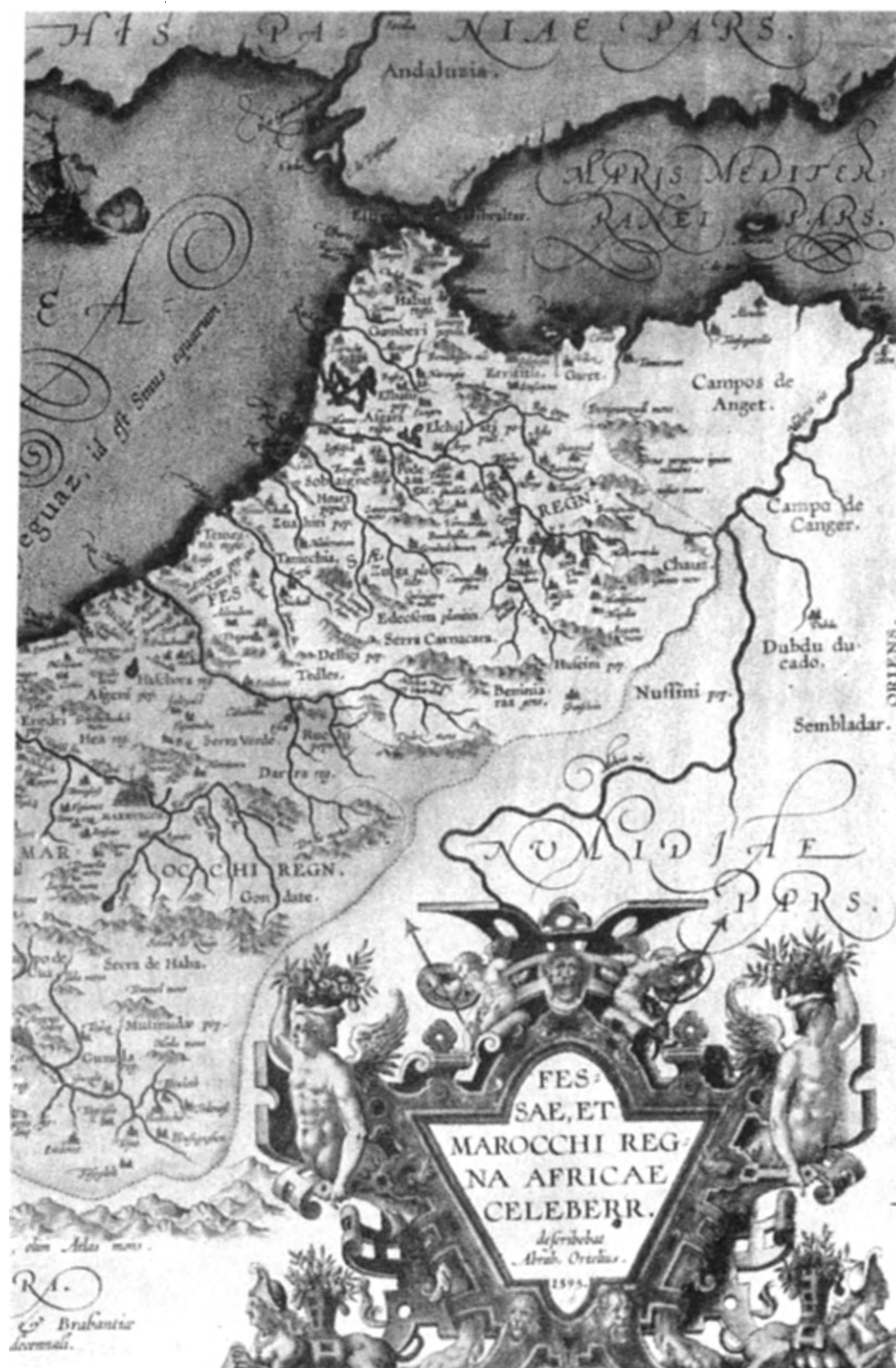


Revista del Foro Canario

84



Las Palmas de Gran Canaria, 1992

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

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 XXXV

Enero - Abril

1992-I

S U M A R I O

	Págs.
<i>“Consideraciones sobre el matrimonio y las relaciones parentales y paterno-filiales a la luz del derecho de extranjería”</i> por don JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD	9
<i>“Intervención del Letrado en las primeras declaraciones que se toma al detenido”</i> por don ALBERTO MANUEL LÓPEZ LÓPEZ	57
<i>“Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo”</i> por don JOSÉ SUAY RINCÓN	71
<i>“Reflexiones sobre la organización territorial e institucional de Canarias”</i> por don MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA	83

	Págs.
<i>“La negociación colectiva y el derecho de huelga en la Constitución Española de 1978”</i> por don JUAN JIMÉNEZ GARCÍA	117
<i>“La libertad de expresión y la protección del honor. ¿Derechos “en colisión” o regulación deficiente? Análisis y sugerencias en torno a un régimen jurídico”</i> por don JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR	133

CONSIDERACIONES SOBRE EL MATRIMONIO Y LAS RELACIONES PARENTALES Y PATERNO- FILIALES A LA LUZ DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD

REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

SUMARIO

1. RELACIONES FAMILIARES MIXTAS Y EL DERECHO DE EXTRANJERÍA
 - A) Idea general.
 - B) El matrimonio mixto y el ordenamiento español común de extranjería.
 - C) El matrimonio mixto y el ordenamiento comunitario de extranjería.
 - D) Relaciones parentales y paternofiliales mixtas.
2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LAS SITUACIONES FAMILIARES DESCRITAS
3. POSICIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL HIJO ESPAÑOL AL EFECTO

1. RELACIONES FAMILIARES MIXTAS Y EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

A) *Idea general.*— La existencia de matrimonios mixtos y de relaciones paternofiliales y parentales cuyos miembros acreditan una nacionalidad diversa es un hecho incuestionable y además en trance de potenciación y ello no sólo por razones de frecuencia estadística impulsada por la evidente e imparable internacionalización del mundo moderno sino también por otras estrictamente técnicas, especialmente conectadas estas últimas con la supresión del principio de unidad familiar, criterio operacional *ad casum* que provocaba antaño una pérdida forzada de la identidad nacional del cónyuge femenino y de la de los hijos sujetos a la patria potestad en beneficio de la ciudadanía más potente (la del marido o padre), eventos pertinentemente afloradores de la extranjerización irresistible del nacional y consecuentemente de la lógica imposibilidad de la categoría sujeta a consideración.

Un estudio exhaustivo de esta materia exigiría la investigación especulativa de tales relaciones familiares desde un doble prisma jurídico de indiscutible importancia interdisciplinar y operativa, binomio representado por los sendos ordenamientos de la nacionalidad y de la extranjería, ramas jurídicas que a pesar de su indiscutible especialización mantienen importantes comunes denominadores y estrechos y consistentes lazos por lo que atina a su congruente funcionalidad, bastando para poner en evidencia la absoluta certeza de este aserto el que la residencia exclusivamente homologada de conformidad con los cánones que gobiernan el *iter* administrativo de la extranjería constituye un presupuesto objetivo fundamental para la adquisición de la nacionalidad en méritos de tal contacto territorial con nuestro país, circunstancia asimismo extrapolable a otros contextos de su respectiva beligerancia que justificaría con creces el sopesamiento analítico en parangón de los calendados matrimonios mixtos y de las también mencionadas relaciones paterno-filiales de igual carácter a la luz de las solicitudes de normalización jurídica provenientes tanto del ordenamiento sobre la nacionalidad como del de la extranjería, estudio todavía más justificado en este preciso *tempus* histórico a raíz de que la primera de las preceptivas dichas ha experimentado una muy reciente innovación, materializada en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, texto legal que continúa incidiendo en la temática matrimonial privilegiando la posición del extranjero casado con español o española, permitiéndole la asunción de la nacionalidad de su cónyuge una vez que haya transcurrido un año contado desde su matrimonio (plazo que debe ser también de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición) y no estuviere separado legalmente o de hecho, ex art. 22.2 d) del Cc, conteniendo tal precepto la

importante novedad de atinar del propio modo a los viudos extranjeros del susodicho cónyuge español, si a la muerte del mismo no existiera la meritada separación legal o de hecho (y siempre que mediere el indicado plazo de un año de residencia adornado con todo el conjunto de elementos calificadores ya citados).

Tras este brevísimo recordatorio de la normativa básica de la nacionalidad en relación con los matrimonios mixtos, he de señalar que la misma, insistiendo en comportamientos omisivos que podríamos calificar de totalmente inexplicables, ha “olvidado” de nuevo incentivar el *status* de los extranjeros no casados (solteros o divorciados) en cuanto padres –con patria potestad vigente*– de un hijo español a los efectos de su eventual adquisición de la nacionalidad española mediante plazos de residencia abreviados, hipótesis cuya carencia de especialización jurídica constituye un sonoro caso de discriminación para los mismos en su eventual cotejo con los extranjeros casados con españoles, discriminación particularmente grave si tenemos en cuenta que el legislador español ha optimizado una relación –la matrimonial– de mucha menor envergadura ontológica y tuitiva que la preterida –la paternofilial– desigualdad que se hace todavía más patente –y punzante– si observamos que a los efectos del ordenamiento sobre la extranjería ambas situaciones han sido objeto de una nivelación inferencial prácticamente absoluta tal como de inmediato vamos a ver.

Dejamos, pues, para otro momento el estudio plural de las categorías familiares relacionadas y vamos a centrarnos absolutamente en la evidencia monográfica de lo que las mismas dan de sí en aras de su visionado epistemológico exclusivo desde el ordenamiento sobre extranjería, rama de preceptividad que vamos a bifurcar a su vez en dos: la común, representada por la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España de 1 de julio de 1985 (LOE) y por su Reglamento de ejecución oportunamente aprobado por el Real Decreto 1.119/1986, de 26 de mayo (RLOE); y la especial, que es la que impacta de modo directo en el *status* detentado en relación con España por los extranjeros comunitarios, parcela de facticidad atendida especialmente por la preceptiva fundacional y derivada europea y por el texto de su trasposición doméstica que es el Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

(*) O sin patria potestad cuando el progenitor extranjero acredita judicialmente el derecho de visita. Ver STS del TS de 30 de abril de 1991.

B) El matrimonio mixto y el ordenamiento español común de extranjería.

a) *Idea general.*– Vamos a partir de la base de una relación matrimonial mixta ya establecida, descartando el estudio de una hacedera, es decir, soslayando el análisis acerca de los trámites a seguir para la celebración (dentro de nuestro país o fuera de él) de un matrimonio entre un español y un extranjero, tema que entronca directamente con el derecho internacional privado y con el ordenamiento matrimonial español, así sustantivo como registral, mixtura que arroja de evidente complejidad el entañamiento del indicado vínculo matrimonial cuando el mismo es erigido entre dos personas de diferente nacionalidad.

Partiendo de este previo descarte especulativo y polarizando nuestro objetivo de exposición exclusivamente en relación con un matrimonio ya celebrado, hemos de señalar de inmediato que nuestra indagatoria al respecto va a diversificarse según que la posición jurídica a examinar sea la del cónyuge extranjero o bien lo sea la del español, disyuntiva de análisis que reviste un soberano interés cuando lo que está en juego es la entrada o la propia estancia en nuestro país del cónyuge no nacional, temas en los que resulta especialmente concernido, y ello por razones obvias, no sólo éste sino también el casado español.

Así pues, vamos a examinar en un primer momento la situación de los matrimonios mixtos desde la óptica exclusiva del derecho de extranjería, rama jurídica especializada que únicamente afecta al no nacional (en este caso al marido o mujer no españoles) reservando para un momento ulterior el estudio de esta problemática en cuanto que la misma gravite de forma directa y concluyente sobre la posición jurídica del español que contrajo bodas con el mismo.

No puede decirse, y así inicio el estudio del encaje de los matrimonios mixtos en el seno de la LOE y de su legislación de desarrollo, que el legislador español haya sido especialmente generoso con los extranjeros que contraigan nupcias con españoles, generosidad traducida en otros países en la erección en favor de los primeros, bajo unos condicionantes u otros, de un auténtico derecho de estancia del que no existe ni rastro en la susodicha LOE. Y no sólo ello, sino que ni siquiera tales matrimonios mixtos han sido acreedores a un mínimo trato singularizado, englobándose los mismos, en un *totum revolutum* de perfiles y preferencias inconexas, con otros supuestos demandantes por su propia entificación de cierto régimen de favor legislativo, llegándose hasta el extremo de desconocer incluso la propia singularidad del supuesto ya que el hacedor interno de las reglas que van a ser objeto de observación, posiblemente

ensimismado en su función defensiva del territorio nacional respecto a hipotéticas avalanchas de matrimonios mixtos blancos, de favor o de gracia, ha llegado, a base de un comportamiento nomotésico ciertamente discriminatorio, a equiparar los matrimonios propiamente mixtos (entre un español y un extranjero) a aquellas situaciones matrimoniales que establecidas entre dos extranjeros requieren por consideraciones estrictamente humanísticas ser sustraídas del acervo común de supuestos.

b) *Entrada en España del extranjero casado con un nacional.*

aa) Idea general.— El logro de una visión de conjunto sobre esta temática exigiría hacer alusión a algunas cuestiones cuyas dosis de conflictividad y enjundia resultan de especial magnitud debiendo incluirse entre los aspectos especialmente debatibles el relativo a si el derecho de entrada en España eventualmente ejercible por los extranjeros en general resulta titularizable por la vía conjunta de los artículos 13 (“1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la Ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. 3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. 4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”) y por el 19 (“Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente en España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”) ambos de la CE o es el resultado de una pura decisión jurisdicente del legislador ordinario, cuestión de largo alcance a cuyo análisis he dedicado, aparte de todo un conjunto de reflexiones generales incluidas en mi libro “Estudios sobre Extranjería”. Librería Bosch. Barcelona. 1987, páginas 97 y ss. (obra agotada en la actualidad) sendos trabajos monográficos titulado el primero de ellos “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de las pretensiones residenciales deducidas por los extranjeros” y rotulado el segundo con el marbete de “Consideraciones sobre el derecho de libre desplazamiento internacional”.

No es el momento de retomar aquí toda la argumentación propia y ajena barajada en tales aportaciones, aunque, y a modo de síntesis, sí que puedo advertir que a la luz de la preceptiva *ad hoc* (la constitucional y la ordinaria) los

extranjeros sólo gozan de un derecho de entrada en España de tipología ordinaria y sumamente mediatizada, de naturaleza condicional y extremadamente lábil en sus concretos perfiles operativos, quedando el mismo hurtado a cualquier medulación constitucional, no sólo porque la concreta literalización del artículo 19 CE así lo impone el referirse únicamente a los españoles como efectivos titulares de la facultad de ambulatoria internacional que el mismo programa, sino también porque tal es la decisión interpretativa inequívoca del propio TC (ver AA 117/1984, y 127 y 182/1986).

De todos modos, y en honor a la verdad, sería hasta cierto punto revisable esta tesis que propugno respecto de la falta de sustancia constitucional del derecho de entrada de los extranjeros en nuestro país a base de distinguir entre aquel que se ejercite *ab initio* y el que pueda activar en su caso el no nacional que resulte amparado por una autorización de residencia previamente discernida por las Autoridades españolas. En relación con el primero, me parece que la justeza de lo aducido respecto a la absoluta carencia de relevancia constitucional del derecho de entrada ejercible por los no españoles no admite vuelta de hoja. Más matizable me parece esta opinión cuando quien pretende penetrar en nuestro país es un extranjero que RETORNA al mismo y dispone al efecto de las pertinentes credenciales administrativas que le adornan de la calidad de residente legal, hipótesis que difiere de forma ostensible de la anterior al quedar los funcionarios encargados del control de tal pretensión de acceso deducida por el mismo desapoderados del grueso de sus facultades adverbatorias al respecto, debiendo circunscribir su cometido competencial a la comprobación de que el extranjero eventualmente retornante es efectivamente un no nacional que acredita en debida forma la condición de residente en España, condición de aposentamiento territorial estrictamente instrumentalizada en obsequio al concreto *dictum* proveído por el artículo 13.4 de la LOE (“Sólo se considerarán extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia”), limitación de competencias que resulta evidente, por lo tocante al requisito del visado, del artículo 5.3 (“Quedan exceptuados de la exigencia de visado para entrar en España los extranjeros que sean titulares de permisos de residencia en vigor ...”) del RLOE, allegándose a este supuesto de tenencia de tal título habilitante la situación de aquellos extranjeros pretendientes al retorno que comparezcan en la frontera con un permiso caducado y exhiban al propio tiempo el resguardo justificativo de su renovación, todo ello en obsequio a la lógica y a lo que sobre el particular dejé escrito en mis libros “Estudios sobre extranjería” antes citado y “Estudios sobre inversiones extranjeras en España”. Editorial José María Bosch. Barcelona. 1991.

Continuando con este mismo tema, tengo que poner de relieve que la vuelta a España de los extranjeros detentatarios de un permiso de residencia en vigor (o caducado y amparados en este caso con el pertinente resguardo acreditativo de su renovación) también queda sustraída del rigor funcional con que debe comprobarse en su *iter* la titularidad de los medios económicos de que disponga el extranjero peticionario del acceso iniciático al recinto nacional, en base a lo dispuesto por el artículo 11.1 de la LOE antes transcrito, precepto cuya reserva reglamentaria ha sido sublimada a través de la adopción de la Orden de 22 de febrero de 1989, texto de ejecución del mismo que tras imponer a todo extranjero que pretenda su acceso al territorio nacional la carga de justificar de la forma en ella prevista su solvencia económica (aunque disponga del correspondiente visado) permite a todo un conjunto de extranjeros pretendientes a tal acceso sortear tal compulsión generalizada, incluyéndose en esta lista de privilegiados a aquellos “Que sean titulares de permiso de residencia en España, en cualquiera de los países miembros de las Comunidades Europeas o en el Principado de Andorra”, ex, art. 3.1. ba), exclusión que, emparejada con la innecesariedad de que tales extranjeros residentes dispongan del correspondiente visado, viene a incentivar considerablemente su posición en cuanto eventuales ejercientes del derecho de entrada que estamos considerando.

Ahora bien, ¿quiere ello decir que tal extranjero retornante en su consideración de operador jurídico perfectamente bendecido por las Autoridades nacionales con competencias en este orden de cosas acredita el derecho constitucional de entrada que patrocina el artículo 19 CE, patrocinio eventualmente extensible a los meritados extranjeros por la vía remisoría materializada por el artículo 13 también de la CE?

Entiendo que no, y ello porque a pesar de que la normativa argüida en sus consecuentes labores de optimización del *status* del extranjero “legal” ha venido a aligerar de trámites el procedimiento funcional a seguir al efecto enriqueciendo así la tasa fructuaria de su derecho de ingreso en nuestro país, tal enriquecimiento continua sin alcanzar el techo constitucional ya que por lo tocante al contraste de las condiciones sanitarias del retornante las disposiciones antes referidas no sancionan la más mínima dispensa, con lo que con la normativa de extranjería en la mano un no nacional amparado con el oportuno permiso de residencia podría ver obstaculizada su entrada en España en el supuesto de que no acreditare las condiciones de salud requeridas.

Con abstracción de este dato, no deja de ser evidente que la fuente concreta de este derecho de acceso priorizado de los extranjeros residentes es un puro Reglamento –el de la LOE– y no la propia Ley, aunque si así fuera

tampoco ello sería excesivamente importante por cuanto que en todo lo referente a la regulación de los derechos de entrada, estancia, trabajo y expulsión, la pluricitada LOE no se adorna del etiquetado de ley orgánica, ex disposición final 2ª de la misma, con lo que la atribución de derechos que en su sede se efectúe no acredita en modo alguno carácter constitucional, pudiendo por ello ser objeto de ablación por vía de ley ordinaria ulterior, cosa que resultaría imposible si tal atribución normativa dispusiese del marchamo constitucional antes aludido.

Por otra parte, y tal vez éste sea el argumento de adverso más convincente, las prohibiciones concretas de entrada que resultan resignadas por el artículo 14 ("Prohibiciones de entrada. 1. Se considerará prohibida la entrada y se impedirá el acceso al territorio español, aunque reúnan los requisitos exigidos en el artículo precedente, a los extranjeros: a) Que hayan sido expulsados de España, dentro del plazo que se hubiere determinado en la orden de expulsión; b) Que encontrándose fuera de España, se hallaren incurso en los supuestos de los apartados c) o d) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio; c) Que por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, se tenga conocimiento de que se encuentran reclamados, en relación a causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países; d) Que, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas nacionales o internacionales, hayan sido objeto de prohibición expresa, en virtud de resolución del Director de la Seguridad del Estado. 2. A los efectos prevenidos en el párrafo 4 del artículo 9, las prohibiciones de entrada serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores por la Dirección General de la Policía") del RLOE constituyen un valladar insuperable para que el derecho de ingreso de los extranjeros que resulten previamente amparados por las pertinentes credenciales homologadoras de la legalidad de su estancia en el territorio nacional pueda revestirse de sustancia constitucional, sobre todo si se esgrimen las relacionadas en el apartado d), fundadas todas ellas en conceptos jurídicos indeterminados cuya eventual aducción por la Administración española en cuanto impositivas de la entrada pretendida viene a vaciar de modulación y sintonía constitucional el derecho al que nos venimos refiriendo.

Sin embargo, y pese a la exactitud de todas estas consideraciones, entiendo que el TS no es ni mucho menos reacio a la idea de considerar al extranjero en cuanto titular efectivo de los derechos conferidos por el artículo 19 sólo a los españoles, si bien en su comportamiento jurisdiccional se observa cierto desnortamiento y en ocasiones una evidente confusión entre los

derechos en entrada en España y aquellos que posibilitan la fijación de la residencia en su territorio una vez entrados.

Teniendo en cuenta este elemental soporte propedéutico ya podemos continuar avanzando en el análisis de las características que acredita la entrada en España del indicado extranjero y en este sentido podemos destacar que lo que categoriza tal ingreso (siempre partiendo del dato de que el matrimonio se celebre fuera de España y de que el extranjero en cuestión no sea uno amparado por el permiso de residencia al que nos hemos referido precedentemente) es la falta de especialidad del trámite que le afecta, limitándose el Reglamento de ejecución de la LOE a instrumentar un tratamiento preferencial y urgente para la resolución de las peticiones de visado de residencia formuladas por determinados extranjeros –entre los que se incluyen los casados con españoles– que se propongan su reagrupamiento con un miembro de la familia instalado en España y con capacidad económica suficiente para su sostenimiento, *iter* de tipología más o menos singularizada establecido por la disposición adicional 3 del Real Decreto aprobatorio del Reglamento de la LOE y en el artículo 7 del propio Reglamento (precepto que examinaremos más tarde) que en realidad vienen a suponer una respuesta muy cutre por lo tocante a la instauración de un régimen privilegiado de entrada respecto a los extranjeros de los que nos venimos ocupando.

Decíamos hace un momento que lo más reseñable del régimen a aplicar a tales no nacionales en lo tocante al tratamiento a ofertar a sus hipotéticas pretensiones de entrada en España era la absoluta carencia de singularidad al efecto, debiendo los mismos impetrar tal ingreso en idénticas condiciones que los restantes extranjeros, queriendo ello decir, en suma, que su sometimiento a las normas comunes de control diseñadas por la LOE y su legislación de desarrollo es total e inflexible, constituyendo este estado inespecífico de cosas una clave definitoria para el entendimiento global de la cuestión, sometimiento desprovisto de singularidad que determina el que la pretensión de ingreso en España deducida por el no nacional casado con un español o española experimente los mismos rigores litúrgicos que las instadas por los extranjeros que no se hallen en tal peculiar situación, debiendo los mismos proporcionar a los funcionarios encargados de la instrucción y resolución del procedimiento administrativo *ad hoc* (de tipología especial, por su verbalidad y sumariedad) las correspondientes credenciales documentales que acrediten su identidad, instrumentos que en su caso deberán ir acompañados del pertinente visado, acervo documental cuya presentación constituye el desencadenante del meritado procedimiento (cuya competencia queda atribuida a los miembros del Cuerpo de Policía Nacional, ex art. 12: 1. A) b, de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, sobre Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado), y que dará paso a

los controles ulteriores a desplegar por los mismos de índole económica y sanitaria, controles que también se extienden a la comprobación de que el extranjero de que se trate no se halla infligido por alguna concreta prohibición de entrada en mérito a lo establecido en el artículo 14 RLOE (con anterioridad transcrito).

No creo que sea el momento oportuno, teniendo en cuenta el delimitado objetivo expositivo de esta aportación doctrinal, de aludir monográficamente a cada uno de los presupuestos dichos (los documentales de identificación y visado) y a los controles a activar como medio de depurar la justeza de las pretensiones de ingreso oportunamente deducidas, temas que acreditan un encaje evidente en las obras generales sobre la materia o en los ensayos sobre el derecho de entrada en general pero cuyo tratamiento especulativo resultaría perfectamente disfuncional en el seno de un trabajo como el presente.

Ahora bien, partiendo de esta consideración lo que sí debemos poner de relieve es que el extranjero casado con español o española no ha sido mínimamente considerado como un extranjero privilegiado por ninguno de aquellos preceptos que vienen a introducir variantes en cuanto al seguimiento de los trámites dichos, y ello es predicable tanto en lo referente a la exigencia del visado para entrar en el territorio nacional como en lo que concierne a la forzada justificación de los medios económicos de que disponga el mismo.

Así, y por lo tocante al punto relativo al visado, su obtención por parte del extranjero que nos ocupa deviene imprescindible, sin que ni en la LOE ni en su Reglamento exista la más leve relajación del régimen general al respecto siendo de destacar que ni siquiera el supuesto ha merecido la consideración del hacedor del RLOE, que en su tratamiento del tema, y tras poner de relieve la esencialidad de tal consecución general (ver al respecto lo que dije sobre el particular en mi obra "Estudios sobre Extranjería", páginas 97 y ss. y 772 y ss.) confecciona un listado de supuestos en los que tal exigencia queda obviada, pormenorización que resulta del artículo 5.3 ("Quedan exceptuados de la exigencia de visado para entrar en España los extranjeros que sean titulares de permisos de residencia en vigor, los que hayan residido legalmente en España de forma continuada durante los doce meses precedentes y los que hayan residido durante veinticuatro meses, aunque no sea de forma continuada, durante los tres años anteriores") del propio RLOE, batería de casos de los que se halla ausente el que estamos dilucidando.

Así pues, el cónyuge extranjero de un español deberá acudir al Consulado español del país de su domicilio e instar la consecución del pertinente visado de residencia, que le será discernido previo el seguimiento de los trámites

normales, aunque en su caso por la vía de urgencia y preferencia delineada por la antes indicada disposición adicional 3ª (“Reagrupación familiar.– Tendrán tratamiento preferente y se tramitarán por el procedimiento de urgencia las peticiones de visados, permisos de residencia y permisos de trabajo, formuladas por personas que se propongan su reagrupamiento con un miembro de la familia, debidamente instalado en España y con capacidad económica suficiente para su sostenimiento, siempre que acrediten encontrarse comprendidos en los supuestos determinados en cualquiera de los párrafos del artículo 7.2 del Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto”), diciendo, por su parte, el precepto citado *ut supra*, o sea, el art. 7.2 del RLOE, que (“Podrán solicitar este visado por causa de reagrupación familiar (el de residencia): a) El cónyuge de un español o de un extranjero residente en España. b) Los hijos menores de dieciocho años o mayores de edad, cuando dependan legal y económicamente de un español o de un extranjero residente en España. c) Los menores o incapacitados cuyo representante legal sea un español o extranjero residente en España. d) Los extranjeros que sean ascendientes o descendientes de un español o de un extranjero residente en España. Los solicitantes deberán probar el grado de parentesco, así como la dependencia económica de los familiares o pupilos que pretendan reagrupar”).

En razón de la sinergia aplicativa de ambos preceptos, el extranjero cuyo *status* estamos debatiendo a la luz de su eventual ingreso en el territorio español, en su calidad de “miembro de la familia debidamente instalada en España” se halla legitimado para solicitar el visado de residencia que necesita por la vía preferencial y urgente erigida por la preceptiva que estamos viendo, posibilidad que el indicado artículo 7.2 viene a clarificar, incluyéndole específicamente en el grupo de familiares con aptitudes operativas en esta sede, clarificación que también actúa por lo tocante a la exigencia de que el extranjero a agrupar tuviese que depender forzosamente del familiar debidamente instalado en España, exigencia que concebida en términos generales por la calendada disposición 3ª no resulta requerible cuando se trata de cónyuges de conformidad con la interpretación que pueda ofertarse al encuentro del mencionado artículo 7.2 del RLOE (aun cuando en honor a la verdad su hacedor podía haberse esmerado algo más en cuanto al logro de la indicada clarificación).

Partiendo de la absoluta necesidad de que el extranjero concernido se provea del visado de residencia por causa de reagrupamiento familiar, lo que puede discutirse ahora es si el Cónsul de que se trate se halla o no obligado a la concesión de tal visado, cuestión que la normativa sobre la extranjería deja en la obsolescencia aun cuando entiendo que la respuesta afirmativa se impone, pero no porque así lo demande tal normativa sino por la simple entrada en

juego de los preceptos constitucionales a los que luego aludiremos cuando enfoquemos esta problemática desde el punto de vista del cónyuge español.

De todos modos, incluso desde el propio prisma del ordenamiento sobre la extranjería, se vislumbran claros indicios de que las solicitudes de visado deducidas por el extranjero casado con un nacional español deben ser resueltas positivamente (salvo, claro está, que exista una prohibición concreta que le ataña de conformidad con lo previsto en el artículo 14 RLOE antes visto, supuesto en el que previamente debería obtenerse por vía administrativa o judicial la revocación de tal prohibición, tema que retomaremos con ulterioridad) indicios que cristalizan en la ordinamentalidad contenida en la Circular de 1 de julio de 1988, sobre criterios para la aclaración de las cuestiones surgidas en la aplicación de la LOE y del RLOE, dictada por los Ministerios de Asuntos Exteriores, de Interior y de Trabajo y Seguridad Social, texto (sobre el que volveremos luego) que al referirse a la exención de visado como trámite previo para el inicio del expediente regularizador que proceda, tras corroborar el carácter excepcional que tal exención debe revestir, apunta como uno de los casos en los que cabe que la misma sea solicitada con éxito siempre que se pueda suponer buena fe, aquel que se impulsa por “el cónyuge de un español ...”, criterio que analógicamente aplicado a las pautas por las que se rige el servicio exterior implica que el tratamiento de las solicitudes del visado materia de consideración en los respectivos Consulados deba recibir un trato de favor en cuanto automático.

De todos modos, y esto conviene advertirlo, cuando el extranjero de que se trate sea nacional de un país con el que medie un acuerdo de supresión de visados, es evidente que el mismo podrá desplazarse a España en cuanto amparado por el texto del Convenio y dentro del plazo de vigencia de su estancia legal (que no suele sobrepasar el de noventa días naturales) instar la pertinente exoneración del visado consular por razón de matrimonio con un nacional español, tema que nos introduce de lleno en la problemática de tal exoneración, aspecto que vamos a abordar de inmediato.

Una vez obtenido el visado de residencia consular (o sin él cuando se pretende hacer servir el sistema al que acabamos de aludir) el extranjero en cuestión deberá personarse en uno de los puestos fronterizos habilitados al efecto durante la franja horaria prevista *ad hoc*, y allí deberá demandar la entrada en el recinto nacional, que deberá serle permitida, previo el inicio y conclusión del procedimiento verbalizado y sumario consiguiente, conclusión positiva a la que se llegará una vez que se haya comprobado que su estado de salud es el requerido y que dispone de los medios económicos suficientes para sufragar sus gastos de sobrevivencia en España durante el período de estancia

autorizado, exigencia, sin embargo, que no deberá ser demandada si el extranjero en cuestión dispone del arquetípico visado de residencia laboral, siendo del propio modo reseñable, tal como hemos puntualizado anteriormente, que en la hipótesis de que se trate de un visado turístico o de una entrada intentada en virtud de uno de los acuerdos vigentes sobre supresión de visados, el hecho de que el pretendiente al acceso sea cónyuge de un español no ha sido mínimamente considerado ni por la LOE ni el RLOE así como tampoco por la Orden de 22 de febrero de 1989, dictada en ejecución del artículo 11 de la primera y del también artículo 11.3 del segundo, texto –el de la meritada orden– de minuciosa factura que no se refiere en ninguno de sus numerosos apartados al supuesto objeto de nuestra presente observación, cosa ciertamente chocante si tenemos en cuenta que podía perfectamente haberlo hecho en el tercero, disposición que contiene una larga serie de hipótesis en las que el extranjero no necesita acreditar en la frontera la tenencia efectiva de medios dinerarios efectivos o cartales como soporte de su ulterior sostenimiento en España, sino sólo demostrar por alguno de los procedimientos que tal apartado establece su solvencia económica, omisión que puede tener su raíz en el hecho de que para el hacedor de tal Orden lo procedente es que el extranjero de que se trate acceda al territorio nacional con un visado para reagrupamiento familiar, supuesto en el que el control a desplegar en el sentido que estamos viendo quedaría objetivamente fuera de lugar.

En último término, y como culminación del largo y alambicado proceso tendente al reconocimiento en favor del extranjero petionario de su derecho al franqueo de la frontera española, deberá procederse a la comprobación de que el mismo no se halla afectado por ninguna de las prohibiciones que en su caso puedan concernirle, prohibiciones a las que se refiere de forma singularizada el artículo 14 del RLOE antes transcrito.

Tal es la concatenación seriada de controles a los que ha de supeditarse la entrada regular –legal– del extranjero a nuestro país, aunque ello no quiere decir que no pueda normalizarse lo que no sería sino un ingreso absoluto o relativamente anómalo, posibilidad que se reserva –y ello con notable desenvoltura– el Ministerio del Interior, manijero competencial supremo en todo el ecosistema jurídico de la extranjería, Departamento ministerial que puede autorizar, a base de su consideración de cancerbero hegemónico de las fronteras españolas, la entrada de cualquier extranjero, aun cuando no se conciten en su persona ninguno de los presupuestos y condicionantes a los que aluden los preceptos anteriormente explicitados, constituyendo la pieza maestra normativa de tal posibilidad el apartado 4, del artículo 12 (“El Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no

hubieren entrado por los puestos habilitados al efecto, siempre que medie causa suficiente, pudiéndose adoptar en tales supuestos las medidas cautelares precisas. También podrán adoptarse en el caso de extranjeros en tránsito, aun cuando posean documentación regular”) de la LOE, competencialidad de riguroso corte discrecional cuya delegación sólo se ha efectuado hasta ahora de modo general en beneficio del Director de la Seguridad del Estado y de los Gobernadores Civiles de Las Palmas y de Santa Cruz de Tenerife, constituyendo la fuente de la primera el artículo 13.2 (“Excepcionalmente, el Director de la Seguridad del Estado podrá autorizar la entrada en el territorio español a los extranjeros que pretendan hacerlo con documentación defectuosa o incluso sin ella, siempre que medie causa suficiente, conste su personalidad y se comprometan a subsanar los defectos existentes, si fuera posible, adoptándose, entre tanto, las medidas oportunas en cada caso. Esta facultad podrá ser delegada en órganos centrales o periféricos dependientes del Ministerio del Interior”) de la LOE y sustentándose la competencialidad de los segundos, sobre la base de lo consignado en el último inciso del precepto anteriormente transcrito, en la Orden de 5 de diciembre de 1985, constituyendo adecuado complemento de la habilidad concesional a la que nos estamos refiriendo lo dicho por el artículo 7.4 del RLOE (“Las autoridades gubernativas podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existieren razones excepcionales que justifiquen tal dispensa. La exención deberá hacerse constar en el pasaporte, en el título de viaje o en documento aparte”) y lo patrocinado de manera mucho más limitada, aunque en provecho de todos los Gobernadores civiles u órganos en quienes éstos deleguen, por el apartado 3 del antes indicado artículo 13 (“Los extranjeros que, en viaje colectivo, lleguen a cualquier puesto habilitado sin la adecuada documentación de entrada, pretendiendo realizar alguna visita de interés turístico o de naturaleza semejante, de duración inferior a cuarenta y ocho horas, podrán ser autorizados para ello por el Gobernador civil de la provincia u órgano en quien delegue, previa petición de la Empresa o representante del grupo, los que harán entrega de la relación de visitantes y formularán compromiso de regreso, en el plazo señalado, de la totalidad del grupo, bajo su responsabilidad”), competencialidades que en su caso podrían ser activadas en relación con el extranjero casado con un nacional que llegado a una frontera española no pudiese traspasarla precisamente por la carencia de visado o por incidir en más graves deficiencias instrumentales.

c) Situación de estancia.

aa) Hipótesis de un extranjero casado con español/a en situación de estancia ilegal que quiera regularizar la misma.

Presupuesto básico de todo lo que vamos a decir a lo constituye el dato de que el extranjero en cuestión haya franqueado las fronteras españolas y carezca de la correspondiente documentación identificativa o en caso de tenerla pretenda convertir su visado turístico en uno legitimador de una más estable situación residencial (para trabajar o no) o simplemente intente subsanar su carencia de tal visado (por no haberlo tenido nunca o por haber dejado caducar la vigencia del que tenía).

Vemos pues cómo las fuentes de la ilegalidad de estancia son plurales, pero a los efectos que nos interesan las vamos a clasificar en dos grandes grupos integrándose en el primero aquellos supuestos de entradas con documentación inauténtica o irregular o simplemente sin ella y aglutinándose en el segundo todos los casos en los que se trate de una estancia en territorio nacional sin el consiguiente visado de residencia, requisito que como sabemos constituye un condicionante de presencia inexorable para poder conseguir la oportuna autorización de residencia.

Cuando el cónyuge extranjero de un español o española no dispone de la pertinente documentación identificativa o ésta es defectuosa, entonces su pretensión de prórroga de estancia o de la propia autorización de residencia debe atemperarse respectivamente a lo que sobre el particular establecen para todos los supuestos de extranjeros indocumentados los artículos 19 y 27 del RLOE, preceptos que desde sus respectivas estrategias ejecutivas son los encargados de aportar cobertura a los pedimentos normativos básicos establecidos por el artículo 22 de la LOE, bloque de artículos cuyo análisis vamos a soslayar por no suponer los mismos ninguna especialidad en relación con el tema que estamos considerando, debiendo tal vez puntualizarse que el hecho de que el extranjero total o parcialmente indocumentado sea el cónyuge de un español es un dato que reviste considerable importancia a los efectos de que las autoridades competentes, en uso de sus correspondientes atribuciones, y en méritos al dispositivo discrecional que enseña toda esta operativa, respondan afirmativamente a las pretensiones residenciales y de identificación oportunamente deducidas por el meritado extranjero.

Cuando lo que se intenta es paliar los defectos de una carencia del propio visado consular de residencia, entonces el extranjero cónyuge de un español o española que pretende iniciar los trámites para la obtención de una autorización para la misma (laboral o no) debe solicitar la exención del indicado visado, constituyendo fuentes concretas de esta posibilidad, para el supuesto de postulación ulterior de una residencia no lucrativa, el artículo 22.3 de la LOE (“La autoridad competente podrá eximir al solicitante de la presentación de alguno de los documentos señalados con las letras b), c) y d) en el punto

anterior, cuando existan razones excepcionales que justifiquen dicha dispensa”) pasaje normativo que alude, como supuesto exonerable, a la necesidad de aportar al expediente concesional de que se trate el documento al que se refiere el apartado b) del párrafo 2 del indicado artículo, apartado que hace expresa indicación del “Visado para residencia, en su caso, en estado de vigencia”, y para el caso de residencia lucrativa todo el conjunto de disposiciones a las que con anterioridad aludimos que permiten al Ministerio del Interior adoptar cualquier tipo de resolución discrecional permitiente de la regularización de situaciones absolutamente ilegales, resolución cuya adopción permite soslayar en el entorno de la tramitación de los permisos de trabajo la exigencia que vertebra el artículo 50 del RLOE, en su apartado 2 a) para el supuesto de permisos de trabajo por cuenta propia o autónomos, precepto que impone al extranjero que demande un permiso de trabajo de esta categoría del tipo “D” el deber de incluir en el acervo instrumental a aportar a la Administración laboral española “Copia autorizada del pasaporte en vigor, con el visado para trabajar en España incorporado, salvo que se encuentre ya residiendo legalmente en territorio español”, exigencia de presentación documental que el propio precepto reproduce en su apartado 5 para la obsecración en su caso de un permiso de trabajo del tipo “A”, o inicial del tipo “B” (permitientes ambos del desempeño de un trabajo por cuenta ajena) al señalar en su apartado d) que entre la documentación a sustanciar por parte del demandante extranjero debe figurar, en el supuesto de que el mismo no tenga residencia legal en España, “duplicado de la solicitud del visado para trabajar, presentada en la Embajada u Oficina Consular correspondiente. No obstante, el visado debe estar incorporado al pasaporte, cuando se trate de personas incluidas en el ámbito de aplicación del apartado I del artículo 38, no residente legalmente en España”, pluralidad de alternativas que hacen sendamente referencia, en concreto, a una demanda de habilitación para trabajar en nuestro país proveniente de alguien situado fácticamente fuera de sus fronteras, caso subsumible en la primera de ellas, o a otra impulsada por un extranjero ya físicamente emplazado en él, supuesto acogible a la segunda posibilidad, eventualidad que es en realidad la única que nos interesa, ya que la exoneración del visado que estamos viendo afecta precisamente a aquellos extranjeros casados con españoles o españolas que no pueden regularizar su situación laboral en España por falta precisamente del visado laboral al que estamos haciendo mérito, pero que ya se encuentran ubicados dentro de nuestras fronteras.

Precisados ya los supuestos en los que cabe impetrar la dispensa dicha, tengo que poner de manifiesto que su competencia corresponde, previo el seguimiento del consiguiente procedimiento administrativo, a los Gobernadores Civiles o Delegados del Gobierno, considerándose como fuentes normativas de

segunda generación en el orden de cosas relacionado con la materia que nos ocupa la Circular conjunta antes indicada procedente de los Ministerios de Asuntos Exteriores, de Interior y de Trabajo y Seguridad Social, disposición de neta orientación instructoria *ad intra* (en cuanto no publicada en el BOE) que parte de una visión muy estricta de los supuestos en los que es dable acceder a la exención materia de análisis, siendo su idea-guía básica la encarnada en el texto de su siguiente enunciación programática: “El criterio debe ser sumamente restrictivo, en cuanto a trabajadores, aplicando únicamente la exención respecto de personas de las que existe constancia se encontraban en España desde hace años y no han podido acceder a procedimientos de regularización, o bien aquellas que habrían podido obtener automáticamente dicho visado por tratarse de personas incluidas en los supuestos del artículo 38.1 del Reglamento”.

Tras esta reflexión fundamental que viene a ser el resultado de una tendencia generalizada a “encarecer” la permanencia de determinados extranjeros en su calidad de huéspedes no deseados del territorio nacional, la propia Circular se encarga de la explicitación de supuestos que en caso de plantearse deben merecer una respuesta positiva por parte de las indicadas autoridades, señalando al efecto que puede eximirse de la obligación general de visados “al solicitante de un permiso de residencia que se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias y siempre que se pueda suponer buena fe: a) El cónyuge de un español/a, o de un extranjero/a con permiso de residencia en España; el hijo/a, de un español o el hijo/a de un extranjero con permiso de residencia en España, cuando el solicitante sea menor de 21 años o viva a expensas del español o del extranjero residente; el padre/madre de un español/a, o de extranjero/a con permiso de residencia en España, cuando dicho familiar justifique que vive a expensas del residente; el extranjero enfermo, impedido o incapaz; e) el extranjero que haya sido titular de un permiso de residencia cuando ese permiso haya caducado en los dieciocho meses anteriores a la nueva solicitud; y f) El extranjero que haya sido español”.

Vemos, pues, que entre los supuestos que se arropan de ciertas dosis de privilegio en estas áreas se encuentran los extranjeros casados con españoles o españolas, privilegio no obstante eventualmente modulable a la baja debido a la necesidad de que en los mismos “se pueda suponer buena fe”, concepto jurídico indeterminado por excelencia cuya hipotética –aunque potencial– utilización por parte de las Autoridades encargadas del muñimiento de tales exenciones viene a introducir una tilde de incertidumbre en cuanto al éxito definitivo de la pretensión deducida al efecto, utilización que en última instancia encuentra su razón de ser en la necesidad de evitar en la medida de lo posible que en base a los denominados matrimonios blancos, de favor o de conveniencia se puedan

discernir las referidas exenciones, matrimonios a los que luego aludiré de forma monográfica.

ab) Privilegios del extranjero casado con español/a en cuanto a su eventual asentamiento regular en España.

Una vez conseguida la exoneración del visado consular para la residencia en España o disponiendo *ab origine* de este último, bien obtenido por causa de reagrupación familiar o bien por las vías normales, el no nacional casado con un nacional podrá regularizar su situación de contacto territorial con el suelo español mediante la consecución de la oportuna autorización de residencia, acompañada o no del correspondiente permiso de trabajo, dilema operacional cuya concreta practicidad va a depender en definitiva de que el visado consular que se tenga *ab initio* o la dispensa gubernativa que del mismo se consiga legitime un tipo de estancia en el recinto nacional en un sentido o en otro, matiz que requiere la explicación de que una vez obtenida la primera credencial administrativa al efecto el pase de una situación territorial laboral a una homóloga no laboral (o a la inversa) siempre es posible.

Sobre la base de tal principio, la LOE se ha ocupado en perfilar de forma singularizada la posición jurídica en España de los extranjeros objeto de constante alusión en su artículo 18 al hacerlos tributarios, junto con otro número considerable de categorías, de un trato personalizado, aunque es de notar que el mismo, en cuanto objeto de imputación jurídica singularizada por el meritado precepto legal, sólo opera en relación con “la obtención y, en su caso, renovación del permiso de trabajo”, y en modo alguno respecto a la propia autorización de residencia, circunstancia que da cuerpo al primer repunte de perplejidad a detectar en esta sede y que a mi juicio responde a un deliberado criterio normativo orientado a no menoscabar en modo alguno las ya tradicionales y omnímodas facultades de la Administración policial en cuanto manijera suprema y hegemónica en este orden de cosas, facultades sólo en mínima parte mitigadas al respecto por lo que establece el RLOE en su artículo 21 al que luego haremos un expresa alusión.

Pues bien, partiendo de este planteamiento, que viene a proporcionar ya una acabada panorámica de la absoluta cicatería funcional del sistema instaurado al efecto, podemos ya decir que la médula del mismo consiste en que la preferencia referenciada podrá ser impulsada, según concreta prédica del meritado artículo, apartado 3. b), por los “Que se hallen casados con español o española y no estén separados de hecho o de derecho”, sin que en realidad tal precepto concrete en mínima medida en qué consiste el contenido real de la misma, contenido para cuyo conocimiento resulta necesario acudir al estudio de

los patrones ordinamentales agavillados al respecto por el RLOE, texto que al interponer sus correspondientes oficios de intermediación en este orden de cosas, se encarga, a través de su artículo 38, en delimitar la sustancia del aludido “privilegio” señalando literalmente en su apartado 1 que “Tendrán preferencia para la concesión de un permiso de trabajo “B”, sin considerar la situación nacional de empleo, los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los supuestos siguientes”, supuestos entre los que incluye en su parágrafo c) el “Hallarse casado con español o española y no estar separado de hecho o de derecho”.

Vemos, pues, que la preferencia otorgada por esta normativa se traduce en la práctica en la posibilidad de ser contratado el extranjero “preferente” por un empleador –español o extranjero– de forma absolutamente libre, es decir, sin que tal contratación pueda resultar bloqueada, mediatizada, condicionada o intervenida administrativamente de conformidad con lo previsto en el artículo 52 del RLOE, deviniendo por lo tanto automática la concesión del permiso de trabajo solicitado y no siendo por ello necesario en ningún caso que el susodicho empleador –que opte por contratar a un extranjero– tenga que cumplimentar la exigencia garantista que para los trabajadores nacionales –considerados en su genericidad más absoluta– impone el artículo 37.1 del propio RLOE (“La autoridad laboral podrá exigir del empleador que solicite un permiso, justificación de que ha publicado en la prensa un anuncio con la oferta de empleo correspondiente, debidamente visado por la Oficina del INEM que corresponda, y que remita a los eventuales candidatos a dicha Oficina”), no siendo tampoco de recibo la entrada en juego del apartado 4, a) del meritado precepto en cuanto impositor al organismo competente del deber de denegar la concesión del permiso de trabajo solicitado por el empleador en cuestión cuando “lo aconseje la situación nacional del empleo, a juicio de la autoridad laboral ...”, quedando aligerado el entranamiento del procedimiento obsecratorio que deba seguirse al efecto, ya que en aras a todo lo explicado tampoco será necesario que por parte de dicha Autoridad se dé curso a los apremios procedimentales requeridos por el artículo 51.I del pluricitado Reglamento, precepto regulador de los informes que han de ser tenidos en cuenta como soporte del caudal de decisionabilidad que deba dimanar del iter en cuestión, informes que en lo que nos interesa (de concesión de permisos de trabajo de tipo B) encarnan en los que deba emitir el INEM de la provincia o provincias en cuyo territorio pretenda trabajar el extranjero, informes que en la hipótesis considerada devienen totalmente superfluos por toda la serie de reflexiones que han antecedido.

A fin de aquilatar adecuadamente la justeza de estas consideraciones, tengo que puntualizar que el sistema preferencial que conforma la LOE y su

Reglamento, y que se traduce, en definitiva, en lo que acabamos de evidenciar, no resulta plenamente comprensible sin hacer especial hincapié en la presencia de la parte empleadora, parte que es sobre la que recae el grueso de la operatividad a desplegar, siendo ésta, en suma, la que activa el sistema establecido al elegir en concreto al extranjero “preferente”, elección que se absolutiviza frente a todo tipo de trabajadores (extranjeros y también españoles) no encajando por ello en los cánones metodológicos generales establecidos por el meritado art. 37.1 RLOE y cuyo definitivo desenlace funcional también se arroja de excepcionalidad por cuanto que la oferta lanzada por tal empleador y aceptada por el extranjero “preferente” asume una evidente autonomía frente a la potencial actitud censoria de la Administración a desplegar en este orden de ideas, debiendo únicamente limitarse ésta a verificar que se dan *ad casum* los presupuestos necesarios para la entrada en juego del régimen de privilegio reseñado pero no a resolver el procedimiento iniciado *ad hoc* en un sentido u otro a base de la traída a la palestra decisonal de la denominada “situación nacional de empleo”, concepto jurídico indeterminado por excelencia cuya aducción se constituye en el Moloch principal del rechazo de las pretensiones laborales deducidas por los extranjeros comunes en nuestro país, y que en la eventualidad sujeta a debate no acredita por todo lo explicado la más mínima beligerancia.

Así pues, y sintetizando, el esquema preferencial instaurado por la normativa de extranjería en beneficio de las categorías personales integrantes del rosario de supuestos elaborado al alimón por los artículos 18 de la LOE y 38 del RLOE no es comprensible, cuando se trata de la potencial obtención de permisos de trabajo “B” (por cuenta ajena), sin la necesaria actuación del empresario, el cual cuando contrate efectivamente a un trabajador extranjero de los incluidos en las listas resignadas por tales preceptos ni necesita dirigir previamente una oferta de empleo a los eventuales interesados españoles ni puede ver rechazada su pretensión a base de la argumentación por parte de las autoridades laborales competentes de que la contratación de tal extranjero agravaría la situación de los trabajadores españoles, razones que abonan la tesis de que en realidad el verdadero operador jurídico privilegiado en esta sede es tal empresario, acreditando el no nacional concernido –en este caso, el casado con español o española– sólo una preferencia indirecta o refleja que sin la necesaria colaboración del anterior no tiene ningún sentido, y que en cualquier caso es efectivizable no sólo frente a los otros extranjeros, sino también, y en esto radica la singularidad del supuesto, frente a los españoles (trabajadores en paro).

Si de los permisos de trabajo por cuenta ajena tipo “B” pasamos a los de por cuenta propia (tipo D), resulta evidente que al no poder operar respecto de

ellos la figura del empleador, la eficacia del sistema instaurado por la normativa vigente adolece de graves brumosas, limitándose a decir el artículo 40 del RLOE, en su apartado 2, que “Salvo en los supuestos que solamente sean aplicables a los trabajadores por cuenta ajena, se reconocerá a los trabajadores por cuenta propia preferencia para la obtención de permisos de trabajo “D” en los casos descritos en los apartados 3 y 4 del artículo 18 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio”, precepto que se limita a enunciar en línea con lo también previsto por el indicado artículo 18 LOE la vertebración de tales preferencias, pero sin aportar la más mínima sustantividad a las mismas, circunstancia que obliga a una labor de integración de este vacío normativo.

En este sentido, tengo que poner de manifiesto que con el discernimiento de tales permisos de trabajo por cuenta propia también puede agravarse la “situación nacional de empleo de los trabajadores autónomos españoles, cosa que efectivamente sucederá cuando los extranjeros solicitantes de los mismos pretendan desarrollar sus actividades en sectores empresariales de convergencia personal masificada, circunstancia que puesta en conexión con el conjunto de la problemática objeto de análisis podría llevarnos a la conclusión de que las preferencias a las que alude el indicado artículo 40.2 RLOE se traducen en la imposibilidad de que la autoridad laboral, una vez debidamente cerciorada de la concurrencia en el peticionario extranjero de alguno de los presupuestos que le convierten en “preferente”, pueda legítimamente proceder a la denegación del permiso tipo “D” que éste solicite por la simple constatación de que exista más o menos inflación empresarial en el sector económico de directo impacto con el permiso peticionado, materializándose todo ello en el dato de que las Autoridades laborales se hallan compelidas a su forzoso otorgamiento, y ello sin necesidad de pedir el informe al que alude el artículo 51.2 (“Asimismo, la autoridad laboral, antes de proceder a la concesión del permiso de trabajo solicitado y tratándose de extranjeros que pretendan establecerse por cuenta propia, en calidad de comerciantes, industriales, artesanos o agricultores, podrá solicitar el informe correspondiente a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación o a la Cámara Agraria de la provincia en la que pretenda establecerse el extranjero, y además, deberá solicitar el informe de los servicios competentes del Ayuntamiento correspondiente”) del pluricitado RLOE.

Tal es el binomio preferencial que en este entorno de los permisos de trabajo –por cuenta propia y ajena– establece el ordenamiento común sobre extranjería, esquema de gran simplicidad y de muy poca consistencia, tal como acabamos de ver, y que por otra parte no acredita el más mínimo eco en el ámbito de las propias autorizaciones de residencia que deben ser discernidas por los servicios administrativos dependientes del Ministerio del Interior, quienes en el ejercicio de su consiguiente dosis competencial, se hallan

hurtados a cualquier tipo de circunstancia mediatizadora de lo soberano de su decisión.

De todos modos, no podemos rematar el análisis de esta temática sin poner de relieve que el esquema del que acabamos de hacer razón no es activable por cualquier extranjero casado con español o española sino sólo por lo que además de tal condición no se hallen separados legalmente o de hecho de su cónyuge nacional, exigencia que estribando su *ratio* en la necesidad de evitar en la medida de lo posible la toma en consideración en este orden de cosas de los matrimonios blancos, de favor o de complacencia, es decir, aquellos celebrados con la sola prevaleciente finalidad de conseguir el permiso de trabajo al que nos venimos refiriendo, suscita el congruo y espinoso problema de precisar a quién corresponde la prueba de la falta de convivencia fáctica, dato que una vez suficientemente averado se convierte en desmedulador del sistema cuyo diseño acabamos de pergeñar, problema que sólo puede tener una respuesta coherente y es la que enlazando con la virtualidad ecuménica de la presunción contenida en el artículo 69 del Cc (“Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos”) desemboca en la conclusión de que tal carga corre a cargo de la Administración, no siendo del caso relatar aquí los medios de que la misma puede valerse, dato al que haremos una alusión explícita cuando en el curso de esta obra nos refiramos al procedimiento sancionador en general y a aquel que orbita en torno a la figura del extranjero en su consideración de administrado especial, bastándonos con decir ahora que cualquier exigencia impuesta por vía administrativa en el sentido de obligar a la aportación por parte del no nacional concernido de la prueba de su efectiva convivencia con el español o extranjero resulta ilegal por suponer la misma una flagrante violación del indicado artículo 69 del Cc y de todos aquellos preceptos que tanto desde este cuerpo normativo como desde la Ley de Enjuiciamiento Civil se encargan en disciplinar los efectos probatorios de las presunciones legales (*iuris et de iure o iuris tantum*).

Por lo tocante a las propias autorizaciones de residencia no laborales, también resulta detectable la misma menesterosidad preferencial de la que hace gala la normativa hasta ahora analizada, aunque en honor a la verdad expositiva tal desvalimiento sólo resulta pleno cuando se trata de discernimiento de las iniciales, es decir, de aquellas que se adornan de la característica de la pristinidad y cuya duración oscila, tal como previene el art. 21 del RLOE, en su apartado 1,b) entre tres meses a dos años, credenciales primigenias para cuya concesión las Autoridades dependientes del Ministerio del Interior no se hallan encorsetadas por ningún tipo de condicionantes optimizadores de situaciones personales que vinieren a mitigar, aunque fuere en mínima medida, sus prácticamente ilimitadas facultades al respecto, criterio, sin embargo, que

experimenta una cierta lenificación por la vía de lo dispuesto en el indicado artículo para el supuesto en el que se pretenda la consecución de un permiso de residencia especial, que es aquel que acredita una duración máxima de diez años y que en cualquier caso tiene que seguir a uno inicial u ordinario (siendo la duración máxima de éste la de cinco años) supuesto únicamente concedible cuando converjan en el postulante las determinaciones previstas para su obtención en el antes meritado art. 21, en su apartado 1,c) precepto que permite la concesión de tal permiso, ciertamente de vigencia excepcional, a aquellos extranjeros que reuniendo determinadas calidades (encontrarse legalmente arraigados en España) “acrediten su permanencia, legal y de forma continuada, durante más de dos años” incluyéndose entre los extranjeros beneficiarios de los permisos especiales dichos aquellos “que se hallen casados con español o española, que residan en España, y no estén separados de hecho o de derecho”, fórmula que aparte de la exigencia bastante obvia de que el cónyuge nacional deba residir en España (exigencia que puede perfectamente refundirse en la más general de la convivencia a la que venimos aludiendo constantemente) coincide en un todo con las que integran los supuestos de hecho de las preferencias ya explicitadas operativas en el ámbito de los permisos de trabajo.

Tal es, en esquema, el cuadro, ciertamente magro, de preferencias que pueden ser esgrimidas por el extranjero casado con español o española, marco del que se halla absolutamente ausente la concesión al mismo no sólo de un derecho constitucional de estancia en el territorio nacional, en absoluto previsto por nuestra Carta Magna, sino también de una potencialidad del mismo orden de origen legal ordinario o reglamentario, circunstancia que viene a hacer diverger por completo nuestro ordenamiento sobre extranjería de otros adventicios, ausencia motivada seguramente por la obsesión que sienten los legisladores españoles de que se haga un uso masivo –y torticiero– de la categoría ya explicitada de los matrimonios de complacencia a los que luego aludiremos –tal como hemos advertido previamente– de forma singularizada.

Concluyo este punto poniendo de relieve dos cosas. La primera, que con ulterioridad haré una referencia a la posición jurisprudencial que el TS mantiene en relación a la incidencia del matrimonio en el ámbito de la extranjería. En segundo lugar, que la preferencia más importante que puede hacer valer el no nacional casado con un nacional halla su ratio no en el ordenamiento común sobre la extranjería, sino en el comunitario y en especial en el texto que ha traspuesto este último a las áreas nomotésicas domésticas, texto que es concretamente el Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de las Comunidades Europeas, disposición que sorprendentemente, y cuando

utilizo este calificativo estoy pensando en una valoración técnico-jurídica de la figura, se ocupa de los extranjeros casados con españoles (con abstracción de la concreta nacionalidad de los primeros) en su artículo 2, precepto que decreta la aplicación de la normativa considerada a tales extranjeros, en su calidad de cónyuges de los nacionales, sea cual fuere la ciudadanía (comunitaria u otra) de los mismos, aplicación a la que luego haremos concreta referencia cuando aludamos al problema objeto de debate desde vertientes estrictamente comunitarias.

d) El extranjero casado con española y la expulsión.

El extranjero, huésped en suma de nuestro país, se halla sujeto, en su consideración de administrado especial singularmente afectado por un componente de funcionariedad que le abruma, a un derecho sancionador civil asimismo especial, caracterizado sobre todo por el amplio abanico de posibilidades que puede provocar su deportación de España, abanico de cuyas más que estimables dimensiones da cumplida cuenta la policromía y magnitud de la lista de ilícitos en la que puede incidir el mismo y cuyo detalle no corresponde conformar ahora.

Partiendo de esta reflexión, el extranjero casado con español o española es un extranjero más para el derecho sancionador operativo en el entorno del derecho que específicamente le atañe, radicando en ello precisamente la absoluta singularidad del supuesto, en la concreta falta de personalización de esta hipótesis, en la carencia del más mínimo adobo de privilegio a requerir en el "cocinado" de su caso, ausencia que contrasta vivamente con lo proveído al efecto por los ordenamientos jurídicos ajenos en los que partiéndose de planteamientos idénticos, se llega a soluciones normativas completamente diferentes.

Siendo ello así, la instrucción de un expediente sancionador a un extranjero cónyuge de un español no difiere una coma de la que puede seguirse respecto a cualquier otro no nacional, pudiendo el mismo ser infligido con la, a mi juicio, inconstitucional detención que prevé el artículo 26 de la LOE (y con el internamiento administrativo-judicial de hasta 40 días asimismo descrito en tal artículo) y ser objeto de algunas de las medidas jurisdiccionales administrativas reguladas en el art. 21 de la LOE (medidas que acreditan como habilidad suprema el fracturar la coherencia del Derecho Penal sustantivo y procedimental a instaurar en este orden de cosas un estado de desigualdad que prima a los delincuentes extranjeros en detrimento de sus homólogos españoles).

Ésta es, en definitiva, la situación actual que permite, con la LOE en la mano, consumir la deportación de cualquier extranjero, hállese o no casado con español o española, conviva o no realmente con el nacional, simplemente por no tener los “papeles” en regla, o sea, por no haber obtenido la autorización de residencia o no haberla prorrogado en su justo momento, es decir, por puros injustos administrativos, sin la menor relevancia delictual, situación cuya liviandad y falta de peso específico se desprende de su propia realidad ontológica en la que no es del caso insistir.

C) El matrimonio mixto y el ordenamiento comunitario de extranjería.

a) *Idea general.*— Si la labor legisfahaciente al respecto se hubiere desplegado en base a ritmos de coherencia, es evidente que tal normativa tendría poco que decir al respecto, siendo así que el *status* del nacional español en España debe gobernarse íntegramente por las correspondientes normas domésticas y no por las consignadas en el Derecho Comunitario, cuyo interés preceptivo debe polarizarse de modo exclusivo sobre la figura del extranjero comunitario y su familia pero no sobre la del español (y la suya) respecto de su propio territorio, materia acerca de la cual tal normativa carece por completo de competencias.

Sin embargo, y sorpresivamente, el hacedor del Real Decreto ya relacionado 1.099/1986, de 26 de mayo, (texto que acometió la tarea de trasponer al orden normológico español los criterios rectores básicos resultantes de la preceptiva eurocomunitaria), vino a extravasar su propio objetivo competencial y destinó parte de su artículo 2 a la regulación del estatuto del cónyuge extranjero de un español, engendrando tal forma de proceder ordinamental una evidente perplejidad en el ánimo de los intérpretes de su sentido.

Así, los autores que se ocupan de la hermeneusis de tal artículo (cuya concepción literal dice así: “1. El presente Real Decreto se aplicará también según los casos, a los familiares de los ciudadanos de otros Estados miembros contemplados en el artículo anterior, lo que incluye, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 del Reglamento CEE, número 1.612/68, y en la directiva 73/148/CEE: a) su cónyuge y sus descendientes menores de veintiún años, o que vivan a sus expensas. b) Sus ascendientes que vivan a sus expensas, así como los de su cónyuge. 2. También se aplicarán las normas de este Real Decreto a los familiares de españoles, que sean ciudadanos de Estados miembros de la CEE o de terceros países”) no dejan de exteriorizar su

extrañeza ante el contenido del mismo, siendo buena prueba de tal forma de interpretar el significado del último apartado del artículo que acabamos de transcribir la visibilizada por José Luis IGLESIAS, en su trabajo publicado en la revista jurídica "La Ley" (Comunidades Europeas) suplemento nº 19 de 31 de diciembre de 1986, titulado "Entrada, permanencia y trabajo en España de nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea", ensayo en el que el citado autor dice literalmente sobre el particular que:

"4. Se benefician también de las disposiciones del Real Decreto, según su art. 2 párr. 2, "los familiares de españoles, que sean ciudadanos de Estados miembros de la CEE o de terceros países". Es decir, todos los familiares de españoles que, como es lógico, no tengan esta nacionalidad. Esta disposición es de aquellas que, como decíamos al principio, no sólo son incongruentes, sino que hacen sumamente difícil conocer los objetivos del legislador. En efecto, en primer lugar, el legislador va más allá de la obligación asumida en virtud del Derecho Comunitario, por cuanto el derecho a ejercer una actividad económica, asalariada o por cuenta propia sólo es invocable por los nacionales, y sus familiares, de los demás Estados miembros de la Comunidad y no por estos nacionales en su propio Estado. Ciertamente que los familiares de españoles que sean nacionales de un Estado comunitario podrán invocar tales derechos en España a título propio, pero no, en virtud del Derecho Comunitario, en cuanto familiares de españoles; en esa condición, su derecho nace exclusivamente en relación con cualquier otro Estado miembro; en segundo lugar, aun cuando el legislador haya querido eliminar la hipotética discriminación en que se encontrarían los familiares de españoles en relación con los familiares nacionales de otros Estados miembros, lo cierto es que el medio para conseguirlo no es este Real-Decreto, que sólo se justifica en función de las obligaciones asumidas por el ingreso de España en la Comunidad, entre las que no está la que aquí se comenta, sino la Ley de Extranjería, y resulta que esta Ley, precisamente a efectos de concesión y renovación del permiso de trabajo, considera con derecho preferente a los extranjeros "que se hallen casados con español o española y no estén separados de hecho o de derecho" (art. 18 párr. 3b). Así que, en materia de cónyuges, un Real-Decreto contradice a una Ley Orgánica y, en materia de los otros familiares, habida cuenta de que los hijos de español o española son españoles de origen (art. 17 CC), nos queda solamente los ascendientes del español y, eventualmente, los nacidos de madre española con anterioridad a la Ley 51/1982, de 13 de julio, que modifica las disposiciones del Código Civil en materia de nacionalidad, y todos ellos vivan o no a expensas del español, puesto que el Real-Decreto, en este punto, no lo exige; de otra parte, como tampoco vuelve a contemplarlos en ninguna de sus disposiciones, que sólo se refieren –y expresamente– a los nacionales de los

demás Estados miembros, el familiar del español no tiene norma concreta alguna en la que amparar su eventual solicitud”.

Por mi parte, y en mi antes calendado libro “Estudios sobre Extranjería”, al ocuparme de la exégesis del precepto en cuestión, tuve ocasión de sentar literalmente, en sus páginas 863 y 864, que:

“El artículo transcrito viene a especificar quiénes son los destinatarios del régimen de favor que la normativa del Real Decreto 1.099/1986 (en lo sucesivo R/D 1.099) propicia, cuando su régimen no es de directa aplicación al extranjero comunitario laborante, sino a determinadas personas que acreditan un derecho de estancia no laboral en virtud de su íntima conexión con el súbdito comunitario, trabajador autónomo o asalariado.

El precepto que nos ocupa enlaza directamente con los artículos 10 del Reglamento comunitario indicado en el apartado 1 del mismo, y con el 1 de la Directiva en el mismo lugar mencionada. De todos modos, tengo que reseñar que la acomodación del artículo que nos entretiene interpretativamente con los preceptos contenidos en el eurosistema jurídico no es absoluta, por cuanto que las reglas de las normas comunitarias antes dichas sientan, por su parte, que los Estados integrantes de las Comunidades favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie del régimen antes dicho, si se encontrase a su cargo o viviese en el país de origen con el trabajador antes mencionado. Pues bien, de tal exigencia comunitaria no existe ni asomo en el artículo que estamos comentando, generando así una improcedente disfunción normativa que puede resultar pródiga en responsabilidades internacionales para España.

Por otra parte, es de notar que el párrafo segundo del artículo cuya glosa estamos efectuando me produce hondas perplejidades interpretativas –hasta el punto de tener que confesar mi insapiencia en su elucidación– al enfocar el significado, para mí cabalístico, de la expresión “o de terceros países” que se contiene en el último inciso de dicho apartado.

Literalmente interpretado tal pedimento, resultaría que el régimen de privilegio que el Decreto en cuestión pregonaba, sería de aplicación a los familiares (definidos en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo expuesto) de los españoles, con los que todas las reservas que han quedado vertidas en las páginas precedentes acerca de la escualidez del derecho de estancia conferido por la LOE (y su Reglamento) a los padres y cónyuges extranjeros de ciudadanos españoles quedarían en entredicho, dada la atribución a los mismos, por la vía de este artículo, de un auténtico derecho

público subjetivo de entrada y residencia en España a dichos allegados de súbditos nacionales.

De todos modos –y con ello concluyo–, sea cual fuere el valor normativo de los fonemas legales antes dichos, lo que es cierto es que el sistema de mezquindad atributiva que reluce en la LOE (y su Reglamento de ejecución) en cuanto a tales extranjeros –padres o cónyuges de españoles– forzosamente tendrá que ser sometido a revisión puesto que en virtud de la normativa europea, dichos individuos no nacionales, partiendo de lo imperativamente establecido por los preceptos comunitarios aludidos, van a acreditar, precisamente por su relación con un español –tomado en su calidad de súbdito comunitario– más derechos de entrada y permanencia en los territorios sujetos a las soberanías de los países miembros, que sobre el solar nacional de su íntimo allegado; cosa literalmente absurda, siendo así que la fuente directa de tales derechos privilegiados de acceso a los distintos Estados coaligados en las Comunidades es pura y simplemente dicha conexión familiar con un español, respecto a cuyo país debería ostentar, como mínimo, idénticas facultades de ingreso y permanencia que aquellos que le son conferidos, por sus vínculos familiares “españolizados”, sobre los territorios de los otros Estados comunitarios”.

En aras a este planteamiento normativo, que a la postre ha sido rotundamente consagrado por la *praxis* funcional y jurisdiccional, resulta que los extranjeros cónyuges de españoles o españolas quedan sustraídos en su integridad de la normativa común sobre extranjería y extravasados en bloque al *factum* sobre el que incide la ordinalidad especial que estamos viendo, trasvase, sin embargo, que no opera en relación con todos los meritados extranjeros, sino sólo con aquellos que unan sus destinos matrimoniales con un español trabajador por cuenta propia o ajena, es decir, con un nacional productivo que en caso de hallarse en un país comunitario distinto de España devendría sujeto pasivo de los postulados comunitarios, quedando por lo tanto al margen de la preceptiva especial que estamos considerando y en consecuencia sometidos íntegramente al ordenamiento común sobre la extranjería resultante de la LOE y de su preceptiva de ejecución aquellos ciudadanos de otros países, cónyuges de españoles o españolas cuando estos últimos no se arropen de la condición de trabajadores por cuenta propia o ajena (es decir, sean parados, jubilados, indigentes, estudiantes etc.) aunque en esta hipótesis, si el extranjero en cuestión (el casado con español o española) es un trabajador comunitario podrá hacer valer su condición de tal y exigir que le sea aplicable la normativa comunitaria con preferencia a la de la LOE.

Vemos, pues, la complejidad de la situación, ya que un mismo tipo matrimonial –que cristaliza en las bodas de un extranjero con un español o española– puede hallarse sometido por lo relativo a la normativa de extranjería a aplicar al cónyuge no nacional a una dual preceptiva, o sea, a la común materializada en la LOE y RLOE (que se aplicará cuando el extranjero no comunitario de que se trate case con un español no trabajador) o a la especial representada por la legislación comunitaria y por el Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo, que deberá ser tenido en cuenta cuando tal extranjero (comunitario o no) contraiga bodas con un nacional trabajador (por cuenta propia o ajena) o cuando sin acreditar el cónyuge español tal *status* laboral, el extranjero en cuestión sea un comunitario trabajador a quien le es aplicable, *ex iure officis*, tal legislación especial, complejidad que ha venido a pulverizar cualquier intento de conseguir un mínimo de congruencia y unicidad en una cuestión tan delicada como la que estamos debatiendo.

En base de todo ello, cuando el extranjero (comunitario o no) quede sometido a la preceptiva últimamente evidenciada, es obvio que el sistema preferencial que le atañía según la LOE queda sobrepasado en su totalidad por el diseñado por esta última, preceptiva de solapamiento y recambio que sí que establece, aunque sin absolutizarlo, un derecho de estancia en España en beneficio de los sujetos a su régimen, derecho del que podrá prevalecerse el extranjero no comunitario en cuanto operador jurídico alcanzado por la frizada de vigencia y aplicación desplegada sobre el mismo por el indicado artículo 2.2 del Real Decreto 1.099/1986, derecho que se extiende a sus facetas instrumentales relativas a la entrada y alcanza también al derecho de no ser expulsado sino en supuestos límites, aspectos que vamos a considerar de inmediato,

b) *Entrada en España del extranjero casado con un nacional a la luz de la preceptiva del R/D 1.099/1986, de 26 de mayo.*

aa) Idea general.– Los extranjeros sujetos a tal disposición, y a los que genéricamente aludimos con anterioridad al hacer la exégesis de su artículo 2.2, pueden ser tanto comunitarios como de otra progenie nacional, dilema que obliga a distinguir ahora entre sus dos alternativas a fin de adquirir las mayores dosis de cognoscibilidad sobre esta materia.

ab) Caso de extranjeros comunitarios.— En esta hipótesis, los mismos quedan sujetos a la aludida preceptiva no sólo en su calidad de tal, sino también por exigencias del indicado precepto, con lo que es de tener en cuenta que su tasa de privilegio queda estribada además en su aludida condición de cónyuge de un español, haciéndose especialmente patente esta fuente preferencial en aquellos supuestos en los que de no concurrir la misma, el indicado extranjero no acreditaría derecho alguno sobre el territorio nacional, sucediendo ello concretamente cuando éste no pretenda desplazarse al mismo para el ejercicio de ningún tipo de actividad laboral, caso que por el momento queda al margen de los apremios ordinamentales de procedencia comunitaria, pero que simplemente por así imponerlo el artículo 2.2 del Real Decreto que nos ocupa queda asimilado al supuesto en el que tal extranjero comunitario pasivo acompaña en calidad de cónyuge a un nacional activo de la misma condición.

Ahora bien, es evidente que el extranjero comunitario –cónyuge de un español– puede desplazarse a España con la finalidad de ejercer en ella cualquier tipo de actividad laboral (con independencia de la que en tal caso despliegue el nacional con el que esté casado) supuesto en el que la fuente de privilegio para su eventual traspaso de la frontera española no es ya propiamente el artículo 2.2 que estamos considerando sino todo el grueso de la normativa comunitaria sobre el libre desplazamiento que le es directamente aplicable, con absoluta independencia de cual sea la condición nacional (española o extranjera) de su cónyuge.

En obsequio a esta reflexión general es evidente que en el primero de los casos dichos, el nacional comunitario no laborante deberá acomodarse a lo que sobre los cónyuges de los extranjeros comunitarios establece la propia preceptiva de la CEE, normativa que impone para los mismos la no necesidad de visado, requisito cuya exigencia fue suprimida para tales sujetos por la Directiva 73/148/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1973, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, a los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, disposición que procede a la referida supresión en su artículo 3, precepto que se encarga de sentar al respecto, que (“1. Los Estados miembros admitirán en su territorio a las personas mencionadas en el artículo 1 con la simple presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte válido. 2. No podrá exigirse ningún visado de entrada ni otra obligación equivalente, salvo a los miembros de una familia que no posean la nacionalidad de ninguno de los Estados miembros. Los Estados miembros darán a dichas personas todas las facilidades para obtener los visados que precisan”) precepto que ha sido traspuesto, aunque perdiendo dosis de imperiosidad y rigor en el punto relativo a la supresión de la exigencia aludida, por el artículo 5 (“1. La entrada en

territorio español se efectuará mediante presentación de Tarjeta de Identidad o de Pasaporte en período de validez, en que conste la nacionalidad del titular. 2. Los familiares que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la CEE, necesitarán además visado de entrada en España, siempre sin perjuicio de lo previsto en Tratados y Convenios Internacionales. Su expedición será gratuita”) del Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo, siendo suficiente, para que se le franquee la cancela nacional, la exhibición del meritado carnet de identidad o del pasaporte en vigor en donde conste su calidad de ciudadano de un Estado de la CEE.

Continuando por esta misma línea considerativa hemos de remarcar que la exoneración de visado a la que hemos aludido no es la única medida tendente a flexibilizar la entrada de tales extranjeros no laborantes, ya que los mismos, en su condición de familiares de súbditos comunitarios (los españoles de quienes son cónyuges) tampoco necesitan acreditar la tenencia de medios económicos que permitan su sostenimiento en España, exigencia que no figura en ninguna parte de la preceptiva comunitaria ni de la doméstica de trasposición pudiendo impedirse su entrada sólo en los supuestos a los que se refiere el artículo 22 del Real Decreto 1.099/1986, tantas veces mencionado, disposición que en línea con lo urgido al efecto por el artículo 8 de la antes indicada Directiva 73/148/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1973, señala que “1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes: –Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten los documentos previstos en el artículo 5 ...”, posibilidad cuya eventual toma en consideración debe partir de la base de su carácter excepcional, de lo limitado de su factura preceptual (ver al efecto el apartado 2 del mismo artículo 22 parcialmente transcrito) y de su más que ajustada aplicación jurisdiccional por parte del Tribunal de las Comunidades Europeas, que en una serie de importantes decisiones sobre el particular ha ido esculpiendo una teoría general de restricción acerca de la hipotética aplicación de tales medidas en cuanto impeditivas de la entrada en los países constituyentes de la CEE de los ciudadanos de los otros países asimismo integrados.

ac) Caso de extranjeros no comunitarios.– En este supuesto, y en aras a lo que reza al efecto el artículo 2.2 del Real Decreto 1.099/1986, anteriormente explicitado, el extranjero no comunitario, casado con español o española, acredita la condición de comunitario asimilado siempre y cuando su supradicho cónyuge español sea un trabajador por cuenta ajena o propia, calidad, la del extranjero, que comporta su sujeción a todos los cánones de la europeceptiva al respecto, que en relación con el tema que estamos viendo imponen la necesidad de que el mismo obtenga el pertinente visado que legitime su entrada

y ulterior estancia en España (bien con derecho a trabajar o bien sin él), visado requerible en virtud de lo que sienta el anteriormente indicado artículo 5.2 del ya pluricitado Real Decreto 1.099/1986, visado cuya obtención por parte del operador no nacional de que se trate deviene prácticamente automática, en virtud de la doctrina legal que resulta del artículo 3 de la Directiva 73/148/CEE, disposición a la que venimos haciendo constante referencia en estas páginas, que al apuntar al tema que nos ocupa –el de la consecución del meritado visado por parte de los familiares no comunitarios de los ciudadanos que acrediten tal condición– señala en el inciso último de su apartado 2 que “Los Estados darán a dichas personas todas las facilidades para obtener los visados que precisen”, enunciación de la que se infiere con toda lógica el aludido automatismo.

Con independencia de lo hasta aquí explicado, el régimen de entrada de los referenciados extranjeros no comunitarios casados con español o española que ejerza funciones laborales se atiene a las normas generales a las que hemos hecho acabada alusión en las líneas precedentes, circunstancia que determina la situación de evidente privilegio con que los mismos se arropan y que contrasta vivamente con el que afecte a aquellos extranjeros no comunitarios que casen con españoles en paro, jubilados, estudiantes o inactivos en general, sujetos no nacionales que pese a contraer matrimonio con un ciudadano español quedan íntegramente sujetos al régimen oportunamente proveído al efecto por la LOE y su normativa de desarrollo.

c) Situación de estancia.

aa) Idea general.– El derecho a la permanencia estable de los extranjeros comunitarios en España –entre los que se incluyen los asimilados a los que alude el párrafo 2 del artículo 2 del Real Decreto 1.099/1986– acredita unas características de sustancialidad que lo hacen diferir considerablemente del oportunamente titularizado por los no comunitarios, todo ello como consecuencia del soporte que a tal derecho prestan las distintas normas de la preceptiva europea que se ocupan de su instrumentación.

Ahora bien, su concreta encarnadura depende en gran parte de si su ejercicio se activa por los propios extranjeros comunitarios, o sea, por los que acrediten la ciudadanía de alguno de los Estados integrados en la CEE o por sus familiares no comunitarios, circunstancia que impone una escisión especulativa al respecto y que nos obliga a dividir este epígrafe en dos compartimentos, díptico compartimental que vamos a destinar sendamente al estudio de tal derecho en relación con unos y otros, en cuanto cónyuges de un español o española.

ab) Hipótesis de extranjero comunitario casado con español/a.

En esta hipótesis, el régimen que gobierna el disfrute de tal derecho por parte del mismo queda tutelado íntegramente por las normas del Real Decreto objeto de consideración que en línea con lo resignado *ad hoc* por la normativa comunitaria incentiva de forma más que estimable la posición jurídica de los mismos en cuanto a sus pretensiones residenciales sobre el territorio nacional, no siendo del caso penetrar en su concreta sustanciación ya que de hacerlo nos estaríamos refiriendo a esta cuestión desde vertientes absolutamente generales, aunque tal vez sea conveniente poner de relieve que la secuencialidad del procedimiento a seguir al efecto es distinta según que las pretensiones residenciales del mismo sean laborales o no. En el primero de los casos dichos, cuando el trabajo a desempeñar es por cuenta propia, el extranjero comunitario en cuestión obtendrá su autorización de residencia de conformidad con el régimen de privilegio diseñado por los artículos 6 y 7 del Real Decreto objeto de especial evidencia, sin necesidad de obtener permiso de trabajo y sin que la tramitación de tal autorización requiera la consecución del pertinente visado consular.

Por el contrario, si lo que intenta obtener el extranjero comunitario casado con un español o española es una autorización de residencia para trabajar por cuenta ajena, entonces, y teniendo en cuenta las medidas transitorias convenidas en el Acta de Adhesión de España a la CEE, el mismo deberá proveerse del oportuno permiso de trabajo, pero éste será de expedición automática en méritos a lo establecido por los artículos 12 y ss. del meritado Real Decreto, preceptos que resultan de aplicación a tal cónyuge siempre que se parta de la concepción –que auspicia el pluricitado artículo 2.2 del mismo– de que el español es considerado por la preceptiva alojada en tal texto como “ciudadano de un Estado miembro de la CEE”, respecto a su propio país, calidad que conlleva la atribución a su cónyuge extranjero del derecho a obtener de la forma que instrumenta el bloque ordinamental dicho el consiguiente permiso de trabajo por cuenta ajena.

En cualquier caso, es de tener en cuenta que el discernimiento de tales credenciales administrativas sólo puede ser rehusado en los supuestos previstos en el ya indicado artículo 22 del Real Decreto en cuestión cuando legitima para denegar por razones de orden público, seguridad y salud pública “la expedición o la renovación de las tarjetas de residencia o los permisos de trabajo y de residencia regulados en el capítulo III”, tema antes abordado y que materializa un importante venero de privilegio al respecto, como también conforman otro aquellos preceptos que sancionan el carácter declarativo de tales habilitaciones, carácter que queda claro en el apartado 7 (“La tramitación de la solicitud de

expedición de las tarjetas de residencia no será obstáculo a la permanencia provisional de los interesados en España, ni al desarrollo de sus actividades, que quedarán amparadas por una tarjeta provisional de residencia, expedida con un plazo máximo de validez de seis meses, dentro de los diez días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, con el documento de entrada en España y el certificado médico prevenido”) del artículo 9 y del artículo 20 (“En los casos de trabajadores que tienen derecho a la obtención del Permiso de Trabajo, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo, los trámites relativos a su expedición y a la del correspondiente permiso de residencia no impedirán la inmediata ejecución del contrato de trabajo concluido por el solicitante”) ambos del Real Decreto antes citado, preceptos cuya normativa contrasta severamente con la proveída por la LOE y su Reglamento que únicamente autorizan el ejercicio de la prestación laboral por parte del trabajador extranjero de que se trate cuando éste se halle en la posesión material del correspondiente permiso de trabajo, y no antes, ex artículo 33 del RLOE.

En la hipótesis de que el extranjero comunitario casado con español o española –y por ello favorecido por el régimen de privilegio pilotado por el apartado 2.2 del Real Decreto 1.099/1986– pretenda residir en nuestro país sin gozar del derecho a trabajar en él, entonces el mismo deberá postular la consecución de la credencial a la que alude al apartado 4 (“Si alguno de los miembros de la familia no ostenta la nacionalidad de uno de los Estados miembros, se le expedirá un documento de residencia de idéntica vigencia que el correspondiente a la persona de la que dependa”) del artículo 6 del Real Decreto 1.099/1986, credencial de tipología estrictamente declarativa y cuyas cuadernas básicas de instrumentación se sustentan sobre los mismos criterios a los que acabamos de hacer mérito en relación con las pretensiones territoriales laborales de los extranjeros que estamos viendo.

ac) Hipótesis de extranjero no comunitario casado con español/a.– En este supuesto se detecta la variante respecto al régimen anteriormente delineado de que en absoluta sintonía con todos los planteamientos normativos que hemos dejado desgranados a lo largo de esta parte expositiva, tal extranjero –si bien sujeto al régimen de privilegio erigido por el apartado 2.2 del Real Decreto objeto de permanente alusión en este trabajo– necesita, como presupuesto de su entrada y ulterior permanencia legítima en España, obtener el correspondiente visado consular, con lo que su tenencia se constituye en un *prius* indispensable para todo el desarrollo y consumación de tal proceso, aunque en la hipótesis de que el extranjero en cuestión carezca de él –y se encuentre fácticamente ubicado en España– es obvio que su exoneración merecerá una respuesta favorable por parte de los órganos competenciales encargados de la misma (Gobernadores Civiles y Delegados del Gobierno) siendo así que si su

consecución consular resulta prácticamente automática, su eventual dispensa por vía gubernativa, también debe serlo.

Hecha abstracción de esta peculiaridad, el resto de reflexiones que han antecedido resultan perfectamente traspolables al supuesto que estamos viendo, divergiendo, por tanto, el procedimiento a seguir según que el trabajo a desarrollar en nuestro país sea por cuenta propia o ajena, debiendo destacarse en todo caso la no necesidad de que tal extranjero –traslaticamente comunitario por mor del dispositivo asimilacionista activado por el apartado 2.2 del Real Decreto en cuestión– postule la consecución del permiso de trabajo por cuenta propia, exigencia que de requerirse por parte de la Administración devendría absolutamente oficiosa y atentatoria de la legalidad impuesta por vía del meritado precepto.

d) *El extranjero comunitario (o asimilado) casado con español/a y la expulsión.*

En línea con lo antes explicado acerca del engrosamiento del derecho de estancia que acreditan tales extranjeros en relación con el territorio nacional, el Real Decreto 1.099/1986, extrayendo las pertinentes consecuencias y traduciendo a efectos domésticos lo prescrito en la europeceptiva (en especial en la Directiva 64/221/CEE) permite sólo con carácter excepcional la deportación de los mismos, al postular al efecto en su apartado I que “Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrán adoptar alguna de las medidas siguientes: ... ordenar la expulsión del territorio español del extranjero concernido”, alternativa sancionatoria únicamente imponible mediante la instrucción del expediente expiativo *ad hoc* en el que deberán observarse las disposiciones garantistas que resultan del propio articulado del Real Decreto en cuestión (ver al efecto su artículo 24) y siempre teniendo en cuenta el carácter restrictivo que reluce en la tipificación penológica impuesta por dicho texto que dispone de su clave de bóveda fundamental en el dato de que frente al listado de injustos civiles elaborado por el artículo 26 de la LOE, que incluye como supuestos sancionables con el extrañamiento del infractor aquellas hipótesis en las que el ilícito cometido tome cuerpo en no disponer de los pertinentes permisos de trabajo y autorización de residencia o hallarse los mismos caducados, tales supuestos de carencias documentales no son susceptibles de ser infligidos con una medida de deportación, imposibilidad que resulta del apartado 3 (“La caducidad del documento de identidad o pasaporte que haya amparado la entrada en España y la expedición, en su caso, de la tarjeta o permiso de residencia no podrán ser causa de expulsión del territorio español”) del meritado artículo 22 y del apartado 2 (“La omisión de la solicitud de la tarjeta

de residencia, así como de los permisos de trabajo y residencia en los casos en que exista derecho a su obtención, durante el período transitorio regulado en el capítulo III y la de sus renovaciones ... sólo podrá ser sancionada con multa, que deberá ser proporcionada a la gravedad de la infracción, teniendo en cuenta el grado de voluntariedad, la reincidencia, en su caso, y la capacidad económica del infractor, y no podrán dar lugar a la expulsión del territorio español”) del artículo 23, ambos del Real Decreto 1.099/1986, preceptos que vienen a certificar el carácter puramente declarativo o confirmatorio del hecho de la expedición de tales credenciales, circunstancia que implica una tajante –y optimizada– diferencia de trato en relación con la normativa sobre la extranjería común, rama jurídica que carga todo su peso sancionador en el hecho de la eventual comisión por parte del extranjero involucrado en la peripecia aflictiva de que se trate de alguno de los “crímenes” documentales que los preceptos mencionados sólo permiten castigar con multa, privilegio del propio modo extensible a lo estrictamente procedimental ya que en ningún caso la potencial deportación de que pueda ser objeto el extranjero comunitario (o asimilado) podrá imponerse por la vía del expeditivo cauce rituario regulado por el artículo 36.2 de la LOE, siendo así que el primer apartado del artículo 23 se encarga en señalar al efecto que “las personas a que se refiere el presente Real Decreto no podrán ser objeto de devolución por entrada ilegal en territorio español”.

Ahora bien, en lo que existe plena coincidencia entre la normativa incorporada a la LOE y la que queda cristalizada en el Real Decreto 1.099/1986, en cuanto texto oportunamente trasvasador de la preceptiva comunitaria sobre el particular al ordenamiento doméstico español, es en el hecho de que ninguno de tales conjuntos normativos singulariza, a los efectos de la deportación indicada, el caso del extranjero casado con español o española, considerándolo, por omisión descriptiva, como un supuesto más con todas sus consecuencias.

D) Relaciones parentales y paternofiliales mixtas.

La superación del principio de unidad familiar en el contexto aplicativo del derecho de la nacionalidad ha provocado la posibilidad de que la situación que da pie a este epígrafe surja con relativa frecuencia, circunstancia que determina, dadas sus características, una evidente especialidad por lo tocante a su subsunción en el de la extranjería, especificidad que en nuestro ordenamiento resulta descollante y hace aflorar determinadas imputaciones jurídicas de inequívoco –aunque muy limitado– signo preferencial.

En cualquier caso, todo el acervo de criticismo que hemos dejado evidenciado en las páginas precedentes respecto a la labor del hacedor de normas en este sector en el sentido de que en sus labores jurisdicentes ha olvidado por completo el conferir un auténtico derecho de estancia en España a los extranjeros casados con nacionales, es perfectamente trafble a colación en esta sede, en la medida en que tales extranjeros, en cuanto padres o hijos de españoles, quedan sometidos al régimen común –y excesivamente cutre– de la extranjería, vislumbrándose sólo muy leves pinceladas de privilegio en las normas que le son de aplicación personalizada.

Ello dicho, también es recalable que incluso tal régimen es más pacato en relación con los mismos, ya que, y así atino a la fase prodrómica de su entrada en nuestro país, mientras que los extranjeros casados con españoles pueden hacer uso con cierta frecuencia del régimen preferencial y urgente para la consecución del visado consular de residencia por agrupamiento familiar, tal cosa no sucede respecto a los padres extranjeros de hijos españoles menores de edad, excepto cuando estos últimos acrediten medios de fortuna suficientes para el sostenimiento de los primeros, hipótesis en la que sí se dan los condicionantes necesarios para la activación del aludido régimen.

Por otra parte, es de notar que la Circular antes mencionada de 1 de julio de 1988, sobre criterios para la aclaración de las cuestiones surgidas en la aplicación de la LOE y RLOE, dictada conjuntamente por los Ministerios de Asuntos Exteriores, de Interior y de Trabajo y Seguridad Social contempla especialmente los supuestos actualmente objeto de debate señalando que la exoneración del visado consular para la tramitación de la ulterior autorización de residencia en España es factible, (siempre que en el supuesto a dirimir se pueda suponer buena fe), cuando el peticionario de tal exención sea “el hijo/a de un español” o “el padre o madre de un español/a”, dualidad de eventualidades que abarcan las que estamos presentemente considerando si bien es de hacer constar que la cortedad del régimen normativo propuesto por la LOE y su Reglamento queda suficientemente patentizada en el dato de que sólo se hace visible cuando el español ligado familiarmente con el extranjero de que se trate se halla “a cargo” del mismo, exigencia que resulta en su estricta mismidad de lo previsto al efecto en el párrafo c) del apartado 3 del artículo 18, pasaje normativo que al elaborar el listado de extranjeros sustraídos del común por lo tocante al régimen preferencial operativo en el área de los permisos de residencia considera como tales a los “que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española”, enunciación asimismo reproducida *ad litteras*, a los efectos de la eventual obtención por parte de tales sujetos de alguno de los denominados “permisos de residencia especiales” por el artículo 21 del RLOE en uno de los párrafos de su apartado 1, así como en lo

referente a la consecución del permiso de trabajo de tipo "B" sin consideración a la situación nacional de empleo por el parágrafo d) del apartado 1, del artículo 38 del propio RLOE, exigencia que sólo resulta coherentemente entendible atribuyendo a la expresión clave materializada en la meritada necesidad de que el español (hijo o ascendiente) se halle a cargo del extranjero beneficiado en sentido amplio, sobre todo tratándose de hijos, ya que de lo contrario se produciría el contrasentido de que los padres extranjeros de hijos españoles cuando los primeros no desarrollaren ninguna actividad laboral o no tuvieran medios de fortuna no acreditarían el más mínimo derecho preferente a permanecer con ellos en España, cosa que tratándose de hijos menores de edad sujetos a su patria potestad resultaría de una procacidad evidente.

Si del derecho de extranjería común pasamos al especial, vemos cómo tampoco en esta vertiente la situación mejora teniendo en cuenta que la condición de extranjeros comunitarios por asimilación que resulta propugnada por la vía del artículo 2.2 del Real Decreto 1.096/1986 para determinadas categorías de nacionales de terceros países en la medida en que los mismos resulten vinculados familiarmente con españoles sólo es predicable cuando tales extranjeros dependen de estos últimos, cosa que sustrae del círculo de privilegiados delineado por este precepto a aquellos ascendientes y descendientes que o bien disponen de medios de fortuna propios o bien desempeñan algún tipo de actividad laboral o empresarial.

Evidentemente, cuando los susodichos ascendientes o descendientes de españoles dispongan de una ciudadanía comunitaria, entonces su *status* se gobierna en su integridad por las normas propias del ordenamiento europeo y, en definitiva, por las reglas contenidas en el Real Decreto 1.099/1986, bloque del que resulta un régimen absolutamente diferencial del ordinario y cuyo estudio no sería de recibo en estos momentos.

2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LAS SITUACIONES FAMILIARES DESCRITAS

Ante todo tenemos que poner de relieve que su comportamiento decisorio en este orden de cosas se ha proyectado en exclusiva sobre el tema de los matrimonios mixtos, sin que hasta el presente haya sido objeto de su alta consideración jurisdiccional el punto relativo a las relaciones parentales entre ascendientes y descendientes, aunque tangencialmente la existencia de una materno filial ha sido objeto de evidencia en la *ratio decidendi* incorporada a la Sentencia que luego veremos de 3 de abril de 1991.

Partiendo de esta observación tengo que puntualizar que hasta ahora se han dictado en relación con la problemática de los matrimonios mixtos considerados a la luz del derecho de extranjería cinco sentencias, habiéndome ocupado de las tres primeras en mi libro “Estudios sobre Inversiones Extranjeras en España”, anteriormente indicado, en su tomo I, vol. II. obra en la que al abordar esta cuestión dije literalmente que:

“Recensión jurisprudencial al respecto.– Introducción.– La normativa sobre la extranjería objeto de estas reflexiones especulativas constituye una obra de ingeniería jurídica nueva cuyas piezas más importantes requieren la necesidad de un acople consistente y reposado, hecho que no ha tenido lugar, lo que ha determinado que el tratamiento jurisdiccional de la problemática relacionada con los derechos de los extranjeros casados con españoles o con hijos españoles no sea todavía frecuente ni cohesionado, faltando por completo una respuesta coherente y sistemática a la problemática suscitada que merezca el “*nomen iuris*” de Jurisprudencia.

Por otra parte, y ello tal vez sea a mi juicio lo más destacable, el planteamiento pretensional sobre el particular aparece, en términos generales, mal articulado, teniendo en cuenta que, y ello exige ser subrayado, el extranjero concernido no acredita ningún derecho –ni constitucional ni ordinario– a residir establemente en España, siendo así que quien titulariza uno de tal porte, es más bien su cónyuge extranjero o su hijo español. En base de ello las resoluciones administrativas o judiciales que impongan (o corroboren) la hipotética deportación de su cónyuge o padre extranjero “deben” ser atacadas utilizando los pertinentes recursos (incluso el de amparo) por los súbditos nacionales concernidos (o por sus representantes legales) alegando unos y otros la presunta infracción por tales resoluciones expatriadoras de su fundamental derecho a la igualdad, ya que tal deportación resulta atrozmente discriminatoria para ellos al convertirlos de modo inexorable en ciudadanos españoles de segunda categoría, cuyos maridos, mujeres, padres o madres extranjeros pueden ser deportados por vía administrativa, eventualidad que en modo alguno deviene acaecible respecto a los correlativos cónyuges e hijos con padres españoles (siempre partiendo del dato de que los españoles –bajo ningún concepto– pueden ser expulsados de España).

En función de estas consideraciones, entiendo que el capítulo jurisprudencial al que estamos haciendo alusión debería haberse enriquecido con la presencia en estas áreas de algún recurso de amparo, posibilidad de justicia constitucional que en mi antes citado libro, página 420, entendí de factible acceso al extranjero y a sus próximos españoles.

Repito que todavía no se ha dictado ninguna Sentencia de amparo en este ámbito –aunque es augurable que lo será pronto– y ello viene a privar de perspectivas el seguimiento analítico de la cuestión, seguimiento no obstante que ya cuenta con un tríptico de resoluciones jurisdiccionales al respecto que pasamos a referenciar en sus grandes niveles de decisión.

Sentencia de 25 de noviembre de 1985.– En ella, y frente a la pretensión abrogatoria planteada por la representación letrada de una ciudadana extranjera, respecto a la decisión administrativa de expatriación que le afectaba (extranjera que en la fase subsiguiente a la adopción de la misma, motivada funcionarialmente por su presunta implicación en un delito de trata de blancas (entre otros ilícitos imputados) contrajo matrimonio con un súbdito español), el TS anuló la supradicha decisión administrativa de extrañamiento, aduciendo entre otras cosas, las siguientes consideraciones:

“Que propuesta por la Jefatura Superior de Policía de Valencia y decretada por el Gobierno Civil la expulsión del territorio nacional de la recurrente, súbdita dominicana Belkys Amanlys F.R., entre otras circunstancias por supuesta implicación en un delito de trata de blancas, el haber contraído matrimonio con posterioridad con súbdito español, lo que aparece legal y suficientemente acreditado, crea una situación jurídica nueva y da vida a un estado civil al que para darle efectividad y adecuado cumplimiento, se hace rigurosamente incompatible con las aludidas medidas policiales que dejarían sin el adecuado contenido a este estado generador de derechos y de obligaciones de las cuales es la convivencia o vida en común la primera de ellas y se dejaría para que ésta tenga lugar, sin ejercicio inicial de un derecho consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos; matrimonio al que por otra parte no sería correcto imputar en su voluntad de llevarlo a cabo, un posible fraude en cuanto concebido para evitar se produzcan situaciones en la recurrente derivadas de su propia conducta y antecedentes, por cuanto que estamos ante una situación inicial legal de la que habrán de deducirse los oportunos efectos”.

Sentencia de 7 de diciembre de 1987.– En esta Sentencia, en la que se debatía la pretensión de que se declarase nulo o improcedente el despido de una ciudadana alemana casada con español que inició su actividad en España sin haber obtenido el correspondiente permiso de trabajo, el TS dijo, entre otras cosas que ahora no nos interesan que:

“La actora, con independencia del derecho que tiene de adquirir la nacionalidad española de acuerdo a lo establecido en el art. 22 CC, puede hacer uso de lo que sobre el particular se establece en el R.D. 1.099/1986 de 26 de

mayo –fecha posterior a la de presentación de la demanda–, que desarrolla la LO 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de extranjeros en España, y el art. 395 Acta del Tratado de Adhesión. Real Decreto que se ha pronunciado, como se expone en su E. de M., con la finalidad de abolir toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros y, consecuentemente, relativos a la libre circulación de personas que pretenden desplazarse y residir en España a efectos de trabajo, por cuenta propia o ajena. En su virtud, el art. 2.2 establece que sus normas también se aplicarán a los familiares de españoles, que sean ciudadanos de Estados miembros de la CEE o de terceros países; añadiendo el art. 14 que a los trabajadores comprendidos en los apas. a) y b) del artículo que le precede –entre los que se encuentra el caso de la actora–, “se les concederá, si lo solicitan reglamentariamente, un Permiso de Trabajo válido para 5 años y no sujeto a limitación por razón de territorio, sector o actividad profesional y un Permiso de Residencia por la misma duración”.

Sentencia de 20 de febrero de 1989.– En esta sentencia, frente a la pretensión instada por el extranjero recurrente –ciudadano senegalés, condenado previamente a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor por un delito contra la salud pública con la agravante de reincidencia– de que se anulase la decisión administrativa de expulsarle, pretensión cancelatoria basada en el hecho de haber contraído ulterior matrimonio con una española, el TS apuntó entre otras cosas, que:

II. Conforme al Art. 22 CC, el matrimonio por sí sólo no determina que el extranjero adquiera la nacionalidad de su cónyuge español, lo que implica, a su vez, que en líneas generales su régimen jurídico continúa siendo el previsto en el art. 13 CE y LO 7/1985 de 1 de julio (derechos y libertades de los extranjeros en España) en tanto no concurren las condiciones legales para adquirir la nacionalidad española, pero ello no obsta a que, tanto la Administración como los Tribunales en su caso, puedan y deban tener en cuenta la nueva situación para evitar en lo posible dificultades extraordinarias en la convivencia matrimonial, ponderando tanto las circunstancias de los contrayentes o de las personas de que de ellos dependan como la trascendencia y entidad de la causa legal tenida en cuenta para acordar la expulsión.– III. No media en el caso ninguna circunstancia especial en ninguno de los cónyuges que haya de valorarse con un sentido tan cualificado que deba prevalecer sobre la gravedad del hecho contrastado de que el marido ha practicado actividades contrarias a la salud pública cumpliendo así el presupuesto de su expulsión de España, que normalmente no puede ser enervado por la simple alegación de haber contraído matrimonio el extranjero afectado por la misma con española, ya que no es ésta la previsión legal, ni constan circunstancias especiales en los interesados que

aconsejen aceptar que su convivencia haya de tener lugar, en todo caso, en su actual lugar de residencia”.

Valoración crítica de estas Sentencias.— Partiendo del dato de la evidente antinomia decisional que media entre la primera de las sentencias dichas y la última, las conclusiones a las que debemos llegar, en base a lo relacionado en las mismas, son las siguientes:

—Indudable aplicación en España de la norma contenida en el artículo 2.2 del Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, artículo que según concreta exigencia del TS se aplica también a los familiares de españoles ciudadanos de Estados miembros de la CEE o de terceros países, aplicación que para mí resultaba paradójica (aunque necesaria) y de la que me ocupé con anterioridad aportando mi visión personal al efecto (al relacionar un pasaje sobre el particular de mi libro “Estudios sobre Extranjería”) y la de IGLESIAS BUHIGES, y que a juicio del aludido Tribunal, en la Sentencia dicha de 7 de diciembre de 1987 no acredita ningún tipo de problema.

—Falta de un criterio uniforme al respecto, conclusión a la que se llega sólo con contemplar los respectivos “dictums” de las Sentencias de 25 de noviembre de 1985 y la de 20 de febrero de 1989, diferencia criterial que implica el que en la primera de ellas se enerve la entrada en juego de la expulsión ya decretada administrativamente por el subsiguiente matrimonio de la extranjera implicada (instituto matrimonial que en tal Sentencia se potencia adecuadamente atribuyéndole, como hemos visto, el carácter de acto genético de “una situación jurídica nueva” y de “un estado civil”, estado de oportuna y trascendente localización jurídico-personal cuya plena maximización operatoria “es incompatible con las aludidas medidas policiales (de expulsión) que dejarían sin el adecuado contenido a ese estado generador de derechos y obligaciones”) mientras que en la segunda de las relacionadas no acontezca ello, percibiéndose en su concreto *dictum* una actitud acertadamente tildable de decrementista del significado del acto matrimonial en relación con la extranjería (“... cumpliéndose así el presupuesto de su expulsión de España que normalmente no puede ser enervado por la simple alegación de haber contraído matrimonio el extranjero afectado por la misma (la medida de expulsión) con española ...”).

—La consideración, que constituye el único común denominador decisional importante de las Sentencias referidas, de que el caso de extranjeros casados con súbditos españoles no es —ni burocrática ni jurisdiccionalmente—

un “caso más”, actitud que resulta lucífera en la Sentencia primeramente referida de su propio sentido veredictivo, pero que también es fácilmente constatable en la segunda y a la que tampoco se sustrae la arquitectura decisional de la última, en la que, y a pesar de rechazarse en concreto la pretensión residencial del extranjero expulsado casado con española, no deja de remarcarse con incuestionable énfasis que “tanto la Administración como los Tribunales en su caso puedan y deban tener en cuenta la nueva situación para evitar en lo posible dificultades extraordinarias en la convivencia matrimonial, ponderando tanto las circunstancias de los contrayentes o de las personas que de ellos dependen como la trascendencia y entidad de la causa legal tenida en cuenta para acordar la expulsión”, criterio jurisdiccional impositor a la Administración de una actitud de prudencia y comedimiento valorativo individualizador cuando se trate de los supuestos de los extranjeros que estamos viendo.

En cualquier caso, mi criterio, que resulta plenamente coincidente con el texto decisional –apodíctico, convencido e infisurado– de la Sentencia primeramente referida (y en consecuencia absolutamente discrepante del que se desprende de la última) no ha recibido todavía el contraste constitucional del TC, cosa que, entiendo, encarnará una enfilada de veredictibilidad que se constituirá, en suma, en la clave de bóveda del tratamiento jurisdiccional de esta trascendente problemática, que –y es justo decirlo– recibe un tratamiento administrativo tan anómalo que el mismo resulta posiblemente único en el mundo occidental, mundo cuyos países otorgan sin excepción –a los efectos que estamos viendo– un peculiar valor al supradicho vínculo matrimonial”.

Como complemento de lo que allí expliqué tengo que poner de relieve que el goteo de Sentencias del TS sobre el particular ha continuado, constituyendo las últimas manifestaciones de este proceder jurisdiccional al respecto las de 7 de febrero de 1991 y la de 3 de abril del mismo año, Resoluciones que continúan inscribiéndose en la misma línea que las anteriores, indagando con minucia de orfebre el caso concreto y resolviendo los supuestos objeto de contienda de forma diferente, sirviendo toda la suerte de reflexiones emitidas en relación con las tres primeras para valorar estas dos últimas, aunque tras una visión panorámica de la cuestión me encuentro en condiciones de afirmar que el TS ha renunciado a constituir por vía interpretativa lo que podía haberse convertido en un sucedáneo jurisdiccional de un inexistente derecho de estancia, legal o reglamentario, del extranjero casado con español o española, limitándose a exigir que el sopesamiento *ad casum* y la ponderación administrativa al respecto actúe de la forma más meditada y cuidadosa posible pero sin que ello presuponga en lo más mínimo una pérdida del poder decisorio detentado en este orden de magnitudes por el Ministerio del Interior.

En cualquier caso, lo que resulta fuera de toda duda es que la idea de que por la vía de los matrimonios blancos puede burlarse la normativa sobre la extranjería subyace de forma insescentable en el quid sustancial de esta forma de entender la cuestión que nos ocupa, circunstancia que nos obliga a hacer una breve disgresión sobre los mismos, y en tal sentido podemos decir que tales matrimonios son una realidad evidente a través de la figura de las bodas simuladas, categoría en la que una o ambas partes emiten en forma pertinente pero de modo putativo o ficticio en el fuero interno, su consentimiento vincular, situación que para el Derecho canónico provoca una realidad patológica hipotéticamente desvirtuable por nula (canon 1.086), solución a la que también puede llegarse en relación con el matrimonio civil y ello no sólo por exigencias del artículo 53 del Cc sino, y sobre todo, por lo postulado al efecto por el 73.1, del mismo cuerpo legal que predica la nulidad “cualquiera que sea su forma de celebración” del “matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”.

Todo esto es evidente, pero a partir de aquí empiezan las dificultades ya que si hay algún negocio jurídico en el macrocosmos del derecho que se resiste a su anulación por esta vía éste es precisamente el matrimonial, teniendo en cuenta su carácter de acto oficial (demandante de un puntilloso expediente funcional que culmina con la inscripción del acto en un Registro Público) y la circunstancia de que su pervivencia tolera incluso la infracción por parte de los cónyuges de su deber de convivencia, circunstancia que evidentemente modaliza el instituto pero no lo desnaturaliza, todo ello con independencia de que en la legitimación para demandar la nulidad matrimonial por la causa indicada sólo resulta discernida de la forma prevista por el artículo 74 del Cc, no siendo en modo alguno de instrumentación pública.

De todos modos, la anulación del matrimonio por esta causa –aunque difícil– siempre es posible, pero la misma no puede ser sino producto de la pertinente decisión judicial firme y en absoluto resultado de presuposiciones más o menos fundadas por parte de la correspondiente Autoridad administrativa para la que todos los matrimonios, mixtos o no mixtos, deben acreditar idéntico valor en tanto subsistan –oficialmente– como tales.

Siendo ello así, lo que deben valorar las Autoridades competentes en este orden de cosas es si los cónyuges conviven o no, dato que en méritos a lo previsto en la normativa sobre la extranjería se convierte en la piedra de toque de todo el sistema incentivador articulado por la misma y siempre teniendo en cuenta que de la pura celebración matrimonial brota automáticamente la presunción de convivencia entre los contrayentes instaurada a estos efectos por el artículo 69 del Cc, no siendo legítimo que la Administración traslade sobre sus espaldas (la de los cónyuges) la carga de su prueba sino que compete

precisamente a la misma (a la Administración) la tarea de su potencial desvirtuación mediante la práctica de una contraprueba en contrario, tema que –y ello es destacable– aparece totalmente ausente de la reseña jurisprudencial efectuada.

3. POSICIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL HIJO ESPAÑOL AL EFECTO

Siendo el matrimonio una comunidad de vida es evidente que el español casado con un extranjero tiene jurídicamente mucho que decir respecto a la situación jurídica de éste en relación con el territorio nacional, ya que de ella va a depender la plenitud efectista de su propio *status* de casado, circunstancia que imprime una acusada especialidad a la figura del matrimonio mixto que no sólo resulta adecuadamente contemplable desde la foraneidad del no nacional (y su régimen) sino también desde la españolidad del otro cónyuge (y del suyo).

Ésta es la idea matriz de todo lo que voy a explicar, tesis que en definitiva parte de la base de que el cónyuge español es un interesado de pleno derecho en todas las peripecias funcionariales que en este orden de cosas afecten a su cónyuge ya que de su éxito o fracaso va a depender la calidad y alcance de su propia condición de casado/a y, en suma, la plenitud de los efectos que deben derivar de su propio *status* matrimonial, discurso cuya certeza acredita como corolario lógico el que tal español/a pueda –e incluso deba– firmar con su cónyuge extranjero todas las instancias e instrumentos relacionados con la regularización de la situación territorial de este último en nuestro país, tanto aquellos referentes a la consecución del visado consular permitiente de su ingreso en España y ulterior inicio del procedimiento orientado al logro de la bendición administrativa de su residencia en ella, como en defecto de éste todos los conectados con el procedimiento seguible para la exoneración del visado, firma que implica el tenerse como parte directamente concernida y procesal y materialmente legitimada en todas las tesis relacionadas con tales procedimientos.

Con abstracción de esta vertiente, y ya adentrándonos en el *sancta sanctorum* del procedimiento sancionador materializado en la eventual expulsión de España del extranjero infractor, su cónyuge nacional acredita el derecho de impedir que ésta se consume, siempre que conviva efectivamente con el mismo (convivencia que se presume tal como advertimos anteriormente y cuya demostración de adverso compete a la Administración) ya que de

consumarse tal extrañamiento, el nacional español advendría ineluctablemente a la condición de viudo o viuda administrativo (en feliz frase de MEZQUITA DEL CACHO) situación absurda que conllevaría de inmediato una flagrante violación en su contra del derecho subjetivo a la igualdad consagrado a nivel constitucional por el artículo 14 CE, en su alternativa interdictiva de toda arbitrariedad, circunstancia que sobrevendría al ser su matrimonio objeto de una tasa de imputación jurídica sancionadora de la que se hallan totalmente ausentes los matrimonios de sus connacionales, siendo así que éstos, por el mero hecho de hallarse casados con otros españoles, acreditarían un derecho absoluto a convivir con ellos, circunstancia, por el contrario, que en relación con su caso dependería de que la Administración lo consintiese, siempre teniendo en cuenta que con la expulsión del cónyuge extranjero quedaría gravemente penalizado el español que sin comerlo ni beberlo se vería desprovisto de una convivencia matrimonial en España que se considera sustancial para su doble condición de casado y español.

Así pues, si la Administración pudiere privar a un nacional de su cónyuge extranjero, el primero quedaría en grave situación de discriminación respecto a todos los demás españoles casados con otros españoles, siendo de hacer constar que la foraneidad de su cónyuge es un dato accesorio en relación con la igualdad sustancial que mantienen entre sí todos los matrimonios a efectos de su regulación jurídica, regulación que acredita como uno de los soportes de su propia funcionalidad la convivencia en el territorio nacional –si así lo desea el cónyuge español– siempre partiendo de la base de que el mismo no puede ser extrañado forzosamente (ni ser obligado indirectamente a ello, cosa que sucedería si su cónyuge extranjero pudiere ser expulsado), todo ello en base a la interpretación a ofertar al encuentro del art. 19 CE.

En méritos de lo hasta aquí explicado, frente a una concreta orden de deportación que pueda ser infligida a su cónyuge extranjero, el nacional casado con el mismo acredita perfecto derecho a interponer todo tipo de recursos administrativos y contencioso-administrativos, tanto por la vía ordinaria como por la trazada por la Ley 62/1978 (pudiendo acceder también al recurso de amparo) debiendo delimitar el objeto procesal del recurso que en su caso interponga invocando la vulneración por parte del órgano administrativo o judicial correspondiente de su derecho a no ser discriminado por el mero hecho de haber contraído matrimonio con un no nacional, consistiendo la discriminación denunciada en hurtarle la convivencia a la que tiene derecho con su cónyuge en el territorio español constituyendo el elemento comparativo a aducir al efecto, como fundamento procedimental de su pretensión, el resto de matrimonios contraídos por sus connacionales y poniendo de relieve en la traída a la palestra de tal elemento parangonal la identidad sustancial que media

entre todos los matrimonios y el carácter accesorio que acredita el que su marido o mujer sea español o extranjero, acceso a la tutela jurisdiccional que no sólo es planteable en esta instancia deportativa sino también en todas aquellas hipótesis en las que se imposibilite la aludida convivencia con lo que también serán perfectamente residenciables en sede judicial y en amparo las denegaciones de visados consulares o dispensas del mismo o las eventuales denegaciones de las autorizaciones de residencia o permisos de trabajo.

Otro tanto puede decirse respecto de los padres extranjeros en relación con sus hijos españoles, siempre que éstos se hallen sujetos a su patria potestad (y lo están mientras que el Juez no diga lo contrario)*, situación que impone la presencia de los primeros en España, pudiendo acudir el representante de tales hijos (o en su caso el Ministerio Fiscal) a las pertinentes instancias de recurribilidad (administrativas, judiciales y constitucionales) alegando también la conculcación del principio antidiscriminatorio en perjuicio del hijo, ya que éste por pura decisión administrativa se vería privado del derecho a ser asistido –moral y económicamente– por su padre extranjero, debiendo traerse a colación, como elemento comparativo a tener en cuenta en la sustanciación procedimental del litigio de que se trate, el resto de relaciones paternofiliales en las que los otros hijos españoles por el mero hecho de que su padre sea también español detentan un derecho absoluto a su asistencia en España, sin que sea legítimo que las autoridades administrativas procedan a su ablación, cosa que por el contrario sí que puede suceder respecto del mismo.

En cualquier caso, y con ello concluyo, se da en estas áreas una colisión normativa absoluta entre la LOE y la Constitución. La primera permite que el Estado, en el ejercicio de su legítimo *ius puniendi* ejercible sobre los extranjeros pueda impedirles la entrada y asimismo provocar su salida forzosa. En virtud de la segunda, los cónyuges españoles convivientes con sus homólogos extranjeros y los representantes de los hijos de la misma nacionalidad (mientras se hallen sujetos a la patria potestad de sus padres extranjeros) pueden obstaculizar tal ejercicio, ya que el mismo supone convertirles en ciudadanos de segunda categoría, debiendo instrumentarse la estrategia letrada a seguir en este orden de cosas a base de la denuncia judicial de la violación del derecho a no ser discriminados, alternativa que implica considerar la expulsión no desde el lado del extranjero sino del español.

(*) O sin patria potestad cuando el progenitor extranjero acredita judicialmente el derecho de visita. Ver STS del TS de 30 de abril de 1991.

INTERVENCIÓN DEL LETRADO EN LAS PRIMERAS DECLARACIONES QUE SE TOMA AL DETENIDO

ALBERTO MANUEL LÓPEZ LÓPEZ

FISCAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO. UN REQUISITO IMPRESCINDIBLE
- III. EL LETRADO: ¿DEFENSOR DEL DETENIDO O DE LA LEY?
- IV. LA PARCIALIDAD DE LA ABOGACÍA
- V. EL DERECHO POSITIVO EN LA ASISTENCIA AL DETENIDO
- VI. CONCLUSIONES PRÁCTICAS

I. INTRODUCCIÓN

En la investigación de los posibles delitos que se cometen en el área de nuestra competencia intervienen varios sujetos ajenos a los hechos, Policías, Jueces, Fiscales y Abogados de las partes. Las funciones que a cada uno corresponden en las primeras diligencias, lejos de estar nítidamente definidas en nuestro derecho, constituyen un ejemplo más de la ambigüedad conceptual con que éstos son tratados en nuestros textos legales, cambiando de carácter y de función según el tipo o la fase del proceso en que nos hallemos. Así, centrándonos en los inicios del proceso penal, el Juez instructor, además de Juez, en cuanto recoge las pruebas que imputan a una persona la comisión de un delito, se convierte en acusador; el Fiscal, además de acusador público, al tener la obligación de salvaguardar que no sean lesionados los derechos del imputado, es en cierto modo defensor del mismo; y el Letrado defensor añade a esta condición la de ser un colaborador de la Administración de Justicia, de la forma en que más adelante se dirá. Ello hace que no siempre se tengan las ideas claras a la hora de resolver las numerosas cuestiones que se plantean en la práctica forense diaria, y que, por supuesto, no se hallan expresamente resueltas en la Ley. El presente trabajo se va a centrar en la figura del Abogado defensor y su posición y derechos en las primeras diligencias policiales y judiciales, intentando definir un criterio claro que sirva, tanto para distinguirlo con claridad de los demás sujetos intervinientes, como para, a la luz del mismo, solucionar los problemas que puedan plantearse.

II. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO. UN REQUISITO IMPRESCINDIBLE

Cuando una persona es privada de libertad por la Policía ha de ser inmediatamente asistida por un Letrado de su elección o de oficio. Así resulta de lo ordenado en el art. 520 LECrim. nº 2, que dice: “Toda persona detenida o presa será informada, de forma que le sea comprensible, y de manera inmediata ... c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio”.

Como se puede comprobar la asistencia letrada al detenido no es un derecho renunciable a partir de la reforma operada en la LECrim. por la L.O. 14/83 de 12-12 que suprimió esta posibilidad del art. 526, según la redacción

que le dio la Ley de 4 de diciembre de 1978, y esto a pesar de que el art. 6.3 c) del Convenio Europeo de los Derechos Humanos considera el derecho a la asistencia de letrado como alternativo al derecho a la defensa por uno mismo, pues el art. 24.2 Const. Esp. no permite que se prive al acusado de la asistencia de abogado por el motivo de que le estuviese reconocida la posibilidad de defenderse por sí mismo (SS. TC. nº 16, 14-11-88). Por lo que cabe afirmar, rotundamente, que *la diligencia policial o judicial realizada sin el concurso de un Letrado que asista a la persona contra la que se dirija es nula de pleno derecho* de conformidad con lo dispuesto en el art. 238.3º LOPJ. Las dos excepciones legales, primera que, comunicada la detención al Colegio de Abogados, transcurrieren 8 horas sin comparecer por una causa justificada el Letrado elegido o el designado de oficio, en cuyo caso se podrá proceder a la práctica de la declaración o el reconocimiento, si el detenido prestare su consentimiento a ello; y, segunda, que la detención se verificara por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, que se contienen en el propio art. 520, núms. 4 y 5, respectivamente, si se tiene en cuenta lo ya dicho, que no es otra cosa que la invariable doctrina Constitucional sobre la materia desde la STC de 28-7-81, su primera resolución sobre el tema, en que anuló la sentencia de la Audiencia Provincial porque la única prueba que había servido como inculpatória era la declaración del procesado ante la Policía sin las garantías establecidas en el art. 17 C.E., concretamente sin la presencia de Abogado, hasta la reciente STC 140/1991, 20 de junio, Sala 1ª, que únicamente considera prueba vinculante para el Juzgador la verificada en el Juicio oral, y sólo admite excepcionalmente que se pueda destruir la presunción de inocencia en base a pruebas sumariales cuando éstas hayan sido practicadas con las garantías que las leyes procesales establecen y con respeto de los principios constitucionalmente admitidos, hay que colegir que estas excepciones que la LECrim. admite a la asistencia letrada de todo detenido no dejan de ser un ejemplo más de letra muerta en un texto en vigor, que mejor habría en desaparecer.

Constituye, pues, un axioma irrefutable en nuestro derecho que *no se puede realizar diligencia alguna en que tenga que intervenir una persona como inculpado si ésta no se halla asistida de Letrado*

III. EL LETRADO: ¿DEFENSOR DEL DETENIDO O DE LA LEY?

Ahora bien, sentado esto ¿cuál es la posición jurídica del Letrado que asiste a la persona que se encuentra privada de libertad al imputársele la comisión de un hecho punible?. Nuestro sistema penal, en este punto inicial del procedimiento, no adopta un criterio claro en el tratamiento de la figura del

Abogado, imbuyéndole de una naturaleza dual, que ocasiona cierto confusionismo pues no siempre se tiene claro el papel a desempeñar, apareciendo tanto como un colaborador de la Administración de justicia, que participa de sus mismos fines, y, al mismo tiempo, como el defensor de los intereses que le son confiados por el particular que lo nombra, privado de libertad, y que, en la abrumadora mayoría de los casos, son contrarios a la propia finalidad de la investigación, que nace para intentar recoger las pruebas de su culpabilidad. Así su relación con los otros sujetos que intervienen en la instrucción está marcada por este doble carácter, ser al mismo tiempo un colaborador y un antagonista.

Con anterioridad a las modernas reformas operadas en nuestro ordenamiento penal, los problemas de esta función bicéfala del Abogado estaban en gran manera soslayados, pues, de un lado, se hallaba el Abogado garante de los derechos fundamentales, exclusivamente, casi totalmente identificado con la figura del Abogado designado por riguroso turno de oficio, que por no tener relación alguna con el imputado, ni presente ni futura, ya que la representación del mismo correspondía con toda seguridad a otro compañero, se comportaba con absoluta imparcialidad de criterio en el desempeño de su misión, y de otro, el Abogado particular elegido libremente por el detenido, asumiendo, cada uno, el rol que le estaba encomendado, lo que facilitaba en gran manera las relaciones con los demás sujetos que intervenían en la investigación al tener claro todos ellos el papel que les toca desempeñar. Sin embargo, en la actualidad otros son los vientos que soplan por nuestro derecho, cada nueva ley representa un nuevo paso hacia la figura del Fiscal como instructor público de los delitos, pasando casi de mero espectador a protagonista, dirigiendo la investigación y la acusación. Este cambio radical en nuestro sistema procesal es lógico que afecte, no sólo a los Fiscales, sino también a los demás intervinientes, a los Jueces, centrada su misión en adoptar las resoluciones que puedan afectar a los derechos fundamentales de las personas, y a los Abogados convirtiéndose, desde el primer momento, en los implacables defensores de los intereses del justiciable, oponiéndose, con todos sus conocimientos jurídicos a las pretensiones inculpatorias que el Fiscal intente obtener de la investigación y quiera, luego, hacer valer en el juicio oral.

La mencionada dirección legislativa aparece plasmada en la última reforma operada en LECrim. por la L.O. 7/88, que introdujo el procedimiento abreviado. La nueva posición del Fiscal informa todo su articulado, a pesar de que no llega a dar el paso definitivo. Respecto a la del Abogado, el art. 788.2 ordena al designado de oficio que asista al detenido en comisaría y continúe prestando su asistencia jurídica hasta la finalización del proceso, salvo, claro está, que el interesado nombre a otro distinto, por lo que la independencia de

criterio que le proporcionaba el no ser defensor del detenido desaparece. Ahora ya no intervendrá en las actuaciones otro profesional que aquel que defiende al detenido, asimilándose el Abogado designado de oficio al elegido directamente por el justiciable, sus funciones son idénticas y su posición ante el proceso también. No obstante, en otros pasajes más antiguos de la LECrim., a los que no afectó la reforma, sigue estando presente esta distinción entre Abogados como ocurre cuando se decreta la incomunicación del detenido, en cuyo caso en art. 527 se le limita, no sólo el derecho a nombrar un Abogado de su confianza, que habrá de ser de oficio, sino también a entrevistarse reservadamente con éste; con la posibilidad que le concede al Juez el art. 302 LECrim. para decretar el sumario secreto, total o parcialmente, para todas las partes personadas, cuando estime que el conocimiento de las diligencias que se están practicando en la instrucción pueda perjudicar el curso de la misma. Preceptos que demuestran una desconfianza de nuestro legislador hacia la figura del Abogado que no se entiende si se considerara al mismo, únicamente, como un colaborador del Poder Judicial. Es indudablemente esto, pero, principalmente, también otra cosa.

IV. LA PARCIALIDAD DE LA ABOGACÍA

En efecto, el Abogado es un profesional del derecho, independiente del poder punitivo del Estado, que vigila por que, en la investigación de los delitos, se salvaguarden los derechos reconocidos por la Ley a los que aparecen en ellos como inculcados, siendo indudable que desde este punto de vista está llevando a cabo una función de interés público que trasciende de la que sería propia de una profesión estrictamente liberal, convirtiéndose en garante de derechos fundamentales sancionados en la Constitución, y, en definitiva, en una pieza clave de la administración de justicia. Este aspecto es el fundamentalmente resaltado por los textos legales en vigor, así la Exposición de Motivos del Estatuto General de la Abogacía proclama: “A partir de la Constitución de 1978, la figura del Abogado y el papel que debe cumplir en defensa de los intereses y derechos de los ciudadanos como colaborador del Poder Judicial ha obligado a la puesta al día del Estatuto General de la Abogacía”. Para, más tarde, en el Título III, de los derechos y deberes de los Abogados, en el art. 39, seguir diciendo: “El deber fundamental del Abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados”. Y lo que es más sorprendente: “En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de justicia a que la Abogacía se halla vinculada”, ya

que si se observara este precepto los Letrados, del mismo modo que los Fiscales tienen prohibido acusar al que piensan inocente, no podrían solicitar la absolución del que saben culpable, so pena de desviarse del fin supremo de justicia a que se hallan vinculados, y no es preciso abundar en argumentos para afirmar que tal conclusión, además de ir en contra del sentido común, vulneraría la Constitución, art. 24.2, y la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SS. 9-10-79, 13-5-80 y 5-4-83) como de nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, la 37/88) que declara que para evitar la indefensión del justiciable no basta con proporcionar los correspondientes profesionales de oficio, sino que la asistencia letrada ha de ser real y efectiva.

Así, enlazando con lo anterior, es preciso afirmar que, además de velar por que no se viole precepto legal alguno en perjuicio de su cliente, tiene la obligación de hacer valer todo aquello que resulte de la investigación y le pueda beneficiar, y, aunque no lo dice ningún texto legal, *utilizar todos sus conocimientos jurídicos para que quede desvirtuado aquello que le pueda ser perjudicial*. En definitiva, satisfacer el interés de la parte que lo ha nombrado, y no cabe duda de que el interés del detenido está en no ingresar en prisión y el del acusado en ser absuelto. De ahí que la posición del Letrado sea absolutamente parcial, y de este modo se ha reconocido por la Jurisprudencia haciéndose eco del quehacer cotidiano de la Abogacía española, así la SS.TS. 23-5-87, proclama que “el defensor es el patrono, por consiguiente parcial, de quien resulta acusado y sólo puede actuar como tal en la medida en que en su conjunto, a través de una determinada estrategia, procura la exclusión de su defendido. Este derecho primario, en cuanto derivado de la propia naturaleza de las cosas, conforme al estado actual del Derecho está por encima de la voluntad del procesado o inculcado en general y se extiende al proceso en todas sus instancias y a sus correspondientes impugnaciones”.

Esta posición parcial del Letrado la legitiman, en nuestra opinión, dos tipos de razones:

a) La primera, de parte del Letrado. Profesional liberal que no goza de un sueldo fijo del Estado, frente a los demás intervinientes en el proceso: Policías, Jueces y Fiscales, gozará de mayor prestigio profesional según se revele de eficaz en la defensa de los intereses que le sometan a tutela, concretamente, en el caso del detenido, su éxito estará en lograr que recobre inmediatamente la libertad.

b) La segunda, y más importante, de parte del imputado. Persona individual que se enfrenta contra toda la maquinaria del Estado en claro

combate desigual y que es “justo” que en cierta medida le sea concedida la “ventaja” de tener de su lado, incondicionalmente, una persona técnica en derecho que va a utilizar toda la capacidad que posea en su beneficio.

Por todo ello, ha de resaltarse que el Abogado que asiste al detenido es la única persona que en la Ley se considera imprescindible su participación técnica y al mismo tiempo se le permite tener un interés parcial en el desarrollo del proceso. No existen causas de abstención aplicables a los Letrados –salvo cuando sea familiar dentro del segundo grado o cónyuge de uno de los miembros del Organismo Jurisdiccional ante el que intervenga, art. 29.1 Est. Abg.–, y en la práctica los implicados en procesos penales “buscan” la intervención de Abogados conocidos o amigos, no siendo extraño que la defensa la asuma un familiar, ni que un Letrado en el caso de resultar acusado dirija su propia defensa –art. 50.3 Est. Abg.–, y no creo que pueda imaginarse una posición más parcial que ésta en una de las personas que intervienen en un juicio.

Esta condición de tercero parcial que concurre en el Abogado lo distingue nítidamente de los otros terceros-intervinientes en el proceso penal, Policías, Jueces y Fiscales, que en el desempeño de sus funciones tienen la obligación ineludible de la absoluta imparcialidad, debiendo de abstenerse de intervenir en aquellos casos en que su objetividad de criterio pueda verse empañada. Sin pretender ser exhaustivos, pues la intención de preservar esta cualidad informa todo nuestro sistema punitivo, vamos a señalar los más significativos *ejemplos* legales referidos a cada uno de los sujetos antes mencionados:

a) La Policía. La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su Exposición de motivos dice que “siguiendo las líneas marcadas por el Consejo de Europa, en su ‘Declaración’ sobre la Policía, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el ‘Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer *cumplir* la Ley’, se establecen los principios básicos de actuación ...”, entre otros, “como emanación del principio de igualdad ante la Ley, la neutralidad política, *la imparcialidad*, y la evitación de cualquier actuación arbitraria o discriminatoria”, repitiéndose casi con idénticas palabras en art. 5º aptdo. 1.b) del texto legal.

Como garantía en el desempeño de su labor se ordena en la mencionada Ley Orgánica, art. 34, concordante con el nº 2º del art. 446 de la LOPI, para los miembros de la Policía Judicial su inamovilidad, debiendo continuar su actividad hasta su total finalización, sin poder ser removidos o separados de ella sin no es por orden del Juez o Fiscal competente.

b) El Juez. Esta figura jurídica sobre la que recae la potestad jurisdiccional es la representación viva de la imparcialidad, tanto es así que sin esta condición la idea mínima de Justicia desaparece. Por lo que naturalmente desde la primera hasta la última disposición legal que se refiera a ella trata de preservar esta cualidad. Los Jueces son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley. Art. 117 C.E. y art. 1 LOPJ., inspirados en el art. 6.1 en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y el art. 14.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. El Juez no puede ser elegido, existiendo una vasta regulación legal que delimita la jurisdicción y la competencia de cada cual, y si a pesar de éstas en el Juez natural correspondiente existiera algún tipo de relación sobre el asunto o con las partes intervinientes que pudiera menoscabar su independencia de criterio tiene la obligación de abstenerse de conocer, pudiendo asimismo ser recusado por cualquiera de las partes. Arts. 217 ss. LOPJ.

c) El Fiscal. De esta figura cabe argumentar casi de manera idéntica que para el Juez, pues ambos en su actuación se deben de inspirar en idénticos criterios, promoviendo la acción de la Justicia en la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley. (art. 435 LOPJ). Concretamente, respecto a su deber de imparcialidad, el art. 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dice que “por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados”.

V. EL DERECHO POSITIVO EN LA ASISTENCIA AL DETENIDO

Pero, volviendo a la figura del Abogado, es sin perder de vista esta condición que concurre en el mismo de persona imprescindible pero parcial, frente a las demás personas que intervienen en el proceso, también necesarias pero imparciales, como se han de interpretar los preceptos legales y llenar las lagunas que éstos dejan al regular la actividad investigadora de la Policía, el Juez o el Fiscal, desde la detención hasta el juicio oral, en que sea necesaria la intervención del imputado, con el fin de no perjudicar la eficacia posterior de cada una, eludiendo cualquier sombra que se pueda cernir sobre el derecho de defensa que ampara a toda persona a la que se imputa la comisión de un hecho punible. Repasemos, en números separados, algunas de las cuestiones que a nosotros se nos han planteado:

1º.- Una persona es detenida, siendo informada de *forma inmediata*, como establece el art. 520, de los derechos que le asisten, entre ellos el de designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Esta declaración legal, gramaticalmente indica que el derecho del detenido acaba en la designación de un Letrado distinto del de oficio, que le asistirá únicamente en el caso de que se le reciba declaración o se realice un reconocimiento personal, en otro caso no tendrá derecho a contacto personal alguno con su Abogado, pues es de recordar que el número 6º del art. 520 LECrim. aclara en qué consiste la asistencia del Abogado:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el nº 2 de este artículo y se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f).

b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.

Éstos son los derechos que, según nuestro ordenamiento, puede hacer valer el Letrado y no otros, y lo cierto es que su actividad está muy recortada por la Ley, pues no hay que olvidar que al recibírsele declaración a su cliente en comisaría desconoce los motivos de la detención, ya que no le es permitido entrevistarse con él previamente a la diligencia, ni puede preparar a su defendido para afrontarla, ni en la práctica puede hacer valer la posibilidad que le concede el anterior apartado b) del art. 520, pues del curso de la declaración no siempre se puede hacer una exacta idea de lo ocurrido que le permita bosquejar sobre la marcha una estrategia defensiva, lo que ocasiona que la asistencia Letrada se convierta, en la mayoría de los casos, en este momento procesal, en una presencia meramente testimonial.

2º.- Otra duda que se puede plantear es si en el caso de que el detenido se niegue a declarar en comisaría manifestando sólo hacerlo ante el Juez, pierde su derecho a entrevistarse reservadamente con su Abogado, pues el apartado c) se refiere únicamente a él al término de la diligencia en que hubiere intervenido, y no habiendo diligencia no hay derecho, más ha de pensarse que ya la simple negativa a declarar constituye una manifestación de la voluntad que

perfecciona la diligencia y, por lo tanto, después de ella ha de permitirse la entrevista reservada que la Ley prevé.

3º.- Algo que no admite discusión es que, a pesar de que la Ley permite que la detención pueda durar 72 horas, la información de derechos y la toma de declaración ha de realizarse “inmediatamente”, esto es, nada más ser detenido, como recuerda la SS. TS. de 17-3-90, sin que se pueda agotar el plazo a potestad del funcionario que realizó la detención, reputándose ilegales todas aquellas detenciones que, aun sin sobrepasar las 72 horas, no respondan a los fines constitucionalmente señalados (la realización de averiguaciones), no sólo porque el art. 17.2 de la Constitución ordena expresamente que “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario”, sino porque las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE. reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE.); y tales normas internacionales exigen la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial de la persona detenida.

4º.- Una vez que por la Policía se ha confeccionado el oportuno atestado, éste será entregado, juntamente con las personas detenidas, al Juez competente, remitiendo una copia al Ministerio Fiscal (art. 789 LECrim.). No se dice nada del Letrado de los detenidos, éste no tiene derecho a conocer los indicios de criminalidad que han determinado que su cliente se encuentre privado de libertad. Hasta hallarse ante el Juez su conocimiento se limitará a lo que su propio cliente haya manifestado en la declaración policial, pero desconoce el restante contenido del atestado, manifestaciones de policías, testigos y perjudicados, así como las periciales o cuasi periciales que se aporten en él. El Abogado, una vez más, se encuentra convertido en el convidado de piedra de la declaración. En ella todos los intervinientes conocen el contenido sobre el que versará y las evidencias que existen en contra del imputado, salvo aquel que asume su defensa. No parece que exista igualdad de armas entre la parte que sostendrá, en su caso, la acusación y la defensa, encontrándose esta última claramente en inferioridad de condiciones cuando la causa se ha iniciado por atestado policial, por contra si la *notitia criminis* llega al Juzgado de Instrucción por querella, pública o particular, es práctica común, aunque sin apoyatura legal expresa, en los Juzgados entregar copia de la misma a la parte querellada, lo que supone una diferencia de trato absolutamente injustificada, y que en nuestra opinión debe desaparecer si queremos avanzar hacia un derecho penal moderno y con todas las garantías para el justiciable, lo que redundará en beneficio de la propia instrucción sumarial, pues las diligencias de este modo practicadas alejarán cualquier duda de indefensión de la mente del que en su

día habrá de valorarlas. En contra puede ser alegado que, si se procediera de este modo, carecerían de virtualidad práctica las medidas que previene la LECrim. para preservar a la instrucción de la actividad entorpecedora de los que en ella se hallen implicados, concretamente, el decretar la prisión incomunicada del detenido y el secreto del sumario, pues de poco servirían si, al ser adoptadas, el Letrado de la parte a la que afectasen tuviera conocimiento exacto de todo lo actuado. Sin embargo, mantenemos la opinión de que estas medidas son contrarias al principio de defensa que debe informar todo nuestro sistema punitivo, y, por excepcionales, debiera ser limitada su utilización a la lucha contra los distintos tipos de delincuencia organizada que existen en nuestro país, que atentan contra las bases mismas del propio sistema y tienen los medios suficientes para eludir la acción de la justicia, concretamente las mafias que operan en el mundo económico y de la droga y los grupos terroristas, debiendo ser prohibido su uso para la persecución de los demás tipos de delincuencia.

5º.- Según el art. 389 LECrim., en sus declaraciones el imputado ha de responder a las preguntas que por el Policía o el Juez se le formulen, debiendo ser directas, sin que en ningún caso se admitan las realizadas de modo capcioso o sugestivo. Ahora bien, ¿el Abogado defensor puede participar activamente en el interrogatorio?. Esta posibilidad no está prevista en texto alguno. Ya hemos visto que el art. 520.6.b) LECrim. sólo le faculta para, una vez terminada la diligencia, solicitar del Juez o Policía la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, por lo que las preguntas que pretenda hacer las realizará no directamente sino a través de ellos. En la práctica, cada vez más, los Jueces de instrucción, no así los funcionarios de Policía, acabada la declaración conceden la palabra al Fiscal y al Abogado para que formulen las preguntas que consideren pertinentes, aunque, también hay que decir, que dadas las trabas con que se encuentra el Letrado para el ejercicio de su función, ya mencionadas antes, no suele hacer uso de esta oportunidad acercar la declaración de su principal a los intereses de la defensa.

VI. CONCLUSIONES PRÁCTICAS

Tras la exposición que acabamos de hacer es fácil llegar a la conclusión de que nuestra LECrim. no articula, en el inicio del proceso penal, un sistema que garantice a la persona privada de libertad su derecho a la defensa frente a los que ejercitan contra él una pretensión penal, hallándose su Letrado defensor inmerso en una posición de inferioridad.

Este estado de cosas no es más que una rémora de nuestro decimonónico derecho penal, en el que el Juez aparecía como la figura tuitiva de los derechos de los ciudadanos, tanto perjudicados como delincuentes, una especie de pater familias u hombre bueno que acaparaba todo el aparato punitivo del Estado, investigando los delitos, juzgándolos y ejecutando las sentencias que él mismo dictaba, desempeñando el Fiscal y el Abogado defensor un papel secundario, y, aunque nos pese, en muchas ocasiones irrelevante.

Afortunadamente, este sistema penal está desapareciendo, a pesar de las dificultades de todo orden que oponen los que prefieren el inmovilismo. El primer paso lo constituye el Texto Constitucional, inspirado en las cartas fundamentales de nuestro entorno cultural, en el que se desgaja de las funciones judiciales la instrucción de las causas por delito, ciñéndose a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para, a partir de ella, ser repudiado desde todos los sectores cualquier muestra del sistema inquisitivo en nuestro derecho, oyéndose cada vez más voces que reclaman la profundización en las libertades y derechos de los ciudadanos y las reglas del “juicio justo”, construidas especialmente por la jurisprudencia de los países del “Common Law” en base al funcionamiento de principio acusatorio y acogidas por las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los modernos constitucionalistas y procesalistas, dirección que informa las últimas leyes de los países europeos (la Gran Reforma alemana de 1974, el nuevo Código de proceso penal portugués de 1988 y el Código de procedura penale italiano de 1989) e incluso americanas (así el Proyecto argentino de Código Penal de la Nación), como enseña la Circular núm. 1/1989, y que dio lugar a la aparición de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, que impidió juzgar al que previamente instruyó, y que motivó una reforma urgente de nuestro derecho con la implantación del procedimiento abreviado, que constituye un paso más en el lento, pero seguro camino, que ha de llevar la dirección de la investigación a manos de quien debe sostener la acusación en el oportuno juicio oral, el Fiscal, acusador al que se debe oponer, desde el primer instante, otro técnico en derecho, el Abogado, los cuales, con absoluta igualdad de condiciones, deben hacer valer sus respectivas pretensiones, con todas las garantías previstas por la Ley, ante la persona, individual o colectiva, sobre el que recae la potestad jurisdiccional, el Juez o Tribunal. Sin olvidar, como advierte el Fiscal Manuel Marchena en sus comentarios al Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que los próximos acontecimientos de dimensión histórica hacen prever una afluencia masiva de visitantes –hipotéticas víctimas de delitos–, cuya estancia en nuestro país no se prolongará, muy probablemente hasta el día de celebración del juicio oral, por

lo que será de trascendental importancia asegurar anticipadamente el valor probatorio de las declaraciones testificales que presten, debiendo haber sido prestadas con sometimiento a la necesaria contradicción y defensa, concediendo a ésta todos los medios necesarios para que pueda ejercer su labor de manera eficaz, eliminando, desde el primer momento procesal, las rigideces legales que encorsetan su actuación.

De esta forma, con arreglo a este esquema, es como se puede profundizar en el desarrollo de los principios acusatorio, de defensa y tutela judicial efectiva sancionados por nuestra Constitución, sin los que no puede hablarse de un verdadero estado de derecho, implicando, necesariamente, una reforma global de todo nuestro sistema penal y una LECrim. nueva. Sin embargo, como es preciso paliar la situación en que nos hallamos sin esperar a la culminación de un proceso legislativo de tal envergadura, proponemos la reforma de los siguientes artículos de la LECrim.

1º.- El párrafo 4º del art. 520 debe ser suprimido a partir del primer punto y seguido, y el párrafo 5º en su totalidad, en ningún caso puede tomarse declaración a una persona como imputado si no está asistida de Letrado.

2º.- Respecto a los derechos que reconoce el número 6 del art. 520 al Abogado en su asistencia al detenido deben tomar nueva redacción los apartados b) y c) que quedarían como siguen:

“b) Entrevistarse reservadamente con el detenido con anterioridad a la práctica de cualquier diligencia en que éste deba intervenir.

c) Formular, tras el funcionario, Juez o Fiscal que recibiesen la declaración en que hayan intervenido, las preguntas que interesen a su defensa, así como instar la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica”.

3º.- Respecto a las declaraciones que se tomen en el Juzgado, si se trata de los inculcados, al art. 389 se le debe añadir el siguiente párrafo: “las preguntas se realizarán por el Juez, quien a su término concederá la palabra a las demás partes para que formulen las que tengan por conveniente”. Y si se trata de testigos, al art. 436, el que sigue: “concediéndole después la palabra a las demás partes personadas para que, a su vez, interroguen al testigo sobre los extremos que sean de interés a sus respectivas posiciones y tengan relación con los hechos”.

4º.- El art. 789.1 deber ser rectificado en el sentido siguiente: “la Policía Judicial hará entrega de los atestados al Juez competente, poniendo a su

disposición a los detenidos, si los hubiere, dando copia de los mismos al Ministerio Fiscal y a los Abogados que hayan de ejercer la defensa”.

5º.- Para igualar en trato a todo medio por el que se lleva la *notitia criminis* a los Juzgados, el art. 277 debe comenzar diciendo que “la querella se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado, acompañando tantas copias de ella como partes hubiera en el proceso”. Por su parte, el art. 118, en su párrafo 2º, debe decir: “Toda denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será inmediatamente puesta en conocimiento de los presuntamente inculpados, mediante entrega de copia fehaciente de la misma”.

6º.- La posibilidad de declarar secreto el sumario y la incomunicación del detenido deben de desaparecer del código procedimental común, manteniéndose para las contadas ocasiones que hemos mencionado más arriba, llevándose, por tanto a las leyes especiales que las regula, por ello deben suprimirse el párrafo 2º del art. 302 y la totalidad del art. 527.

PASADO PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO⁽¹⁾

JOSÉ SUAY RINCÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

- I. PREMISA:
El Derecho Administrativo como equilibrio.
- II. EL PASADO:
La Revolución Francesa.
- III. EL PRESENTE:
Significado de la Constitución de 1978.
- IV. EL FUTURO:
Desarrollo de la Constitución de 1978.

(1) Texto de la Conferencia pronunciada el día 24 de enero de 1992, dentro de los actos organizados por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, para celebrar la festividad de San Raimundo de Peñafort.

I.1. El Derecho Administrativo es, como todo Derecho, equilibrio. Se trata, sin embargo, de un equilibrio muy singular.

El Derecho Administrativo, históricamente hablando, ha sido el fruto de un compromiso.

El Poder –que, al menos, ya desde el absolutismo es una realidad autónoma y perfectamente diferenciada de la comunidad o sociedad a la que teóricamente sirve– acepta ser controlado y crea un Derecho para sí mismo; pero, a cambio, como contrapartida, mantiene un estatuto privilegiado, un estatuto compuesto por normas especiales, diferentes de las que rigen las ordinarias entre los ciudadanos.

¿En qué consiste ese *status* peculiar, ese *corpus* de normas especiales? Básicamente, en la atribución al Poder, o a la Administración que es la forma en que éste se personifica, de un importante número de privilegios para realizar sus fines. Privilegios, no obstante, a los que acompañan o deben acompañar las garantías necesarias a favor de los sujetos sobre la acción del Poder.

Privilegios y garantías; ahí tenemos el equilibrio del Derecho Administrativo. Privilegios del Poder, de una parte, y garantías de los súbditos o administrados, que por esa razón pasan a convertirse en auténticos ciudadanos, de la otra. En la determinación de ese difícil punto de equilibrio está justamente la labor del jurista.

II.2. ¿Cuándo cifrar el origen de nuestra disciplina? Según la doctrina dominante –y valga por todos el nombre el Profesor García de Enterría–, el origen del Derecho Administrativo está en la Revolución Francesa. Sólo a partir de ese momento reciben plena formalización jurídica las relaciones entre el Poder Público y los ciudadanos. Privilegios y prerrogativas del Poder había antes de la Revolución, pero sólo con ésta se reconoce a la Administración la cualidad de sujeto de Derecho y sólo, por tanto, entonces, se constituye el Poder en centro de imputación de derechos y obligaciones.

Aunque mayoritaria, esta tesis tiene también sus detractores. Por ejemplo, Gallego Anabitarte, para quien en España ya en el Antiguo Régimen existía la sujeción de los actos del Poder Público al Derecho, lo mismo que una neta separación –orgánica y funcional– entre los distintos poderes del Estado, siendo así que, entre las instituciones del Antiguo Régimen y las actuales, discurre una clara línea de continuidad.

Sin duda de ninguna clase, siempre hay algo de arbitrario y convencional en un debate de estas características: fijar una fecha que rubrique el acta de nacimiento de nuestro Derecho. En este caso, además, tampoco faltan motivos ideológicos, puesto que, según donde se ponga el acento, se ensalza un período histórico determinado: la Revolución francesa y el liberalismo, el período absolutista o la Edad Media.

Desde la postura que hemos adoptado al principio, sin embargo, el tema es claro: la idea de equilibrio es consustancial al Derecho. Sin equilibrio –si una parte se impone de forma irresistible sobre la otra– no hay Derecho; sólo fuerza.

Así las cosas, la Revolución Francesa va a ser el momento determinante. El Poder queda investido de un número ingente de poderes y privilegios para el cumplimiento de sus fines. A partir de entonces, sin embargo, el ciudadano como contrapartida empieza a disponer de las garantías precisas para hacerle frente. Y es que con la Revolución Francesa, el Estado queda sometido, vinculado al Derecho. Asistimos con ella –como inmediatamente se verá– al nacimiento del Estado de Derecho.

Evidentemente, nada arranca de cero. En el Derecho Administrativo existen, desde luego, instituciones que entroncan con el Antiguo Régimen. Hay privilegios que vienen de atrás, incluso de la Edad Media. Otro insigne administrativista, Villar-Palasi, ha señalado algunos ejemplos: la presunción de legalidad de los actos regios, la ejecutoriedad y la vía de apremio, la *mora in re ipsa* de los créditos, la inembargabilidad. Hasta algunas garantías se conocen en aquella época. En nuestro país, por ejemplo, es conocida la categoría de los actos que causan agravio y la técnica procesal puesta para su tutela, los rescriptos *contra ius*.

Existía, además, conciencia de una cierta vinculación al Derecho. El Rey, de un lado, está sujeto a un orden superior e inamovible, a las leyes que integran el Derecho Natural. Pero no sólo a éste; también, al denominado viejo y buen derecho y a sus *iura quesita* (derechos adquiridos), tal como resulta de textos tan eminentes como el Fuero real, el Espéculo o las Partidas.

Había, por tanto, un cierto equilibrio. El problema, sin embargo, estaba en la ausencia de los mecanismos adecuados de garantía, de los medios efectivos para combatir los actos que causaran agravio.

El equilibrio alcanzado era así muy precario. Pronto empezará a romperse. Ya, en la Edad Moderna, con la aparición de los Estados nacionales. Pero, sobre todo, en el siglo XVIII, con la irrupción del absolutismo.

El Estado absolutista significa, en efecto, la definitiva liberación del soberano de todo control jurídico. Como dice O. Mayer, ningún papel juega aquí el Derecho. El principio de arbitrariedad, entendido como la falta de toda limitación jurídica, va a encontrar absoluta vigencia.

No son ajenas a este proceso teorías como la de la soberanía, de Domat o Bodino, o la del *ius eminens*, que tienden a desconocer los derechos de los súbditos y a imponer el Derecho del Rey de forma irresistible.

Es frecuente también citar en estas ocasiones a Berthelemy, quien, refiriéndose al caso concreto de Francia, dice: “la Administración de la antigua monarquía francesa era esencialmente discrecional. No estaba constreñida por ninguna regla jurídica. Con mucha impropiedad se habría podido hablar en esa época de Derecho Administrativo, puesto que no existía ningún límite preciso para los poderes de los agentes del Rey, ni procedimiento obligatorio para el ejercicio de sus funciones, ni libertades que los súbditos hubiesen podido hacer prevalecer sobre los mandatos dados en nombre del soberano”.

Y así es, en efecto. Fórmulas como la latina *rex legibus solutus est* o como la anglosajona *The king cannot do wrong* ilustran perfectamente sobre el espíritu de la época: la ausencia de límites al poder regio.

3. La Revolución Francesa vino a acabar con este estado de cosas. Resultan sorprendentes sus consecuencias. Como ha sido indicado, la Revolución se hace sin un programa preciso. Hay, desde luego, un importante sustrato doctrinal, el movimiento de la Ilustración (aunque no todo él era partidario de liquidar la monarquía absoluta). Y también hay algún puntual antecedente legislativo; pero, en general, se va improvisando y, no obstante, el resultado final es de una extraña coherencia.

Sobre este período histórico caben muchas interpretaciones. No en vano se han escrito más de 40.000 obras en torno a él, y son cifras anteriores al Bicentenario de la Revolución que acabamos de festejar. Además, cada nueva opinión sobre el tema desata un nuevo debate en el seno de la sociedad francesa. Tal es la pasión que aún suscita en el vecino país la lectura de esta época. Como dice Soboul, uno de los grandes historiadores, su recuerdo todavía exalta.

Dejando de lado las cuestiones históricas y los puntos sin aclarar, en el orden estrictamente jurídico, a la Revolución debe el mundo la formulación de los tres principios básicos sobre los que se asienta el Estado moderno:

– El principio de la soberanía nacional. Es el primero en formularse, a partir de la constitución del tercer estado en Asamblea Nacional y del juramento del Juego de la Pelota. El Rey desautoriza estas iniciativas, pero se le responde que “una nación unida no puede recibir órdenes”. El principio terminará recogido en el art. 1 del Título III de la Constitución de 1791.

–El principio de igualdad, que va a invadir todos los ámbitos, y que va a dar lugar a la desaparición de la sociedad estamental, sobre todo, como consecuencia de la improvisada y convulsiva elaboración de un Decreto durante la larga y célebre noche del 4 de agosto de 1789.

– Y el principio de libertad, que cuajará en la espléndida y universalmente conocida Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789. En 17 artículos, algo menos de una página y menos de 1.000 palabras, en un texto de estas características se expresa una de las grandes formulaciones que van a movilizar a las sociedades contemporáneas.

Para el desarrollo de nuestro tema, interesa sobre todo retener los principios de la soberanía nacional y de libertad, porque del uno y del otro van a derivar, respectivamente, los principios de legalidad y de división de poderes, de inmensas consecuencias ambos para la formación del Derecho Administrativo.

Según el principio de legalidad, la Ley, como producto del órgano soberano, el Parlamento, es la fuente y origen de todo poder. Sin ella, nadie tiene poder sobre otro; la Ley es la base de todo poder.

En cuanto al principio de división del poder, nadie ha sabido superar a Montesquieu, pese al tiempo transcurrido, al tratar de buscarle una justificación: “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, va hasta donde encuentra sus límites. Para que no pueda abusar del poder, hace falta que por las disposiciones de las cosas, el poder frene al poder”.

Éstas son las bases sobre las que comenzará a construirse el Derecho Administrativo moderno.

III.4. El presente de nuestra disciplina está total y absolutamente condicionado por la Constitución Española de 1978. España se adhiere con ella tardíamente al movimiento constitucional que, con carácter general en Europa, había arrancado de la Segunda Guerra Mundial.

Este hecho debe ser destacado como merece. La misma postura que antes hemos adoptado para evaluar el momento del nacimiento del Derecho Administrativo debe servir para ensalzar ahora la importancia de ese acontecimiento no tan lejano entre nosotros. Es cierto que si el Derecho ha de ser siempre equilibrio, la Revolución Francesa es un momento decisivo, porque con ella la preocupación por las garantías salta al primer plano, dando así lugar al nacimiento del Derecho Administrativo.

Ahora bien, no menos cierto es que el Estado de Derecho sólo llegará a ser realidad mucho después. Prácticamente podemos decir que hasta el constitucionalismo surgido de la Segunda Guerra Mundial no hay una estructura constitucional apta para la consolidación del Estado de Derecho. Hasta entonces subsisten flecos y flecos importantes.

Existen testimonios históricos suficientes que ponen de manifiesto la persistencia del Antiguo Régimen, y aunque es verdad que destacados historiadores, como Hobsbawm, denominaron el siglo XIX la “era del capitalismo”, otros subrayan que este siglo no marcó el tránsito hacia una nueva etapa, no formó una sociedad civil basada en el liberalismo y el capitalismo industrial, sino que continuó presidida por las estructuras sociales anteriores a la Revolución Francesa.

Para Mayer, por ejemplo, “los historiadores llevan demasiado tiempo centrándose exclusivamente en los progresos de la ciencia y de la tecnología, del capitalismo industrial y mundial, de la burguesía y de la clase media profesional, de la sociedad política democrática y del modernismo cultural. Se han ocupado mucho más de estas fuerzas innovadoras y de la formación de la nueva sociedad que de las fuerzas de la inercia y de las resistencias que frenaron la caída del antiguo orden”. Y la tesis de su libro es que “los elementos premodernos no eran los restos decadentes y frágiles de un pasado prácticamente desaparecido, sino la esencia misma de las sociedades civiles y políticas presentes en Europa”.

Siguiendo todavía con Mayer, este autor, después de examinar minuciosamente la evolución de seis países, llega a la conclusión de que el verdadero cambio sólo se produce en la segunda mitad del siglo XX, después de un “cataclismo sin precedentes” en la Historia.

La Gran Guerra fue el producto de la movilización de última hora de los *Ancien Regime* de Europa. Y como es sabido, a la Gran Guerra 1914-1918 está umbilicalmente unida la posterior Guerra Mundial 1939-1945: “a partir de 1918-1919, las fuerzas de la perseverancia se recuperaron lo suficiente como

para agravar la crisis general de Europa, patrocinar el fascismo y contribuir a la reanudación de la guerra total de 1939". En la interpretación de este autor, estos dos conflictos fueron nada menos que la Guerra de los 30 años de la crisis general del siglo XX.

Los datos jurídicos, sin lugar a duda, refrendan este planteamiento histórico. En el siglo XIX se produce una auténtica reacción de toda Europa respecto de los ideales revolucionarios. Quienes esperan encontrar en la historia la consolidación del Estado de Derecho apenas iniciada su singladura, se equivocan. Resucitan por doquier las viejas monarquías absolutas, y los principios de la Revolución Francesa son objeto de importantes reinterpretaciones, si no, lisa y llanamente, ignorados.

Reflejo y expresión de todo ello es el famoso art. 57 del Acta Final del Congreso de Viena de 15 de mayo de 1820. Pero también la construcción alemana de la teoría de Estado y de su personalidad jurídica como *tertium genus* frente al pueblo y al Rey, el reconocimiento al monarca de un poder normativo propio –ya anunciado desde la Revolución, pero ahora con una cobertura ideológica y dogmática de la que antes carecía–, la distinción entre ley material y ley formal –de la que con posterioridad tratarán de deducirse incluso reservas constitucionales de reglamentos–, etc.

Pero por encima de todo ello, y porque atañen directamente a las relaciones entre el poder y los ciudadanos –que es el aspecto que más interesa destacar aquí–, hay que resaltar las enormes dificultades con que tropieza la implantación de un control judicial efectivo contra los actos del Poder, actos que en la práctica viven en total impunidad.

Desde luego, los del Legislativo, exento desde el principio. En todo el siglo XIX y en buena parte del XX no hay control judicial contra las leyes. Los tímidos intentos por establecer un sistema de control difuso como el norteamericano fracasan estrepitosamente, y apenas superan el trámite de la iniciativa legislativa, pese a la autoridad doctrinal de algunos de sus valedores como Hauriou y Duguit. Y los más serios esfuerzos por implantar un modelo de control alternativo a partir de la genial construcción teórica del jurista vienés H. Kelsen triunfan en algún lugar (como en Austria, su propio país, Checoslovaquia y la España republicana), pero en general tampoco corren mejor suerte.

Si esto cabe decir del control del Legislativo, no muy diferentes son las cosas en relación al control del Ejecutivo. Primero, el control contencioso-administrativo es de mero carácter interno. En terminología actual, no son

jueces, sino funcionarios los que lo llevan a efecto. A finales del siglo pasado, comienza su judicialización, pero la situación apenas cambia.

Se institucionalizan ciertos núcleos exentos de control, con base en la doctrina de las relaciones especiales de sujeción, de la que todavía hoy queda algún lamentable residuo. Y lo que es peor, se consagra –incluso, legislativamente, como en nuestra Ley de 1888– la prohibición de someter al juez los actos de carácter discrecional.

Por si esto no fuera suficiente, añádese que los derechos fundamentales –las más básicas de las posiciones de los ciudadanos– carecen de operatividad real y quedan convertidos en pura retórica o papel mojado. No se les dota de las garantías necesarias –sobre todo, jurisdiccionales– para hacerlos efectivos y ceden frente al poder.

Ello constituye una gravísima amenaza a ese equilibrio entre privilegios del poder y garantías de los ciudadanos que desde la Revolución parecía caminar por tan buena dirección. Apenas surge el Estado de Derecho, surgen ya sus primeras fisuras, y son fisuras importantes, porque llegan a afectar a los derechos más fundamentales de los individuos.

Para que las cosas cambien serán menester algunos pasos: la judicialización de la Ley, la reducción de la discrecionalidad de la Administración y su control posterior por medio de los principios generales del derecho y, especialmente, la revalorización de la Norma Fundamental (norma jurídica superior de carácter vinculante).

Pues bien, todas éstas son cuestiones abiertas, que verdaderamente no se saldan hasta el constitucionalismo surgido de la Segunda Guerra Mundial. Puede captarse la trascendencia de este momento histórico, que en España está representado por la Constitución de 1978, aunque de todas formas no es justo silenciar el avance que ya supusiera la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, al permitir el enjuiciamiento de la mayor parte de la actividad administrativa, incluida la discrecional.

IV.5. Llegados al presente, y ensalzado como merece el momento constitucional, no cabe detenerse. Los logros alcanzados no deben hacer bajar la guardia. Continuamente, el Poder (o su forma personificada, la Administración, que es con la que los ciudadanos se relacionan) trata de escapar de las técnicas de control que con tanta dificultad cuesta implantar, busca otro disfraz y adopta nuevas formas, bajo las cuales su fuerza viene de nuevo a hacerse irresistible y a no encontrar obstáculos.

Por supuesto, no se trata de descalificar indiscriminadamente este proceso. Desde nuestra perspectiva, el problema muchas veces no es tanto el otorgamiento de nuevos poderes exorbitantes, que quizás podrían justificarse para atender nuevas necesidades públicas, como la previsión de los adecuados mecanismos de garantía que sirvan para compensar y restaurar ese equilibrio.

Nuestra propia Carga Magna debe constituir el punto de arranque para corregir posibles excesos.

De nuevo centrándonos en el plano de las relaciones entre el poder y los ciudadanos, destaca la parte relativa a la regulación de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial, según el art. 53.1, comienza siendo intangible, incluso, para el propio legislador. No solamente esto. Como posiciones jurídicas básicas que son, los derechos fundamentales son, además, según el art. 10.1, el fundamento del orden político y de la paz social. Pasan, pues, a situarse en el primer plano.

¿Cómo se articula su primacía? Se dice que los derechos fundamentales gozan de una posición preferencial dentro del sistema. Quiere ello decir, en un planteamiento general, que han de primar y prevalecer frente a cualquier otro valor que se oponga.

Esto tiene consecuencias importantes en todos los terrenos. Al limitarnos al Derecho Administrativo, no se puede tratar de santificar otros bienes, como, por ejemplo, la eficacia de la acción administrativa, cuando hay en presencia un derecho fundamental.

Con base en estas premisas, la jurisprudencia ha comenzado ya a reaccionar y a recortar los poderes de autotutela de la Administración. Así, el derecho a la inviolabilidad del domicilio reduce el poder de ejecución forzosa de la Administración. Y sobre todo, el derecho a la tutela judicial efectiva impone límites al privilegio de la ejecución inmediata y refuerza las posibilidades de suspensión judicial de los actos administrativos, sobre todo, en materia de sanciones administrativas.

Podría tratar de llegarse más lejos. Por ejemplo, en nombre del mismo derecho fundamental antes citado y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamada en el art. 9.3, exigir la motivación de todas las decisiones administrativas, en particular, las discrecionales, algo que parece elemental en una Administración democrática.

Por ejemplo también, eliminar la presunción de veracidad de determinados actos administrativos, como las actas de inspección, donde no

sólo estaría comprometido el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también el derecho a la presunción de inocencia.

En general, como tendencia, no cabe la menor discusión a este planteamiento. Lo que carece de sentido, lo que no es de recibo, es que hoy por hoy, el acto administrativo como categoría jurídica disponga de un valor mayor que el de toda una sentencia judicial. El acto administrativo es ejecutivo y ejecutorio, al parecer, en nuestro país, de forma general e indiscriminada. La sentencia, por el contrario, no. Cuenta con importantes limitaciones en cuanto a su ejecutividad, pues su impugnación produce por regla general de forma automática el efecto suspensivo, y aun en su ejecutoriedad, pues las sentencias no se ejecutan sin más “de plano”, sino que han de seguir un proceso, el “proceso de ejecución”, en el que, además, el particular puede suscitar algunos incidentes que se evacúan de forma contradictoria.

Los privilegios de ejecutividad y de ejecutoriedad no pueden, pues, seguir valiendo de la misma forma como hasta ahora; y la Constitución debe, en suma, contribuir a fomentar el equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos.

6. Pero tampoco basta llegar hasta aquí. En nombre del Estado social del que es su principal agente, la Administración Pública incrementa su protagonismo e intensifica sus acciones sobre la vida social.

Si sus acciones se intensifican, es lógico también multiplicar los controles, en la búsqueda de ese equilibrio, tan precario, pero a la vez tan consustancial al Derecho Administrativo.

De cara al futuro, la en alguna ocasión llamada discrecionalidad técnica, so pretexto de la creciente complejidad de los asuntos, constituye la principal brecha que combatir. Ésta, la discrecionalidad técnica, reclama del Legislador la atribución de espacios libres o exentos para actuar (ya empieza a teorizarse la denominada reserva de la Administración), y del Judicial, su inhibición frente a las controversias que surjan a raíz de su aplicación.

Nuestro ordenamiento jurídico dispone ya de algún principio jurídico idóneo para combatir este tipo de pretensiones. El principio de proporcionalidad: los actos del Poder no sólo deben mirar a satisfacer las finalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, so pena de incurrir en desviaciones de poder, sino que, además, deben ser adecuados y apropiados para la consecución de tales fines.

Este principio está implícito de alguna manera en el art. 106.1 de la Norma Fundamental, y puede dar mucho juego, siguiendo el ejemplo de otros países, como Alemania, donde bajo la denominación de “interdicción de excesividad” o la prohibición de exceso (*Übermassverbot*) ha sido empleado con generosidad por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa. También en Francia, donde ha sido acogida con éxito, de nuevo por la jurisprudencia, la técnica del análisis costes-beneficios, por virtud de la cual el juez ha de valorar las ventajas y desventajas que produce la intervención del Poder en la vida social, determinando hasta qué punto las primeras compensan a las segundas.

Lejos de estas experiencias, en España muy pobre es su papel hasta la fecha. Y eso que no es un mero principio general del Derecho, aún no incorporado a normas escritas. Hay al menos dos preceptos de los que cabe deducir sin dificultad su vigencia: el art. 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y, más claramente aún, el art. 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Aunque en dos campos empiece a operar con naturalidad—el área del Derecho Administrativo sancionador y a la hora de valorar la legitimidad de ciertas restricciones el ejercicio de los derechos fundamentales, de modo particular, en el juicio de igualdad en la ley—, se impone su generalización a todas las medidas de carácter gravoso que los Poderes Públicos pueden imponer sobre los ciudadanos, y aun a las cargas a que se subordina el otorgamiento de ciertos actos administrativos favorables.

Todo ello, en esa lucha incesante por poner límites al Poder, que constituye el aliento vital mismo del Derecho Administrativo.

REFLEXIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL E INSTITUCIONAL DE CANARIAS

MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA

DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR TITULAR INTERINO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS ENTES TERRITORIALES ARTICULADORES DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS
 - 2.1) Municipios e islas como entes articuladores del sistema
 - a) Los municipios
 - b) Las islas
 - 2.2) La poca o nula operatividad de la provincia
- III. LA RELEVANCIA DE LOS CABILDOS INSULARES EN EL
ENTRAMADO INSTITUCIONAL-AUTONÓMICO CANARIO
 - 3.1) La necesaria superación de reduccionismos o la compatibi-
lidad de los Cabildos con el proyecto autonómico
 - 3.2) Cabildos versus Mancomunidades Provinciales Interinsulares
 - 3.3) Organización administrativa capitular y Administración peri-
férica de la Comunidad Autónoma

3.4) Breve síntesis del panorama competencial

- a) Competencias de los Cabildos como Corporaciones Locales
- b) Competencias de los Cabildos como Instituciones de la Comunidad Autónoma

IV. A.MODO DE COMPARACIÓN: LOS CONSEJOS INSULARES DE LAS ISLAS BALEARES

4.1) Encuadramiento general

4.2) La decidida orientación descentralizadora del Estatuto y sus dificultades

V. REFLEXIÓN FINAL

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA.	Actualidad Administrativa
ART.	Artículo
BOC.	Boletín Oficial de las Cortes
BOE.	Boletín Oficial del Estado
CE.	Constitución Española de 1978
DA.	Documentación Administrativa
EACan.	Estatuto de Autonomía de Canarias
FJ.	Fundamento Jurídico
IEAL.	Instituto de Estudios de Administración Local
LOAPA.	Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico
LOT.C.	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRBRL.	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
RAP.	Revista de Administración Pública
RCAP.	Revista Canaria de Administración Pública
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (continuación de la Revista de Estudios de la Vida Local, REVL)
REDA.	Revista Española de Derecho Administrativo
S.	Sentencia
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional
T.	Tomo
VOL.	Volumen

I. INTRODUCCIÓN

*“Islas envueltas por tanto tiempo
en la bruma de la leyenda”*

(MIGUEL DE UNAMUNO)

El establecimiento del Estado *autonómico* o Estado *de las autonomías*¹ ha supuesto un hito trascendental en la Historia de España. Durante mucho tiempo el “problema regional”² condicionó el devenir político, social y hasta cultural de los pueblos de España o, si se prefiere, de la Nación española. Y por ello el legislador constituyente de 1978 tuvo que encarar el problema frontalmente en orden a solucionar cuestiones que constituyen el ser mismo de cualquier Estado: *su organización territorial*. Así, el Título VIII de la Constitución se dedica a la organización territorial del Estado, y en él se contienen los materiales esenciales para el diseño del modelo que se pretende constituir. Pero de entrada hay que tener presente que la organización territorial debe insertarse dentro de la *decisión fundamental* adoptó el constituyente y que se explicita en el artículo 2 de la Norma Suprema, el cual establece que: “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 de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”³. Y esto significa que la iniciativa para acceder al

- (1) La denominación del Estado *innominado* que prefigura en sus líneas maestras la Constitución es muy variada. A título de ejemplo podemos enumerar algunas denominaciones que ha utilizado la doctrina y la jurisprudencia: Estado autonómico, Estado de las Comunidades Autónomas, Estado gradualmente integrado por comunidades políticas autónomas, Estado unitario regionalizable, Estado federo-regional, Estado de carácter federante, Estado de estructura compleja, etc. (Vid. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988, p. 18). En el presente estudio se utilizará la denominación de *Estado autonómico*, que quizá sea la que mejor signifique el nuevo modelo territorial (Cfr. L. SÁNCHEZ AGESTA, *El sistema político de la Constitución española*, Madrid, 1981 y J.L. MEILÁN GIL, *La ordenación jurídica de las Autonomías*, Madrid, 1988, p.9).
- (2) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre Autonomías territoriales*, Madrid, 1985, pp. 41 y ss.
- (3) Mucha polémica suscitó la redacción de este artículo, y no podía ser de otra forma, ya que en el mismo se condensa una decisión política fundamental: la de la unidad de la Nación, que obviamente no respondía (ni responde) a todas las pretensiones que sobre el nuevo modelo se tenía y tiene. Es muy ilustrativa la discusión airada que sobre un término como el de “nacionalidades” se sostuvo. Ilustres plumas del pensamiento y la política se pronunciaron a favor y en contra de la expresión. Por ejemplo, el académico y filósofo Julián MARÍAS, seguidor de José ORTEGA y GASSET, publicó una serie de artículos agrupados bajo la denominación de “Ante la Constitución” en *El País* durante la segunda quincena de enero de 1978. En uno de ellos titulado “Nación y nacionalidades” decía, con respecto al Anteproyecto de Constitución (publicado en el BOC el 5 de enero de 1978), que no significaba

autogobierno, el contenido de éste y su control, que va a regular el referido Título VIII, se hace desde una perspectiva singular, ya que lo que se configura o pretende configurar no es, por supuesto, un Estado centralista, pero tampoco un Estado federal⁴. Es un Estado en el cual la soberanía reside en el pueblo español (artículo 1,2 CE, y Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio) y, por tanto, pertenece exclusivamente al Estado. Pero, sin embargo, las Comunidades Autónomas tienen una *autonomía política*, de mucho más relieve que la simple *autonomía administrativa*, que es la que ostentan las Entidades locales⁵.

Éste es, en definitiva, el encuadramiento básico de la organización territorial del Estado y, por ende, de las Comunidades Autónomas. Ocurre que esta nueva etapa se caracteriza, precisamente, por el reconocimiento de la singularidad y por la huida de la centralización y el uniformismo. Por eso la configuración y desarrollo del Estado autonómico no puede caer en los defectos del anterior centralizado y autoritario: La reproducción mimética de esquemas organizativos que orillen las peculiaridades de los territorios. Y es que el Estado autonómico, para que de verdad se consolide y genere un sentimiento de lealtad en los ciudadanos, debe tener en cuenta los condicionantes geográficos, históricos y culturales que sin duda determinan la vida de esos mismos ciudadanos. Ésta es, justamente, la idea que ayuda a comprender la necesaria peculiaridad de la organización territorial e institucional de los Archipiélagos Canario y Balear; porque, como resulta obvio, la organización administrativa de estos Archipiélagos está fuertemente condicionada por el determinante

(...) suficientemente la idea de nación española, y que era gravísima la afirmación que dice que España está integrada por nacionalidades y regiones, porque ello implica una discriminación entre unas y otras regiones, y, sobre todo, porque la palabra nacionalidades en el uso de algunos políticos y periodistas designaba "algo así como una "subnación", pero esto no lo ha significado —decía MARÍAS— *nunca esta palabra en nuestra lengua*"; para luego afirmar categóricamente que: "*el artículo del Anteproyecto no sólo viola la realidad, sino el uso lingüístico*". Por su parte, M.FRAGA no era menos contundente y decía: "La palabra "Nacionalidad" sólo tiene que ver con la palabra Nación. Y yo creo que en España no hay más que una sola Nación, que es España (...). Yo seriamente, no creo que sean compatibles las nacionalidades con la unidad y soberanía de España". Para concluir que: "La palabra "nacionalidad" o no quiere decir nada, y entonces, ¿a qué esa exigencia de incluirla en la Constitución?, o quiere decir algo muy arriesgado, que deja abierta la vía de la desintegración de un Estado constitucional en diversos Estados separados". Frente a esta tesis se alzó otra que venía a decir que el término nacionalidades era inexcusable porque expresaba la personalidad y organización de ciertos pueblos, que son más que regiones naturales (Miguel HERRERO R. DE MIÑÓN), y que lo que verdaderamente ayuda a fortalecer la unidad del Estado es la descentralización, la adecuada delimitación de competencias y facultades para el autogobierno y el reconocimiento del conjunto diferenciado de *nacionalidades* y regiones como integrantes de España (Jordi SOLÉ TURA). (Cfr. E. SÁNCHEZ GOYANÉS, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1981, pp. 119-121).

(4) Cfr. F.GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol.I. Parte General, Madrid, 10ª. ed. 1987, pp. 267-269. Véase también S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas I*, Madrid, 1982, pp. 153 y ss.

(5) STC . 32/1981, de 28 de julio.

físico-geográfico, que hace que en ellos la operatividad de algunas entidades territoriales sobre las que pivota toda la organización administrativa sea enorme y, en cambio, la funcionalidad de otras, que en la Península tienen su gran relevancia, resulte prácticamente nula, y más que dar eficacia a la citada organización, lo único que producen son fricciones o yuxtaposiciones entre las propias entidades territoriales.

No se descubre nada nuevo si se afirma que los entes territoriales que vertebran los Archipiélagos son distintos a los que articulan otras Comunidades Autónomas asentadas sobre el continente. Si en éstas las provincias, con mayor o menor arraigo histórico⁶, son las que asumen el papel referencial, junto con los municipios, en los Archipiélagos son las islas las que cumplen con mayor eficacia la labor articuladora de la nueva organización territorial e institucional definida por la creación de las Comunidades Autónomas. Esto comporta que la provincia en las Comunidades Autónomas insulares desempeñe un papel secundario, y su permanencia se deba más al peso de la tradición y del mimetismo que ésta tiene que a la racionalidad, eficacia y operatividad que la entidad provincial tiene sin sí misma considerada, para el funcionamiento coherente y satisfactorio de las Administraciones públicas⁷.

II. LOS ENTES TERRITORIALES ARTICULADORES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

2.1) Municipios e islas como entes articuladores del sistema

El artículo 22.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias⁸ dispone que: "Canarias articula su organización territorial en siete islas, y éstas a su vez en municipios, cuyas instituciones de gobierno local son, respectivamente, los Cabildos Insulares y los Ayuntamientos". Lo que significa que para el

(6) Vid. L. MORELL OCAÑA, "Raíces históricas de la concepción constitucional de la provincia", en REDA núm. 42, 1984, pp. 349 y ss.; J. LALINDE ABADÍA "El orto de la provincia constitucional en España", en el vol. colectivo *La provincia en el sistema constitucional* (dir. por R. GÓMEZ-FERRER MORANT), Madrid, 1991, pp. 493-511. Para SOSA WAGNER (*Manual de Derecho Local*, Madrid, 1987, p. 110): "(...) el sistema provincial no ha sido sentido de igual forma en todas las zonas del territorio español, y la aparición del nuevo espacio regional debía haber supuesto un replanteamiento del viejo modelo provincial. El constituyente quiso, sin embargo, afianzarlo incluso en sus actuales límites ...".

(7) Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA y M.J. SARMIENTO ACOSTA, "La isla como entidad local en el ordenamiento español", en AA. núm. 33, 1991, p. 426.

(8) Aprobado por la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto (BOE núm. 195, de 16 de agosto).

legislador estatutario son las islas y los municipios las *piezas articuladoras* del nuevo sistema de organización territorial que se constituye a partir de la aprobación de la norma institucional básica canaria (ex artículo 147,1 CE). Y esto implica una opción, a nuestro juicio, coherente con la propia naturaleza del territorio que se aspira organizar. Se trata de un territorio fraccionado en islas cuya definición no tiene nada que ver, evidentemente, con el territorio continental. De manera que la redacción del referido artículo 22 EACan. viene a conectar de lleno con la realidad insular canaria, y, además, pone de relieve otra opción del legislador: la de relegar la provincia a un segundo plano como escalón inapropiado para vertebrar a ese nuevo ente que se pretende constituir: la Comunidad Autónoma.

a) Los municipios.

Ciertamente la organización municipal canaria no ofrece ninguna singularidad destacable con respecto a la de la Península. Por ello el Estatuto al regular la entidad municipal puede parecer escueto en exceso; sin embargo, más que parco, el Estatuto, en esta materia concreta, posee la virtud de ser coherente con el resto del Ordenamiento Jurídico, pues no cae en uno de los defectos más extendidos de las regulaciones estatal y autonómica, cual es el de repetir preceptos ya consignados en otros cuerpos legales⁹, que, en realidad, no aportan ni innovan nada y que más que perfeccionar o aclarar el Ordenamiento lo complican innecesariamente. De poco hubiera servido, por tanto, reiterar, como hacen otros Estatutos¹⁰, las disposiciones constitucionales¹¹, ya que la unidad esencial de todo Ordenamiento y la naturaleza de norma directamente aplicable del Texto Constitucional¹² hace superflua la repetición de normas que se aplican sin necesidad de tal reiteración.

El municipio canario es, consiguientemente, una entidad administrativa que proporciona expresión jurídica a una colectividad local asentada sobre un

(9) Esta repetición tosca de artículos ha sido denunciada tanto por la doctrina científica como por el Tribunal Constitucional (Vid., ad exemplum. S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas I*, op.cit., p. 302 y STC de 28 de diciembre de 1981) como un método legislativo que está abocado a engendrar tarde o temprano una innecesaria complicación normativa, así como confusión e inseguridad.

(10) Cfr. artículo 3,1, último inciso, del Estatuto de Andalucía, y 45,1 del Estatuto de Autonomía de Valencia. Este último criticado con razón por J.L. MARTÍNEZ MORALES (*Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Valencia*, Ministerio de Administración Territorial, IEAL, 1985, pp. 456 y 457) como un precepto de escaso valor normativo por ser mero trasunto del artículo 140 CE.

(11) Cfr. artículo 140 CE.

(12) Es fundamental en esta materia remitirse al libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982, *in totum*. Véase también el riguroso análisis que hace J.A. SANTAMARÍA PASTOR en su monumental *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1988, pp. 431-508, y F.GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo vol. I*, cit., pp. 186-192.

núcleo de población territorial diferenciado a la que representa y respecto de la que asume la gestión de sus intereses propios¹³. Es, por tanto, una persona jurídico-pública de naturaleza territorial¹⁴ y de carácter básico. Debido a este carácter se configura como una pieza fundamental no sólo de la organización territorial del Estado (artículo 137 CE), con la que mantiene relaciones directas¹⁵, sino también como estructura básica de la Comunidad Autónoma¹⁶.

Hay que tener en cuenta que la característica de básico no viene determinada por ser una asociación natural de personas y bienes, anterior y superior a la Ley, que tiene unos intereses privativos ajenos a los generales del Estado¹⁷, sino que es consecuencia de la elección que el legislador constitucional adoptó en su momento y que el estatutario respeta y asume¹⁸. Así, el municipio al ser pieza estructural del Estado –en su sentido más estricto¹⁹–, y de la Comunidad Autónoma tiene una doble posición. Goza de

(13) L. MORELL OCAÑA, *El Régimen Local Español I*, Madrid, 1988, pp. 271-275.

(14) Sobre la dicotomía Entes territoriales y no territoriales vid. el interesante trabajo de A. NIETO GARCÍA, "Entes territoriales y no territoriales" (en *RAP* núm. 64, 1971, pp. 29-49), en el cual el autor pone de manifiesto la incorrección doctrinal de esta dicotomía, ya que se trata de una aplicación acrítica al Derecho Administrativo de doctrinas elaboradas en el Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional con referencia exclusiva al Estado sin tener en cuenta a los entes menores. Además, entiende NIETO, que tampoco es válido el criterio clasificador de la universalidad o singularidad de fines, pues ni la universalidad es característica de todos los entes territoriales, ni todos los entes no territoriales se limitan a gestionar fines concretos. Por ello –concluye– "los problemas del territorio se integran y superan dialécticamente en un plano común y superior: el de la organización".

(15) Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983, p.191.

(16) Vid. L. MORELL OCAÑA, "Las Entidades Locales, elementos integrantes de la organización territorial del Estado y de las Comunidades Autónomas", en *REDA*, núm. 55, 1987, pp. 348-350.

(17) Ésta era la concepción, ya superada, que preconizaba la tesis iusnaturalista del municipio como entidad preestatal que ostentaba unas atribuciones o poderes oponibles al Estado. Vid. sobre esta cuestión, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Turgot y los orígenes del municipalismo moderno", en *RAP* núm. 33, 1960, pp.87-98; A.FANLO LORAS, *Fundamentos constitucionales de la Autonomía local*, Madrid, 1990, pp. 78 y ss y PIERRE-PAUL NICOLÁS HENRIÓN DE PANSEY, *Del poder municipal y de la policía interior de los municipios* (ed. y traducc. de Javier GARCÍA FERNÁNDEZ), Madrid, 1990.

(18) L. PAREJO ALFONSO (*Garantía institucional y Autonomías locales*, Madrid, 1981, p. 131) señala que: "(...) tanto la organización territorial del Estado como un todo, como los poderes públicos (también, pues, los que resultan de las previsiones de autonomía) traen su origen y su legitimidad exclusivamente de la decisión del constituyente, es decir, del orden constituido por la norma fundamental (...)".

(19) En cuanto al término Estado, el Tribunal Constitucional ha declarado que: "El término Estado es objeto en el texto constitucional de una utilización claramente anfibia. En ocasiones (así arts. 1, 56 y 137 y en la propia rúbrica del Título VIII, por mencionar sólo algunos ejemplos) el término Estado designa la totalidad de la organización jurídico-política de la nación española; en otras por el contrario (así los arts. 31, 149, 150) por Estado se entiende sólo el conjunto de instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos, contraponiendo estas instituciones a las propias de las Comunidades Autónomas y otros entes territoriales autónomos", si bien es necesario tener en cuenta la argumentación de TORRES DEL MORAL (*Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, 2ª ed., 1988, pp. 313 y 314) en el sentido de que el término Estado, propiamente, debe designar la *organización jurídico-política general de la nación española, dentro de la cual se insertan las Comunidades Autónomas*.

una posición bifronte que hace difícil su calificación, como ha destacado el Tribunal Constitucional²⁰, de intracomunitario o extracomunitario. De tal suerte que las relaciones de tutela o control que se sostengan sobre él se bifurcan, ya que al Estado corresponde la titularidad de los aspectos básicos y a las Comunidades Autónomas la de los aspectos no básicos o de desarrollo²¹; mientras que la tutela sectorial o atípica estará en función del sistema de distribución competencial hecho por el llamado “bloque de la constitucionalidad”²². Pero estas relaciones de control no pueden erosionar o reducir a un simple nominalismo la autonomía municipal²³, pues ésta está constitucionalmente garantizada (ex artículos 137 y 140), habida cuenta que la *autonomía local* está configurada en nuestra Carta Magna como una *garantía institucional*; técnica elaborada por la doctrina germana (Carl SCHMITT), y que implica el otorgamiento de una protección frente al poder constituido y muy especialmente “frente al legislador ordinario para impedir desde luego la supresión de la institución, pero también para evitar cualquier desvirtuación, alteración o lesión ilegítimas de la misma”²⁴. En consecuencia, la garantía

- (20) Así lo ha afirmado la STC 84/1982, de 23 de diciembre: “Este carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales (...) hace imposible calificarlo de forma unívoca como “intracomunitario” o “extracomunitario”, no es contradictorio con la naturaleza que a las Entidades locales atribuye la Constitución, cuyo artículo 137 concibe a los municipios y provincias como elementos de división y organización del Estado. Dividido y organizado también éste, en su integridad y sin mengua de ella, en Comunidades Autónomas, ambas formas de organización se superponen sin anularse (...)”.
- (21) Sobre la concurrencia competencial vid. F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho*. op. cit., pp.83 y ss.
- (22) Sobre el significado de la categoría jurídica “bloque de la constitucionalidad”, introducida por el artículo 28,1 LOTC, véase el estudio de M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, “El Título Primero de la L.O.A.P.A.: Problemas constitucionales”, en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)* vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, pp. 1907-1910.
- (23) F. SOSA WAGNER, “La autonomía municipal”, en *RAP* núm. 100-102 vol. III, 1983, pp. 2.239-2.253.
- (24) L. PAREJO ALFONSO, “La Autonomía local en la Constitución”, en *Tratado de Derecho Municipal I* (dir. por. S. MUÑOZ MACHADO), Madrid, 1988, p. 33. También del mismo autor, *Derecho Básico de la Administración local*, Barcelona, 1988, p. 109, y sobre todo, *Garantía institucional y autonomías locales*, cit., *in totum*; monografía que ha influido considerablemente en las Sentencias del Tribunal Constitucional y también en la LRBR. Pero son también significables otros otros estudios sobre la citada institución. Así, A. EMBID IRUJO, “Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de la autonomía municipal”, en *REDA*, núm. 30, 1981, pp. 441-447; R. MARTÍN MATEO, “La garantía constitucional de las autonomías locales”, en *REVL* núm. 208, 1980, pp. 609-626; F. SOSA WAGNER, “La autonomía municipal”, loc. cit. pp. 2.239 y ss. y “La Autonomía local” en los núms. 239, 1988 (pp. 1.351-1361), 240, 1988 (pp. 1.623-1.636) y 241, 1989 (pp. 9-29), todos de la *REALA*; J. SALAS HERNÁNDEZ, “La defensa directa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional”, en *REALA* núm. 245, 1990, pp. 9-22; M. SÁNCHEZ MORÓN, *La Autonomía local: Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, 1990, *in totum*, o la extensa y documentada monografía de A. FANLO LORAS, *Fundamentos constitucionales de la Autonomía local*, ob. cit. *in totum*. En cuanto al Tribunal Constitucional es fundamental la S. núm 32/1981, de 28 de julio, que ha formulado una doctrina general de la garantía institucional. En la bibliografía señalada también se alude a la situación de la citada institución en el Derecho Comparado, pero por su importancia y por su cercanía en el tiempo es reseñable la obra de ese

institucional de la autonomía local tiene por objeto “asegurar una imagen reconocible, en términos históricos, de determinadas instituciones constitucionales”²⁵. Es necesario subrayar la imprescindible protección que otorga esta técnica a los municipios, toda vez que la Constitución española no diseña un marco o núcleo de competencias para la Administración local de la misma manera que lo define, con mayor o menor precisión técnica, para las Comunidades Autónomas, sino que será el legislador estatal o autonómico quien, según la distribución de competencias realizada por el *bloque de la constitucionalidad*, confiera competencias a los municipios para que éstos participen en la gestión de sus intereses propios²⁶. Pero básicamente será el legislador sectorial el que asigne las competencias (artículo 2 LRBRL), pues como ha dicho el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 214/1989, de 21 de diciembre (FJ 3º): “(...) la concreción última de las competencias locales queda remitida –y no podía ser de otra manera– a la correspondiente legislación sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. Y esto comporta que cuando se dicten las correspondientes Leyes sobre, por ejemplo, patrimonio histórico, protección civil, sanidad, transporte, cultura, etcétera se tendrá que conferir competencias a los municipios en orden al respeto de su autonomía y, también, para la eficaz gestión de los servicios²⁷. Esta vía de atribución competencial es la que ha demostrado tener más posibilidades de éxito²⁸, ya que históricamente se ha constatado la escasa operatividad que tiene una lista taxativa de competencias²⁹.

Por consiguiente, el municipio como pieza articuladora del sistema autonómico canario desempeña un papel de primer orden para procurar y fomentar la participación ciudadana, así como para potenciar la eficaz gestión

(...) gran jurista que es L. VANDELLI titulada *Ordinamento delle autonomie locali. Commento alla legge 8 giugno 1990, no. 142, Norme complementari. Documenti. Schemi, Rimini, 1990*. Obra que comenta artículo por artículo la nueva Ley italiana de 8 de junio de 1990 relativa al ordenamiento de las Autonomías locales. (vid. un comentario sobre este importante evento en el núm. 250, 1991 de la *REALA* realizado por FANLO LORAS).

(25) A.FANLO LORAS, *Fundamentos constitucionales ... op. cit.*, pp. 252 y ss.

Es importante destacar la *Carta Europea de Autonomía local*, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, aprobada y ratificada por España el 20 de enero de 1988 (*BOE* de 24 de febrero de 1989), que entró en vigor el 1 de marzo de 1989. Este instrumento se enmarca en la tendencia europea de aproximar la elaboración de categorías dogmáticas relativas al régimen local.

(26) En el mismo sentido J.L. MEILÁN GIL, “La articulación de los ordenamientos local y autonómico”, en *REDA* núm. 44, 1984, pp. 675-679.

(27) Sobre la gestión de los servicios públicos locales vid. F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, 1989.

(28) A pesar de las críticas formuladas por Rafael ENTRENA CUESTA (“Las competencias de las Entidades locales”, en *Organización territorial del Estado (Administración local)*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985, pp. 107 y 108).

(29) S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas II*, Madrid 1984, pp. 195-200.

de los servicios públicos. Todo ello en orden al cumplimiento de los fundamentales principios consagrados en el Texto Constitucional (artículos 1, 1, 9, 2, 23 ó 103) y en el Estatuto de Autonomía artículos 5 y 21). Pues no se debe olvidar que es, justamente, el municipio como entidad básica el que desarrolla una actividad más cercana al sentir cotidiano de los ciudadanos, y es en este escalón administrativo donde se palpa con mayor claridad y plasticidad el tentáculo del poder público, siempre necesitado de justificación en un Estado de Derecho que pretenda una legitimidad real y no meramente nominal.

b) Las islas.

La isla es sin duda la verdadera protagonista de la organización territorial de Canarias, al igual que sucede con la del Archipiélago Balear. Esta circunstancia, que a un profano le puede parecer obvia, sólo ha tenido una vigencia efectiva en los últimos decenios, habida cuenta que con la legislación local uniformista aprobada a raíz de la promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812 las peculiaridades geográficas y organizativas de los Archipiélagos fueron sistemáticamente orilladas. Así, en Canarias habrá que esperar a 1912 para establecer o, mejor, reestablecer un sistema propio: el régimen de Cabildos Insulares³⁰. Y tras numerosas vicisitudes, que no son del caso³¹, el régimen llega hasta la Constitución de 1978 (artículo 141.4), y luego se reconocerá con mayor generosidad en el Estatuto de Autonomía (cfr., entre otros preceptos, los artículos 7, 2, 22, 47, 49, 2 ó 60,1).

El Estatuto canario toma como punto de referencia fundamental el artículo 141,4 CE, y articula la organización territorial de Canarias, como ya se ha dicho, sobre las entidades insular y municipal (artículo 22,1). El relieve de las islas se detecta en la configuración de las mismas como circunscripciones electorales (artículo 8,4 EACan.), y, fundamentalmente, por la omisión que de la provincia hace el tan citado artículo 22 del Estatuto canario. Omisión que es muy explicativa del anhelo del legislador estatutario de 1982 de evitar fricciones o yuxtaposiciones innecesarias entre las entidades territoriales, como más adelante comprobaremos. En consecuencia, la isla es la *verdadera clave de bóveda* de la organización administrativa de Canarias. Lo que plantea algunos problemas de importancia que pueden dificultar u obstaculizar el funcionamiento coherente y armónico del sistema autonómico establecido en 1982, ya que, por de pronto, al estar la provincia constitucionalizada de forma clara y terminante (artículos 137 y 141 CE) cabría preguntarse cuál es el papel

(30) Sobre los antiguos Cabildos vid. J. PERAZA DE AYALA, "Los antiguos Cabildos Insulares de las Islas Canarias", en *Anuario de Historia del Derecho Español* 4, Madrid, 1927, pp. 225-297.

(31) Sobre el proceso histórico de reconocimiento de la singularidad insular vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA y M.J. SARMIENTO ACOSTA, "La isla como entidad local ...", loc. cit. pp. 409 y ss.

que ésta puede desempeñar en la Comunidad Canaria. Y al hilo de la misma pregunta cabría también cuestionarse la funcionalidad o el sentido de las Mancomunidades Interinsulares según la redacción del artículo 41,2 LRBRL; interrogantes que trataremos de explicar seguidamente.

2.2) La poca o nula operatividad de la provincia

Ya se ha dicho que existe un *problema provincial en Canarias*. La siguiente cuestión será saber por qué se ha generado ese problema y cuál es la vía que debe seguirse para la solución del mismo conforme al marco jurídico vigente.

En este sentido hay que reparar en el marco que establece la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico. Porque conforme al artículo 141, 4 CE (“En los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos”) es clara la subsistencia de las provincias en Canarias. El adverbio “además” despeja cualquier incógnita que se pueda tener sobre el particular³². Pero, como ya hemos visto, el artículo 22 EACan. opta por una vertebración territorial que gira en torno a islas y municipios, y se renuncia, en consecuencia, al papel que pudiera desarrollar la provincia. Y es que esta solución del Estatuto es congruente con los presupuestos fácticos de los que parte y que significa que no se puede prescindir de las condiciones físico-geográficas y geopolíticas que conforman el *ser* mismo del Archipiélago, lo que impide a todas luces la aplicación mimética y acrítica del sistema de organización territorial que impera en el resto del Estado. El artículo 22 EACan. al silenciar el papel de la provincia se hace eco de una realidad completamente consolidada en Canarias³³, y que se manifiesta en primer término en la relevancia que los Cabildos han ido adquiriendo como organismos de gobierno, administración y representación de las islas, en detrimento de los órganos representativos de las provincias: las Mancomunidades Interinsulares³⁴; y, en segundo lugar, porque la provincia ha sido y es, tanto desde la perspectiva de su connaturalización con la sociedad

(32) En el mismo sentido L. MORELL OCAÑA, *El Régimen Local Español I*, op. cit., p. 786, quien afirma: “La expresión *además* revela que para el constituyente no se contraponen la previsión de entidades insulares a la Provincia, ni aquéllas se subrogan en el papel de ésta, sino que ambas están destinadas a coexistir”. No obstante, existen versiones contrapuestas sobre la interpretación del artículo 141, 4 CE. Vid. L.P. BOURGON TINAO, “La naturaleza de la provincia en Canarias”, en *RAP* núms. 100-102 (vol. III), 1983, pp. 2.113 y ss.

(33) Así lo he intentado demostrar en mi trabajo, “Comentarios al artículo 22 del Estatuto de Autonomía de Canarias” (*en prensa*).

(34) Cfr. A. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Las Mancomunidades Provinciales Interinsulares”, en *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario* (dir. por A. NIETO GARCÍA), vol. I. Aula de Cultura de Tenerife (Cabildo Insular de Tenerife). 1967, pp. 100 y 101, y M. MEDINA ORTEGA, “El Régimen local especial de las Islas Canarias”, en *Revista del Foro Canario*, num. 23. pp. 37 y 38.

canaria, como por sus funciones de prestación de servicios municipales, una instancia que no ha engarzado con el *especial modo de ser* del Archipiélago, de tal forma que si en otras Comunidades Autónomas ha sido tachada de artificiosa³⁵, en la canaria no solamente es artificial su existencia sino *casi nula* su operatividad³⁶.

- (35) Cfr. L. MORELL OCAÑA, "Raíces históricas de la concepción constitucional de la provincia", loc. cit., p. 356. Además debe destacarse que en los últimos años se ha producido una desvalorización política de la provincia, así como una pérdida de su carácter referencial para el desarrollo regional en todo el territorio nacional, como ha señalado recientemente GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Provincia en la Constitución", en el vol. colectivo, *La Provincia en el sistema constitucional*, ob. cit., p. 15.

- (36) Vid. L.P. BOURGON TÍNAO, "La naturaleza de la provincia en Canarias", loc. cit., pp. 2.113-2.121. También, R. FERRER PEÑA, "El problema administrativo de las islas menores del Archipiélago Canario", en *REVL* núm. 133, 1964, p.28, el cual observa que los habitantes de las islas llamadas menores tienen una concepción casi exclusivamente insular de sus problemas. Sin embargo, hay que destacar que últimamente se ha querido maximalizar el rol de la provincia en Canarias, con fundamento en una interpretación, a nuestro juicio, exagerada del artículo 41,2 LRBRL. Esta tesis se debe a C. DE LA CONCHA BERGILLOS ("El Régimen Provincial de Canarias. Las Mancomunidades Provinciales Interinsulares", tesis doctoral—menanografiada—, Universidad de La Laguna, 1990, pp. 255 y ss.), quien aboga por el respeto de la garantía institucional de las provincias canarias.

Creemos que el legislador constituyente perdió, en 1978, una oportunidad única para articular el Archipiélago Canario en base a instancias o entidades territoriales más aptas que la provincia, y que no son otras que las islas. Puesto que, efectivamente, el artículo 141,4 CE deja clara, como hemos dicho, la subsistencia de las provincias canarias. Lo que ocurre es que si las provincias canarias existen ello implica que su garantía institucional requiere un elenco de competencias, una concreta organización y, por supuesto, una cobertura económica que pueda satisfacer o respetar esa prescripción constitucional, en la medida que la garantía institucional de las autonomías locales implica una *capacidad efectiva* de la correspondiente entidad local (en nuestro caso, la provincia) para la gestión de sus propios intereses. El artículo 3 de la Carta Europea de Autonomía Local así lo exige. Sin embargo, tanto el legislador estatal como el autonómico (artículos 41 LRBRL y 35 de la Ley territorial canaria 14/1990, de 26 de julio) reducen la operatividad de los órganos de las provincias canarias, las Mancomunidades Provinciales Interinsulares, a su mínima expresión. Sólo les confiere "la expresión y representación de los intereses provinciales" (ex artículo 41,2 LRBRL) (Vid. J.A.SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, op. cit. p. 1.175). Y es que el legislador ordinario estatal o autonómico no tenía otra opción que la de respetar lo dispuesto en el artículo 141,4 CE. Lo que ha hecho, entonces, es tratar, por una parte, de respetar lo establecido en el citado artículo 141,4 CE; y, por otra, ser coherente con lo que dispone el artículo 22 EACan. (vertebración de Canarias sobre islas y municipios). Esta solución, a la que podemos calificar de "intermedia", genera, sin embargo, una antinomia, que es la siguiente: Si existen las provincias en Canarias, es evidente que hay que ser coherente con el Ordenamiento jurídico y respetar su garantía institucional, que exige, como ya sabemos, unas competencias, una organización propia de la entidad y un respaldo económico para la gestión de sus respectivos intereses. Pero esto significa, para empezar, que se tendría que incrementar la estructura administrativa canaria, introduciendo un nuevo escalón, el provincial, a todos los efectos. Además implicaría la captación o aprehensión de unos "intereses provinciales", que en Canarias son, por lo menos, difíciles de percibir. Pero la erección de un nuevo escalón administrativo comporta, sobre todo, desconocer los principios de eficacia y economía como criterios rectores de las Administraciones públicas (cfr. artículo 22 EACan.), además de separarse del buen camino seguido por el Estatuto (artículo 22). Por ello el legislador ha querido "sintonizar" con ambas orientaciones contrapuestas (la del artículo 141,4 CE, y su garantía institucional, y la del artículo 22 EACan. y su omisión de la provincia), reduciendo la funcionalidad de las Mancomunidades a "la expresión y representación" de las provincias canarias, sin suprimir las mismas. Con ello, insistimos, se genera una antinomia, que desde la perspectiva práctica es justificada y comprensible. Pero en el futuro tendrá que evitarse esta incoherencia, suprimiendo, por ejemplo, la obligatoriedad de la provincia en Canarias (Vid. B. COLOM PASTOR, "Comunidades Autónomas uniprovinciales", en el vol. colectivo, *La Provincia en el sistema constitucional*, op. cit., p. 237).

En efecto, la división provincial realizada por el Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, sobre la cual va a descansar la nueva planta del Estado, trae como consecuencia la supresión de los antiguos Cabildos y su sustitución por los Ayuntamientos y la Diputación Provincial, órganos gestores de la recién creada provincia. Esta nueva organización uniformista produjo la apertura de lo que se ha llamado y llama el *pleito insular*³⁷ entre Gran Canaria y Tenerife, y por este motivo se sostienen enconadas luchas que desembocarían, sucesivamente, en la recreación de los Cabildos por la Ley de 12 de julio de 1912, y en la escisión del Archipiélago en dos provincias³⁸. Con el restablecimiento de las instituciones capitulares se debilitan considerablemente los poderes de la siempre conflictiva Diputación Provincial, de tal suerte que mientras los Cabildos se fortalecen y cobran un auge inusitado absorbiendo parte de los servicios que la Diputación prestaba hasta ese momento, ésta se convierte en un órgano sin funcionalidad. Por eso el Estatuto Provincial de 1925³⁹ suprime la Diputación a la par que refuerza el papel de los Cabildos, asignándoles los derechos y obligaciones que el propio texto estatutario atribuía a las Diputaciones de la Península. Asimismo, el Estatuto Provincial establecía la obligatoriedad de una Mancomunidad Interinsular, formada por los representantes de todos los Cabildos, que tenía como principal objetivo la representación de la provincia. Se admitía, además, las Mancomunidades voluntarias. Y con la división provincial de 1927 se prescribe, obviamente, la obligatoriedad de dos Mancomunidades Interinsulares, que, lejos de asumir competencias provinciales, ejercitan cometidos o funciones residuales (cfr. artículos 189-191 del Estatuto citado).

Durante la segunda República y el régimen dictatorial franquista la orientación sobre esta materia sigue el mismo sentido; es decir, potenciar la operatividad de los Cabildos y relegar a las Mancomunidades a un rol

(37) Para el análisis del mismo son básicos los estudios históricos de M. GUIMERÁ PERAZA, *El pleito insular* (1808-1936), Madrid, 2ª ed. 1987, y *Pérez Armas y los Cabildos Insulares*, Santa Cruz de Tenerife, 1987. Véase también una interesante entrevista que el rotativo *Canarias 7* hizo al autor y que se publicó el día 7 de mayo de 1989 (p.10). Puede, asimismo, consultarse el artículo de J. ALBERTO LIRIA publicado en *Diario de Las Palmas* de 13 de mayo de 1991, pp. 60 y 61.

(38) El Real Decreto de 21 de septiembre de 1927, firmado por el entonces Rey Alfonso XIII y el General Primo de Rivera, dispone en su artículo 1º: "El territorio nacional que constituye el Archipiélago Canario se dividirá en dos provincias con las denominaciones de sus respectivas capitales, que serán Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas". La de Santa Cruz de Tenerife está formada por las Islas de Tenerife, La Palma, la Gomera y El Hierro. Y la de Las Palmas está integrada por las Islas de Gran Canaria, Lanzarote y Fuerteventura y los islotes adyacentes de Alegranza, La Graciosa, Montaña Clara, Roque del Este, Roque del Oeste y Lobos.

(39) Vid. sobre lo que supuso este Estatuto el completo trabajo de L. PAREJO ALFONSO, "La región y la legislación histórica de régimen local", en el vol. colectivo I. *Las Autonomías Regionales. Aspectos políticos y jurídicos*, Instituto Nacional de Prospectiva, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, pp. 151-159.

secundario y residual⁴⁰. Y en el régimen preautonómico, iniciado en la primavera de 1978, comienza el proceso de vaciamiento competencial de las Mancomunidades Provinciales Interinsulares. El Real Decreto-Ley 9/1978, de 17 de marzo, instaurador de la preautonomía canaria⁴¹, previó la posibilidad de que la Junta de Canarias recibiera transferencias de las Mancomunidades Interinsulares e, incluso, de los Cabildos⁴², lo que supuso una reducción sustancial de competencias o poderes de dichos organismos, e inicia un camino, probablemente sin retorno, en materia competencial, que convierte las Mancomunidades en órganos seudofantasmales de la organización administrativa de Canarias, pues no se acierta a ver cuál es la función que desempeñan en el nuevo sistema autonómico, y su presencia está más bien en la memoria, en el deseo nostálgico o en el formalismo jurídico que no tiene mucho o nada que ver con la realidad. Así, con la aprobación del Estatuto de Autonomía, por la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, se traspasa a las instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias las competencias, medios y recursos de las Mancomunidades Provinciales Interinsulares⁴³.

En este contexto histórico, político y jurídico no es, por tanto, nada arriesgado afirmar que en el Archipiélago Canario han sido y son las islas las instancias adecuadas para la prestación de servicios supramunicipales y la participación de los ciudadanos en su gestión⁴⁴, puesto que la administración provincial, aunque idónea para realizar estas funciones en ámbitos territoriales sin solución de continuidad, no resulta operativa para territorios insulares, como el de la Comunidad Canaria. Por ello se comprende que el Estatuto –artículo 22.1–, establezca una organización asentada sobre islas y municipios, toda vez que la entidad provincial, como ha dicho con acierto BOURGON TÍNAO⁴⁵, no se ha connaturalizado con el Archipiélago Canario, ni resulta la entidad apropiada para el cumplimiento de las funciones que el Ordenamiento asigna en orden a proporcionar asistencia, fomento y complementación a los municipios. No obstante, como ya se ha dicho en líneas anteriores, la

(40) Leyes, de Bases de Régimen Local de 1945, Texto Articulado de 1950, Texto Refundido de 1955, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 17 de mayo de 1952 (arts. 428 y 429).

(41) M. CABRERA PÉREZ-CAMACHO, *Derecho de las Instituciones Públicas de Canarias*, Tenerife, 2ª ed., 1988, pp. 37-39.

(42) Cfr. C. DE LA CONCHA BERGILLOS, op. cit., pp. 154 y 155.

(43) Este traspaso fue instrumentado jurídicamente por el Decreto autonómico 107/1985, de 19 de abril, el cual transfirió competencias a los Cabildos, al Gobierno Canario y al Parlamento autónomo; pero mientras los Cabildos y el Gobierno recibieron competencias, el Parlamento sólo asumió bienes y funcionarios. El Decreto fue aprobado por unanimidad por la Comisión mixta Cabildos-Comunidad Autónoma prevista en la Disposición Transitoria séptima del EACan., y fue valorado por algún dirigente político como “un importante avance en la estructuración administrativa del Archipiélago” (Juan Alberto Martín). Vid. *Canarias* 7 de 6 de diciembre de 1984, p.8.

(44) L. P. BOURGON TÍNAO, “La naturaleza ...”, loc. cit., pp. 2.118-2.120.

(45) Loc. cit. pp. 2.114 y ss.

Constitución (artículos 137 y 141.4) garantiza la existencia de las provincias canarias, y ésta es la razón por la que el Estatuto Canario ha llegado a ser calificado nada menos que de inconstitucional, por no tener en cuenta el escalón provincial⁴⁶.

Queda, pues, para el legislador del futuro la solución de esta antinomia.

III. LA RELEVANCIA DE LOS CABILDOS INSULARES EN EL ENTRAMADO INSTITUCIONAL-AUTONÓMICO CANARIO

Dentro de la organización territorial e institucional establecida por el Estatuto de Autonomía de Canarias destacan los Cabildos Insulares como los organismos que desempeñan el principal papel de la vida administrativa canaria. Los artículos 7,2 y 22, entre otros, respaldan esta afirmación. Empero, no quiere esto decir que se relegue o minusvalore el *rol* que tienen, conforme al Ordenamiento Jurídico, otros organismos como los Ayuntamientos, ya que es claro que dicho Ordenamiento les atribuye una importante funcionalidad⁴⁷, conectando así con la autonomía que la Constitución les garantiza, y sobre la cual ya hemos abundado con algún detalle en otro lugar del presente estudio. Lo que queremos subrayar es que en el seno de la Comunidad Canaria no ofrecen los Ayuntamientos grandes singularidades, y por eso nos fijamos más en las peculiaridades de los Cabildos.

Como ha dicho expresivamente DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, los Cabildos Insulares se han configurado como *los portavoces naturales de las islas*⁴⁸. Y esto es así porque desde su restablecimiento por la Ley de 11 de julio de 1912 han ido adquiriendo una importancia y han engarzado tan eficazmente con el *ser* del Archipiélago que su operatividad ha sido indiscutida durante décadas. Hay que reparar en esta incontrovertible circunstancia para entender cabalmente la opción que tomó el legislador estatutario en 1982 en orden a

(46) P.GARCÍA ESCUDERO MÁRQUEZ-B. PENDAS GARCÍA, *El Nuevo Régimen Local Español. Estudio sistemático de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local*, Madrid, 1985, p. 140. Y, de una forma más indirecta. E. COCA VITA, "¿Son legalmente posibles las Mancomunidades Interinsulares parciales en Canarias?", en *REVL*, núm. 217, 1983, p. 114, y B. COLOM PASTOR, "Comunidades Autónomas uniprovinciales", cit., p. 237 (en la nota al pie de página núm. 64).

(47) Sobre la funcionalidad de los Ayuntamientos hay que remitirse a la gran monografía de L. MORELL OCAÑA, *El Régimen Local Español I*, op. cit., pp. 441-637.

(48) "Encuadramiento de los Cabildos Insulares en la estructura organizativa de la Comunidad Autónoma de Canarias", en *Boletín de Documentación* núm. 13 de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias, Islas Canarias, 1986, p. 48.

reforzar su posición institucional y referencial en el cuadro de las Administraciones públicas canarias. Puesto que no sólo se les mantiene como Corporaciones locales destinadas al gobierno y la administración de las islas, sino que se intenta insertarlos en el nuevo entramado organizativo y se les atribuye el carácter de *instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias*⁴⁹. En realidad, esta nueva configuración de los Cabildos es tributaria de la propia eficacia y operatividad mostrada por éstos al conseguir cotas de eficacia inéditas en la Península⁵⁰, debido a un arraigo profundo y a un sistema de financiación basado en los arbitrios insulares que les ha permitido desplegar una relevante actividad económica y, por ende, tener unos amplios márgenes de desenvolvimiento, incluso durante la vigencia de un Estado centralista como el anterior al establecido por la Carta Magna de 1978. Así, en el momento de elaborar y aprobar el Estatuto de Autonomía el legislador no podía prescindir de unas instituciones tan eficientes y que, por otra parte, se habían definido como Corporaciones aptas para encauzar la complicada vida administrativa de Canarias, condicionada por *ese peso muerto* –por lo estéril–, que es el llamado *pleito insular*⁵¹.

3.1) La necesaria superación de reduccionismos o la compatibilidad de los Cabildos con el proyecto autonómico

Desde luego no resulta fácil constituir y procurar desarrollar con buen juicio un nuevo ente de la envergadura política y jurídica de una Comunidad Autónoma. En los momentos iniciales siempre hay incertidumbres, confusiones, las cuales inquietan el ánimo y suelen abocar en conclusiones precipitadas cuando no equivocadas. También hay “profetas de la confusión”, porque como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA⁵², en esos momentos de ebullición nunca faltan “y aun proliferan, los demagogos de uno y otro signo, los que Jacobo BURCKHARDT llamaba los terribles simplificateurs, desde quienes se dan abiertamente a la irresponsabilidad regionalista y cantonalista

(49) Bien es cierto que el carácter institucional ofrece algunos problemas, y no es enteramente pacífico, como más adelante comprobaremos.

(50) A. NIETO GARCÍA, “La organización local vigente: uniformismo y variedad”, en *Descentralización administrativa y organización política*, t.II, Madrid, 1973, p. 103.

(51) Las tensiones interinsulares no se agotan en las que tienen las relaciones entre Gran Canaria y Tenerife, sino que a remolque de éstas han surgido y se mantienen otros conflictos o disputas, quizá menos llamativos, pero que también dificultan el desenvolvimiento de la Comunidad Canaria. Las disputas entre islas orientales y occidentales o los conflictos entre las (quizá mal llamadas) islas menores y mayores han enrarecido y perturbado el panorama de las Administraciones públicas de Canarias, como ha destacado uno de los estudiosos más calificados del Derecho Administrativo Especial de Canarias, A. NIETO GARCÍA, en su trabajo “Los Cabildos Insulares de Canarias en el Estado de las Autonomías”, en *Boletín de Documentación* núm. 14 de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias, Islas Canarias, 1986, pp. 8-10.

(52) *Estudios sobre Autonomías territoriales*, ob. cit., pp. 41 y 42.

más elemental hasta aquellos otros que pretenden hacer su agosto político por el camino fácil, y no menos irresponsable, del alarmismo y de la excitación del patriotismo espasmótico, por la invocación enfática de "la unidad de España"(...)". Y esto ocurre tanto a nivel nacional como regional. De forma que las incertidumbres iniciales que sobre el papel o la funcionalidad de los Cabildos había, y que eran en gran medida una manifestación palpable de las complejas incógnitas que la vertebración autonómica canaria tenía (y, hasta cierto punto, todavía tiene) dieron lugar en algunos casos a posiciones que son difíciles de entender si no se tiene en cuenta que partían de reduccionismos: Se venía a decir, en definitiva, que o se era cabildista o era autonomista, sin matices ni gradaciones —que son, dicho sea de paso, las señas de identidad del auténtico talento—. Si se estaba a favor del robustecimiento de los Cabildos se deducía que se estaba contra la recién creada autonomía. Si, por el contrario, se estaba a favor del fortalecimiento y desarrollo de la Comunidad Autónoma, se colegía inmediatamente que se era detractora de los Cabildos. Así planteado un debate es evidente que lo único que cabe esperar de él es la fricción y el desencuentro⁵³. El reduccionismo por simplista sólo tiende a observar una parte de la realidad de forma descontextualizada, y cuando ésta es tan compleja como la organización territorial de Canarias lo que procede no es la simplificación sino la matización y la imaginación de fórmulas organizativas que concilien el desarrollo del nuevo ente (la Comunidad Autónoma) con el desempeño de importantes funciones por los Cabildos.

Este debate desarrollado sobre todo en los foros político y periodístico, cargado de pasión, verdades a medias, fantasmas del pasado y, ¿por qué no decirlo?, de grandes dosis de demagogia⁵⁴, ha venido a viciar de forma lamentable el proceso articulador de la Comunidad Autónoma⁵⁵. Y por esta

(53) Todavía hay quien identifica Cabildos con franquismo o caciquismo provinciano.

(54) Sobre este debate es interesante tener en cuenta el relato de un protagonista de primer orden de la vida política canaria de los últimos años, F. FERNÁNDEZ MARTÍN, *Canarias, a mitad de camino*, Barcelona, 1991, pp. 63-70. A pesar de las cautelas o reservas que se puedan tener sobre la parcialidad u objetividad de un libro escrito por un político en activo, lo cierto es que, como dijo Gumersindo TRUJILLO el día de su presentación (véase *Canarias* 7 de 17 de noviembre de 1991, p.11) está guiado por una *objetividad utópica*. Y en cualquier caso, constituye un punto de referencia para la crítica, el desacuerdo o la adhesión, algo de lo que no está sobrado el panorama político y jurídico de Canarias.

(55) Realmente el debate tiene como fondo el pleito insular, y muchas de las posturas están inspiradas en un deseo de articular fórmulas superadoras de *ese peso muerto* de la autonomía canaria. El que fuera Director General de Desarrollo Autonómico, Sr. D. Santiago Pérez, elaboró un estudio que ha pasado a la Historia como el "Documento de la Gomera", por el hecho de haberse discutido y elaborado en la reunión que el PSC-PSOE tuvo en la isla colombina. En este documento se dicen cosas como éstas: "*La confianza en la organización política regional surge entre los habitantes de las nacientes Comunidades Autónomas a costa de debilitar la excesiva lealtad de los ciudadanos hacia otras instancias políticas; hacia la central-estatal, que disfruta de una adhesión labrada en el espíritu de los individuos a lo largo de varios siglos de vigencia del Estado-Nación, de estructura centralizada, y que debió implantarse a su vez menoscabando anteriores lealtades; y hacia las instancias de signo más*

razón el *tema* de los Cabildos se ha convertido en recurrente para todos en los últimos tiempos.

Es necesario tener muy presente estos presupuestos políticos y sociológicos para comprender un problema *jurídico* tan plástico y controvertido como es el de la organización administrativa ⁵⁶.

A nuestro juicio es posible afirmar la compatibilidad de Cabildos y Comunidad Autónoma según la economía del sistema trazado o configurado por el Estatuto de Autonomía de Canarias, de forma que pueden superarse tales reduccionismos. Decía WACH que *"la ley suele ser más inteligente que el legislador"*. Y esta lapidaria aseveración puede, quizá, tener algún sentido cuando la aplicamos al tema que tratamos, ya que del articulado del Estatuto se puede colegir que existe una fuerte relación Cabildos-Comunidad Autónoma; relación que, lejos de ser excluyente, se orienta resueltamente hacia una imbricación de los primeros en la segunda. El artículo 7, inserto sistemáticamente en el Título Primero (*"De las Instituciones de la Comunidad Autónoma"*), establece:

"1. Los poderes de la Comunidad Autónoma se ejercen a través del Parlamento, del Gobierno y de su Presidente.

2. Las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos, que seguirán regulándose por su legislación específica. Ejercerán, asimismo, las funciones que este Estatuto les reconoce".

Por su parte, el artículo 22 EACan. dispone:

"1. Canarias articula su organización territorial en siete islas, y éstas a su vez en municipios, cuyas instituciones de gobierno local son, respectivamente, los Cabildos Insulares y los Ayuntamientos.

(,,,) *localista, provinciales y municipales*" (cit. tomada del trabajo de J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, "Enquadramiento ..., loc. cit., p. 11). Evidentemente este documento y las consecuencias que de él podían extraerse suscitó una encendida polémica. Pero al margen de posturas tan legítimas como interesadas, sirve de ejemplo del deseo de imaginar, crear o articular nuevas fórmulas organizativas.

(56) No conviene difuminar la línea que divide lo político de lo jurídico. La Ciencia Jurídica tiene su propio terreno y sus propias técnicas, y no puede diluirse en el puro voluntarismo político, como a veces pretenden algunos cronistas apasionados y políticos interesados, que ven al Derecho como un límite innecesario para la consecución de sus fines. Aquí sí hace falta una verdadera adhesión o lealtad hacia el Estado de Derecho, que se define, justamente, por la limitación del poder por el Derecho y por el reconocimiento y garantía de unos derechos públicos subjetivos. Pero no es menos cierto que el Derecho de Organización debe encuadrarse en el contexto político, histórico y sociológico que lo genera, para así comprender mejor las formulaciones jurídicas que él contiene. Véanse en este último sentido las atinadas argumentaciones de Francesc DE CARRERAS sobre la Ciencia del Derecho en el *Prólogo* del opúsculo de MERCÉ BARCELÓ, *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico. Un análisis sobre la relación entre la organización territorial del Estado y la regulación de los derechos y deberes constitucionales*, Madrid, 1991, pp. 13-30.

2. El Cabildo constituye el órgano de gobierno y administración insular. Tendrá autonomía plena en los términos que establece la Constitución y su legislación específica conforme a lo dispuesto en el artículo treinta y dos del presente Estatuto.

3. A Los Cabildos Insulares les corresponde el ejercicio de las funciones que les son reconocidas como propias; las que se les transfieran o deleguen, por la Comunidad Autónoma, y la colaboración en el desarrollo y la ejecución de los acuerdos adoptados por el Parlamento Canario, en los términos que establezcan las Leyes de su Parlamento. Las transferencias y delegaciones llevarán incorporados los medios económicos, materiales y personales que correspondan.

Los Cabildos asumen la representación ordinaria en cada isla de la Administración autónoma, y ejecutan en su nombre, cualquier competencia que ésta no ejerza directamente a través de sus órganos administrativos propios.

4. El Gobierno canario coordinará la actividad de los Cabildos Insulares en cuanto afecte directamente al interés general de la Comunidad Autónoma”.

Y, además, los artículos 2,4 y 14,3 establecen la posibilidad de que los Cabildos participen en la actividad legislativa de la Comunidad Autónoma⁵⁷ y puedan definir una política económica insular, que son competencias sin duda relevantes. Por eso es claro que para el Estatuto, no es que se permita una simple coexistencia soportable de Cabildos y Comunidad Autónoma, sino que para la configuración estructural de esta última parte de la posición administrativa ya consolidada de los Cabildos. Lo que de verdad quiere es una *convivencia armónica*. Para ello arbitra una fórmula muy coherente con las bases o fundamentos del sistema insular, que es la de conferirles el carácter añadido de instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias⁵⁸.

(57) Regulada de forma más pormenorizada en los artículos 124 del Reglamento del Parlamento Canario de 14 de abril de 1983, y 37 a 39 de la Ley autonómica 14/1990, de 26 de julio, de Reforma de la Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias.

(58) Como afirmó el Consejo Consultivo de Canarias en el Dictamen 1/1985, de 31 de octubre, sobre el Anteproyecto de la Ley Reguladora de las Administraciones públicas canarias: “*Los Cabildos Insulares aparecen como instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias sin perder por ello su condición de Entes Locales. Por lo que luego se dirá ésta es la innovación más importante introducida por el Estatuto en el status tradicional de las Corporaciones insulares*”. No obstante, en dictámenes posteriores (núms. 25/1987, de 4 de diciembre, y 1/1989, de 3 de abril), parece que el Consejo no concibe de forma tan abierta y clara el carácter institucional-autonómico de las Corporaciones insulares. Vid. J.RODRÍGUEZ-ARANA y M.J. SARMIENTO ACOSTA, “La isla como entidad local ...”, loc. cit., p. 419; en cualquier caso, la

En resolución, la inserción de los Cabildos en el *aparato* institucional de la Comunidad Canaria es palmaria a la luz de las prescripciones del Ordenamiento Jurídico, y nos permite afirmar con cierta seguridad la compatibilidad de un protagonismo efectivo de los Cabildos en el proyecto autonómico canario. Ciertamente, como dice DE LA CUÉTARA⁵⁹ “habrá roces” y, por consiguiente, es saludable no tener una excesiva confianza en orden a que la armonía del sistema se produzca por *generación espontánea*, o que venga exclusivamente por la aplicación de mecanismos técnicos como la coordinación, o el mero acuerdo amistoso⁶⁰, ya que los intereses políticos y las tácticas o estrategias también desempeñan un importante papel en esta escena tan compleja. Pero esos *roces* no impiden el desarrollo de un verdadero proyecto autonómico en el cual las grandes tareas o cometidos de legislación, planificación general autonómica, programación o coordinación queden en poder de las instituciones autonómicas típicas o clásicas (es decir, Parlamento, Gobierno y su Presidente), y las competencias de gestión o ejecución –que no por ello deben considerarse *menores* o *poco sustanciales*–, queden en poder de los Cabildos⁶¹. Y esto nos reenvía directamente al tema competencial, que abordaremos someramente más adelante.

(...) legislación aprobada por el Parlamento autónomo y, en concreto, la Ley 14/1990, de 26 de julio, ya citada, configura, con cierta resolución, a los Cabildos desde esa doble perspectiva de Corporaciones locales e instituciones de la de la Comunidad Autónoma de Canarias. El artículo 5,2 dispone: “Los Cabildos Insulares son, simultáneamente, órganos de gobierno y administración de cada isla e instituciones de la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 22 del Estatuto de Autonomía”.

(59) “Encuadramiento...” op. cit., p. 12.

(60) Sobre la competencia de coordinación véase el exhaustivo estudio de J. SUAY RINCÓN, “La competencia de coordinación”, en el vol. colectivo *La provincia en el sistema constitucional*, ob. cit., pp. 169-197. Es destacable también, A. FANLO LORAS, Fundamentos constitucionales..., op. cit., pp. 508 y ss; F. GONZÁLEZ NAVARRO, “Organizaciones para la cooperación de la Administración del Estado con la Local”, en *Organización Territorial del Estado (Administración Local)*, t. II, Instituto de Estudios Fiscales, cit. pp. 1.609-1.633; M. ÁLVAREZ RICO, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, Madrid, 1986, pp. 71-110, y E. LINDE PANIAGUA, *La coordinación de las Administraciones Públicas en la constitución española de 1978*, Madrid, 1981.

(61) En el Dictamen-Informe elaborado por ARINO ORTIZ y MONEDERO, que fue encargado por la Confederación Canaria de Empresarios (CCE), se sustenta también la viabilidad del proyecto regional cuando afirman: “Las competencias legislativas, según nuestro informe, siguen residiendo en el Parlamento de Canarias. Sólo se transfieren las potestades administrativas a los Cabildos (...)” (Cfr. el rotativo *La Provincia* de 22 de noviembre de 1985, p. 5). En el mismo sentido, aunque desde otra perspectiva, abogan. L. PAREJO ALFONSO - J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Informe solicitado por el Gobierno de Canarias con motivo de la elaboración de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias*, Instituto de Estudios de la Administración Local (inédito), Madrid-Santa Cruz de Tenerife, 1984, p. 43. Estos autores aseveran que: “(...) en el Estatuto los Cabildos asumen una posición bifronte: son entes locales, pero al mismo tiempo instituciones de la Comunidad Autónoma. En otras palabras: el Estatuto atribuye a estas organizaciones insulares un papel de gozne o bisagra en la articulación de la Administración pública canaria: último escalón territorial de la Administración autonómica y primer escalón de la Administración local, debiendo advertirse que su utilización en el primer sentido se cumple sin perjuicio de su naturaleza de ente local (...)”.

3.2) Cabildos versus Mancomunidades Provinciales Interinsulares

Ya hemos señalado que los Cabildos Insulares no tienen por qué enfrentarse de forma negativa o excluyente con la Comunidad Autónoma. Se ha visto cómo conforme a las prescripciones estatutarias se puede abogar por la superación de reduccionismos explícitos o larvados que impiden el desarrollo satisfactorio de un auténtico proyecto autonómico. Pero la decidida opción del legislador estatutario de vertebrar la Comunidad sobre el binomio islas-municipios plantea otro problema: el de saber cuál es el papel de las Mancomunidades Interinsulares, habida cuenta que con arreglo al artículo 41,2 LRRL todavía existen como órganos de expresión y representación de los intereses provinciales (?) de Canarias. Y ya hemos visto también que el rol que tienen que desempeñar las Mancomunidades es muy reducido y en todo caso secundario. Las interpretaciones maximalistas que del citado artículo 41,2 LRRL se han hecho por algún autor son, por supuesto, muy legítimas y respetables, pero, ciertamente, tienen poca viabilidad⁶². La legislación autonómica canaria parece inclinarse sin ambages en esa orientación de reducir a su mínima expresión el papel de las Mancomunidades en la estructura administrativa de Canarias. La Ley 14/1990, de 26 de julio, de Reforma de la Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias hace una sola mención, por lo demás bastante escueta, de los mencionados órganos provinciales canarios en su artículo 35: “1. Los Cabildos Insulares no podrán mancomunarse o federarse, ni siquiera para la prestación conjunta de servicios propios o transferidos, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2 del artículo 41 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Ésta es la mención que hace de las Mancomunidades un texto legal que tiene por objeto regular de forma genérica las Administraciones Públicas de Canarias⁶³. Lo que deja meridianamente clara la orientación del legislador, que no es otra que la de asentar la estructura administrativa sobre dos instancias: la insular y la municipal. No parece, pues, que el escalón que representan las Mancomunidades resulte conflictivo o perturbador. No es previsible que se produzcan fricciones entre Mancomunidades y Cabildos. La escasez de poderes o funciones de las Mancomunidades evita cualquier evento de esta naturaleza.

En este marco pretender revitalizar las Mancomunidades⁶⁴ y, por ende, constituir, y llenar de contenido, un nuevo escalón administrativo (el provincial) no deja de ser un mero *desiderátum*, legítimo, si se quiere, pero

(62) C. DE LA CONCHA BERGILLOS, “El Régimen provincial...” cit. *in totum*.

(63) C. DE LA CONCHA BERGILLOS (cit. pp. 282 y ss.) dice que ésta es la única mención que hace una norma con rango de Ley en el Ordenamiento autonómico.

(64) C. DE LA CONCHA BERGILLOS, cit., pp. 300 y ss.

poco eficaz. Debe repararse, además, que los principios de eficacia y economía (artículos 106 CE y 21 EACan.) podrían quedar burlados por un entendimiento un poco forzado de la operatividad del artículo 41,2 LRBRL.

Por todo lo expuesto, la contraposición entre Mancomunidades y Cabildos es más aparente que real.

3.3) Organización administrativa capitular y Administración periférica de la Comunidad Autónoma

Es sabido que en el régimen centralista anterior al consagrado por la Constitución española se optó por el desarrollo organizativo y competencial de una *Administración periférica del Estado* en vez de por un robustecimiento de la Administración local⁶⁵. De manera que la Administración periférica se erigió, como ha dicho MUÑOZ MACHADO⁶⁶, en la *pieza clave del sistema centralizador*. Pero con la aprobación de la Carta Magna de 1978 la cuestión debe ser planteada desde unos parámetros sustancialmente distintos⁶⁷, que deben ser coherentes con la nueva organización territorial del Estado. Porque es claro que la centralización y sus mecanismos técnicos y políticos deben ceder en favor de la configuración y desarrollo de esa nueva organización territorial inspirada en la *distribución de poderes*⁶⁸.

Ahora bien, el planteamiento de la cuestión o, mejor, el replanteamiento de la funcionalidad de la Administración periférica también debe hacerse con respecto a esos nuevos entes políticos de primera significación que son las

(65) En esta materia hay que remitirse inexcusablemente a un clásico: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Administración local y Administración periférica del Estado: problemas de articulación", en *La Administración española*, Madrid, 4ª ed., 1985, pp. 69-99. Vid., también, J. SALAS HERNÁNDEZ, "Hacia una reestructuración de la Administración periférica del Estado", en *DA*, núm. 182, 1979, pp. 221-254; S. MUÑOZ MACHADO, "Administración periférica: observaciones sobre su reforma" en el vol. conmemorativo del CXXV Aniversario de *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, Madrid 1977, pp. 217 y ss., y *Derecho Público de las Comunidades Autónomas I*, ob. cit., pp. 44-55; M. BASSOLS COMA, "Las relaciones entre la Administración periférica del Estado y las Comunidades Autónomas en la Constitución", en *RAP* núm. 89, 1979, y L. ORTEGA ÁLVAREZ, "Administración periférica y descentralización: la presencia territorial del Gobierno de la Nación en el marco de un Estado autonómico y miembro de las Comunidades Europeas", en *DA*, núm. 214, 1988, pp. 35 y ss. y bibliografía allí citada.

(66) *Derecho Público de las Comunidades Autónomas I*, cit., p. 50.

(67) Vid. J.L. PIÑAR MAÑAS, "La Administración periférica civil del Estado", en *RAP*, núm. 100-102 (vol. III), 1983, pp. 1.900-1.901.

(68) Sobre la distribución de poderes véase la matizada argumentación de Rafael ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo I/II*, Madrid, 8ª ed., 1983, p. 46.

Bien es cierto que ello no significa que toda la Administración periférica desaparezca, sino que su papel tendrá que ajustarse a la nueva realidad constitucional. Cfr. A. GUAITA, "La Administración del Estado en las Comunidades Autónomas", en *RAP*, núm. 100-102 (vol. III), 1983, pp. 2.026-2.028.

Comunidades Autónomas. No sería coherente con la letra y el espíritu de la Norma Fundamental establecer un centralismo de nuevo cuño (autonómico), que reprodujera, *mutatis mutandis*, los defectos endémicos del anterior Estado autocrático y centralista. Por eso en la vertebración intracomunitaria, que sin duda debe realizarse en toda Comunidad Autónoma⁶⁹, y que no es otra que la necesaria redefinición de los organigramas autonómico y local, se deben conjugar coherentemente principios constitucionales y estatutarios del más alto porte (artículos 103,1 CE y 21 EACan.) para procurar una articulación comunitaria que soslaye posibles –y muy probables– errores metodológicos generados por un exceso de celo del ente autonómico. Y en esta operación fundamental de redefinir los organigramas autonómico y local emerge con todo vigor el problema de la Administración periférica autonómica.

No se puede desconocer que en esta materia hay que partir de unas dificultades que vienen dadas por la propia evolución histórica, la inercia acrítica o irreflexiva y, sobre todo, por un nuevo y palpitante *neocentralismo* autonómico⁷⁰; dificultades que condicionan la definición cabal, realista y acertada de la Administración periférica autonómica. Y es que no puede haber dudas sobre la complejidad de prefigurar un organigrama autonómico en el cual las instituciones, organismos y autoridades tengan claro cuál es su verdadero papel o su precisa funcionalidad en el contexto del nuevo sistema. A veces la pasión política –legítima evidentemente–, por recabar más poder es tal que se minusvalora o relega una visión global de todo el funcionamiento del sistema. Y una labor que debe ser estructural se convierte en coyuntural⁷¹. Y esto es lo que ocurre con la cuestión de la Administración periférica. Porque en su diseño se puede escoger una opción de estas dos: Bien se establece una Administración autonómica potente, con sus tentáculos extendidos en todo el ámbito territorial de la Comunidad; o bien se aprovecha la organización administrativa existente de islas y municipios. Pero como cada camino produce a su vez recelos políticos lo estructural se pierde en un mar de indefinición. Así, muchas veces las Comunidades Autónomas ven las transferencias de funciones como una pérdida de poder y, por su parte las Administraciones locales (Diputaciones, Ayuntamientos, Cabildos ...) ven en las transferencias o

(69) J.L. MEILÁN GIL habla de *vertebración de segundo grado* (Cfr. "Autonomías y descentralización local", en *REALA*. núm. 243, 1989, p. 546.

(70) J.L. MEILÁN GIL, "Autonomías y descentralización local", loc. cit., p. 552.

(71) En Canarias, por ejemplo, el debate de los Cabildos parece inscribirse en la dialéctica del *eterno retorno al mismo sitio*. Continuamente se quiere definir su papel. Hasta el momento se han aprobado 2 Leyes autonómicas (en 1986 y en 1990), y por lo que parece lo que ha establecido la última no se puede considerar como algo definitivo (con toda la relatividad que este concepto tiene en los marcos político y jurídico). Conste que con este ejemplo no se quiere hacer ningún juicio de valor sobre la mejora o no de esa Ley de 1990. Sólo se quiere significar cómo las tareas estructurales que tienen, por definición, que constituir las bases del sistema autonómico, a veces se ven sometidas a vaivenes sin fin.

delegaciones de competencias un tentáculo de la Administración superior que entienden como una seudotutela o un control encubierto con hermosas proclamas. El caso de Andalucía resulta aquí paradigmático⁷².

Lo que en cualquier caso es inexcusable es la ponderación de criterios económicos y de eficacia que permitan evitar los peligros que supone aumentar un aparato administrativo. Por ello es necesario recordar la advertencia que contenía el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías, que decía lo siguiente:

*“La formación de un aparato administrativo extenso debe evitarse tanto en los niveles centrales como en los periféricos. La mayor parte de las provincias que van a quedar integradas en las nuevas Comunidades Autónomas soportarían mal que a la antigua centralización estatal sucediera una nueva centralización regional (...)”*⁷³.

Pues bien, esto también es predicable para la Comunidad Canaria, en la cual las islas deben integrarse en la Comunidad Autónoma. Ello supone que en orden a la eficacia de los servicios y en evitación de un aumento desmedido del aparato burocrático se tomen las estructuras administrativas de éstas (Cabildos) para el ejercicio de competencias que, por la transferencia o la delegación, se trasladen de la Comunidad Autónoma a los Cabildos. Evidentemente, con esta solución apuntada por la Comisión de Expertos sobre Autonomías se apuesta por una descentralización en detrimento de la desconcentración.

Pero, ¿cuál es el camino que se ha seguido en la Comunidad Autónoma de Canarias?. Con respecto a esta cuestión hay que decir que desde los inicios de la andadura autonómica canaria el legislador ha optado por un modelo de Administración autonómica que “descanse en una construcción descentralizada, sobre la base de la utilización –como piezas de la Administración regional– de los escalones ya existentes”⁷⁴. Y, señaladamente, utilizando los Cabildos como piezas cardinales de esa construcción (artículo 22

(72) Vid. J. BARNÉS VÁZQUEZ, “Descentralización y desconcentración en Andalucía”, en DA, núm. 214, 1988, pp. 93-135.

(73) La importancia de este informe es capital porque sirvió de soporte técnico de los Pactos autonómicos que suscribieron la extinta UCD y el PSOE el 31 de julio de 1981. Fue publicado por el Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno en la Colección “Informe”, núm. 32. 1ª ed. mayo de 1981. Las posturas que generó en la doctrina fueron variadas. Para tener una visión más o menos objetiva véase, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre Autonomías territoriales*, pp. 23-35, y 461-466, y J.L. MEILÁN GIL, *La ordenación jurídica de las Autonomías*, op. cit., pp. 76 y ss. A nivel periodístico puede consultarse el editorial de *El País* de 21 de mayo de 1981, “El dictamen de los expertos”.

(74) L. PAREJO ALFONSO - J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Informe solicitado por el Gobierno de Canarias ...*, cit., p. 99.

EACan.). La Ley territorial 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias se orienta en esta dirección. Y lo mismo cabe decir de la Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que al establecer en su artículo 3 la doble consideración de los Cabildos como Corporaciones locales y como instituciones de la Comunidad Autónoma destaca el papel principal de éstos para el desempeño de muchas competencias transferidas o delegadas⁷⁵. La Ley autonómica que reformó la anterior (Ley 14/1990, de 26 de julio) sigue en esa tendencia de potenciar más el protagonismo de los Cabildos en la autonomía canaria⁷⁶.

Por todo ello puede colegirse que la Administración periférica debe desempeñar unas funciones o cometidos reducidos en comparación con los Cabildos⁷⁷. Y, por consiguiente, los conflictos o posibles yuxtaposiciones serán, *al menos en teoría*, pocas. No obstante, será la práctica, tan cambiante como

(75) Vid. R. ALCÁZAR CREVILLÉN, "Las transferencias de competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias a los Cabildos Insulares", en *RCAP*. núm. 0, 1989, pp.15 y ss.

(76) Vid., sólo a título de ejemplo, el artículo 5. El motivo confesado de la reforma fue la de potenciar el rol de las Corporaciones Insulares (Véase *Canarias* 7 de 9 mayo de 1989, p.7).

(77) Repárese en lo que dice el artículo I de la referida Ley autonómica de 1990: "*Para la representación y gestión de sus intereses, Canarias, sus islas y sus municipios se institucionalizan, respectivamente, en la Comunidad Autónoma, con su Administración Pública, los Cabildos Insulares y los Ayuntamientos*". Se destaca, pues, el relieve de Cabildos y Ayuntamientos. Pero esto no quiere decir que la Administración periférica desaparezca. El Preámbulo de la misma Ley se encarga de poner de manifiesto la siguiente regla, que orientará y dirigirá el aparato administrativo canario: "*Se desarrollan los instrumentos de gestión para aplicar aquel que resulte más adecuado, fijando el grado de intervención del Gobierno de Canarias en la necesidad de cumplir con la exigencia del interés general de la Región a satisfacer en cada caso concreto, de tal forma que, en presencia de aquel interés que afecte a la idea misma de Región, la Comunidad Autónoma de Canarias actuará a través de su propia Administración Central o Territorial. Cuando el interés a cuya satisfacción tienda una competencia administrativa estatutaria, responda a un interés preponderantemente insular, la Ley la atribuye a los Cabildos (...)*". Asimismo el artículo 9 de la misma Ley dispone que: "*El ejercicio de las competencias a que se refiere el artículo anterior corresponderá a la Administración propia de la Comunidad Autónoma de Canarias siempre que, además de estar implicado un interés general de la Región, concurren cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Que la adecuada satisfacción del interés público y la defensa de los principios rectores establecidos en los artículos 1 y 5,2 del Estatuto de Autonomía, hagan preciso el desempeño regional de las funciones que abarque la competencia; b) Que la naturaleza de la actividad o del servicio prestado imponga su organización regional por razones sociales, de eficacia o de economía*". Además, los artículos 27,4 y 6 ó 32 dejan clara la existencia de la Administración territorial de la Comunidad Autónoma. Luego, no es que se suprima, sino que deberá amoldarse a los criterios de distribución de competencias y a los principios constitucionales y estatutarios en juego (eficacia, economía, máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos ...). Pero, en último término, dicha Administración se definirá en cada momento, por ser —como dice GUAITA (loc. cit., p. 2.026)—, tan plástica, opinable y política. Así, por ejemplo, el artículo 13,1 del Decreto autonómico 16/1986, de 26 de enero, de Política Territorial establece una cláusula general que permite "*crear por Decreto del Gobierno de Canarias, Direcciones Territoriales de la Consejería, cuando el volumen de asuntos a gestionar lo aconseje*"; es decir, una previsión que permite un amplio margen para crear Direcciones Territoriales.

convulsa, por estar sometida a criterios coyunturales o estrategias políticas, la que definirá el papel real de la Administración periférica.

3.4) Breve síntesis del panorama competencial

En último extremo, la relevancia de un organismo en el entramado institucional de una Comunidad Autónoma es directamente proporcional al nivel de competencias que realmente ostenta. Porque hablar de "competencias" es aludir al *poder real y efectivo* que tiene cualquier organismo. En un Estado centralista es obvio que las Corporaciones Territoriales ocupan un lugar instrumental y siempre secundario. Por el contrario, en un Estado que, como el consagrado en la Norma Suprema, erige la descentralización⁷⁸ como un principio conforme al cual debe actuar la Administración (artículo 103 CE), la atribución de competencias o funciones es la vía principal para que la descentralización despliegue todas sus potencialidades. Entonces, resulta esclarecedor saber cuál es el nivel de competencias para, a su vez, comprobar si esa relevancia que dice otorgarse a los Cabildos y a esa descentralización que tanto se repite es realmente un hecho constatable y objetivable o, en cambio, se queda en simple retórica que para casi nada sirve en la realidad cotidiana de las Administraciones Públicas de Canarias. Hay que decir en primer lugar que no se puede abordar pormenorizadamente el tema competencial por ser muy complejo y con infinitud de matices que desbordan el objeto del presente estudio. Por ello sólo esbozaremos las líneas maestras que ha trazado el legislador canario de 1990 en orden a dotar de contenido a la autonomía local de los Cabildos, y tratar de dar sentido a la nueva consideración de instituciones de la Comunidad Autónoma que tienen los organismos capitulares.

En consecuencia, los Cabildos, partiendo de la doble consideración de Corporaciones locales e instituciones autonómicas tienen las siguientes competencias:

a) Competencias de los Cabildos como Corporaciones locales.

Este tipo de competencias vienen determinadas por equiparación, como ya es tradicional en el Derecho local español, a las que tienen las Diputaciones Provinciales (artículo 41,1, en relación con el 36, ambos de la LRBRL), si bien el Parlamento autónomo asume también un papel de primer orden, ya que está legitimado para conferir poderes o funciones a los Cabildos en el marco de competencias asumidas por la Comunidad.

(78) Cfr. G. ARIÑO ORTIZ, "Principios de descentralización y desconcentración", en *DA*, núm. 214, 1988, pp.11-34.

La Ley de 26 de julio de 1990, siguiendo el criterio consignado en el Estatuto (ex artículo 22), establece en su artículo 41 que: “Los Cabildos Insulares, como Corporaciones Locales Territoriales, tienen atribuido el gobierno, la administración y representación de cada isla y gozan de plena autonomía para el ejercicio de sus competencias propias”. Y en el artículo 42, párrafo primero, dispone: “Son competencias propias de los Cabildos, además de las reconocidas en el artículo 5 de la Ley de 11 de julio de 1912, de Régimen de Archipiélago Canario, las que se les atribuyan con tal carácter, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, y en las Leyes reguladoras de los distintos sectores de la actuación pública”. Y luego en el artículo 43 desglosa una serie de competencias tomando como punto de referencia el artículo 36 LRBRL⁷⁹.

Las competencias *propias* de los Cabildos se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad del mismo (artículo 7,2 LRBRL) y constituyen el núcleo duro a partir del cual la autonomía local despliega toda su virtualidad operativa. Estas competencias deben reunir los tres requisitos que ya SALAS en 1973⁸⁰ destacó: *ser específicas, exclusivas y decisorias*. Tienen, además, reserva de Ley (artículo 7,1 LRBRL, y 42 de la Ley canaria de 1990)⁸¹, y no pueden ser objeto de controles genéricos sino específicos⁸². Asimismo, estas competencias vendrán determinadas por la legislación sectorial⁸³, reguladora de los distintos sectores de la acción pública (artículo 2 LRBRL), y tendrán que concretar un poder o capacidad efectiva para que los Cabildos en

(79) El precepto dice: “Artículo 43,1, en particular corresponde a los Cabildos Insulares las siguientes competencias:

a) La coordinación de los servicios municipales de la isla, para garantizar su prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio insular, supliendo a los Ayuntamientos cuando la insuficiencia de sus recursos impidan la prestación de los servicios municipales obligatorios o las funciones públicas establecidas en la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local.

b) La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente a los de menor capacidad económica y de gestión.

c) La prestación de los servicios públicos supramunicipales.

d) Aprobar los Planes Insulares de Obras y Servicios elaborados en colaboración con los Ayuntamientos de cada isla, de acuerdo con la legislación vigente en la materia.

A tal fin los Ayuntamientos realizarán las propuestas de obras que afecten a su término municipal, que no podrán ser modificadas por el Cabildo respectivo, salvo por causas justificadas y previa audiencia al Ayuntamiento afectado.

e) El fomento y administración de los intereses peculiares de la isla. (...).”

(80) “El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre el Estado y la Administración local desde la perspectiva de la descentralización territorial”, en *Descentralización administrativa y organización política*, ob. cit., p. 318.

(81) L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El Régimen Constitucional de las competencias locales*, Madrid, 1988, p. 98.

(82) Cfr. STC de 2 de febrero de 1981 (FJ. 12A). También el trabajo de L. PAREJO ALFONSO, “Relaciones interadministrativas y régimen local”, en *REDA* núm. 40-41, 1984, p. 220, el cual entiende que la ponderación de intereses públicos aconseja que no deba excluirse a priori técnicas de control más ajustadas a las competencias propias que la de mera supervisión de la observancia de la legalidad.

(83) Cfr. STC núm. 214/1989, de 21 de diciembre.

su faceta de Corporaciones locales ordenen y gestionen una parte importante de los asuntos públicos, como establece el artículo 3,1 de la Carta Europea de Autonomía Local.

Pero junto a las competencias propias, los Cabildos pueden ostentar las delegadas, las cuales se ejercen "*en los términos de la delegación*" (artículo 7,3) los cuales pueden prever técnicas de dirección y control de oportunidad; así como competencias transferidas (artículos 10, 12, 42 segundo párrafo y 44 de la Ley canaria de 26 de julio de 1990)⁸⁴.

b) Competencias de los Cabildos como instituciones de la Comunidad Autónoma.

En coherencia con la elevación a la categoría de instituciones comunitarias, el Estatuto atribuye una serie de competencias que dan contenido y funcionalidad a la nueva faceta capitular. Así se establece que:

1ª) Ostentan la iniciativa legislativa en el Parlamento autónomo (artículos 11,4 EACan., y 37 a 39 de la Ley autonómica 14/1990, de 26 de julio).

2ª) Colaboran en el desarrollo y ejecución de los acuerdos adoptados por el Gobierno de Canarias (artículo 22,3 EACan. y 36, 2-b) de la mencionada Ley de 26 de julio de 1990).

3ª) Asumen la representación ordinaria en cada isla de la Administración autonómica (artículos 22,3 EACan., y 36, 2-c) y 40 de la Ley territorial 14/1990, de 26 de julio).

4ª) Ejecutan en nombre de la Administración autonómica cualquier competencia que ésta no ejerza directamente a través de sus órganos administrativos propios (artículo 22,3 párr. 2º EACan.)

5ª) Definen o pueden definir una política económica insular, bajo la coordinación del Gobierno de Canarias (artículo 14,3 EACan.).

6ª) Y todas aquellas competencias que se les transfieran o deleguen en cuanto instituciones de la Comunidad Autónoma (artículo 22,3 EACan.).

Como se observa, el panorama competencial de los Cabildos es bastante

(84) No podemos abordar las incorrecciones o deficiencias que se pueden detectar en la Ley de 1990 por no ser objeto del presente trabajo. Pero basta remitirse al Dictamen 1/1989, de 3 abril, del Consejo Consultivo de Canarias para descubrir esas incoherencias que se plasmaron en la tan citada Ley.

La misma incorrección se detectaba en la anterior de 1986. Vid. sobre el particular, R. ALCÁZAR CREVILLÉN, loc. cit., pp. 20 y ss.

rico, lo que implica un protagonismo importante en el sistema autonómico canario. Es previsible que en el futuro, cuando se establezcan o consoliden las transferencias de competencias, y, en consecuencia, *la cuestión de los Cabildos* deje de ser un tema recurrente para la argumentación política, la construcción descentralizada por la que aboga el Estatuto y la legislación autonómica dé mejores y mayores frutos que los que hasta ahora ha dado en orden a la eficacia y la economía de los servicios. Cuestión de máxima trascendencia, porque el *quid* de toda organización administrativa es, justamente, servir a los intereses generales (artículo 103,1 CE); y, en definitiva, satisfacer las necesidades colectivas.

IV. A MODO DE COMPARACION: LOS CONSEJO INSULARES DE LAS ISLAS BALEARES

4.1) Encuadramiento general

Cobra interés en nuestro estudio el análisis comparativo de la organización que se ha configurado en el Archipiélago Balear, porque las singularidades que definen las circunstancias físico-geográficas de las islas deben tener una traducción en materia organizativa. Sin embargo, hay que tener muy presente que la evolución que el proceso de reconocimiento de la realidad insular ha tenido lugar en las Islas Baleares no se puede identificar con los problemas de las Islas Canarias en su devenir histórico. Se trata de dos Archipiélagos con factores distintos; lo que en ellos concurre es ese común denominador, que es el determinante físico-geográfico el cual obliga a arbitrar fórmulas organizativas que se adapten a la realidad insular.

Hay que advertir en primer lugar que el establecimiento de un modelo organizativo peculiar del Archipiélago Balear es reciente. Es a partir de 1978, en plena efervescencia constitucional, cuando se reconoce un régimen propio para las Islas Baleares⁸⁵. El Real Decreto-Ley 18/1978, de 13 de junio, que aprobó el régimen preautonómico del Archipiélago creó, por una parte, el denominado *Consejo* General Interinsular, y, por otra, los *Consejos Insulares* en cada una de las tres Islas: Mallorca, Menorca e Ibiza-Formentera (estas últimas forman una sola demarcación insular). Este Real Decreto-Ley se adelantó a la Constitución, si bien se remitía a ésta y a la Ley de Elecciones Locales para su instauración definitiva⁸⁶. A partir de esta capital circunstancia

(85) Sobre la lucha por el reconocimiento de las singularidades insulares en el ordenamiento español vid. J. RODRÍGUEZ ARANA - M.J. SARMIENTO ACOSTA, "La isla como entidad local...", loc. cit., pp. 411-413 y 420-423.

(86) Vid. J.M.^a QUINTANA PETRUS, *El Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares. Análisis jurídico y sistemático*, Madrid, 1.^a ed., 1984, p. 53. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, op. cit., pp. 1.172 y 1.173.

se construye, entonces, una organización político-administrativa que toma la entidad insular como la auténtica pieza estructural del Archipiélago⁸⁷ y, consiguientemente, se establece una Administración asentada sobre dos niveles: a) el insular, que tiene en los Consejos Insulares sus organismos representativos, y que asumen gran parte de las competencias que hasta ese momento eran ejercidas por la Diputación Provincial —que desaparece de facto—; y b) el escalón interinsular representado por el Consejo General Interinsular, el cual se erigió en organismo preautonómico por el Real Decreto-Ley, ya citado, que instauró el régimen preautonómico en las Islas. A partir de aquí empieza el proceso de delegación de competencias (cfr. artículo 5) en los Consejos, reservándose el órgano interinsular la competencia de coordinación. Los Consejos ven así aumentar sustancialmente su ámbito competencial, y cuando se aprueba el Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero) para las Islas Baleares las competencias delegadas vienen a convertirse en verdaderos derechos adquiridos⁸⁸. Lo que demuestra palmariamente la orientación resuelta del Estatuto de establecer una Comunidad descentralizada y, paralelamente, incrementar el rol de los Consejos en la nueva andadura de la Autonomía Territorial Balear. El artículo 42 dice algo muy ilustrativo de esa orientación: “La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ejercerá sus funciones administrativas por medio de los Entes y organismos dependientes del Gobierno de las Islas Baleares, *así como a través de los Consejos Insulares y de los Municipios*”⁸⁹. Otros preceptos estatutarios (artículos 5,1; 28,6; 39 ó 46,5) se insertan también en esa orientación. Lo que parece dejar clara la anterior afirmación de que el Estatuto opta por una Administración territorial que prima la Administración indirecta en detrimento de la directa⁹⁰; administración que el mismo Estatuto instrumenta a través de las técnicas de transferencia, delegación o encomienda de la gestión ordinaria de los servicios. La opción adoptada implica que la Administración periférica de la Comunidad será limitada y casi excepcional⁹¹, sin que ello suponga, en modo alguno, negar

87) Vid. A. RIBAS MAURA, *El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares*, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1988, pp. 219 y 220. y B. COLOM PASTOR, “El proceso de descentralización y desconcentración en la organización territorial de las Islas Baleares”, en *DA*, núm. 214, 1988, p. 172.

(88) Cfr. B. COLOM PASTOR, “El proceso de descentralización ...”, loc. cit., p. 176. En concreto, la Disposición Transitoria Novena del aludido Estatuto dice: “*Al promulgarse el presente Estatuto, las instituciones de autogobierno de las Islas Baleares habrán de respetar las competencias que los Consejos Insulares hayan recibido del Ente preautonómico*” (apartado primero).

(89) La cursiva es nuestra.

(90) Vid. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, op. cit. p. 1.173.

(91) Cfr. B. COLOM PASTOR, “El proceso de descentralización ...”, loc. cit. p. 183. También, “la posición de los Consejos Insulares en el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares”, en el vol. colectivo, *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares*, Palma de Mallorca, 1988, pp. 175 y 176.

la potestad de la Administración autonómica recién creada para constituir y estructurar su propia Administración Pública (ex artículo 148.1-1ª CE).

4.2) La decidida orientación descentralizadora del Estatuto y sus dificultades

La orientación del Estatuto Balear de potenciar el papel de los Consejos Insulares es bastante clara⁹². El artículo 39, que prevé la posibilidad de asumir una lista de hasta 27 materias, la mencionada disposición transitoria novena o el artículo 42, más arriba transcrito, respaldan tal aseveración. Pero es que, además, las tendencias legislativas y doctrinales de conferir a los Consejos Insulares el carácter de instituciones de la Comunidad Autónoma⁹³ reflejan también diáfamanamente la necesidad de insertar de lleno los organismos insulares en el entramado nuevo de la Comunidad Autónoma.

Todo esto demuestra la especial significación que tienen los Consejos en orden a procurar un mejor montaje de la Comunidad Autónoma Balear⁹⁴.

(92) J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, op. cit., p. 1.173 afirma: "(...) el Estatuto no sólo mantiene los Consejos Insulares como órganos de gobierno, administración y representación de las islas, sino que, más aún, los configura como las paredes maestras de la organización autonómica"

(93) En este sentido hay, no obstante, posiciones doctrinales divergentes. Así, QUINTANA PETRUS (*El Estatuto de Autonomía ...*, op. cit., pp. 188, 190 y 191) no concibe los Consejos como instituciones autonómicas, sino como "entes con especial vocación a participar de la gestión de las competencias autonómicas". Por el contrario, COLOM PASTOR ("La posición de los Consejos Insulares en el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares", en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares*, op. cit. p. 160) y RIBAS MAURA (*El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares ...*, cit., pp. 221-224), entienden que los Consejos son instituciones autonómicas, pero no instituciones de autogobierno. Y fundamentan sus tesis en la inserción sistemática de los Consejos Insulares dentro del Estatuto (Título III, "De las Instituciones de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares"); y también porque en el artículo 18 del Estatuto, junto al Parlamento, el Gobierno y el Presidente, figuran los Consejos.

(94) J. RODRÍGUEZ-ARANA y M.J. SARMIENTO ACOSTA ("La isla como entidad local ...", loc. cit., p. 418) afirman: "En la andadura de estas Comunidades Autónomas asentadas sobre territorios fraccionados y en el desarrollo de las funciones de las instituciones se palpa la necesidad de conectar el entramado institucional autonómico con la realidad subyacente al mismo. Una realidad fuertemente condicionada por el *hecho insular*, que obliga a que la organización y el funcionamiento de las nuevas instituciones autonómicas (Parlamento, Gobierno y su Presidente) tomen como punto de referencia insoslayable los organismos de gobierno y administración de las islas, para así fortalecer esas nuevas instituciones. Así se comprende que, por ejemplo, el artículo 38,1 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares contenga una previsión tan singular, pues establece que: "Cada uno de los Consejos Insulares estará integrado por los Diputados elegidos para el Parlamento en las islas de Mallorca, Menorca e Ibiza-Formentera". O que el artículo 39 del mismo cuerpo legal establezca que los Consejos Insulares, al margen de las competencias que les correspondan en su faceta de Corporaciones locales, "tendrán la facultad de asumir en su ámbito territorial la función ejecutiva y la gestión en la medida en que la Comunidad Autónoma asuma competencias sobre las mismas" (...). Por lo que concierne a los Cabildos canarios, los artículos 7,2 y 22 del Estatuto de Autonomía de Canarias (...) dejan claro que el binomio islas-Cabildos es el que vertebra el nuevo sistema (...)".

Sin embargo, esta opción descentralizadora, tan abierta, ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina científica que ha estudiado con alguna profundidad la organización balear⁹⁵, ya que el desplazamiento que, de los cometidos autonómicos, auspicia el artículo 39 del Estatuto, sin matices y sin ponderar distintas variables (diferencias sectoriales, distinción de potestades, etc.) puede generar más de un problema. Y en esta, por así decirlo, *laguna* ha debido reparar el legislador autonómico, pues en la Ley de Consells Insulares se sigue un camino distinto, que expresa las cautelas que aquél alberga, ya que se escoge una técnica (la delegación de competencias) que conlleva unos poderes de fiscalización y control que permiten al ente autonómico establecer contrapesos en relación con los poderes o competencias de los Consejos Insulares. Esto quiere decir que no es fácil articular los poderes autonómicos y locales, y que las soluciones maximalistas no resultan adecuadas en el inicio de la vida de un nuevo ente, sobre todo si los fundamentos del mismo son tan intrincados como los de un Archipiélago

V. REFLEXIÓN FINAL

Hemos visto la complejidad que existe para establecer y desarrollar una organización territorial e institucional en una Comunidad Autónoma como la Canaria, en la cual la Historia y la Geografía juegan un papel determinante a la hora de proponer y plasmar soluciones eficaces. A los conflictos, ya endémicos, como el llamado pleito insular, se suman otros de carácter más técnico pero no menos molestos para la coherencia global del sistema autonómico, como la vacuidad de la provincia canaria, así como la dificultad de construir una Administración que se adapte a la realidad, a las necesidades colectivas que pretende satisfacer. Se ha observado que estos problemas nada académicos obligan a arbitrar fórmulas o soluciones singulares, las cuales deben huir de reduccionismos, que siempre tienden a simplificar las cuestiones sometidas a debate para “satanizar” de esta forma las tesis opuestas a las propias. Así mismo se ha demostrado que, desde una perspectiva jurídica, el Estatuto permite claramente una *convivencia* con cierta armonía de Cabildos y Comunidad, teniendo esta última las competencias que procuren el funcionamiento global de la organización autonómica (legislación, planificación general, coordinación en los casos que los intereses en juego lo aconsejen, etc.), y los Cabildos el grueso de funciones de gestión y ejecución como instancias más aptas para resolver los problemas concretos de los

(95) L. PAREJO ALFONSO - J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Informe solicitado por el Gobierno de Canarias ...*, cit., p. 121.

ciudadanos. Ello obliga a reconsiderar la funcionalidad de la Administración periférica de la Comunidad, ya que las disfunciones o despilfarros que puede ocasionar una duplicación innecesaria de aparatos administrativos o burocráticos son contraproducentes y pueden convertir la autonomía canaria en un pequeño monstruo ineficaz y sin sentido, en un "Leviatán", como ha dicho ARMAS MARCELO⁹⁶. Además, es indudable que esta fórmula o solución organizativa, que pivota sobre Comunidad Autónoma y Cabildos, desplaza claramente a otros organismos que si bien existen realmente no tienen vida, cuales son las Mancomunidades Provinciales Interinsulares.

En cualquier caso, no se puede maximizar en esta materia la operatividad del Derecho. Las soluciones auspiciadas por el Ordenamiento en cuestiones de organización, en el fondo, siempre son muy plásticas y moldeables, y están sometidas a vaivenes políticos que influyen al final más que las propias prescripciones jurídicas. Piénsese, por ejemplo, en la solución arbitrada por la Constitución en relación con la organización territorial del Estado y la realidad que luego se plasmó⁹⁷. Aquí la famosa frase de Otto MAYER que decía: "*el Derecho constitucional pasa, el Derecho administrativo queda*"⁹⁸ habría que matizarla. Y habría que decir que, efectivamente, el Derecho de organización como Derecho Administrativo queda. Ahora bien, el estado en que permanece, cómo queda o qué interpretación se hace en la práctica de esa *permanencia* es algo que dependerá, más que del Derecho en sí, de factores de diversa naturaleza entre los cuales los políticos ocupan un lugar preeminente.

(96) Así califica el autor la ineficacia e incapacidad de la duplicación innecesaria de organizaciones sin ninguna funcionalidad y que no reportan ningún beneficio a los ciudadanos. Véase, "El leviatán autonómico", en *Canarias* 7 de 30 de noviembre de 1991, p. 5.

(97) Cfr. J.L. MEILÁN GIL, *La ordenación jurídica de las Autonomías*, op. cit., pp. 26 y ss. Este autor, que tiene una especial autoridad en la materia ya que intervino activamente en la redacción del Título VIII ("*De la organización territorial del Estado*") de la Carta Magna, incide sobre la disociación existente entre normas constitucionales y realidad definitivamente concretada.

(98) *Deutsches Verwaltungsrecht*, Munich y Leipzig, 3ª ed., 1924. Véase también A. GALLEGO ANABITARTE, *Derecho público, Derecho constitucional, Derecho administrativo*, Madrid, 1980.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DERECHO DE HUELGA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

JUAN JIMÉNEZ GARCÍA

DOCTOR EN DERECHO, LETRADO NO EJERCIENTE, PROFESOR ASOCIADO DEL ÁREA
DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

I. CARACTERÍSTICAS GENERALES

- a) La democracia social.
- b) Contenido de la libertad sindical.
- c) Posición de la Jurisprudencia Constitucional.

II. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS SINDICATOS

- a) Constitucionalización del conflicto industrial.
- b) Constitucionalización de sindicatos y organizaciones empresariales.
- c) Actividad política de los sindicatos.
- d) Sindicalismo democrático.

III. EL DERECHO DE LIBRE SINDICACIÓN

- a) Contenido de la libertad sindical.
- b) Aspecto negativo de la libre sindicación.
- c) Protección de la libertad sindical.

IV. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- a) Contenido dual.
- b) La negociación colectiva como contenido esencial de la Libertad Sindical.

V. LA AUTOTUTELA Y LA DIMENSIÓN CONFLICTUAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

- a) El derecho de huelga.
- b) Los servicios esenciales de la Comunidad.
- c) Desarrollo legislativo del derecho de huelga.
- d) Titulares del derecho de huelga.

I. CARACTERÍSTICAS GENERALES

a) La democracia social

El modelo de relaciones laborales consagrado en nuestra Constitución de 1978, comienza a dibujarse en el mismo artículo 1º, al establecer que “España se constituye en un estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, sin olvidar que en su preámbulo se proclama la voluntad de “establecer una sociedad democrática avanzada”. En ambos preceptos se conlleva la necesidad de concretar un modelo democrático de relaciones laborales, que parta del reconocimiento del conflicto socio-laboral como un hecho natural, habida cuenta de la existencia de intereses contrapuestos entre los grupos sociales y económicos, y que rompa con el modelo de relaciones laborales del anterior régimen político, que obedecía a principios programáticos totalmente opuestos¹, donde sobresalían el corporativismo, el, intervencionismo estatal, la inexistencia de autonomía colectiva, y la carencia de interlocutores sociales válidos.

Así pues, nuestra Norma Suprema no sólo constitucionaliza el Estado Social y Democrático de Derecho, sino que además, teniendo la conexión de sus artículos 1 y 9.2, instaura la democracia social.

b) Contenido de la libertad sindical

La Constitución consagra el principio de Libertad Sindical en sus artículos 7, 28 y 37, haciéndolo con cierta confusión y reiteración, en opinión de parte de nuestra doctrina².

Los artículos 7 y 28.1 recogen el derecho de libre sindicación entendido el mismo, tanto, en el doble sentido de fundar sindicatos y afiliarse a los ya constituidos, como en su aspecto negativo de renunciar libremente a la afiliación sindical o poder abandonar la militancia anteriormente adquirida. El artículo 28.1 contiene, además, el derecho de autorregulación interna y el

- (1) Modelo de relaciones de trabajo dibujo, el Fuero del Trabajo, el Fuero de los Españoles, la ley de Contrato de Trabajo, de 26 de enero de 1944, La Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 16 de octubre de 1942, y que posteriormente fue mitigado, a lo largo del tiempo, por Ley de Convenios Colectivos, de 24 de abril de 1958; la Ley 38/1973, de 19 de diciembre de 1973, igualmente de Convenio Colectivo, la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales, de 8 de abril, y sobre todo, por el Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo.
- (2) Así, Alonso Olea, “La Constitución y Las Fuentes del Derecho del Trabajo”, en el II Coloquio sobre relaciones laborales, Jaca, Septiembre, 1978 y Fernando Suárez González, “El Derecho del Trabajo en la Constitución” en el Tomo II de Lecturas sobre La Constitución Española, editado por la U.N.E.D., Madrid 1978.

artículo 37.1 establece la autonomía convencional o derecho de negociación colectiva. Por último los artículos 28.2 y 37.2 contemplan la dimensión conflictual de la autonomía colectiva, consagrando el derecho de huelga y la posibilidad de adoptar medidas de conflicto colectivo.

Como ha señalado Fernando Suárez González³ “en cualquier caso, está claro que la libertad sindical consagrada por la Constitución comprende la cuádruple vertiente de promover la creación de sindicatos, afiliarse a ellos, abstenerse de cualquier afiliación y participar democráticamente en su estructura interna y funcionamiento”, aspectos a los que hay que añadir toda la dimensión de la acción sindical que igualmente se contempla en el Texto Constitucional, así la adopción de medidas de conflicto colectivo, el derecho de huelga, el derecho de representación o el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, que, asimismo, constituyen parte del contenido esencial de la Libertad Sindical.

c) Posición de la Jurisprudencia Constitucional

Nuestra ley fundamental pasa de la protección heteronómica prestada por el Estado, a un modelo de autonomía, que si bien el Estado garantiza, lo hace sin ningún tipo de protecciones partidistas. Así, aun partiendo de una posición tuitiva hacia el trabajador considerado individualmente, como podemos deducir del artículo 9.2 del citado Texto, cuando intervienen los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales en defensa de sus intereses propios y contrapuestos, lo han de hacer en un plano de igualdad efectiva, como se induce del artículo 14.1 en conexión con el 38 y el 139.1, todos ellos del Texto Fundamental.

Así, la sentencia del T.C. 51/82, de 19 de julio, en su fundamento jurídico segundo, después de remarcar la decidida intervención tutelar de la Administración en el ámbito de las relaciones laborales, en el régimen político anterior, señala que “La Constitución Española de 1978 no sólo se limita a derogar expresamente el Fuero del Trabajo en su Disposición derogatoria primera, sino que establece un marco constitucional (artículos 7, 28, 35 y 37 principalmente), que garantiza la libertad y autonomía de las relaciones laborales sobre unos principios con los cuales no es compatible una intervención tutelar de la Administración ...”, o como señala el voto particular, en la sentencia de ese mismo Tribunal, de 2 de julio de 1981: “El derecho a la autonomía colectiva y en concreto a la negociación colectiva, como instrumento de regulación de las relaciones de trabajo, se reconoce en la

(3) Obra anteriormente citada –U.N.E.D.– 1978.

Constitución como pieza clave del nuevo modelo laboral. Este derecho deriva directamente de la Constitución (art. 37.1) y presupone un campo de actuación legítimo dentro de los límites del orden público laboral, esto es, del conjunto normativo estatal que con el carácter de necesario se impone a las partes negociadoras...”.

II. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS SINDICATOS

a) Constitucionalización del conflicto industrial

El artículo 7 de la Norma Fundamental constitucionaliza no sólo el derecho de sindicación, en su amplio sentido de creación de sindicatos y de acción sindical de los mismos, sino que, además de forma implícita, constitucionaliza el conflicto industrial, poniendo en parangón a los antagonistas sociales, libre ejercicio de sus actividades y, obviamente el resultado que de los mismos se haya obtenido, que se concreta en la negociación colectiva. Tal protagonismo es consecuencia de la concepción de España como un Estado Social y Democrático de Derecho y del principio de pluralismo político (art. 1.1 de la C.E.), pluralismo que es valor constitucional superior, al considerarse básico y fundamental en una democracia avanzada la articulación a través de los grupos y asociaciones de carácter social y económico de los diversos intereses y opciones, o entendido como hace un amplio sector de la doctrina, que el pluralismo significa un principio de tensión que conduce al compromiso de intereses diversos y contradictorios, determinando una integración del sistema social mediante un proceso de equilibrio entre los miembros de esa Comunidad, con lo que se concluye que el bien común es algo que se va realizando a través de concesiones y compromisos recíprocos, que conduce a un mecanismo por consenso de toda la sociedad.

La importancia que tienen ambos interlocutores sociales está ampliamente declarada por el Tribunal Constitucional y así, entre otros, la Sentencia de 8 de abril de 1981 dice que el artículo 7 de la Constitución reconoce a los Sindicatos de Trabajadores el carácter de “organismos básicos del sistema político ...”, y la Sentencia de 29 de noviembre de 1982 que, tras entender su carácter de representación institucional, señala que “... Los sindicatos de trabajadores considerados como piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de sus intereses ...” y, por último la Sentencia de 2 de febrero de 1981, que engloba a los sindicatos, asociaciones de empresarios y partidos políticos como asociaciones de relevancia constitucional.

b) Constitucionalización de sindicatos y organizaciones empresariales

El precitado artículo 7 de nuestra Norma Máxima en su redacción confusa y conjunta de sindicatos y organizaciones empresariales, parece que quiere incluir en el ámbito de la libertad sindical a estas últimas organizaciones, y así pareció entenderlo el Tribunal Supremo (Sala 3) en su sentencia de 31 de enero de 1984, que se pronuncia por la tesis positiva y en su tercer considerando señala que: "... y en especial, así lo proclama el artículo 28 mencionado (de la C.E.) al hablar de "todos" al referirse al supuesto de libertad sindical comprendiendo, pues, no sólo a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los empresarios y a los trabajadores autónomos ..., no debiendo olvidarse que el artículo 7 de la Constitución se refiere tanto a los "Sindicatos de Trabajadores" como a las "Asociaciones Empresariales ...". Sin embargo, entre la doctrina científica nunca ha sido ello una cuestión pacífica, pese a los pronunciamientos favorables de la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 23.4, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 en su artículo 11.1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 22, en los que se reconocen el derecho de sindicación a toda persona. En igual sentido se pronuncian la Carta Social Europea, de 18 de Octubre de 1961, en su parte Segunda, artículo 5º. y el Convenio 87 de la O.T.T. sobre la libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, el cual en la mayor parte de sus artículos, hace un tratamiento conjunto tanto de Asociaciones de Trabajadores como de empleadores, siendo esclarecedor el artículo 10 del precitado convenio 87, cuando con carácter de interpretación auténtica establece que "en el presente Convenio, el término "Organización" significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores".

Haciendo caso omiso a todo lo anterior, nuestro legislativo se inclina por la más tradicional de las tesis, al considerar incluidos solamente en el ámbito de la Libertad Sindical a los sindicatos de trabajadores, expresándose de forma clara, en este sentido, la disposición derogatoria de la L.O.L.S., de 1 de agosto de 1985, al interpretar al legislador que el art. 7 de la Constitución permite un tratamiento distinto de los Sindicatos de trabajadores respecto de las Asociaciones patronales, como ya había previsto Fernando Suárez⁴ al señalar que "aunque la norma cite, en aparente igualdad, a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones de empresarios, las consecuencias que unos y otros pueden extraer de su formulación son notoriamente distintas". Todo ello en abierta contradicción con las legislaciones más próximas a nuestro país

(4) "El derecho del Trabajo en la Constitución" pág. 228. U.N.E.D. -Madrid- 1978.

como pudieran ser la de Francia e Italia, donde las asociaciones patronales, son simples sindicatos de empresarios, que defienden los intereses que les son propios, sin que haya diferencias sustantivas, al menos en su aspecto jurídico, con los sindicatos de trabajadores.

Como ya se dijo, nuestra doctrina en esta controversia no es unánime, debido quizás al pasado inmediato que integraba en una misma organización a trabajadores y a empresarios. Sin embargo en puridad, siguiendo Rodríguez Piñero ⁵, “no deben calificarse ni denominarse sindicales las organizaciones empresariales”, ya que son muchos los caracteres diferenciadores que separan ambas organizaciones, no sólo en los aspectos orgánicos, número de afiliados, forma de cohesión, disciplina, etc., sino también en sus fines y en los medios que utilizan, por ello, podemos concluir con Antonio Ojeda ⁶ que “las asociaciones patronales son sujetos colectivos distintos a los sindicatos obreros, por mucho que simétricamente aparezcan igualados en las relaciones industriales”.

c) Actividad política de los sindicatos

Podría plantearse que el art. 7 del Texto Constitucional, al expresar que “los sindicatos de trabajadores ... contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”, estuviera formulando una concepción corporativista de la democratización, como pudo darse a entender en los primeros momentos de vigencia constitucional, por un sector de la doctrina científica. Peligro éste que no ha sido confirmado por el desarrollo legislativo por la norma, ni por la práctica sindical desarrollada en el seno de nuestras instituciones democráticas. No era, pues, realista “esperar de la Constitución un reconocimiento explícito del papel político del sindicato”, sin embargo, no por ello, quedan relegados los sindicatos a la defensa simple de sus intereses profesionales en su sentido más restringido, ya que la fórmula empleada por nuestra Norma Suprema permite la acción política en su más amplio sentido.

La defensa de las condiciones económicas y sociales, se dan frente a los empresarios y sus asociaciones, y son precisamente éstos ante quienes han de reivindicar los sindicatos las mejoras económicas y sociales para sus representados, que se concretan en la negociación colectiva, pero dichas

(5) “El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales” pág. 50, en la publicación “Sindicatos y relaciones colectivas de Trabajo” editado por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia”. 1978.

(6) “Derecho Sindical”, pág. 102, 2ª edición, Madrid 1984.

(7) Federico Durán López: “El papel del sindicato en el nuevo sistema constitucional”, págs. 165, Revista de Política Social nº 121, 1979.

mejoras no sólo se consiguen en el seno de las empresas, sino que en muchas ocasiones son imprescindibles actuaciones legislativas por parte del Estado que permitan avances en las condiciones de trabajo, tanto económicas como sociales. Así, el propio Estatuto de los Trabajadores prevé la participación de los sindicatos en la ampliación o limitación de la jornada laboral o en la fijación del Salario Mínimo Interprofesional (arts. 34.5 y 27.1); el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, desarrollado por el Real Decreto 3.064/1978, de 22 de diciembre, consigna la participación de los sindicatos en los Consejos Generales del I.N.S.S., del INSALUD del INSERSO y del INEM.

En este mismo sentido se expresa Tomás de Sala al afirmar que “los partidos políticos y sindicatos, si bien utilizan medios distintos, poseen fines idénticos” y, por su parte, Montoya Melgar⁸ también en un pronunciamiento favorable, señala que “la distinción, con ser indicativo del reparto de funciones que desea realizar el constituyente, no puede entenderse en un sentido absoluto, pues tan inconcebible sería un partido desentendido de las cuestiones sociales y económicas como un sindicato indiferente a los problemas políticos”.

De igual forma, el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de diciembre de 1982⁹, tuvo ocasión de intervenir en esta discusión, estableciendo que no sólo los partidos políticos son instrumentos de participación política, incluyendo a las “organizaciones sociales” del artículo 7 de la Constitución, entre aquellas que tienen el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones y a comunicar y difundir libremente información veraz.

Con un criterio distinto Juan Antonio Sagardoy¹⁰ entiende “que con tal ampliación de los objetivos sindicales se acaba desdibujando al propio sindicato no se le puede desdibujar tanto por la vía restrictiva como por la vía ampliatoria”; y en una posición marcadamente corporativista, para García Trevijano, los sindicatos desvirtúan su carácter, al desarrollar actividades políticas.

En definitiva los sindicatos están interesados en la política social y económica que desarrollan los gobiernos, y no pueden mostrarse indiferentes, sin que ello signifique hacer dejación de lo que son intereses de los representados, ya que las condiciones de trabajo están íntimamente relacionadas con la política general de país y, sobre todo, con su política económica, sin que, por supuesto, su acción vaya tan lejos como para sustituir la acción de los partidos políticos.

(8) “Derecho del Trabajo” octava edición, 1978, pág. 129 –Madrid– Tecnos.

(9) Aranzadi 7.542.

(10) “Las relaciones laborales en la Constitución”, en “Libre Empresa” 1978, nº 8.

d) Sindicalismo democrático

Por otro lado, Montoya Melgar¹¹ considera que el artículo 7 de la Constitución globalmente “supone el rechazo del sindicalismo autoritario” aunque conlleva, asimismo, determinadas implicaciones en orden a respetar los acuerdos fundamentales de los Congresos conformados por todos los afiliados, a delegar decisiones y competencias en organismos inferiores y a la constitución de sus órganos con criterios de libre elección y a la posibilidad de control democrático por los afiliados de toda acción sindical desarrollado por sus organismos.

Pese a la desconfianza que puede suscitar una exigencia de tales características, que igualmente se encuentra recogida en el art. 39 de la Constitución italiana, no parece que vaya más allá de una declaración de principio, que necesariamente ha de ser fiscalizada por jurisdicción ordinaria y nunca por la Administración, la cual no podrá elevar tal prevención, vía legislación, a la categoría de “autorización previa”, rechazada en pleno por el convenio 87 de la O.T.T., como así se ha puesto de manifiesto en el desarrollo del citado precepto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Finalmente, el último inciso del precitado artículo 7 del Texto Constitucional, refiriéndose a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales, precisa que “su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos”.

Prevención que ha sido acogida de forma desigual por nuestra doctrina, para algunos como Tomás de Sala podría llegar a constituir “peligrosas injerencias (del Estado) por vía de control”, en la constitución y funcionamiento de las organizaciones sindicales; para otros, como Rodríguez Piñero, tal exigencia” trata de evitar la dependencia formal de los sindicatos ... de cierto tipo de partidos de signo obrerista”; sin embargo, para Juan A. Sagardoy¹², en una posición mucho más optimista, señala que “al igual que con los partidos políticos (art. 6), lo que se pretende es trasladar al plano sindical el modelo político general”.

III. EL DERECHO DE LIBRE SINDICACIÓN

a) Contenido de la libertad sindical

El art. 28.1, de nuestra Norma Suprema en íntima conexión con su art. 7, comienza estableciendo que “todos tienen derecho a sindicarse libremente”, y

(11) “Derecho del Trabajo” pág. 139 octava edición, Tecnos -Madrid- 1978.

(12) “Las relaciones laborales en la Constitución”, en “Libre Empresa”, 1978, n° 8, pág. 72-91.

termina dicho párrafo señalando que “nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.

Esta formulación tan amplia de la libre sindicación, ha sido criticada, como ya se señaló, por parte de nuestra doctrina científica, habiéndose extendido el criterio entre la misma de que el término “todos” hace referencia a “todos los trabajadores” y más concretamente a los trabajadores por cuenta ajena, pues en otro caso, como ha señalado Alonso Olea, se desvirtuaría tanto, que sería inservible.

Por ello, el derecho de libre sindicación se otorga, según esta doctrina, sólo a aquellos que tengan interés profesional que defender frente a una patronal, sin embargo el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 31 de enero de 1984, se pronuncia en sentido contrario, afirmando que la libertad sindical abarca no sólo a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los empresarios y a los trabajadores autónomos ..., no debiendo olvidarse que el artículo 7 de la Constitución Española se refiere tanto a los sindicatos de trabajadores como a las asociaciones empresariales”.

El derecho de libre sindicación, tal y como está expresado en el citado art. 28.1, comprende desde el punto de vista individual, los siguientes aspectos:

–Constituir o fundar los sindicatos que se juzguen conveniente para la defensa de sus intereses.

–Afiliarse o ingresar en los sindicatos ya constituidos.

–Mantenerse en los sindicatos a los cuales se encuentran afiliados.

–Retirarse de los sindicatos cuando lo estime oportuno.

–A no ser obligado a afiliarse a un sindicato.

Desde el punto de vista colectivo, o como derecho de los propios sindicatos, la Constitución previene sólo dos aspectos:

–El derecho de los sindicatos a formar confederaciones.

–Constituir o afiliarse a organizaciones sindicales internacionales.

Aunque el Texto Constitucional no se exprese con claridad en su artículo 28.1, hay unanimidad en la doctrina, en el sentido de entender que el art. 28.1 en relación con el art. 7, también constitucionaliza la acción sindical, pues carecería de sentido fundar sindicatos sin posibilidades de actuación.

En esta misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al expresar “que por muy detallado y concreto que parezca el enunciado 28.1, de la C.E. a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad”.

b) Aspecto negativo de la libre sindicación

Es necesario destacar que nuestra Constitución, dando un paso superador a los Tratados y Convenios internacionales, introduce en su texto la libertad de no afiliación, constitucionalizando el aspecto negativo, y decíamos que supone un paso superador, puesto que este aspecto de no adherirse a sindicato alguno, ni está recogido formalmente en los Convenios de la O.T.T., ni constituye una realidad en muchos de los países de democracia formal y libertades públicas. El T.C. ha analizado en varias sentencias el derecho a la no sindicación, así en su sentencia nº 4/83, de 28 de enero, instituye que la legitimación exclusiva en favor de los sindicatos para la negociación colectiva laboral de Convenios de ámbito pluriempresarial, no es opuesta al derecho a no sindicarse o permanecer al margen de cualquier organización sindical, garantizado en el artículo 28.1 de la C.E., en su última frase. Entendiendo el citado Tribunal que los no sindicados no quedan excluidos de la negociación colectiva laboral, por cuanto participan en la designación de representantes directos, convenios de ámbito empresarial.

c) Protección de la libertad sindical

En un avance también decisivo, la Ley Fundamental otorga a la libertad sindical “el estadio superior de protección y garantías constitucionales”¹³ recogido en el artículo 53, 1.2 con la remisión expresa al artículo 161.1, epígrafe a) en cuanto a control a ejercer por el Tribunal Constitucional.

Acorde con los Tratados y Convenios Internacionales anteriormente citados, el Texto Constitucional realiza, en el ya citado art. 28.1, la previsión de limitación de la libertad sindical a determinados colectivos. Por un lado, señala que mediante ley se podrá limitar o exceptuar el ejercicio de la libre sindicación a las Fuerzas Armadas y a los cuerpos sometidos a disciplina militar y, por otro, prevé “peculiaridades” en el derecho de sindicación del resto de los funcionarios públicos, en consecuencia con el art. 103.3 de la misma ley

(13) M. Carlos Palomeque López, “Derecho Sindical Español” pág. 84, Tecnos, Madrid, segunda edición. 1988.

fundamental. El desarrollo legislativo ha optado por excluir a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil, por limitar el ejercicio del Cuerpo Nacional de la Policía y por no regular las “peculiaridades” del resto de los funcionarios.

Podríamos terminar este comentario de los artículos 7 y 28.1 de la Constitución remarcando que aunque de forma expresa no se recoja, parece claro y evidente que dentro del contexto de los derechos que garantizan la libertad sindical se encuentra el otorgamiento de personalidad jurídica a las organizaciones sindicales pues de otra forma no se entiende que su creación y ejercicio de su actividad sean libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley, y carecería de sentido y de contenido en el art. 28.1 tantas veces citado.

IV. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

a) Contenido dual

El artículo 37.1, en relación con el 7 y el 28 de la Norma Constitucional garantiza a los representantes sociales el derecho a la negociación colectiva, resaltándose en el marco constitucional tal potestad normativa como instrumento básico de ordenación de las relaciones de trabajo. Por otro lado, el mismo artículo previene “la fuerza vinculante de los convenios”, con lo que modificándose el modelo anterior, se eleva la negociación colectiva a la categoría de derecho fundamental emanado de forma directa de la propia Constitución.

En sentido contrario se ha pronunciado Fernando Suárez ¹⁴ que no considera que estemos en presencia de un verdadero derecho, sino más bien ante una facultad reconocida a los representantes de los trabajadores y empresarios que no puede ser obstaculizada ni desconocida, pero sin que pueda ser elevada al rango de derecho.

Como ha destacado la doctrina legal, siguiendo al conocido maestro italiano Carnelutti, en sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1982 “el convenio colectivo es una particular figura jurídica, en la que coexisten elementos contractuales y normativos lo que dio lugar a que en la definición clásica se le conceptuara como un híbrido que tiene cuerpo de contrato y alma de Ley, que al mismo tiempo crea derechos y deberes entre las partes que lo conciertan y tiene eficacia normativa con un contenido dual, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los

(14) U.N.E.D., obra ya citada.

trabajadores y de los empresarios y con carácter de fuente de la relación laboral reguladora de los derechos y obligaciones de la misma”.

b) La negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical

Asimismo, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 13 de diciembre de 1983 establece que “al atribuir el art. 7 de la C.E. a los sindicatos la función de contribuir a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, les atribuye también el ejercicio de los derechos necesarios para el cumplimiento de su función, entre los que se encuentra el derecho a participar en la negociación colectiva”. Por otro lado, en sentencia del mismo Tribunal de fecha 27 de junio de 1984 se recoge que “al pronunciarse sobre el contenido del derecho fundamental de libertad sindical, este T.C. ha declarado ya en numerosas ocasiones que forma parte del mismo el derecho de los sindicatos al ejercicio de las facultades de negociación y conflicto a que se refieren los párrafos 1 y 2 del art. 37 de la C.E. ... Ello no es sino consecuencia de una consideración del derecho de libertad sindical, que atiende no sólo a su significado individual, consagrado en el art. 28.1 de la C.E., que incluye el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, sino también a su significado colectivo, en cuanto derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, permitiendo integrar así en el contenido del derecho la propia actividad del sindicato, dentro de la cual la negociación colectiva constituye, sin duda, el medio primordial de acción, como se desprende, tanto del art. 37 C.E. como de los Tratados Internacionales suscritos por España.

La misma sentencia anterior en su fundamento jurídico nº 4 viene a decir que “forma parte del contenido esencial de la libertad sindical el derecho de los sindicatos de participar en la determinación de las condiciones de trabajo, cuyo instrumento básico, según se desprende de la C.E. y los Convenios Internacionales, es la negociación colectiva”. Así pues, el derecho de negociación colectiva es un derecho fundamental, que forma parte de otro derecho más amplio, que es la libertad sindical, sirviéndole de instrumento para desarrollar uno de sus contenidos esenciales, la acción sindical.

Sin embargo, se hace necesario precisar que la libertad de negociación colectiva tiene una naturaleza propia y distinta de la libertad sindical y que, en muchos casos, actúa de forma independiente a la misma, basta reconocer para ello, que la libertad negocial se atribuye a los trabajadores, a través de sus representantes unitarios, sin que haya una reserva exclusiva para los sindicatos,

“por lo que no podemos decir en puridad que emana de la libertad sindical en sentido estricto”¹⁵.

Conviene destacar como fundamental de este derecho de negociación “su fuerza vinculante”, que comprende tanto los contenidos normativos como las obligaciones, así como su eficacia “erga omnes”, que de forma poco explícita se expresa en el Texto Constitucional.

V. LA AUTOTUTELA Y LA DIMENSIÓN CONFLICTUAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

a) El derecho de huelga

No puede concluirse este breve comentario de los preceptos constitucionales que hacen referencia a la libertad sindical sin abordar el estudio de los artículos 28.2 y 37.2 de la Norma Suprema que constitucionalizan la dimensión colectiva y conflictual más importante de la libertad sindical. El art. 28.2 recoge el derecho de huelga en su más amplia extensión, sin referirlo a los intereses profesionales o a los intereses económicos y sociales que le son propios, como hace en su art. 7, al constitucionalizar los sindicatos y la actividad que los mismos realicen; y el art. 37.2 en el que se reconoce a los sindicatos el derecho a “adoptar medidas de Conflicto Colectivo”, sin que se especifique cuáles pueden ser esas medidas, y entre las que hay que incluir de nuevo a la huelga, ahora con un matiz más laboral al concretarse frente al empresario.

b) Los servicios esenciales de la comunidad

Ambos preceptos contienen la preocupación del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, y en este sentido se establece en ambos apartados que “la ley que regule el ejercicio de este derecho, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento” de los citados servicios esenciales, añadiendo un inciso del art. 37.2 “sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer”, pretendiendo dar un reconocimiento más amplio al derecho de huelga específico, reconocido sólo a los trabajadores, que al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, que también puede ser ejercitado por los empresarios. El Texto Constitucional no se pronuncia sobre cuáles deben ser considerados servicios esenciales en la comunidad, y tampoco el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de abril de 1981 quiso entrar en

(15) Antonio Ojeda Avilés “Derecho Sindical” ed. Tecnos. Madrid 1984.

esta controvertida cuestión, al expresar que “no parece necesario definir de forma detallada qué haya de entender por servicios esenciales” considerando “más adecuado que el Tribunal vaya haciendo los correspondientes pronunciamientos respecto de cada uno de los supuestos esenciales que se puedan plantear en el futuro”. Sin embargo, parece necesario traer aquí el fundamento jurídico de la sentencia nº 51/1986 del Tribunal Constitucional de fecha 24 de abril de 1986 en el cual se recoge la posición más generalizada de nuestra jurisprudencia que se expresa en el siguiente sentido: “El derecho de huelga concedido a los trabajadores para la defensa de sus intereses y constitucionalmente protegido en el art. 28.2 de nuestra ley fundamental, tiene, como límite expreso en el propio texto legal, el aseguramiento de la prestación de servicios esenciales de la comunidad, función de garantía que deriva de la necesaria coordinación de los posibles intereses en juego, de manera que el derecho de los huelguistas de defender mediante este procedimiento sus intereses cede cuando con ello se ocasiona o se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito. Según esto, el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga (Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, fundamento jurídico 18).

En posteriores resoluciones, este Tribunal ha tenido ocasión de precisar que, a estos efectos, son servicios esenciales aquellos que pretenden satisfacer derechos e intereses que son a su vez esenciales, y por tales debe entenderse los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (sentencias del Tribunal Constitucional 26/1981, de 17 de julio, fundamento jurídico 10). Al caracterizarse a estos servicios de manera no sustantiva, sino en atención al resultado por ellos perseguido, la consecuencia es que, “a priori”, no existe ningún tipo de actividad productiva que, por sí, pueda ser considerada como esencial. Sólo lo serán aquellas que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan.

c) Desarrollo legislativo del derecho de huelga

La fórmula escogida por la Constitución de “la ley que regule”, en vez de la fórmula contenida en el Anteproyecto de “la ley regulará”, ha dado lugar a la polémica sobre la necesidad del desarrollo normativo de ambos preceptos, que aun no siendo pacífica se admite mayoritariamente que no es imprescindible que por ley se desarrolle los derechos contenidos en ellos, si bien veladamente el Tribunal Constitucional parece inclinarse hacia la tesis contraria al considerar en la de 8 de abril de 1981¹⁶ que “puede decirse que la regulación

(16) Sentencia nº 11/81 Recurso Inconstitucionalidad nº 192/80.

legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado Real Decreto-Ley (Real Decreto-Ley 17/1978), en cuanto no sea contraria a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de Ley Orgánica”.

Asimismo, la citada sentencia, en los aspectos que aquí nos interesa, sienta los siguientes criterios básicos:

1º Considera que “determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de este modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa”.

2º Señala que el sistema que nace del art. 28.2 de la Ley Fundamental es un “sistema de derecho de huelga”, al que no es posible calificar jurídicamente como más laboral o más generoso, respecto de la normativa vigente¹⁷. La Constitución lo que hace es reconocer el derecho de huelga, consagrado como tal derecho al otorgarle el rango Constitucional y atribuirle las necesarias garantías”. Correspondiéndole al legislador ordinario el establecimiento de las condiciones de ejercicio del derecho constitucionalizado.

3º Recoge el derecho de los sindicatos a declarar, organizar, dirigir y controlar huelgas, puesto que “un sindicato sin derecho de huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido”.

d) Titulares del derecho de huelga

Otra cuestión interesante, y no menos polémica, consiste en la determinación de quiénes son los sujetos titulares de este derecho. La Constitución utiliza la expresión “trabajadores” y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente citada, al considerar referida dicha expresión a los trabajadores por cuenta ajena, o sea aquellos que vinculados por un contrato de trabajo presten un servicio retribuido para otro, excluyéndose, por tanto, como sujetos titulares de tal derecho a “otro tipo de personas, como son pequeños empresarios, trabajadores autónomos y otros similares”. Debemos, por otro lado, entender incluido como titulares de este derecho a los funcionarios, que, si bien, no hay referencia expresa en la Constitución, la sentencia de referencia “afirma” que el eventual derecho de huelga de los funcionarios no está regulado y por consiguiente, tampoco prohibido, por el Real Decreto-Ley 17/1977. Posición que ha sido confirmada por la Ley 30/1984, de 2 de agosto y por la L.O.L.S.

(17) Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo sobre aclaraciones de trabajo.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL HONOR

¿ Derechos “en colisión” o regulación deficiente?
Análisis y sugerencias en torno a un régimen jurídico

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

SUMARIO

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL HONOR

Prefacio

I. INTRODUCCIÓN Y ANÁLISIS

1.1 Problemas en la protección de los Dh en el ámbito civil

1.2 Problemas en la protección de los Dh en el ámbito penal

1.3 Posibles criterios de solución para los problemas analizados

a) Procesales

b) Sustantivos civiles

c) Sustantivos penales

II. LOS TRES FRENTE DE TRABAJO ABIERTOS AL LEGISLADOR

2.1 Los criterios sustantivos generales

- a) En el ámbito civil
- b) En el ámbito penal
- c) En el ámbito de la legislación complementaria

2.2 Criterios sustantivos a considerar desde la perspectiva constitucional

2.3 La cuestión procesal

III PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

NOTAS Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

Dh:	Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
Lxc:	Libertades de expresión y de comunicación
DF y LP:	Derechos Fundamentales y Libertades Públicas
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950
DUDH:	Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecha en París el 10 de diciembre de 1948
PP 66:	Pactos Universales de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, firmados en Nueva York el 19 de diciembre de 1966
TS/STS:	Tribunal Supremo/ Sentencia del Tribunal Supremo
TC/STC:	Tribunal Constitucional/Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH/STEDH:	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo, derivado del CEDH)/ Sentencia del mismo Tribunal
LO:	Ley Orgánica
LOREG:	Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
RCD:	Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982
RS:	Reglamento del Senado, de 26 de mayo de 1982
BOCG:	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC:	Código Civil
CP:	Código Penal
LEC y LECrim:	Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal
LPJDFP:	Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona
PANCP 90:	Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1990 (Ministerio de Justicia, 1990), actualmente en fase de estudio, a luz de los dictámenes de los colectivos jurídicos implicados
GP:	Grupo Parlamentario
Tít.; Art.:	Título; Artículo

El presente *estudio* se propone acometer la disección analítica de la alegada “colisión” de unos derechos, derechos y libertades investidos de rango constitucional, ofreciendo, al mismo tiempo, una revisión crítica de las interpretaciones más habitualmente suscritas acerca de los elevados índices de litigiosidad en los que la cuestión de fondo gira en torno a esos derechos.

1. *Introducción al análisis de los problemas* suscitados a propósito del disfrute *conflictual de las libertades de expresión y de comunicación de informaciones veraces* y la protección del honor, bienes constitucionales ambos y merecedores por ende, de máximas garantías.

2. *Estudio de los tres frentes abiertos al legislador* a partir de las iniciativas recientemente activadas para el perfeccionamiento del régimen de “desarrollo”, de “ejercicio” y de “disfrute” de los derechos implicados en los terrenos sustantivo (civil y penal) y procesal (civil y penal).

3. *Conclusiones sobre la formulación de propuestas legislativas* planteadas.

I. INTRODUCCIÓN Y ANÁLISIS

La aprobación, por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 25 de septiembre de 1990, de la *Proposición no de ley del GP Cat (CiU)*, por la que se instaba al Gobierno a remitir, en el plazo de tres meses a partir de la fecha, los *Proyectos legislativos necesarios* para el “desarrollo y protección de los derechos reconocidos en los arts. 18 y 20 de la Constitución” (CE), ha planteado, sin duda, una variedad de cuestiones a nuestro legislador.

Si queremos abordar tanto los fundamentos de esta importante iniciativa cuanto sus previsibles consecuencias *positivas* y la modalidades para su implementación, será preciso ordenar las ideas al respecto, adoptando, en consecuencia, un esquema *secuencial* y con vocación analítica.

Entre las cuestiones *previas*, –aquellas que deben ser estudiadas con anterioridad si es que se quiere comprender la dirección de las propuestas propiamente legiferantes–, destacaríamos las siguientes:

1. Es necesario analizar qué tipo de problemas ha hecho de la relación existente entre los distintos y heterogéneos derechos reconocidos en los arts. 18 y 20 de la CE una relación conflictual. No se trata, en esta sede, de abordar una disquisición puramente teórica sobre los fundamentos de la potencial “colisión” en el ejercicio de los mismos, sino de localizar los ámbitos

materiales de relación que vienen manifestándose como especialmente conflictivos en la experiencia y en la práctica¹.

2. En el mismo orden de cosas, se constata la conveniencia de prestar una especial atención al tratamiento jurisprudencial de los referidos ámbitos de conflicto, enfatizando los problemas de fondo que dicho tratamiento viene a poner de relieve².

3. La reflexión se centrará en los distintos órdenes expresamente concernidos por la Proposición no de Ley: esto es, en los ámbitos de protección civil y penal de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE, en adelante Dh), en su especial relación con las libertades de expresión, de comunicación y de información (art. 20 CE, en adelante Lxc)³.

1.1 Problemas en la protección de los Dh en el ámbito civil

En un principio, la protección civil del honor, en cuanto derecho adscrito al ámbito o círculo interno de la personalidad podía verse instrumentada sobre la base prestada por los arts. 1.092 y 1.902 del Código Civil (Cc.). No obstante, sólo desde la promulgación de la Constitución, y especialmente a partir de la *Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo*, viene a registrarse el despegue de la litigiosidad sobre pretensiones fundadas en la alegada lesión de los referidos derechos. Veamos una sucinta relación de problemas prácticos, tal y como aparecen recurrentemente subrayados en los estudios sobre el tema.

- (1) Así lo acreditan, en efecto, tanto la literatura jurídica comparada (–y en esta ocasión, significativamente, coinciden los dos grandes sistemas o corrientes del Derecho legatario de la tradición constitucional liberal y democrática de raíz occidental, a saber: el *Derecho anglosajón* (EEUU y Gran Bretaña) y el europeo-continental, en el que España se inscribe) cuanto la jurisprudencia de cada concreto ordenamiento. Una lectura sintética del tratamiento del problema en el Derecho comparado puede ser obtenida en J. Robert & H. Oberdorff: *Libertés fondamentales et droits de l' Homme (Textes français et internationaux)*, Montchrestien, Paris, 1989. Para una primera aproximación a la cuestión en España, acúdase al muy sugestivo ensayo de S. Muñoz Machado: *Libertad de Prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988; así como a J.J. Solozábal: “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, REDC n. 23, 1988.
- (2) Para una primera lectura de los principales problemas jurisprudenciales que iremos desgranando a lo largo de este estudio, atiéndase al tenor de las sentencias del Tribunal Constitucional español (–en adelante SSTC–) 107/88 (“caso Soria Semanal”), 165/87 (“Asociación de Vecinos”), 6/88 (“Oficina de Prensa Ministerio de Justicia”), y 105/90 (“caso J.M. García”). En torno a la jurisprudencia emanada sobre el punto desde un modelo comparado de diferente patrón (–el *pattern* del TS USA–), tendremos ocasión de volver sobre sus pronunciamientos más significativos. Anticípense, por el momento, los muy importantes casos N.Y. Times vs. Sullivan (1964), Time Inc. vs. Hill (1967) y Richmond Newspapers Inc. vs. Virginia (1980).
- (3) Cfr., *prima facie*, L. López Guerra: “La libertad de información y el derecho al honor”, en *Poder Judicial* n. VI, 1988.

1. Un primer problema práctico viene estribando en la cláusula legal que otorga *absoluta preferencia* a la *vía procesal penal*. Se ha dado pie, con esta técnica, a un recurso sistemático, por parte de los demandados, a la reconducción procesal de la demanda civil hacia las vías penales.

Desde el punto de vista *sustantivo*, el problema reside en la dificultad que ello supone para garantizar la plena efectividad a la garantía civil contra las denominadas *intromisiones ilegítimas* (arts. 7 a 9 L.O. 1/82). Desde un punto de vista técnico, el problema se concreta en la frecuente mixtificación, operada por los propios jueces, de dos cuestiones perfectamente diferentes entre sí: de un lado, la *excepción de incompetencia de jurisdicción*, y, de otro, la *cuestión de la prejudicialidad penal* (art. 114 LECrim.). Frente a ello puede oponerse lo siguiente:

a) Un Juez civil ante el que se plantea una *acción civil* es competente para conocer de la misma. No puede aceptar *excepción de incompetencia de jurisdicción* (habitualmente alegada por la parte demandada, en su estrategia dirigida a reconducir la acción hacia un proceso penal), porque no se le ha requerido pronunciamiento alguno acerca de existencia de un delito: le basta con concretar si existe o no el *ilícito civil* que la L.O. 1/82 contempla⁴.

b) Si, por cualquier razón, se promoviere un *juicio penal sobre los mismos hechos*, tendrá aplicación la técnica de la *cuestión prejudicial*, no pudiéndose proseguir el pleito civil hasta que recayere sentencia firme en la causa criminal.

c) Esta conclusión no debe variar en los casos en que los hechos resultaren constitutivos de *delito perseguible de oficio*. Corresponderá, en este caso, al Ministerio Fiscal la obligación de denunciar o solicitar la incoación del sumario correspondiente, o bien –si como es previsible, la tramitación reglada se corresponde con lo previsto en la LO 7/88, del *Procedimiento Penal Abreviado*– la incoación de las diligencias previas que la citada Ley contempla.

2. Un apretado análisis de la jurisprudencia de la Justicia ordinaria sobre los conflictos sustanciados en vía civil arroja el siguiente saldo:

a) La construcción jurídica de la protección de los *Dh* ha venido registrando, regularmente, una mayor incidencia de la justicia penal que de la justicia civil⁵.

(4) Véase, en este sentido, G. Quintero Olivares: "La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad y condicionamientos", en PJ, XIII, 1990.

(5) Así lo vienen denunciando trabajos sólidamente fundados en el estudio de pautas jurisprudenciales, como los precitados estudios de S.M. Machado (*op. cit.*) y L.L. Guerra (*cit.*). Cfr. también G. Quintero, *IBIDEM*, nota *supra*.

b) El ofendido puede optar por proceder por vía civil o por vía penal. Con frecuencia la excepción de competencia viene surtiendo efecto para desviar la cuestión hacia el orden de lo penal, incluso cuando se trata de injurias o de calumnias no perseguibles de oficio.

c) El carácter *público* de la personalidad y/o de las *actividades* del ofendido han sido regularmente tenidas en cuenta por el Juzgador.

d) La *doctrina de la atención a la veracidad de las informaciones* se ha afirmado poco a poco, de la mano de la lectura que de esta cualidad ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (arts. 1 y 5 L.O.P.J., así como 1.692 LEC)⁶.

e) El ejercicio de derecho a la *rectificación* viene manifestándose *como facultativo*, pero en ningún caso como apoyo para la exoneración de responsabilidades ni para el decaimiento de las posibles acciones civiles o penales del ofendido⁷.

f) Continúan pendientes de tratamiento uniforme y satisfactorio las siguientes cuestiones:

f.1. En qué medida la prensa puede ofrecer informaciones sobre asuntos que se encuentran *subiudice*⁸.

f.2. El alcance de los *Dh* de una persona que está siendo objeto de investigaciones, o que está siendo encausada en relación con el alcance de las *Lxc*.

f.3. En qué medida pueden las *personas jurídicas* accionar hipotéticos *Dh* en alegada colisión con las *Lxc*.

f.4. En qué medida juega la *exceptio veritatis* en la comunicación de *informaciones veraces* que afecten a *personalidades públicas*, así como en qué

(6) El punto de origen de este criterio jurisprudencial anida, sin embargo, en la decidida orientación dictada por el Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución, a partir de la cual el parámetro permea la totalidad del *corpus* jurisprudencial a través del cual se activa el ordenamiento. Véase, en este sentido, J.M. Arias Rguez: "Breves consideraciones respecto a las libertades de expresión e información en la doctrina del TC", en *PJ XIII*, pp. 31-37.

(7) Ver J.M. de Pablos: "Límites a la libertad de comunicación y de expresión", en *PJ XIII*, pp. 223-240.

(8) Atiéndase, sobre este punto, a E. Berlanga, E. Espín & G. Carcía-Alcalde: "Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales" (pp. 111-131), así como a las comunicaciones presentadas por M. Fdez. Areal ("La protección de la verdad en la libre comunicación de mensajes informativos", pp. 201-221) y por A. Zurita: "Oficinas de prensa en la Administración de Justicia", pp. 231-241) en *PJ XIII*, cit. *Jornadas sobre libertad de expresión y medios de comunicación*.

medida debe jugar el *animus* específico del informador en la consideración y enjuiciamiento del caso.

f.5. Cuál debe ser la correcta articulación entre las vías *civil* y *penal* de protección de los derechos al honor (*Dh*) frente a las *Lxc*.

3. *El problema de fondo* estriba en la conjugación de las *Lxc* (libertades de expresión y de información) con el *Dh*.

En nuestro ordenamiento, ambos bienes aparecen consignados en el *núcleo duro* de la Constitución en calidad de *Derechos Fundamentales*. Son, por tanto, objeto de un máximo nivel de protección, tanto a nivel judicial (arts. 53.2 y 161.1.b), como frente al legislador, que podrá “regular su ejercicio” o “desarrollo” por Ley Orgánica (81.1 CE) sin vulnerar en ningún caso su *contenido esencial* (53.1. CE)⁹.

La práctica demuestra que el ejercicio y disfrute de estos dos grupos de derechos prestan terreno propicio para la litigiosidad, a menudo presentada como “colisión de derechos”. En puridad, y de acuerdo tanto con la doctrina como con la jurisprudencia constitucional actualizada, el problema anida más en la dificultad de delimitar los respectivos ámbitos de realización *legítima* de los derechos, que en la “colisión” de los mismos¹⁰.

Para este objetivo, el material legislativo de que actualmente se dispone es claramente insuficiente.

* Las libertades de expresión y de comunicación (*Lxc*) no tienen un “desarrollo” legal específico. La teoría de sus *límites* descansa hoy por hoy en una construcción doctrinal, a partir de la presencia de unos límites constitucionalmente *explícitos* (art. 20.4 CE y 10 CE) y de otros límites constitucionalmente *implícitos*¹¹.

** Los *Dh* encuentran, en cambio, una cierta concreción en la LO 1/82. Con todo, esta Ley define las lesiones al honor de modo amplio e inmatizado.

(9) Sobre el régimen jurídico de los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en la Sección 1 del Capítulo II del Título I de la CE (verdadero núcleo duro del régimen de garantías del ordenamiento español), véase I. de Otto (contribución a L.M.-Retortillo & I. de Otto): *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1989; así como J.F. López Aguilar: “Problemas en la garantía y protección judicial de los DF y LP”, *Anuario de Derecho Público* n.2, Univ. Granada, 1990, pp. 76-140.

(10) En este mismo sentido, J.F. López Aguilar: *Derechos Fundamentales y Libertad Negocial*, M. Just., Madrid, 1990, pp. 46-59 y 171 y ss.

(11) Así se pronuncia igualmente M. Carrillo en su *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución de 1978*, PPU, Barcelona, 1987; sobre los límites implícitos, cfr. pp. 42 y ss.

En concreto, la frecuente conexión de la defensa civil de los *Dh.* con el ejercicio de las libertades de expresión y de comunicación *pone de relieve las siguientes deficiencias de la Ley 1/82*:¹²

1. La referida Ley no contiene precisiones que ayuden a diferenciar la situación del ofensor doloso respecto del culposo o negligente, como tampoco considera la posibilidad de que la alegada vulneración de los *Dh* traiga o no causa en una información comunicada por un profesional de los medios, en el eventual ejercicio de su actividad informativa.

2. En el mismo sentido, la LO 1/82 no contribuye a distinguir la situación del demandado que alega haber ejercitado su derecho a comunicar libremente información *veraz* respecto del que no lo hace.

3. No contempla distinción entre las intromisiones ilegítimas que traigan causa en la expresión de *opiniones*, respecto de las que traen causa en la *imputación de actos o de hechos* difamatorios¹³.

4. No contempla distinción entre la imputación de hechos difamatorios que *resulten ser verdaderos* y la imputación de hechos que *resulten ser falsos*¹⁴.

5. Sólo muy tímida e imprecisamente permite diferenciar el ámbito de protección de los *Dh* de las personas que ostentan algún tipo de dimensión pública, respecto de las que no lo hacen (v. art. 8, LO 1/82)¹⁵.

6. No contempla la articulación del ejercicio del derecho de *rectificación* con respecto de las acciones civiles que puedan ser emprendidas en razón de la defensa de los derechos lesionados en idéntica ocasión¹⁶.

7. En fin, no prevé tampoco la correcta articulación del ejercicio de acciones civiles y penales con causa en los mismos hechos¹⁷.

(12) Para una primera introducción a la problemática tratada en la LO 1/82, de 5 de mayo, Vid. M. Vicenta Oliveros Lapuerta: *Estudio sobre la Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen*, Cuad. Docum., Presid. Gob, 1980.

(13) Acerca de las deficiencias de la LO 1/82 aquí reflejadas, acúdase al excelente trabajo de P. Salvador Coderch: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Civitas, Madrid, 1987.

(14) Junto al trabajo citado en nota n. 13 (P. Salvador, *supra*), posteriormente ampliado en otras investigaciones del mismo autor, conviene llamar de nuevo la atención sobre el agudo y documentado estudio de S. Muñoz Machado: *Libertad de Prensa (...)*, cit., esp. pp. 36 ss.

(15) Vid. I. Berdugo: *Honor y libertad de expresión*, Civitas, Madrid, 1987.

(16) Vid., a este respecto, T. Quadra-Salcedo: "Responsabilidad y rectificación", *REDA* n.3; C. Chinchilla Marín: "Sobre el derecho de rectificación", *PJ* n.6.

(17) Véase S.M. Machado: "Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación", en *PJ* n.1, 1986.

4. Se ha subrayado ya el hecho de que las alusiones que la ley hace a la *vía penal* y a su "*preferencia*" parten de un doble y manifiesto *equivoco*: *primero*, considerar que la vía penal ofrece mayor protección a quien se considere lesionado en su derecho, lo que no es siempre cierto; y *segundo*, haber aceptado que es preferible que la represión de los difamadores se actúe por la vía penal y no por la vía civil.

En cuanto a la presumible mayor protección del Derecho Penal, debe decirse que lo único que sus mecanismos aseguran es una mayor *sanción*; pero no necesariamente una mayor *reparación*. Lo que el supuestamente lesionado persigue es la rectificación o, en su caso, una indemnización de la que lucrarse personalmente –moral o económicamente–. Y esto es, sin duda, lo que garantiza la ley civil¹⁸.

La segunda afirmación –la aceptación de que se prefiere la represión de los difamadores por vía penal que por vía civil– también resulta discutible por quienes aspiran a una descriminalización de estas infracciones con los siguientes argumentos:

1º Desde el punto de vista de las concepciones jurídico-sociales actuales, no parece congruente que la sanción por lesiones al honor de las personas deba ser, *ordinariamente*, *el encarcelamiento de su autor*.

2º Desde el punto de vista constitucional, tampoco parece proporcionado que el contrapeso entre dos derechos contemplados en el Texto se salde con un correctivo tan rotundo para quien se extralimite en uno de ellos, concretamente, en el uso del derecho a la información o a la expresión. La valoración del derecho a la información en un sistema democrático permite que, si bien su uso ilegítimo deba ser contundentemente corregido, *el empleo de las vías penales se reduzca a los supuestos más graves* y se adopte, como medida ordinaria, otra menos gravosa, pues podría ocasionar una nada conveniente autorrestricción de la libertad informativa¹⁹.

(18) Cfr. M. Cobo & T.S. Vives: *Derecho Penal (Parte General)*, T-LB, Valencia, 1984, pp. 396 ss.

(19) Es expresiva, en este sentido, la extraordinaria significación que el derecho a comunicar libremente información ha adquirido en un señero orden constitucional de libertades cual es el estadounidense. Hemos de ver más adelante cómo, sobre la magra base que presta la I Enmienda (1971, la Primera de las diez introducidas a través del muy temprano expediente del llamado *Bill of Rights*), la totalidad del Derecho Constitucional norteamericano se encuentra sustancialmente afectada por esta consideración. Cfr., en este sentido, y a título introductorio, L. Tribe: "Speech as a Power", en *Constitutional Choices*, Camb., MASS, 1985; y T. Emerson: *The System of Freedom of Speech*, NY, 1970 (esp.: "1st. Amendment Doctrine of the Burger Court").

1.2 Problemas en la protección de los *Dh* en el ámbito penal

1. El mayor número de problemas se produce alrededor del tipo penal de *desacato*. En la abundante casuística del *desacato*, la eximente contemplada en el artículo 8.II *CP* (–actuar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho–) juega muy escasamente. Por contra, las soluciones jurisprudenciales (Sala 2ª del T.S.) atienden de modo uniforme a los siguientes factores:

a) Existencia de expresiones o de manifestaciones objetivamente injuriosas o calumniosas.

b) Ánimo específico en el agente²⁰.

c) Ofensas extensibles no sólo ya a la persona, sino a la consideración y tutela que merecen, por un lado, las autoridades públicas y, por otro, la dignidad que revisten ciertas instituciones²¹.

d) El artículo 20 CE consagra, ciertamente, las *Lxc*, pero no puede actuar como justificación de ataques extralimitados contra los pilares fundamentales del Estado.

e) Para la jurisprudencia es de hecho indiferente el que la persona autora de la crítica infamante sea o no parlamentario (cargo o autoridad), o que esa crítica se vierta en el ámbito en el que institucionalmente ejerce sus funciones, así como que se haga o no al margen de los procedimientos habituales para ello.²²

(20) La doctrina del *animus iniuriandi* (en contraposición al *animus iocandi*) se ha desarrollado en este ámbito en evidente analogía con la doctrina americana de la *actual malice*: “malicia real y efectiva, *Knowledge of its falsity, reckless disregard of whether it is false or not*”. Sobre la misma, vid *Time Inc. vs. Hill*, 385, US 374 (1967), y, sobre todo, *Gertz vs. Welch* (1974), en la que se declara que “a la luz de la I Enmienda, no existen la “ideas falsas”. Por perniciosa que una opinión pueda parecer, su corrección sólo puede descansar en su superación por otras ideas alternativas”, pronunciamiento que ha servido como punto de partida para una trascendente distinción entre informaciones (sobre hechos) y opiniones (sobre ideas), susceptibles las primeras de contrastación empírica sobre su veracidad (v. art. 20 CE), no así, en cambio, las segundas. Doctrinalmente, cfr. J.G. Fleming: *Law of Torts*, London, 1983.

(21) La doctrina al respecto nace en la célebre decisión del TS americano *Abrams vs. US*, 250 US 616 (1919) (–Cfr. B. Beylin & J.B. Hench (Eds): *The Press and the American Revolution*, Worc., MASS 1980–), pero no adquirirá verdadero *cuero* jurisprudencial como contenido material y declarado de la Primera Enmienda a la Constitución de 1787 hasta la trascendente *NY. Times vs. Sullivan*, 376 US 254 (1964), siendo después continuada en los casos *Hill* (1967), *Rosenbloom* (1971), *Gertz* (1974), *Bradstreet* (1985) y otros. La colación de la casuística jurisprudencial estadounidense no es, ni muchísimo menos, gratuita: los principales parámetros doctrinales y hermenéuticos paralelamente vertidos en las Cortes de Justicia Constitucional europeas (–incluido el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, *TEDH*, 1978, y *Lingens* de 8 de julio de 1986, y, desde luego, el español) han venido contruidos a partir de la experiencia constitucional americana en materia de tutela judicial de libertades.

(22) Sobre el problema, E. García: *Inmunidades parlamentarias y Estado de partidos*, Tecnos, Madrid, 1989.

2. Una evaluación de la actitud de la jurisprudencia ordinaria en este campo arroja el siguiente balance:

a) Se constata la presencia de un generalizado recurso a la doctrina de la “*colisión de derechos fundamentales*”. Es cierto que los derechos y libertades recogidos en los artículos 18 y 20 CE se encuentran muy conectados por la experiencia práctica, pero se ignora a menudo que ni se trata de derechos de idéntica “potencia” activa y significación, ni –las más de las veces– entran en “colisión” que pueda ser solucionada echando mano a la doctrina (de origen estadounidense) de la “*preferred position*” de un derecho sobre otro²³.

b) La general aceptación de que las *Lxc* no son tan sólo libertades personales, sino coadyuvantes al sostenimiento de la opinión pública libre y del pluralismo democrático, *no implica necesariamente que los Dh deban ser interpretados restrictivamente*. Tampoco que puedan ser argüidos como técnica de coercimiento o de limitación del debate y de la crítica. En definitiva, en la evaluación judicial de los eventuales límites del ejercicio del derecho, juegan insustituiblemente las circunstancias concretas que deberán ser sopesadas singularmente en cada caso²⁴.

c) De acuerdo con los principios constitucionales, no cabe la presunción extensiva del *ánimo de injuriar* en la utilización de expresiones de fuerte contenido crítico²⁵.

d) Las persistentes vacilaciones en lo que se refiere a la exoneración de responsabilidades penales por difundir informaciones *veraces* (–decir lo que se reputa cierto, o difundir hechos ciertos–) demuestran que el instituto de la *exceptio veritatis* reclama inaplazablemente un nuevo tratamiento legislativo²⁶.

En el mismo orden de preocupaciones, faltan en nuestro sistema fórmulas procesales adecuadas al objeto de probar cuál haya sido la actitud del informador en relación con la exigencia constitucional de atender a la *veracidad* de lo que se comunica en el transcurso del proceso informativo.

e) El régimen específico de protección de los *Dh* de las personas revestidas de cargo o la autoridad pública aparece oscurecido por ciertas deficiencias técnicas. En particular, se aprecian las siguientes:

(23) Cfr. E. Alonso García: *La interpretación constitucional*, CEC, Madrid, 1985.

(24) Véase J.A. De vega Ruiz: “Derechos y libertades de los medios de comunicación social. Los límites de la libertad de expresión”, en *PJ* XIII, pp. 13-27.

(25) B. de la Cuadra, I. Sierra & M. Fdez: “El ejercicio de la libertad de expresión en los medios de comunicación social y sus límites”, en *PJ* XIII, pp. 243 ss.

(26) Cfr. T.S. Vives Antón: *Lecciones de Derecho Penal* (Parte Especial), Valencia, 1988, Cap. XL, “Delitos contra el Honor”, pp. 639 y ss.

1.- Inexistente distinción entre las informaciones que contienen *imputación de hechos* y las que simplemente expresan *valoraciones* u *opiniones críticas*.

2.- Inexistente distinción entre injurias proferidas contra quien resulta *ostentar* cargo o autoridad, e injurias contra el *propio cargo o autoridad*, enderezadas, por tanto, al descrédito del orden democrático, y redundantes en perjuicio de los principios que lo fundan.

3.- Inexistente enumeración de bienes jurídicamente relevantes (–tales como el orden público, la seguridad interior y exterior, etc. ...–) oponibles como límite a las *Lxc*, y cualificaciones, por ende, del carácter penalmente perseguible de unas manifestaciones o expresiones injuriosas.

4.- Inexistente distinción entre hechos pertenecientes a la esfera pública y privada de los personajes públicos, en atención a la admisibilidad de la apreciación de la *exceptio veritatis* en supuestos de injurias que recaigan, precisamente, en hechos públicos.

5.- Inadmisión de la *exceptio veritatis* como causa de exención de responsabilidad criminal en delitos de desacato²⁷.

3. Al margen de estas deficiencias, pueden apuntarse otras en relación al resto de modalidades delictivas contempladas en el Código Penal:

a) Mal entendimiento del concepto de *falsa imputación* de hechos delictivos (tanto calumniosos como injuriosos). Del entendimiento de la falsedad como falsedad objetiva se deriva, necesariamente, una nada deseable autorrestricción de las *Lxc* por temor a incurrir en posibles infracciones, toda vez que nadie puede, siempre y en todo caso, garantizar la verdad de sus afirmaciones.

b) Como consecuencia, la apreciación de la *exceptio veritatis* como causa eximente de la responsabilidad es también realizada incorrectamente.

c) La eximente 8-11º, referida al ejercicio legítimo de un derecho u oficio, tampoco juega su papel adecuado debido a la *deficiente construcción jurídica de la protección de los derechos e intereses que concurren en cada caso concreto* (especialmente en la distinción entre lo que incide en la esfera de lo público o lo privado, lo que se refiere a opiniones o a informaciones, o el tipo de lenguaje empleado)²⁸.

(27) Cfr. T.S. Vives: Lecciones (...), cit. nota 26 supra: pp. 655 y ss.

(28) Ver, en este sentido: I. Berdugo, *op. cit.*

1.3 Posibles criterios de solución a los problemas analizados

a) Procesales.

Los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales vertidos sobre las relaciones constitucionales entre los *Dh* y las *Lxc*, –especialmente por su incidencia en la configuración de las acciones civiles y penales por difamación–, permiten al legislador incorporar a la Ley positiva una serie de previsiones que podrían contribuir, de un lado, a hacer menos intensa la deriva litigiosa, y, por otro, al mejor tratamiento de los litigios que se produzcan, a través de los siguientes expedientes:

1. Investigar la posibilidad de perfeccionar el actual *status quo* jurídico de las libertades de expresión y de comunicación en el conjunto del sistema, sea tanteando la posibilidad de delinear los patrones del ejercicio legítimo de tales libertades (–considerando incluso algunos problemas anejos: códigos deontológicos; Consejos de Prensa y de libertad de comunicación en los Medios; cláusula de conciencia; secreto profesional; protección contra el abuso de los bancos de datos en relación con los *Dh*–), sea incorporando a la Ley una definición de la información *veraz* (qué deba entenderse por tal), así como precisiones relativas al tipo de *medio utilizado*, y a la condición (o no) de *profesional* de esos medios del presunto autor de una intromisión ilegítima en los *Dh*²⁹.

2. Asegurar la imposibilidad de que se produzcan los injustificados reenvíos de jurisdicción que han sido hasta ahora frecuentes, especificando las reglas de conducción procesal de las acciones que traen causa en alegadas lesiones al honor.

3. Bien entendido que la dualidad de cauces procesales –civil y penal– no es inconstitucional –siendo antes bien recomendable– conforme a los principios del ordenamiento jurídico debe, no obstante, potenciarse la *vía civil* como cauce idóneo de defensa de los *Dh* frente a las intromisiones ilegítimas, reservándose, por su parte, la exclusividad de la *vía penal* sola y exclusivamente para las trasgresiones más intolerables de la dignidad institucional predicable de quienes ostentan cargo o autoridad pública.

4. Reformular el tratamiento procesal de los litigios civiles, sea a través de un nuevo proceso especial (de cognición o verbal con especiales garantías), sea

(29) Ver, sobre los problemas referidos, J.A. Alberto Belloch: “Los jueces y la libertad de información” (pp. 235-261) y X. Vidal Foch: “Jueces, Leyes y Periodistas” (pp. 263-271), en *PJ* XI, 1988. Para una perspectiva comparada, cfr. K. Morgan: “The role of the Press Council”, y G. Cousteaux & P. López-Termes: “Le droit a l'information et le proces penal en droit français”, *IBIDEM*, pp. 217 y ss. y 151 ss., respectivamente.

a través de su remisión al nuevo proceso abreviado a regular por las nuevas leyes de enjuiciamiento, con o sin remisión a un futuro cumplimiento del mandato del art. 53.2 CE³⁰.

b) Sustantivos civiles.

1. Incorporación a la legislación de los criterios uniforme y reiteradamente utilizados por el TC para hacer frente a los casos de alegada colisión de los *Dh* y las libertades de expresión y de información, cuales son:

a) El ejercicio legítimo de las *Lxc* encuentra su límite en el empleo de expresiones *injuriosas*, *innecesarias* y *carentes de relación* con el asunto de interés público de que se trate³¹.

b) Las distinción entre enunciados veraces o enunciados carentes de *verificabilidad* para la apreciación de los hechos como delictivos en cuanto se refiere a imputaciones de hechos calumniosos o injuriosos.

c) En cuanto al entendimiento de la veracidad, debe apuntarse dos ideas:

1ª En todos aquellos casos de informaciones vertidas obre asuntos de interés público, basta con que se demuestre que el informador se ha conducido con la diligencia debida, conforme a los mínimos cánones de profesionalidad exigibles, así como que no ha divulgado noticias falsas o inexactas con dolo o negligencia grave (“veracidad *subjetiva*”)³².

2ª En todos aquellos casos de informaciones vertidas sobre asuntos privados, o cualesquiera aspectos carentes de interés público, deberá prevalecer la protección de los *Dh* haciéndose irrelevante la alegada veracidad de las intervenciones en tanto resultaren objetivamente atentatorios contra los referidos *Dh*.

d) Irrelevancia de dicha verificabilidad en lo referente a los juicios de valor, (conformidad a la línea de la sentencia *Lingens*, de 8 de julio de 1986, del *TEDH*), siempre en el bien entendido de que el ámbito de protección de las

(30) Sobre el incumplido mandato del art. 53.2 CE, ver J.F. López Aguilar, “*Derechos Fundamentales (...)*”, cit., pp. 128 ss: “Lagunas y deficiencias”.

(31) SSTC 20/90 y 105/90 (en esta última, de 6 de junio, atiéndase especialmente a su FJ. 4).

(32) La doctrina es la misma que jurisprudencialmente se desprende de los casos *Skokie* (1977) y *Cox Broadcasting Corp. vs Cohn* (1975). Cfr., S. Muñoz Machado: *Libertad de Prensa (...)*, cit., pp. 145 ss. Ver también, desde la perspectiva de la teoría constitucional norteamericana, L. Tribe: *American Constitutional Law*, N.Y. 1978, pp. 576 ss; y L.C. Bollinger: *The Tolerant Society (Freedom of Speech in America)*, N.Y., 1986, pp. 49 ss.

Lxc no alcanza a las imprecaciones desproporcionadas e injustificadas en las opiniones sobre asuntos de interés privado, aunque ampliarse en el ámbito de la disputa política y en las opiniones e informaciones de los personajes públicos.

e) Oponibilidad al ejercicio de las *Lxc* de la protección de otros bienes jurídicamente relevantes (tales como el orden público, la seguridad interior y exterior, etc.)³³.

2. Introducción, asimismo, de un abanico de criterios a utilizar por el juez en orden a valorar el mayor o menor perjuicio causado por una intromisión ilegítima de las que contempla la Ley, dado que este perjuicio suscitará en el ofendido una expectativa legítima de reparación moral y económica.

c) Sustantivos penales.

1) El art. 4º.4 de la Ley 62/78 mantiene expresamente la consideración de delitos públicos para los *desacatos*, insultos e injurias contra Autoridades, corporaciones o clases determinadas del Estado, mientras que el apartado 1º introduce una modificación en las injurias y calumnias contra particulares que los convierte, en adelante, en *delitos semipúblicos*, al no precisar querella con previo acto de conciliación, sino *sólo denuncia* del agraviado cuando se trate de “delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, tv, cinematógrafo u otros de análogo efecto”. La admisibilidad de la denuncia implica, consiguientemente, *la intervención del Ministerio Fiscal*.

La consideración como delitos semipúblicos de los desacatos impropios tendría un efecto altamente beneficioso para la eficacia en la persecución de estos delitos; y, por otra parte, su equiparación a este régimen permitiría el uso alternativo y preferente de la acción civil, puesto que no cabría el reenvío entre jurisdicciones tal y como desafortunadamente se produce ahora: si son perseguibles de oficio, los jueces civiles se inhiben casi-automáticamente.

2. Limitar la consideración de delitos públicos para los desacatos propios, es decir, los cometidos en presencia o mediante escrito dirigido a Autoridades o Ministros en sus cargos. Los llamados desacatos impropios deben ser reconducidos a modalidades agravadas de calumnias o injurias, es decir, delitos semipúblicos, pues es claro que el único bien jurídico lesionado o puesto en peligro es el honor de su titular, no así, en absoluto, la dignidad de la función pública o el orden público.

(33) En este mismo sentido, E. Alonso García: *La interpretación constitucional*, cit.; J.F. López Aguilar: *Derechos Fundamentales y Libertad Negocial*, cit., esp. II.2 “El límite de los límites. Los operadores del límite”, pp. 72 ss.

3. Las penas privativas de libertad en injurias y calumnias deben ser sustituidas por multas, y si son cometidas por profesionales de la información deben aplicarse inhabilitaciones (más determinadas que las que se proponen en la PANCP/90: 6 meses a 4 años).

4. La definición de las calumnias debe ser perfeccionada mediante una precisión de lo que se entiende por "*falsa imputación de un delito*": no lo es la falsedad objetiva sino la *falsedad subjetiva (actual malice)*, esto es, el conocimiento de la falsedad de los hechos que se afirman o, aun sin tener conciencia de ello, la absoluta indiferencia acerca de su verdad o falsedad manifestada por la falta de diligencia en la investigación.

5. Asimismo, debe establecerse un sistema de *exceptio veritatis* acorde con su naturaleza de *exclusión de punibilidad*, lo que permite sea admitida en todos los casos de calumnias y desacatos. En cuanto a las injurias, sólo debe admitirse esta prueba de verdad en relación a hechos públicos cometidos por personas públicas, pero no en cuanto a hechos privados tanto de personas públicas como de personas privadas.

6. El *doble perjuicio* que se causa al ofendido de estos delitos mediante las continuas apariciones en prensa de los hechos denunciados, podría ser solventado mediante la previsible introducción en PANCP/90 del delito conocido en Derecho anglosajón como "*Contempt of Court*"; es decir, toda intromisión en los procedimientos "*subiudice*" tendentes a perjudicar o influir negativamente a las partes del mismo, testigos, peritos, fiscal o jueces a través de manifestaciones directas o mediante publicaciones, etc ...³⁴.

7. Otro cauce accesorio de reparación en la vía penal consiste, sin duda, en la adopción de medidas que puedan garantizar suficientemente los mecanismos de *retractación de errores en los supuestos de falsedad dolosa*³⁵.

(34) Sobre el instituto anglosajón del *Contempt of Court* (menosprecio o desacato al tribunal), puede consultarse Bowie & Lowe: *Law of Contempt*, Londres, 1983; Lord Denning: *The Due Process of Law*, Londres, 1980; J.C. Fox: *The History of Contempt of Court* (1927), Londres, 1981, Reimp; T.C. Leonard: *The Power of the Press*, NY, 1986. En la práctica, un caso de extraordinario interés a este preciso respecto puede ser localizado en Maryland vs. Baltimore Radio S. Inc., 338 Us 1912 (1950) y en Sheppard vs. Maxwell 384 Us 333 (1966). Por su parte, la Cox B.C. vs. Cohn 420 US 469 (1975) declarará que "las Enmiendas I y XIV proscriben la imposición de sanciones por la publicación de informaciones verdaderas y que constan en Registros susceptibles de consulta pública". Para una introducción a la aplicabilidad de la teoría en España, cfr. L.M. Díez-Picazo: "Parlamento, Proceso y Opinión pública", REDOC n. 18, 1986.

(35) Cfr. T. Quadra-Salcedo, *op.cit.*; C. Chinchilla, *cit.* Sobre las consecuencias prácticas del ejercicio de los derechos de retractación/rectificación (—conjurados los *punitive damages*, puramente represivos, resta la cuantificación de los *compensatory damages* susceptibles de satisfacción—), no ha dejado de abogarse en favor de un más completo tratamiento comparado del "retraction statute" como punto de partida para una composición extrajudicial del litigio y resolución económico-civil de los perjuicios estimados.

La *PANCP* del 90 ofrece en ese punto una vía de solución, al ofrecer al condenado la *posibilidad de retractación inmediata ante el Juez*, reconociendo la falsedad de los hechos imputados. Del testimonio de retractación se da traslado al *ofendido*, quien *podrá solicitar su publicación* en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria. La consecuencia de esta *retractación* para el condenado supone la rebaja de la pena en un grado –y, presumiblemente, el perdón del ofendido, es decir, la extinción de la pena–; si es un profesional de los medios de difusión implica, además, la no aplicación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión. Ello, verosímilmente, contribuiría a redundar en el hipotético éxito de la medida anunciada, toda vez que la retractación, pública y ante el juez, fortalecería el interés legítimo del profesional en evitar la citada sanción inhabilitadora ³⁶.

II. LOS TRES FRENTES DE TRABAJO ABIERTOS AL LEGISLADOR

1º Modificación de la LO 1/82, de 5 de mayo, de *protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Dh)*, para:

a) Potenciar la vía civil de protección al honor, manteniendo los preceptos penales como *última ratio*.

b) Evitar dilaciones procesales o reenvíos entre órganos jurisdiccionales.

2º. Modificación del Código Penal a los efectos de:

a) Eliminar la penas privativas de libertad en los delitos de injurias y calumnias y sustituirlas por penas pecuniarias y penas de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, en los casos que proceda.

b) Mantener, hasta tanto no sea posible una revisión completa del Código, la actual tipificación de los delitos de desacato y sus correspondientes penas (tanto privativas de libertad como pecuniarias), introduciendo la pena de inhabilitación antes mencionada.

3º. Modificar aquellas otras disposiciones que, en orden a la protección efectiva del honor, garanticen los mecanismos más eficaces de rectificación de

(36) Sobre la posición del profesional de los medios de comunicación ante los diferentes frentes y problemas planteados, cfr. T.C. Leonard, cit.; E. Gómez-Reino: "El secreto profesional de los periodistas", en *RAP* n. 100-102, Vol. I., pp. 617 ss.

errores y restablecimiento de la verdad frente a los supuestos de falsedad dolosa.

Antes de abordar la exposición de los problemas destacables en cada uno de estos frentes, debe anticiparse ahora una cuestión de *método*: a la vista del tenor de la *Proposición* aprobada, deben ser distinguidos dos órdenes de preocupaciones técnico-metodológicas:

a) La consideración de las cuestiones de carácter *sustantivo* que deberán ser resueltas por las medidas legislativas a adoptar.

b) La introducción de nuevos *procedimientos* para la tutela judicial de los derechos en cada uno de los diferentes planos en los que resulte posible obtener reparaciones.

1.1 Criterios sustantivos generales

a) En el ámbito civil.

En reiteradas ocasiones, el Gobierno se ha pronunciado partidario de la supervivencia de dos vías para la protección de estos grupos de derechos –*Dh* y *Lcx*–, siempre que se perfeccione un nuevo régimen jurídico por el cual la vía civil aparezca como el cauce idóneo para la reparación de las ofensas al honor, y se reserve el estrépito de los resortes penales para los casos en que el atentado contra los bienes jurídicos en cuestión alcance entidad delictiva intolerable (falsa imputación de delitos o de hechos que desmerezcan gravemente la imagen de las personas públicas o privadas en su consideración social)³⁷.

Quedan abiertas tres vías de reparación para las alegadas lesiones a los *Dh*:

1) La *vía civil*: se actúa en consideración a un ilícito civil (*intromisión ilegítima*), a sustanciar por la vía de la rectificación y, cumulativamente, por vía de reparaciones.

2) La *vía penal*: en los casos de delitos de *injurias* y *calumnias*, ejercitable a través de acción particular y de querrela sin previa celebración del acto de conciliación y con participación del Ministerio Fiscal, lo que los equipara a efectos de perseguibilidad a los delitos semipúblicos.

(37) Ver, en este sentido, S.D. Warren & L.D. Brandeis: "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. IV., 1890, pp. 193-290; F. Morales Prats: *La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática*, cit. C. Rogel Vide: *Bienes de la Personalidad DE y LP*, Pub. Col. Esp., Bolonia, 1985.

3) La *vía penal*: en los casos de delitos de desacato (calumnias, injurias, insultos o amenazas a Ministros, Autoridades o funcionarios en ciertos casos), perseguibles de oficio.

Las tres vías son, en principio, compatibles entre sí. Se trata de proveer de un régimen sistemático y armónico para su articulación en la práctica con toda eficacia.

b) En el ámbito penal.

De cara a la posible modificación de los preceptos penales concernidos, habría que afrontar las siguientes tareas:

b.1) Localizar todos los tipos penales definitivos de delitos o faltas cometibles con ocasión del ejercicio de la libre expresión o de la libre comunicación (*Lxc*), –por la utilización de la palabra, del sonido o de la imagen, y a través de cualquier medio–, estableciendo la diferenciación de aquellos supuestos en los que, de acuerdo con los patrones de Derecho comparado y con los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad*, deba continuar contemplándose algún tipo de pena privativa de libertad, y aquéllos en los que convenga la exclusiva previsión de una sanción pecuniaria y de inhabilitación.

b.2) Establecer un catálogo de *sanciones pecuniarias* acorde con el principio de *proporcionalidad*, congruente con el sistema general de las mismas en nuestro Derecho Penal (con especial atención a las innovaciones de la PANCP 90), pero capaz, a su vez, de disuadir frente al recurso (actualmente muy frecuente entre los demandados por este tipo de acciones) de preferir la vía penal a la vía civil³⁸.

c) En el ámbito de la legislación complementaria.

Existe un general consenso en que la previsión (complementaria, a estos efectos) del derecho a la rectificación, tal y como está regulada hoy en la Ley

(38) Como se sabe, la *PANP 90* (Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1990) se encuentra en estos momentos en fase de elaboración, residenciado todavía en la Sección especial formada al efecto en el seno del Ministerio de Justicia, habiéndose trasladado un primer *Borrador* a los diversos colectivos jurídicos interesados (Colegios de Abogados y Asociaciones de Jueces, Magistrados y Fiscales), y esperándose la finalización de su tramitación parlamentaria y consiguiente promulgación dentro de la corriente Legislatura IV (1989-1993).

Orgánica 2/84, de 26 de marzo, no merece revisión. Tanto en lo que se refiere a la regulación formal del ejercicio de este derecho, cuanto en lo que se refiere a la modalidad procesal que se contempla en caso de resistencia a facilitar el derecho por parte de cualquier medio (juicio verbal, muy ágil, breve y conciso), como en lo que se refiere al satisfactorio balance de su práctica hasta hoy, la Ley Orgánica 2/84 ha demostrado ser suficiente y adecuada.

Sí cabe, en cambio plantearse regular la articulación de la rectificación, por parte del medio de que se trate, para que sea considerada por el juez a la hora de determinar la responsabilidad civil y de cuantificar la indemnización.

2.2 Criterios sustantivos a considerar desde la perspectiva constitucional

Si el legislador desea analizar los distintos campos en que dispone de un margen de maniobra para perfeccionar el régimen jurídico aplicable a los alegados conflictos de *Dh* y *Lxc*, debe contar con los siguientes elementos:

a) Las *Lxc* forman parte del elenco de *DF* y *LP* más reforzado en la CE y en la generalidad de las Constituciones democráticas. No obstante, no son derechos ilimitados. Todos los *DF* y *LP* encuentran delimitaciones constitucionales impuestas (en nuestro caso: arts. 10 y 20.4 CE, y, por conexión, arts. 18 CE y 8, 9 y 10 CEDH, 12, 17 y 29 DUDH y 19 PP 66), e implícitamente inferibles de su cohesión con otros bienes e intereses constitucionalizados en diferentes niveles de garantía (—en especial, arts. 10 y 20.4 CE)³⁹.

b) Las *Lxc* se ejercen en el marco de las leyes, que no pueden lesionar su “contenido esencial”. Entre estas leyes es preciso tener en cuenta las civiles (arts. 1.092 y 1.902 CC), penales (tipos varios contra el honor: calumnias, injurias y desacatos) y laborales (principio de *buena fe contractual* como limitación a la libertad de expresión, sn. STC 67/82)⁴⁰.

c) Las *Lxc* ocupan un lugar especialmente cualificado en el sistema general de *DF* y *LP*, toda vez que constituyen asiento para el *pluralismo* y para la formación de la *opinión pública libre*, bienes éstos sin los que no resulta posible el régimen democrático⁴¹.

(39) Vid. J.F. López Aguilar, *Derechos Fundamentales*, cit., *passim*.

(40) Sobre el particular, ver I. de Otto, *cit.*

(41) Así viene proclamándose inintermitentemente desde la que llamaríamos “primera generación de Justicia Constitucional” sobre el respecto, a partir de las construcciones doctrinal-jurisprudenciales del TS americano. Véase, en tal sentido, L.W. Levy: “Liberty and the First Amendment”, *Constitutional Opinions*, NY, 1986. pp. 72 ss.

d) Esta *dimensión institucional* adquiere una fuerza especial en relación con los asuntos *públicos* que concitan un interés *objetivo* para la opinión pública, incluso cuando conciernen determinados aspectos de las acciones y conductas de las personalidades *públicas* que, en cualquier otro ciudadano, podrían ser considerados como ámbitos de la personalidad expresa o implícitamente sustraídos a cualquier tipo de injerencia⁴².

e) Resulta, pues, determinante, para la valoración como ilegítimas de las alegadas “intrusiones” en los Dh, la consideración simultánea de tres elementos del caso: 1) el *carácter público del asunto* y de los sujetos concernidos; 2) el *medio normalizado e institucional* para el ejercicio de las *Lxc* que haya podido dar lugar a acciones de reparación por una lesión al honor; 3) *el tipo de alegación ejercitada por las partes*, en relación con qué específicos derechos y bienes dignos de tutela⁴³.

Dentro de estas coordenadas, una reciente sentencia del TC (STC 105/90, de 6 de junio) viene a sintetizar, en su nivel más actual, los desarrollos jurisprudenciales más adecuados al tipo de enjuiciamiento que se expone:

a) El TC ha establecido una diferencia de trato jurisprudencial en la amplitud del ejercicio de los distintos derechos reconocidos en el art. 20 CE, según se trate de *libertad de expresión* (en el sentido de *emitir valoraciones u opiniones*), y *libertad de información* (en el sentido de *comunicar libremente hechos verificables*).

* a.1 La formulación de creencias u opiniones personales encuentra su único límite en la ausencia de expresiones absoluta e indudablemente injuriosas, carentes de relación con las ideas u opiniones que se expongan, además de innecesarias para la exposición de las mismas.

* a.2 La información sobre hechos que se pretenden ciertos se encuentra, en cambio, sujeta a la constitucionalizada cualidad de la *veracidad*, requisito que, obviamente, no puede exigirse por igual a evaluaciones *subjetivas* y a informaciones *objetivas*.

(42) Este posicionamiento constitucional, desprendido con nitidez meridiana en la STC 105/90, encuentra claros fundamentos en la doctrina cuajada en *Gannet Co vs. De Pasquale*, 99 US 2.898 (1979), o en *Richmond NewsP. Inc. vs. Virginia*, 448 Us 555 (1980).

(43) Compruébese, nuevamente, la relevante STC 105/90 y la jurisprudencia del TC allí citada; en la doctrina americana, acúdase a *Nebraska Press Association. vs Stuart* 427 US 539 (1976), o bien a *Oklahoma Press vs. Stuart* 430 US 308 (1977). También, por su parte, el TEDH ha hecho suyo este importante precipitado doctrinal a través de la SSTEDH *Sunday Times* (27 octubre 1978) y *Lingens* (8 de julio de 1986), sobre la base que presta el art. 10.2 del Convenio de Roma para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Desde un punto de vista teórico-filosófico, cfr. A. Pérez Luño: *Derechos humanos y Estado de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

b) El Tribunal Constitucional ha destacado que la protección de los derechos del art. 20 CE opera con mayor eficacia cuando las *Lxc* se ejercen sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, en asuntos cuyo interés público objetivo resulte reconocible, y como garantía del pluralismo democrático.

Correlativamente, esta eficacia se reduce si las *Lxc* se ejercen sobre personalidades no *públicas*, o sobre aspectos relativos a la intimidad privada de las *personalidades públicas*, carentes dichos aspectos de un interés público reconocido.

c) La protección de las *Lxc* alcanza un máximo nivel cuando vienen ejercitadas por los *profesionales* de la información a través de *medios de comunicación institucionalizados*, habiéndose prestado una atención suficiente a la exigencia constitucional de la *veracidad* de la información que se vierte.

d) La exigencia de la veracidad queda satisfecha cuando el informador ha actuado con la diligencia exigible en conformidad con los cánones de la profesionalidad informativa. La información errónea o no probada no necesariamente da lugar a responsabilidad, siempre que el informador actúe diligentemente, sin negligencia culposa y sin *animus difamandi o iniuriandi*⁴⁴.

A partir de estos criterios es posible reformar los aspectos sustantivos de la Legislación de protección civil de los *Dh*, en el sentido de prestar un más completo y avanzado suelo delimitador de su eficacia en relación con las variables contempladas:

a) Diferenciación de las distintas situaciones subjetivas contempladas (personalidades privadas/personalidades públicas; personalidades públicas en asuntos de interés público/personalidades públicas que alegan haber sufrido intromisión ilegítima en sus *Dh*).

b) Diferenciación de las distintas situaciones *objetivas* contempladas, (informaciones veraces/informaciones *no veraces*; a través de medio idóneo/ a través de medio no *idóneo*).

Estas innovaciones deben repercutir en la actividad enjuiciadora que corresponde a los jueces ante las alegadas vulneraciones de los *Dh* del art. 18 CE, especialmente en relación con el alegado ejercicio de las *Lxc* del art. 20 CE ⁴⁵.

(44) Sobre el vertido doctrinal aquí sintetizado, cfr. L. L. Guerra, *cit.*

(45) En este sentido, véase el excelente trabajo de M.A. Aparicio: "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional", *RCEC* 3, 1989, pp. 35-53. Ver también J.F. López Aguilar: "Problemas en la garantía (...)", *cit.* pp 76 ss.

Nos resta ahora atender los problemas procesales en las tres vías contempladas, así como la previsión de una articulación adecuada entre las mismas.

2.3 La cuestión procesal

Los problemas atinentes en la dimensión *procesal* de la protección de los Dh en su relación con las *Lxc*, se relacionan como sigue:

1. Problemas relativos a la coordinación de las vías civiles y penales.
2. Problemas relativos a la selección de *procedimientos* en cada una de estas vías.
 - a) La coordinación de las *vías civiles y penales* en los procedimientos de protección de los Dh. (A desarrollar).
 - b) La selección de los *procedimientos*:

Criterio constitucional general: Art. 120 CE (*principios de oralidad y de publicidad*).

2.a) Alternativas actualmente disponibles:

1) Remisión a los procedimientos contemplados en la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de *Protección Jurisdiccional de los DF de la Persona*, actualmente utilizada como expediente funcional equivalente al cumplimiento del mandato de regulación legislativa del “amparo judicial” por medio de un procedimiento “*preferente y sumario*” (art. 53.2 CE).

2) Remisión a alguno de los procedimientos especialmente concisos de entre cuantos se contemplan en la legalidad vigente (con o sin introducir modificaciones *especiales* en lo que hace a los plazos de sustanciación de trámites):

- a) Juicio Verbal (utilizado por la Ley Orgánica 2/84, de 26 de marzo, de *rectificación*).
- b) Juicio de Cognición (*LEC*).
- c) Juicio de Incidentes (*LEC* y Ley 62/78).

2.b) Alternativas pensables:

1) Dar cumplimiento al mandato del art. 53.2 CE, regulando nuevos procedimientos de gran brevedad y provistos de absoluta preferencia en los diferentes órdenes jurisdiccionales.

2) Remisión de estos litigios a los *procedimientos abreviados a contemplar en el marco* de la Reforma Procesal, introduciendo provisiones especiales en lo que se refiere a su absoluta *preferencia*.

3) Regular ex novo unos *procedimientos especiales*, breves y preferentes, para la tramitación de este tipo de procesos.

*** En todo caso, es nota común a las distintas opciones de que se dispone la de garantizar la cualidad de *preferencia* procesal. Esto podría conseguirse por medio de las siguientes técnicas:

1) Fijar los términos de relación de la adjetivación de “preferencia” (respecto de qué otros procesos se predica la preferencia), con eventual deducción de responsabilidad disciplinaria por su eventual inobservancia.

2) Instituir un *libro de Registro especial* por este tipo de procesos.

3) Prever asimismo mandato de escrupulosa observancia de los plazos procedimentales señalados por la Ley, así como deducción de sanción disciplinaria por sus incumplimientos: la rapidez en la tramitación de estos procesos debe su fruto tanto de su preferencia como de la eficaz observancia y cumplimiento de los plazos.

III. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

En atención al análisis que ha sido desarrollado, podemos intentar ahora ofrecer la proposición de unas *CONCLUSIONES* básicas, a modo de materiales para el acometimiento de una labor de redacción de ulteriores e hipotéticas propuestas legislativas que se demostraren acordes con los *OBJETIVOS* fijados:

a) Asegurar la preferencia de un *procedimiento civil rápido y diligente*, conducente a la obtención de prontas indemnizaciones.

b) Asegurar la vigencia del *principio de subsidiariedad*, de forma que, en concordancia con los principios vertebradores de la más actualizada ciencia

jurídico-penal, sólo excepcionalmente entre a jugar el Derecho Penal objetivo y procesal en lo que hace a la defensa de los derechos al honor, intimidad y propia imagen (*Dh*),

CONCLUSIONES

1ª) Cumple al legislador *proceder a la eliminación de las penas privativas de libertad previstas para los delitos y faltas de injurias y calumnias*, así como *proceder a su sustitución por penas pecuniarias y por penas accesorias de inhabilitación* para ejercer la profesión periodística, cuando proceda. Ello se efectuará con las excepciones absolutamente puntuales en relación con los delitos contemplados en el Capítulo VIII del Título II del Libro II del *CP*. En relación a estos últimos delitos procede, no obstante —en una fase ulterior del proceso de debate para la revisión de la normativa completa del *CP*— emprender una completa transformación en orden a la eliminación de aquellos tipos llamados “impropios” que no constituyen desacato sino tipos agravados de injurias o calumnias en atención a la especial consideración que merece el sujeto pasivo (funcionario, ministro o autoridad).

2ª) El legislador debería *proceder a establecer formalmente la autonomía y preferencia de la vía jurisdiccional civil* como cauce idóneo de reparación en todos aquellos casos de alegada lesión contra los *Dh*; ello no impide que en la medida en que los hechos revistan apariencia de delito, se pueda incoar procedimiento ante la jurisdicción penal (de oficio o a instancia de parte) con el consiguiente efecto de paralización del pleito civil.

3ª) En la modificación de las leyes *Orgánica de Protección Civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y del Código Penal*, el legislador debería *proceder a la fijación de un sistema de fuertes indemnizaciones económicas para el caso de resultar declarado responsable de una efectiva vulneración de esos derechos*.

4ª) El legislador *debería fijar los mecanismos de determinación de la responsabilidad sucesiva, inmediata y directa de las empresas propietarias de los medios de comunicación* a través de los cuales vinieren producidas las referidas lesiones a los *Dh*.

5ª) Se debería asegurar la *máxima celeridad en la tramitación de estos procesos en los órdenes jurisdiccionales civil y penal*, partiéndose, en lo civil, del procedimiento hoy contemplado para los *Juicios Verbales* (Libro II, Título II, Cap. IV, LEC), y, en lo penal, del *procedimiento penal abreviado* regulado

por la LO 7/88, de 28 de diciembre, eliminando si fuera necesario aquellas disposiciones que puedan producir dilaciones innecesarias.

6ª) Se debería proceder a eliminar, en la redacción de las Leyes Orgánica 1/82, Orgánica 2/84, reguladora del derecho de rectificación, 62/78, de *PJDFP*, y de *Enjuiciamiento Criminal*, cualquier cláusula o disposición que pudiera resultar equívoca respecto a la articulación de los nuevos procedimientos o bien reavivar la tendencia a la producción de reenvíos entre los distintos órdenes jurisdiccionales, así como en cuanto a la eventual reserva de acciones en los respectivos órdenes civil y penal⁴⁶.

* * *

Creemos, en fin, que si se actúa en la dirección y sentido aquí propuestos, muchos de los actuales índices de conflicto y de litigiosidad suscitados a propósito de la aparente “colisión” de tan destacados *DF* y *LP* como, sin duda, son los que han inspirado las cuestiones abordadas a lo largo de este estudio, caminarían por senderos menos confrontacionales y mucho más consonantes con el espíritu y la lógica del Estado de Derecho y la democracia avanzada que estamos consolidando. Al mismo tiempo, y con certeza, ello coadyuvaría a la cristalización de un corpus jurisprudencial no solamente auspiciado por el intérprete supremo y cualificado de la Constitución española –vale decir, el *TC*–, sino, lo que es más importante, por la totalidad de los órganos jurisdiccionales inscritos en el Poder Judicial que la *Lex Leguum* instituye como indiscutible garante de su eficacia cotidiana y de su virtualidad.

(46) Ver J. García Morillo: *El amparo judicial de los DF*, MJust., Madrid, 1985.