecho privado o, para ser más exactos: tales entes son punto de referencia de normas jurídicas, centro de imputación de determinados efectos jurídicos, tanto en nuestra parcela jurídica como en el resto del Ordenamiento”. Pero aunque sean objeto de consideración como patrimonios separados, en algún caso afectos a un fin colectivo, y las normas tributarias los consideren como auténticos términos subjetivos de relaciones jurídico tributarias en la calidad de sujetos pasivos, la carencia de personalidad jurídica determina la necesaria presencia de un sujeto con plena personalidad jurídica que manifieste la voluntad de los componentes de estas unidades económicas (como miembros de tal entidad, y con el alcance de sus respectivos reglamentos internos), para hacer efectivo el cumplimiento de las situaciones de deber y el ejercicio de las posiciones de poder de dichas relaciones jurídicas.

La determinación que establece el artículo 43.4 antes transcrito del representante de dichas entidades no plantea especiales problemas en cuanto su ordenación, ya que se fija, en primer lugar, el que ostente dicha representación; en segundo lugar, el gestor aparente; y por último, cualquiera de los componentes partícipes patrimoniales de dichas situaciones. No obstante, los problemas, en mi opinión, se sitúan a la hora de precisar la extensión de dicha representación, así, el representante fijado en primer lugar, el contenido de su poder será fácil de precisar cuando exista una determinación por acto voluntario de los socios o del causante, o en los casos de nombramiento judicial. En los demás casos el poder es lo suficientemente limitado por las normas reguladoras de estas situaciones, como para actuar en los actos derivados de las relaciones jurídico tributarias, que no sea el cumplimiento de la obligación principal de la misma, y no provoque la salida de la situación a que hace referencia el art. 33 de la L.G.T., o una transgresión de las normas civiles (véase v. gr. lo dispuesto en los arts. 397, 398, 892, 911, 999, 1.000, 1026 y 1.052 del C.C.).

(9) Véase Matías Cortés Domínguez y José María Martín Delgado. *Ordenamiento Tributario Español*. Tomo I, págs. 314 y ss.

(10) Matías Cortés Domínguez y José María Martín Delgado. *Ordenamiento Tributario Español*. Tomo I, pág. 326.

El representante aparente tendrá, asimismo, un contenido difícil de determinar, salvo que concurren las circunstancias del art. 286 del Código de Comercio respecto del factor⁽¹¹⁾.

En cuanto al tercer supuesto, cabe reiterar lo señalado para el representante legal o voluntariamente designado, ya que si bien los preceptos reguladores de estas situaciones reconocen en favor de cada uno de los partícipes la posibilidad de realizar determinados actos, lo que exceda de poco más de administración ordinaria precisan de la concurrencia de más voluntades, e incluso la unanimidad en ocasiones.

De todo esto se desprende que la precisión que efectúa la norma en el artículo 43.4 de la L.G.T. tiene una mayor significación que una mera remisión a las normas legales que regulan estas situaciones en el orden privado, ya que puede entenderse que, a efectos tributarios, y sin perjuicio de las relaciones internas entre los socios o partícipes, la persona que se determina como representante tendrá una mayor amplitud de poder que el que establece la norma sustantiva, ya que el principio de seguridad jurídica, como señalaremos más adelante, hace interpretar este precepto en el sentido de que una vez fijada la persona que puede actuar en nombre de estas entidades o unidades económicas, dispone de un poder de vincular las mismas sin más límite que el temporal, derivado de la revocación o pérdida de su condición de partícipe, salvo que éstos, por acto voluntario, y con constancia fehaciente hayan nombrado representante, presunción de suficiencia ésta que se confirma con lo dispuesto en el art. 26.4 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los tributos que establece que “los copartícipes o cotitulares de las Entidades jurídicas o económicas a que se refiere el art. 33 de la Ley General Tributaria podrán designar de forma fehaciente un representante, salvo que con arreglo a Derecho haya ya una persona que ostente la representación de la Entidad. En estos casos se considerará como representante al que aparentemente ejerza la gestión o dirección y, en su defecto, a cualquiera de los miembros o partícipes que integren o compongan la Entidad o Comunidad”, lo que resulta que en el primer caso nos entraremos con una representación voluntaria que deberá acreditar la suficiencia de su poder conforme al artículo 27 del Real Decreto, mientras que en los demás supuestos bastará acreditar la concurrencia de los requisitos que se requieren para su representante. En este caso, el representante es indudablemente la persona desig-

(11) Véase Aurelio Menéndez “Auxiliares del empresario”, *RDM*, número 72. Joaquín Garrigues. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I.

nada para manifestar una voluntad colectiva que se entiende necesaria para hacer efectiva las relaciones que surgen por la realización por dichas entidades de hechos imponderables.

Otro supuesto distinto de representación legal, en cuanto derivado de la aplicación de normas jurídicas, es la denominada por la doctrina orgánica o necesaria⁽¹²⁾, es la que se predica de todos los supuestos que en la norma reguladora de las personas jurídicas públicas o privadas establecen que un determinado órgano de su composición ostentará ope legis la condición de representante. En las personas jurídicas de derecho privado, lo cierto es que no cabe hablar, en mi opinión de representación legal, ya que, como en el caso de las Sociedades Anónimas se precise que el Administrador o el Consejo de Administración es el representante en el art. 76 de la Ley reguladora, la voluntad de los socios manifestada en la Asamblea General o en la Constitutiva, hace que la representación tenga un carácter voluntario.

En el campo de las Personas Jurídicas de Derecho Público, todas las normas estatutarias precisan cuál es el órgano de estas entidades que detenta la representación, cuestión que no merece especial comentario ya que está más relacionada con el tema de la competencia administrativa del órgano actuante que con el de la representación legal. En este punto hay que señalar que el art. 26.3 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos dispone que “por las personas jurídicas de naturaleza pública o privada, deberán actuar las personas que ocupen al actuar la Inspección los órganos a quienes corresponda su representación, por disposición de la Ley o por acuerdo válidamente adoptado”.

Diferente a los casos anteriores, es el de los Fondos de Pensiones, los Fondos de Inversión, las Agrupaciones de Empresas y Uniones Temporales, los Fondos de Capital-Riesgo, que constituyen, bien supuestos asociativos de colaboración temporal económico y técnico, o bien patrimonios separados de afección especial, que en cualquier caso carecen de personalidad jurídica, pero que las normas reguladoras (Ley 46/1984, Ley 18/1981, Real Decreto-Ley 1/1986, y Ley 8/1987), de un lado las consideran sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, si bien con grandes peculiaridades en cuanto a su tributación, y de otro fija quién ostenta la condición de representante (sociedad gestora en la mayoría de los casos).

Figura distinta de las anteriores es la del presentador de los documentos necesarios para liquidar los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones, y de

(12) Alfonso Mantero. *Procedimiento de la Inspección Tributaria*.

Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. El artículo 36.2 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece que “el presentador del documento tendrá por el solo hecho de la presentación, el carácter de mandatario de los obligados al pago del impuesto, y todas las notificaciones que se le hagan en relación con el documento que se haya presentado, ya por lo que afecta a la comprobación de valores, ya a las liquidaciones que se practiquen, así como las diligencias que suscriba, tendrán el mismo valor y producirán iguales efectos que si se hubieran entendido con los demás interesados”, precepto éste que reitera lo dispuesto en el artículo 59, segundo párrafo del Real Decreto Legislativo 3.050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, norma ésta de legalidad dudosa si sigue el criterio que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1986, recogido también en diversas sentencias de Audiencias Territoriales, como la de Oviedo de 5 de mayo de 1987, que señalan la extralimitación, y por lo tanto la ilegalidad⁽¹³⁾ (ya que choca con lo dispuesto con el art. 124 de la Ley General Tributaria) de este precepto en el cumplimiento del mandato de refundición dado por la Ley 32/1980, de 21 de junio.

En cualquier caso, y sin entrar en el comentario de los considerandos de las resoluciones citadas, la legalidad es indudable respecto del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. De la norma transcrita se desprende la existencia de un representante predeterminado que merece el calificativo de legal.

No obstante, esta figura, que en nuestro derecho tributario goza de cierta tradición (ya se preveía en el artículo 106 del Reglamento del Impuesto sobre Derechos Reales de 15 de enero de 1959), no es en realidad un auténtico representante legal, más bien se trata de un colaborador forzoso para con la Administración tributaria que goza de un mandato limitado a lo que estrictamente se deriva del precepto comentado. Se trata de una figura apta para recibir comunicación, y de un representante voluntario, en cuanto para los actos trámites se presume concedida la representación (art. 43.2 de la L.G.T.), que provoca el nacimiento de los efectos antes mencionados, pero sin mayor extensión. Se trata, en definitiva de un supuesto presuntivo iuris et de iure, de quien se comunica con la Hacienda Pública, está autorizado para recibir comunicaciones de ésta.

Finalmente, destacan dentro de la categoría de representantes legales, la del que con carácter obligatorio debe tener el no residente conforme el artículo 46.1 de la Ley General Tributaria, recogido al comienzo de este trabajo.

(13) En principio tendría el carácter que le imprime el art. 11.3 de la Ley General Tributaria.

El precepto que se comenta recoge un mandato (“vendrán obligados”) de carácter genérico no exento de ciertas curiosidades.

Se trata de una obligación que se impone en relación con cualquier figura tributaria cuando el obligado al pago lo sea con el carácter de sujeto pasivo y resida en el extranjero más de seis meses al año.

Esta obligación es independiente del ámbito de aplicación de las normas tributarias, sea con arreglo al principio de residencia efectiva o el de territorialidad (art. 21 de la L.G.T.), o que el tributo sea o no de naturaleza personal.

También destaca el hecho de que este deber se establezca con independencia de la sujeción real o personal al impuesto, exigiéndose exclusivamente la no residencia (supuestos de dualidad en la forma de tributación nos encontramos con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades, e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones).

Por otra parte, dicha obligación hace, según la L.G.T., para toda clase de sujetos pasivos, sea persona física o jurídica, o entidades carentes de personalidad, pero evidentemente, al establecer como presupuesto de hecho el residir más de seis meses de cada año natural en el extranjero, esta circunstancia solamente es posible en la persona física, por lo que los demás sujetos pasivos estarían excluidos de la obligación.

Finalmente, se trata de una norma que, a pesar de la aserción del mandato imperativo que contiene, las consecuencias jurídicas de su incumplimiento son poco claras, salvo que se entienda que la falta de adecuación de la conducta del sujeto pasivo no residente a lo legalmente establecido, constituya una infracción simple conforme al artículo 78.1 de la L.G.T. en su redacción actual.

Frente a este precepto, los distintos textos normativos reguladores de los tributos que pudieran verse afectados en su aplicación por la sujeción al mismo por un no residente, han establecido soluciones que garantizan la tributación de éstos por los hechos imponibles que realicen sujetos a las leyes españolas.

Estas soluciones, más o menos perfectas, no suponen necesariamente la figura de la representación, ya que lo que se pretende es siempre que haya un obligado al pago del impuesto y que sea residente, o si no lo es, que tenga un vínculo económico permanente de relaciones en el territorio español, bien considerando al pagador residente responsable solidario o subsidiario del pago del impuesto (supuesto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Im-

puesto sobre Sociedades, e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones), bien calificándolo como auténtico sujeto pasivo (el artículo 15.12 primer párrafo de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido dice que “son sujetos pasivos: Los empresarios o profesionales para quienes se realizan las operaciones sujetas a gravamen cuando las mismas se efectúen por personas o entidades no establecidas en España”), o bien nos encontramos supuesto en que existe una total ausencia de medidas específicas para garantizar el pago en estos supuestos, como sucede en el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas.

De todas estas garantías fijadas en las distintas leyes específicas, destacan, en cuanto afectan al contenido de este trabajo, las que se recogen para los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, y para el de Sociedades.

El artículo 11 de la Ley 44/1978, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y el artículo 10 de la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades señalan que “los sujetos pasivos no residentes en el territorio español vendrán obligados a nombrar una persona física o jurídica con domicilio en España para que los represente ante la Administración tributaria en relación con sus obligaciones por este impuesto”.

La Ley del Impuesto sobre Sociedades limita, no obstante la mencionada obligación para las entidades que operen en España sin establecimiento permanente, ya que dicho establecimiento, por el grado de vinculación con el territorio y por el cumplimiento de las formalidades que se han de cumplir para su apertura (especialmente para las sucursales —art. 88 del Reglamento del Registro Mercantil—), no precisa especiales figuras de representación como mecanismo de garantía del crédito tributario. A pesar de ello, el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades establece en su artículo 309 que son representantes de los establecimientos permanentes quienes estén facultados para contratar en nombre del mismo, y cuando estas personas no tengan su residencia habitual en territorio español, la entidad extranjera viene obligada a nombrar un representante en relación con sus obligaciones tributarias con domicilio y residencia en España.

En cualquier caso, la designación del representante ha de comunicarse a la delegación de Hacienda en la que hubiera de presentar la declaración del Impuesto sobre Sociedades, debiendo acompañarse a esta comunicación la aceptación expresa del representante. Esta figura de representante no es ciertamente la del representante legal, ya que si bien viene impuesta la necesidad del mismo por la norma, la designación es derivada de un acto voluntario.

En el supuesto de que el obligado al impuesto sea un no residente sin establecimiento permanente y no ha nombrado un representante de forma expresa, el artículo 335 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades considera, a los efectos de este Impuesto, que es representante la entidad residente pagadora.

Esta figura de representación, que como dice César Albiñana⁽¹⁴⁾ es una subespecie de la representación legal, pero de carácter fiscal, tiene como finalidad, no el completar la aptitud del representado, sino solamente asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias del no residente, limitando a este objetivo el contenido de su poder.

En el supuesto de personas físicas y jurídicas no residentes que obtengan en España rendimientos sin mediación de establecimiento permanente, la Ley 5/1983, de 29 de junio, que reproduce el Real Decreto-Ley 24/1982, de 30 de diciembre, establece la responsabilidad solidaria, del ingreso de las cuotas **correspondientes a los rendimientos que satisfagan, a los pagadores de dichos rendimientos**, aunque como dice Victoriano González Poveda⁽¹⁵⁾ la defectuosa redacción puede inducir a una interpretación muy distinta. De otro lado, se impone al pagador la obligación, en los supuestos del artículo 11.2 de la Ley 5/1983, de retener e ingresar el impuesto correspondiente a determinados rendimientos que satisfaga a un no residente, obligación que se ha ampliado, respecto de los rendimientos derivados de las Letras del Tesoro por el Real Decreto Ley 1/1989, de 22 de marzo. Además se impone la obligación de justificar el pago del impuesto correspondiente cuando se trata de transferir fondos al exterior (salvo las excepciones contenidas en el Anexo C de la resolución de la Secretaría General de Hacienda de 17 de febrero de 1984, la resolución de 21 de julio de 1986 de la Dirección General de Tributos, y por la Orden Ministerial de 10 de mayo de 1988).

(14) César Albiñana. *Derecho Financiero y Tributario*. Escuela de Inspección Financiera y Tributaria. Madrid 1979.

(15) Victoriano González Poveda. *Tributación de no residentes*. Editorial La Ley, pág. 204. Antonio Botella García. *La capacidad de obrar en el orden tributario. Estudios de Derecho Tributario*. I.E.F. 1979.
Antonio Cayón Galindo. "Capacidad de obrar y representación en la Ley General Tributaria", *Crónica Tributaria* n° 50. 1984.
Ernesto Lejeune Valcarce. "Introducción al estudio de la representación en el Derecho Tributario". *Revista de Derecho Financiero y de la Hacienda Pública* n° 115. 1977.
Arturo Zabala Rodríguez-Fornos. *La representación voluntaria en el ámbito de la Inspección de los Tributos*. Números 67 y 68 del CISS comunicación. 1989.
José Luis Argilés y Garcés de Marcilla. "El sujeto infractor". *Seminario sobre infracciones y sanciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública*. E.H.P. 1986.
Gerardo Pérez Rodilla y Néstor Carmona Fernández. "Fiscalidad de las inversiones extranjeras en España y españolas en el exterior". *Cuadernos de Formación de la Inspección de los Tributos* n° 5 E.H.P.

CONTENIDO Y EFECTOS DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE REPRESENTACIÓN

Una vez determinadas las distintas figuras que pudieran tener el calificativo de legales, se observa que el contenido del poder en cada uno de estos supuestos es diferente, según sea la finalidad que pretenden cumplir cada una de las normas que prevén la actuación de esta institución.

En la primera modalidad que se ha comentado, la conectada con la limitación de la capacidad de obrar del representado, ya se indicaba que la extensión del poder era variable según las circunstancias del sujeto representado, así sería diferente según el grado de incapacidad, se tendría en cuenta, para el caso de minoría de edad, el hecho de estar o no emancipado, también podría decirse lo mismo para el caso de ausencia (aunque evidentemente **no suponga limitación** de la capacidad de obrar del ausente), etc.

El problema que plantea esta modalidad representativa en el campo del derecho tributario es el de la suficiencia del poder del representante para los actos derivados de una relación jurídico tributaria, en los que interviene por cuenta del representado, piénsese en supuestos de reconocimiento de deuda, desestimiento de reclamaciones, etc. El problema está en determinar, de un lado, si existe necesidad de calificar la obligatoriedad de intervención mediante representante, y de otro si los actos que realiza están dentro del contenido de su poder.

La solución a estas cuestiones, viene dada, en mi opinión, por la aplicación del principio de seguridad jurídica, y por el juego de las normas relativas a la responsabilidad del representante, y de los principios de personalidad y voluntariedad en materia de derecho tributario sancionador. Así se puede hablar de que el contenido del representante legal abarca todo lo que viene necesitado de complemento para la válida manifestación de la voluntad del representado, por lo que la Administración Tributaria no tiene que realizar ningún acto especial de calificación respecto de la suficiencia del poder, solamente constatar la necesidad de la intervención del representante, y de su personalidad, en este sentido es bastante expresiva la diferente regulación que de este extremo se contiene en los artículos 26 y 27 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, que tratan, respectivamente, de la representación legal y de la voluntaria. Además, todo ello se conecta con que el representante legal es el sujeto

infractor en cualquier caso (art. 77.3.f de la Ley General Tributaria), aun cuando las imposiciones de las sanciones tengan lugar en un momento en que el representante no actúa como tal. Todo ello sin perjuicio de que la responsabilidad patrimonial derivada de la realización del hecho imponible le corresponda al representado.

En cuanto a las demás modalidades de representación legal, en lo que se corresponde con contenidos predeterminados por normas tributarias, y no con estrictas imposiciones legales de la necesidad de la intervención de otra persona, cabe decir lo mismo que respecto de los menores e incapaces, es decir, que el contenido del poder es lo suficientemente amplio como para evitar cualquier problema que pueda suscitarse acerca de su suficiencia, sin perjuicio de que en lo que se refiere a la responsabilidad en estos casos de las sanciones que se cometan, les vendrá determinada por actos propios como retenedor, o como sujetos a quienes les son imputables resultados sociales, o bien nos encontraremos con supuestos de responsabilidad subsidiaria o solidaria de la obligación tributaria.

LA COMPETENCIA EN MATERIA CIVIL A TRAVÉS DEL TÉRMINO “O ESPECIALES” DEL ART. 149.1. 8º DE LA CONSTITUCIÓN

M.^a DEL PINO SUÁREZ SÁNCHEZ

DOCTORANDO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

FUE PROFESORA DE DERECHO CIVIL-I DURANTE LOS CURSOS 83/84 Y 84/85

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I. FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

- A) Vías de atribución de competencia.
- B) Estudio del art. 149.1. 8º de la Constitución.
- C) En torno a la terminología del primer inciso del núm. 8º del art. 149.1 de la Constitución.

II. SENTIDO DEL TÉRMINO... “O ESPECIALES”

- A) Análisis del término “especiales” del art. 149.1. 8º de la Constitución.
- B) Estudio de la disyunción “o”.
- C) El término “especiales” en la Constitución.
- D) Término “especial” en el Código Civil

III. ¿TIENE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA CANARIA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA CIVIL?

- A) La Constitución.
- B) Estatuto de Autonomía.

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En la Constitución Española de 1978 se ha asignado al Estado en competencia exclusiva la materia sobre legislación civil. Pero a la vez, se ha hecho una salvedad sobre qué y a quién va dirigida: ¿a las Comunidades Forales?, o ¿es extensible a todas las Comunidades Autónomas?, ¿en auténtico principio de igualdad?

Son llamadas regiones forales aquellas que tienen derecho foral propio (“fuero” propio). En una ojeada rápida a las distintas regiones con derecho foral apreciamos que Canarias no se encuentra, ni se ha encontrado entre ellas.

El planteamiento que nos mueve a investigar es si la Comunidad Autónoma Canaria podría considerarse como “Comunidad Especial” al tener para su región leyes especiales. Y comenzamos con la pregunta ¿puede la Comunidad Autónoma Canaria a través de su Parlamento legislar en materia civil? Para intentar responder, empezaremos por conocer cómo se distribuyen las competencias a raíz del texto constitucional.

I. FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

Nos parece oportuno que un primer paso a realizar ha de ser reseñar brevemente las formas de atribución y distribución de competencias recogidas en la Constitución.

El objetivo de este apartado es encuadrar a la Comunidad Autónoma Canaria en el marco legislativo constitucional competencial. En un segundo paso, analizaremos a dicha Comunidad Autónoma en el contexto del art. 149.1.8º de la Constitución, concretamente llegar al análisis del término... “o especiales” que aparece en el mismo.

A) Vías de atribución de competencia

Observamos en el articulado de la Constitución cuatro formas posibles de atribución de competencias a las Comunidades Autónomas. Y también ob-

servamos, aunque no vamos a entrar a analizar, distinta extensión en la facultad legislativa atribuida al Estado, e, igualmente, en la atribuida a la Comunidad Autónoma, e incluso, a las Comunidades Autónomas entre sí.

Estas vías de distribución de competencia son:

1) El art. 148.1 Constitución, a través del cual “las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias” y hace una relación de materias, que podría decirse que inexcusable y directamente son autonómicas.

2) El art. 150.1 Constitución:

Las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán *atribuir* a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices, fijados por una ley estatal.

3) El art. 150.2 Constitución:

El Estado podrá *transferir* o *delegar* en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación.

4) El art. 149.3 Constitución:

Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán *corresponder* a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos.

Por su parte, el Estado tiene atribuida competencia exclusiva, a tenor del art. 149.1 Constitución sobre una serie de materias enumeradas en el mismo. Respecto a ellas se puede decir que resultan cuasi-exclusivas, pues, como a continuación expondremos, las Comunidades Autónomas adquieren competencia estatal.

Jugando con el art. 149.3 de la Constitución y el art. 149.1 de la Constitución se desprende que: primero, todo lo que el art. 149.1 de la Constitución no exprese, ni indique como propio, sin establecer “salvedades”, ni “excepciones”, y “sin perjuicios”, etc., ha de entenderse que la Comunidad Autónoma “podrá” reclamárselo como de su competencia; segundo, nos referimos, no sólo, al tratamiento exclusivo del Estado sobre las materias en su conjunto, sino, incluso, a parcelas de las mismas, que queden sin atribución exclusiva, o a aquellas partes que se exceptúen.

Del conjunto de estas vías de distribución de competencias se extrae un tono permisivo en el legislador constitucional, de norma dispositiva⁽¹⁾. Al decir la Constitución que “podrá” el Estado atribuir, transferir, delegar, corresponder a las Comunidades Autónomas, les está facilitando, igualmente, adquirir competencia por otra vía que no sea el art. 148.1 de la Constitución. Tanto la doctrina administrativista como la constitucionalista, e incluso, la civilista, han elaborado clasificaciones, basándose en la mayor o menor competencia que sobre las materias se atribuye o bien en la vía de distribución de competencia⁽²⁾.

B) Estudio del art. 149.1. 8º de la Constitución

En una interpretación estricta, la legislación civil es materia exclusiva del Estado a tenor del art. 149.1.8º Constitución. Y en consecuencia las Comunidades Autónomas no pueden tener competencia, ni adquirirla a través de las vías descritas.

Ahora bien, con un razonamiento interpretativo amplio, lo anterior no es totalmente cierto, pues, analizando detenidamente encontramos una “excepción”, que se indica con la expresión “sin perjuicio”. De esta forma se está resando fuerza a la competencia del Estado. Automáticamente entra en juego la aplicación de las vías alternativas descritas de distribución de competencia.

Con esto queremos poner de manifiesto que toda la materia, de legislación civil, de este apartado nº 8 no es competencia exclusiva del Estado. Consecuencia inmediata es que, las Comunidades Autónomas quedan facultadas para legislar sobre temas civiles.

A partir de aquí nos hemos de plantear, qué aspectos de dicha materia civil es desgajable de la competencia estatal. Para ello hemos de volver al art. 149.1. 8º de la Constitución, donde se puede comprobar que el término “sin

(1) Torres del Moral advierte de la distinta naturaleza de la norma de atribución de competencia del sistema español vigente, “la norma referente a la Comunidad Autónoma es de Derecho dispositivo”, 1986, pág. 356.

En el mismo sentido, al caso del art. 149.1. 8º de la Constitución, Sánchez González, 1986, pág. 1.130.

(2) Véase, sobre normas básicas, normas de desarrollo; competencia compartida: García de Enterría, 1986, págs. 293 y 303; Torres del Moral, 1986, pág. 358; Leguina Villa, 1978, págs. 775 y ss.; Otto, 1987, págs. 278-9; Castán “está reconocida a las Comunidades Autónomas (arts. 148 y 150.1 de la Constitución) la facultad de dictar leyes dentro del ámbito de su respectiva competencia, o por atribución de las Cortes Generales dentro de la competencia estatal (art. 150.1 de la Constitución)”. 1986, págs. 425-26. Obsérvese, que Díez-Picazo y Gullón reenvían a los estudios administrativistas y constitucionalistas, 1986, pág. 113, también en la 114 y 115 del epígrafe “b) La jerarquía normativa y sus consecuencias jurídicas”. Sánchez González, 1986, pág. 1.131. Y, García-Amigo, 1983, pág. 437.

perjuicio” el legislador lo une a unas “Comunidades Autónomas” con unas características muy concretas: a) tengan “derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”; y, b) sólo para: “conservar, modificar y desarrollar”. De lo que se deduce que la competencia en materia civil no es extensible a todas las Comunidades Autónomas con el fin de legislar, como sí lo fue históricamente en el siglo XVIII.

Sólo las Comunidades Autónomas que reúnan los aspectos constitucionales impuestos son las que podrán asumir competencias. Inmediatamente las Comunidades que se asocian a los requisitos constitucionales son, como el mismo texto constitucional indica, las regiones con Derecho Foral. Hubiera sido más preciso indicar el nombre de las regiones forales que se quería designar. Sin embargo, el legislador ha optado por emplear una fórmula amplia, no circunscribiendo, ni acotando de antemano. Por una parte, el legislador es concededor del trato de favor, de privilegio que da y daría a tales Comunidades Autónomas forales al facilitarle la facultad de dictar leyes civiles en detrimento de las restantes Comunidades Autónomas no forales, en cuanto que al conservar, modificar y desarrollar lo que se está haciendo es legislar ineludiblemente, en otro caso no se podría realizar esa facultad de conservación, modificación y desarrollo.

Que si bien se prevé en la misma Constitución la solución, en base al art. 150.3 de ésta se podría, luego, armonizar, equilibrar la desigualdad creada al facultar a una Comunidad sí y a otra no en materia civil.

Es evidente que el legislador no ha comprometido el texto Constitucional con una visión estrecha de la realidad, al no mencionar directamente ni con una referencia clara el nombre de las regiones forales.

Por otra parte, se sigue la misma línea, la misma trayectoria anterior a la publicación de la Constitución. No rompe con la unificación legislativa en materia civil⁽³⁾.

Mas bien, lo que se ha pretendido, ha sido recoger “lo variopinto del paisaje español” existente. Sin embargo, aunque se ha dado un paso importante, no se ha favorecido la evolución de la sociedad por igual. Habría sido más aplaudido si en el texto Constitucional no se hubieran recogido excepciones,

(3) Criterio de unificación, véase: García-Amigo, 1983, págs. 442, 444, 451-2; Sánchez González, 1986, pág. 1.130.

Criterio contrario de diversidad, ha sido: “el recogido por la Constitución de 1931” cita García-Amigo, 1983, pág. 448.

como en la Constitución de 1931⁽⁴⁾ o haberse expuesto la intención del legislador sin ambigüedades. Lo cual lleva a la doctrina a decir que las Comunidades Autónomas que están en la mente del legislador de la Constitución de 1978 son las regiones forales (con Derecho Foral)⁽⁵⁾ y ello en base a dos artículos en concreto de la Constitución:

- El mismo texto del art. 149.1.8º Constitución.
- y la Disposición Adicional 1ª de la Constitución.

C) En torno a la terminología del primer inciso del núm. 8º del art. 149.1 de la Constitución

Nos preguntamos qué quiere decir el legislador cuando habla de:

— “Derechos”. Se refiere, ¿sólo a los derechos subjetivos? o ¿a leyes civiles: como facultad de crear nuevo o como en el último inciso del art. 149.1.8º de la Constitución, a reglas y a normas ya existentes?

— En cuanto a “foral” podríamos plantearnos desde cuándo se ha de entender la foralidad, si reciente o histórica. La Disposición Adicional 1ª de la Constitución nos aclara que se refiere a los derechos históricos de los territorios forales (siempre en el marco de la Constitución).

Esto exige una interpretación, por una parte, el art. 149.1. 8º de la Constitución al circunscribir únicamente a la conservación, modificación y desarrollo, “allí donde existan” y por otra parte, la Disposición Adicional 1ª de la Constitución al amparar y respetar “actualizando dentro de la Constitución y del Estatuto”, nos indican que la foralidad es la existente al momento actual de redacción del texto constitucional. Y el futuro de la foralidad se ha de seguir interpretando en el marco de la Constitución. De lo que se infiere que no hay más Derecho Foral, ni región foral, ni podrá haber otro Derecho Foral, ni otra región foral que las reconocidas con anterioridad: Navarra, Álava, Galicia, Cataluña, Baleares y Aragón. Y no habrá otro texto que amplíe el concepto de foralidad que la Constitución y el Estatuto, incluso éste se ha de sujetar a la Constitución, esto es, la competencia no se va a ampliar a otras Comunidades que no sean las llamadas forales.

(4) Como recoge Sánchez González, “el proyecto de Constitución de 1978 incluía a la legislación civil entre las facultades que podían asumir las Comunidades Autónomas”. 1986, pág. 1.126.

(5) Véase: Díez-Picazo (en prensa); Sánchez González, 1986, pág. 1.138; García-Amigo, 1983, págs. 442, 452.
Aunque el texto del primer inciso del párrafo 8º del apartado 1º del art. 149 de la Constitución expone amplia y separadamente a “derechos civiles, forales o especiales”.

— En cuanto a “*o especiales*”. ¿A qué se refiere? ¿a la región foral (al Derecho Foral), y por tanto sería una redundancia? o, ¿a las leyes especiales existentes? Nosotros vamos a centrar nuestra investigación en las leyes especiales ya existentes.

II. SENTIDO DEL TÉRMINO... “O ESPECIALES”

Lo primero que hemos de preguntarnos es qué nos quiere decir el legislador cuando se expresa con el término “especiales” y qué sentido le quiere dar al término cuando lo sitúa gramaticalmente en el texto con la conjunción disyuntiva “o”.

A) Análisis del término “especiales” del art. 149.1. 8º de la Constitución

Sintácticamente la oración, formada en el primer inciso del art. 149.1. 8º de la Constitución, es elíptica. Por lo que se da por hecho que el sentido de la oración se comprende, sin estar todas las palabras que hubieran sido necesarias para formar la oración gramatical correctamente.

De lo que se infiere que el lenguaje empleado en este texto, art. 149.1. 8º de la Constitución, pertenece a la jerga de técnicos-especialistas, juristas.

En base a esta inferencia descartamos la acepción vulgar de la voz “especial”.

El vocablo “especiales” en técnica-jurídica puede referirse a:

en un sentido amplio, a:

- *Derechos especiales* (según definición de Díez-Picazo y Gullón).
- *Leyes especiales* (serían las leyes Compiladas).

o bien, en un sentido restringido a:

- *Derechos Forales* (como Derecho Común).
- *Leyes especiales* (como las Leyes Canarias).

Hay en la doctrina diversidad de formas de clasificar las normas. La elegida por nosotros no representa la más genuina, sólo representa aquella que nos parece más acertada. Así, según definición de Díez-Picazo y Gullón, es Derecho

Especial el que “*está constituido por normas cuya finalidad es regular materias o relaciones determinadas y concretas*”, por contraposición a Derecho Común que “*son normas que están destinadas a regular la realidad jurídica y social en todas sus facetas o aspectos, es decir, la vida social considerada en su totalidad*”⁽⁶⁾.

Derecho Civil Especial es la denominación que se adoptó para una serie de *Leyes que se agruparon en Compilaciones* ⁽⁷⁾. Dichas Compilaciones arrastran lo que no eran más que “*fueros o costumbres especiales*”⁽⁸⁾.

Como expone Díez-Picazo y Gullón, en el epígrafe “*Antecedentes y Estado de la llamada cuestión foral*” del “*Sistema de Derecho Civil*” (1986. 78 y ss.) “*a principios del siglo XIX existía en nuestro país una serie de ordenamientos jurídicos-privados de naturaleza especial o diferencial. Sus decisiones se remontaban por lo menos a cien años atrás y, en ocasiones, a un tiempo muy anterior, y sus fuentes de producción y de renovación se encontraban cegadas*”.

Un sentido de “*especial*” que no nos cuadra hoy, es el siguiente:

En el art. 5 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, del Código Civil se habla también de “*Leyes Especiales*” como aquellas normas que se venían dando en un “*territorio en que subsiste Derecho Foral*”, por tanto, se asocia Derecho Foral con “*el Derecho que tiene vigencia en una sola parte del territorio*”. Esta visión del Derecho del art. 5 de la Ley de Bases entra en la clasificación doctrinal del Derecho Particular (llamado también, regional, comarcal o local), normas que tienen vigencia en una sola parte del territorio” en contraposición a derecho común (llamado también general o territorial), que tiene validez en todo el territorio de un Estado”⁽⁹⁾.

Queremos recalcar que se está hablando en el art. 5º de la Ley de Bases del “*Derecho Foral que subsiste*”. Y, con esto, entendemos que Derecho Foral es el marcado por sus rasgos históricos, y es como ha dicho el profesor Martín-Ballester, los Derechos Forales, principalmente los de Aragón, Navarra y Cataluña, son sistemas de Derecho completos, autóctonos, que responden a unos principios generales y desarrollan sus consecuencias, aunque este desarrollo, por la antigüedad de los mismos y la época en que fueron cegadas sus fuentes legis-

(6) Díez-Picazo y Gullón, 1986, pág. 42.

(7) *Ibidem*, pág. 81.

(8) Véase en Castán 1986, pág. 297, nota 3; véase también nota 1 igual pág.

(9) *Ibidem*, pág. 407, obedece a la “*división de las normas por la esfera territorial de su aplicación*”, “*en orden a la extensión de su eficacia en el espacio*”. En igual sentido Díez-Picazo y Gullón, 1986, pág. 43.

lativas, se manifieste imperfecto⁽¹⁰⁾, y que actualizados a través de las compilaciones “forman, en sus respectivos territorios, un sistema jurídico análogo al del Código, aunque éste sea más amplio y más concreto”⁽¹¹⁾. De ahí que el sentido técnico jurídico actual de Derecho Foral le viene dado por sus rasgos históricos⁽¹²⁾.

No nos dirigimos hacia una distinción de la norma especial en razón del territorio, por el ámbito de aplicación, optamos por separar este sentido de “especial” y llevarlo a una razón temporal. Podemos dar un sentido al término “especial” enfocado a aquellas materias que en determinado tiempo fueron tratadas “concretamente”, y eran costumbres. Luego, el sentido de “especial” es histórico.

Esta historicidad que queremos destacar, está hoy englobada en lo conocido como Derecho Foral.

Entendemos por Derecho Foral, no aquel Derecho Especial frente a otro Derecho Común, ni el Derecho de una Comunidad frente al Derecho de otra Comunidad, pues entonces se autorizaría el derecho de las especialidades, sino como aquel Derecho propio *coexistente* con el Derecho Común. El Derecho Foral es Derecho Común en cuanto que mantiene una sistematización de las instituciones propias. Así para Lacruz⁽¹³⁾ “el Derecho Foral no es un *ius introductum*; una norma de carácter excepcional dentro de un régimen de Derecho Común. Al contrario, nace como Derecho propio independiente, y sigue teniendo igual carácter merced a las disposiciones que lo respetan, no sólo en su contenido, sino en su naturaleza. Forma unos sistemas aparte, independientes del sistema del Código Civil, el cual no representa frente a ellos un principio general, sino que, en tanto no haya de actuar como supletorio, les es perfectamente extraño”.

En definitiva, la idea de “especial” viene a calificar toda ley que regula una materia, la cual tiene legislación, para unos casos concretos que pueden ser por razón del territorio, de las personas, de las cosas, de la materia en sí.

Para García-Amigo (1983, 440) ser “especial” sería por razón de la materia y del territorio, y, se “podría interpretar o bien designar una realidad diferente a derechos forales, en cuyo caso la realidad que se designe no puede referirse

(10) Castán 1986, pág. 300 epígrafe “Rasgos históricos”.

(11) *Ibidem.* pág. 300.

(12) *Ibidem.* pág. 297.

(13) *Ibidem.* pág. 297-8, epígrafe “Relaciones actuales entre el Derecho Común y los Derechos Forales” redactada por de los Mozos. Véase también Lalaguna, 1978, pág. 474.

a las leyes civiles especiales por razón de la materia que tengan ámbito de aplicación general, sino a aquellas otras que, aun *siendo especiales por razón de la materia y no siendo Derecho Foral, tengan ámbito de aplicación no general, sino limitado a una región o comarca o provincia...* que se apliquen y que están vigentes: entre ellas, la de heredamientos o heredades de aguas en Canarias de 27-XII-1956’.

En definitiva, el Derecho Foral no es especial por sí mismo: a) Al Derecho Foral se le califica de especial cuando se le compara y se le contrapone al Derecho Común, de aquí se concluye que es especial; b) Derecho Foral sí es Derecho Común, propio. Damos un paso más con Encarna Roca para la cual con la Constitución desaparece definitivamente el Derecho Foral, que pasa a ser Derecho Civil de la Comunidad Autónoma de que se trata... La utilización del término Derecho Foral en la Constitución se debe a reminiscencias históricas más que a la propia organización constitucional⁽¹⁴⁾. Hemos de precisar que discrepamos de Encarna Roca respecto a que el Derecho Foral “desaparezca”, entendemos que lo que hace el Derecho Foral es “evolucionar”, tomar auténtico sentido.

En todo caso la posible especialidad del Derecho Foral sería histórica. El Derecho Foral en sí es Derecho Civil propio.

Hemos de decir que la doctrina, ante el art. 149.1. 8º de la Constitución, no separa “Foral” de “Especial”, e identifica lo regulado en dicho art. 149.1. 8º de la Constitución con los territorios con Derecho Foral⁽¹⁵⁾.

Por último, orientamos el tema a dos conceptos:

— Leyes especiales serían aquellas que regularían materias concretas y que se aplicarían en un territorio, en este caso Comunidad Autónoma determinada; como las establecidas en este siglo XIX.

— Derechos especiales estarían formados por conjuntos de normas sobre materias sistemáticamente ordenadas y que se aplicarían en una Comunidad Autónoma con exclusión de otras; como las leyes recogidas y conservadas en compilaciones (forales) hasta la época actual.

Pero también, se pueden situar entre derechos especiales, los derechos autonómicos, hoy; y, entre leyes especiales la de ‘heredamiento o heredades de aguas en Canarias de 27-XII-1956’.

(14) Sánchez González, 1986, pág. 1.140.

(15) Sánchez González, 1986, pág. 1.138, *passim*; Díez-Picazo en prensa; Castán 1986, 344, *re-dacta* de los Mozos.

B) Estudio de la disyunción “o”

En el texto Constitucional el legislador ha creído conveniente separar la palabra “especiales” de su antecesora por la letra “O”. Creemos necesario seguir esta línea marcada por el legislador y pararnos en su análisis.

Morfológicamente, la letra “o” es conjunción disyuntiva, por lo que denota separación, diferencia o alternativa. Pero también la última acepción de la letra “o” es de equivalencia significando: “o sea”, “es lo mismo”. Ésta es la forma en la que la ha venido interpretando la doctrina, así Foral es considerado sinónimo de especial. Descartamos esta acepción por la forma elíptica elegida por el legislador para expresarse; significaría, como ya hemos expuesto, una redundancia; entraría el legislador en la necesidad de definir qué entiende por foral, definición que no tiene cabida. Según la función que cumple en la oración en la que está inserta, se puede concluir que el legislador ha querido distinguir lo “foral” de lo “especial”. En otras palabras, para el legislador lo “foral” no es sinónimo de “especial”.

En el sentido de alternativa de la disyunción “o” hace hincapié García-Amigo (1983, 440).

De lo que se puede inferir que el legislador está dando todo el sentido técnico, ya expuesto, al término especial, es decir, el legislador da cabida en este texto 149.1. 8º de la Constitución a aquellas leyes que se han dictado para casos concretos... (supra).

C) El término “especiales” en la Constitución

Nos parece que para llegar a un estudio de aquello que sea “especial”, hemos de indagar en el texto Constitucional. En general, en el texto de la Constitución se habla de las Comunidades Autónomas⁽¹⁶⁾; de un principio de la igualdad, art. 1.1; de un Derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, art. 2; de una organización en Comunidades Autónomas... art. 137; gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses;... las diferencias entre... las Comunidades Autónomas no podrán implicar... privilegios..., art. 138.2. También habla en el art. 143 de historicidad, para constituir Comunidad Autónoma (advértase que no habla de foralidad); la historicidad, también, está en la Disposición Adicional 1ª unida a la idea de foralidad.

(16) Sánchez González, 1986, págs. 1.126 y 1.136, apoyándose en Delgado Echevarría, dice que en el art. 149.1. 8º de la Constitución se dio paso al foralismo.

Nos parece acertado que en esta disposición adicional se haga un inciso referido a la “actualización...” dado que el “régimen foral” como dice el texto Constitucional está anquilosado, agotado, si no en desuso. Pero como también se puede advertir no alude expresamente al art. 149.1. 8º de la Constitución, que sería lo lógico para indicarnos cómo habría de realizarse esa actualización y en qué sentido, sino que la fórmula es mucho más amplia, es un reenvío a todas las vías y posibilidades que la Constitución permite. Por otra parte, hace en el apartado 1º un reconocimiento elogiabile, de un auténtico Estado democrático que da cabida al carácter e idiosincrasia de sus regiones.

El texto Constitucional, pues, no dice en ningún momento qué entiende por “especiales”.

En general, se habla de Autonomía. Por una parte, se desprende del texto Constitucional una igualdad de trato para todas las Comunidades Autónomas prescindiendo de que sean o no forales. Por otra, principio de Autonomía e igualdad que parece contradecirse con la actual redacción del primer inciso del art. 149.1. 8º.

D) Término “especial” en el Código Civil

En el Código Civil se emplea el término especial, pero no se le da el mismo sentido. Así en el art. 4.3 hace referencia al concepto de Derecho Civil Especial; en el 13.2 a Derecho Foral, bajo los términos de “Derechos especiales” y “normas especiales”⁽¹⁷⁾. Tanto en el art. 14 apartados 1 y 2, como en el art. 15 apartados 1 y 2 del Código Civil se separa especial de foral por la conjunción “o”. Significando, por un lado, equivalencia, Derecho Foral es Derecho Especial; y por otro lado, enfrentamiento, es decir, Derecho Foral “frente” a Derecho Común. Con la Constitución se han perdido ambos significados, ya que para sendos derechos las fuentes de legislación están abiertas. La interpretación que se desprende de los arts. 14 y 15 del Código Civil, no puede ser predicada del texto constitucional, art. 149.1. 8º, primer inciso, porque con la Constitución se permite legislar a otros órganos que no son los estatales y por tanto el enfrentamiento desaparece, en la medida que el mismo art. 149.1. 8º lo permite. Y, por otra parte, la conjunción “o” adquiere valor de separación, diferencia, alternativa.

⁽¹⁷⁾ Véase, distintos conceptos de especiales en Albaladejo, 1983.

III. ¿TIENE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA CANARIA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA CIVIL?

De entrada, tendríamos que decir que no.

Mas nuestra investigación está movida por la existencia en la Comunidad Autónoma Canaria de leyes especiales (como apunta García-Amigo, 1983, 440). Y nuestra pregunta se formula de la siguiente manera: ¿Tiene la Comunidad Autónoma Canaria competencia en materia de legislación civil? ¿Hace alusión la voz “especial” del texto Constitucional, art. 149.1. 8º a las leyes especiales?

A) La Constitución

A tenor de la Constitución las Comunidades Autónomas tienen competencia legislativa en materia civil. Pero, al ser una competencia compartida, Comunidad Autónoma-Estado, la parte que corresponde a la Comunidad Autónoma se circunscribirá a todo aquello que no sea exclusivo del Estado y teniendo en cuenta que la parte asignada al Estado es lo básico, en todo lo demás le compete a la Comunidad Autónoma el desarrollarlo.

Por tanto, la Comunidad Autónoma Canaria tendría competencia legislativa en materia civil. Pero, el art. 149.1. 8º de la Constitución exige que las Comunidades Autónomas reúnan unos requisitos, los ya aludidos, que se le escapen a la Comunidad Autónoma Canaria, cual es ser región con Derecho Foral. Y las Comunidades que nunca han tenido Derecho Foral menos posibilidades tienen de legislar⁽¹⁸⁾.

Esta exigencia constitucional es más aparente que real, pues, de ser cierta, se estaría sentando un principio de discriminación, en detrimento de las Comunidades Autónomas no forales. A la vez que se estaría atentando al principio de igualdad constitucional art. 1.1.

Y, reconocido es por la doctrina que, la intención del constituyente es la unidad legislativa civil. Sin embargo, opinamos que: 1º no se justifica en la tolerancia⁽¹⁹⁾ el conceder a la Comunidad Autónoma foral facultad normandi en materia civil; 2º es un hecho la diversidad legislativa civil⁽²⁰⁾.

(18) Díez-Picazo, en prensa.

(19) García-Amigo, 1983, pág. 451, opina que se da la existencia de tolerancia.

(20) Díez-Picazo y Gullón, 1986, pág. 87; y cita supra.

El constituyente, al facilitar a las Comunidades Autónomas la facultad de dictar leyes, les está permitiendo realizar una labor legislatora. Luego, ya no son las Cortes Generales las únicas para dictar leyes si no también los Parlamentos Autónomos.

Por otra parte el legislar⁽²¹⁾ supone crear, aunque el texto constitucional especifique y enfoque a tres campos: conservar, modificar y desarrollar; el primero de estos tres campos, conservar, no entraña polémica, los otros dos sí, pues tanto el modificar como el desarrollar implican cambio⁽²²⁾.

B) Estatuto de Autonomía

Pero de hecho en la Comunidad Autónoma Canaria nos encontramos que del estudio de su Estatuto no se dice nada en cuanto desarrollar la legislación básica del Estado, art. 32 del Estatuto de Autonomía de Canarias. Tampoco en el art. 34.A). Sí se recogen instituciones que están englobadas en el campo civil, aunque las reclama para sí el Derecho Administrativo, como son las llamadas propiedades especiales, a caballo entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo: aguas, montes, minas.

El Estatuto no se adjudica de una manera clara materia civil, como propias para su desarrollo legislativo, aun teniendo la Comunidad Autónoma Canaria un carácter insular, histórico, e incluso, actual con leyes especiales, que podría haber prevalecido (caso de Valencia)⁽²³⁾.

Así mismo, en el Estatuto de Autonomía se elude hablar de las competencias que pueda asumir la Comunidad Autónoma cuando el Estado no las asume. Sí se trata el tema en la Ley de Transferencia, en el art. 1º, b).

La potestad legislativa, en cuanto no se encuentre reservada al Estado por la Constitución, podrá ser ejercida por la Comunidad con toda la amplitud prevista en el art. 150 de aquélla.

Pero lleva a una interpretación negativa, ésta es: partiendo del art. 1º de la Ley de Transferencia

Se transfieren a la Comunidad Autónoma de Canarias las facultades sobre las materias de titularidad estatal contenidas en los artículos de su Estatuto de Autonomía,...

hemos de ir a buscar otra vez en el Estatuto de Autonomía.

(21) *Op. cit.* pág. 86, legislar es innovar.

(22) Véase, en Sánchez González, 1986, pág. 1.134.

(23) Nota 26, comentado en Díez-Picazo (en prensa).

Se puede concluir que al no estar prevista competencia en materia civil (en cuanto al desarrollo) en el Estatuto de Autonomía de Canarias la misma pasa a ser Estatal, según la Constitución, art. 149.3:

... La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado...

Es el mismo Estatuto de Autonomía de Canarias el que hace ineficaz la aplicación del apartado b) del art. 1º de la Ley de Transferencia (supra); y, por extensión, la legislación civil establecida en el art. 149.1, 8º de la Constitución (materia cuya competencia es compartida Estado-Comunidad Autónoma, reservada al Estado la legislación base, y la legislación desarrollo a la Comunidad Autónoma). Con esta interpretación se cierra la posibilidad que la vía del art. 150 de la Constitución permite a la Comunidad Autónoma asumir competencia, vía recogida en la Ley de Transferencia.

Ahora bien, no nos cabe que a través del art. 149.1, 8º de la Constitución se esté favoreciendo unas Comunidades Autónomas que por llamarse forales se les puedan reconocer mayores facultades normandi, esto es, sean creadoras de Derecho, aun cuando sólo sea para conservar, modificar y desarrollar.

Lo que nos lleva al campo estudiado de las vías de atribución de competencias a las Comunidades Autónomas. En esta línea vemos una salida a favor de asumir competencia la Comunidad Autónoma Canaria pues en el art. 35, a) del Estatuto de Autonomía de Canarias se recoge como uno de los procedimientos a utilizar por la Comunidad Autónoma Canaria para asumir competencia, el que esa iniciativa de asumirlas parta de “*del Parlamento de Canarias*”, además, del “Gobierno de la Nación, del Congreso de los Diputados o del Senado”.

Luego, “podrá” el Parlamento de Canarias, recabar de las Cortes Generales (art. 150.1 de la Constitución), del Estado (art. 150.2 de la Constitución) que se le atribuya a la Comunidad Autónoma Canaria la facultad de dictar “para sí misma normas legislativas en el marco de los principios, base y directrices fijados por una ley estatal” art. 150.1, y que se le transfiera o delegue “facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación” art. 150.2.

En consecuencia “podrá” el Parlamento de Canarias para las materias recogidas en leyes especiales y con incidencia civil, en base al art. 149.1, 8º de la Constitución interpretando el término “especiales”, legislar desarrollando

sus leyes especiales, aun sólo fuese en cuanto a conservar, modificar y desarrollar dicha ley.

No estamos en posición de manifestar una postura definitiva sobre el tema, puesto que exige un estudio en profundidad del mismo y nuestra investigación se circunscribe a apuntar un matiz de los muchos que se puede extraer del art. 149.1. 8º de la Constitución. Pero sí hemos de aventurarnos a opinar que las Comunidades Autónomas no forales, pero sí especiales también pueden legislar en materia civil. Cuando el texto Constitucional en el art. 149.1. 8º inciso primero habla de “especiales”, hemos de eliminar la postura que identifica especial con foral, desvirtuando toda otra aplicación; y conducirlo independientemente de foral, enlazándolo con “allí donde exista”. Y si en la Comunidad Canaria al tiempo de la aprobación de la Constitución existían leyes especiales, sin ser la Comunidad Autónoma Canaria una región con Derecho Foral, ha de inferirse que le es de aplicación el art. 149.1. 8º, que permite legislar en materia civil, y la competencia sobre esta materia la “podrá” adquirir por cualquiera de las vías descritas para asumir competencia la Comunidad Autónoma.

De no ser así, vulneraría el principio de igualdad constitucional, actuándose en detrimento de unas Comunidades que por carecer de historia hispánica, no han instaurado un sistema legislativo que reconozca su singularidad.

Resumiendo:

1º. Las Comunidades Autónomas podrán recabar del Estado (que “podrá” atribuirles, transferirles, delegarles, corresponderles) competencias asignadas a éste, utilizando las vías Constitucionales de atribución-distribución de competencia, arts. 148.1, 150.1, 150.2, 149.3 de la Constitución. La Comunidad Autónoma Canaria puede adquirir competencia a través de dichas vías.

2º. En el art. 149.1. 8º de la Constitución con la expresión “sin perjuicio” se faculta a las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil. Pero siguiendo el contenido dictado en dicha salvedad, a modo de requisito.

3º. El término “o especiales”: la conjunción “o” indica que Foral no es sinónimo de especial; el término “especial” indica que la norma regula materia “concreta”. Con la Constitución el Derecho Foral evoluciona, y toma sentido de Derecho Civil propio. Con la Constitución no hay unos derechos frente a otros sino derechos que coexisten.

4º. La Comunidad Autónoma Canaria “podrá” tener competencia legislativa en materia civil, a raíz de la interpretación del término “especiales”

del art. 149.1. 8º de la Constitución y del art. 35.a) del Estatuto de Autonomía de Canarias, a propuesta del Parlamento Autónomo de Canarias, recabando del Estado competencia para la conservación, modificación y desarrollo de las Leyes especiales existentes.

BIBLIOGRAFÍA

1978. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: "VI. La aplicación del Código Civil en el ámbito de las legislaciones forales". Comentario al art. 13 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo I. Edersa, 1978, s.l., págs. 473 y ss.
1980. *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático*, dirigido por los profesores Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. 1ª Edic. 1980. Madrid, Edit. Civitas.
1983. ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*. 5ª Edic. 1983. Barcelona. Bosch. págs. 10 y ss.
1983. GARCÍA-AMIGO, Manuel: "La competencia legislativa civil según la Constitución", *Revista de Derecho Privado*, 1983, págs. 435 y ss.
1986. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo I, vol. 1º. 12ª Edic. 1986. Madrid. Reus, revisada y puesta al día por José Luis de los MOZOS.
1986. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. 5ª Edic. 1986. Madrid, Tecnos.
1986. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. I. 1986. Madrid. Civitas.
1986. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª Paz: "Competencia de los Parlamentos Autónomos en la elaboración del Derecho Civil: Estudio del artículo 149.1. 8º de la Constitución". *A.D.C.* 1986, págs. 1.121 y ss.
1986. TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional*. 2. 1986. Madrid. Átomo Ediciones.
1987. OTTO, Ignacio de: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. 1987. Barcelona. Ariel.
- En prensa. (Jornadas sobre Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas. Días 19, 20 y 21 de mayo de 1988. Granada).
- DÍEZ-PICAZO, Luis: Ponencia: "Las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil".

SOBRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y LA ACCIÓN EXTERIOR DEL DELEGADO DEL GOBIERNO EN CANARIAS

CARMELO CALDERÍN GONZÁLEZ

ABOGADO

FUE PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO-I EN EL CURSO 86/87

ÍNDICE

**PARTE I: LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ESTATUTO
DE AUTONOMÍA DE CANARIAS.**

**PARTE II: LA ACCIÓN EXTERIOR DEL DELEGADO DEL GOBIERNO
EN CANARIAS.**

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Canarias, por su situación especial, reúne una serie de características propias que configuran el denominado “hecho diferencial canario”, puesto que, no sólo se trata de un archipiélago con todas sus consecuencias (alejamiento de la Península, dificultad en las comunicaciones, régimen aduanero especial, modo de adhesión diferenciada a la Comunidad Económica Europea, etc.), sino que su situación geográfica, por su proximidad al África, en especial a Marruecos y a la zona conflictiva del antiguo Sáhara Español, convierten a las Islas en una Región-frontera, cuyas circunstancias difieren sensiblemente de otras regiones-frontera de nuestro Estado, fundamentalmente por la no muy lejana pérdida de las colonias del África que servían a Canarias como telón protector, y que ahora la hacen enfrentarse a una situación de guerra abierta en sus proximidades, con todas las consecuencias que ello trae consigo, como puedan ser el constante apresamiento de pesqueros y los ataques salvajes que sufren los pescadores, en una región en la que antes de la pérdida de la colonia estaban como en “casa”.

Esos hechos, difíciles de ser aceptados por un pueblo pacífico como el canario, son aprovechados por movimientos supuestamente independentistas, que apoyados por naciones próximas tratan de romper el difícil equilibrio de la zona. La reciente autonomía del archipiélago ha venido a acallar a estos últimos, pues, aunque sea en las formas han asumido las vías democráticas de diálogo.

Sin embargo, los gobernantes autónomos no han podido o quizás no han querido, obtener una real y efectiva participación en las relaciones internacionales de Canarias, contando con muchísimos más argumentos que ninguna otra Comunidad Autónoma para conseguir ese “algo más” que tan necesario se nos hace a los canarios, esa participación efectiva en la resolución de los problemas internacionales que nos afectan, esa aportación de posibles soluciones, que nadie mejor que los canarios conocen, y que podría dar un giro de 180 grados a tantos problemas como tienen con sus vecinos.

Nuestro ejemplo a seguir es el caso de los archipiélagos portugueses del Atlántico (regiones autónomas de Azores y Madeira), que según la Constitución Portuguesa de 1976 en su artículo 229,1 les reconoce el poder de “participar en las negociaciones de tratados y acuerdos internacionales que les afecten directamente, así como de los beneficios derivados de los mismos”.

PARTE I: LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CANARIAS

Nuestra Constitución de 1978 implanta una nueva organización territorial. Del Estado centralista y unitario, se ha pasado al Estado descentralizado y dividido en Comunidades Autónomas. Para el ejercicio de ese derecho a la autonomía, los diferentes Estatutos han asumido como propias una serie de materias, entre las que queda excluida, por establecerse expresamente en el artículo 149,1-3º de la Constitución Española, las “Relaciones Internacionales” como competencia exclusiva del Estado. Remiro Brotons cree que aunque “las relaciones internacionales han tenido su propia y peculiar sustancia en el pasado, hoy ya no son una materia diferenciada de las demás que se registran en los 32 números del artículo 149 o en los 22 del artículo 148, sino un ÁMBITO DE ACCIÓN en el que todas ellas (las materias) puedan estar presentes”. Este autor considera, y el caso es perfectamente aplicable a Canarias como región fronteriza, que en las competencias atribuidas a esta Comunidad Autónoma, no se agotan dentro de la Región Canaria sino que pueden y deben tener una proyección exterior, a través de una participación del ente autonómico en las relaciones internacionales, “siempre que no —y siguiendo al mismo autor— pretenda deducir de ello un estatuto jurídico internacional ni entrar en pactos internacionalmente exigibles” (V. gr.: La comunidad autónoma canaria, en base a los artículos 34 y 35 de su Estatuto de Autonomía en relación con la “Ley Orgánica 11/1982 de 10 de agosto de transferencias complementarias a Canarias” tiene competencias legislativas y de ejecución —en relación con el artículo 149,1-19º de la Constitución Española de 1978— en la ordenación del sector pesquero; es evidente que la ordenación de este sector depende en gran medida de los acuerdos a que se llegue con países como Marruecos y Mauritania para el uso del Banco Canario-Sahariano. La correlación en este aspecto es tan íntima, que exige una coordinación efectiva entre la administración estatal y la administración autónoma, con objeto de realizar una planificación adecuada del sector pesquero canario).

A continuación, en los próximos capítulos, vamos a hacer una referencia al Derecho comparado y a la regulación de los restantes Estatutos de Autonomía, a los Anteproyectos y Proyecto de Estatuto, y por fin a la redacción que ha quedado como definitiva.

I

En el Derecho Comparado, encontramos numerosos ejemplos de Estados en los que sus regiones participan, ya sea mediante la autorización de acuerdos referentes a materias de su propia competencia por sus órganos representativos, el envío de observadores, posibilidad de instar algún tipo de tratado, etc. Los Länder de la República Federal de Alemania, las Regiones de Italia, los Cantones de Suiza, entre otros tienen potestades más o menos amplias en ese aspecto. Diversas constituciones contemplan la posibilidad de celebrar por parte de las entidades componentes del Estado sus propios tratados (República Federal de Alemania, Unión Soviética, Suiza, etc.).

La Constitución Española en su artículo 2 “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. Así las diferentes comunidades autónomas formadas a partir de la Constitución, han ido asumiendo ya mediante el Estatuto de Autonomía correspondiente, ya mediante leyes orgánicas posteriores, diversas competencias, en materia de relaciones internacionales; tenemos en primer lugar a los que reconocen el derecho de “instar a los órganos centrales del Estado la negociación de cierta clase de tratados y el de recibir información sobre la de aquellos que afectan a determinadas materias”.

El Estatuto Andaluz en su artículo 23,1 y 3 toca este aspecto así:

1.— “La Junta de Andalucía será informada en la elaboración de los Tratados y Convenios internacionales así como de los proyectos de legislación aduanera, en cuanto afecten a materias de su específico interés”.

3.— “... La Junta de Andalucía podrá dirigirse al Gobierno de la Nación instándole a la celebración de Convenios o Tratados con países de recepción de emigrantes andaluces para una especial asistencia de los mismos”.

El Estatuto de Aragón en su artículo 40,1 dice: “La comunidad autónoma de Aragón podrá solicitar del Gobierno de la Nación la celebración de Tratados o Convenios internacionales en materias de interés para Aragón y, en especial, los derivados de su situación geográfica como región fronteriza”.

El de Asturias en su artículo 8 dice: “El Principado de Asturias podrá solicitar del Estado que, para solicitar lo dispuesto anteriormente, celebre los oportunos Tratados o Convenios internacionales con los Estados donde existen dichas Comunidades” (refiriéndose a las comunidades asturianas asentadas fuera de Asturias).

El del País Vasco en su artículo 20.5: “El Gobierno Vasco será informado en la elaboración de los Tratados y Convenios, así como de los proyectos de legislación aduanera, en cuanto afecten a materias de específico interés para el País Vasco”. El número tres del mismo artículo dice: “Ningún Tratado o Convenio podrá afectar a las atribuciones y competencias del País Vasco si no es mediante el procedimiento del artículo 152,2 de la Constitución, salvo lo previsto en el artículo 93 de la misma”.

Y por fin el de Cataluña, lo regula en su artículo 27,5: “La Generalidad será informada, en la elaboración de los Tratados y Convenios, así como en los proyectos de legislación aduanera, en cuanto afectan a materias de su específico interés”.

En segundo lugar, a los que reconocen el derecho de instarlos, así tenemos el Estatuto de Baleares en su artículo 8,2 dice: “La Comunidad Autónoma podrá solicitar del Estado español que, para facilitar la disposición anterior, celebre, en su caso, los pertinentes Tratados internacionales” (refiriéndose a las Comunidades Baleares establecidas fuera del territorio de la Comunidad Autónoma).

El de Cantabria en su artículo 6 punto 2: “La Diputación Regional podrá solicitar del Estado que, para facilitar lo anteriormente dispuesto, celebre en su caso, los oportunos Tratados o Convenios internacionales con los Estados donde existan dichas Comunidades” (Comunidades montañosas o cántabras).

El de Castilla-La Mancha en su artículo 7: “La Comunidad Autónoma podrá solicitar del Estado que, para facilitar lo dispuesto anteriormente, celebre los oportunos tratados o convenios internacionales con los Estados donde existan dichas Comunidades” (Castellano-Manchegas).

El de Extremadura en su artículo 3 establece también el derecho a instar tratados en beneficio de los emigrantes extremeños.

El de Galicia que en su artículo 7 viene a decir lo mismo que el anterior.

En tercer lugar los que reconocen sólo el derecho a información, como el de Madrid en su artículo 33,1: “La Comunidad de Madrid, será informada de la elaboración de los Tratados y Convenios internacionales, así como de los proyectos de reglamentación aduanera, en cuanto pudieran afectar a materias de su específico interés”.

El Estatuto de Murcia en su artículo 12 dice: “El Consejo de Gobierno de la Región será informado por el Gobierno del Estado de los Tratados Internacionales que interesen a esas mismas materias” (de su competencia).

El de Navarra recoge también el derecho del Gobierno a ser informado.

En este último grupo está el Estatuto de Canarias.

Y por último, los que desconocen cualquiera de estos aspectos, como el Estatuto Valenciano y el de La Rioja.

Vemos cómo en ningún caso se concede el “Ius ad Tractatum”, así pues, ninguna Comunidad Autónoma puede concertar por sí misma ningún tratado o Convenio Internacional. Algunas Comunidades Autónomas someten la participación, siempre limitada, en la estipulación de los tratados a “materias de interés específico”, unas mediante el derecho a ser informadas y otras tienen una participación reforzada en la estipulación de los tratados “que afectan a materias atribuidas a su competencia”, como puede ser el Estatuto Vasco. También está muy extendido, sobre todo en las regiones de las que ha salido emigración abundante, el derecho a instar Tratados o Convenios en beneficio de los originarios de esas Comunidades Autónomas que residen en el extranjero. Esto ha sido una omisión clara en el Estatuto de Canarias, donde apenas se trata el tema, pues de sobra es conocida la multitudinaria presencia de canarios en Venezuela y otros países de América Latina, esta omisión se trata de sortear por otros medios, por relaciones establecidas principalmente por el Gobierno de Canarias.

Descartada ya la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan celebrar tratados, en base a que esta materia, por su propia naturaleza, queda excluida mediante el artículo 150,2 de la Constitución (Diario de Sesiones del Congreso, Pleno 21-7-78 nº 116), Remiro Brotons propone la “aprobación de una ley orgánica en que se reconozcan a todas o algunas comunidades una cierta capacidad convencional en materias de interés estrictamente local o regional, bajo la tutela y con la autorización de los órganos centrales del Estado”. La solución, parece estar en la elaboración de “tratados marco” que sirvan de encuadre a los acuerdos concertados por las entidades a tal efecto autorizadas. Pudiéndose de esta forma, dar salida a la iniciativa regional y local, en materia de cooperación transfronteriza. Ejemplo de esto último, son los tratados de límites con Francia (1856, artículo XIV; 1862, artículo XXIII; 1866, artículo XXIX) que “conservan a los fronterizos o rayanos el derecho que han tenido siempre de celebrar entre sí, con la precisa intervención de las autoridades

competentes y por un plazo máximo de 5 años, convenios de pastos u otros que puedan ser provechosos o convenientes para sus intereses y buenas relaciones de vecindad''. En este camino el Convenio-marco europeo abierto a la firma el 21 de mayo de 1980 por el que se tratan de encauzar las numerosas iniciativas tanto regionales como locales. El 15 de abril de 1983 se constituyó la Comunidad de Trabajo de los Pirineos: Aquitania, Aragón, Cataluña, Euzkadi, Languedoc-Rousillón, Midi-Pyrénées, Navarra y Andorra. Que es consecuencia del primero.

Más adelante, en otra parte de este programa, trataremos la figura del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Canarias, pues en varias ocasiones ha sido designado para representar al Estado Español, en defensa de nuestros intereses específicos frente a los vecinos países del África. Desempeñando funciones que corresponderían a los agentes diplomáticos españoles en esos países.

En lo referente a la ejecución por las Comunidades Autónomas de las obligaciones internacionales del Estado, el Anteproyecto de 5 de enero de 1978 de Constitución decía que era competencia exclusiva del Estado la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones internacionales. Esto desaparecería en el anteproyecto de 17 de abril. En el texto definitivo de la Constitución su artículo 93 menciona que "corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados —refiriéndose a los que atribuyan el ejercicio de las competencias derivadas de la Constitución a una organización o institución internacional— y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión". Así se configura un sistema, en el que se puede distinguir entre la ejecución propiamente dicha y la fiscalización de esa ejecución. Y, aunque la fiscalización, parece claro, que queda de cuenta de los órganos centrales del Estado, la simple ejecución, y siempre que no salga del ámbito de materias asumidas como propias por el Estatuto, puede ser llevada a cabo por la Comunidad Autónoma. Muchos Estatutos de Autonomía han asumido esta competencia, entre otros:

El de Andalucía en su artículo 23,2: "La Comunidad Autónoma adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados y Convenios Internacionales en los que afecten a las materias atribuidas a su competencia...", de la misma forma se le trata en los Estatutos del País Vasco (artículo 20,3), Cataluña (artículo 27), Madrid (artículo 33,2) etc.

El Estatuto Aragonés llega más allá, pues en su artículo 40,2 no sólo repite lo anterior, sino que, prevé el caso de que organizaciones internacionales

dicten actos normativos que afecten a materias propias de su Comunidad Autónoma, reservándose también, en este caso, la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para su ejecución. La misma mención hace el Estatuto de la Comunidad Murciana. Los que omiten la posibilidad de ejecución son el de Galicia, Cantabria, La Rioja y la Comunidad Valenciana.

Dos son los peligros que podría entrañar esta ejecución por parte de los Entes Autonómicos, en primer lugar el posible retraso, negligencia o incluso rebeldía, y en segundo lugar, su desorden y falta de uniformidad. Ningún Estatuto prevé esta posibilidad, por lo que hemos de acudir a la Constitución, en el primer caso, el artículo 153 señala a través de quién se ejerce el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: (letra a) “Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley” en relación con el artículo 161 c): “De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas...” (competencia Tribunal Constitucional).

GOBIERNO: (letra b) “Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150”.

TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS: (letra c) “Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias”.

Si la Comunidad Autónoma llegara al extremo de la rebeldía y “no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España”, el Gobierno en base al artículo 155 de la Constitución, y previa la aprobación del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general”.

Para el segundo caso (desorden y falta de uniformidad), se puede utilizar el artículo 150,3: “El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general”.

En cualquier caso, el Estado de una u otra forma y caso de producirse una “anormalidad” en el funcionamiento de las Instituciones Autonómicas,

interviene y restablece la normalidad según y por los medios previstos en los precitados preceptos constitucionales.

A lo largo del capítulo, hemos podido ver, la regulación de esos tres aspectos fundamentales de las relaciones internacionales, cuales son la preparación o negociación, la celebración y la ejecución de los Tratados y Convenios Internacionales por parte de las Comunidades Autónomas, y terminar con los medios de control que nuestra Constitución dispone para evitar desviaciones.

II

En este capítulo vamos a analizar cómo venía regulado el tema de las competencias internacionales de Canarias en los Anteproyectos de Estatuto y cómo se redactó el Proyecto, para así, y ya en el próximo capítulo, pasar a analizar el Estatuto vigente, comentando a un tiempo la actividad que realiza el ejecutivo canario en materia de relaciones internacionales.

Tanto los anteproyectos de Estatuto elaborados por los partidos P.C.C., P.S.C.-P.S.O.E. y U.C.D., así como el Proyecto de Estatuto, atribuían a la Comunidad Autónoma de Canarias unas competencias en materia de relaciones internacionales más completas que las de cualquier otro Estatuto actualmente vigente, y aun de los Estatutos del País Vasco, Cataluña y Galicia, que eran los pioneros por la época. Esto no era más que una muestra de la concienciación que se tenía en la Región con respecto a la especial situación de Canarias, que a la sazón con la muy reciente descolonización del Sáhara, estaba pasando por verdaderos momentos de tensión.

El primer Anteproyecto al que nos referiremos será el del P.C.C. (Partido Comunista de Canarias), regula el tema en su artículo 12 donde afirma que en “los tratados que afectan específicamente al área geográfica de Canarias”, la Comunidad Autónoma, no sólo “intervendrá” en el procedimiento de elaboración, sino que además tendrá un “Derecho de veto”, a cualquier tratado o convenio que “afecte al área geográfica del archipiélago”, en contraposición a la regulación que al mismo tema le dio el Estatuto Vasco, donde queda restringida esta posibilidad al ámbito de las competencias asumidas por el Estatuto.

En cuanto a la ejecución de tratados, no estaba previsto asumir ninguna competencia.

El anteproyecto del P.S.C.-P.S.O.E. toca este tema de las competencias internacionales en su artículo 26 apartados 3º y 4º, donde se establece la garantía del procedimiento del artículo 152,2 de la Constitución: “Una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos, solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes”. Siguiendo la estela del Estatuto Vasco, ahora que sin el límite que hace al artículo 93 de la Constitución a las Organizaciones internacionales, y que este Estatuto lo mencionaba expresamente. También recogía este anteproyecto, el derecho del “Consejo de Gobierno” —como se llamaba el ejecutivo— a estar representado directamente en la “elaboración y negociación de los tratados y convenios” siempre que “afecten a materias de específico interés para Canarias”. En base a esto podía tener en los órganos externos del Estado a sus propios representantes.

Respecto a la ejecución de los tratados, no se hacía mención de competencia alguna sobre las medidas normativas indispensables para dar cumplimiento a los tratados que afecten a su ámbito de competencias.

Por fin el anteproyecto de la U.C.D., que vamos a analizar conjuntamente con el Proyecto de Estatuto, pues el primer texto sirvió de base al segundo, aprobado con el apoyo del mismo partido que lo elaboró en la Asamblea de Parlamentarios. Así el tenor literal del artículo 33 del anteproyecto era:

1.— “La Comunidad Autónoma estará presente, a través del Gobierno de Canarias y en el seno de la legislación (¿legación?) española, en la negociación de los convenios y tratados internacionales, en cuanto afecten a materias o áreas de específico interés para Canarias”.

2.— “Ningún tratado o convenio podrá afectar a las atribuciones o competencias de Canarias si no es por el procedimiento previsto en este Estatuto para su reforma”.

3.— “La Comunidad Autónoma Canaria estará presente en la representación española en las Conferencias y Organismos Internacionales, políticos o científicos, en que se debatan asuntos de específico interés para Canarias”.

Mientras que el Proyecto de Estatuto en su artículo 32 venía a decir:

1.— “El Gobierno de Canarias, en el seno de las legislaciones españolas en el extranjero, estará presente y será necesariamente oído en las negociaciones de Convenios y Tratados Internacionales, en cuanto afecten a materias o áreas de específico interés para Canarias”.

2.— “Ningún Tratado o Convenio podrá afectar a las atribuciones o competencias de Canarias, si no es por el procedimiento previsto en el presente Estatuto para su reforma”.

3.— “El Gobierno de Canarias estará presente en el seno de toda representación española en las Conferencias españolas y Organismos políticos o científicos en que se debatan o traten asuntos de específico interés para Canarias”.

Vemos cómo en cuanto a la estipulación de Tratados, existen coincidencias con el anteproyecto del P.S.C.-P.S.O.E. Se garantizaba el respeto al ámbito competencial de Canarias, lo que traería consigo la participación activa de la Comunidad Autónoma en la negociación de ciertos tratados. De haberse conseguido habría sido un gran paso adelante en la solución de muchos problemas que afectaban y afectan directamente al archipiélago.

En cuanto a las competencias de ejecución, no se menciona su asunción en ninguno de los artículos de ambos textos: Anteproyecto de la U.C.D. y Proyecto de Estatuto.

III

Aunque el Proyecto de Estatuto contemplaba una más amplia atribución de competencias a la Comunidad Autónoma, en la redacción definitiva quedaron esas competencias mucho más recortadas; así el artículo 37 del Estatuto de Canarias, refiriéndose a la elaboración de los Tratados y Convenios Internacionales, en su número 1 dice:

“La Comunidad Autónoma de Canarias será informada en la elaboración de los tratados y convenios internacionales y en las negociaciones de adhesión a los mismos, así como en los proyectos de legislación aduanera en cuanto afecten a materias de su específico interés. Recibida la información el Órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma emitirá, en su caso, su parecer”.

De tener una participación, tal y como se regulaba en el Proyecto, se pasó a sólo tener derecho a “ser informado” en la elaboración y negociación de tratados, pero siempre “en cuanto afecten a materias de su específico interés”. En cualquier caso el Órgano de Gobierno puede emitir su parecer, pero sin concederle la más mínima posibilidad de que dicho parecer sea vinculante. Aunque los demás Estatutos silencian esta posibilidad de proponer su parecer, este silencio no la excluye, pues de alguna forma podrán manifestar su opinión, y más en los casos en los que se les reconoce un derecho a “ser informado”.

Como podemos comprobar, ha habido un recorte bastante notorio del paso que lleva del Proyecto al Estatuto definitivo, aparte de los recelos que podrían rondar a la Administración Central, y más, dada la situación que se vivía en esos momentos, podemos señalar ya en el plano estrictamente jurídico un dictamen que sobre el Anteproyecto y el Proyecto de Estatuto hizo la Universidad de La Laguna, por encargo de la Junta de Canarias, en el que se recomendaba “que las competencias asumibles en su caso, a través del artículo 150 de la Constitución sean enunciadas fuera del articulado del Estatuto en una disposición adicional cuya formulación podía ser, según Yanes Herreros, la siguiente:

1.— “La Comunidad Autónoma Canaria podrá asumir las competencias que el Estado, en su caso le atribuya, transfiera o delegue en las siguientes materias:

a) Enseñanza; b) Seguridad Social; c) Prensa, radio y televisión...

2.— “La solicitud y la aceptación de las citadas competencias requerirá la aprobación del Parlamento de Canarias”.

En esta disposición adicional sería donde hubieran tenido cabida las relaciones internacionales. Pues entran dentro del tipo de competencias, atribuidas por la Constitución, en principio, al Estado. Y entonces, la única forma de transferir dichas competencias es a través del artículo 150,2 de la Constitución, y no en todos los extremos que en su caso comprenderían las “Relaciones Internacionales”, siendo evidente que este concepto como totalidad por su propia naturaleza es indelegable, siéndolo sólo en ciertos aspectos, que hicieran alcanzar el techo máximo previsto en los Anteproyectos y el Proyecto definitivo. Desafortunadamente no se incluyó esa disposición adicional, y más aún, este problema no se ha planteado como una reivindicación frente al Gobierno Central, sino que se ha desistido de obtener concesiones de ningún tipo en un tema tan importante como éste.

En cuanto a la ejecución de los Tratados, el artículo 37,2 del Estatuto dice:

“La Comunidad Autónoma adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los tratados y convenios internacionales en lo que afecten a materias atribuidas a su competencia, según el presente Estatuto”.

Vemos que las competencias en cuanto a la ejecución —no incluidas en el texto de los Anteproyectos y en el Proyecto, quizás porque se presumía que quien tiene lo más (participación en la elaboración de tratados y convenios),

tiene lo menos (ejecutarlo conforme a las competencias asumidas)—; pero que posteriormente al ser suprimido el derecho a “participación”, se hizo necesario hacer constar la posibilidad de ejecutarlo siempre que afectase a las competencias asumidas. Entendiendo por tales “materias atribuidas a su competencia, según el presente Estatuto”, no sólo las competencias asumidas en el propio Estatuto (aun cuando todavía no se hayan desarrollado), como son las de los artículos 29 y siguientes, sino las que se asuman en base a los artículos 34 y 35 (donde cambia la modalidad).

Nos surge la duda en el caso de que se delegara cualquier competencia no asumible expresamente según el Estatuto, si esas competencias fueran reguladas con posterioridad por un tratado o convenio internacional, ¿tendría la Comunidad Autónoma competencias de ejecución como vendría teniéndolas hasta el momento de la entrada en vigor del tratado o convenio?

Un olvido, que consideramos importante por el hecho de que existe una gran colonia de canarios en Venezuela, y sin embargo, no se tuvo en cuenta este hecho para regular estatutariamente la posibilidad de proponer un tratado con países como este que he mencionado, donde existan grandes comunidades cuyo origen sea esta Región, olvido al parecer intencionado, pues fueron numerosos los Estatutos, que no pudieron pasar inadvertidos al legislador por el hecho de ser anteriores, y en otros aspectos sirvieron de modelo al texto vigente.

A pesar de las limitaciones antes contempladas, el Gobierno de la Comunidad Autónoma mantiene, siempre a título particular y a través de diversas empresas (tanto públicas como privadas) amplios contactos con países extranjeros, que estén conectados de una u otra forma con nuestro archipiélago, de esta manera se realizan de forma constante, promociones tanto turísticas como comerciales en diversos países de Europa y África.

Las relaciones más estrechas se mantienen con los archipiélagos del Atlántico (Azores y Madeira), países con estrechos vínculos humanos como Venezuela, o con los que tradicionalmente se ha comerciado (Marruecos, Mauritania y el África negra atlántica). Estos contactos se desarrollan en amplia conexión con las delegaciones diplomáticas españolas en los diversos países, con los que se establecen contactos previos para la preparación de los viajes del Presidente del Gobierno, altos funcionarios, empresarios e incluso artistas canarios, conectando así con diversos sectores del país visitado. En realidad es la delegación española en el país visitado, la que previamente a través del Ministerio de Asuntos Exteriores Español es avisada de la visita, con lo cual prepara los contactos a realizar durante la misma.

Con objeto de encauzar las exportaciones canarias, hace poco más de dos años, se creó la empresa con mayoría de capital público PROEXCA (Promociones Exteriores Canarias S.A.), cuyo mayor accionista es el Gobierno de Canarias a través de la Viceconsejería de Economía y Comercio, también colaboran la Caja Insular de Ahorros y la empresa Sodicán. Tiene una oficina abierta en Bruselas, y ha proyectado la apertura de otra en África. Sus representantes acompañan con asiduidad al Presidente del Gobierno Canario en todos sus viajes. Su objetivo es el fomento de las exportaciones canarias y el establecimiento de canales de comercialización estables para sus productos hacia Europa, África y América. Su actividad, pues, se basa en ofrecer una serie de servicios como la creación de relaciones comerciales con entidades públicas o privadas extranjeras, la concentración de la oferta, organización de grupos de firmas y normalización de productos, la gestión de consultas sobre trámites relacionados con el comercio exterior, la asesoría sobre financiación de exportaciones, la realización de estudios de mercado con vistas a la exportación, la colaboración en la promoción de productos exportables, etc.

Como vemos ejercen un papel de intermediarios, incluso dándose el caso de llegar a suministrar a Gobiernos como el Mauritano con determinados productos canarios.

PARTE II: LA ACCIÓN EXTERIOR DEL DELEGADO DEL GOBIERNO EN CANARIAS

La figura del Delegado de Gobierno viene regulada en la Constitución, su artículo 154 dice: “Un delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinará, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad”.

El desarrollo de este precepto constitucional se realizó por el RD 2.238/1980 de 10 de octubre (Normas de actuación de los Delegados del Gobierno) y por el RD 1.801/1981 de 24 de julio (sobre el régimen jurídico de la administración del Estado. Reforma de la Administración periférica).

Sin embargo, la crítica a que dio lugar el hecho de que un precepto constitucional se desarrollara por Decreto determinó el que se regulara por una norma con rango de ley formal, así se dictó la Ley 17/1983 de 16 de noviembre. Esta ley es tremendamente ambigua, pues su propia Exposición de Motivos se centra

en la “flexibilidad” que se le quería dar a la figura, y se basa en la regulación del estatuto personal del Delegado, limitándose a ampliar en poca cosa el texto del artículo 154 de la Constitución, por lo que se refiere a las funciones a desempeñar.

Es el Delegado el eslabón que une la Administración Autonómica con la Administración Central, su papel de coordinador al menos en Canarias —como ya hemos dicho, reúne unas condiciones especiales por ser región-frontera— va más allá de la función que pueda realizar cualquier otro Delegado del Gobierno. La especialidad que diferencia al Delegado del Gobierno en Canarias de cualquier otro, consiste en la actividad que realiza en materia de relaciones internacionales, sólo y exclusivamente con respecto a Canarias; esta tarea, que no tiene su apoyo en ninguna norma expresa, es incluso diversa en su contenido, pues se ha desarrollado en un doble sentido:

En primer lugar, hace apenas unos meses, se celebró en la ciudad de Dakar una reunión del Delegado del Gobierno en Canarias con los embajadores de África Occidental para tratar el tema de las facilidades de acceso para los comerciantes africanos a Canarias. Pues en ciertos países de esas zonas, no existen delegaciones españolas, así que los ciudadanos de un país que carece de Embajada, debían trasladarse a otro país donde la hubiera, a efectos de solicitar el visado de entrada, y se trataba de acelerar estos trámites. En estos casos, el Delegado del Gobierno representaría al Ministro de Asuntos Exteriores Español.

En segundo lugar, en los recientes apresamientos de pesqueros canarios en Mauritania, ha sido el Delegado del Gobierno en Canarias quien ha mantenido conversaciones con las autoridades mauritanas, consiguiendo la liberación de los pescadores y la rebaja de las multas. En este caso, parece que actúa como un agente extraordinario, encargado de llevar a cabo una misión concreta, como sería la negociación antedicha.

BIBLIOGRAFÍA

Leyes y Reglamentos Básicos de la Comunidad Autónoma de Canarias. Servicio de Publicaciones de la Consejería de la Presidencia.

A. MATEO: *Canarias en la C.E.E.: Análisis de una integración*. Gráficas Pemaldoro. Las Palmas, 1986.

A. REMIRO BROTONS: *La acción exterior del Estado*. Editorial Tecnos S.A., 1984.

DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos S.A., 1980.

PÉREZ VOITURIEZ y otros: *Canarias ante el Derecho Internacional*. Editorial Círculo de Estudios Sociales de Canarias.

ELOY RUILOBA: "Repercusiones del ingreso de España en la C.E.E. sobre las Comunidades Autónomas y en particular sobre Canarias". *Revista del Foro Canario* nº 65, págs. 59-75.

MARTÍN OROZCO MUÑOZ: "La función coordinadora interadministrativa de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas". *Revista del Foro Canario* nº 67, págs. 89-162.

J. PAYNO: *Dictamen acerca del informe de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo de Ministros sobre la adhesión de las Islas Canarias*.