

# Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

*Núm. 19 - Abril 2014*



---

**Revista d'Estudis  
Autonòmics i Federals**

**Núm. 19 - Abril 2014**

Revista semestral

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

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

[www.gencat.cat/iea](http://www.gencat.cat/iea)

**Subscripcions**  
reaf@gencat.cat

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

*En la web del IEA está disponible  
la versión en castellano de los  
artículos publicados en catalán  
en este número.*

**Disseny gràfic**  
Marquès Art Gràfic, S.L.

**Maquetació**  
Entitat Autònoma del Diari Oficial  
i Publicacions

Dipòsit legal: B 32644-2012

**Director**

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

**Secretari**

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

**Comitè de Redacció**

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

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

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

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

**Indexació**

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

---

# Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

*Núm. 19 - Abril 2014*

ISSN 2014-8656

---

## **Comitè Científic**

Eliseo Aja Fernández  
*Catedràtic de Dret Constitucional  
de la Universitat de Barcelona*

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

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

Xavier Arbós Marín  
*Catedràtic de Dret Constitucional  
de la Universitat de Barcelona*

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

Mercè Barceló Serramalera  
*Catedràtica de Dret Constitucional  
de la Universitat Autònoma de  
Barcelona*

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

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

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

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

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

Pedro Cruz Villalón  
*Catedràtic de Dret Constitucional  
de la Universitat Autònoma de  
Madrid*

Víctor Ferreres Comella  
*Professor titular de Dret  
Constitucional de la Universitat  
Pompeu Fabra*

Joaquim Ferret Jacas  
*Catedràtic de Dret Administratiu  
de la Universitat Autònoma de  
Barcelona*

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

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

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

---

Manuel Gerpe Landín  
*Catedràtic de Dret Constitucional  
de la Universitat Autònoma de  
Barcelona*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Coordinació editorial**

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



---

# Sumari

<b>“DIVIDING SOVEREIGNTY”: FEDERALISMO Y REPUBLICANISMO EN LA TEORÍA POLÍTICA DE JAMES MADISON</b>	
Ramón Máiz . . . . .	11
<b>CITTÀ METROPOLITANE E PROVINCE IN ITALIA: ORGANI, FUNZIONI FONDAMENTALI ED ESIGENZE DI RIDUZIONE DELLA SPESA</b>	
Giovanni Coccozza . . . . .	67
<b>LA DIRECTIVA 2004/38/CE Y LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE EL DISFRUTE DE LAS PRESTACIONES SOCIALES: ¿FRENO AL AVANCE EN MATERIA SOCIAL O ADECUACIÓN A LOS INTERESES DE LOS ESTADOS?</b>	
Natalia Caicedo Camacho . . . . .	96
<b>LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO. EN PARTICULAR, EL PRINCIPIO DE EFICACIA</b>	
Joaquín Tornos Mas . . . . .	144
<b>PRINCIPI DEMOCRÀTIC I JUSTIFICACIÓ CONSTITUCIONAL DEL DRET DE DECIDIR</b>	
Josep Maria Vilajosana . . . . .	178
<b>PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y DERECHO A DECIDIR</b>	
José J. Jiménez Sánchez . . . . .	211
<b>COMPETÈNCIES AUTONÒMIQUES EN MATÈRIA DE JUSTÍCIA: ESTAT DE LA QÜESTIÓ</b>	
Albert Capelleras González . . . . .	234

---

**¿ES ESPAÑA UN ESTADO CASI-FEDERAL EN POLÍTICA CULTURAL? ARTICULACIÓN Y CONFLICTO ENTRE LA POLÍTICA CULTURAL DEL ESTADO CENTRAL Y LA DEL GOBIERNO DE CATALUÑA**

Joaquim Rius, Mariano Martín Zamorano . . . 274

*En la web del IEA ([www.gencat.cat/iea](http://www.gencat.cat/iea)) está disponible la versión en castellano de los artículos publicados en catalán en este número de la REAF.*



---

## Autors

### **Natalia Caicedo Camacho**

Professora ajudant del Departament de Dret Constitucional i Ciència Política de la Universitat de Barcelona, és doctora en Dret amb menció europea per la UB, amb una tesi sobre l'accés als serveis socials per part de la població immigrant. Col·labora amb l'Institut de Dret Públic de Catalunya, on ha publicat, conjuntament amb Joan Vintró, l'apartat relatiu a Catalunya de l'*Informe de Comunitats Autònomas* (2007, 2008, 2009, 2010, 2011). Ha realitzat estades de recerca a la Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa i al Center on Migration, Policy and Society de la Universitat d'Oxford. L'Institut d'Estudis Autònoms li va concedir una beca per dur a terme una recerca al Canadà sobre "El paper dels *immigration agreements* en les competències de les províncies en la integració de la immigració".

### **Albert Capelleras González**

Llicenciat en Dret (Universitat de Barcelona) i en Ciències Polítiques i Sociologia (Universitat Autònoma de Barcelona), és funcionari del cos superior de la Generalitat de Catalunya i del cos d'advocacia. Des de 2008 és director de l'Oficina del Govern. És autor d'un treball de recerca sobre competències autonòmiques en matèria d'Administració de justícia (2005), elaborat en el marc d'un curs de doctorat en dret públic a la Universitat Pompeu Fabra, i de diverses publicacions sobre l'Administració de justícia i la legislació sobre la presidència de la Generalitat i el Govern.

### **Giovanni Cocozza**

Professor de Dret Administratiu de la Università degli Studi di Napoli Federico II. Ha publicat diferents assaigs sobre l'activitat administrativa, amb especial referència als mecanismes de presa de decisions de l'Administració pública, les relacions entre els procediments administratius i de control

---

de constitucionalitat, el procés administratiu i el principi de tutela judicial efectiva, i l'autonomia local. És autor de la monografia *La decisione plurale in conferenza di servizi*.

### **José J. Jiménez Sánchez**

Doctor en Dret per la Universitat de Granada, és professor titular de Filosofia del Dret. Va ampliar els estudis a les universitats de Frankfurt, Edimburg, Indiana, Nou Mèxic, Stetson i Alberta. Ha participat en el Virtue Project on Human Rights, finançat per la Comissió Europea, i ha estat director adjunt d'*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Ha publicat articles sobre els drets humans ("Una genealogía de los derechos humanos", 2003), el nacionalisme ("Democracia y nación", 2003; "Nationalism and the Spanish Dilema: The Basque Case", 2006; "¿Hegel en Kosovo? Reflexiones sobre la independencia de Kosovo", 2008), la democràcia ("A Limited Democracy", 2004; "La voluntad de la mayoría. La filosofía política subyacente en la crisis constitucional española", 2007), la democràcia i l'opinió pública ("La opinión pública", 2005; "The Ruins of the Enlightened Public Sphere", 2006), la sobirania ("Sobre el poder soberano", 2006; "El acto del origen y la soberanía nacional en la Constitución de 1978", 2010), i les relacions internacionals ("Peace as the End of the Republic", 2012).

### **Ramón Máiz**

Catedràtic de Ciència Política de la Universidade de Santiago de Compostela, els seus camps d'investigació principals són nacionalisme i federalisme comparat, i teoria política. Ha publicat a revistes com ara *Regional and Federal Studies*, *Nationalism and Ethnic Politics*, *Journal of Political Ideologies*, *Studies in Ethnicity and Nationalism*, *Nations and Nationalism*, *Revista de Estudios*

---

*Políticos i Révolution Française*. Els seus darrers llibres publicats són *Democracy, Nationalism and Multiculturalism* (2004), coeditat amb Ferran Requejo; *Ethnicisme et Politique* (2005), coeditat amb Jean Tournon; *Nación y Revolución: la teoría política de E. Sieyès* (2007); *Emmanuel J. Sieyès: escritos y discursos de la Revolución* (2007); *A Arte do Imposible* (2012), i *The Inner Frontier* (2012). És membre del Committee on Ethnicity and Politics de l'IPSA i del comitè editorial de *Pôle Sud* i *Nationalism and Ethnic Politics*.

### **Mariano Martín Zamorano**

És doctorand en Gestió de la Cultura i el Patrimoni al Centre d'Estudis sobre Cultura, Política i Societat (CECUPS) de la Universitat de Barcelona amb la tesi titulada "La paradiplomacia cultural de Catalunya, entre el nacionalismo y el internacionalismo. Tensiones y reconfiguraciones en la política cultural exterior contemporánea", sota la codirecció d'Arturo Rodríguez Morató i Salvador Giner de San Julián.

### **Joaquim Rius**

És investigador postdoctoral al Centre d'Estudis sobre Cultura, Política i Societat (CECUPS) de la Universitat de Barcelona. El 2005 va presentar una tesi doctoral, dirigida per Arturo Rodríguez Morató (UB) i Pierre-Michel Menger (École des Hautes Études en Sciences Sociales, EHESS), sobre les polítiques culturals locals. Els seus interessos d'investigació s'han centrat en l'estudi dels patrons d'organització i interacció dels sistemes de la política cultural. És autor de diferents articles i llibres sobre la influència en els processos de *nation building* de les polítiques culturals, les estratègies emprenedores i la instrumentalització de la cultura com a factor de desenvolupament local.

---

### **Joaquín Tornos Mas**

Llicenciat en Dret i en Ciències Econòmiques per la Universitat de Barcelona, i doctor en Dret per la Universitat de Bolonya, és catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona, degà de la Facultat de Dret d'aquesta universitat entre 1987 i 1992, expresident del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya i advocat. És autor de nombroses publicacions en matèria de dret administratiu.

### **Josep Maria Vilajosana**

Catedràtic de Filosofia del Dret a la Universitat Pompeu Fabra, és autor d'una desena de llibres, entre els quals els més recents són *Vida i pensament de Ramon Martí d'Eixalà* (2011), *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas* (2010), *Identificación y justificación del derecho* (2007) i *L'obediència de les lleis* (2006). Membre del comitè científic de les revistes acadèmiques *Diritto e Questioni Pubbliche*, *Journal of Catalan Intellectual History*, *Analisi e Diritto*, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* i *Fair Play*, és, des de 2010, degà de la Facultat de Dret de la UPF.

# “DIVIDING SOVEREIGNTY”: FEDERALISMO Y REPUBLICANISMO EN LA TEORÍA POLÍTICA DE JAMES MADISON

**Ramón Máiz**

Catedrático de Ciencia Política de la Universidade de Santiago de Compostela

Juan Linz (1926-2013)  
*in memoriam*

“In the extent and proper structure of the Union, therefore, we behold a republican remedy for the diseases most incident to republican government. And according to the degree of pleasure and pride we feel in being republicans, ought to be our zeal in cherishing the spirit and supporting the character of federalists.”

J. Madison, *The Federalist* n.º 10

SUMARIO: 1. La crisis de la Confederación (1780-1787). – 2. El proceso constituyente y la Convención de Filadelfia. – 3. *El Federalista*: un gobierno ni enteramente nacional, ni enteramente federal. – 4. La ruptura final y la creación del sistema de partidos. – Bibliografía. – *Resumen – Resum – Abstract.*

---

El pensamiento político federalista proporciona diversas teorías *explicativas* de los mecanismos, diseños institucionales, procesos y rendimiento de las federaciones, y asimismo teorías *normativas* varias que proporcionan un horizonte interpretativo, un ideal político: la visión federal. Esta última inspira de modo explícito o implícito las preguntas de investigación de los programas de orientación empírica y compara-

---

*Artículo recibido el 02/10/2013; aceptado el 05/12/2013.*

El autor desea dejar constancia expresa de su agradecimiento por las detalladas sugerencias y críticas a una primera versión de este artículo realizadas por dos *referees* anónimos de la revista, las cuales se han tratado de incorporar en la versión final en la medida de lo posible.

da. La teoría normativa del federalismo, a su vez, se halla inscrita en una rica y compleja tradición republicana-federal de la que resultan deudores muchos de sus argumentos y proposiciones. El conocimiento de esa tradición deviene requisito indispensable, en razón de sus múltiples y valiosas aportaciones conceptuales y normativas, para el desarrollo sistemático de una teoría contemporánea y contextualizada, atenta a los problemas del presente. Dicho de otro modo, la dimensión histórico *hermenéutica*, si bien no suficiente, resulta imprescindible para que la contemporánea elaboración *teórico-normativa* no proceda en el vacío. El déficit interpretativo, el desconocimiento y olvido de la tradición federal-republicana, de sus principales conceptos, argumentos y principios, puede hipotecar la construcción rigurosa de una teoría política federal actualizada, exigente y a la vez plausible, facilitando su ajuste adaptativo a la realidad contradictoria de “los hechos”.

Pues bien, la frecuente interpretación reduccionista, deturpada o cuando menos parcial de la poderosa teoría federal –explicativa y normativa– de James Madison, deudora aquella de la evolución posterior, presidencialista y centralizada, del sistema político norteamericano (Riker, 1987: 4), constituye un caso ejemplar de esto último. Una cabal comprensión de la teoría política de Madison requiere no solamente atender debidamente a su liderazgo intelectual entre los Padres Fundadores, sino asimismo dar cuenta de la compleja arquitectura y evolución de su pensamiento desde 1780 hasta su retiro en 1817 y contextualizar, en el seno de esa larga trayectoria política e intelectual, los artículos publicados en defensa de la Constitución en el año 1787 y 1788, posteriormente editados como *El Federalista*. A tal efecto resulta de todo punto preciso analizar los desarrollos, matices y correcciones de su teoría política en el contexto de las sucesivas coyunturas, desde la Confederación, pasando por el debate de la Constituyente, hasta la creación del primer partido republicano (demócrata republicano) en los Estados Unidos de América. Esto es, debe procederse a una lectura del más conocido texto, *The Federalist*, a la luz de una investigación directa sobre otras muchas fuentes: *The Debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America* (Madison, 2007), *The Records of Federal Convention of 1787* (Farrand, 1937, 1966), así como las colecciones *The Writings of James Madison: 1783-1787* (Madison, 1900-1910) y *The Papers of James Madison* (Madison, 1962-actualidad). Solamente atendiendo al completo itinerario de su obra y sus acuerdos y diferencias con las otras dos figuras mayores de la época –Jefferson y Hamilton– podrá proporcionarse una visión aquilatada y precisa de sus más importantes argumentos

y abandonar algunos lugares comunes que vienen repitiéndose por inercia, falta de estudio sistemático o sesgos interesados de varia índole. En este artículo, argumentaremos que la sólita interpretación de la teoría política de Madison centrada en *El Federalista* resulta no solo limitada y pobre, sino distorsionadora de su original pensamiento.

En primer lugar, mostraremos que no se sostiene la tesis de la radical discontinuidad entre un supuesto primer Madison “nacionalista” (década de 1780), partidario de la ampliación y reforzamiento ilimitado de los poderes de la Unión, y un “segundo” Madison (década de 1790) defensor de los derechos de los Estados y creador del partido republicano en oposición a los “federalistas” (Brant, 1941-1961; Beard, 1913; Diamond, 1959; Elkins & McKritick, 1993). Por debajo de los innegables cambios de su pensamiento urgidos por las diferentes coyunturas y la propia maduración intelectual y política, existe un doble hilo conductor subyacente a su entera trayectoria: 1) el *republicanismo*, centrado en el control popular, en el protagonismo de “the people themselves”, y el diseño institucional de un sistema parlamentario con supremacía del legislativo (*Virginia Plan* y *El Federalista* n.º 10) y división de poderes (*El Federalista* n.º 39 y 51), así como la cultura política que hace posible la república en un extenso país; 2) el *federalismo* entendido como solución republicana de equilibrio inestable y síntesis de autogobierno y gobierno compartido, unidad y diversidad; en sus propios términos: como gobierno “parcialmente nacional, parcialmente federal”. A este respecto, quizás la lección más importante de Madison resida precisamente en esta “happy combination” (*El Federalista* n.º 10), en el relieve y aún la necesidad del federalismo para la construcción de la democracia republicana en un país moderno.

En segundo lugar, comprobaremos que la sólita lectura de *El Federalista* centrada en el número 10 y el tema de las “facciones” (Diamond, 1959; Dahl, 1956) simplifica y distorsiona la compleja interacción entre representación y deliberación, entre el gobierno de la Unión y el de los Estados, incluso entre las ideas de “interés” y “virtud cívica”, constitutivas todas ellas del pensamiento de Madison. Esencial en esta perspectiva es la desconsideración de textos clave del autor, muchos de ellos no publicados, como “Of Ancient and Modern Confederacies”, de 1787, los artículos en la *National Gazette* de 1791 y 1792 y las correspondientes “Notes on Government”, o, en fin, las “Virginia Resolutions” de 1798 y el *Report on the Alien and Sedition Acts* de 1800, amén de su voluminosa correspondencia. La lectura de *El Federalista* ha resultado, en muchas ocasiones, deudora del paradigma dominante en la ciencia política. Así, durante años predominó una

interpretación pluralista centrada en los *grupos de interés* y elaborada a partir del número 10 (Dahl, 1956). Sin embargo, el “retorno de las instituciones” a la ciencia política y el neoinstitucionalismo (Grofman & Wittman, 1989) ha contribuido de modo visible a una lectura mucho más modulada de los problemas y diseños *institucionales*, tanto en el ámbito del republicanismo (separación de poderes, control popular) como del federalismo (sistema ni completamente nacional, ni completamente federal), de la mano en este caso de una nueva centralidad hermenéutica de los números 39 a 51 (Ostrom, 1987, 1991; Kernell, 2003), así como en textos posteriores como las “Virginia Resolutions” (Bednar, 2009).

En tercer lugar, argüiremos que el antagonismo teórico político fundamental de la época se sustancia entre Madison y Hamilton, y no entre Madison y Jefferson (Ostrom, 1987: 197). Estos últimos, en efecto, se encuentran, desde sus respectivas posiciones, muy cerca en sus temores sobre las consecuencias antirrepublicanas y centralistas de la “commercial society” y el “vigor of government” (*El Federalista* n.º 1) defendida por Hamilton y el abierto desdén de este último por la república, los derechos de los Estados e incluso la separación de poderes, como puede constatarse en su inicial propuesta constitucional en la Convención (Farrand, 1966 I: 283-300). Será, precisamente, la proximidad teórica y política de fondo entre Madison y Jefferson en torno a la idea de Estado y de nación americanos la que estará en la base de la creación, entre la primera y la cuarta legislatura, del partido republicano de oposición frente a la “consolidación” centralista y presidencialista de la Unión, y la que generaría el nacimiento del sistema de partidos norteamericano (Hofstadter, 1969; Aldrich, 2013; Schofield, 2003; Ferejohn, 2003), así como la competición política democrática moderna (Shapiro, 2009: XI). El Partido Republicano se denominará en breve *Partido Demócrata Republicano*, y en 1828, ya con Andrew Jackson, *Partido Demócrata*.

En cuarto lugar, se verá cuán excesivo resulta postular, como han sostenido muy eminentes autores, el abandono del republicanismo y el ideal de la Revolución por parte de Madison a partir de la Convención (Wood, 1969: 513-539) para abrazar un liberalismo elitista y delegativo, temeroso de las mayorías, al servicio de las clases pudientes. Por el contrario, su fidelidad a la Revolución y al experimento republicano de una “Compound Republic” (Pocock, 1965), se traducen en una permanente preocupación por la construcción de un sistema parlamentario con hegemonía de la Cámara de Representantes, por la opinión pública, por la libertad entendida como control popular y participación



política, por la defensa a ultranza del control del gobierno y de la distribución de la soberanía en el federalismo, siempre bajo la tutela de “the people themselves”.

En quinto lugar, mostraremos que frente a la versión liberal, que resalta unilateralmente el influjo de Locke en la obra de Madison, y la versión republicana, que enfatiza el seguimiento (Pocock, 1965) o la traición (Wood, 1969) al republicanismo o humanismo cívico, en Madison encontramos una compleja y creativa síntesis con elementos de varia procedencia. En efecto, su pensamiento resulta deudor de un conocimiento exhaustivo de la Ilustración escocesa, Hume sobre todo (*El Federalista* n.º 10), adquirido de la mano de su maestro en Princeton John Witherspoon (Dougherty, 2003; Israel, 2011), pero también de Adam Smith. A todo ello debe añadirse la tradición republicana clásica, que matiza en una síntesis liberal-republicana el legado de Locke (Zuckert, 1994: 183). Por último, no debe olvidarse el aporte del republicanismo contemporáneo de Condorcet en lo referente al problema de la representación política. No hay que obviar, sin embargo, que, deudor de un republicanismo centralista francés, Condorcet rechaza abiertamente, en *Lettres d'un bourgeois de New Haven à un citoyen de Virginie, sur l'inutilité de partager le pouvoir législatif entre plusieurs corps*, tanto el bicameralismo como el federalismo (Condorcet, 1986: 203-273).

En las páginas que siguen analizaremos estos aspectos desde la evolución de la teoría federal de Madison, deudora de contextos políticos muy cambiantes, centrándonos en cuatro coyunturas críticas que condicionan de modo notorio sus posiciones: 1) La crisis de la Confederación; 2) La Convención de Filadelfia; 3) La defensa de la Constitución en *El Federalista*; y 4) la ruptura final con Hamilton y la creación del primer sistema norteamericano de partidos. De este modo intentaremos dar cuenta de las continuidades y los cambios, al tiempo que procuraremos no forzar, con un análisis en exceso estructural, la coherencia sistemática de un pensamiento en constante flujo e interacción política con el devenir del “experimento americano”.

## 1. La crisis de la Confederación (1780-1787)

Desde su incorporación al Congreso Continental en 1780, Madison se movió en una constante tensión política entre, por una parte, la defensa de los intereses de su Estado (Virginia), y por otra la adecuada institucionalización del sistema político de los Estados Unidos, siempre

desde la fidelidad a la Revolución republicana. Desde su perspectiva, la garantía de los derechos de los Estados tenía tanto relieve como la necesidad de que el Congreso dispusiera de poderes efectivos. Este difícil equilibrio personal, político e intelectual entre el autogobierno de los Estados y el gobierno compartido en la Confederación impide que podamos, como tantas veces se ha hecho a partir de la monumental y aún indispensable biografía de Brant (Brant, 1941-1961), considerar a Madison como un miembro más del grupo de los "nacionalistas", comandados por Morris (Jensen, 1950; Diamond, 1961; Elkins & Mc-Kritick, 1993), o bien como el inventor del "federalismo centralizado" (Riker, 1987: 17). De hecho, todo lo contrario, como investigaciones más recientes han puesto de relieve (Rakove, 1990, 1997; Banning, 1995; McCoy, 1989) en estos años se prefiguran ya posiciones que estarán en la base de su posterior distanciamiento con Hamilton y su alianza política con Jefferson. La común autoría de *The Federalist* ha conducido de modo reiterado a una distorsionada lectura de la obra del virginiano y a una minusvaloración de las sustanciales diferencias políticas que, por debajo de acuerdos parciales, desde el comienzo de la década de 1780 separaban a Madison de Hamilton.

Madison, como Jefferson, fue siempre muy crítico con la Confederación por las razones varias que luego se detallarán, tanto en lo que se refiere al funcionamiento de la Unión como al comportamiento de los legislativos de los Estados, y en consecuencia fue firme partidario de avanzar de modo decidido hacia una federación. Pero no debe extraerse de esta posición crítica la tesis de que, de la mano de Hamilton, abraza un modelo alternativo de federalismo de corte centralista hacia lo que se denominaba, en la época, la "consolidación", esto es, la edificación de un gobierno central todopoderoso que volviera residuales los poderes de los Estados miembros. Muy significativa de sus posiciones iniciales resulta la actividad desarrollada durante su participación en el Comité de Asuntos Exteriores del Congreso en los primeros ochenta. En 1781, por ejemplo, nuestro autor escribió un primer texto denominado "Proposed Amendment of the Articles of Confederation" (JMP 3: 17-19), en el cual se recomienda una reforma constitucional que autorizase al Congreso a emplear "la fuerza de los Estados Unidos" para conseguir que los Estados cumplieren con sus "obligaciones federales". Ahora bien, pese al lenguaje empleado, una lectura detenida del texto muestra que, lejos de defender un reforzamiento centralista de los poderes de la Confederación mediante la dotación de prerrogativas excepcionales al Congreso, dos importantes aspectos modulan su propuesta: 1) se trataba de una medida concreta

y coyuntural ante la inacción de Nueva Inglaterra, que dejaba al Estado de Virginia en peligro ante una inminente invasión del Sur, y 2) en ningún caso se postulaba la técnica de los “poderes implícitos” (*implied powers*) de la Confederación, sino la explícita enmienda constitucional, con el debate y quórum propios del ejercicio del poder constituyente constituido. Cuestión ésta última, la de los también denominados “implicit powers”, que, vulnerando a su juicio un estricto constructivismo constitucional, dará lugar, como veremos, a la confrontación años más tarde con Hamilton.

Lo mismo puede decirse respecto a la propuesta de Morris en pro de la creación, ante la crisis económica, de un banco confederal controlador del sistema monetario. Madison se opondrá a la creación del banco con argumentos muy similares a los que empleará años más tarde ante similares intentos por parte de Hamilton: que ante todo constituía un peligro de excesiva centralización económica y política del sistema; en sus propios términos, una clara deriva hacia la “poisonous tendency of usurpation” (JMP 4: 22-23) por parte del gobierno central de los poderes de los Estados, y que, además, se trataba de una competencia no reconocida explícitamente al Congreso en los artículos de la Confederación.

En estas dos cuestiones, así como en otras igualmente significativas –como su oposición al control del comercio por parte del Congreso, ampliando a tal efecto los poderes de éste–, en la década de los ochenta la peculiar posición “nacionalista” de Madison en defensa de un gobierno nacional sólido posee muy claros límites: 1) defensa de los poderes del Congreso explícitamente concedidos por los artículos de la Confederación y, en su caso, reforma constitucional y negativa al uso de la cláusula de *poderes implícitos*; 2) crítica del comportamiento legislativo de algunos Estados, en razón de sus prácticas antirrepublicanas (vulneración de la libertad religiosa, por ejemplo) y antifederales (invasión o incumplimiento de competencias de la Confederación), pero defensa rigurosa de sus derechos de autogobierno (Banning, 1995: 26), y 3) fidelidad constante al ideario fundacional republicano y defensa del legado de la Revolución americana (Elkins & McKittrick, 1993: 79). Esta será siempre, desde 1781 y 1782, su posición en los años sucesivos, con los matices, algunos de ellos de relieve, que luego se verán.

La sustantividad de estas posiciones iniciales de Madison puede constatarse, por ejemplo, en su famoso discurso de 21 de febrero de 1783, con motivo del debate sobre la deuda y los impuestos. En efecto: también allí sostendrá que las medidas adoptadas no deben ampliar

los poderes del Congreso –“in no measure tending to augment the power of Congress”–, pues de hacerlo resultarán, a su entender, no solo innecesarias sino contrarias a la Constitución (Madison, 1999: 20). Este constructivismo estricto distancia a Madison, ya en los primeros años ochenta, tanto de Morris como de Hamilton, quien sostenía a la sazón que la deuda pública constituía un excelente instrumento para reforzar la Unión, así como para la creación de una elite política y económica estrechamente vinculada, en razón de sus intereses, al gobierno federal. Hamilton defendió de modo reiterado estas tesis en una serie de cartas públicas significativamente tituladas *The Continentalist* (Marienstras & Wulf, 2010: 68). Por el contrario, Madison nunca suscribió el doble núcleo del proyecto hamiltoniano, a saber: 1) respecto a *la idea de nación*, la defensa de una sociedad basada en el comercio, las manufacturas y un rápido proceso de urbanización, que en Hamilton puede rastrearse desde su opúsculo de 1775 *The Farmer Refuted* (PAH 1: 81-165), y 2) respecto al *modelo de Estado*, el uso de la reforma fiscal con propósitos centralizadores y el menoscabo sustantivo de los derechos de los Estados en favor de un gobierno central dominante y todopoderoso. Partidario, de forma progresiva, que no desde un comienzo, de una profunda transformación federal de la Confederación, Madison nunca fue un centralista partidario de la “consolidation”, ni un admirador del sistema administrativo, financiero e imperial inglés como Hamilton y Morris.

En 1783 Madison abandonó el Congreso Continental, siendo sustituido por su amigo Jefferson, y retornó al legislativo de Virginia para continuar las reformas emprendidas por éste, comenzando a partir de entonces una colaboración sistemática entre ambos basada en un acuerdo sustancial en los grandes temas. Muy especialmente, Madison compartía con Jefferson, no solo la defensa de los derechos y competencias del Estado de Virginia, sino la oposición al modelo que se pergeñaba en el horizonte: una progresiva centralización del sistema hegemónica por el nuevo “federalismo” hamiltoniano. Existía, además, una convicción compartida por ambos, de inequívoco trasfondo republicano, que se situaba en las antípodas de los planteamientos industrialistas, centralizadores, urbanos y militaristas de Hamilton, que pueden ya atisbarse desde su juventud veinteañera en el ya citado *The Farmer Refuted*. Madison será siempre ajeno al proyecto económico-político de Hamilton, vagamente inspirado en Hume, de “a concentration of capital as a New Power in the operation of Industry” (Elkins & McKittrick, 1993: 776). A esta perspectiva industrialista y urbana Madison contraponía la visión de la “compound

republic”, en la que se consideraba a los Estados Unidos como un país moderno pero eminentemente agrario, donde la actividad agrícola se complementara con el comercio, pero no con un acelerado despliegue de las manufacturas, garantizando la autonomía (“independence”) individual de los ciudadanos como base de la libertad republicana. Así, Madison y Jefferson, mediante un discurso compartido que teje una significativa red semiótica de oposiciones semánticas binarias (industria/agricultura, ciudad/campo, sobrepoblación/población reducida, desarrollo acelerado/desarrollo económico pausado, trabajo asalariado/pequeña propiedad campesina, etcétera), muestran un acuerdo temprano que deviene creciente complicidad y estrecha colaboración. Dicho acuerdo resulta patente tanto en una visión del federalismo no centralizada, que construya una Unión fuerte pero respetuosa con el autogobierno de los Estados, como en un modelo de democracia republicana representativa y deliberativa construida a partir la base local de una sociedad agraria, y no de aquella industrial y urbana que, muy lejos del mundo de Virginia, apuntaba en Estados como Nueva York. En buena medida, como señaló en su día el más notable de los estudiosos de este aspecto de su pensamiento: “Madison republic was in a race against time” (McCoy, 1980: 131). Es, sin embargo, la misma posición que sostendrá nuestro autor en sus artículos de la *National Gazette* de 1792 (Madison, 1999: 512).

Son, pues, diferencias de fondo no solo sobre el *Estado* (federal descentralizado en Madison, centralizado en Hamilton) sino sobre la *Nación* americana (agraria y comercial en Madison, industrializada, urbana y con vocación imperialista en Hamilton) las que inicialmente separan a los coautores de *El Federalista* desde los años ochenta, mucho antes de que estallaran en la década de los noventa con la creación de dos partidos políticos antagónicos. Esto no implica que las posiciones de Madison se mantengan incólumes con el paso del tiempo; por el contrario, cada coyuntura del proceso de la Revolución americana le plantea nuevos desafíos y respuestas. Por ejemplo, en una cuestión central: la necesidad misma de una *Convención constitucional* que, al principio, es juzgada por él como prematura, y que sin embargo se irá imponiendo de modo creciente en su perspectiva como perentoria necesidad, no solo en razón de la debilidad política estructural de la confederación, sino de la excesiva y sectaria labor legislativa de algunos parlamentos de los Estados.

Asimismo resulta relevante, en estos primeros momentos de su trayectoria, la posición de Madison respecto a la “tolerancia” y la libertad religiosa en los Estados. Algunos de ellos, comenzando por

la propia Virginia, de la mano de George Mason, postulaban en su legislación constitucional y ordinaria una idea de tolerancia muy restrictiva, de impronta lockeana, en la que la prohibición de determinadas opiniones religiosas se daba la mano con un indisimulado privilegio del protestantismo. Contra estas posiciones, Madison, en su anónimo, pero ampliamente divulgado, *Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments* (junio de 1785), defendió que “todos los hombres se encuentran igualmente dotados del más completo y libre ejercicio de la religión acorde con el dictado de sus conciencias” (Madison, 1999: 31). Así, la libertad religiosa se construye por parte de nuestro autor como un *derecho*, no como una mera *tolerancia* por parte del Estado. Además, Madison se oponía a la institucionalización de una religión oficial (*stablishment*), toda vez que, según su criterio, “en muchas ocasiones ha servido de soporte a los tronos y su tiranía y en ningún caso ha sido guardián de la libertad del pueblo” (Madison, 1999: 33). La idea de igual trato para todas las creencias, incluidas las ateas, no fue finalmente aceptada, pero constituye el eje de una posición que Madison mantendrá el resto de su vida. La distancia de su posición con respecto a la *Carta sobre la tolerancia* de Locke y la sintonía con el *Bill for Stablishing Religious Freedom* de Jefferson (Jefferson, 1984: 346) resultan muy ilustrativas. La secularización, la total separación de las esferas religiosa y civil, el derecho igual de toda creencia y, como trasfondo, la estrecha conexión entre la libertad política y la libertad religiosa, constituyen una de las bases centrales del republicanismo de Madison, presente desde la década de 1780 hasta sus fundados temores de haberlo infringido, al instituir bajo su presidencia, al hilo de la guerra de 1812, un día nacional de oración.

Llegados a este punto es preciso sintetizar los problemas que, a raíz de la experiencia de los últimos años, se acumulaban, a juicio de Madison, en el diseño y funcionamiento de la Confederación. También aquí encontraremos, por encima de otras diferencias, un esencial acuerdo de base con Jefferson en torno a varios principios. A saber: 1) frente a la debilidad del gobierno confederal –obligado a gobernar indirectamente a través de los Estados, los cuales frecuentemente bloqueaban la implementación de las políticas de la Confederación–, ambos postulaban la necesidad de un gobierno central que, estrictamente dentro de sus competencias, por decirlo en gráfica expresión de Jefferson, “camine sobre sus propias piernas” (Jefferson, 1984: 443), y 2) ni la euforia representativa ni la salvaguarda de los derechos de los Estados podían ocultar el hecho de que muchos parlamentos estatales abusaran de las mayorías y

oprimieran a las minorías en sus derechos económicos, políticos o religiosos, incurriendo en excesos que, por expresarlo también en términos de Jefferson, daban lugar a un verdadero “despotismo electivo” (Jefferson, 1984: 245).

En un escrito fundamental, *Vices of the Political System of the United States* (Madison, 1999: 69-80), Madison enumera los principales problemas de funcionamiento y diseño de la Confederación, tanto en su conjunto como en el interior de los Estados; entre ellos debemos destacar los siguientes:

1. Incumplimiento de los Estados de las prescripciones constitucionales e incapacidad de la Confederación de ejercer afectivamente sus competencias.

2. Invasión (“encroachment”) por parte de los Estados de las competencias de la autoridad confederal.

3. Violación reiterada de la legislación y los tratados internacionales de la Confederación (con Francia y con Holanda) por parte de los Estados.

4. Invasión competencial (“trespassing”) de los Estados de las competencias de otros Estados.

5. Falta de coordinación entre los Estados, y entre estos y la Confederación, en materias de común interés (por ejemplo: comercio, guerra).

6. Abusos de las mayorías parlamentarias y opresión de las minorías en los Estados en aspectos económicos (propiedad, impuestos) y religiosos (libertad de religión).

7. Incapacidad de sanción por parte de la Confederación al incumplimiento de la legislación confederal por parte de los Estados.

8. Ausencia de ratificación directa, y no solo parlamentaria, de los artículos de la Confederación por parte de los electorados de los Estados.

9. Exceso, mala calidad, cambio permanente, inseguridad jurídica e inconstitucionalidad confederal en la producción legislativa de algunos Estados.

Frente a todos estos problemas estructurales de la Confederación, Madison, a diferencia del grueso de los nacionalistas y especialmente de Hamilton, no postula una “consolidación” centralista del sistema, sino diversas soluciones federales a problemas de la Confederación que articularan de modo más equilibrado las dos dimensiones: autogobierno de los Estados y gobierno compartido en la federación. El resultado de ello es una capital transformación federal del concepto de *soberanía*, que ya no será concebida, frente a la tradición europea,



como un poder indivisible e ilimitado: “El gran desiderátum en lo que atañe al gobierno es una tamaña modificación de la soberanía que la vuelva suficientemente neutral entre los diferentes intereses y facciones, evitando que una parte de la sociedad invada los derechos de otra, y al propio tiempo se controle suficientemente a sí misma para no imponer un interés adverso al del conjunto de la sociedad” (Madison, 1999: 79). Esta crítica del concepto clásico, hobbesiano de la *soberanía* –“A Kingdom divided in itself cannot stand”, en *Leviathan*, 18– constituye la clave de bóveda de todo el diseño institucional del federalismo de Madison frente a la confederación. Su propuesta no contempla la construcción ni de un gran Estado soberano, ni de un conjunto de Estados soberanos vinculados por tenues e inestables lazos internacionales, sino el proyecto común de un Estado de Estados, con *soberanía compartida*, caracterizado por el abandono de la imagen jerárquica y piramidal del Estado Nación unitario y su reemplazo por un modelo horizontal de distribución de competencias, de autogobierno y gobierno compartido, de unidad y diversidad.

Debemos subrayar al menos dos consecuencias de esta propuesta en gestación en los años ochenta, que se prolongarán en las posiciones iniciales de Madison en la venidera Convención, y que quedan explícitas en una importante carta a Jefferson de 19 de marzo de 1787: 1) la necesidad de someter a referéndum popular la nueva Constitución, y 2) la muy polémica posibilidad de veto del gobierno central a las leyes de los Estados para evitar los aludidos “encroachments”, las reiteradas invasiones competenciales por parte de los Estados, habida cuenta que la mayor parte de las competencias ya estaban en manos de aquellos y no de la (con)federación (Madison, 1999: 63). Esta llamativa tesis del veto, motivada por la constante erosión del ya exiguo ámbito competencial de la federación en ausencia de una jurisdicción constitucional, no contará, sin embargo, con el beneplácito de Jefferson, quien temía, con razón, que el remedio fuese peor que la enfermedad.

Repárese, sin embargo, que la diagnosis federal de Madison, la correspondiente necesidad de superar la inoperante confederación, no se centra exclusivamente en la procura de equilibrio competencial entre la unión federal y los Estados, entre autogobierno y gobierno compartido, sino asimismo en la calidad democrática *interna*, republicana, de los sistemas políticos de los Estados. Por esta razón resulta preciso interpretar el horizonte de reforma del sistema que postula, en los días previos a la Convención de Filadelfia, sobre una doble base: 1) no la nacionalización y centralización de la federación, sino la procura de equilibrio efectivo entre autogobierno y gobierno compartido en



una nueva Unión, y 2) no el pánico elitista a las mayorías ni la “obsesión por el orden” de Hamilton (Elkins & McKittrick, 1993: 129) a costa de la democracia, sino el mantenimiento del ideal revolucionario y republicano del control popular (Madison, 1999: 532). En suma, Madison, por una parte, no desea un poder centralizado en el Gobierno de la Unión a costa de los Estados; por otra, no considera que sean problemas menores de la Confederación los que motivan su ineficacia, sino un auténtico déficit estructural de carácter federativo que atañe a las dos dimensiones: el autogobierno de los Estados y el gobierno compartido de la Unión. Debemos insistir, además, en la dimensión republicana del problema, pues ambas pretensiones, republicana y federal, se encuentran estrechamente conectadas en el pensamiento de Madison: es el suyo un federalismo (frente a la consolidación centralizadora) (Madison, 1999: 498) que requiere, en conexión interna, política y conceptual, el republicanismo (frente a un neoautoritarismo anglófilo y “monárquico”) (Madison, 1999: 530).

De ahí la permanente insistencia de Madison (Banning, 1995: 124, 129) en realizar las necesarias “concessions in favor of stable Government *not infringing fundamental principles*” (la cursiva es nuestra, R.M.) (Madison, 1999: 64). Esta búsqueda de una más efectiva Unión pero sin abandonar nunca los principios de la Revolución americana, esto es, basándose siempre “on republican principles” mediante el “enlargement of the sphere of the republic” (Madison, 1999: 78), constituye una capital diferencia entre Madison y otras posiciones políticas de aquel momento: por un lado, las extendidas “predilections of this country for the British Constitution” de Hamilton y sus “unrepublican solutions” (Madison PJM 10: 28); por otro, las tesis sostenidas por John Adams en el libro aparecido en 1787 *Defence of the Constitutions of the Government of the United States of America*. Unas y otras serán abiertamente criticadas por Madison como “unfriendly to republicanism” (Madison PJM 10:30). En definitiva, una más eficaz Unión, el tránsito de la confederación a la federación, es contemplada por Madison siempre a la luz de la mejora democrática de la naciente república americana como “Compound Republic” (*El Federalista* n.º 51). En su perspectiva, el federalismo era un diseño institucional destinado a reforzar el republicanismo en un moderno y vasto país como América, frente a la tesis clásica de que la república era solo apta para pequeñas comunidades del pasado o modernas naciones hipercentralizadas (“République une et indivisible”). Por el contrario, en su opinión, “so an extensive Republic meliorates the administration of a small Republic” (Madison, 1999: 79).

Esta doble dimensión republicana y federal de su pensamiento resulta imprescindible para entender las propuestas de Madison en la Convención. La propia asunción por su parte de la necesidad de una reforma constitucional en profundidad, la perentoria apertura de un verdadero poder constituyente, obedece a ambos tipos de razones: reforzar la Unión volviéndola más efectiva, pero manteniendo el autogobierno de los Estados, y actualizar el ideario republicano de la Revolución sin traicionar sus principios. En este intento, sin embargo, Madison no contaría con el beneficio de una contrastada experiencia; las repúblicas y confederaciones del pasado poco tenían que ver con un vastísimo país basado en la propiedad privada y en la igualdad formal de los ciudadanos varones blancos (Dahl, 2006: 213).

## 2. El proceso constituyente y la Convención de Filadelfia

El liderazgo de Madison en el proceso constituyente no se debe solo a su condición de autor de las iniciales propuestas de reforma constitucional, sino a dos condiciones más que se revelarán de peso a lo largo de todo el proceso constituyente y que suelen ser desatendidas. En primer lugar, preocupado desde su juventud por las ideas y el pensamiento político (Elkins & McKritick, 1993: 80), ante la inminencia de la labor constituyente Madison se encierra unos meses en Nueva York en premeditado aislamiento (“unsocial plan”) para estudiar y reflexionar sobre las federaciones y confederaciones presentes y pasadas. Su graduación de derecho en Princeton, y sus previas lecturas sistemáticas de teoría política (de Locke a Smith, Condorcet y sobre todo Hume) no eran, sin embargo, suficientes para la novedosa y experimental tarea de la Convención. Agudizada, al socaire de tan exigente coyuntura, su obsesión por “los principios y modelos de gobierno”, enviará a su amigo Jefferson, a la sazón embajador en París, un pedido de más de doscientas obras para profundizar especialmente en los aspectos federales en perspectiva histórica y comparada. Jefferson le mandó al cabo de unos meses un “literary cargo” con varios cientos de libros, descubiertos en sus visitas a las librerías de París. El resultado de la investigación sistemática durante varios meses de encierro –“my researches into the history of most distinguished confederacies”, como señalará en *The Debates in the Federal Convention of 1787* (Madison, 2007: 14)– es un cuaderno de anotaciones, *Of Ancient and Modern Confederacies*, en el que el autor realiza un escrutinio minucioso de

diversas constituciones, analizando pros y contras de los diferentes diseños institucionales (Suiza, Bélgica, Confederación Germánica, entre otras) (Madison WJM, vol. II, 1901: 369-390). De esta suerte, Madison, a partir de sus experiencias políticas y sus lecturas, será el miembro de la Convención con mayor formación y conocimiento de las diferentes soluciones posibles a los problemas planteados por lo que él considera como “the American experiment” (Madison, 2007: 13). Asimismo, posteriormente en *El Federalista* (por ejemplo: números 14 a 18), lejos de improvisar al hilo de la defensa de la Constitución frente a los antifederalistas, hará uso intensivo de los materiales y conclusiones de aquellos estudios previos.

En segundo lugar, la Convención dará lugar a un verdadero proceso de deliberación, no solo de negociación entre intereses, que clarificará y modificará las ideas previas de todos los asistentes, incluido el propio Madison. Al gusto por los matices y la precisión que le acompañaron toda su vida (Rakove, 1990), a la falta de afán de protagonismo y autoría intelectual, que tanto ha desorientado a muchos estudiosos, se añadirán los efectos innegables de un debate extraordinariamente rico en el seno de la Convención. El carácter deliberativo del proceso se traducirá en un acelerado aprendizaje, en el pulido y cambio de las ideas previas del autor, las cuales se encuentran sintetizadas en las resoluciones presentadas el 29 de mayo de 1787 en la Convención, conocidas como *The Virginia Plan* (Madison, 1999: 89-91).

En este documento encontramos expuestas las posiciones de Madison previas las deliberaciones de la Convención; en apretada síntesis: 1) El punto de partida era el ya apuntado en *Vices*; a saber: resultaba perentorio remediar el principal defecto estructural de la Confederación, el hecho de que ésta solo podía actuar a través de la intermediación de los Estados, sin poder controlar por medio alguno la implementación de las políticas centrales en temas de impuestos, tratados u otra legislación de ámbito nacional (comercio); 2) requerimiento de fidelidad explícita de los Estados a la nueva Constitución; 3) sistema parlamentario, esto es, supremacía del Parlamento sobre el ejecutivo, y estructura bicameral, integrada mediante representación proporcional de los habitantes libres o de las contribuciones de los Estados: una cámara baja de representantes elegida por el pueblo y un Senado elegido por el Congreso de entre personas nominadas por los Estados; 4) poder de veto del ejecutivo federal en caso de invasión de sus competencias por parte de los Estados y creación de un órgano de control de constitucionalidad (Council of Revision) con poder de veto suspensivo de las leyes de ámbito nacional y estatal; y 5) no se contemplaba, sin embargo, la posibilidad del origen

separado para un Ejecutivo fuerte, unipersonal y presidencialista, toda vez que se trataba, a su juicio, de edificar un *sistema parlamentario*, con la Cámara de Representantes como institución dominante (Samuels & Shugart, 2010: 23).

El desarrollo de los debates, sin embargo, modificó de modo importante la posición de Madison en el doble ámbito de su pensamiento, el federal y el republicano. Veamos uno y otro de modo sucesivo. En lo que se refiere al *federalismo*, la idea inicial de Madison es, desde un principio, la creación de un Estado de Estados (Unión) que, en el ámbito de sus competencias, actúe directamente sobre los ciudadanos y no a través de la mediación de los Estados, al tiempo que estos mantienen dosis sustanciales de autogobierno, reteniendo, de hecho, la mayoría de las competencias. Se trata de un novedoso sistema ni centralizado (“national”) ni confederal (“federal”), que preludia la posterior formulación de una federación “ni completamente nacional, ni completamente federal” que veremos en *El Federalista* (n.º 39). Esta solución, deudora a un tiempo del fracaso contrastado de la confederación y, no lo olvidemos, de su personal perspectiva política virginiana, lo alejará desde un comienzo de los nacionalistas extremos como Wilson, Morris o Hamilton. Las diferencias con este último resultan ahora muy llamativas, pues Hamilton sostendrá explícitamente, en contra de la “profunda transformación” y “división” de la soberanía postulada por Madison –y entre reiteradas declaraciones de anglofilia: “the British government was the best in the world”– el principio opuesto: “two sovereignties cannot coexist” (Farrand, 1966 1: 350-351). Esta anglofilia hamiltoniana, que enmarca teóricamente una visión centralista y de ejecutivo fuerte y presidencialista de la Unión, resulta rechazada por Madison en términos no muy diferentes de lo que había expresado Paine en su famoso escrito *Common Sense* (1776). En este último, no solo se criticaba el imperio colonial británico, sino su sistema político e instituciones básicas: la monarquía y el parlamento, desde una perspectiva republicana adaptada a las sociedades modernas (Kalyvas & Katznelson, 2008; Israel, 2011).

Al hilo del debate, Madison perfilará progresivamente su diseño “middle ground” de complejo y difícil equilibrio entre autogobierno y gobierno compartido, entre la dimensión nacional y la federal, a veces por propia iniciativa, en otras ajustando sus posiciones al resultado de los debates y las sucesivas votaciones. Podemos señalar al menos cuatro ejemplos de esto último: 1) la *elección del Senado* no será realizada por la Cámara de Representantes, sino por los parlamentos de los Estados y en número igual, de modo que el Senado representará

a los Estados y la cámara baja al pueblo; 2) eliminación del veto del ejecutivo central sobre todas las leyes de los Estados en caso de invasión por parte de éstos del ámbito competencial de la Unión; 3) frente al *ejecutivo colegiado*, admisión de un ejecutivo presidencialista mediante elección popular, pese a los temores iniciales de una “monarquía electiva”; 4) por último, Madison asumirá, pese a los temores derivados de la experiencia de la Confederación, el papel federal sustantivo que deben mantener los Estados *en cuanto Estados* y no simplemente en cuanto ciudadanos de los Estados.

En este orden de cosas, el *Gran Compromiso* de la Convención de Filadelfia, el acuerdo sobre la existencia de una Cámara de Representantes proporcional y un Senado de representación igual, frente al proyecto inicial de Madison, que deseaba un Senado asimismo proporcional, posee una importancia crucial en el diseño de la “república compuesta” y en la superación de los problemas de un sistema parlamentario con representación dual federal (de los ciudadanos y de los Estados). Madison consideraba este desafío como el fulcro de todo el edificio representativo multinivel de la futura Unión (Ostrom, 1987); a su juicio: “the great difficulty lies in the affair of Representation” (Farrand, 1966, 1: 321). A estos efectos puede constatarse el influjo de la teoría de Condorcet, que llega a Madison a través de las obras de éste que Jefferson, amigo del secretario de la Academia Francesa de Ciencias, le había conseguido en París, especialmente el *Essai sur l'application de l'analyse a la probabilité des décisions rendues a la pluralité des voix* (Condorcet, 1986: 9-177). En la obra de Madison encontramos pruebas fehacientes del conocimiento de al menos dos de las aportaciones de Condorcet: la teoría de la mayor probabilidad de acierto (“verité”) de una decisión cuanto mayor sea el número de participantes, de tal suerte que la deliberación y la decisión se mejora no por realizarse entre “los mejores”, sino con el mayor número posible de participantes en la misma (MacLean, 2003; Schofield, 2003, 2006), cuando “se pone en muchas manos” (*El Federalista*, n.º 10, 15 y 16), y la teoría de ciclos de las votaciones que subyace al bicameralismo madisoniano (*El Federalista*, n.º 41 y 52). De hecho, en el diseño de Madison el Senado debía cumplir no una sino dos funciones: 1) en el ámbito federal, la representación de los intereses plurales de los Estados en cuanto tales, y 2) en el ámbito republicano, como cámara de deliberación y transformación de las preferencias y los intereses en presencia (Rakove, 1996: 78). Así, en contra de una interpretación elitista muy extendida, la existencia de un Senado de *representación de los Estados en cuanto Estados*

constituye uno de los elementos centrales del modelo de Madison, eso sí, tras el debate de la Convención.

Por el contrario, Hamilton, ante el fracaso de la Confederación, postula desde el comienzo una alternativa nacionalista radical de consolidación de un gobierno fuerte y centralizado en la Unión, correlato de su proyecto de América como "Imperio". En los debates de la Convención sostendrá las mismas tesis que en *El Federalista*, n.º 15; a saber: el proyecto de un "national government" o, lo que es lo mismo, un poder hegemónico, un "superintending power" que "extienda la autoridad de la Unión hasta las personas de los ciudadano", sin contar en ningún momento con los Estados en cuanto Estados. Es precisamente la incorporación de los Estados "en sus capacidades corporativas o colectivas" la que se contrapone en todo momento, por parte de Hamilton, a un gobierno central directo sobre "los individuos", en el que se relega a aquellos a un papel puramente marginal. Por el contrario, en Madison encontramos un argumento "federal" muy diferente. Frente a la idea de que "federalismo" implica un poder centralizado y hegemónico, con competencias meramente residuales en manos de los Estados, se defiende una tan cuidadosa ("proper") como compleja distinción de tres tipos de competencias: 1) competencias exclusivas de la Unión; 2) competencias exclusivas de los Estados, 3) competencias compartidas entre la Unión y los Estados (Rakove, 1997: 193). En lo que se refiere al *republicanismo*, Madison se diferencia asimismo de Hamilton desde los primeros momentos del debate constituyente. Este último, en efecto, extremo que suele desconsiderarse en buena parte de la historiografía, llegó a afirmar de modo explícito en el curso de los debates que "no me considero partidario ("favorably") del gobierno republicano" (Farrand, 1966 1: 424). Lo cual, más allá del ardor retórico de los debates, se traducían en que, desde su perspectiva, un sistema representativo electivo para funcionar adecuadamente precisaba concentrar el máximo poder en la Unión y, a su vez, concentrar todo el poder de la Unión en el brazo ejecutivo presidencial, el menos controlable por el pueblo. Todo ello resulta especialmente visible, no solo en el entusiasmo presidencialista, sino en el debate inicial en torno al Senado. Mientras Hamilton, siguiendo abiertamente el modelo inglés, propone un Senado integrado por miembros a perpetuidad (Farrand, 1966 1: 289-292), Madison, en clave republicana, federal y deliberativa, propuso un Senado con mandatos no superiores a los nueve años (Farrand, 1966 1: 421-423).

Frente este desacuerdo sustancial con Hamilton, la sintonía entre Madison y Jefferson se acentúa con el paso del tiempo. Ambos, si

bien discrepaban en diversos extremos –en la concepción del republicanismo, más comunitario y participativo, de base local en Jefferson; en la necesidad de una declaración de derechos en la Constitución que Madison consideraba como impotente “barrera de pergamino” (*parchment barriers*)–, coincidían en aspectos fundamentales. Ante todo, compartían un mismo temor: que el reforzamiento excepcional del poder ejecutivo presidencialista, la creación de un único ejército permanente de la Unión y el proyecto de una banca nacional, elementos centrales del proyecto de Hamilton, constituían un programa contrarrevolucionario no solo de “consolidación” (centralista), sino de “monarquización” (antirrepublicana) del naciente sistema político de los Estados Unidos de América.

En este segundo orden de cosas, podemos comprobar, por ejemplo, como su diseño representativo estaba orientado por una perspectiva republicana en al menos tres aspectos esenciales. El primero de ellos es que Madison postula un *sistema parlamentario*, no presidencialista, en el que la Cámara de Representantes se configuraba como la institución dominante y el ejecutivo dependía de ella, esto es, no poseía un origen separado que le garantizara autonomía política (Kiewiet & McCubbins, 1991; Kernell, 2003; Samuels & Shugart, 2010). En segundo lugar, la centralidad del control popular, de la opinión pública y del protagonismo de la ciudadanía. Como Madison recordará en la *National Gazette*: “the best keepers of the people’s liberties is the people themselves” (Madison 1999: 532). De hecho, aún sin nombrarlo, Madison apunta a Hamilton, entre otros, cuando años más tarde denuncia que, en el debate de la Convención, frente a la mayoría republicana había quienes estaban abiertamente o secretamente vinculados a una visión proclive a la monarquía o la aristocracia (Madison, 1999: 530). De hecho, el propio rechazo de la consolidación, tanto en la década de los ochenta como en la de los noventa, se reporta en términos inequívocos: el robustecimiento ilimitado del ejecutivo presidencialista implicaría tal acumulación de poderes que lo “transformarán en un monarca” (Madison, 1999: 498). Incluso la erosión, sino la abolición del autogobierno de los Estados propugnada por los partidarios de la consolidación, se critica también en clave republicana, por sus efectos de privación de los “órganos locales” a través de los cuales se expresa la diversidad de la opinión pública, la cual se vería sumida en un “silencio e insensibilidad universales” (“universal silence and insensibility”) (Madison, 1999: 499). En tercer lugar, y en contra de versiones varias que consideran que para Madison los derechos políticos (libertad e igualdad) resultan enteramente reducibles a los derechos económicos



y al derecho de propiedad (Nedelsky, 1990; Matthews, 1994), éste mantuvo en todo momento la perspectiva republicana (y de ahí federal) de participación y control del pueblo, a partir de la centralidad del derecho de libertad. La protección de la propiedad, en Madison, no obvia ni elimina una necesidad fundacional de libertad, no elitista sino patrimonio de todos los ciudadanos –toda vez que “rich oppress the poor”– desde la Convención (Farrand, 1966 3: 450), hasta los años de la oposición política. Varias veces a lo largo de la Convención, Madison insiste en que el Gobierno de la Unión debería estar fundado siempre en el pueblo (“rest on the solid foundation of the people themselves”) (Farrand, 1966 1: 49). Es más, la suspicacia ante el inevitable futuro de una economía industrial y urbana en auge evidente a medida que transcurría el siglo xix se debía a que, como en Europa, esto crearía, por una parte, una elite económica todopoderosa, una oligarquía plutocrática y, por otra, unas amplias masas obreras desapoderadas y sometidas políticamente. Sus durísimas críticas a Morris y a su idea de representación como delegación sin control por parte del pueblo son elocuentes a este respecto, alumbrando lo que se ha denominado, con posterioridad, *dilema de Madison*, a saber: cómo nombrar representantes pero manteniéndolos siempre bajo estricto control (“accountability”) (Kiewiet & McCubbins, 1991: 231). Ahora bien, en su réplica a Morris, Madison desborda una mera lógica delegativa de principal-agente. En concreto, no solo invoca la desconfianza (“distrust”) hacia los representantes como un rasgo fundamental de la representación en perspectiva republicana, fundamentada en el control último del pueblo, sino que postula que la delegación sin control, el exceso de autonomía de los representantes, conduce sin remedio a la aristocracia: “this has been the mode in which aristocracies have been built on the ruins of the popular forms, (Farrand, 1966 2: 203). También en este extremo, republicanismo y federalismo se articulan en el pensamiento de Madison. A su juicio, el control del pueblo y los poderes de autogobierno de los Estados constituyen los dos mecanismos mayores de prevención de la eventual aparición de un poder despótico.

Las posiciones de Madison y Jefferson, virginianos ambos, son en esta época, pues, muy próximas. De ahí su inicial acuerdo con la Convención para redactar una nueva Constitución de la Unión y la aprobación general de Jefferson, con matices, al texto constitucional, mientras estaba de misión diplomática en Francia. Así, cuando lee por vez primera el proyecto de Constitución federal de 1787 que le envían a Paris, en carta a Madison valora extraordinariamente la sofisticada



división de poderes y el sistema de *checks and balances* entre los tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial que se establecía. Aún más, se siente “cautivado” por el equilibrio logrado entre los grandes y los pequeños Estados, entre los poderes de la Unión y los poderes de los Estados y, por añadidura, entre los Estados esclavistas y los abolicionistas (Máiz, 2013). En síntesis, Jefferson solo plantea dos objeciones, ambas netamente republicanas, a la Constitución: 1) la inexistencia de una parte dogmática, una declaración de derechos, que luego será corregida a su instancia (y la de Madison) mediante sucesivas enmiendas, y 2) la división “vertical” de poderes, esto es, la limitación temporal de los mandatos presidenciales (Jefferson, 1984: 918).

### **3. *El Federalista: un gobierno ni enteramente nacional, ni enteramente federal***

De todo lo anterior se desprende que, en contra de lo que a menudo se da por supuesto, la colaboración entre Madison y Hamilton en la serie de artículos que comenzaron a publicarse en *The Independent Journal* a partir del 27 de octubre de 1787 no fue el resultado natural de una previa afinidad electiva, teórica y política. La idea original de Hamilton –quien, por cierto, no tenía previsto de inicio contar con la colaboración de Madison, quien se incorporó a raíz de la enfermedad de Jay– era salir al paso de las críticas que varios Estados y líderes políticos dirigieron contra la Constitución, muy especialmente las 16 cartas firmadas por “Brutus” aparecidas en el *New York Journal* a partir de 18 de octubre de 1787 (Bailyn, 1993 I: 164 y ss.; Ball, 2003: 435 y ss.).

La engañosa fusión de horizontes en una firma compartida, el seudónimo *Publius*, que oculta una autoría colectiva, diluye posiciones muy diferentes y ha motivado tantos equívocos –fundamentando, por ejemplo, el supuesto giro como “defensor de los derechos de los Estados” (“staterighter”) de Madison en los años noventa– que merece ser analizada brevemente. En primer lugar, resulta innegable que el seudónimo *Publius*, en cuanto sujeto de enunciación, posee un específico sentido político en función del acto comunicativo en juego, que incorpora la recepción por parte de la audiencia, como defensa de la Constitución, compartida desde los mismos supuestos. Y con ello ejerce sus efectos innegables de erosión de las diferencias entre los autores y su homogenización en una aparente posición teórico-política única. Por otra parte, este efecto, que descarga responsabilidad de la autoría y requiere menor prurito de coherencia en la defensa de la obra de la

Convención, relativiza pero no borra por completo las huellas de una profunda divergencia en los planteamientos entre Madison y Hamilton, que emergen ocasionalmente de modo diverso en el lenguaje, en el énfasis, en la retórica, en las posiciones defendidas, así como en la distribución misma de los temas a tratar por cada uno de los autores.

Esta tensión autoral subyacente en *El Federalista* por debajo de la persona ficticia de Publius puede rastrearse en varias ocasiones en declaraciones explícitas del propio Madison. Por ejemplo, cuando informa a Jefferson del proyecto de *El Federalista* hace constar claramente que “los autores no responden mutuamente de las ideas del otro” (PJM, 11: 227), en lo cual vuelve a insistir años más tarde recordando que en la redacción autónoma de los diversos artículos se procuró no buscar “el asentimiento afirmativo” del otro autor, debido a, en sus propios y elocuentes términos: “being a known difference in the general complexion of their political theories” (Banning, 1995: 198). Tras el común acuerdo en la necesidad de la nueva Constitución y los principios que informan esta, residían “conocidas diferencias” que se remontaban, como se ha visto, a los años previos y que se agudizarán de modo creciente en el futuro. Por ello, para dar cuenta de la dimensión real de las diferencias teórico-políticas entre Madison y Hamilton resulta preciso atender al conjunto de la trayectoria de ambos, tanto previa como posterior a *The Federalist*, habida cuenta que la común intención de defensa de la Constitución, urgida por la coyuntura, diluye o pone en segundo plano lo profundo de tales divergencias.

Por lo demás, del mismo modo que hemos constatado, respecto a la Convención de Filadelfia, que ésta constituyó un auténtico proceso de aprendizaje y cambio de ideas y preferencias mediante el proceso de deliberación, asimismo la exposición de *El Federalista* implica una maduración por parte de ambos autores de sus posiciones previas. En el n.º 37, por ejemplo, Madison reconoce el carácter de compromiso y pacto resultante de la Convención, que se prolonga en su consideración contextualizada de *El Federalista* como “sacrifice theoretical propriety to the force of extraneous considerations” (Rakove, 1997: 156). Por otra parte, la polisémica aplicación del término “federal” tanto a la Confederación como al sistema diseñado en la Constitución (Ostrom, 1991: 70) no puede diluir las muy diferentes versiones de federalismo defendidas por Hamilton (y los que luego se autodenominarán “federalistas”) bajo el lema de la “consolidation”, y Madison (con los posteriormente denominados “republicanos” o “demócrata-republicanos”), bajo la muy diferente rúbrica de “a proper federal system” (*El Federalista*, n.º 51).

Resulta preciso destacar al menos dos características que diferencian claramente las posiciones de Madison y Hamilton reflejadas en los artículos de *El Federalista*. En primer lugar, el tono de la respuesta a Brutus y los antifederalistas resulta mucho más duro e inflexible en Hamilton, quien en los capítulos dedicados a la presidencia, a la defensa nacional y a la hacienda pública se muestra implacable e incluso despectivo con los argumentos de aquéllos. Más próximo y didáctico resulta, sin embargo, Madison, quien toma en consideración alguno de los argumentos antifederalistas y, muchas veces asumiendo de modo parcial los temores expresados por los mismos, defiende la idoneidad de las soluciones constitucionales adoptadas. En segundo lugar, la división del trabajo en los diferentes capítulos resulta en extremo elocuente. Una vez analizados los déficits de los artículos de la Confederación por parte de Hamilton en los números 21 y 22, y la alternativa de un gobierno fuerte (“energetic”) (número 23) dotado de un ejército y un sistema fiscal unitario (números 24-26), Madison desarrolla el poder legislativo en los números 37 a 58 (escritos ya en enero y febrero de 1788), y el número 62-63 sobre el Senado y deja a Hamilton el grueso los poderes ejecutivo (números 67-77) y judicial (números 78-83).

Resulta especialmente iluminadora, por ejemplo, la posición de Madison y Hamilton respecto al poder ejecutivo. Pese a que Madison, en *El Federalista* números 47 y 48, defiende (con el significativo apoyo, por cierto, de las *Notas sobre el Estado de Virginia* de Jefferson) un ámbito sustantivo para el poder ejecutivo, su posición no alcanza en ningún momento el entusiasmo por un poder ejecutivo “enérgico” que despliega Hamilton en *El Federalista* números 4, 5, y 70-77, dedicados a rebatir la idea (“antifederalista”) de que “un vigoroso ejecutivo es inconsistente con el genio de un gobierno republicano” (n.º 70). Por el contrario, a su entender, “la energía en el ejecutivo es una característica fundamental en la definición del buen gobierno”. Resulta de interés constatar en qué consiste para Hamilton una tal energía: “unidad, duración, una adecuada provisión en su apoyo, poderes competentes” (n.º 70). Todo ello, además, como trasunto de la vocación imperial de un “great American system, superior to the control of all transatlantic force of influence” (n.º 11).

Tanto Madison como Hamilton resultan deudores de la visión del mundo de la Ilustración y sus dualismos semántico-conceptuales: razón/pasión, pensamiento/sentimiento, cognitivo/afectivo, racional/irracional, juicio/prejuicio, consciente/inconsciente, superior/inferior, mente/cuerpo, poder/sumisión, etc. (Máiz, 2010). Madison, por ejemplo, acude reiteradamente al argumento de las pasiones como di-

mención negativa en al menos doce números de *El Federalista* y con más de treinta usos diferentes (“adverse”, “vex and oppress”, “mutual animosity”, “selfish”, “inflame”, “unruly”, etc.) (Matthews, 1995: 81). Pero su defensa de la razón, sin embargo, se traduce institucionalmente en una concepción deliberativa de la representación, concebida no como mera *agregación* de preferencias dadas de antemano, sino como transformación *deliberativa*, informada y razonada de las mismas, especialmente patente en lo que respecta al Senado. Por el contrario, en Hamilton, parte fundamental de su exposición se dedica no solo a defender una amplia autonomía del ejecutivo respecto al legislativo, sino además a argumentarla en términos de que aquél no dependa de los “impulsos” y “los humores del legislativo”. Todo lo cual, a su vez, se traduce en pasajes ciertamente poco republicanos en los que se defiende no solo hegemonía y libertad de acción política del ejecutivo, sino su abierta preeminencia institucional como lugar privilegiado de la luz de la razón sobre el legislativo, ámbito este último, por excelencia, de las pasiones más encontradas. De hecho, para Hamilton, el ejecutivo se postula como el espacio político superior de la razón, la voluntad, el poder, la decisión, y el legislativo, como el lugar inferior de las “pasiones”, “humores”, la “discordia partidista” (“jarring of parties”), el “sectarismo”, la deliberación interminable, la “disensión”, etc.). El “vigor” y “energía” del ejecutivo (n.º 1), su preeminencia política, se prolonga en este autor, asimismo, en la necesaria reelección del presidente de los Estados Unidos de América y la prolongación de su mandato. Esta última se justifica en términos de maduración política y tiempo suficiente para terminar los proyectos que se han emprendido, habida cuenta que la brevedad de los mandatos hace que no sea esperable de los mismos sino “el negativo mérito de no causar daño, en lugar del mérito positivo de hacer el bien” (n.º 74).

Debe subrayarse, además, que tras los respectivos números de *El Federalista* escritos por Madison y Hamilton residía no solo una distinta visión de la república y la federación, sino de la legitimidad y del poder constituyente, de la propia legitimación de la Convención: para Madison el apoyo popular a la Constitución dependerá de modo capital de la participación del pueblo en el proceso de ratificación mismo, el cual consideraba parte esencial del proceso, no solo de la creación de un Estado federal, sino del propio proceso de construcción nacional (“América”) en marcha. Para Hamilton, por el contrario, la legitimidad de la Constitución no se ventilaba en un proceso de ratificación popular, que juzgaba un engorroso requisito a superar, sino

en la futura eficacia de un poder ejecutivo hegemónico de la mano de un presidente poderoso (Washington) (Rakove, 1997: 287).

La posición de Madison –frente a la insistencia en el “vigor of government” por parte de Hamilton (n.º 1) y su reforzado “national government” (n.º 85) (Ferejohn, 2003)– articulando de modo indisoluble un federalismo dualista (tanto frente a los partidarios de la confederación como de la consolidación) y un republicanismo democrático (frente a los partidarios de un liberalismo elitista y delegativo), se encuentra, sobre todo, explicitada en tres números clave de *El Federalista*, a saber: 10, 39 y 51. Debe repararse en un matiz de relieve: mientras que en *El Federalista* número 10 el remedio a la tiranía consiste en una república extensa; en los números 39 y 45 a 51 se añaden tres criterios cualitativos y estructurales; a saber: el federalismo, el bicameralismo y la separación de poderes. Ahora bien, ya en el propio número 10 se preanuncia la dimensión estructural desarrollada en los números 39 y ss. De hecho, Madison escribe allí sobre “the extent and *proper structure* of the Union” (n.º 10) en el mismo sentido que emplea más adelante, a saber: “a *proper federal system*” (*El Federalista* n.º 51). Es en el ámbito institucional diseñado por los números 10, 39 y 51 en el que debe contextualizarse la visión del “apropiado” gobierno federal propuesto por Madison. Y por esta razón no debe interpretarse desde una perspectiva extensiva y descontextualizada (sugiriendo, por ejemplo, la teoría de los poderes implícitos del gobierno de la Unión) el número 44 cuando afirma la necesidad de disponer los medios necesarios para el fin propuesto (“wherever the end is required, the means are authorized [...] wherever a general power is given, every particular power necessary for doing it is included”).

En lo que atañe al republicanismo, lo que en sus propios términos considera, a fin de evitar equívocos anglófilos y “monárquicos”, “remedios republicanos para problemas republicanos”, Madison insiste en que el gobierno de los Estados Unidos debe ser “estrictamente republicano, toda vez que ninguna otra forma de gobierno sería reconciliable con el genio de América ni con los principios fundamentales de la Revolución” (n.º 39). Ahora bien, debe precisarse que el modelo republicano de Madison no es pasadista, una nostalgia de las viejas repúblicas de la antigüedad, sino de un “gobierno republicano en las condiciones de la modernidad” (Kalyvas & Katznelson, 2008: 89). Frente al clásico y simplificador debate entre un Madison *liberal* (Pocock, 1975: 531; Wood, 1998: 608; Matthews, 1995: 23) o un Madison *republicano* (Epstein, 1984: 6), debemos insistir en que nuestro autor no adopta ni un liberalismo delegativo (nunca reemplaza, contra lo

que afirma Wood, la idea del bien público y la participación popular por la agregación de intereses y la separación de poderes), ni un republicanismo clásico de la mano del mito participativo del ágora en el seno de pequeñas repúblicas. Madison permanece republicano, cierto que no sin tensiones y oscilaciones, aún en sus momentos más liberales (Rosen, 1999: 198), y procede a una creativa articulación de soberanía popular y representación política, o, por decirlo en los términos empleados al otro lado del Atlántico por el pensador más profundo de la Revolución Francesa, el abate Sieyès: “representación sin alienación” (Máiz, 2007: 157).

Así, los supuestos básicos de su teoría del gobierno federal republicano (*El Federalista* n.º 57) se distancian notoriamente de las posiciones de Hamilton:

1. Representación igualitaria mediante elección por parte del “gran cuerpo del pueblo de los Estados Unidos”: “no los ricos más que los pobres, los instruidos más que los ignorantes, no los apellidos ilustres más que los humildes...”.

2. Cualidad de elegible para “todo ciudadano de mérito sin cualificación de riqueza, nacimiento, religión o profesión”.

3. Limitación de la duración y términos de los mandatos mediante “frequent elections”.

4. Concepción deliberativa y no meramente agregativa de intereses del debate parlamentario, desde una “ampliada perspectiva de lo público”.

5. Control popular concebido como “proper responsibility to the people” mediante a) un diseño institucional adecuado (“the genius of the whole system”) y b) el espíritu vigilante (“vigilant and manly spirit”) del pueblo de América.

Así, su ideal republicano apunta a una *síntesis compleja de representación, deliberación y participación* en una “compound republic” (n.º 51) bien diferente de la elitista “commercial republic” (n.º 6) –una potencia internacional hegemónica, industrial, urbana y dotada de un fuerte poder ejecutivo presidencialista, respaldado por un ejército y un banco nacionales– en la que piensa Hamilton. Desde esta perspectiva, podrían suscribirse las palabras de Judith Shklar: “Hamilton, de hecho, no apoyaba el sistema al que tanto ayudó a comprender a otros” (Shklar, 1998: 5). Debe notarse que en todo momento este último vinculaba la guerra con el gasto público y esto, a su vez, con un ejecutivo todopoderoso: “wars and rebellions”, a su juicio, justifican un Estado fuerte y centralizado, una hacienda pública eficiente y un ejército potente. En los tres aspectos las discrepancias de Madison no

pueden pasar desapercibidas, toda vez que considera a todo ello como otros tantos peligros para el federalismo y también para la república.

Resulta preciso insistir en esta complejidad del ideal de república federal de Madison, pues ha sido muy frecuente, desde Beard y Wood, 1) la interpretación elitista de una deliberación reservada a los mejores y más sabios, 2) la representación interpretada en una perspectiva delegativa de autonomía total de los representantes, y 3) desde la primera lectura de Dahl (Dahl, 1956, pero ya no en Dahl, 2006), una interpretación pluralista de Madison muy reductiva basada en la dispersión y mutuo control entre intereses. Para Madison la república –“un gobierno en el que se establece el modelo representativo” (n.º 10), “que se administra y reúne mediante representantes” (n.º 14)– es, a diferencia de la “democracia pura”, un sistema político caracterizado por: 1) la representación mediante elección y control popular, 2) una gran amplitud de territorio y ciudadanía numerosa con muy variados intereses y preferencias, y 3) la selección de representantes con mayor virtud para atender el bien común (n.º 57), extremo este último desatendido en la perspectiva de lecturas como la de Wood, para quien la introducción de la representación por parte de Madison se considera que anula por entero el discurso de la virtud cívica (McCoy, 1989: 192).

Todo ello requiere, sin embargo, para Madison prescindir del mito del ágora, de la ilusión de la transparencia y la inmediatez en la decisión política, y diseñar un complejo sistema de mecanismos (*checks and balances*) para proceder a la toma de decisiones legítimas mediante la producción de mayorías y el respeto de las minorías. De ahí la contraposición que podemos ver en *El Federalista* entre “Democracia” o “democracia pura” (comunidad de pocos habitantes que se gobierna de forma directa y asamblearia) y “República” (país de vasta extensión geográfica y amplia población que se gobierna indirectamente mediante representación) (Dahl, 2006: 155).

A este respecto resulta necesario precisar dos aspectos del republicanismo de Madison, desde la perspectiva de la evolución global de su pensamiento que aquí nos ocupa: la restricción del derecho de sufragio y el papel de las facciones. Respecto al primer aspecto, debemos señalar su inicial propuesta de reducción del derecho de voto a los hombres blancos y propietarios. Por una parte, Madison comparte con la totalidad de los *Founders* y especialmente con Jefferson la exclusión de las mujeres del ámbito público, y su reducción a la “domesticidad republicana” (Jefferson, 1984: 723). Por otra, en cuanto propietario virginiano y poseedor de esclavos heredados de su padre, asume de modo tácito la expulsión de los negros de la nación americana. Final-



mente, en lo que respecta a la propiedad como requisito censitario, Madison comparte asimismo con Jefferson la idea de que la propiedad garantiza la autonomía necesaria para la libertad política y que el efecto frontera, la vastedad de tierra disponible (arrebatada a las naciones indias) permitiría una mayoritaria población de granjeros independientes libres, no esclavos, como base de la nueva república. Con el paso del tiempo Madison sería cada vez más consciente de que la evolución económica de los Estados Unidos conducía, no hacia la utopía agrarista de una gran nación de pequeños propietarios libres y autónomos, sino a la potencia industrial atlántica que Hamilton soñaba, y por tanto, a una gran mayoría de trabajadores privados de posesiones territoriales y propietarios de su sola fuerza de trabajo, los cuales se verían, de seguirse el criterio censitario inicial, excluidos de la participación política. En razón de todo ello, en 1821, revisando sus posiciones de la Convención al preparar la edición de *The Debates in the Federal Convention* (Madison, 2007), desde una más “full & matured view” (Farrand, 1966 3: 450), asumirá que “reducir el derecho de sufragio a los propietarios (*freeholders*) viola el principio vital del Gobierno libre que postula que aquellos que deben obedecer la ley deben asimismo participar en su elaboración”, de tal suerte que “parece indispensable que la masa de los ciudadanos no debe quedar sin voz” (Farrand, 1966 3: 454).

En lo que atañe al segundo aspecto, no deben confundirse, como ya apuntamos, las “facciones” a las que Madison alude en *El Federalista* número 10 –grupos de lealtad personal y de red clientelar basados en intereses e intercambios particularistas– con los partidos políticos de base programática e ideológica, portadores de un proyecto distintivo de Estado y de Nación (Aldrich, 2012: 49 y ss), que irán tomado forma a medida que avanza el cambio de siglo y Hamilton y los “federalistas” comiencen a implementar sus políticas. En el ya citado texto de 1821, comentando los debates de la Convención, Madison escribirá que “ningún país libre ha existido sin partidos, los cuales constituyen el correlato de la Libertad” (Farrand, 1966 3: 452). En los años de *El Federalista* todavía no se habían diferenciado, empero, los dos modelos organizativos, clientelista y programático, y el razonamiento de Madison procede como sigue: resultando imposible la eliminación de las causas de las facciones, habida cuenta que en una sociedad extensa y plural como la americana existen diferentes intereses, ideologías, credos religiosos, liderazgos políticos y, sobre todo, “desigual distribución de la propiedad”, deben encauzarse y modulase institucionalmente sus eventuales efectos negativos (n.º



10). La solución republicana para evitar los efectos incontrolados de las facciones reside en un esquema que comporta los tres elementos ya citados: 1) *representación*: la elección de un pequeño número de ciudadanos; 2) *deliberación*: no solo se trata de agregar las preferencias e intereses de los ciudadanos, sino de “refinarlos” y “ampliar la perspectiva de lo público”, procesándolos mediante un filtro deliberativo que aporte razones generales frente a intereses particulares, y 3) *participación y control* populares (pueblo compuesto por hombres blancos propietarios), habida cuenta de que los gobiernos, ora federal, ora de los Estados, son un mero “agent and trustees of the people”, por todo lo cual: “a dependence on the people is, no doubt, the primary control of the government” (n.º 51).

He aquí el sesgo republicano del pensamiento de Madison: la libertad concebida como control popular se traduce en que la creación de la Unión, por una parte, no implica una consolidación centralista del federalismo y una minoración de los Estados; por otra, a diferencia de la antigua confederación, debe ser impecablemente republicana en todos y cada uno de los Estados y la Unión, al abrigo de todo despotismo electivo. Tal y como se indica por Madison en el número 37: “El genio de la libertad republicana parece requerir no solo que todo el poder derive del pueblo, sino que aquellos depositarios de su confianza deben ser mantenidos en dependencia del pueblo mediante una corta duración de sus mandatos y que, incluso en ese período, la confianza debe ser puesta no en pocas, sino en muchas manos”. Más adelante vuelve a insistir: “Resulta esencial para el gobierno (republicano) que sea derivado del gran cuerpo de la sociedad y no de una considerable proporción de clases favorecidas del mismo. De lo contrario un puñado de nobles tiránicos, ejerciendo sus poderes mediante la delegación de sus poderes, podrían aspirar al rango de republicanos y reclamar para su gobierno el honorable título de república” (n.º 39).

Madison trata de articular en todo momento, bien que de modo desigual, las tres dimensiones aludidas de la democracia republicana: representación, participación y deliberación, cuando se refiere al diseño original que proponía para las cámaras en *El Federalista*. La participación popular directa de los ciudadanos se centra en el Congreso, y al Senado corresponden dos tareas fundamentales: la deliberación y la representación de los Estados (n.º 55 y n.º 58). De la mano de una concepción deliberativa y no meramente agregativa de la representación, Madison entiende que las preferencias políticas deben ser mediadas, producidas y no meramente expresadas y reflejadas por las cámaras. Resulta capital este sesgo deliberativo

de la teoría de la representación de Madison que, trascendiendo la inmediatez de las “simpatías populares” (n.º 52), apunta al requisito de una “extensa información” sobre la diversidad de las leyes, costumbres y circunstancias de los diferentes Estados. En los números 49, 63, 71, 78 y otros se elabora la necesidad de la revisión de las preferencias inmediatas y estrechas de los ciudadanos mediante una explícita “more deliberate reflection” (n.º 78) (Page & Shapiro, 1989), lo cual implica que, frente a interpretaciones de Madison, desde la primera generación de la elección racional debemos insistir en que lo que se encuentra en juego, a su juicio, no es la expresión directa o la agregación indirecta de los intereses del pueblo, como preferencias exógenas y dadas de antemano, sino el diseño de complejos mecanismos institucionales de incentivos que elaboren las preferencias del pueblo frente a su inmediatez como preferencias *endógenas* (Chappell & Keech, 1989). Estamos ante el núcleo mismo del desafío de su diseño institucional, el cual va bien más allá del mencionado *dilema de Madison* (Kiewiet & McCubbins, 1991; Samuels & Shugart, 2010): la construcción de un sistema político republicano federal al servicio y bajo el control del pueblo que, sin embargo, frente al mito de transparencia de lo político, procede en numerosas ocasiones a superar las preferencias inmediatas y previas de éste.

En este diseño el federalismo se vincula en estrecha conexión con la república. En concreto: mediante *representación* doble de los Estados (Senado) y de los ciudadanos de la Unión (Congreso), *deliberación* que revisa los intereses inmediatos de los ciudadanos y aporta debida atención al bien común, *participación* y control populares como garantía última de todo el sistema. Por lo demás, no solo debe prestarse atención a la “filtration of talent”, al elitismo de los mejores institucionalmente inducido, propuesto por Madison, sino a la capital atención que nuestro autor presta a la diversidad de intereses y políticas públicas entre los Estados. En definitiva: la Unión se concibe desde el pluralismo (recursos naturales, facciones, partidos, Estados) de públicos, electorados, preferencias y prioridades.

Ahora bien, esta solución republicana a problemas republicanos reenvía, como decíamos, *en conexión interna y conceptual*, al federalismo. Las dimensiones representativas, deliberativas y participativas del credo republicano se articulan en “happy combination” (n.º 10) en la estructura federal propuesta por la Constitución: los intereses generales y agregados se sustancian en el nivel federal; los intereses locales y particulares, en los legislativos de los Estados. Es por ello que

Madison reitera a lo largo de su vida lo que sostiene en *El Federalista*, a saber, que mostrando gran placer y orgullo de ser republicanos “debemos cuidar con especial celo el espíritu y reivindicación de nuestra condición de federalistas” (n.º 10). Federalismo que modula el republicanismo en un gran país moderno dando lugar a una “compound republic” (n.º 51). Esta variedad de república –“federal republic”– se caracteriza por un sistema político multinivel en el que diferentes gobiernos se controlan uno a otro y cada uno de estos es, a su vez, controlado por el pueblo, y en el que “no single structure dominates” (Ostrom 1987: 164). Frente al modelo francés de *République une et indivisible*, Madison considera que implantar una república unitaria en América constituiría una desnortada quimera (en sentido estricto: “as inexpedient as it is unattainable”) (n.º 51).

Ante todo, como se ha dicho, habida cuenta la superioridad del legislativo en los sistemas republicanos (parlamentarios por definición), es preciso reforzar institucionalmente y al tiempo dividir el parlamento en dos cuerpos, el uno que represente a la Unión, el otro a los Estados. Además de la pluralidad competitiva de intereses, creencias e ideologías de una república extensa, la división del gobierno entre autogobierno compartido de la Unión y autogobierno de los Estados, cada uno ejerciendo en su *practicable sphere*, impide el dominio de una facción sobre otra, o de una parte de la sociedad sobre otra, mediante el adecuado diseño institucional: “the interior structure of the government keeping each other in their proper places”. De tal suerte que, “happily for the republican cause”, “the practicable sphere may be carried to a very great extent by a judicious modification and mixture of the federal principle” (n.º 43).

¿De qué juiciosa modificación y modulación se trata? El modelo federal de Madison se distancia, como vimos, tanto de la Confederación de Estados soberanos cuanto de la consolidación de un gobierno nacional centralizado que erosione el autogobierno de los Estados. En su propia expresión, se trata de encontrar un “middle ground”, un gobierno “ni completamente nacional (consolidación) ni completamente federal (confederación)”, en definitiva: “a composition of both” (n.º 39). Frente a la posición de Hamilton de proceder a una centralización del poder en la Unión y frente a la posición de los antifederalistas de preservar la estructurad “federal” entendida como precaria confederación de Estados soberanos, Madison desarrolla un modelo federal de unidad en la diversidad, de autogobierno y gobierno compartido, lo que en la óptica anglófila de Hamilton constituiría un oxímoron, la *soberanía compartida* o, como la conceptualizará Madison de modo

reiterado, la “soberanía dividida” o “soberanía agregada” (JMP 9 369, 383). En definitiva, toda vez que lo propio del concepto de soberanía reside en su ilimitación e indivisibilidad, el Estado federal deviene, en rigor, *Estado constitucional sin soberano*. Este sistema de autogobierno y gobierno compartido se desglosa en su articulación “nacional” / “federal” como sigue:

1. La Constitución de los Estados Unidos no es nacional sino federal en cuanto resultado de una decisión unánime de todos los Estados de la Unión, cada uno actuando como un cuerpo soberano: “a sovereign body independent of all others”.

2. El poder legislativo en la Cámara de Representantes representa al pueblo de los Estados Unidos de América y en este sentido es nacional, no federal.

3. El Senado representa a los Estados, y por lo tanto es federal, no nacional.

4. El presidente de los Estados Unidos constituye una institución mixta federal y nacional en cuanto, por aquel entonces, era el jefe del ejecutivo nacional pero resultaba elegido por los Estados.

5. El ejecutivo de la Unión desde el punto de vista de su *funcionamiento*, en el seno de su propia esfera competencial, es nacional y no federal.

6. Ahora bien –y esto resulta decisivo en la concepción de Madison– el mismo ejecutivo desde el punto de vista de sus *competencias* es federal, no nacional, puesto que “su jurisdicción se extiende solamente a ciertas competencias enumeradas y deja a los diferentes Estados una competencia propia e inviolable soberanía sobre todas las demás materias” (n.º 39).

7. Por último, el poder de reforma constitucional no es ni nacional ni federal, toda vez que el ejercicio del poder constituyente constituido implica a ambos niveles.

Ahora bien, en los números 10, 14, 18, 19 y 20 de *El Federalista* nos encontramos con reflexiones de Madison deudoras de sus ya comentados trabajos preparatorios para la Convención, *Notes on Ancient and Modern Confederacies*, con las lecciones aprendidas del estudio comparado y sistemático de las Ligas de la Grecia Clásica, del Sacro Imperio Romano Germánico, Polonia, Suiza y Holanda. De las principales conclusiones extraídas de aquella “experiencia que es el oráculo de la verdad” podemos destacar cuatro que resultan claves para dar cuenta del federalismo de Madison:

1. Ante todo, desde el punto de vista formal de la teoría, el federalismo se diseña institucionalmente, a diferencia de aproxima-

ciones anteriores al tema –como la de Montesquieu–, con tres características fundamentales: a) procede con gran *precisión* en los detalles institucionales; b) mediante una concepción de los *incentivos* que las instituciones ofrecen a los actores, y c) desde el *equilibrio* generado por diversos contrapesos, que hacen que los actores tiendan a respetar las reglas de juego (Schwartz, 1989).

2. Desde el punto de vista sustantivo, compartiendo algunos temores de los antifederalistas, Madison subraya que el gobierno compartido en la Unión no debe eliminar el amplio autogobierno de los Estados. Su jurisdicción debe estar “limitada a ciertas materias enumeradas” (n.º 14) que conciernen a todos los miembros de la república y no pueden “obtenerse por provisión separada de ninguno”. Al mismo tiempo, los gobiernos de los Estados “retendrán toda su autoridad y actividad” en la mayoría de los asuntos. Esto es, para Madison, la mayor parte de las competencias deben permanecer en el ámbito de los Estados, y así en los números 37 al 41 podemos observar con claridad que, mientras Hamilton pone especial énfasis en los poderes ilimitados de la Unión, Madison lo sitúa precisamente en los límites del poder federal e insiste en todo momento en la sustantividad de los poderes reservados a los Estados (Rakove, 1991: 84). Precisamente por eso corresponde a los legislativos de los Estados, en caso de invasión competencial por parte de la Unión (“encroachment”) un mecanismo clave de control: “to sound the alarm of the people” (n.º 44). La posición de Madison resulta, además, clarificada y sustantivada en *El Federalista* n.º 45: solo en excepcionales tiempos de guerra “las operaciones del Gobierno federal serán más extensivas e importantes”, pero en los períodos de paz, más habituales que los primeros, deberán predominar “las operaciones de los Estados” (n.º 45).

3. Además, la Unión se concibe por Madison como una negociación abierta, nunca cerrada, en definitiva, como un proceso más que como una estructura estática. En concreto, la federación americana debe poder incorporar a nuevos Estados surgidos de la frontera en expansión hacia el Oeste. Ahora bien, como quiera que, tal y como hemos visto, la Unión nace para fortalecer el autogobierno de los Estados con un ámbito adicional de gobierno compartido, no para menoscabar su autonomía política, Madison postula la necesidad de equilibrar los costes y beneficios de la pertenencia al proyecto común entre todos los Estados (n.º 14). El federalismo, así, se autoreforza porque resulta mutuamente beneficioso para todos los Estados, procurando ajustar el equilibrio entre costes y beneficios de permanencia en la Unión, de tal modo que se encarecen los costes de la opción “salida” (secesión).

4. Para Madison, como hemos dicho, el federalismo implica “transformación de la soberanía”, esto es, soberanía compartida entre la Unión y los Estados, lo cual se traduce en una visión desde la horizontalidad, desde la división competencial, y no desde la jerarquía. De ahí esa afirmación, tan rotunda como significativa, que, sin embargo, no suele recibir la atención que merece: la existencia de “un soberano sobre otros soberanos, un gobierno sobre otros gobiernos... es un soledadismo en teoría y resulta subversivo, en la práctica, del orden y fines de una sociedad civil” (“Civil Polity”) (n.º 20). A todo lo cual debemos añadir, por último, el análisis que se realiza en *El Federalista* n.º 53: Madison atribuye aquí precisamente el mantenimiento del concepto de soberanía, incluso en su versión de *soberanía parlamentaria* del sistema británico, la imposibilidad constitutiva de Gladstone y los ius-publicistas ingleses de diseñar una federación.

Hemos mostrado que la teoría del federalismo en Madison resulta inseparable de la teoría de la república, entendida esta de forma compleja como representación, participación y deliberación. Recordemos que su apuesta en este sentido es doble: 1) cómo conseguir un sistema de gobierno que supere los problemas de la Confederación pero mantenga el autogobierno sustantivo de los estados y 2) cómo conseguir un gobierno eficaz, pero que no tiranice al pueblo, manteniéndose fiel al legado de la Revolución americana. Un adecuado diseño institucional proporcionará, a su juicio, los incentivos necesarios para que su ambicioso proyecto, referido en su correspondencia con Jefferson como radical “modificación de la soberanía”, consiga el objetivo de un equilibrio entre autogobierno de los estados y gobierno nacional compartido, de tal suerte que siempre sea posible “to control one part from invading the rights of the another” (Madison, 1999: 152). La consecución del equilibrio inestable entre el autogobierno por parte de los Estados y el gobierno compartido en la Unión será posible mediante la concurrencia de una serie de complejos mecanismos y salvaguardas (Bednar, 2009) que mantengan a cada uno de estos poderes en el ámbito de su esfera específica de actuación. En *El Federalista* número 39 encontramos una inicial respuesta a este dilema de cómo conseguir el equilibrio entre autogobierno por parte de los Estados y el gobierno compartido en la Unión, considerado como un sistema “ni completamente nacional, ni completamente federal” (“neither wholly national, nor wholly federal” (n.º 39), esto es, ni confederación ni consolidación.

Ahora bien, ¿cómo se consigue este inestable equilibrio en la *compound republic*? En el número 51 encontramos una sintética res-

puesta: 1) “dependence on the people” como control primario y 2) como la experiencia muestra, se requieren además otras “auxiliary precautions”. ¿Cuáles son estas *precauciones auxiliares*? Madison propone diversos mecanismos federales que podemos sintetizar brevemente:

### 1. *Diseño institucional multinivel*

El primer tipo de mecanismo es de tipo *estructural*: la distribución de competencias y división de poderes entre la Unión y los Estados. Tres son los componentes de este mecanismo: 1) enumeración de las competencias, 2) vigilancia interinstitucional, y 3) supervisión de los Estados. Recuérdese lo afirmado por Madison en los números 39 y 45 sobre el mantenimiento un amplio abanico competencial de los Estados sobre un gran número de materias, hasta el punto de que, en tiempos de normalidad, “los gobiernos de los Estados disfrutarán de ventaja respecto a los del gobierno federal” (n.º 45).

A ello debe añadirse lo apuntado en el número 51: la ambición de un poder debe contrarrestar la ambición de los otros –“ambition must be able to counteract ambition”– esto es, la separación de poderes, “check and balances”, resulta capital en cuanto a vigilancia mutua entre los diferentes niveles de gobierno. Son pues dos los factores, dependencia e independencia de los Estados respecto a la Unión, los que generan vigilancia y control mutuo (Bednar 2009: 101)

Repárese en lo decisivo que resulta para Madison el respeto del ámbito competencial de cada nivel de gobierno. Por una parte, en el número 19 se afirma que “cada gobierno debe poseer una voluntad propia” (“a will of its own”) y, por otra, “los diferentes gobiernos se controlan unos a otros al tiempo que cada uno se controla a sí mismo”, de tal suerte que “los dos gobiernos poseen, cada uno de ellos, medios de prevenir o corregir invasiones competenciales por parte del otro”. Constituye este un rasgo fundamental de la teoría federal de Madison en el que vuelve insistir en diversos momentos de su vida. Por ejemplo, en los artículos de la *National Gazette* retoma el tema en muy similares términos a los que emplea en *El Federalista*: “Los dos niveles de gobierno –Unión y Estados– poseen cada uno los medios de prevenir o corregir las invasiones (“encroachments”) inconstitucionales del otro” (Madison, 1999: 508).

*El papel de los Estados* deviene clave en esta perspectiva federal, tal y como queda patente en carta a Jefferson de octubre de 1787, donde Madison afirmará que “la dependencia del gobierno de la Unión del de los Estados parece guardar efectivamente al gobierno de estos últimos de las invasiones competenciales del primero (“dan-



gerous encroachment of the former”) (Madison, 1999: 147). Además, Madison considera que la invasión competencial por parte de la Unión sobre las competencias de los Estados “no suscitará la oposición de un solo Estado o algunos de ellos solamente. Serán señales generales de alarma federal. Cada gobierno se sumará a una causa común” (n.º 45). Ahora bien, el sustantivo ámbito competencial de los Estados y aún el “natural attachment” de los ciudadanos a su Estado respectivo (n.º 46) se articula en el modelo de *compound republic*, con diversos mecanismos de implicación y participación de todos los Estados en el gobierno compartido de la Unión: en el Senado, en el colegio electoral de los Estados, en la ratificación de la Constitución por parte de estos últimos, etc. (n.º 39).

En suma, por parte de Madison se entiende que con la finalidad de superar los defectos de la Confederación se debe crear un sólido gobierno de la Unión. Pero, a diferencia del federalismo centralizado de Hamilton –como puede verse, por ejemplo, en los amplísimos poderes de regulación económica que éste concede al ejecutivo de la Unión (n.º 30 y 34)–, considera que este gobierno debe poseer competencias enumeradas y tasadas (no ampliables por cláusulas jurídicas indeterminadas de “poderes implícitos” o “general welfare”). La discrepancia de Madison con lo sostenido por Hamilton en los números 30 y 34 se hace patente en el mismo texto de *El Federalista* (n.º 41), donde se opone abiertamente a quienes interpretan la cláusula de la prosperidad nacional (“general welfare”) como “un mandato ilimitado de ejercer todos los poderes que se consideren necesarios para la defensa o la prosperidad general” toda vez que, Madison insiste en ello en una y otra ocasión, “la Constitución de 1787 contiene una enumeración estricta de los poderes afectados por el interés general” (n.º 41). Será la misma posición que, como veremos en breve, reitera Madison en las “Virginia Resolutions” del 21 y 24 de diciembre de 1798 y 1800.

## 2. *La opinión pública y la cultura federales*

El segundo tipo de mecanismo federal ideado por Madison viene de la mano del protagonismo de los ciudadanos. En su concepción, el diseño institucional de la división de poderes y la distribución de competencias se presenta acompañado de un sesgo republicano fundamental: el control popular, el protagonismo político de “the people themselves” (Madison, 1999: 532), el criterio último de que el entero edificio se fundamenta en una estricta “dependence of the people” (n.º 51). Como se sustancia en el número 46: “El gobierno federal y los gobiernos de los Estados no son sino diferentes *agentes de la confian-*



za del pueblo, constituidos con diferentes poderes y designados para propósitos diferentes.”

Esta idea republicana del control popular, de que el diseño institucional debe ir acompañado de una opinión pública atenta, constituye otra de las particularidades del modelo madisoniano: “Todos los poderes dependen de la opinión [...] Allí donde la opinión pública es firme, el gobierno más arbitrario está controlado” (“The most arbitrary government is controlled where the public opinion is fixed”). En definitiva, el mejor de los diseños institucionales resulta, a su juicio, insuficiente en ausencia de una ciudadanía activa que lo mantenga vivo: “Los gobiernos más sólidos son apartados de su camino regular por el más pequeño impulso cuando la opinión pública no los mantiene en aquél” (Madison 1999: 503). De ahí, la libertad entendida como control de los ciudadanos a los gobernantes y la soberanía popular ejercida por “el gran cuerpo del pueblo” (“the great body of the people”) a través de varios mecanismos: elecciones libres, competitivas y frecuentes (n.º 52), la corta duración de los mandatos, el cultivo de una opinión pública informada y una prensa libre: “circulation of newspapers through the entire body of the people” (Madison, 1999: 501).

Ahora bien, el control popular remite a otra dimensión clave del federalismo de Madison: la *cultura federal*, esto es, el conjunto de valores y actitudes que favorecen el buen funcionamiento de una federación. Y esta cultura política federal posee en *El Federalista* una doble dimensión: por un lado, el “natural attachment” de los ciudadanos a sus Estados respectivos (n.º 25, 45 y 46), pero por otro, los lazos (“ligaments”) (n.º 46 y 51) que vinculan a los Estados con la Unión. Es precisamente esta *doble lealtad federal* traslapada, al respectivo Estado y a la Unión, la que proporciona la urdimbre cultural (axiológica pero también actitudinal) que socializa a la ciudadanía en un *ethos* federal indispensable para el buen funcionamiento de la maquinaria institucional de la federación. Pero esta cultura cívico-federal proporciona, además, un elemento clave: el umbral de lo permisible en caso de invasión competencial de un gobierno sobre otros. De este modo, activa la *opinión pública* como control popular en caso de transgresión sustantiva de un gobierno, federal o estatal: “Public opinion alone can save us” (Madison en carta a Jefferson de 18 de febrero de 1798; Madison, 1999: 584). Opinión pública y doble lealtad federal generan un “warm attachment” a ambos niveles de gobierno, y un “duty bound” de los Estados para resistir el eventual “encroachment” por parte de la Unión. En fin, en *El Federalista* los mecanismos de “check and balance” se acompañan de la necesidad de una cultura federal

del pacto y la confianza, del *federal compact* entre los Estados, que proporciona fundamento y legitimidad al entero sistema.

### 3. *El sistema de partidos*

Los ciudadanos, el pueblo –y no solo las instituciones, como vemos–, constituyen mecanismos claves para el mantenimiento del equilibrio, siempre inestable por diseño, del federalismo. Debemos mencionar ahora los actores políticos colectivos, los partidos políticos, que apenas comienzan a vislumbrarse en la época de *El Federalista* (Hofstadter, 1966; Aldrich, 2012). Son partidos ideológicos y programáticos, como ya se ha dicho, que difieren de las facciones personales y clientelares intermediadoras de intereses *particulares* (n.º 10), pues constituyen la expresión plural de la soberanía popular y postulan diversas alternativas del *bien público*.

Estas diferencias ideológicas y políticas, sobre el Estado y la nación, de Madison y Hamilton se diluyen, como vemos, en la común autoría de *El Federalista*. Pero Madison denuncia sin cesar el elitismo de los “federalistas” y de Hamilton, criticando abiertamente que en el seno del proceso constituyente, frente a la tradición republicana de la Revolución, emergen políticos “abierto o secretamente vinculados a la monarquía y a la aristocracia”, quienes, además, se apoyan en las “clases opulentas” frente al “cuerpo del pueblo”, y que son, por cierto, los mismos que se muestran partidarios de la consolidación de la Unión, socavando el autogobierno de los Estados (Madison, 1999: 530-531). Se trata, pues, de cuestiones de principio, diferencias en torno al federalismo y al republicanismo, al Estado (consolidado o descentralizado, republicano o “monárquico”) y a la nación (agraria y comercial o industrial y urbana), así como, de modo creciente, cuestiones también de interés y ambición política, la posibilidad de carreras políticas ventajosas en los Estados y en Washington, que en breve darán origen a los partidos electorales. Pero es la cuestión de principio, de elección social sobre el modelo del federalismo –consolidado o dualista–, la que aparece en la Convención y emerge de modo sutil y solapado en *El Federalista*, la que precede al problema organizativo y de acción colectiva (Aldrich, 2012: 149). Es en este doble sentido programático y organizativo en el que Madison afirmará años más tarde en la *National Gazette*: “Parties are unavoidable” (Madison, 1999: 504).

### 4. *El poder judicial*

El último mecanismo de control argumentado en *El Federalista* es el judicial. Madison percibe, por una parte, que la Consti-

tución necesita un juez independiente del electorado, y que si es una norma, la *norma normarum*, que debe ser cumplida, precisa de un tribunal encargado de interpretarla y hacerla valer frente a las leyes ordinarias aprobadas en los parlamentos por las sucesivas mayorías. Pero, sin embargo, resulta claramente perceptible cierta incomodidad republicana en Madison ante una institución contramayoritaria. No es casualidad que todos los artículos sobre el control de constitucionalidad de las leyes hayan sido escritos por Hamilton, quien se encarga de desarrollar con prolijidad el argumento de que “una constitución [...] debe prevalecer sobre las leyes, la intención del pueblo sobre la de sus agentes” (n.º 78). Debe destacarse que la jurisdicción constitucional no aparece mencionada en el *Plan de Virginia*, toda vez que una institución contramayoritaria, no elegida y no controlada popularmente (*vid.* n.º 39) era percibida con recelo desde la perspectiva republicana de Madison, quien o bien la consideraba débil y poco eficaz frente a los otros poderes (Rakove, 1997) o bien, de fortalecerse, podría convertirse en un poder superior al legislativo, lo cual consideraba de todo punto inadmisibles. Por todo ello, Madison prefería instituciones de perfil más político electivo, como un “Consejo de Revisión” con poderes meramente suspensivos (Bednar, 2003: 194). Estos temores republicanos sobre el control de constitucionalidad por parte del poder judicial, como enseguida veremos, se presentaron con toda nitidez con ocasión de la sentencia *Marbury vs. Madison*, del juez Marshall, en 1803.

#### **4. La ruptura final y la creación del sistema de partidos**

Solo si consideramos la distancia política e ideológica que separa a Madison de Hamilton, hasta aquí analizada –antes de la Convención, durante la misma y en *El Federalista*– podemos explicar cabalmente el antagonismo posterior entre ambos, que desembocaría en la creación de dos partidos políticos, electorales y programáticos en abierta competición por definir los rasgos del Estado y la nación de Estados Unidos de América. Solo desde la histórica amistad y proximidad teórico-política con Jefferson y la relativa sintonía con muchos de los temores y argumentos de los antifederalistas, podemos dar cuenta de las razones que llevan a todos ellos, Madison, Jefferson y antiguos antifederalistas, a crear de consuno el partido republicano de oposición, germen del futuro Partido Demócrata.

Ha de señalarse, ante todo, que la aprobación de la Constitución fue solo un paso inicial de un complejo proceso de institucionalización y concreción estatal y nacional al hilo del cual se visibilizaron y aún acentuaron las profundas discrepancias, ya analizadas, entre los *Founding Fathers*. El primer Congreso salido de las elecciones debía abordar, entre otras cuestiones, la creación del poder judicial y ejecutivo, la puesta en marcha de un sistema de ingresos públicos, precisar la relación entre el ejecutivo y el legislativo, y la elaboración de una *Bill of Rights*, una declaración de derechos. Ahora bien, con el paso del tiempo, al hilo del proceso de institucionalización a partir de la presidencia de Washington (1789-1797) y posteriormente con John Adams (1797-1800), no solo el texto constitucional sino la teoría madisoniana parlamentaria de *El Federalista* se mostraría insuficiente para hacer frente al desarrollo y primacía que iba alcanzando por momentos el poder ejecutivo presidencialista (Samuels & Shugart, 2010). La mecánica de la división de poderes elaborada en la Convención y en *El Federalista* (n.º 51) no podía prever el reforzamiento y la hegemonía del ejecutivo a partir del primer y segundo Congresos. No se trataba solamente de que en la década de los noventa se visibilizaran, ya de modo incuestionable, las diferencias entre Madison y Hamilton, sino que lo hacían porque el curso de los acontecimientos acentuó y evidenció los viejos temores de Madison y Jefferson ante la consolidación de los poderes de los Estados en la Unión y los de la Unión en el ejecutivo presidencialista. Y estos acontecimientos nuevos fueron esencialmente dos: 1) las urgencias derivadas de la guerra y la política exterior, y 2) la inesperada preeminencia del ejecutivo y el presidente en el procedimiento legislativo (Ferejohn, 2003: 215).

El primer tema que se presentó fue, sin embargo, la *Declaración de Derechos*. Urgido desde hacía tiempo por Jefferson y los antifederalistas y vista la evolución de los acontecimientos, Madison reconsidera su escepticismo inicial durante la Convención, en torno al endeble recurso a las "parchment barriers" (barreras de pergamino) que constituía una declaración de derechos para resolver problemas que él consideraba sobre todo, como hemos visto, de diseño institucional y opinión pública (Labunski, 2006). En la importante carta a Jefferson de 17 de octubre de 1788, Madison reformulaba, sin admitirlo, su posición al respecto: "Mi propia opinión ha sido siempre favorable a una carta de derechos, toda vez que se estructure sin implicar poderes no incluidos en la enumeración de competencias... la he favorecido porque he supuesto sería de utilidad y, si se ejecutara apropiadamente, no dejaría de resultar conveniente" (Madison, 1999: 420). Las dife-

rencias, también en este aspecto, con lo expuesto por Hamilton en *El Federalista* número 84 (y la inicial posición del propio Madison en la Convención al respecto) son llamativas. En efecto, Hamilton, no solo consideraba: 1) que los derechos se encuentran recogidos en el conjunto del articulado –“the Constitution is itself [...] a Bill of Rights”–, sino que 2) “Una declaración de derechos, en el sentido y con la extensión que se pretende [por parte de los antifederalistas], no solo resulta innecesaria, sino incluso peligrosa” (n.º 84). La razón, a su entender, no era otra que una tal declaración podía presuponer implícitamente poderes que no estaban reconocidos constitucionalmente. Así, por ejemplo, establecer la libertad de prensa haría suponer que está reconocido constitucionalmente un supuesto poder de regulación de la libertad de expresión. Madison, sin embargo, incorporando lo esencial de los previos argumentos de Jefferson y los antifederalistas en favor de la Declaración de Derechos como “additional guards for liberty”, entiende que ésta aporta dos garantías adicionales nada desdeñables: 1) las “verdades políticas” declaradas de manera solemne adquieren el carácter de “máximas fundamentales del Gobierno libre incorporadas al sentimiento nacional”; 2) resulta un instrumento útil contra las usurpaciones de poder por parte del Gobierno de la Unión (Madison: 1999: 422).

Madison se muestra a estos efectos especialmente abierto a los argumentos no solo de Jefferson (desde sus años de París), sino de Brutus y los antifederalistas sobre la inseguridad de los derechos en ausencia de una *Bill of Rights*: “No debemos desconsiderar su inclusión [...] sino declarar expresamente, de acuerdo con sus deseos [de los antifederalistas, R.M.], los grandes derechos de la humanidad debidamente asegurados bajo la Constitución” (PJM 12: 198). El procedimiento de enmiendas a la Constitución podría, además, evitar los principales peligros que Madison entreveía en la Declaración, especialmente la desprotección de derechos no explícitamente reconocidos en la Constitución. De ahí la redacción, por entero de su autoría, del texto de la Novena y Décima enmiendas. La Novena estaba destinada a proteger derechos no reconocidos: “La enumeración en la Constitución de determinados derechos no debe ser interpretada como denegación o desamparo de otros derechos del pueblo.” La Décima, para salvaguardar el autogobierno de los Estados frente a eventuales extralimitaciones competenciales de la Unión y el menoscabo del autogobierno de los Estados: “Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por esta a los Estados, están reservados respectivamente a los Estados o al pueblo.”

El segundo motivo de fricción sería mucho más profundo y definitivo, originado por la oposición abierta de Madison a los proyectos de Hamilton desde la secretaría del Tesoro en el gobierno de Washington. Las diferencias se iniciaron en enero de 1790 y serían momentáneamente resueltas mediante un compromiso obtenido con la mediación de Jefferson y la elaboración del *Report on Public Credit*. Pero en 1791 estallaría de nuevo el conflicto, esta vez sin acuerdo posible, con motivo de la propuesta de Hamilton de la creación de un *Banco Nacional*. En efecto, el Banco Nacional constituía un mecanismo emblemático de la concepción de Hamilton y una pieza clave de su proyecto político global. Su objetivo era extraordinariamente amplio: 1) crear las precondiciones económicas (comercio, industria, urbanización) de un imperio atlántico competitivo, alentado desde una visión hegemónica en el ámbito internacional de la “commercial republic”; 2) procurar su inspiración en el admirado modelo británico y centralizar económica y políticamente el federalismo lo máximo posible, reforzando los poderes de la Unión frente al localismo de los Estados (Banco de Inglaterra); 3) controlar la oferta monetaria al servicio activo y planificado de una economía en desarrollo acelerado; 4) respaldar una economía centralizada mediante la concentración del capital y garantizar la financiación de una Administración y un ejército poderosos.

Con la discusión de este proyecto estallaron todas las discrepancias que separaban a Madison y Jefferson de Hamilton: 1) ante todo, los virginianos mostraban una rotunda oposición a la idea de nación americana postulada por Hamilton, la “commercial republic”, basada en el impulso del desarrollo industrial y urbano, así como en el capital financiero y especulador. Dicha idea de nación, a su juicio, se mostraba incompatible con el ideal republicano de autonomía, libertad e igualdad, pues promovía una concentración de capital, y con ello una oligarquía que podía desembocar en cleptocracia, y por añadidura en la aparición de crecientes desigualdades en la ciudadanía (Elkins & McKittrick, 1993); 2) en segundo lugar, el republicanismo de Madison y Jefferson, que interpretaba la libertad como control popular, vigilancia de la opinión pública, centralidad de “the people themselves”, se hallaba muy alejado del elitismo y liberalismo delegativo de Hamilton; 3) además, el federalismo de Madison y Jefferson nada tenía que ver con el de los “nacionalistas” –después autodenominados “federalistas”–, concebido como consolidación de un Estado nacional soberano, sino con una “compound republic”, concebida como articulación de autogobierno y gobierno compartidos, “partly national, partly federal”; 4) por último, ambos rechazaban la libre interpretación de la

Constitución por parte de la presidencia y se oponían a la doctrina de los “poderes implícitos” y a la cláusula del “general welfare”. De hecho, Madison, en su importante discurso en el Congreso de 2 de febrero de 1791, rechazó explícitamente y con rotundidad ambas cláusulas en razón de que “interfieren directamente con los derechos de los Estados” y, por ende, “otorgan al Congreso un poder ilimitado” (Madison, 1999: 483).

Especial interés reviste el debate en torno a la cláusula del “general welfare”, importada por Hamilton de los artículos de la Confederación a efectos de robustecer su proyecto de creación de un gran mercado nacional americano, esfuerzos ya detectables en sus artículos de *El Federalista* y en su idea de la “commercial republic”, concebida de modo muy ambicioso y hegemónico en el escenario internacional de la época como “great commercial society”. El alcance del concepto se ponía de manifiesto, como ya vimos, en la interpretación extensiva e irrestricta que allí realizaba de los poderes del Congreso para legislar en materia económica (*El Federalista* n.º 30 y 34). En aras de “disponer de los medios de proveer a las necesidades futuras [...] y resultando estas por naturaleza ilimitadas, resulta imposible limitar los medios” (n.º 34). He ahí el nacimiento del “poder implícito” de gasto público ilimitado (*spending power*) basado en los poderes tácitos otorgados por el peculiar sintagma “bienestar general de la Nación” (*general welfare*) (Beaud, 2007: 312; Mongoin, 2012: 454). No hay que esperar, pues, a la década de los noventa para detectar el proyecto de consolidación de Hamilton desde las propias páginas de *El Federalista*, que alienta en la cláusula jurídica indeterminada de los *implicit powers*.

De todo lo anterior se deduce la complejidad y profundidad de los niveles en los que se evidencia de modo definitivo la discrepancia teórica e ideológica de Madison y Jefferson, con Hamilton y “los federalistas”. En síntesis, desde la perspectiva de aquéllos: 1) los federalistas desatienden la diferencia específica natural de la nación americana –“the beneficence of Nature”, como escribe Madison en *El Federalista* número 14–, su excepcional dotación de recursos naturales y tierra apropiable, así como las infinitas posibilidades de gobierno republicano que esto faculta, sobre la base de una nación de campesinos pequeños propietarios; 2) se inspiran en obsoletos modelos europeos (Inglaterra) basados en el principio de la soberanía indivisible e ilimitada, en jerarquías sociales artificiales, aristocráticas y ajenas al comunitarismo igualitarista americano (“the great body of the people”); 3) desprecian la sólida base social agraria, los campesinos –“la mejor base de la libertad pública y el baluarte más seguro de la salud



pública" (Madison, 1990: 512)– como verdadera fuerza social de la rural nación americana, postulando un antinatural modelo de crecimiento económico –comercial, industrial, urbano– generador de “desigualdades” y “corrupción” crecientes; 4) desconfiando de las virtudes cívicas del pueblo americano, de la capacidad de control de la ciudadanía, privilegian la dimensión artificial de las instituciones centralizadas y la dominación política desde el centro (ejecutivo todopoderoso, ejército, banco nacional) y un ideal elitista económico y político, frente al cultivo de la cultura cívica y la opinión pública; 5) en razón de todo ello, promueven una representación delegativa, y una lectura autoritaria, vertical (“monárquica”), de la República americana, desconfiando de la capacidad de autogobierno democrático de la nación, y finalmente 6) postulan una erosión recentralizadora del federalismo, una invasión de los poderes de los Estados, promoviendo el reforzamiento inconstitucional de los poderes de la Unión (“consolidation”).

Esta es la fundamental discrepancia ideológica, de principios, que, a despecho de lo equívoco de las denominaciones en aquella coyuntura –causante de no pocos problemas de interpretación de las posiciones en presencia– se ventilaba entre *federalistas* (Hamilton, Adams, Marshall) y *republicanos* (Jefferson, Madison), en el segundo, tercer y cuarto Congresos a finales de siglo. Tal es la querrela en torno al “great principle”, que dará origen al primer sistema de partidos en Estados Unidos de América; a saber:

1) qué *modelo de Estado federal* había de construirse, desde el punto de vista de la distribución de poderes entre legislativo y ejecutivo, y entre los Estados y la Unión. En este orden de cosas, Madison compartirá, desde antes de la Convención, y como queda de manifiesto en *El Federalista* número 10, la posición que Jefferson enunciará en su *First Inaugural Address* presidencial: “We are all republicans –we are all federalists” (4 de marzo de 1801) (Jefferson, 1984: 493). Y, en efecto, el grueso de su teoría política se articula como hemos comprobado en torno a estas dos ideas fundamentales: a) el republicanismo de una noción de libertad concebida como control popular, y b) el federalismo descentralizado, firmemente defensor de los derechos de los Estados, frente a procesos de recentralización desde la Unión implementados por Hamilton;

2) qué idea de *nación americana* estaba en juego (Aldrich, 2011: 74), especialmente en lo que atañe a dos vías bien diferentes de desarrollo económico: capital y trabajo agrario (Jefferson, Madison) o capital y trabajo industrial y proceso acelerado de urbanización (Adams, Hamilton) (Schofield, 2003).



A su vez, quizás la diferencia de mayor relieve entre Madison y Jefferson respecto al republicanismo proceda de la concepción del autogobierno en una república de base agraria ajena a grandes urbes: Madison diseña una “gran república” para un vasto país moderno, mientras Jefferson atiende a la base local de las “pequeñas repúblicas” como fundamento de la Unión. Este último prestaba menos atención a la construcción del vasto edificio representativo de la Unión que a la vitalidad democrática y participativa de la ciudadanía situada en el nivel local. Es en los distritos, en los municipios, en los *wards*, en los *town meetings* donde, para Jefferson, la ciudadanía común debía asumir un protagonismo político innegable en la participación, la deliberación pública y en la gestión de los asuntos cotidianos. Estas “pequeñas repúblicas” son claves en la concepción republicana de una ciudadanía activa y no meramente delegativa por parte de Jefferson, pues asumirían competencias en vías de comunicación, educación, policía local, jurados, milicia y asuntos locales varios (carta a John Adams de 1813, Jefferson, 1984: 1308). Por todo ello estas repúblicas de base no constituían para él una mera anécdota o residuo fundacional de los primeros colonos, sino que eran consideradas como la célula madre de la república, aún más, como el verdadero arco de bóveda del gobierno americano (“the key stone of the arch of our government”) (Jefferson, 1984: 1308), toda vez que “en estas pequeñas repúblicas residirá la principal fuerza de la República de la Unión” (Jefferson, 1984: 1227). Además, el mantenimiento de la muy saludable distribución de poderes entre la Unión y los Estados (aquella “salutary distribution of powers”) constituye, conjuntamente con el republicanismo cívico, en gráfica expresión de Jefferson, las dos “anclas de salvación” (“the two sheet-anchors of our Union”) que fondean el sistema político americano al abrigo de las tormentas centralizadoras (carta al juez Johnson de 1823, Jefferson, 1984: 1477).

Por otro lado, la concepción del federalismo republicano de Jefferson conecta, desde una perspectiva que peralta la dimensión de la cultura cívica, con la más sofisticada, desde el punto de vista institucional, de su amigo Madison. Ahora bien, el propio Madison –no debe olvidarse– subraya, sin embargo, que la principal salvaguarda de la federación no es la institucional –considerada de modo significativo como “auxiliary precaution”– sino la movilización popular, la opinión pública y su criterio de lo que constituye una trasgresión no permisible, “the popular safeguard”, empleando para ello, por cierto, una vez más, la misma expresión que Jefferson: “The people themselves” (Jefferson, 1984: 274; Madison, 1999: 532). Pues bien, ambas dimen-

siones, republicana y federal, se consideran amenazadas, por parte de Jefferson y Madison, mediante iniciativas tales como la creación del Banco Nacional propuesto por Hamilton, lo cual implicaba, a su juicio, una centralización excesiva de la economía y no estaba, además, incluido en la Constitución.

Pero, sobre todo, el desacuerdo entre Adams y Hamilton por un lado y Jefferson y Madison por el otro llegará a su apogeo con las *Alien and Sedition Acts* del gobierno Adams (1798), las cuales otorgaban a la Unión, en opinión de estos últimos, poderes que no solo vulneraban derechos políticos fundamentales de la ciudadanía, sino que tampoco estaban recogidos en la Constitución, y erosionaban gravemente el autogobierno de los Estados. Recuérdese que el control popular, en el modelo de Madison, se hace a través de los "órganos locales" que son los Estados, mediante los cuales el pueblo expresa su voluntad plural y diferenciada. La erosión de sus competencias vulnera directamente la idea fundamental de la Constitución concebida como un "compact" entre los Estados (Rosen, 1999).

Resulta preciso clarificar la común posición de Madison y Jefferson respecto al federalismo a finales de siglo, pues, pese su concepción de *Federalismo Nacional* (América como la única nación de referencia de la Unión), su defensa de los derechos de los Estados, aún más, su idea de que el pueblo actúa también indirectamente a través de los Estados mediante el "derecho de interposición" en defensa de los derechos y competencias que les pertenecen, suele generar equívocos sobre un supuesto "confederalismo" de ambos. Éste daría pie a la interpretación de que las "Kentucky o Virginia Resolutions" alentarían o al menos serían instrumentalizadas por el secesionismo de los "nullifiers" años más tarde (John Calhoun).

Pues bien, en razón de todo lo anteriormente expuesto, resulta poco o nada sorprendente la coincidencia de Madison –en sus escritos sobre la opinión pública, por ejemplo, en 1791 en la *National Gazette* (Madison, 1999: 500)– con los juicios de Jefferson (en sus cartas sobre la democracia local) (Jefferson, 1984: 453) en torno al equilibrio necesario entre el autogobierno de los Estados y el gobierno compartido en la Unión, como base indispensable, a la vez, del republicanismo (en cuanto control y participación de los ciudadanos en niveles próximos de gobierno, lo que luego se llamará "subsidiariedad") y del federalismo (mantenimiento de los poderes de los Estados frente a la invasión competencial por parte de la Unión). La "consolidación" del federalismo americano, su recentralización, implicaba para ambos –frente al desvío "monárquico" (calificativo que Jefferson reitera una y otra

vez en su correspondencia y de ahí el etiquetado de “partido republicano”, posteriormente “demócrata republicano”) protagonizado por Hamilton— el fin de la república, al tiempo que de la federación.

Madison, por su parte, procede entre 1791 y 1792 a un análisis en profundidad de las diferencias políticas fundamentales que se alzan entre él y Hamilton, especialmente en torno a la “consolidation”. Estas reflexiones pueden consultarse en sus papeles no publicados bajo el epígrafe “Notes for the National Gazette Essays”, también llamadas “Notes on Government” (PJM 14: 158 y ss). En estas notas y en los artículos que llevan por título “Consolidation”, de 5 de diciembre de 1791, o “Government”, de 2 de enero de 1792, nuestro autor realiza una defensa de los derechos de los Estados y una crítica radical a la centralización de la federación norteamericana, articulada en torno a dos argumentos fundamentales: 1) el traslado de muchos de los poderes de los Estados a la Unión y de la Unión al poder ejecutivo presidencialista de ésta, se traduce, de hecho, en que el jefe del ejecutivo se “transforma en un monarca” (Madison, 1999: 498), al que solo le faltaría prescindir de la elección y proceder por “designación hereditaria” (Sheldon, 2001: 78). Por el contrario, “los amigos verdaderos de la Unión son los amigos de la política republicana, la cual constituye el único cemento de la Unión de un pueblo republicano; en oposición al espíritu de usurpación y monarquía que constituye el *menstruum* capaz de disolverla” (Madison, 1999: 518); 2) la pérdida de poder por parte de los Estados significará la privación de los “órganos locales” a través de los cuales se expresan diez o veinte millones de ciudadanos cuya opinión pública, plural y diversa, se vería sumida “en un silencio universal”. Madison insiste al respecto en una vieja idea: precisamente esta opinión pública de base local es la que, como afirma en otro artículo de la *National Gazette*, “pone los límites a cada gobierno, y constituye el soberano efectivo en todo gobierno libre” (Madison, 1990: 500). Todo ello se ve fielmente reflejado en las palabras de Madison en el fundamental *Speech* en el Congreso de 2 de febrero de 1791, donde, en una devastadora crítica de la propuesta de Hamilton sobre el Banco Nacional, concluye que de llevarse a cabo el proyecto “la esencial característica del gobierno americano, la de estar compuesto por poderes limitados y enumerados, sería destruida” (Madison, 1990: 485).

La distancia entre Madison y Jefferson, por una parte, y Hamilton y Adams por otra, a estas alturas resulta ya insalvable. El tiempo de colaboración entre unos y otros ha terminado hace tiempo y comienza una nueva etapa de competición y alternativas, el tiempo de los partidos

políticos. Los partidos –que, como vimos, Madison considera que “son inevitables” en su artículo del 23 de enero de 1792– adquieren definitivamente una clarificación ideológica y programática. En su artículo “A Candid State of Parties”, Madison traza con claridad polémica la división ideológica entre “republicanos” y “monárquicos”, sobre la base de un antagonismo entre la masa del pueblo y las clases opulentas, entre los partidarios de un sistema “ni completamente nacional, ni completamente federal” y los partidarios de la consolidación centralizadora, en definitiva, entre el partido republicano y el partido, en sus propios términos, “antirepublicano” (“federal”) (Madison, 1990: 530-532).

De nuevo este, y no otro, es el trasfondo de las *Kentucky* (Jefferson) y *Virginia* (Madison) *Resolutions* de 1798 (Madison, 1999: 589; Jefferson, 1984: 449). En una y otra, redactadas en plena sintonía intelectual y política, se reitera que los Estados Unidos de América “no están unidos bajo el principio de la sumisión ilimitada a su Gobierno general, sino por medio de un *compact* bajo el estilo y título de una Constitución” (Jefferson, 1984: 449). En definitiva, a juicio de ambos, tras las represivas medidas contra las libertades ciudadanas de las *Alien and Sedition Acts*, aprobadas por el gobierno Adams en 1798, se trataba no solo de rebajar las garantías cívicas de la república, sino de reconstruir la soberanía monista en la Unión, rompiendo con el principio fundamental de que la Constitución americana tiene como presupuesto fundamental la soberanía compartida; en sus propios términos: “divides the sovereignty”.

En el *Report on the Alien and Sedition Acts*, texto de gran extensión y muy elaborado, de enero de 1800, Madison sustancia de modo sistemático las principales divergencias llevándolas mucho más allá de la vulneración de los derechos de la emigración, los extranjeros o la libertad de prensa. A los solos efectos que aquí interesan, en este documento sintetiza su visión de la federación republicana de modo muy detallado:

1. El gobierno de la Unión es el resultado de un pacto entre Estados –“resulting from the compact”– que establece la soberanía compartida (Madison, 1990: 609).

2. Dicho pacto distribuye las competencias entre aquellas que quedan en manos de los Estados y aquellas otras que, taxativamente enumeradas, pertenecerán a la Unión.

3. Cualquier alteración de esta distribución implica la vulneración de la Constitución y el retorno al nefasto principio de “una soberanía única” (Madison, 1990: 615), tema en el que Madison insiste de forma reiterada, pronunciándose enfáticamente en contra de “consolidating the states into one sovereignty” (Madison, 1990: 619).

4. Lo cual implica, no solo destruir el federalismo en cuanto sistema político basado en el equilibrio entre autogobierno y gobierno compartido, entre unidad y diversidad, sino transformar el sistema republicano de los Estados Unidos en “una Monarquía” (Madison, 1999: 622).

5. Que el pueblo –“We the people”, “The people themselves”– no actúa en el sistema federal como una multitud atomística de individuos singulares y aislados, sino a través de las unidades constitutivas del pacto fundador, los Estados, en uso de la parcela de la soberanía (dividida) que les corresponde.

6. Que la cláusula del “general welfare” no puede interpretarse de modo arbitrario y extensivo para justificar por razones de “bienestar general” del país la concentración de nuevos poderes en la Unión, más allá de los enumerados taxativamente en la Constitución (Madison, 1999: 618).

7. Que las *Alien and Sedition Acts* resultan una monstruosidad –“a monster”–, pues subvierten los principios generales de un gobierno libre, republicano, vulnerando derechos civiles y políticos esenciales (libertad de expresión –“free communication”–, libertad de prensa, etc.) al tiempo que la distribución competencial de la Constitución (Madison, 1999: 620).

Muchos años más tarde, Madison se mantendrá fiel al principio fundamental de su visión federalista del *compact* y la *soberanía compartida* entre la Unión y los Estados, el cual, sin embargo, suele pasarse por alto y que se remonta, como hemos visto, a su texto *Vices of the political system of the United States*. De hecho, una de las aportaciones capitales de la teoría federal de Madison es que dispensa de la lógica del concepto hobbesiano de poder soberano, esto es, monista, ilimitado e indivisible (Ostrom, 1987: 42; 1991: 8). Si en 1787 nuestro autor postulaba el federalismo en términos de radical “modificación de la soberanía” (Madison, 1999: 79), y en 1800 reafirmaba el *compact* entre Estados como libre decisión desde la “soberanía” (compartida) de éstos, en 1830 escribirá de nuevo: “Si la soberanía no se encuentra dividida, el sistema político de los Estados Unidos de América resulta una quimera” (Madison, 1999: 653).

Por esta razón, frente a los “nullifiers” y “secesionistas” de 1830, Madison, en su correspondencia, insistirá de nuevo en este principio: tanto los nacionalistas (centralistas) como los secesionistas cometían, a su juicio, el mismo error, ora atribuir la soberanía a la Unión, ora atribuir la soberanía a los Estados, olvidando que “the American experiment”, “this new and compound system”, “empha-

tically *sui generis*", se fundaba precisamente en un postulado radicalmente distinto: "dividing sovereignty" (McCoy, 1989: 150). Resulta de extraordinario interés el hecho de que, al hilo del debate con los *nullifiers* en los años treinta, en la correspondencia mantenida con el senador Webster, por ejemplo, Madison le recuerde el "original compact" de los Estados Unidos de América, el cual, afirma, "debe ser respetado tanto por parte de los nacionalistas como de los secesionistas", habida cuenta de que "es un hecho indiscutible que la Constitución ha sido hecha por el pueblo, pero en cuanto incorporado (*"embodied"*) en los varios Estados que integraban el mismo, y por otra parte, hecha por los Estados en su más alta capacidad de autoridad" (McCoy, 1999: 149).

Por cierto, también en Jefferson encontramos reiterada una y otra vez la misma idea de Madison de la conexión interna y conceptual entre democracia republicana y federalismo "dualista". Por decirlo con palabras de su *Presidencial First Inaugural Address* (1801): "El mantenimiento de los gobiernos de los Estados en todos sus derechos constituye el más competente modo de administrar nuestros asuntos domésticos y el más seguro baluarte contra las tendencias antirrepublicanas" (Jefferson, 1984: 495). Aún más, en su concepción los Estados son "las verdaderas barreras de nuestra libertad en este país" (*"the true barriers of our liberty"*, carta a Destutt de Tracy 1811; Jefferson, 1984: 1245).

Finalmente, debe destacarse una afinidad adicional entre Madison y Jefferson en torno a la concepción del control de constitucionalidad de las leyes. Madison (*El Federalista* n.º 49) era partidario, como hemos visto, del control de constitucionalidad de las leyes, coincidiendo en este punto, en principio, con Hamilton (n.º 88), quien de la mano de la consideración de Montesquieu del poder judicial como "en quelque façon nul", postula no solo que "la Constitución debe ser considerada por los jueces como una ley fundamental y a ellos corresponde establecer su significado, así como el significado de todo acto particular procedente del legislativo", sino que esto "no supone de ningún modo una superioridad del poder judicial sobre el legislativo". Ahora bien, como ya vimos Madison siempre fue muy cauteloso, desde sus principios republicanos, respecto a que este poder de control de constitucionalidad de las leyes o bien fuera inútil frente a los otros poderes, o bien, de potenciarse al socaire de su "neutralidad", supusiera un desplazamiento de poder que trasladase la supremacía política lejos del Congreso, dejándola en manos del poder judicial. Pero no solo razones *republicanas*, sino también razones *federales* estaban

detrás de la desconfianza de Madison hacia el poder judicial como árbitro último; en efecto, la concepción madisoniana del federalismo como sistema de autorrefuerzo, basada en *checks and balances*, competición y control electoral, entre los diferentes ámbitos del sistema (parlamentario) multinivel (*El Federalista* n.º 62) y opinión pública vigilante (control popular), no dejaba mucho lugar para una institución tan autonomizada de la voluntad popular, “removed from the people” (*El Federalista* n.º 49), un valedor de la Constitución independiente de la mayoría del electorado (Bednar, 2003). De ahí el desacuerdo notorio de ambos con la sentencia del juez Marshall en 1803, la célebre *Marbury vs. Madison*. Jefferson suscribía, como Madison, desde siempre, la superioridad formal de la Constitución sobre las leyes ordinarias, pero no compartía el principio de que el Tribunal Supremo fuera el único y último intérprete de la Constitución, especialmente en las relaciones entre los Estados y la Unión. En su opinión, desde una perspectiva republicana, si “debe haber un último árbitro en alguna parte”, como señalaba el juez Marshall, este debería residir, para los temas fundamentales, en el poder constituyente, pues no debería olvidarse que “el último árbitro es el pueblo de la Unión, reunido en Convención a requerimiento del Congreso o de los 2/3 de los Estados” (carta al juez Johnson, 1823; Jefferson, 1984: 1245).

Serán todos estos reiterados acuerdos entre Madison y Jefferson, por encima de innegables diferencias, algunas de las cuales hemos apuntado, y la gran distancia política de ambos respecto a Hamilton en la concepción de la república y la federación, del Estado y la nación americanos, lo que, a despecho de la fugaz colaboración en *El Federalista*, dará lugar a la creación por parte de aquellos del “partido republicano”. El propio Hamilton reconocerá, en 1801, que las diferencias con Madison fueron siempre sustantivas y “de principio” –exactamente: “a war of principles”– y alcanzaban hasta las propias “foundations of society” (PAH 25: 352-370), y que no eran debidas a la mera ambición personal o al influjo de Jefferson, como había maliciado con anterioridad (Sheehan 2009: 54). El Partido Republicano, desde la oposición, buscará movilizar electoralmente a la opinión pública norteamericana contra las políticas de los “federalistas”. Esta cuestión inicial de principios, devenida en lógica de acción colectiva y problema organizativo y electoral, constituirá el fulcro de la posterior competición política a finales de siglo y se tradujo en la victoria en la carrera presidencial de Jefferson sobre Adams en 1800, su posterior doble mandato, con Madison de secretario de Estado (1800-1808), y finalmente en la presidencia del propio Madison (1809-1817).



## Bibliografía

- ALDRICH, J. (2011). *Why Parties? A Second Look*. Chicago: Chicago U. Press.  
Edición española: ¿Por qué los partidos políticos? *Una segunda mirada*.  
Presentación de N. Lagares y R. Máiz Madrid: CIS, 2012.
- BALL, T. (ed). (2008). *James Madison*. Burlington: Ashgate.
- BANNING, L. (1995). *The Sacred Fire of Liberty. James Madison and The Founding of the Federal Republic*. Ithaca: Cornell U. Press.
- BAYLIN, B. (1967). *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge (Mass): Harvard U. Press.
- . (1993). *The Debate on the Constitution* (2 vols.). New York: Library of America.
- BEARD, CHARLES A. (1935) (1965). *An Economic Interpretation of The Constitution of the United States*. New York: Free Press.
- BEAUD, O. (2007). *Théorie de la Fédération*. Paris: PUF.
- BEDNAR, J. (2009). *The Robust Federation*. New York: Cambridge U. Press.
- CONDORCET, N. (1986). *Sur les élections*. Paris: Fayard.
- DAHL, R. (1956). *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: Chicago U. Press.
- . (2006). "Reevaluating Madisonian Democracy", en *A Preface to Democratic Theory. Expanded Edition*. Chicago: Chicago U. Press, pp. 152-173.
- DIAMOND, L. (1959). "Democracy and *The Federalist*". *American Political Science Review*, 53, 52-68.
- DOUGHERTY, K. (2003). "Madison's Theory of Public Goods", en Kernell, S. (2003), *op. cit.*
- EPSTEIN, D. (1984). *The Political Theory of the Federalist*. Chicago: Chicago U. Press.
- CHAPPELL, H., & KEECH, W. (1989). "Electoral Institutions in *The Federalist Papers*", en Grofman & Wittman, *op. cit.*
- ELKIN, S. L. (2006). *Reconstruction the Commercial Republic*. Chicago: Chicago U. Press.
- ELKINS, S., & MCKITRICK, E. (1993). *The Age of Federalism. The Early American Republic 1788-1800*. New York: Oxford U. Press.
- FARRAND, M. (1911) (1966). *The Records of the Federal Convention of 1787* (vols. I, II, III y IV) Supplement (1987).
- FEREJOHN, J. (2003). "Madisonian Separation of Powers", en Kernell, *op. cit.*, 126-156.
- GROFMAN, B., & WITTMAN, D. (1989). *The Federalist Papers and the New Institutionalism*. New York: Agathon.
- HAMILTON, A. (1961-1979). *The Papers of Alexander Hamilton* (PAH). Ed. H. Syrett & J. Cooke (26 vols.). New York: Columbia U. Press.
- HOFSTADTER, R. (1969). *The Idea of a Party System. The Rise of a Legitimate Opposition in the United States (1780-1840)*. Berkeley: California U. Press.
- ISRAEL, J. (2011). *Democratic Enlightenment. Philosophy, Revolution, and Human Rights (1750-1790)*. New York: Oxford U. Press.



- JEFFERSON, Th. (1984). *Writings*. New York: Library of America.
- KALYVAS, A., & KATZNELSON, I. (2008). *Liberal Beginnings. Making Republic for the Moderns*. New York: Cambridge U. Press.
- KERNELL, S. (2003). *James Madison. The Theory and Practice of Republican Government*. Stanford: Stanford U. Press.
- KIEWIET, D., & McCUBBINS, M. (1991). *The Logic of Delegation*. Chicago: Chicago U. Press.
- LABUNSKI, R. (2006). *James Madison and the struggle for the Bill of Rights*. New York: Oxford U. Press.
- MADISON, J. (1962). *The Papers of James Madison* (PJM). Ed. W. Hutchinson et al. Chicago y Charlottesville: Chicago U. Press y University Press of Virginia (17 vols.).
- . (1900-1910). *The Writings of James Madison* (WJM). Ed. Galliard Hunt (9 vols.).
- . (2007). *The Debates in the Federal Convention of 1787*. New York: Prometheus Books.
- . (1999). *Writings*. New York: Library of America.
- MADISON, J.; Hamilton, A., & Jay, J. (1788, 2003). Ed. T. Ball. *The Federalist*. New York: Cambridge U. Press.
- MAÍZ, R. (2007). *Nación y Revolución: la teoría política del abate Sieyès*. Madrid: Tecnos.
- . (2011). "The Political Mind and Its Other. Rethinking the Non-Place of Passions in Modern Political Theory", en M. Engelken et al. *Politics and Emotions*. Wiesbaden: Springer.
- . (2013). "Naturaleza, Nación y República federal: El excepcionalismo norteamericano de Thomas Jefferson", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 54, pp. 13-39.
- MARIENSTRAS, E., & WULF, N. (2010). *The Federalist Papers. Défense et Illustration de la Constitution Fédérale des États-Unis*. Paris: PUF.
- MATTHEWS, R. K. (1995). *If Men Were Angels. James Madison and the Heartless Empire of Reason*. Lawrence: Kansas U. Press.
- McCOY, D. R. (1980). *The Elusive Republic. Political Economy in Jeffersonian America*. New York: Norton.
- . (1989). *The Last of The Fathers. James Madison and the Republican Legacy*. New York: Cambridge U. Press.
- McLEAN, I. (2003). "Before and after Publius: The Sources and Influence of Madison's Political Thought", en Kernell, S., *op. cit.*, pp. 41-63.
- MONGOIN, D. (2012). *Le Pari de la Liberté. Étude sur Le Fédéraliste*. Paris: Garnier.
- NEDELSKY, J. (1990). *Private Property and the Limits of American Constitutionalism*. Chicago: Chicago U. Press.
- OSTROM, V. (1987). *The Political Theory of a Compound Republic. Designing the American Experiment*. Lincoln: Nebraska U. Press.
- . (1991). *The Meaning of Federalism*. San Francisco: ICS Press.

- PAGE, B., & SHAPIRO, R. (1989). "Restraining the Whims and Passions of the Public", en Grofman & Wittman, op. cit.
- POCOCK, J. G. A. (1965). *The Machiavellian Moment*. Princeton: Princeton U. Press.
- RAKOVE, J. (1990). *James Madison and the Creation of the American Republic*. Glenview: Library of American Biography.
- . (1997). *Original Meanings. Political Ideas in the Making of the Constitution*. New York: Vintage.
- RIKER, W. (1987). "The Invention of Centralized Federalism", en Riker, W. (ed.). *The Development of American Federalism*. Boston: Kluwer.
- ROSEN, G. (1999). *American Compact*. Lawrence: Kansas U. Press.
- SCHOFIELD, N. (2003). "Madison and the Founding of the Two Party-System", en Kernell (2003), op. cit. 302-329.
- . (2006). *Architects of Political Change*. New York: Cambridge U. Press.
- SCHWARTZ, Th. (1989). "Publius and Public Choice", en Grofman & Wittman, op. cit.
- SHAPIRO, I. (2009). "The Federalist then and now", en *The Federalist Papers* I. Shapiro (ed.). Naew Haven: Yale U. Press.
- SHEEHAN, C. (2009). *James Madison and the Spirit of Republican Self-Government*. New York: Cambridge U. Press.
- SHELDON, G. W. (2001). *The Political Philosophy of James Madison*. Baltimore: John's Hopkins U. Press.
- SHKLAR, J. (1998). *Redeeming American Political Thought*. Chicago: Chicago U. Press.
- WOOD, G. (1969). *The Creation of the American Republic*. Chapel Hill: North Carolina U. Press.
- ZUCKERT, M. P. (1994). *Natural Rights and the New Republicanism*. Princeton: Princeton U. Press.

## RESUMEN

Este artículo muestra la conexión interna y conceptual en el pensamiento de Madison entre (1) el *republicanismo*, centrado en el control popular, la opinión pública y el protagonismo de “the people themselves” y el diseño institucional de un sistema parlamentario con supremacía del legislativo, así como la cultura política que hace posible la república en un extenso país, y (2) el *federalismo*, entendido como solución republicana de equilibrio y síntesis de autogobierno y gobierno compartido, unidad y diversidad. Así, el antagonismo teórico-político fundamental de la época se sustancia entre Madison y Hamilton, y no entre Madison y Jefferson. Estos se encuentran, desde sus respectivas posiciones, muy cerca en sus temores sobre las consecuencias antirrepublicanas y centralistas de la “commercial society” y el “vigor of government” defendidos por Hamilton y el abierto desdén de este último por la república, los derechos de los Estados e incluso la división de poderes. Será, precisamente, la proximidad teórica y política de fondo entre Madison y Jefferson en torno tanto a la idea de Estado como de nación americanas la que estará en la base de la creación, entre la primera y la cuarta legislatura, del partido republicano, que se opondrá a la “consolidation” centralista y presidencialista de la Unión, y que generaría el nacimiento del sistema de partidos norteamericano.

**Palabras clave:** federalismo; republicanismo; Madison; Hamilton; Jefferson; soberanía; consolidación.

## RESUM

Aquest article mostra la connexió interna i conceptual en el pensament de Madison entre (1) el *republicanisme*, centrat en el control popular, l'opinió pública i el protagonisme de “the people themselves” i el disseny institucional d'un sistema parlamentari amb supremacia del legislatiu, així com la cultura política que fa possible la república en un país extens, i (2) el *federalisme*, entès com a solució republicana d'equilibri i síntesi d'autogovern i govern compartit, unitat i diversitat. Així, l'antagonisme teoricopolític fonamental de l'època se substancia entre Madison i Hamilton, i no entre Madison i Jefferson. Aquests es troben, des de les respectives posicions, molt a prop en els seus temors sobre les conseqüències antirepublicanes i centralistes de la “commercial society” i el “vigor of government” defensats per Hamilton i l'obert menyspreu d'aquest últim per la república, els drets dels estats i, fins i tot, la divisió de poders. Serà precisament la proximitat teòrica i política

de fons entre Madison i Jefferson pel que fa tant a la idea d'Estat com a la de nació americans la que estarà a la base de la creació, entre la primera i la quarta legislatura, del partit republicà, que s'oposarà a la "consolidation" centralista i presidencialista de la Unió, i que generarà el naixement del sistema de partits nord-americà.

**Paraules clau:** federalisme; republicanisme; Madison; Hamilton; Jefferson; sobirania; consolidació.

## ABSTRACT

This paper explores the inner theoretical relationship between republicanism and federalism in the political thought of James Madison. In fact federalism is conceived from his point of view as a cultural and institutional device to build a true democratic government in a modern big country as the United States of America. This "happy combination" of republicanism and federalism, goes hand by hand with a design of the Union, not as a "consolidated" and centralized one, as Hamilton defended; but as quite distinctive system "partly national, partly federal", where the states' rights were protected in their substantive self-government and in their participation with free own voice in the general shared-government of the Union. Moreover, the political and theoretical differences between Madison and Hamilton, were notorious not only respecting the whole conception of the American State, but also reach decisively another field: what kind of Nation "America" was to be. This principled and deep differences about the nature of the American democracy (based in the "vigor of government" or in the principles of republican revolution), the model of American federalism (consolidated and eroding the state's powers or decentralized based on "dividing sovereignty") and the nature of the American Nation (urban and industrialist "Great commercial society" or rural and commercial republic of the republics), gave birth to the creation of the *Republican Party* (with Thomas Jefferson) –The *Democratic Party* after Jackson– and the first American party system.

**Keywords:** federalism; republicanism; Madison; Hamilton; Jefferson; sovereignty; consolidation.

# CITTÀ METROPOLITANE E PROVINCE IN ITALIA: ORGANI, FUNZIONI FONDAMENTALI ED ESIGENZE DI RIDUZIONE DELLA SPESA

**Giovanni Cocozza**

Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Napoli "Federico II"

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Città metropolitana nella riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione italiana. – 3. I modelli di Città metropolitana nei tentativi di riforma precedenti e successivi alla legge costituzionale n. 3/2001. – 4. La nuova disciplina dell'organizzazione della Provincia. – 5. L'istituzione delle Città metropolitane con il decreto legge n. 95/2012, convertito nella legge n. 135/2012. – 6. Un primo dato ricostruttivo. – 7. La difficile identificazione delle funzioni fondamentali nel dibattito dottrinario. – 8. Le scelte operate in alcune discipline precedenti. – 9. Le funzioni fondamentali previste dal decreto sulla *spending review*. – 10. Osservazioni conclusive. – *Resum – Resumen – Abstract.*

---

## 1. Premessa

Con un intervento di disciplina, attuato attraverso un decreto legge (6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135), approvato in funzione di esigenze di riduzione della spesa pubblica, si è di recente introdotta la regolamentazione delle Città metropolitane, per le quali, come è noto, vi era soltanto una astratta previsione nel livello costituzionale, come riformato nel 2001.

Tale disciplina si collega, peraltro, come si vedrà, ad un precedente decreto legge del 6 dicembre 2011, n. 201 (Decreto "Salva Italia"), relativo all'Ente Provincia.

---

*Manoscritto ricevuto il 26/06/2013; accettato il 27/07/2013.*

Corre l'obbligo, pertanto, di manifestare immediatamente le perplessità sulla compatibilità a Costituzione di un intervento riformatore così significativo, attraverso un atto avente forza di legge, il decreto legge, che, come è noto, l'art. 77 Cost. prevede esclusivamente per casi straordinari di necessità ed urgenza. Ed è molto difficile ritenere che esigenze di riduzione della spesa pubblica possano configurarsi come ipotesi che giustifichino una così incisiva disciplina in una materia che attiene all'autonomia costituzionalmente garantita delle Città metropolitane e delle Province. Le perplessità sono fondate anche considerando il rigoroso indirizzo assunto al giudice costituzionale italiano che, con una recente giurisprudenza, ha concluso per la sindacabilità del decreto legge e della legge di conversione in relazione alla insussistenza dei requisiti costituzionali dei casi straordinari di necessità ed urgenza<sup>1</sup>.

Pur con le incertezze, doverosamente da segnalare, sulla tenuta della disciplina, per l'appena indicato aspetto formale, in essa vi sono non pochi profili di interesse dal punto di vista sostanziale. È possibile, infatti, indagando su tali aspetti riformatori, cogliere il loro modo di proporsi come attuazione della previsione costituzionale ed individuare punti importanti nello sviluppo del sistema delle autonomie locali.

Per la tematica della Città metropolitana, invero, la questione coinvolge una "complessa serie di fenomeni che interessano, tra l'altro, l'economia, i servizi, i modelli culturali e le relazioni dei soggetti sul territorio"<sup>2</sup>.

E si tratta di esigenze che si estendono, in un gioco di influenze reciproche, anche in altri paesi<sup>3</sup>.

1. Cfr. sentenze Corte Costituzionale, 23 maggio 2007, n. 171, in *Giur. cost.*, 2007, 3, 1662; 30 aprile 2008, n. 128, in *Foro it.*, 2008, 11, I, 3044; 16 febbraio 2012, n. 22, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2, 251.

2. Cfr. A. Marzanati, *La questione delle città metropolitane in Italia*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 9/2006, 733 ss.

3. Cfr., ancora, A. Marzanati, *La questione delle città metropolitane in Italia*, cit., che compie una valutazione anche sulle altre esperienze in paesi europei. In particolare sono oggetto di osservazione le realtà più risalenti di governo metropolitano sperimentate a Londra e, a seguito dell'approvazione della nuova Costituzione, a Barcellona. Sempre in Spagna, le strutture analoghe che riguardano la Grande Madrid e la Grande Valenza; le soluzioni simili adottate dalla *Règion de Bruxelles capitale*, in Francia attraverso le *Communautés urbaines* per le grandi città oltre a *Communautés d'agglomérations* e *Communautés des comuna*; in Germania per l'area metropolitana di Francoforte; l'area metropolitana di Vienna; le due città metropolitane di Lisbona e Oporto riconosciute dall'ordinamento portoghese; le regioni metropolitane nei Paesi Bassi ed infine l'esperienza in Polonia

Così, si rinvengono non poche similitudini, nell'attualità, tra quanto accade nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo, nel quale anche si assiste ad un vivo dibattito sulle possibilità di una riforma del governo locale, nel segno della crisi economica<sup>4</sup>.

Si tratta allora di verificare la maniera in cui l'autonomia dell'Ente locale viene connotata sotto il profilo organico e funzionale, quali ricadute si possono registrare nei rapporti fra livelli statali, regionali e locali e, in conclusione, quanto la fase dell'attuazione sviluppi l'impianto più favorevole alla garanzia dell'autonomia di cui alla revisione costituzionale del 2001.

Per svolgere tali riflessioni i punti sui quali verrà soffermata l'attenzione sono, per un verso, le modalità di istituzione di alcune Città metropolitane<sup>5</sup> (con la contestuale soppressione delle Province nel relativo territorio); per altro, la disciplina degli organi che si collega a quella delle Province, nonché la linea che ha ispirato l'individuazione delle funzioni fondamentali.

## 2. La Città metropolitana nella riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione italiana

Come si anticipava, la nuova disciplina delle Città metropolitane in Italia segna un rilevante punto di svolta perché nel sistema viene in-

4. Il tema è indagato nella dottrina spagnola. Ci si limita a ricordare i lavori di F. Velasco Caballero (dir.), *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 2010; L. Cosculluela Montaner y L. Medina Alcoz, *Crisis economica y reforma del regimen local*, Civitas, 2012.

5. Sul tema delle Città metropolitane, cfr., tra i tanti, F. Merloni, *Il rebus metropolitano*, Roma, 1986; P. Urbani, *Governi metropolitani e interessi nazionali*, Padova, 1988; M. Imbordino, *Area metropolitana e autonomia comunale: un difficile equilibrio*, in *Le Regioni*, 1988, I, 163 ss.; A. Carullo, *Dall'area metropolitana alla città metropolitana*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1990, 3-4, 597 ss.; AA.VV., *Le aree metropolitane in Europa*, Bologna, 1994; G. Soricelli, *Il fenomeno delle aree metropolitane tra riassetto dell'amministrazione locale e riforme costituzionali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2002, 843 ss.; F. Spalla – D. Bottà, *Governo e metropoli in Europa: quaranta casi a confronto*, in *Quad. di Scienza Politica*, 2005, 87 ss.; A. Marzanati, *La questione delle città metropolitane in Italia*, cit., 1121 ss.; S. Piazza, *Note in margine ai profili dell'evoluzione normativa ed istituzionale in tema di aree e città metropolitane nell'esperienza italiana*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2008, 2200 ss.; A. Brancasi – P. Caretti, *Il sistema dell'autonomia locale tra esigenze di riforma e spinte conservatrici: il caso della Città metropolitana*, in *Le Regioni*, 4/2010, 727 ss.

trodotto, in concreto, questo ente<sup>6</sup> – Città metropolitana – per il quale vi erano stati molti tentativi, in precedenza, di una disciplina e che, circostanza invero peculiare, aveva ricevuto, pur se non istituita, una regolamentazione, sebbene limitata, a livello costituzionale.

La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, con la quale è stato completamente modificato il Titolo V della Carta Repubblicana del 1948, riferito al sistema delle autonomie locali, ha, infatti, contemplato nell'art. 114 il principio che le Regioni, le Province, le Città metropolitane ed i Comuni sono gli enti costitutivi della Repubblica accanto allo Stato. E, nei successivi articoli, ha specificato tale principio sviluppando gli aspetti dell'autonomia (in particolare, artt. 117, 118, 119 Cost.)

La Città metropolitana, pertanto, ha ricevuto, in tal momento, non essendo contemplata nella Costituzione del 1948, la diretta previsione costituzionale della sua autonomia con la peculiarità, così, di essere affiancata ad altri enti già esistenti, e già disciplinati da tempo, e cioè le Province ed i Comuni, oltre che le Regioni<sup>7</sup>.

C'è da notare, però, che mancano, nel testo costituzionale riformato, le regole sulla modalità di istituzione e i presupposti per la costituzione. E che, per la "consistenza" dell'autonomia, occorre, pertanto, considerare come l'art. 114 Cost. ed i successivi artt. 117 e 118 Cost. si vengono a collocare nel sistema complessivamente considerato.

Infatti, sebbene l'art. 114 della Costituzione abbia, nella sua formulazione letterale, equiparato Comuni, Province e Città metropoli-

6. Vengono fissati tempi per l'attuazione. Difatti, l'art. 18, comma 1, della legge 7 agosto 2012, n. 135 prevede "A garanzia dell'efficace ed efficiente svolgimento delle funzioni amministrative, in attuazione degli articoli 114 e 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, le Province di Roma, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria sono soppresse, con contestuale istituzione delle relative Città metropolitane, il 1° gennaio 2014, ovvero precedentemente, alla data della cessazione o dello scioglimento del consiglio provinciale, ovvero della scadenza dell'incarico del commissario eventualmente nominato ai sensi delle vigenti disposizioni di cui al testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, qualora abbiano luogo entro il 31 dicembre 2013. Sono abrogate le disposizioni di cui agli articoli 22 e 23 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, nonché agli articoli 23 e 24, commi 9 e 10, della legge 5 maggio 2009, n. 42, e successive modificazioni".

7. Cfr. A. Brancasi – P. Caretti, *Il sistema dell'autonomia locale tra esigenze di riforma e spinte conservatrici: il caso della Città metropolitana*, 744 secondo cui "il nuovo ente riceve direttamente dalla Costituzione una prima disciplina in ordine ai contenuti della sua autonomia (statutaria, regolamentare e finanziaria), destinata ad essere implementata dalla legge dello Stato, quanto alla definizione delle c.d. "funzioni fondamentali", agli organi di governo e al relativo sistema elettorale; diviene soggetto destinatario necessario (al pari degli altri Enti locali) di funzioni da parte dello Stato e delle Regioni, secondo la logica posta a base del nuovo art. 118 Cost. (sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza)".



tane con Regioni e Stato, le differenze sono state immediatamente segnalate.

Per quanto riguarda la posizione dello Stato, si è subito precisato che è esso soltanto il titolare della sovranità e così può esercitare una serie di funzioni che gli enti locali non possono svolgere. Nel rapporto con gli Enti locali, lo Stato è chiamato, ad esempio, a determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali [art. 117, comma 2, lett. *m*)], ad individuare i principi fondamentali nell'ambito della legislazione concorrente (art. 117, comma 3), ad esercitare il potere sostitutivo in caso di inadempienza degli enti territoriali minori (art. 120, comma 2), a sciogliere il consiglio regionale e rimuovere il Presidente della Giunta regionale che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge (art. 126, comma 1). Ed invero, lo stesso art. 114, al comma 2, definendo enti autonomi (soltanto) quelli substatali e non anche lo Stato, assume che quest'ultimo è qualcosa di diverso e di ulteriore rispetto agli enti locali.

Per le Regioni vi è un tratto differenziale rispetto alla posizione dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane, sebbene il comma 2 dell'art. 114, modificato dalla richiamata legge costituzionale, preveda che sono tutti enti autonomi con propri Statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione. Solo le Regioni, ai sensi dell'art. 117 Cost., detengono la potestà legislativa. E solo per le Regioni vi è una previsione costituzionale specifica, nell'art. 121, che individua gli organi. Così come esclusivamente per le Regioni è previsto in Costituzione il procedimento di formazione dello Statuto nonché i contenuti minimi di tale atto di autoregolamentazione regionale.

Per quanto riguarda, invece, gli altri enti locali, l'art. 117 Cost. novellato delinea un unico meccanismo per attuare l'autonomia costituzionalmente garantita, assegnando alla legge dello Stato la disciplina della legislazione elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane.

Pertanto, se la differenza tra le posizioni di Stato, Regioni e altri enti locali è abbastanza chiara, altrettanto chiaro è che la garanzia dell'autonomia degli enti subregionali è, secondo Costituzione, sostanzialmente la stessa. E questo sia per quanto si è detto sulla circostanza che la Costituzione rinvia ad una legge statale, per tutti, la individuazione degli organi di governo e delle funzioni fondamentali. Sia perché, dalla previsione costituzionale, si trae una equiparazione per quel che riguarda la potestà normativa, che è attribuita a tutti questi enti per la disciplina della organizzazione e dello svolgimento delle funzioni. Ancora equivalenza si coglie nell'art. 118, al comma 2, lad-

dove tutti e tre gli enti sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o legge regionale secondo le rispettive competenze. Infine, questi enti subregionali sono accomunati alle Regioni nel disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria nel nuovo art. 119 Cost.<sup>8</sup>.

Naturalmente è soprattutto la legge statale, che l'art. 117, secondo comma, lett. p) prevede come fonte per disciplinare gli organi e le funzioni fondamentali, a delineare e concretizzare l'autonomia dell'Ente, nel rispetto della garanzia di quest'ultima a livello costituzionale. A ciò si aggiunga il significativo ruolo da riconoscere, per le Città metropolitane che sono da istituire, all'atto che a ciò provvede per cogliere in esso quale spazio decisionale, nella fase istitutiva, sia stato riservato agli altri Enti locali con i quali la Città metropolitana si deve confrontare per le funzioni e l'organizzazione.

### **3. I modelli di Città metropolitana nei tentativi di riforma precedenti e successivi alla legge costituzionale n. 3/2001**

Per cogliere i caratteri del più recente intervento normativo statale, si deve ricordare che la riforma costituzionale del 2001, per quel che concerne la Città metropolitana, costituisce il punto di arrivo e, nello stesso tempo, di avvio, di una serie di discipline legislative nelle quali vi è stato il tentativo, senza esito positivo, di istituire la Città metropolitana.

Prima dell'intervento della riforma costituzionale, la legge n. 142 del 1990 prevedeva direttamente l'individuazione di nove aree metropolitane con una concreta prima attuazione affidata alle singole Regioni, previa consultazione dei Comuni e delle Province interessate<sup>9</sup>. La previsione degli organi riproponeva quella classica per gli enti

---

8. Sul punto, cfr. F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali (tra problemi ricostruttivi e problemi attuativi)*, in *Le Regioni*, 1-2/2005, 49 ss. Sull'impatto del nuovo Titolo V nei confronti del Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali, cfr. F. Merloni, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2-3/2002, 409 ss.

9. Art. 17 comma 2, legge 8 giugno 1990, n. 142. I successivi commi 3 e 4 prevedevano: "3. Quando l'area metropolitana non coincide con il territorio di una provincia si procede alla nuova delimitazione delle circoscrizioni provinciali o all'istituzione di nuove province ai sensi dell'art. 16 considerando l'area metropolitana come territorio di una nuova pro-

locali in Italia basata sulla presenza del Consiglio metropolitano, della Giunta e del Sindaco<sup>10</sup>.

Da osservare che alle Regioni era assegnato, in tale procedimento, un ruolo importante, dal momento che la legge regionale avrebbe dovuto individuare le funzioni già dei Comuni e da trasferire al nuovo ente perché di carattere sovracomunale con la necessità di un intervento in forma coordinata. Sempre la Regione avrebbe dovuto ridefinire le circoscrizioni dei Comuni interessati. Ruolo regionale confermato nella fase conclusiva per l'istituzione dei nuovi enti, quando sarebbe stata la loro proposta ad essere posta alla base dei decreti legislativi di costituzione<sup>11</sup>.

Nel 1999, la legge n. 265 ripropone un procedimento di costituzione delle Città metropolitane. Tale legge è interessante, per un verso, perché conferma il ruolo regionale. Infatti sono le Regioni a dover delimitare, questa volta obbligatoriamente, l'area metropolitana, con una decisione che deve essere assunta su conforme proposta dei Comuni interessati<sup>12</sup>. Ed è previsto, poi, per la costituzione della Città metropolitana nell'ambito dell'area metropolitana, un ruolo centrale del Comune capoluogo e dei Comuni interessati che, con un procedimento complesso, possono presentare la proposta alla Regione che, a sua volta, la presenta alla Camera.

Ulteriore elemento di rilievo è che, sempre alle Regioni, viene data la possibilità di individuare ambiti sovracomunali ottimali per l'esercizio coordinato di funzioni degli enti locali, attraverso forme associate e di cooperazione in una serie di materie che sono sostan-

---

vincia. 4. Nell'area metropolitana la provincia si configura come autorità metropolitana con specifica potestà statutaria ed assume la denominazione di "città metropolitana".

10. Cfr. A. Marzanati, *La questione delle città metropolitane in Italia*, cit., 1127, dove si rileva che "il criterio adottato dal legislatore per identificare l'area metropolitana era dunque un criterio misto: da un lato si elencavano nominativamente le città capoluogo, ma, dall'altro, non si designavano in maniera altrettanto chiara i comuni da far rientrare nelle rispettive aree, facendosi solo un generico riferimento ad ambiti territoriali enucleabili in base ad una serie di caratteri e criteri distintivi di per sé elastici e suscettibili di valutazioni diversificate e complesse".

11. Era, invero, previsto nell'art. 21 comma 4 un potere sostitutivo dello Stato prevedendosi: "4. Qualora la regione non provveda agli adempimenti di cui all'art. 20, il Governo con deliberazione del Consiglio dei ministri invita la regione ad adempiere. Trascorsi inutilmente sei mesi, il Governo è delegato a provvedere con decreti legislativi, osservando i criteri di cui all'art. 20, sentiti i comuni interessati e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari".

12. Anche nella legge 3 agosto 1999, n. 265 è previsto, per la delimitazione dell'Area metropolitana, un intervento sostitutivo statale.

zialmente quelle già individuate per le competenze delle Città metropolitane<sup>13</sup>.

Questo secondo punto propone all'attenzione un tipo di intervento che poi sarà molto simile a quanto realizzato nel 2012 quando, come si vedrà, la Città metropolitana si mostra soprattutto tesa all'esercizio coordinato di funzioni sovra comunali e sembra perdere quota politica.

A conferma del ruolo in quel momento riconosciuto all'Ente regionale, è da dire anche che sono state, dalle stesse Regioni, individuate aree metropolitane (leggi Regione Veneto n. 36/1993; Liguria n. 12/1991 e n. 7/1997; Emilia Romagna n. 33/1995; Toscana delibera consiliare n. 130/2000). Alcune Regioni (Veneto ed Emilia Romagna) hanno provveduto anche ad una generale disciplina della Città metropolitana<sup>14</sup>.

Dopo la riforma costituzionale del 2001 e fino al 2012, si segnalano due interventi interessanti.

Il primo con la legge n. 131 del 2003 che, nell'art. 2, delega il Governo ad adeguare i procedimenti di istituzione delle Città metropolitane all'art. 114 della Costituzione<sup>15</sup> e ad individuare e disciplinare gli organi di governo di tale ente con il sistema elettorale, secondo criteri di rappresentatività e democraticità perché si possano avere maggioranze stabili con la rappresentanza delle minoranze e considerando quanto stabilito per Comuni e Province<sup>16</sup>.

13. Come viene precisato da A. Brancasi – P. Caretti, *Il sistema dell'autonomia locale tra esigenze di riforma e spinte conservatrici: il caso della Città metropolitana*, 732, la soluzione prevista come transitoria finisce per essere una vera e propria alternativa.

14. Ricorda A. Marzanati, *La questione delle città metropolitane in Italia*, cit., 1129: "... negli anni '90 non sono mancate forme concrete di sperimentazione. Si pensi, ad esempio, all'esperienza dell'accordo per la Città metropolitana di Bologna con la costituzione della Conferenza metropolitana e la delimitazione dell'area metropolitana con L.R. 12 aprile 1995, n. 33. Si pensi ancora all'accordo di programma sottoscritto dalle amministrazioni del Comune e della Provincia di Roma e della Regione Lazio per la costituzione di uffici comuni metropolitani, con l'intento di procedere partendo da alcune funzioni fondamentali, alla costruzione di un modello integrato di governo dell'area metropolitana, cui seguivano le leggi regionali 5 marzo 1997, n. 4 e n. 5 (poi abrogate), le quali, nel dettare norme per l'organizzazione delle funzioni amministrative locali in attuazione della legge n. 142/90, prevedevano la costituzione di una Conferenza metropolitana, composta dal Presidente della Provincia e dai sindaci dei comuni compresi nel territorio provinciale".

15. Cfr. art. 2, comma 4, lettera i).

16. Su tale delega, F. Pizzetti, *Le deleghe relative agli enti locali*, in G. Falcon (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, 41 ss.

La delega, però, non è stata esercitata dal Governo, ed in questo periodo vi sono stati alcuni disegni di legge decaduti che, sostanzialmente, ripercorrono lo stesso schema nel disegno della Città metropolitana.

Il secondo, ed ultimo in ordine di tempo, è l'intervento realizzato con la legge 5 maggio 2009, n. 42, di delega per l'attuazione del federalismo fiscale. Anche in questo caso, il ruolo dei Comuni e della Regione è centrale. Ed infatti, la proposta di istituzione può essere avanzata congiuntamente dal Comune capoluogo e dalla Provincia, oppure dal Comune capoluogo insieme ad almeno il 20% dei Comuni della Provincia interessata (i quali complessivamente rappresentino almeno il 60% della popolazione), ovvero dalla Provincia, insieme ad almeno il 20% dei Comuni della Provincia medesima, che rappresentino, anche in questo caso, almeno il 60% della popolazione.

Il territorio metropolitano coincide con quello di una Provincia o di una parte di essa e lo Statuto deve individuare le forme di coordinamento per l'azione del nuovo ente con le modalità per l'elezione o l'individuazione del Presidente del Consiglio provvisorio.

È previsto che sulla proposta vi sia un parere della Regione e, successivamente, un referendum in ambito provinciale. Mentre la fase conclusiva contempla l'adozione di decreti legislativi istitutivi dell'ente in conformità a quanto approvato con referendum<sup>17</sup>.

Nella sua configurazione, la Città metropolitana si mostra con un volto diverso rispetto a quello tipico dell'ente locale perché prevale, riprendendo alcuni contenuti dell'intervento già a suo tempo realizzato dalla legge 3 agosto 1999, n. 265, una struttura di coordinamento con una attività di cooperazione per lo svolgimento di funzioni di area vasta.

In tutte le ricordate previsioni legislative, pertanto, emergevano alcuni elementi abbastanza caratterizzanti.

Il primo è il significativo ruolo degli enti locali, e cioè del Comune e della Provincia.

Il secondo è la rilevanza assegnata alla competenza della Regione nell'istituzione della Città metropolitana.

Il terzo è che, pur non mancando incertezza nel delineare il tipo di governo della Città metropolitana, esso era quello tradizionale.

Sotto quest'ultimo profilo è da segnalare, infatti, che quelle normative, che hanno previsto la possibilità di istituzione della Città

17. Cfr. legge 5 maggio 2009, n. 42, art. 23.

metropolitana, sarebbero intervenute in un contesto che disciplinava il Comune e la Provincia in modo eguale. Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico Enti locali) recava un disegno completo, oltre che delle funzioni, soprattutto degli organi. Essi sono, infatti, l'organo monocratico, rappresentato rispettivamente dal Sindaco per il Comune, e dal Presidente per la Provincia; l'organo esecutivo, costituito dalla Giunta comunale e dalla Giunta provinciale, e l'organo rappresentativo, costituito dal Consiglio comunale e dal Consiglio provinciale<sup>18</sup>.

Lo schema, pertanto, è quello classico, e tra l'organo esecutivo e l'organo rappresentativo nel T.U. n. 267/2000 si prevede l'instaurazione di un rapporto di fiducia<sup>19</sup>.

Il dato che emerge è che l'eguale considerazione di Comuni, Province e Città metropolitane in Costituzione si trasferisce per lo più nell'idea di Città metropolitana da istituire per la quale si è pensato quasi sempre ad un modello organizzativo simile e ad una forma di governo equivalente.

Per i primi due aspetti prima evidenziati, invece, l'idea di una riorganizzazione dell'assetto territoriale, con il coinvolgimento degli altri Enti locali, ha fatto registrare la ritrosia di tali enti (Regioni, Province, Comuni) ad assumersi la responsabilità di intervenire.

E ciò anche perché su ogni livello di governo si sarebbero potute determinare ricadute negative con l'istituzione del nuovo Ente Città metropolitana. Per le Regioni, un ridimensionamento del loro ruolo politico; per le Province, un elemento in più per valutare in maniera negativa la loro permanenza; per i Comuni, una diminuzione di *governance*. E ciò sia per il Comune capoluogo in ordine al governo

---

18. Il Capo I del Testo Unico Enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), intitolato "Organi di governo del Comune e della Provincia", prevede nell'art. 36 "Sono organi di governo del Comune il Consiglio, la Giunta, il Sindaco" (comma 1). "Sono organi di governo della Provincia il Consiglio, la Giunta, il Presidente" (comma 2).

19. L'art. 46, comma 3, Testo Unico n. 267/2000 prevede: "Entro il termine fissato dallo statuto, il Sindaco o il Presidente della Provincia, sentita la Giunta, presenta al Consiglio le linee programmatiche relative alle azioni e ai progetti da realizzare nel corso del mandato".

L'art. 52 Testo Unico n. 267/2000 contempla la mozione di sfiducia e stabilisce al comma 2: "Il Sindaco, il Presidente della Provincia e le rispettive Giunte cessano dalla carica in caso di approvazione di una mozione di sfiducia votata per appello nominale dalla maggioranza assoluta dei componenti il consiglio. La mozione di sfiducia deve essere motivata e sottoscritta da almeno due quinti dei consiglieri assegnati, senza computare a tal fine il sindaco e il presidente della provincia, e viene messa in discussione non prima di dieci giorni e non oltre trenta giorni dalla sua presentazione. Se la mozione viene approvata, si procede allo scioglimento del consiglio e alla nomina di un commissario ai sensi dell'articolo 141".

della città; sia per gli altri comuni, destinati a subire la prevalenza del Comune capoluogo, anche in termini di funzioni e competenze<sup>20</sup>.

#### **4. La nuova disciplina dell'organizzazione della Provincia**

Nel quadro teso a rappresentare la linea evolutiva della legislazione italiana si inserisce, come si è detto, prima dell'approvazione del decreto legge n. 95 del 2012, un altro decreto legge – 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con legge 22 dicembre 2011, n. 214 – che ha recato una importante modificazione nell'organizzazione delle Province<sup>21</sup>.

Ai sensi dell'art. 23, commi da 14 a 20-*bis*, per le Province la struttura organizzativa di governo si è trasformata basandosi su due organi, e cioè il Consiglio provinciale ed il Presidente della Provincia, con differente (rispetto al decreto legislativo n. 267 del 2000) costituzione.

Il Consiglio provinciale, con il quale presenta poi una significativa analogia il Consiglio metropolitano, è composto con membri che sono eletti dagli organi elettivi dei Comuni ricadenti nel territorio della Provincia. Vi è una composizione numericamente limitata giacché esso non può essere composto da più di dieci componenti e, per quel che concerne le modalità di elezione, vi è un rinvio ad una legge dello Stato il cui intervento era previsto entro il 31 dicembre 2012.

Il Presidente della Provincia, che riceve una diretta disciplina dalla legge, è eletto dal Consiglio provinciale tra i suoi componenti e, per quel che riguarda le modalità di elezione, anche in questo caso vi è un rinvio alla legge dello Stato sempre prevista entro il 31 dicembre 2012.

La stessa normativa, poi, reca una specificazione in ordine alle funzioni che il nuovo ente locale deve svolgere dal momento che, ai sensi del comma 14, esso può esercitare "esclusivamente" le funzioni di indirizzo e di coordinamento delle attività dei Comuni nelle materie e nei limiti indicati con legge statale o regionale.

20. Cfr. C. Deodato, *Le città metropolitane: storia, ordinamento, prospettive*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

21. L'art. 23, comma 20, della legge 22 dicembre 2011 n. 214 prevede, quanto all'applicazione della disciplina, che "agli organi provinciali che devono essere rinnovati entro il 31 dicembre 2012 si applica, sino al 31 marzo 2013, l'articolo 141 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Gli organi provinciali che devono essere rinnovati successivamente al 31 dicembre 2012 restano in carica fino alla scadenza naturale. Decorsi i termini di cui al primo e al secondo periodo, si procede all'elezione dei nuovi organi provinciali di cui ai commi 16 e 17".



Il modello di Provincia che deriva dall'intervento legislativo è, dunque, decisamente molto diverso dall'ente finora disciplinato dalla legislazione statale. La valutazione complessiva delle funzioni affidate e degli organi, che le funzioni devono svolgere, consegna un ente deputato soprattutto allo svolgimento di attività in cui vi è una notevole modificazione nel ruolo politico. Dalla disciplina legislativa si trae, infatti, che non c'è alterità tra Consiglio provinciale e Consigli comunali che costituiscono la Provincia, dal momento che sono i secondi ad eleggere il primo. Né vi è una diretta legittimazione popolare del Presidente, giacché egli è all'interno del Consiglio provinciale ed è eletto da quest'organo. D'altro canto, le ricordate funzioni, disciplinate dal comma 14, confermano che la Provincia viene disegnata per svolgere compiti di indirizzo e coordinamento e, quindi, costituisce una dimensione sovracomunale per razionalizzare l'esercizio delle funzioni.

La segnalata modificazione rispetto alla disciplina preesistente, di cui al T.U. n. 267 del 2000, non pare revocabile in dubbio, e lo stesso è da dire per quel che riguarda l'incidenza sulla previsione unitaria di cui all'art. 114 Cost., più volte segnalata, tra Provincia, Comuni e Città metropolitane.

## **5. L'istituzione delle Città metropolitane con il decreto legge n. 95/2012, convertito nella legge n. 135/2012**

In tale contesto si inserisce l'intervento del 2012 che reca quali innovazioni la disciplina della Città metropolitana e l'individuazione, per quel che qui interessa, delle funzioni fondamentali delle Province e delle Città metropolitane stesse.

La previsione delle Città metropolitane è, dunque, inserita all'interno del decreto legge c.d. sulla *spending review*. Pertanto, nell'ottica del legislatore, l'istituzione delle Città metropolitane e la relativa soppressione delle Province avrebbe come fine primario la riduzione della spesa pubblica con un miglioramento dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità della macchina amministrativa.

Si è legittimamente dubitato della compatibilità tra l'obiettivo generale del decreto legge e quello dell'art. 18 di istituzione delle Città metropolitane. Mentre il primo è, infatti, un provvedimento finalizzato a fronteggiare la crisi economica e a rispettare gli impegni di appartenenza alla comunità europea, attraverso il taglio della spesa pubblica, il secondo trova la sua ragione giustificatrice nell'attuazione

degli artt. 114 e 117, comma 2 lett. p) della Costituzione. Ci sono buoni motivi per definire tale norma "intrusa"<sup>22</sup>.

Se è vero infatti che la norma tende ad una "bassa caratterizzazione burocratica"<sup>23</sup>, è anche vero che l'attuazione di tale progetto potrebbe non comportare alcun risparmio di spesa.

Comunque, per le Città metropolitane, vi è una differente previsione degli organi rispetto al modello che si era affermato nei precedenti tentativi di istituzione che corrispondeva a quello contenuto nel decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

Anche in questo caso, all'idea di una forma di governo basata sul rapporto tra Consiglio, Giunta e organo monocratico, si sostituisce, per la Città metropolitana, una organizzazione basata su Consiglio metropolitano e Sindaco metropolitano.

La legge stabilisce che i componenti del Consiglio metropolitano sono eletti tra i Sindaci ed i Consiglieri comunali dei Comuni compresi nel territorio della Città metropolitana da un collegio formato da questi stessi soggetti. Per le elezioni viene effettuato un rinvio alla disciplina per l'elezione del Consiglio provinciale con una variazione di sistema in relazione alla scelta compiuta nell'elezione del Sindaco metropolitano<sup>24</sup>.

Quindi, il Consiglio metropolitano risulta costituito da un numero limitato di componenti, da dieci a sedici, a seconda delle dimensioni della Città metropolitana. In tal senso, quindi, sembrano fondate le preoccupazioni di chi sostiene che tale organo non sia sufficientemente rappresentativo dell'intero territorio metropolitano, con una conseguente, minore democraticità, peraltro non giustificabile sulla base delle esigenze di taglio della spesa pubblica data la gratuità dell'incarico di Consigliere<sup>25</sup>.

Per quel che riguarda, invece, il Sindaco metropolitano, la legge stabilisce una serie di opzioni che possono essere esercitate dallo Statuto della Città metropolitana. Ai sensi del comma 4 dell'art. 18, il Sindaco può, infatti, essere o di diritto il Sindaco del Comune ca-

---

22. Cfr., G. Panassidi, *La città metropolitana nel decreto legge sulla spending review*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it). Sul punto, si vedano anche le osservazioni di A. Lucarelli, *Prime considerazioni in merito all'istituzione della città metropolitana, in federalismi.it*.

23. Cfr. A. LUCARELLI, *Prime considerazioni in merito all'istituzione della città metropolitana*, cit.

24. Cfr. art. 18, comma 6, della legge 7 agosto 2012, n. 135.

25. C. Deodato, *Le città metropolitane: storia, ordinamento, prospettive*, cit.

poluogo ovvero può essere eletto secondo le modalità stabilite per l'elezione del Presidente della Provincia o ancora eletto a suffragio universale e diretto secondo le previsioni del decreto legislativo n. 267 del 2000.

La legge nulla dice in ordine alle competenze di questi organi e nulla precisa in ordine al più generale ruolo della Città metropolitana. Essa (legge) si limita, infatti, ad elencare, nel comma 7 dell'art. 18, una serie di funzioni che sono attribuite direttamente a tale Ente e, poi, rinvia allo Statuto l'organizzazione interna e le modalità di funzionamento degli organi nonché le forme di indirizzo e di coordinamento dell'azione complessiva di governo del territorio metropolitano.

In tal modo, si affida allo statuto della Città metropolitana un ruolo importante (si ripete: per quanto riguarda l'indirizzo e il coordinamento della gestione del territorio metropolitano; il rapporto con gli altri comuni presenti nell'area e l'esercizio delle funzioni; le modalità di predisposizione degli accordi che gli altri comuni possono stabilire con la Città metropolitana). E' da notare altresì che il legislatore ha predisposto la possibilità di approvazione di uno statuto provvisorio, prima della nascita del nuovo Ente, che sarà poi sostituito da quello definitivo.

Ruolo altrettanto importante, come detto, è affidato allo statuto nel regolamentare l'esercizio delle funzioni fondamentali, da dover coordinare e conciliare con quelle degli altri Enti.

È evidente che, con tali previsioni legislative, anche la Città metropolitana, come già la Provincia, si distacca in maniera netta dal modello di ente locale presente nel T.U. n. 267/2000 e, in qualche modo, si incide sulla sua equiparazione, che si è visto essere contemplata dall'art. 114 della Costituzione, con i Comuni e le Province. Viene in rilievo, così, una diversa caratterizzazione dell'ente che vede sfumare la sua qualificazione politica e si propone, piuttosto, come raccordo e coordinamento tra i Comuni che ne fanno parte.

Aver previsto soltanto i due organi, Consiglio e Sindaco, che peraltro ricevono una legittimazione differente dal momento che il bacino elettorale è diverso, separa in maniera decisa la Città metropolitana (come già la Provincia) dalla pregressa uniformità degli Enti locali.

Si aprono, infine, una serie di problemi che attengono alle competenze degli organi e ai loro rapporti.

Il dato rilevante è che queste scelte sono tutte affidate allo Statuto, mentre in precedenza, su questi punti, per i Comuni e le Province vi era una disciplina di carattere legislativo.

## 6. Un primo dato ricostruttivo

In definitiva, le più recenti discipline della Provincia e delle Città metropolitane presentano un elemento in comune, e cioè una costruzione simile degli organi di governo che, dallo schema classico, che vede la competenza dell'organo rappresentativo, di quello esecutivo e di quello monocratico, passa ad uno (schema) diverso, e, cioè, Consiglio e organo monocratico, con quanto ne consegue sulla più ridotta politicità dell'ente.

C'è un elemento da considerare. L'appena indicato tipo di organizzazione duale compare con la nuova disciplina della Provincia ma si correla in quel caso a funzioni esclusivamente di coordinamento. Esso poi transita nella regolamentazione delle Città metropolitane alle quali però sono affidate funzioni fondamentali specificatamente individuate. Si è determinato, per così dire, un effetto "trascinamento" perché anche per le Province il decreto legge n. 95 del 2012 provvede, poi, ad indicare funzioni fondamentali incidendo, in tale maniera, nel disegno originario.

Una qualche conferma di questo peculiare modo di procedere si trae dalla stessa struttura normativa del d.l. n. 95/2012 quando, dopo aver elencato le (nuove) funzioni fondamentali, si precisa che rimane ferma la precedente organizzazione delle Province<sup>26</sup>.

Per altro verso, vanno pure notate alcune differenze abbastanza significative nella regolamentazione.

La disciplina legale della Provincia è sufficientemente rigida ed è sostanzialmente, seppur sinteticamente, contenuta nella legge. Quest'ultima, nel momento in cui, come si è visto, ha caratterizzato l'Ente, fissando il ruolo da svolgere e la composizione degli organi, aveva connotato la Provincia in maniera da farne una struttura esclusivamente di coordinamento.

Per la Città metropolitana, invece, la legge presenta una maggiore apertura verso le scelte di autonomia statutaria. Si è visto, infatti, che lo Statuto può intervenire in maniera piuttosto significativa soprattutto per l'elezione del Sindaco metropolitano, anche se è poi la legge a stabilire le conseguenze di questa scelta sul modo in cui saranno eletti i componenti del Consiglio metropolitano.

Questo spazio maggiore può in qualche maniera riflettersi sulla quota di caratterizzazione politica utilizzabile per la Città metropo-

---

26. Cfr. art. 17, comma 12, decreto legge n. 95 del 2012.

litana, certamente chiamata ad esercitare compiti di coordinamento ma, con tutta probabilità, con margini di scelta politica più incisivi.

Naturalmente il nuovo disegno della forma di governo e degli organi va correlato alle funzioni ed induce a soffermarsi sul modo in cui queste ultime sono state delineate anche tenendo conto del dibattito sviluppatosi sul concetto di funzioni fondamentali.

## **7. La difficile identificazione delle funzioni fondamentali nel dibattito dottrinario**

La legge 7 agosto 2012, n. 135, nell'elencare le funzioni fondamentali, interviene, dunque, su un punto che la modifica costituzionale del Titolo V del 2001 aveva lasciato non definito<sup>27</sup>.

Sotto questo angolo di osservazione merita attenzione il modo in cui la scelta legislativa si inserisce nell'ampio dibattito in ordine alle funzioni di cui sono titolari gli Enti locali.

Dibattito che ha registrato un particolare impegno della dottrina nel tentativo di assegnare un corretto significato alle formule utilizzate dal legislatore della revisione costituzionale del 2001, che presentano un'oggettiva difficoltà identificativa.

È noto, infatti, che, superato il criterio contenuto nella Carta costituzionale del 1948 che affidava alla legge statale il disegno delle forme di autonomia degli Enti locali e delle collegate funzioni amministrative, è stata la stessa Costituzione, con l'innovazione del 2001, a prevedere tipologie di funzioni e criteri per l'attribuzione.

Rilevano, così, gli articoli 117 e 118 Cost. nei quali il disegno si definisce.

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. p), rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato disciplinare legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province, Città metropolitane. Tale articolo si riferisce dunque a "funzioni fondamentali".

---

27. Cfr. C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione*, Torino, 2011, 109. L'A. così sintetizza il problema assai complesso di identificare le funzioni amministrative: "il legislatore costituzionale nella materia *de qua*, oggettivando variamente le funzioni amministrative degli enti territoriali come *attribuite, conferite, proprie, delegate e fondamentali*, ha reso le stesse difficilmente tipizzabili, comportando, a dire il vero, un disordine concettuale tale da far parlare la dottrina ora di "guazzabuglio" o "rovo", ora di "balletto delle qualificazioni", ora, infine, di "rompicapo".

Poi, l'art. 118, comma 1 della Costituzione contempla l'attribuzione delle funzioni amministrative ai Comuni salvo che, per assicurare l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Nel secondo comma lo stesso articolo ha, poi, fissato la regola secondo la quale i Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale secondo le rispettive competenze.

Un quadro composito, governato, ai sensi del primo comma dell'articolo 118, dai criteri di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Si è ben presto rilevato che la terminologia utilizzata dal legislatore costituzionale è stata la più diversa con le oggettive difficoltà di cogliere i significati e le differenze<sup>28</sup>. D'altro canto anche gli Statuti regionali non sembra abbiano contribuito a fare chiarezza sull'individuazione delle funzioni amministrative spettanti alle autonomie regionali e a quelle locali, dato che hanno adoperato formule differenti<sup>29</sup>.

Ci si è orientati così soprattutto in due direzioni per fare chiarezza.

Per la prima, si sono ricercate forme di semplificazione tese a far coincidere, pur nella diversità terminologica, alcune ipotesi.

Di particolare interesse, sul piano del metodo, nell'ambito di queste posizioni dottrinarie, si mostra quanto sostenuto da chi ha utilizzato come criterio guida il diverso impianto offerto dalla riforma costituzionale del 2001 rispetto alla Carta del 1948<sup>30</sup>. È stato infatti

28. Il "disordine concettuale" che il legislatore ha contribuito a provocare nel qualificare in modo diverso le funzioni ha reso "le stesse difficilmente tipizzabili". Cfr., sul punto, C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione*, cit., 109. Si v., anche, S. Bartole – R. Bin – G. Falcon – R. Tosi, *Diritto regionale*, Bologna, 2005, 187; R. Bin, *La funzione amministrativa*, in AA. VV., *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, 2002, 111; Q. Camerlengo, *Art. 118 Cost.*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2337; A. Celotto – A. Sarandrea, *Le funzioni amministrative*, in T. Groppi – M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003, 183; A. D'Atena, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V*, in *Regioni*, 2002, 308; F. Cortese, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2003, 847.

29. Per una verifica sul contenuto degli Statuti regionali in ordine all'attuazione dell'art. 118 Cost., cfr. C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione*, cit., 111 ss.

30. Il nuovo assetto delineato dalla riforma del Titolo V della Costituzione potrebbe, ad avviso di alcuni Autori, ridurre in qualche modo il divario tra il significato delle funzioni

evidenziato come, nell'assetto precedente alla riforma del Titolo V della Costituzione, vi fosse una contrapposizione tra funzioni "proprie" e funzioni "delegate" da altri enti; per tal motivo la presenza di funzioni "proprie" era ragionevole proprio per differenziarle da quelle "delegate", le quali sostanzialmente erano in capo all'ente delegante. Nel nuovo contesto costituzionale, conseguente alla riforma del 2001, la scomparsa delle funzioni delegate avrebbe fatto perdere di ragionevolezza la necessità di una distinzione tra funzioni "proprie" e altre funzioni. Ciò anche perché il vero aspetto innovativo della riforma è proprio l'eliminazione di una titolarità *a priori* di funzioni amministrative, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza<sup>31</sup>.

In tale maniera, le funzioni fondamentali si collegano a quelle "proprie"<sup>32</sup>. Sotto questo aspetto, l'assimilazione tra funzioni fondamentali e proprie riceve consenso e, per quelle proprie, che rappresentano il nucleo di grande rilevanza per la configurazione dell'autonomia, si è ricorso al c.d. criterio storico, e cioè delle funzioni che sono appartenute nel tempo a ciascuno di questi enti<sup>33</sup>.

È evidente, tuttavia, che, mentre questo criterio ricostruttivo può avere la sua validità per i Comuni e le Province, considerato, appunto, che tali enti esistono da tempo e hanno già esercitato molte funzioni, esso non sembra applicabile alla Città metropolitana giacché si tratta

---

"proprie" e delle funzioni "conferite". Ciò perché l'eliminazione della titolarità statale o regionale di funzioni può consentire di parlare sempre di funzioni "proprie" e ridurre così la ragione di attribuire un ambito di significato a tutte le altre funzioni. Cfr. G. Falcon, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 383 ss.; S. Bartole – R. Bin – G. Falcon – R. Tosi, *Diritto regionale*, cit., 187, dove si nota la difficoltà di "una ragione precisa per la quale le funzioni "conferite" non debbano essere conferite appunto come proprie". Altro elemento considerato dalla dottrina è l'attribuzione delle funzioni amministrative al livello comunale, in virtù dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza: elemento che potrebbe far propendere per una assimilazione tra funzioni "conferite" e "proprie". In tal senso, P. Caretti – G. Tarli Barbieri, *Diritto regionale*, Torino, 2007, 219. Cfr., anche, A. Corpaci, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1314. Rappresenta, ancora, l'inadeguatezza di una distinzione, alla luce della riforma costituzionale del 2001, G. Rolla, *L'autonomia dei comuni e delle province*, in T. Groppi – M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003, 219.

31. G. Falcon, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, cit., 391 ss.

32. Cfr. G. Falcon, *op. ult. cit.*, 396, che evidenzia come le "funzioni fondamentali rappresentano di necessità un sottoinsieme più ridotto rispetto alle funzioni che in applicazione del principio di proporzionalità sono entrate o entreranno nella sfera di competenza degli enti locali".

33. Cfr. C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione*, cit., 147 ss.



di un ente da istituire. Sotto questo aspetto, con tutta evidenza, si conferma che la riforma costituzionale del 2001, nell'equiparare realtà dalla storia così differenziata, anche nella titolarità delle funzioni amministrative, ha determinato una situazione contraddittoria e ha aggiunto elementi di difficile inquadramento.

Per l'altra, si è segnalato che funzioni sono, ovviamente, quelle amministrative ma anche altro.

In tal senso la disamina delle formule utilizzate dalla riforma costituzionale del 2001 effettivamente dimostra che, espressamente, vengono qualificate come "funzioni amministrative" solo quelle cui si riferiscono gli artt. 118 e 121 Cost.

Si utilizza, invece, l'espressione "funzioni", senza ulteriore qualificazione, nell'art. 114 comma 2, 117 comma 8, 119 comma 4, e soltanto "fondamentali" nell'art. 117 comma 2, lettera p).

In dottrina ci si è così soffermati su tale diversità delle formule letterali per proporre una differente prospettiva di inquadramento delle funzioni fondamentali.

È emerso lo schema ricostruttivo utilizzato da chi ha distinto le funzioni fondamentali da quelle amministrative, osservando che le prime sono irriducibili alle seconde proprio per la stretta connessione di esse con la "legislazione elettorale" e gli "organi di governo" che la formula costituzionale propone. Tesi, quindi, in contrasto con quelle teorie maggioritarie, di cui prima si diceva, secondo le quali le funzioni "fondamentali" sono le funzioni "proprie"<sup>34</sup>.

È stato, al riguardo, soprattutto notato che si può trarre dalla lett. p) del secondo comma dell'art. 117 Cost. un nucleo direttamente teso a delineare la forma di governo locale con una connessione tra i tre elementi che la Costituzione indica (legislazione elettorale, organi di governo, funzioni fondamentali) idoneo a rafforzare la "condizione di autonomia politica in cui essi versano"<sup>35</sup>.

34. Cfr. E. Follieri, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 450; G. Marchetti, *Le autonomie locali tra Stato e regioni*, Milano, 2002, 170 ss.; G. D'Auria, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali*, in *Foro it.*, 2001, V, 212; F. Pizzetti, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esplosivo"*, in *Le Regioni*, 2001, 1179; M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, *ivi*, 2001, 1293; R. Tosi, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa e amministrativa*, *ivi*, 2001, 1240; A. Corpaci, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, *cit.*, 1314; S. Cassese, *L'amministrazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1194.

35. Q. Camerlengo, *Art. 118 Cost.*, *cit.*, 2339.

Si è aggiunto poi che qualificare come fondamentali le funzioni di tipo amministrativo avrebbe comportato un contrasto con i principi del nuovo sistema costituzionale che hanno privilegiato uno schema dinamico governato dalla sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza.

Questo perché la legge statale potrebbe, con l'individuazione puntuale di funzioni amministrative fondamentali, preconstituire un "blocco" che necessariamente finisce per essere trasversale ed interessare anche materie che appartengono alla competenza regionale.

Ed è forse, questo, un punto ulteriore di sistema che assume rilevanza e, cioè, muoversi su una linea interpretativa che dia giusto risalto alle innovazioni contenute nella riforma costituzionale del 2001 sul diverso e più incisivo ruolo regionale.

Ruolo che rinviene nella configurazione e distribuzione delle funzioni amministrative un tratto caratterizzante.

Nel solco di questo impianto si muovono altri autori con specificazioni ulteriori<sup>36</sup>. Tra queste la notazione secondo la quale "funzioni fondamentali" non andrebbero riferite a materie bensì a modalità di svolgimento dell'attività<sup>37</sup>. Conclusione da tenere in conto e di cui, seppur in maniera limitata, vi è traccia nella fase attuativa, come si dirà<sup>38</sup>.

## 8. Le scelte operate in alcune discipline precedenti

L'attuazione legislativa (o i tentativi di attuazione precedenti) ben esprimono le difficoltà. Ma, si deve evidenziare, di norma le funzioni fondamentali sono amministrative.

La legge 5 giugno 2003, n. 131 si muove su un'equiparazione tra funzioni fondamentali e funzioni proprie.

Il criterio identificativo è quello delle funzioni essenziali per il funzionamento di Comuni, Province e Città metropolitane, osservan-

---

36. Cfr. C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione*, cit., 159 ss. Sul punto, altresì, F.S. Marini, *Il nuovo Titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 2002, 404; S. Mangiameli, *Relazione*, in G. Berti – G.C. De Martin (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Roma, 2002, 198 ss.

37. C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione*, cit., 160. Sul tema, cfr. S. Civitarese Matteucci, *L'autonomia istituzionale e normativa degli Enti locali dopo la revisione del Titolo V, Parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, 2002, 462.

38. Cfr. infra, par. 9.

do le possibilità che esse possano soddisfare i bisogni primari della comunità di riferimento<sup>39</sup>.

Ai fini di tale soddisfacimento si mostra così utilizzabile il criterio di tener conto delle funzioni storicamente svolte. Nel contempo c'è il riferimento ai principi fissati a livello costituzionale (sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza) per ottenere la gestione ottimale<sup>40</sup>.

Pertanto, la previsione legislativa sembra orientata a individuare funzioni fondamentali di tipo amministrativo con un criterio identificativo teso a valorizzare quanto la Costituzione offre per collegare livello di governo-comunità-funzione.

Non è esattamente questo il contenuto di altra legge significativa nell'ottica ordinamentale e, cioè, la 5 maggio 2009, n. 42 recante la delega in tema di federalismo fiscale. Si è notato che essa propone funzioni fondamentali come trasversali<sup>41</sup>.

Ad un accostamento tra funzioni fondamentali e livelli essenziali delle prestazioni, considerati dalla lett. m) dell'art. 117 Cost., con quanto ne discende in termini di trasversalità della materia, si accompagna una loro elencazione<sup>42</sup> con una caratterizzazione di tipo gestionale<sup>43</sup>.

In questa seconda opzione del legislatore nazionale si può ravvisare una conferma dell'idea che le funzioni fondamentali sono da collegare all'azione amministrativa e dell'esigenza di una loro elencazione.

A dimostrazione di un'incertezza diffusa nei criteri ispiratori delle soluzioni da adottare per dare attuazione al precetto costituzionale si considerino anche le scelte operate in alcuni importanti disegni di legge tesi a definire la complessiva architettura delle autonomie locali.

39. Cfr. art. 2, legge 5 giugno 2003, n.131.

40. C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione*, cit., 150, nota 22. Cfr., altresì, M. Gola – M.A. Sandulli, *Art. 2*, in P. Cavaleri – E. Lamarque (a cura di), *L'attuazione del nuovo Titolo V, Parte Seconda, della Costituzione. Commento alla legge "La Loggia" (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Torino, 2004, 166 ss.

41. Cfr. C. Napoli, *op. ult. cit.*, 152, nota 25, che ricorda, tra i principi ispiratori della delega, "l'abbandono del criterio della spesa storica; il graduale passaggio per tutti i livelli istituzionali al criterio del fabbisogno *standard* per il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali locali; la perequazione della capacità fiscale per le altre funzioni".

42. Art. 21, comma 3, per un'elencazione delle funzioni provvisorie dei comuni e comma 4 relativamente alle Province.

43. Per quanto riguarda le modalità di finanziamento, cfr. C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel titolo V della Costituzione*, cit., 152, nota 26.

Il primo è il d.d.l. 19/1/2007 (recante *"Delega al Governo per l'attuazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione e per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge costituzionale n. 3 del 2001"*), nel quale le funzioni fondamentali si confermano come funzioni amministrative che, per poter corrispondere alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di Ente, vanno individuate in considerazione di quelle storicamente svolte, di quelle preordinate a garantire i servizi essenziali su tutto il territorio nazionale e distinguendo il livello comunale da quello provinciale e metropolitano, attribuendo al primo quelle collegate alla comunità e ai secondi quelle di area vasta.

Un secondo è il d.d.l. AS 2259 (recante *"Individuazione delle funzioni fondamentali di Province e Comuni, semplificazione dell'ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali. Riordino di enti ed organismi decentrati"*), che opta per una elencazione puntuale e molto articolata delle funzioni fondamentali, recando peraltro una disciplina che considera il ruolo regionale dal momento che prevede che la legge regionale sia partecipe dell'operazione di definizione di tali funzioni<sup>44</sup>.

Infine, è da ricordare il d.d.l. n. 772 del 7 luglio 2006 (recante *"Delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali"*), dove è individuata la nozione di "funzione fondamentale" di Comuni, Province e Città metropolitane nelle "attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alla popolazione locale, in condizioni di generale accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, ferma la competenza della regione quando si tratti di attività da svolgere unitariamente a dimensione regionale".

È agevole notare che il profilo dell'attuazione, anche osservato nella fase dei tentativi più importanti non portati a termine, segnala incertezze ma, complessivamente, come si anticipava, non si allontana dall'idea che le funzioni fondamentali siano di tipo amministrativo e, di conseguenza, sia necessaria una loro elencazione. Questo inevitabilmente si incrocia con il ruolo dell'autonomia delle Regioni in quanto l'elenco finisce per coinvolgere lo spazio garantito all'autonomia legi-

slativa regionale. E si è notato, al riguardo, come tale ultimo aspetto sia stato solo in alcuni casi oggetto di specifica attenzione<sup>45</sup>.

## 9. Le funzioni fondamentali previste dal decreto sulla *spending review*

Ai precedenti appena ricordati va collegato il recente disegno delle funzioni fondamentali per il quale si può acquisire qualche ulteriore interessante dato, tenendo conto del modo in cui il decreto legge n. 95 del 2012 ha proceduto con riferimento alla precedente previsione riferita alle Province contenuta nella legge 22 dicembre 2011, n. 214.

Come si è notato, quest'ultima, infatti, nel momento in cui ha inciso sulla forma di governo provinciale, eliminando la Giunta e trasformando il Consiglio provinciale ed il suo Presidente in organi di secondo grado, aveva optato per un profilo funzionale dell'ente a basso tasso politico, indicando per la Provincia l'esclusiva funzione di indirizzo e coordinamento nei confronti delle attività dei Comuni. Aveva, poi, tenuto in particolare conto il ruolo statale e regionale affidando alla legge dell'uno o dell'altro Ente la concreta configurazione delle materie e dei limiti per l'esercizio di quelle funzioni.

Pertanto, pur nell'inevitabile ampiezza e genericità, in questa soluzione emergono due elementi meritevoli di segnalazione.

Il primo è che, in correlazione con il nuovo impianto dei rapporti fra gli organi, si prevede un "metodo" come funzione e, cioè, appunto l'indirizzo e il coordinamento.

Ci si avvicina non poco all'idea manifestata da parte della dottrina, come visto, che sia necessario un intervento della legge statale ai sensi del secondo comma lett. p) dell'art. 117 Cost. che non elenchi funzioni amministrative ma colga il *proprium* del modello organizzativo prescelto, anche attraverso funzioni correlate al modello.

Non si nasconde che, però, funzioni così genericamente caratterizzate presentino un oggettivo margine di incertezza nella fase attuativa.

Il secondo punto è che, in tal modo operando, nella successiva, concreta, individuazione delle funzioni amministrative alle quali il metodo del coordinamento e dell'indirizzo è rivolto, come aspetto

---

45. D'altro canto il tutto si inserisce in un panorama giurisprudenziale non particolarmente incisivo e preciso. Cfr. C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione*, cit., 155 ss.

funzionale dello schema di governo prescelto, rileva il successivo intervento delle leggi statali e regionali, che procederanno secondo le rispettive competenze.

Nel successivo decreto legge n. 95 del 2012, convertito nella legge n. 135 del 2012, come si è detto, sono elencate funzioni fondamentali sia per le Province che per le Città metropolitane (oltre che per i Comuni).

Per queste ultime, nel comma 7 dell'art. 18 sono state, pertanto, diseguate le funzioni attribuendo innanzitutto funzioni fondamentali già delle Province e questo si mostra come logica conseguenza della contestuale soppressione delle Province stesse. Sono state, poi, aggiunte ulteriori funzioni fondamentali, e cioè: 1) pianificazione territoriale generale e delle reti infrastrutturali; 2) strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, nonché organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano; 3) mobilità e viabilità; 4) promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale.

Si registra in tal modo una ibridazione del modello. Per un verso, rimangono salve le funzioni di indirizzo e coordinamento di cui si è parlato (ai sensi del comma 6 dell'art. 17); ad esse si aggiungono però funzioni fondamentali ex art. 117 Cost., comma 2, lett. p), che vengono elencate e, pur conservando un carattere soprattutto di tipo programmatico e di pianificazione, attengono a specifici ambiti materiali.

Il decreto legge n. 95 del 2012, pertanto, reca, per quel che riguarda le funzioni fondamentali, una scelta che non si mostra completamente univoca, sebbene sembri orientata a caratterizzarle come funzioni amministrative collegate a materie e non si possa cogliere una significativa influenza della scelta in ordine alla forma di governo sul modo in cui le funzioni sono delineate.

Al riguardo alcune osservazioni vanno compiute.

La prima è che, nel rapporto fra Province e Città metropolitane, queste ultime non ricevono le ulteriori funzioni che alle Province sono state attribuite dalle Regioni. Si tratta di una previsione, da parte del legislatore statale, probabilmente rispettosa dell'autonomia regionale, ma che oggettivamente determina incertezza per lo svolgimento delle funzioni in possesso. Sotto questo aspetto si comprende perché il successivo decreto legge 5 novembre 2012, n. 188 avesse disposto che, nelle materie dell'art. 117, commi 3 e 4 Cost., le Regioni trasferiscono ai Comuni le funzioni già conferite alle Province dalla normativa vigente salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, tali funzioni siano acquisite dalle Regioni medesime. Ovviamente la mancata conversione del

decreto legge riapre il problema sul periodo di incertezza collegato al trasferimento parziale delle funzioni.

La seconda osservazione è che un catalogo di funzioni fondamentali, con le caratteristiche evidenziate, pone alcuni rilevanti problemi soprattutto riferibili alle eventuali omissioni e ai profili contestutistici.

Si è così rilevato<sup>46</sup> che mancano nell'elencazione, tra l'altro, l'amministrazione della grande distribuzione commerciale, le politiche per il lavoro e la formazione professionale. Né sotto questo aspetto sembra risolutiva l'osservazione che è stata compiuta da chi, cercando di temperare le problematiche dell'omissione, ha sostenuto che non si tratterebbe di un problema insormontabile poiché le funzioni medesime potrebbero essere completate con le leggi statali e regionali secondo quanto previsto dall'art. 118 Cost. Un'affermazione di tal tipo, infatti, tende a non distinguere tra funzioni fondamentali e le altre che tali non sono, riproponendo così quel problema di identificazione del quale in precedenza si è detto, ricordando il dibattito sviluppatosi in dottrina.

Ancora si deve osservare che non sono sfuggite a critica l'ampiezza delle formulazioni utilizzate per individuare le funzioni fondamentali.

Solo a titolo esemplificativo, è stato rilevato, a proposito della pianificazione territoriale generale, che essa, per aver senso, deve essere intesa in modo più ampio rispetto ad una mera funzione di coordinamento. Resta inoltre il problema di come raccordare e coordinare tale funzione con quella spettante ai Comuni. E, con riferimento invece alla funzione di promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale, che l'ampiezza e la genericità della previsione legislativa consente di far rientrare in essa tutte quelle iniziative economico-sociali volte alla crescita ed alla coesione del territorio.

Inevitabili le problematiche che discendono, per un verso, dalla non effettuata correlazione con la diversa configurazione degli organi di vertice, con quanto ne deriva in termini di caratterizzazione della funzione svolta e, per altro, dal rapporto, non sempre considerato, tra queste funzioni e quelle, simili, attribuite a livello locale e/o regionale<sup>47</sup>.

46. A. Vigneri, *Le funzioni della città metropolitana*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

47. Così, a titolo esemplificativo, la funzione tutela valorizzazione dell'ambiente, che è di livello provinciale e transita in quello della Città metropolitana, fa registrare un incrocio con competenze dei Comuni e delle Regioni.



Una conclusione, quest'ultima, che può in parte essere bilanciata dalla possibilità che lo Statuto disciplini le ipotesi in cui i Comuni, facenti parte della Città metropolitana (e le loro forme associative), possano conferire proprie funzioni e, in maniera speculare, le modalità con le quali la Città metropolitana possa conferire ai Comuni, ricompresi nel suo territorio, proprie funzioni.

Si tratta di un metodo che può porre rimedio alla rigidità, anche tenendo conto che è espressamente contemplato che lo Stato e le Regioni, ciascuno per le proprie competenze, possano attribuire ulteriori funzioni in attuazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza previsti, appunto, nel comma 1 dell'art. 118 Cost.

## 10. Osservazioni conclusive

Il processo al quale si sta assistendo presenta caratteri di contraddizione e di incertezza da collegare anche ad un intervento che "rompe" rispetto agli schemi finora sperimentati.

Una disciplina esclusivamente statale, per di più contenuta in un decreto legge e con scarso dibattito parlamentare, è in netta controtendenza rispetto ai precedenti tentativi di riforma che, come si è detto, sono stati caratterizzati da uno spazio, non sempre uguale, ma comunque sempre garantito, per le autonomie territoriali nel disegnare la Città metropolitana.

È vero che la mancata attuazione alla quale finora si è assistito è derivata da atteggiamenti complessivamente di difesa delle prerogative da parte di ciascun livello di governo. Dalla Regione minacciata da un possibile ruolo politico forte di un Ente tendenzialmente idoneo ad occupare uno spazio importante e, certamente, più rilevante di quello del Comune e della Provincia. Ovviamente dalle Province, da sempre in pericolo di sopravvivenza in un processo di ridisegno delle funzioni nel quale il loro ruolo è divenuto sempre più marginale. Ed infine dagli stessi Comuni. Sia quello capoluogo che presenta caratteristiche diverse nelle singole Città metropolitane e che nutre timori sull'adattabilità di uno schema organizzativo omogeneo a realtà tra loro diverse, con le possibili ricadute sul ruolo fino ad ora svolto. Sia gli altri, ricompresi nel perimetro della Città metropolitana, che, in maniera comprensibile, possono ravvisare il rischio di essere non poco delimitati dalla nuova dimensione gestionale.

È anche vero però che questa decisione centralistica del decreto legge n. 95 del 2012 è disallineata, se non in contrasto, con l'implan-

to marcatamente autonomistico che ispira la Carta costituzionale nel novellato Titolo V.

D'altro canto, anche l'incertezza nel disegno è inevitabile, tenendo conto che, per questo aspetto, la riforma del Titolo V ha introdotto un Ente che prima non c'era a livello di previsione costituzionale, e ha attribuito allo stesso caratteri e requisiti del tutto eguali a Comuni e Province che sono invece le autonomie territoriali storiche.

Comunque, tra i dati ricostruttivi di sistema che si possono ricavare dalla valutazione comparativa di questi due recenti interventi del legislatore vi è, innanzitutto, la distinzione del tipo di autonomia politica dei tre enti previsti dalla Costituzione nell'art. 114, accanto alle Regioni ed allo Stato. Non sembra dubbio, infatti, che il Comune, non inciso da queste riforme, conservi i suoi caratteri tipici di ente politico rappresentativo, mentre Province e Città metropolitane vedono sfumato questo elemento. In maniera sicuramente più forte la Provincia ma anche la Città metropolitana, sebbene in modo minore, in quanto, per quest'ultima, molto viene affidato alle scelte statutarie.

L'incisione sullo schema di cui all'art. 114 Cost. non sembra dubitabile ed è questo un dato di rilievo.

Insieme ad esso è da rilevare che il processo costitutivo potrà portare a configurare questo Ente in modi differenti tra loro. Sono affidati alla successiva evoluzione delle discipline, soprattutto di tipo statutario, gli assetti ed i rapporti.

Nel contempo, però, l'indagine sembra confermare che ci si trova di fronte ad un momento di attuazione del disegno costituzionale che, con i profili critici segnalati, si colloca, nella dinamica istituzionale, come tappa di un processo più ampio di risistemazione delle autonomie locali meritevole di attenta considerazione.

## RESUM

Aquest article analitza els problemes de la institució de les ciutats metropolitanas a Itàlia i la reforma simultània de les províncies. El problema forma part d'un debat polític italià més ampli i actual, vinculat als objectius de reducció de la despesa pública, i concerneix la necessitat d'aconseguir una nova organització del govern local respecte del pla contingut en el títol V de la Constitució italiana després de la reforma del 2001. Després d'examinar els anteriors intents de regulació de les ciutats metropolitanas, s'analitza la disposició continguda en el decret llei sobre l'*spending review* (d.l. n. 95/2012). Així, el text pretén exposar les dificultats i les incoherències en la identificació de les funcions administratives o en l'estructura general organitzativa del nou ens (la ciutat metropolitana) previst a la Constitució italiana el 2001, que encara segueix sense regulació jurídica normativa. En conseqüència, es consideren les implicacions i els efectes de la reforma en relació amb les funcions exercides per altres òrgans (municipis, províncies, regions) que ja operen en el territori.

**Paraules clau:** govern local; ciutats metropolitanas; províncies; reducció de la despesa pública; funcions administratives.

## RESUMEN

Este artículo analiza los problemas de la institución de las ciudades metropolitanas en Italia y la reforma simultánea de las provincias. El problema forma parte de un más amplio y actual debate político italiano, vinculado a los objetivos de reducción del gasto público, y concierne la necesidad de conseguir una nueva organización del Gobierno local con respecto al plan contenido en el Título V de la Constitución italiana después de la reforma de 2001. Después de un examen de los anteriores intentos de regulación de las ciudades metropolitanas, se analiza la disposición contenida en el decreto ley sobre la *spending review* (d.l. n. 95/2012). Así, el texto pretende exponer las dificultades y las incoherencias en la identificación de las funciones administrativas y en la estructura general organizativa del nuevo ente (la ciudad metropolitana) previsto en la Constitución italiana de 2001, que todavía sigue sin regulación jurídico-normativa. En consecuencia, se consideran las implicaciones y los efectos de la reforma en relación a las funciones ejercidas por otros órganos (municipios, provincias, regiones) que ya operan en el territorio.

**Palabras clave:** gobierno local; ciudades metropolitanas; provincias; reducción del gasto público; funciones administrativas.

## **ABSTRACT**

This paper analyses the problems derived from the metropolitan cities entities in Italy and the simultaneous reform of the provinces. These two issues are part of a broader and current Italian political debate related to targets for reduction of public spending and have to do with the achievement of a new order of local government different from that established in the Title V of the Italian Constitution after its 2001 reform. After an examination of previous attempts to regulate metropolitan cities entities, the article examines the aspects contained in decree law on spending review (d.l. n. 95/2012). In this way, the article aims to highlight both the difficulties and incoherencies of the identification of administrative functions and of the general structure to be assigned to the new level of government (the metropolitan city), provided in the Italian Constitution in 2001 but not yet established. Consequently, the article considers the effects that this new model has upon the other and already existing levels of government (such as municipalities, as provinces and as regions).

**Keywords:** local government; metropolitan Cities; Provinces; reduction of public spending; administrative functions

# LA DIRECTIVA 2004/38/CE Y LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE EL DISFRUTE DE LAS PRESTACIONES SOCIALES: ¿FRENO AL AVANCE EN MATERIA SOCIAL O ADECUACIÓN A LOS INTERESES DE LOS ESTADOS?

**Natalia Caicedo Camacho**

Profesora ayudante del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. La evolución del modelo de coordinación social europeo. – 1.1. Evolución del marco normativo general previo a la Directiva 2004/38/CE. – 1.2. La evolución interpretativa de la solidaridad social en el TJCE. – 1.2.1. Los límites al derecho de residencia visto bajo la lente de la proporcionalidad: ¿un derecho de acceso a las prestaciones asistenciales?. – 1.2.2. Los límites al acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos no económicamente activos. – 1.2.3. Recapitulación. – 2. El modelo social introducido en la Directiva 2004/38/CE: ¿un avance en materia de solidaridad? – 2.1. La Directiva 2004/38/CE y su contexto. – 2.2. La igualdad social diferida de los ciudadanos comunitarios no económicamente activos. – 2.3. Las particularidades del régimen de los estudiantes comunitarios en tanto que titulares de derechos sociales. – 2.4. El TJCE en la encrucijada: ¿adecuación a la Directiva o retroceso en la reconfiguración de la solidaridad europea?. – 3. Conclusiones. – Bibliografía. – *Resumen – Resum – Abstract.*

---

*Artículo recibido el 14/05/2013; aceptado el 29/07/2013.*

Este artículo se desarrolla en el marco del proyecto de investigación titulado “El ejercicio de las competencias comunitarias entre la UE y sus Estados miembros: técnicas jurídicas de coordinación” (DER 2011-23492/JURI), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Quisiera agradecer al profesor David Moya las aportaciones y comentarios que realizó a las diversas versiones del artículo, así como las que hizo el investigador Giuseppe Martinico. También quiero dar las gracias a los expertos independientes que a través de sus evaluaciones contribuyeron de manera significativa a mejorar el resultado final del artículo.

El modelo social de la Unión Europea se ha caracterizado por una constante tensión entre las posturas nacionales que abogan por mantener el acceso a los sistemas de bienestar como una cuestión de soberanía interna de los Estados miembros y las posturas que reivindican la incorporación al proyecto europeo de una perspectiva que permita superar la visión económica predominante en la ciudadanía de la Unión.<sup>1</sup> Esta tensión puede observarse en la interpretación del acceso a las prestaciones asistenciales realizada en los últimos años por el Tribunal de Justicia y por los Estados miembros a partir del artículo 18 TFUE (12 TCE). El presente artículo tiene como objetivo analizar el modelo social incorporado en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo de Europa, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y la correlación de fuerzas entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y dicha Directiva. En esta dirección se intentará establecer hasta qué punto el intento del Tribunal de Justicia por profundizar en el modelo social tuvo consecuencias en la posición final de la Directiva 2004/38/CE y, a su vez, qué efectos tuvo la Directiva 2004/38/CE sobre la estela que venía marcando la jurisprudencia del Tribunal.

## **1. La evolución del modelo de coordinación social europeo**

### **1.1. Evolución del marco normativo general previo a la Directiva 38/2004/CE**

Como acertadamente ha señalado el profesor Ferrera, el proceso de integración europea ha venido modificando la noción de ciudadanía social e incorporando importantes transformaciones a la capacidad de decisión de los Estados sobre los límites de la solidaridad.<sup>2</sup> La relativa

---

1. Para autores como Maurizio Ferrera, la reconfiguración de las fronteras nacionales en la esfera social desde 1970 ha sido el resultado de un tira y afloja entre los niveles nacionales y supranacionales, en donde los Estados miembros han sido capaces en varias ocasiones de afirmar sus intereses y de recuperar parte de las prerrogativas fundamentales para su soberanía. Maurizio Ferrera, *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 164.

2. Maurizio Ferrera, "Towards an Open Social Citizenship? The New Boundaries of Welfare in the European Union", en *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 12. Sobre las distintas vías en que los Estados del

apertura del Estado del bienestar más allá de los exclusivos vínculos nacionales de la ciudadanía con el Estado ha sido, en gran medida, impulsada por la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones incluidas en diversos instrumentos internacionales, por los cambios en los procesos migratorios hacia la Unión, por la relativización de la noción de soberanía nacional en un contexto de integración supranacional europea, así como por las demandas que, en el marco de la Unión, reclamaban una profundización del proyecto europeo en materia de protección social.

El principio de igualdad de trato en materia de beneficios sociales se reconocerá a los trabajadores que, habiendo hecho uso de la libertad de circulación, residan y trabajen en otro Estado miembro a través del Reglamento 1612/68/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.<sup>3</sup> Posteriormente, y con el objetivo de ahondar en el proyecto europeo de protección social, se hace evidente la necesidad de contar con unas bases comunes que requieren una mínima voluntad, por parte de los Estados miembros, de coordinar sus sistemas de Seguridad Social.<sup>4</sup> Dicha coordinación ya estaba presente en los inicios del proceso de integración europea y respondía a la lógica comunitaria, lógica que pasa por la eliminación de los obstáculos que una concepción territorial y nacional en materia de prestaciones contributivas pueda causar en el proceso de integración económica. Así, en el marco de la libre circulación de trabajadores y de la libertad de establecimiento se intentará asegurar, a través de la adopción del Reglamento 1408/71

---

bienestar han abierto las fronteras a los no nacionales, véase Martín Baldwin-Edwards, "Immigrants and Welfare State in Europe", en Douglas Massey and Edward Taylor (eds.) *International Migration Perspectives and Policies in a Global Market*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 320-322.

3. El artículo 7.2 del Reglamento 1612/68/CEE señala que el trabajador de un Estado miembro "se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales".

4. Según Michael Dougan y Eleanor Spaventa, el modelo supranacional de solidaridad social se desarrolla por vía de la incorporación del principio de asimilación, el cual garantiza una igualdad de trato entre los ciudadanos comunitarios y los ciudadanos del Estado de acogida. En una primera fase el modelo de asimilación supranacional se focaliza en el compromiso de la libertad de movimiento de trabajadores y establecimiento, y tras la introducción de la ciudadanía europea se inicia una segunda fase del modelo en la que se cuestiona la contribución económica como barrera a la integración social del ciudadano europeo que se traslada a otro Estado miembro. Michael Dougan y Eleanor Spaventa, "'Wish You Weren't Here...': New Models of Social Solidarity in the European Union", en Michael Dougan and Eleanor Spaventa (eds.) *Social Welfare and EU Law*, Portland-Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 189-190.



sobre coordinación en materia de Seguridad Social, que los ciudadanos desplazados reciban en el Estado de acogida el mismo trato en materia de la Seguridad Social que los nacionales. De esta forma se reconoce el principio de igualdad de trato en materia de prestaciones sociales contributivas, es decir, de aquellas prestaciones vinculadas a la condición de trabajador. Por vía del Reglamento se garantiza que los ciudadanos económicamente activos no verán, en ningún caso, mermados los derechos de naturaleza prestacional que se deriven de su condición laboral cuando hagan uso de la libertad de movimiento y se trasladen a otro Estado miembro. De esta manera, se desplaza a la nacionalidad como único criterio de atribución de la titularidad de derechos del régimen de la Seguridad Social, y se incorpora la regla de la residencia y la contribución económica al sistema para aquellos trabajadores que hayan hecho uso de la libertad de movimiento intracomunitario.

Años más tarde, el derecho comunitario dará un paso más al reconocer el derecho de residencia en otro Estado miembro a los ciudadanos no económicamente activos, aunque liberará a los Estados de acogida de cualquier tipo de responsabilidad social sobre tales ciudadanos. Así, las directivas dictadas en la década de los noventa (Directiva 90/364/CEE, Directiva 90/365/CEE y Directiva 93/96/CEE) reconocen el derecho a residir en un Estado miembro a los ciudadanos no económicamente activos siempre que la residencia de estos no implique una carga para la asistencia social de los Estados de acogida.<sup>5</sup> El reconocimiento de la residencia a los ciudadanos que se trasladan al margen de una actividad económica supuso un avance importante en la desvinculación de la libertad de movimiento respecto de la actividad económica ejercitada por esos ciudadanos.<sup>6</sup> Así, los estudiantes,<sup>7</sup> los pensionistas o los ciudadanos no trabajadores podrán residir en cualquier Estado de la Unión con independencia de si realizan o no

---

5. Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, y Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

6. A. Pieter Van der Mei, *Free Movement of Persons within the European Community, Cross-Border Access to Public benefits*, Oxford-Portland Obregon: Hart Publishing, 2003, p. 40.

7. Sobre el establecimiento del principio de libertad de movimiento para los estudiantes, véase Asunto C-293/83, *Gravier* [1985] ECR-I 85; Asunto C-152/82, *Forcheri* [1983] ECR-I 577; Asunto C-357/89, *Raulin* [1992] ECR-I 1054.

una actividad laboral. No obstante, tanto el preámbulo de las tres normas como el artículo primero de cada una de ellas enfatizan que los beneficiarios del derecho de residencia no deben convertirse en una carga social para los Estados de acogida y, en todo caso, los Estados se reservan el derecho de proceder a su expulsión en estos supuestos.

Desde esta perspectiva, en el origen del diseño inicial del modelo de coordinación en materia social se inserta una distinción entre los ciudadanos comunitarios que hacen uso de la libertad de circulación intracomunitaria en función de si los mismos desempeñan una actividad económica. El acceso a las prestaciones sociales del Estado de acogida solo se permite cuando el ciudadano comunitario se inserta en el mercado laboral y contribuye al sistema de Seguridad Social del Estado de acogida, es decir, la protección asistencial se inscribe en el marco de una de las libertades económicas basilares de la Unión.<sup>8</sup> Como consecuencia, se ha acusado en reiteradas ocasiones al proceso de integración europea de padecer una forma de solidaridad asimétrica<sup>9</sup> en la medida en que no se utilizan con la misma intensidad los instrumentos jurídicos cuando de la promoción de la integración económica se trata que cuando se decide impulsar procesos de integración vinculado al principio de solidaridad.<sup>10</sup> Algunos autores hablan incluso de mercantilización o instrumentalización de la ciudadanía, en el sentido de que la construcción de la ciudadanía europea parece diseñarse para profundizar en mayor medida en la integración económica que en la integración social.<sup>11</sup> Así, lejos de un principio de solidaridad eu-

---

8. Se ha criticado que a través de estas directivas se institucionaliza una enorme disparidad de trato y se introducen dos categorías de ciudadanos. Por una parte, se hallan los ciudadanos económicamente activos a quienes se les reconoce un acceso a la protección asistencial porque se presume su contribución en la vida y prosperidad de los Estados de acogida. Por otra parte, se encuentran los derechos de los ciudadanos que no realizan ninguna actividad económica y que son, en principio, excluidos del acceso al sistema interno de solidaridad social. Stefano Giubboni, "A Certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the European Court of Justice", en Malcom Ross y Yuri Borgamann-Prebil, *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 170.

9. Ferrera, *The Boundaries of Welfare...*, 2005, p. 134.

10. Dougan and Spaventa, "Wish You Weren't Here...", 2005, p. 183.

11. Michelle Everson, "The Legacy of the Market Citizen", en Jo Shaw and Gillian More (eds.) *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 90. Entre otros autores, Maarten Vink subraya la visión económica de la ciudadanía europea, si bien indica que los planteamientos políticos iniciados a principios de la década de los noventa han ido modificándose significados en el objetivo de transformar una Comunidad Europea centrada en la terminación del mercado interno hacia una Unión Europea que no necesariamente envuelve acciones directamente relacionadas con el mercado. Maarten

ropea, el modelo de coordinación social europeo nace simplemente para evitar que la negación del acceso a las prestaciones sociales por parte de los Estados a ciudadanos económicamente activos en circulación intracomunitaria no suponga un obstáculo al ejercicio efectivo de las libertades económicas, en especial de la libertad de circulación de trabajadores. De esta manera, la primacía de la integración del mercado acaba instrumentalizando la protección social para lograr los objetivos económicos, mientras que la activación de aquellos espacios donde la proyección del principio de solidaridad se hace más intensa queda ligada al concepto de soberanía nacional.

A partir del año 2000, el modelo de coordinación social europeo sufrirá importantes modificaciones. Por una parte, los Estados inician un proceso de reforma de las directivas sobre el derecho de residencia de los trabajadores por cuenta propia o ajena, así como de los trabajadores que han dejado de ejercer una actividad laboral o los estudiantes, con el principal objetivo de superar la fragmentación existente. Como veremos más adelante, este proceso de reforma culmina con la inclusión del derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos en el marco de aplicación de la Directiva 2004/38/CE.

Por otra parte, en el año 2004 se reformará el sistema de coordinación de la Seguridad Social a través del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Esta norma revistió la residencia en los Estados miembros de alcance comunitario e indirectamente eliminó los requisitos de residencia previa que la legislación sobre prestaciones sociales suele introducir. Al respecto cabe apuntar que, a partir de la promulgación del Reglamento 1408/71, el Tribunal de Justicia abrió una línea jurisprudencial que permitía a los trabajadores comunitarios disfrutar del sistema no contributivo de la Seguridad Social del Estado de acogida y a la vez exportar las prestaciones sociales al Estado al cual se desplazaba el trabajador.<sup>12</sup> La respuesta de los Estados ante la línea abierta por el TJCE fue la de incluir a través del Reglamento 1271/92 el listado de prestaciones no contributivas que estos estaban dispuestos a reconocer a los trabajadores comunitarios residentes en su territorio y, de esta forma, cerrar la expansión hacia

---

Vink, *Limits of European Citizenship: European Integration and Domestic Immigration Policies*, New York: Palgrave, p. 64.

12. Asunto C-1/72, *Frilli* [1972] ECR I-69; Asunto C-24/74, *Biason* [1974] ECR I-100; Asunto C-139/82, *Piscitello* [1983] ECR I-1428; Asunto C-356/89, *Newton*, ECR I-3035; Asunto C-379/85, *Giletti* [1986] ECR I-971.

el campo asistencial que venía realizado el Tribunal de Justicia. En este contexto, y como se verá más adelante, el Reglamento 883/2004/CE parece cerrar la discusión al reconocer efectos a la residencia con independencia del lugar donde se hubiera materializado. Esta reforma no solo implicó la supresión de las trabas a la libertad de movimiento de trabajadores, sino que también supuso apostar, de manera significativa, por la superación del principio nacional en favor de la residencia en el Estado miembro.

## 1.2. La evolución interpretativa de la solidaridad social en el TJCE

En la evolución del marco normativo descrito han sido determinantes tanto los avances que sobre ciudadanía suponen los sucesivos tratados de Maastricht y Ámsterdam como la posición que, en consecuencia, asume el TJCE a partir de la década de los noventa. La interpretación del Tribunal respecto de la ciudadanía europea se refleja en los casos *Martínez Sala*<sup>13</sup> y *Baumbast*,<sup>14</sup> en los que el Tribunal desliga la protección de las libertades comunitarias de la finalidad exclusivamente económica, hasta el punto de entrar a partir de *Grzelczyk*<sup>15</sup> en la difícil tarea de extender a los ciudadanos no económicamente activos algunos beneficios derivados de la solidaridad nacional. Varios de esos pronunciamientos se producirán durante la fase de discusión y elaboración de la futura Directiva 2004/38/CE, la cual reconfigura el alcance del principio de igualdad en las prestaciones sociales y, por consiguiente, es portadora a su vez de un modelo social. Esta supone, además, un modelo que, como veremos en el apartado siguiente, será distinto del que el TJCE estaba perfilando a través de su jurisprudencia. Para poder aproximarnos a ambos modelos y contrastar las influencias y diferencias entre ellos, empezaremos por analizar algunas de las sentencias emblemáticas del TJCE dictadas con anterioridad a la Directiva 38/2004/CE, donde el Tribunal sienta las bases de un modelo de ciudadanía social europea a partir del examen de los límites o de los requisitos al derecho de libre circulación y residencia a través del principio de proporcionalidad.

---

13. Asunto C- 85/96, *Martínez Sala* [1998] ECR I-2708.

14. Asunto C-413/99, *Baumbast* [2002] ECR I-7091.

15. Asunto C-184/99, *Grzelczyk* [2001] ECR I-6229.

### 1.2.1. Los límites al derecho de residencia visto bajo la lente de la proporcionalidad: ¿un derecho de acceso a las prestaciones asistenciales?

En el asunto *Grzelczyk*, el Tribunal analiza, a la luz del artículo 18 TFUE (art. 6 del Tratado CE en el momento de presentación de la cuestión prejudicial), las limitaciones introducidas por la Directiva 93/96/CEE sobre el derecho de residencia de los estudiantes. En este caso, el señor *Grzelczyk*, de nacionalidad francesa, inició sus estudios universitarios en Bélgica y solicitó un subsidio *minimex*, pero el Ministerio federal belga denegó la prestación porque el interesado no tenía la nacionalidad belga y se encontraba residiendo como estudiante. Bajo la regulación de la Directiva 93/96/CEE los Estados miembros pueden exigir a los estudiantes la disposición de recursos para evitar que, durante su periodo de residencia, se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado de acogida. No obstante, el Tribunal indicó que dicha limitación debe ser interpretada a la luz de la ciudadanía europea e introdujo la premisa referida a que "la vocación del estatuto de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentren en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico",<sup>16</sup> a partir de esta interpretación el término "carga" para el erario del Estado miembro de acogida debería valorarse como una carga no excesiva. A juicio del TJCE, la Directiva 93/96/CEE admite cierta solidaridad económica, en particular si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal.

*Grzelczyk* es, sin duda, una continuación de *Martínez Sala*<sup>17</sup> y a la vez una ruptura con *Lair y Brown*.<sup>18</sup> A través de *Martínez Sala* el Tribunal dedujo de la ciudadanía de la Unión la garantía del principio de igualdad de trato en el acceso a las prestaciones sociales y sugirió que mientras la persona residiera legalmente en el territorio tenía derecho a solicitar en igualdad de condiciones ayudas sociales. Posteriormente, *Grzelczyk* confirma que los ciudadanos de la Unión

16. *Ibidem*, apartado 31.

17. Asunto C-85/96, *Martínez Sala* [1998] ECR I-2708.

18. En los asuntos *Lair y Brown* el Tribunal negó que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad pudiese ser aplicado a los estudiantes en relación con el acceso a las ayudas sociales. Asunto C-39/86, *Lair* [1988] ECR 3161; Asunto C-197/86, *Brown* [1988] ECR 3205.

residentes en otro Estado miembro pueden confiar en el artículo 12 TCE (18 TFUE) para solicitar asistencia social cuando se encuentren en un supuesto de necesidad económica. Para llegar a esta afirmación, el Tribunal introduce el principio de solidaridad entre ciudadanos de la Unión como principio modulador de las limitaciones previstas en la Directiva 93/96/CEE, principio que si bien no era un criterio ajeno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,<sup>19</sup> se había limitado al ámbito de las libertades económicas de trabajadores.<sup>20</sup> Por lo tanto, con *Grzelczyk* se activa para los ciudadanos no económicamente activos un proceso de ampliación del modelo social europeo en el que la posibilidad de disfrutar de los beneficios sociales no queda vinculada de manera exclusiva a la actividad económica que realice el ciudadano en el país de acogida. En consecuencia, la interpretación que extrae el TJCE del artículo 12 TCE (18 TFUE) parece acercarse a la aplicada por el Tribunal en el contexto de la libertad de movimiento de trabajadores<sup>21</sup> y, en todo caso, la denegación automática de una prestación asistencial puede conllevar una vulneración del Tratado.<sup>22</sup>

Para algunos autores *Grzelczyk* significa también la extensión del principio de proporcionalidad como instrumento de ponderación de las limitaciones que el derecho secundario introduce en la ciudadanía de la Unión.<sup>23</sup> El artículo 1 de la Directiva 93/96/CEE requiere explícitamente que los estudiantes dispongan de recursos para evitar

---

19. Sobre el alcance de la solidaridad en el ámbito europeo, véanse Asunto C-159/91, *Poucet* [1991], ECR I 664; Asunto C-67/96, *Albany* [1996], ECR 5863.

20. Giubboni, "A Certain Degree of Solidarity?...", 2010, p. 169. No obstante, cabe cuestionarse hasta qué punto la extensión del principio de solidaridad hacia los espacios no vinculados a las libertades económicas ha sido en pronunciamientos posteriores ratificado por el Tribunal. En el Asunto *Ninni-Orasche*, relativo a la aplicación de la Directiva 93/96/CEE sobre el derecho de residencia de los estudiantes y el acceso al sistema de becas, la referencia a un mínimo de solidaridad como principio modulador de las limitaciones introducidas por la Directiva es en repetidas ocasiones mencionada en las conclusiones del abogado general, el señor L. A. Geelhoed. Sin embargo, el Tribunal de Justicia omite repetir la frase citada en *Grzelczyk* sobre el hecho de que la Directiva 93/96 admite una cierta solidaridad económica y, por lo tanto, no se traslada a *Ninni-Orasche*. Asunto C-413-01, *Ninni-Orasche* [2001] ECR I-13217.

21. Van der Mei, *Free Movement of Persons...*, 2003, p. 49.

22. Jesse Moritz, "The Value of "Integration" in European Law: The Implications if the *Förster* Case on Legal Assessment of Integration Conditions for Third-Country Nationals", en *European Law Journal*, vol. 17, núm. 2, Blackwell, 2007, p. 174.

23. En este sentido, Roderic O'Gorman, "The Proportionality Principle and Union Citizenship", en *Mitchel Working Paper Series*, núm. 1/2010, Europa Institute, University of Edinburgh, 2009; Catherine Barnard, "EU Citizenship and the Principle of Solidarity", en Dougan and Spaventa (eds.) *Social Welfare and EU Law...*, 2005, p. 157-180, p. 170.

que, durante su periodo de residencia, se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Sin embargo, el Tribunal se apoya en la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros para señalar que las limitaciones introducidas en el derecho de residencia deben reconocer un cierto grado de solidaridad y, por lo tanto, la valoración del concepto de carga excesiva debe extraerse de las circunstancias de cada caso. Es cierto que en ninguno de sus razonamientos el Tribunal hace una expresa mención al principio de proporcionalidad, que como veremos a continuación sí mencionará posteriormente en *Baumbast* y en *Collins*, pero, tal y como sostiene O’Gorman, la interpretación que el TJCE realiza del término “solidaridad económica” lleva hacia la extensión del principio de proporcionalidad para ponderar las limitaciones que fijan los Estados a la libre circulación de personas o de la ciudadanía europea que será expuesta en *Baumbast*.<sup>24</sup>

La proporcionalidad en el marco comunitario se introduce como un principio que según el artículo 6 del Tratado de la Unión rige, junto con la subsidiariedad, el ejercicio de las competencias de la Unión. En este sentido, el propio Tratado establece que el contenido y la forma de la acción de la Unión no deberán exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados. Por su parte, el Tribunal de Justicia ha acudido en repetidas ocasiones a la proporcionalidad para ponderar las medidas legislativas y administrativas que limitan los intereses privados, los derechos individuales y las libertades comunitarias.<sup>25</sup> Sin embargo, no será hasta *Baumbast* cuando el TJCE decida extender la proporcionalidad más allá del campo de las libertades económicas, tal y como lo había hecho hasta el momento, y proceda a evaluar las limitaciones introducidas por el derecho secundario al derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos.<sup>26</sup>

A partir de aquí el Tribunal ha intentado convertir la residencia en el instrumento idóneo para extender el principio de igualdad de trato más allá del ámbito económico y contributivo. Como veremos a continuación, la residencia en el Estado de acogida como un reflejo

---

24. O’Gorman, “The Proportionality Principle...”, 2009.

25. Tor-Inge Harbo, “The Function of the Proportionality Principle in the EU Law”, *European Law Journal*, vol. 16, núm. 2, Blackwell, 2010, p. 171.

26. Michael Dougan, “The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship”, *European Law Review*, vol. 12, núm. 1, Sweet & Maxwell, 2006, p. 621.



de los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión fue la opción tomada por el Tribunal tanto para reexaminar los límites de las directivas de la década de los noventa como para cerrar el debate abierto con los Estados sobre la ampliación al campo no contributivo del Reglamento 1408/71/CEE. Así, *Martínez Sala*, *Baumbast* y *Swaddaling* sitúan la residencia en el Estado miembro como el estatuto a través del cual, en términos muy semejantes a la nacionalidad, se regula la relación entre el Estado y los ciudadanos. Esta opción se ha materializado a distintas velocidades según sea el marco normativo en que se desarrolla el traslado.

En primer lugar, para los ciudadanos que se trasladan en el marco de las directivas 90/34/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, es decir, los ciudadanos no económicamente activos, la apertura del principio de igualdad en materia asistencial tiene como punto de partida la interpretación que el Tribunal ha hecho de la ciudadanía de la Unión. En *Martínez Sala* el Tribunal de Justicia utilizó por primera vez la noción de "ciudadanía" para ampliar los derechos de los ciudadanos de la Unión y señaló que los ciudadanos de la Unión pueden invocar el artículo 18 TFUE (artículo 6 del Tratado CE en el momento de prestación de la demanda) en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, incluida la concesión de una prestación asistencial.<sup>27</sup> A través de esta afirmación se abre la puerta para que el principio de igualdad y no discriminación se aplique a los ciudadanos de la Unión bajo los mismos términos que los ciudadanos nacionales que tienen su domicilio o residencia en ese Estado miembro.<sup>28</sup> Posteriormente, en *Baumbast* el TJCE reinterpreta a la luz de la ciudadanía de la Unión los requisitos incorporados en la legis-

27. Asunto C-85/96, *Martínez Sala* [1998] ECR I-2708, apartado 63. Al respecto, véanse Asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano* [2011] ECR I-01177; Asunto C-200/02, *Zhu y Chen* [2004] ECR I-9926, Asunto C-148/02, *García Avello* [2003] ECR I-11613; Asunto C-413/99, *Baumbast* [2002]; Asunto C-184/99, *Grzelczyk* [2001] ECR I-6229. Entender la ciudadanía de la Unión como un estatuto fundamental ha conllevado también el reconocimiento de un conjunto de derechos para los ciudadanos de la Unión sin que previamente se haya hecho uso de la libertad de circulación. En este sentido, sobre los derechos de la ciudadanía estática véanse Asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano* [2011] ECR I-01177; Asunto C-434/09, *McCarthy*, ECR I-03375; Asunto C-256/11, *Dereci* [2011] no publicado aún; Asunto C-86/12, *Aloпка* [2013], no publicado aún; Asunto C-87/12, *Ymeraga*, conclusiones del abogado general [2013], no publicado aún.

28. Para autores como Kay Hailbronner, con *Martínez Sala* el Tribunal utilizó por primera vez la ciudadanía de la Unión para eludir las limitaciones específicas de la legislación secundaria, pese a que dichas limitaciones se encuentran reconocidas en el art. 18 TCE. Kay Hailbronner, "Union Citizenship and Access to Social Benefits", *Common Law Market Review*, vol. 42, núm. 5, Wolters Kluwer, 2005, p. 1247.



lación secundaria al derecho de residencia. A diferencia de *Martínez Sala*, caso en que el derecho aplicable era el Reglamento 1612/62/CEE o el Reglamento 1408/71/CEE, en *Baumbast* el derecho secundario aplicable es la Directiva 90/364/CEE y, por lo tanto, nos situamos de manera explícita en el campo de los ciudadanos no económicamente activos. En este caso, el Tribunal evalúa si requerir un seguro médico que cubra todas las eventualidades para la renovación del permiso de residencia del señor Baumbast, nacional alemán residente en el Reino Unido, resulta conforme al artículo 18 TCE (21 TFUE). El TJCE retoma lo que ya había señalado en *Grzelczyk* sobre la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión de convertirse en un estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y, a partir de esta premisa, deriva dos afirmaciones que hacen de *Baumbast* un caso de referencia en materia de acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos no económicamente activos.

Por una parte, el Tribunal otorga efecto directo al derecho de residencia. Es cierto que, en pronunciamientos anteriores, el TJCE ya había declarado que el derecho de los nacionales de un Estado miembro a entrar en el territorio de otro Estado miembro y a residir en él era un derecho directamente conferido por los tratados, si bien se encontraba sujeto a la realización de una actividad económica.<sup>29</sup> Sin embargo, en esta ocasión el Tribunal indica que ahora debemos situarnos en un contexto post-Maastricht, en el que los Estados miembros introdujeron el estatuto de ciudadano de la Unión. Por lo tanto, el efecto directo del derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros debe atribuirse al margen de la realización de una actividad económica en el país de acogida. En consecuencia, en *Baumbast* se declara que “un ciudadano de la Unión Europea que ya no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia como trabajador migrante puede, en su condición de ciudadano de la Unión, disfrutar en ese Estado de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18 TCE, párrafo 1”.<sup>30</sup>

Por otra parte, el TJCE señala que las limitaciones y condiciones del derecho de residencia fijadas en las previsiones secundarias

29. Desde el Asunto *Roux* el Tribunal había otorgado el efecto directo al derecho de residencia. Asunto *Roux*, C-363/89 [1989] ECR I-00273.

30. En *Baumbast*, el Tribunal de Justicia reconoce también el derecho de residencia de los progenitores, de terceros países, de ciudadanos de la Unión, en los casos en los que el menor sigue cursos de enseñanza general. Al respecto véanse también Asunto C-310/08, *Ibrahim* [2010] ECR I-01065; Asunto C-480/08, *Teixeira* [2010] ECR I-01107.

del derecho comunitario deben ser aplicadas en concordancia con el principio de proporcionalidad, es decir, las limitaciones al derecho deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar la finalidad perseguida. Como resultado, los requisitos dirigidos a garantizar que la persona no suponga una carga para el sistema asistencial del Estado de acogida (recursos suficientes y seguro de enfermedad) dejan de ser analizados bajo la lente del control estricto que no admite fisuras, para evaluarse en un marco menos rígido de cargas razonables. De esta forma, nos encontramos ante un escenario en el que el Tribunal de Justicia interpreta las libertades del Tratado de manera muy similar a como venía entendiéndolas para los ciudadanos económicamente activos, solo que, esta vez, comprende a todas las personas que residan legalmente en cualquier parte del territorio de la Unión.<sup>31</sup>

Tras una lectura conjunta de *Martínez Sala* y *Baumbast* se observa que el TJCE evalúa a través de la proporcionalidad los límites económicos introducidos por el derecho secundario a la ciudadanía europea y, de esta forma, busca situar la residencia comunitaria como el nexo a partir del cual se rigen las relaciones entre el Estado de acogida y el ciudadano, sin más adjetivos que la nacionalidad de un Estado miembro. La garantía del principio de igualdad de trato en materia de beneficios sociales nace como instrumento para facilitar la libertad de movimiento de los trabajadores. No obstante, en el nuevo marco de la ciudadanía de la Unión, el Tribunal de Justicia pretende desvincular la igualdad de trato de sus connotaciones económicas y reconocer la residencia como un estatuto a partir del cual los derechos emergen no solo como resultado de la contribución que un trabajador realiza a las arcas de la Seguridad Social, sino también como efecto del vínculo entre residencia en el Estado de acogida y ciudadanía de la Unión. Así, dos años después de *Baumbast*, en el asunto *Trojani*<sup>32</sup> el TJCE reafirma el efecto directo del derecho de residencia y la aplicación del principio de proporcionalidad sobre los requisitos que, en virtud del derecho secundario, los Estados incorporan al mismo, pero, además, indica que un ciudadano no económicamente activo al cual se le ha reconocido el derecho de residencia en virtud del artículo 18 TCE podrá invocar el artículo 12 TCE a fin de que se le conceda una ayuda social.

31. Henri de Waele, "EU Citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential", *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, núm. 3, Martinus Nijhoff, 2010, p. 329.

32. En *Trojani* se examina la negativa por parte del Gobierno belga a otorgar una prestación social a un nacional francés que se encontraba residiendo en Bélgica en el marco de la Directiva 90/364. Asunto C- 466/02, *Trojani* [2004] ECR I-7573.

También en el asunto *Collins*<sup>33</sup> el Tribunal concluyó que, en virtud de los derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión y tras una lectura conjunta de los artículos 39 y 12 TCE, no es posible excluir a los solicitantes de empleo del derecho a la igualdad de trato respecto de aquellos beneficios sociales que buscan promover el acceso al mundo laboral en el Estado de acogida. En este caso, se evalúa la compatibilidad entre el requisito de la residencia habitual de la legislación del Reino Unido para el disfrute de las prestaciones sociales y el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 12 TCE (18 TFUE). La denominada residencia habitual de la legislación británica<sup>34</sup> ya había sido cuestionada previamente en el asunto *Swaddling*,<sup>35</sup> pero a diferencia de *Swaddling*, en que fue analizada bajo la óptica del Reglamento 1408/71/CEE, el asunto *Collins* se sitúa en el supuesto de los nacionales no económicamente activos.<sup>36</sup>

El Tribunal de Justicia señaló que la situación del señor Collins debía ser analizada bajo la perspectiva del artículo 45 TCE (21 TFUE), es decir, en el ámbito del Reglamento 1612/68/CEE sobre la libre circulación de trabajadores, y no de la Directiva 68/260/CEE. La novedad de *Collins* reside en que el Tribunal no solo recuerda que los solicitantes de empleo tienen un derecho de acceso al empleo en las mismas condiciones que los nacionales, sino que además evalúa si a la luz de otras disposiciones del derecho comunitario este colectivo puede acceder al sistema de ayudas sociales en el Estado de acogida. Para ello, retoma la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión de convertirse en un estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, e indica que la residencia en el Estado miembro constituye un requisito válido para el acceso a las prestaciones sociales porque a través de esta puede acreditarse la existencia de un vínculo real entre el demandante

---

33. Asunto C-138/02, *Collins* [2002] ECR I-02703.

34. En 1996 el Gobierno británico introdujo la figura del *resident test* para el acceso a los beneficios sociales no contributivos y para las prestaciones en materia de vivienda. Tras este nuevo requisito, si se pretende optar a algún tipo de ayuda social es necesario probar ante las autoridades que se tiene la intención de permanecer en el Reino Unido. Tal y como se expone en la justificación aportada por el Gobierno, el principal objetivo que se perseguía mediante el *resident test* era el control del llamado turismo social, así como la reducción del número de nuevos beneficiarios de prestaciones sociales.

35. Asunto C-90/97, *Swaddling* [1999] ECR I-10.75.

36. El señor Collins, nacional irlandés, nacido en los Estados Unidos, se traslada en 1998 al Reino Unido con el objetivo de encontrar empleo. Una vez instalado, solicita un subsidio para buscar empleo, *jobseeker allowance*, el cual se le deniega por no cumplir el requisito de la residencia habitual.

de empleo y el mercado laboral de dicho Estado.<sup>37</sup> No obstante, el TJCE puntualiza que, si bien un requisito como la residencia es adecuado para garantizar el citado vínculo, si se exige un periodo de residencia este no debe ir más allá del necesario para que las autoridades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida.<sup>38</sup>

En *Collins* parece consolidarse el nuevo alcance de la ciudadanía de la Unión que el Tribunal había iniciado en *Martínez Sala*. En un marco comunitario renovado por los tratados de Maastricht y Ámsterdam se abre la posibilidad de que la ciudadanía de la Unión introduzca, a través del principio de proporcionalidad, matices a la exclusión prevista en el derecho secundario relativa al acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos no económicamente activos que hacen uso de la libertad de circulación. En consecuencia, la aplicación de la proporcionalidad supone que, lejos de un principio taxativo sobre la denegación de las prestaciones asistenciales, los tribunales internos deberán evaluar en cada supuesto si los requisitos impuestos al derecho de residencia pueden conllevar una vulneración del artículo 18 TCE (21 TFUE), o si la denegación de la prestación asistencial por el hecho de que el solicitante no goza de la categoría de trabajador supone una vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad.<sup>39</sup> Así, para autores como Douglan, la vocación del

---

37. En *D'Hoop* el TJCE resuelve sobre una nacional que, tras hacer uso de la libertad de circulación y cursar los estudios de secundaria en otro Estado de la Unión, al regresar a su país de origen no puede acceder a las ayudas sociales dirigidas a la integración laboral porque el diploma había sido expedido por una autoridad distinta a la del país de origen. En este caso el TJCE consideró que tal requisito no es un requisito representativo del grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante y el mercado geográfico. Véase Asunto C-224/98, *D'Hoop* [2002] ECR I-6212, apartados 38 y 39.

38. Los requisitos que el Tribunal introduce a la residencia de los ciudadanos no económicamente activos cuestiona hasta qué punto se produce un acercamiento entre la ciudadanía económica y la ciudadanía social. Así, Herwing Verschueren concluye que, bajo las limitaciones que introduce el principio de proporcionalidad, los derechos derivados de la residencia continúan siendo más gravosos que los introducidos en el marco del Reglamento 1408/71. Herwing Verschueren, "European (Internal) Migration Law as an Instrument for Defining the Boundaries of National Solidarity Systems", *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, núm. 3, Martinus Nijhoff, 2007, p. 335.

39. Autores como Ferdinand Wollenschläger argumentan que por la vía de la proporcionalidad debe profundizarse hacia espacios de mayor integración en los que más allá de las libertades fundamentales de la Unión emerge una ley general para los ciudadanos no económicamente activos. Ferdinand Wollenschläger, "A New Fundamental Freedom Beyond Market Integration: Union Citizenship and Its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration", *European Law Journal*, vol. 17, núm. 1, Blackwell, 2011, p. 30.

estatuto de la Unión ha imbuido el derecho previsto en el artículo 18 TCE con suficiente fuerza como para justificar un escrutinio estricto en la legislación comunitaria que tradicionalmente se había aplicado en el contexto de las libertades económicas.<sup>40</sup> En último término, a través de la evaluación de los límites o condiciones a la residencia, el TJCE intenta que en el marco de la ciudadanía de la Unión sea la residencia en el Estado de acogida el nexo a partir del cual se reconocen derechos (incluidos los sociales) a los ciudadanos de la Unión, con independencia de si se encuentran realizando una actividad económica.

En segundo lugar, para los ciudadanos que se trasladan a otro Estado miembro para ejercer una actividad económica, la residencia fue la opción acogida por el Reglamento 883/2004/CE para, de esta forma, cerrar la larga discusión abierta, reconciliada y vuelta a retomar entre el Tribunal y los Estados miembros sobre el disfrute de las prestaciones sociales no contributivas por parte de los trabajadores residentes en otro Estado miembro.<sup>41</sup> Cabe recordar que mediante la reforma introducida por el Reglamento 1247/92/CEE al Reglamento 1408/71/CEE se abrió la posibilidad a los Estados miembros de introducir en el listado del Anexo II del Reglamento las prestaciones asistenciales que no serían exportables. A través de esta modificación, los Estados contuvieron la jurisprudencia expansiva que venía dictando el Tribunal de Justicia en relación con el principio de portabilidad de las prestaciones no contributivas,<sup>42</sup> y reforzaron por vía del derecho comunitario la conexión con el territorio de las prestaciones asistenciales. No obstante, en 1999 en los asuntos *Jauch*,<sup>43</sup> *Leclere*<sup>44</sup> y *Swaddling* el Tribunal vuelve a reinterpretar en clave comunitaria la negativa de los Estados a la exportabilidad de las prestaciones no contributivas. Ahora bien, mientras *Jauch* y *Leclere* evalúan la naturaleza de las prestaciones

40. Dougan, "The Constitutional Dimension...", 2006, p. 613.

41. Véase Dorte Sindbjerg Martisen, "Social Security Regulation in the EU: the De-Territorialization of Welfare", en Gráinne de Búrca (ed.) *EU Law and the Welfare State: in Search of Solidarity*. Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 93.

42. El artículo 10 *bis* se introduce mediante una reforma en 1991 al Reglamento de coordinación de la Seguridad Social a través de la cual los Estados buscan detener la interpretación expansiva que el Tribunal de Justicia había realizado sobre la posibilidad de exportar las prestaciones no contributivas en Asunto C-1/72, *Frilli* [1972] ECR I-69; Asunto C-24/74, *Biason* [1974] ECR I-100; Asunto C-139/82, *Piscitello* [1983] ECR I-1428; Asunto C-356/89, *Newton*, ECR I-3035; Asunto C-379/85, *Giletti* [1986] ECR I-971.

43. Asunto C-215/99, *Jauch* [2001] ECR I-1901.

44. Asunto C-43/99, *Leclere* [2001] ECR I-4265.

para incluirlas o excluirlas del ámbito de aplicación del artículo 10 *bis* del Reglamento, en *Swaddling* se examinan los requisitos de acceso relativos a la residencia previa.

En el asunto *Swaddling* un nacional británico, tras haber sido despedido en Francia, regresa al Reino Unido y solicita una prestación asistencial *Income support*. Las autoridades británicas deniegan la prestación porque el solicitante no cumplía con el requisito de la residencia habitual en el Reino Unido. En este caso, el Tribunal no se encuentra con una cuestión de imposibilidad de portabilidad de una prestación no contributiva, sino con el supuesto de un nacional que cuando retorna a su Estado, tras ejercitar la libertad de circulación y residir y trabajar en otro Estado miembro, no puede acceder a las prestaciones sociales porque no cumple con el requisito de residencia previa. Al respecto, cabe apuntar que los requisitos de residencia previa para acceder a las ayudas o prestaciones sociales han sido introducidos por la mayoría de los Estados europeos con la finalidad de evitar que personas recién llegadas al territorio accedan al sistema de bienestar. El señor *Swaddling* estuvo sujeto al sistema de Seguridad Social francés y del Reino Unido, pero no podía cobrar ninguna prestación como consecuencia de la aplicación de los requisitos de residencia. El TJCE optó por realizar una interpretación comunitaria de la residencia; así, señaló que “el término *residencia* en el sentido del Reglamento n° 1408/71/CEE significa la estancia habitual y, por ende, reviste un alcance comunitario”.<sup>45</sup> Por lo tanto, si la residencia reviste de elementos comunitarios, cuando se ha hecho uso de la libertad de circulación, la duración de la estancia en el Estado en el que se solicita el pago de la prestación no puede considerarse como un elemento constitutivo del concepto de residencia del artículo 10 *bis* del Reglamento n° 1408/71/CEE. A través de este pronunciamiento, tímidamente y sin decirlo de manera expresa, el Tribunal parece abrir un camino hacia un concepto de residencia europea, con el objetivo de evitar que una definición nacional del concepto de residencia pueda conllevar a una situación en la que una persona, pese al hecho de haber vivido toda su vida en el territorio de la Unión, no sea considerado como residente de ninguna legislación de los Estados miembros.<sup>46</sup>

---

45. La letra *h*) del artículo 1 del Reglamento n° 1408/71 establece que el término *residencia* significa la estancia habitual.

46. En el Asunto *Jauch* el Tribunal continúa extendiendo el derecho a las prestaciones no contributivas más allá de las fronteras donde las instituciones competentes lo habían situado, véase Martisen, “Social Security Regulation...”, 2005, p. 93 y ss.

Posteriormente, con el Reglamento 883/2004/CE los Estados miembros incorporan la regla de la asimilación respecto de la residencia<sup>47</sup> y cierran más de tres décadas de discusión con el Tribunal de Justicia sobre la portabilidad de las prestaciones no contributivas. El largo número de sentencias en las que se debatían los términos en que los trabajadores migrantes podían o no disfrutar de las prestaciones sociales se había centrado en la posibilidad de exportar de un Estado a otro los beneficios no contributivos. Sin embargo, la alternativa del Reglamento 883/2004/CE fue la de acudir a la residencia comunitaria como solución.<sup>48</sup> Así, las prestaciones no contributivas introducidas en el artículo 70.3 del Reglamento quedan excluidas expresamente de la posibilidad de exportarse a otro Estado miembro. Pero, en contrapartida, el artículo 5.2 reconoce los mismos efectos a la residencia con independencia del país miembro donde se haya materializado. En este sentido, el artículo 5.2 *b*) señala expresamente que “si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”. Por consiguiente, a través del principio de equivalencia se dota a la residencia de los mismos efectos jurídicos con independencia del país miembro de la Unión en que se hubiese materializado. En otras palabras, los tiempos de residencia que normalmente se requieren para el acceso a las prestaciones sociales o a las prestaciones no contributivas habrán de tener en cuenta también los ocurridos en otro Estado de la Unión.

Tal y como ha señalado la doctrina, el avance en el Reglamento 883/2004/CE fue el precio que los Estados miembros estaban dispuestos a pagar por la no exportabilidad de sus beneficios. En efecto, no exportabilidad significa que la persona perderá sus beneficios no con-

---

47. Frans Pennings, “Inclusion and Exclusion of Persons and Benefits in the New Coordination Regulation”, en Dougan and Spaventa (eds.) *Social Welfare and EU Law...*, 2005, p. 253.

48. Las condiciones sobre la legislación interna que explícitamente se refiere a la definición de periodos previos de residencia con el objetivo de poder acceder a alguna de las prestaciones previstas en el Anexo IIa del Reglamento 1408/71 deben ser aplicadas teniendo en cuenta la regla de la suma de periodos de residencia del artículo 10 (a) (2). A través de esta regla, se introduce el concepto de residencia señalado en el Asunto *Swaddling* y, por lo tanto, en los periodos de residencia previos que los Estados requieren para el acceso a sus prestaciones no contributivas deberán contar también los periodos de residencia en otro Estado miembro.



tributivos cuando se transfiera su residencia a otro Estado miembro. Para compensar, la persona trasladada tendrá derecho a un beneficio comparable en caso de que exista en el nuevo Estado de residencia, sin estar obligado a rellenar de nuevo los requerimientos específicos de la duración de la residencia en el Estado de acogida.<sup>49</sup> En definitiva, los Estados optaron por la residencia como instrumento válido para acceder a las prestaciones sociales de los trabajadores migrantes.

La asimilación entre la residencia y la nacionalidad es un camino ya recorrido por los Estados miembros. En este sentido, el acceso a las prestaciones sociales suele sujetarse al requisito de haber residido legalmente durante un determinado número de años en el Estado de acogida, aún cuando dicha exigencia ha sido en muchas ocasiones cuestionada por introducir un supuesto de discriminación indirecta. Bajo este contexto, el aspecto más llamativo del camino abierto por el Tribunal en *Swaddling y Collins* no es tanto la eliminación de la nacionalidad para el acceso a las prestaciones, sino la aplicación del principio de proporcionalidad para evaluar los plazos de residencia continuada que los ordenamientos nacionales han introducido como contrapartida a la eliminación de la nacionalidad. De esta forma se busca abandonar la idea de que el acceso a los derechos sociales se reconoce a través un vínculo construido a lo largo del tiempo y, en contrapartida, se posiciona la residencia comunitaria como un vínculo directo e inmediato. Además, en *Baumbast* la proporcionalidad es de nuevo el instrumento a través del cual se evalúan los requisitos que los Estados miembros incorporaron a las directivas sobre el derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos y que les sujetan a no convertirse en una carga para el sistema de bienestar de los Estados de acogida. Por lo tanto, la residencia se inserta como el nexo que conecta el acceso a las prestaciones asistenciales o no contributivas, tanto para el ciudadano económicamente activo (*Swaddling*) como para el ciudadano no económicamente activo (*Grzelczyk, Trojani, Collins*). Como resultado, el avance en el modelo social europeo parece haber optado por reforzar el vínculo de solidaridad entre los ciudadanos europeos a través de la residencia, de forma que la presencia en el territorio de otro Estado miembro se convierte en la vía más efectiva para profundizar en la ciudadanía social.<sup>50</sup>

---

49. Verschueren, "European (Internal) Migration...", 2007, p. 322.

50. Davies Gareth, "'Any Place I Hand My Hat?' or: Residence Is the New Nationality", *European Law Journal*, vol. 11, núm. 1, Blackwell, Oxford, 2005, p. 56. Para este autor la



### **1.2.2. Los límites al acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos no económicamente activos**

La introducción del principio de proporcionalidad como instrumento a través del cual se ponderan los límites que los Estados introducen al acceso de los beneficios sociales ha recibido numerosas críticas por parte de la doctrina. Varios autores cuestionan que el Tribunal utilice la proporcionalidad para interpretar la legislación secundaria más allá de las fronteras expresamente fijadas por los Estados.<sup>51</sup> Asimismo, se ha objetado que el Tribunal extienda el bienestar a los ciudadanos no económicamente activos a través de un razonamiento poco sólido.<sup>52</sup> Esto es así porque las directivas sobre el derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos excluyen el acceso a las prestaciones sociales. Por lo tanto, a juicio de autores como Hailbronner, el TJCE en pronunciamientos como *Grzelczyk* o *Collins* no proporciona suficiente razonamiento para explicar la inclusión de los derechos que no han sido llevados al espacio comunitario y, por lo tanto, no existen.<sup>53</sup> Por consiguiente, la ciudadanía de la Unión y el principio de proporcionalidad son utilizados para reformar la redacción literal del derecho secundario de la Unión y para otorgar derechos a los ciudadanos que aún no han sido acordados por los Estados.

Otro extremo de las críticas se centra en los efectos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pueda tener sobre el denominado turismo social. Una parte de la doctrina expuso su temor ante el hecho de que la libertad de circulación activara el movimiento de personas cuya única finalidad es residir en aquellos Estados miembros en los que el sistema de bienestar resulta más amplio que en el Estado de origen. Incluso ha llegado a plantearse el hecho de que siendo el Estado de bienestar una materia todavía interna, el interés por crear una ciudadanía de la Unión que involucre los beneficios sociales puede plasmar una de las contradicciones de la ciudadanía europea: derechos

---

redefinición del nexo entre la persona y el territorio a través de la residencia conlleva también la pérdida de la vinculación de la nacionalidad a los emigrados.

51. Barnard, "EU Citizenship...", p. 180.

52. Kay Hailbronner, "Union Citizenship and Access to Social Benefits", *Common Law Market Review*, vol. 42, núm. 5, Wolters Kluwer, 2005, p. 1250; Dougan and Spaventa, "Wish You Weren't Here"..., 2005, p. 203-205.

53. Hailbronner, "Union Citizenship...", 2005, p. 1250.

destinados a fomentar el compromiso de la Unión en realidad están siendo ejercidos en contra de los Estados miembros.<sup>54</sup>

Es cierto que la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia sobre los límites al derecho de residencia cuestiona la redacción literal de las directivas dictadas en la década de los noventa sobre el derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos y, como veremos en el siguiente apartado, también entra en contradicción con los límites que posteriormente se reintroducen en la Directiva 2004/38/CE. Sin embargo, la extensión del principio de igualdad de trato en el acceso a las prestaciones sociales no puede entenderse como un derecho que se ejerce en las mismas condiciones que los nacionales. Por el contrario, la activación de la igualdad de trato se incorpora por parte del TJCE bajo importantes matices. En este sentido, para compensar la pérdida de soberanía y el temor que puede desarrollar una jurisprudencia expansiva en este campo, el Tribunal, dentro de la aplicación del principio de proporcionalidad, ha introducido varias condiciones. Así, debe señalarse que *Grzelczyk* no conlleva el reconocimiento de un derecho general e incondicional sobre las prestaciones sociales. El fallo solo implica que los ciudadanos de la Unión que se encuentran residiendo en el Estado de acogida tienen derecho a la protección social cuando temporalmente se encuentren en una situación de necesidad. En consecuencia, cuando el Tribunal de Justicia apunta que “la Directiva 93/96/CEE admite una cierta solidaridad económica, en particular si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal”, está condicionando la extensión de la solidaridad al requisito previo de necesidad temporal del estudiante.<sup>55</sup>

Otro de los límites introducidos por el Tribunal de Justicia es la vinculación efectiva entre el solicitante de empleo y el mercado laboral. En *D’Hoop*<sup>56</sup> e *laonnidis*<sup>57</sup> se abrió la puerta al acceso a las

---

54. Barnard, “EU Citizenship...”, 2005, p. 180.

55. A. Pieter Van der Mei, “Union Citizenship and the “De-Nationalisation” of the Territorial Welfare State”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 7, núm. 2, Martinus Nijhoff, 2005, p. 150.

56. Asunto C-224/98, *D’Hoop* [2002] ECR I-6212. En *D’Hoop* se analiza el caso de una nacional belga que cursó sus estudios de bachillerato en Francia y, posteriormente, regresó a Bélgica para terminar sus estudios universitarios. Tras finalizarlos, solicitó un subsidio de espera (programas especiales de colocación). No obstante, el Gobierno belga denegó la petición porque la norma nacional requiere que el solicitante hubiese terminado los estudios completos del ciclo secundario o superior en Bélgica.

57. Asunto C-258/04, *laonnidis* [2005] ECR I-8293.

prestaciones asistenciales por parte de los solicitantes de empleo y se indicó que la conformidad entre los requisitos que el legislador interno introduce al derecho de residencia y el artículo 18 TFUE (12 TCE) dependerá de la idoneidad entre el objetivo de la prestación y la razón de la residencia. Esto se traduce, según el TJCE, en que los legisladores nacionales pueden requerir la existencia de un vínculo real entre el solicitante de subsidios y el mercado geográfico laboral correspondiente. Posteriormente, en *Collins* el Tribunal reafirma la vinculación entre el solicitante de empleo y el mercado laboral e indica que la existencia de dicho vínculo podría comprobarse mediante la constatación de que la persona de que se trate ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro durante un periodo razonable.<sup>58</sup>

### 1.2.3. Recapitulación

En los asuntos *Martínez Sala*, *Grzelczyk*, *Baumbast* y *Collins*, el Tribunal parte de la vocación del estatuto de la Unión de convertirse en un estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros para señalar que los límites introducidos por el derecho secundario al artículo 21 TFUE (18 TCE) deben analizarse bajo la lente de la proporcionalidad. La importancia de estos pronunciamientos radica en que el Tribunal deriva de la ciudadanía europea no solo aquellos derechos estrechamente vinculados con las finalidades económicas y de integración del mercado, sino también elementos que reflejan una integración más intensa.<sup>59</sup> En este sentido, por primera vez desde la creación de la ciudadanía europea se plantea un escenario de extensión de los derechos sociales hacia aquellos ciudadanos que habían quedado al margen del modelo de coordinación social europeo, los ciudadanos no económicamente activos.

El impulso dado por el Tribunal de Justicia a la ciudadanía europea ha sido ampliamente discutido por la doctrina. Wollenschläger apunta que la introducción de la ciudadanía europea en Maastricht permite la transición desde una comunidad económica hacia una co-

58. En todo caso, como ya se ha señalado anteriormente, si se exige un periodo de residencia debe guardar una relación de proporcionalidad con el tiempo necesario para que las autoridades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral en el Estado de acogida.

59. Francis Jacobs, "Citizenship of the European Union – A Legal Analysis", *European Law Journal*, vol. 13, núm. 5, Blackwell, 2007, p. 591-610.

munidad política<sup>60</sup> y, bajo esta premisa, una parte de la doctrina valora positivamente los avances en el contenido social de la ciudadanía. Así, se estima como un acierto el hecho de que el Tribunal de Justicia abra la puerta a la incorporación de una ciudadanía no estrictamente ligada a la visión económica.<sup>61</sup> En contrapartida, también hay autores para quienes la interpretación realizada por el Tribunal del artículo 18 TFUE (12 TCE) resulta incompatible con la redacción literal de las directivas de la década de los noventa relativas al derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos<sup>62</sup> y cuestionan los efectos negativos que una postura expansiva de la ciudadanía social pueda tener en el denominado turismo social.<sup>63</sup>

En todo caso, es difícil concluir que la interpretación del TJCE implique el reconocimiento del derecho al acceso a las prestaciones sociales en los mismos términos que los nacionales. Esto es así porque en el caso de los demandantes de empleo el acceso a las prestaciones asistenciales se condiciona a la existencia de un nexo entre el solicitante de la prestación y el mercado laboral. Además, los Estados miembros pueden requerir la comprobación de que la persona solicitante haya buscado empleo de manera real y efectiva durante un tiempo razonable. En lo que concierne a los estudiantes, el Tribunal condiciona el acceso a las prestaciones sociales al hecho de que la persona se encuentre en una situación de necesidad y, como veremos posteriormente, a partir de *Bidar*<sup>64</sup> el Tribunal de Justicia introduce el criterio del nivel de integración del estudiante.

---

60. Wollenschläger, "A New Fundamental Freedom...", 2011, p. 30.

61. Valoran positivamente los avances del Tribunal en material social. Henri de Waele, "EU Citizenship: Revisiting...", 2010, p. 329; Wollenschläger, "A New Fundamental Freedom...", 2011, p. 1-34; Giubboni, "A Certain Degree of Solidarity?...", 2012, p. 167-197; Verschueren, "European (Internal) Migration...", 2007, p. 307-346.

62. Directiva 90/364/EEC, Directiva 90/365/EEC y Directiva 93/96/EEC.

63. Hailbronner, "Union Citizenship...", 2005, p. 1245-1267; Dougan and Spaventa, "'Wish You Weren't Here'...", 2005, p. 183; Barnard, "EU Citizenship...", 2005, p. 157-180; María Ángeles Martín Vida, "La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social", *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, IAAP, 2007; Oxana Golynger, "Jobseekers' Rights in the European Union: Challenges of Changing the Paradigm of Social Solidarity", *European Law Review*, vol. 30, núm. 1, Sweet & Maxwell, 2005, p. 111-122.

64. Asunto C-209/03, *Bidar* [2005] ECR I-2151.

## 2. El modelo social introducido en la Directiva 2004/38/CE: ¿un avance en materia de solidaridad?

Con la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo de Europa relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros se derogan las directivas en materia de residencia de los ciudadanos no económicamente activos<sup>65</sup> y se configura un régimen unificado para todos los ciudadanos europeos. Hasta el momento el derecho comunitario regulaba de manera separada a los trabajadores asalariados, los trabajadores por cuenta propia, los estudiantes y otras personas inactivas, por lo tanto la Directiva 2004/38/CE supone un importante esfuerzo de simplificación a través del cual se busca reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión. De esta forma, se pretende superar el enfoque sectorial y fragmentado que las instituciones europeas habían dado al derecho de libre circulación y residencia.

### 2.1. La Directiva 38/2004/CE y su contexto

Frente a la progresiva evolución impulsada por el Tribunal de Justicia sobre el modelo social, uno de los puntos más controvertidos en la elaboración de la Directiva fue justamente el alcance del principio de no discriminación respecto de las ayudas sociales a los ciudadanos no económicamente activos. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros presentada por la Comisión el 29 de junio de 2001<sup>66</sup> introdujo, a grandes rasgos, un modelo de residencia basado en tres etapas: una primera etapa en la que la residencia se otorga por un periodo de seis meses sin más requisitos que el de la posesión de un documento de identidad o pasaporte válido; una segunda etapa en la que el derecho de residencia se reconoce a partir

65. La Directiva 2004/38/CE modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

66. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (COM(2001) 257 final – 2001/0111(COD)).

de los seis meses siempre que la persona se dedique a una actividad económica como trabajador por cuenta propia o ajena, cuente con los recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para el sistema de bienestar del Estado de acogida o se encuentre en calidad de estudiante admitido en un curso, y finalmente la residencia de larga duración se concede a partir de los cuatro años de residencia en el país de acogida.

La propuesta presentada por la Comisión y el Parlamento reconoce en el artículo 24 el principio de igualdad de trato a los ciudadanos de la Unión que residan en el territorio del Estado miembro de acogida, y lo extiende también a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro. No obstante, en el punto 2 del mismo se puntualiza que antes de la adquisición de la residencia permanente el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a una prestación en concepto de asistencia social o de seguro de enfermedad a las personas que no sean trabajadores asalariados o no asalariados, o el derecho a becas de subsistencia a los beneficiarios del derecho de residencia que se hubieran trasladado a su territorio para estudiar.

Tal y como se ha analizado en el apartado anterior, el Tribunal de Justicia tuvo un papel muy activo en la reinterpretación de los límites económicos introducidos por las directivas de la década de los noventa al derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos. Este activismo judicial coincidió con el procedimiento de elaboración y discusión de la futura Directiva 38/2004/CE. En consecuencia, en el marco del procedimiento de codecisión el primer Informe del Parlamento de 11 de febrero de 2003 propone que del principio de igualdad de trato solo se excluyan las becas de subsistencia para los beneficiarios del derecho de residencia que se hubieran trasladado a su territorio para estudiar.<sup>67</sup> Posteriormente, la Comisión expresó, mediante su Propuesta modificativa de 15 de abril de 2003<sup>68</sup>, la conveniencia de no

---

67. La propuesta al artículo 24.2 es la siguiente: "Antes de la adquisición del derecho de residencia permanente el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a becas de subsistencia a los beneficiarios del derecho de residencia que se hubieran trasladado a su territorio para estudiar." Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (COM(2001) 257 - C5-0336/2001 - 2001/0111(COD)).

68. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular

introducir una cláusula relativa a la exclusión del principio de igualdad de trato en materia de ayudas sociales a las personas inactivas antes de la adquisición del derecho de residencia permanente. Al respecto la Comisión puntualizó que “mediante sentencia de 20 de septiembre de 2001, en el asunto C-184/99, *Grzelczyk*, el Tribunal de Justicia ha reiterado que el ciudadano de la Unión puede invocar el artículo 12 del Tratado en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del derecho comunitario, que incluyen las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros”.<sup>69</sup>

El punto de inflexión lo marcó la Posición común (CE) nº 6/2004, de 5 de diciembre de 2003, aprobada por el Consejo de la Unión Europea<sup>70</sup> al incorporar a la propuesta inicial de la Comisión las modificaciones que acabarían perfilando el resultado final de la Directiva. En primer lugar, el derecho a trasladarse y residir en otro Estado miembro sin más requisitos que la posesión de un documento de identidad o pasaporte válido se limita a una duración de tres meses y la residencia de larga duración se extiende a cinco años. Además, el Consejo remarca que “debe dejarse al Estado miembro de acogida determinar si concede prestaciones sociales durante los tres primeros meses de residencia, o un período mayor en el caso de los que buscan empleo, o ayudas de subsistencia por estudios, incluida la formación profesional, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a los ciudadanos de la Unión que no sean asalariados o trabajadores por cuenta propia o que conserven la condición de tales, así como a los miembros de su familia”. Por lo tanto, los Estados optaron por no incorporar por vía de la Directiva la jurisprudencia que hasta el momento había dictado el TJCE y confirmaron que en materia de ayudas sociales los ciudadanos no económicamente activos quedaban fuera del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato.<sup>71</sup>

---

y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. (COM (2003) 199 final – 2001/0111(COD)).

69. *Ibidem*, p. 8

70. Posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros aprobada por el Consejo del 11 de noviembre de 2003. OJ C 054 02.03.2004, p. 0012-0032 E.

71. Finalmente, en la segunda lectura del procedimiento, la Comisión aceptó la posición de los Estados miembros relativa a la exclusión de las ayudas sociales a cualquier persona que no fuese trabajador por cuenta propia o ajena. Sin embargo, precisó que era nece-

Tras dar por finalizado el procedimiento legislativo de codecisión, el 29 de abril de 2004 se dicta la Directiva 2004/38/CE. Tal y como señala la propia norma comunitaria, esta tiene como finalidad establecer las condiciones de ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y de su familia. Para dar cumplimiento a dicha finalidad, la norma configura un régimen de residencia basado en tres etapas, que a su vez condiciona el nivel de solidaridad social que el Estado de acogida tendrá con el ciudadano europeo residente. Así, a los ciudadanos de la Unión se les reconoce el derecho a residir en el territorio de otro Estado miembro por un periodo de tres meses sin más requerimientos que el pasaporte o un título identificativo válido (art. 6.1). Durante este periodo el Estado de acogida no está obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social (art. 24).

Sobre el derecho de residencia más allá de los tres meses, la Directiva 2004/38/CE clasifica a los ciudadanos comunitarios en tres grupos:

A los trabajadores por cuenta propia y ajena se les reconoce el derecho a residir sin ningún requisito más allá de su condición de trabajador (art. 7a) y gozan del principio de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado en el cual residen (art. 24.2).

Al ciudadano no trabajador, o también conocido como ciudadano no económicamente activo, el derecho de residencia en otro Estado miembro se condiciona a la disposición, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad. Los requisitos económicos tienen como finalidad prevenir que el ciudadano se convierta en una carga para la asistencia social del Estado miembro (art. 7b).

A los estudiantes, el derecho de residencia se vincula a la obtención de un seguro de enfermedad así como a la disposición de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida (art. 7c). Además, los Estados de acogida no están obligados, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional (art. 24).

---

sario recordar que estas personas tendrán derecho a cualquier tipo de ayuda relativa al acceso a los estudios, como, por ejemplo, una beca para gastos de escolaridad. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 251 del TCE acerca de la posición común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (SEC(2003) 1293 final –2001/0111 (COD)).



Finalmente, la Directiva 2004/38/CE reconoce a los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un periodo continuado de cinco años en el Estado miembro de acogida el derecho a residir de manera permanente (art. 16) y garantiza el acceso a las prestaciones de asistencia social en igualdad de condiciones que los nacionales (art. 24).

Tras la descripción del procedimiento de codecisión y el resultado que finalmente se adopta, puede apreciarse que la Directiva 2004/38/CE continúa reflejando aquello que viene siendo característico en la construcción del modelo de coordinación social europeo, esto es, la diferencia de trato entre el ciudadano comunitario que se traslada dentro del espacio de la Unión con el objetivo de ejercer una actividad económica y el ciudadano europeo cuyo traslado no tiene origen en una finalidad estrictamente económica o laboral. En esta dirección, de alguna manera la ciudadanía europea de pleno derecho (al menos en términos de pleno acceso a los derechos sociales) se reconoce únicamente a los nacionales de un Estado miembro trasladados al territorio de otro Estado miembro siempre que sean económicamente activos, generalmente mediante el desempeño de una actividad laboral (conexión inmediata). Dicho de otra manera, la igualdad de condiciones en materia social se otorga a los contribuyentes al régimen de la Seguridad Social. En cambio, en el caso de los ciudadanos no activos económicamente, la ciudadanía europea de pleno derecho se reconocería únicamente cuando se alcanzara la residencia de larga duración una vez transcurridos cinco años de residencia en el nuevo Estado (conexión mediata), lo cual relativiza o como mínimo pospone la efectividad del principio de igualdad en materia de beneficios sociales entre ciudadanos comunitarios.

## **2.2. La igualdad social diferida de los ciudadanos comunitarios no económicamente activos**

Es verdad que el recurso a la residencia como criterio que vincula a la persona con la titularidad de un conjunto de derechos encaja con una corriente doctrinal que ha apuntado a la emergencia de nuevos estatus jurídicos, distintos a la nacionalidad, que conectan el individuo con la comunidad política. A través de la denominada *denizenship*<sup>72</sup> o

---

72. Thomas Hammar, *European Immigration Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

ciudadanía funcional,<sup>73</sup> los Estados europeos habían reconocido en el pasado a los trabajadores migrantes con diez o más años de residencia un importante margen de protección estatal y el acceso a los derechos en términos muy similares a los nacionales. En esta dirección, la necesidad de flexibilizar la lógica nacional en el acceso al bienestar de los ciudadanos de terceros países para promover la integración social y evitar núcleos de exclusión ha llevado a la construcción de estatutos intermedios donde la residencia emerge como el vínculo más claro de conexión entre los derechos y el inmigrante. Esta tendencia acaba consolidándose bajo la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, en la que el acceso a los derechos sociales queda garantizado en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado (art. 11, apartado 1 *d* y *f*).<sup>74</sup> En consecuencia, las legislaciones internas de los Estados europeos ya reconocen el acceso pleno y la garantía del principio de no discriminación en materia de derechos sociales tras un periodo de residencia legal que tiende a identificarse con los cinco años,<sup>75</sup> si bien el alcance de esa igualdad de trato en materia social no es el mismo que el previsto en la Directiva 2004/38/CE para los ciudadanos comunitarios (véase Asunto *Kamberaj*).<sup>76</sup> Siguien-

73. Rogers Brubaker, *Citizenship and nationalhood in France and Germany*, Harvard University Press, 1992, p. 180 y ss.

74. Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Véase Andreu Olesti Rayo, "El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003", en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, Iustel, 2004; Sara Iglesias Sánchez, "La aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE a los nacionales de terceros Estados que acrediten ser titulares del Estatuto de los residentes de larga duración en otros Estados miembros de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19, Lex Nova, 2008, p. 81-98.

75. Van der Mei, *Free movement of persons...*, 2003, p. 120.

76. Así, el artículo 11 apartado cuatro de la Directiva 2003/109/CE permite a los Estados miembros limitar la igualdad de trato a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección asistencial y, por lo tanto, abre la posibilidad de configurar regímenes excepcionales para los residentes de larga duración de terceros Estados. En el reciente asunto *Kamberaj*, entre muchas otras cuestiones, se examina la adecuación de la aplicación de los coeficientes de adjudicación de prestaciones en materia de vivienda para concluir que la Directiva 2003/109/CE se opone a una norma que prevé un trato desfavorable para el nacional de un país tercero que goza del estatuto de larga duración de la Unión respecto del trato dispensado a los nacionales residentes, siempre que la citada ayuda esté comprendida en una de las tres categorías contempladas en el artículo 11 apartado cuatro. Asunto C-571/10, *Kamberaj* [2012], no publicada aún. En el Asunto *Kamberaj* también se pregunta al Tribunal sobre si, en caso de conflicto entre una norma de derecho nacional y el CEDH, la referencia al Convenio del artículo 6 TUE obliga al

do esta línea de planteamiento, para los ciudadanos comunitarios la Directiva 2004/38/CE reconoce un estatus que trasciende los límites nacionales del Estado de bienestar, que permite la titularidad de derechos sociales en igualdad de condiciones que los nacionales,<sup>77</sup> y que confina la nacionalidad apenas a una cuestión de identidad y derechos políticos. No obstante, en relación con las prestaciones asistenciales, tal equiparación queda supeditada a una residencia de larga duración que se sitúa en cinco años cuando se trata de un ciudadano no activo económicamente.

Llegados a este punto, cabe cuestionarse si el sistema seguido en la Directiva, cuyos ejes acabamos de describir someramente (la distinción entre ciudadanos económicamente activos y no activos, la cláusula abierta a la exigencia de una residencia de cinco años previa a la plena igualdad social comunitaria para los no económicos y la cláusula de no dependencia social), representa realmente un avance en el modelo social de la Unión Europea.

Por una parte, es cierto que el reconocimiento de la ciudadanía de pleno derecho a través de la conexión derivada del paso del tiempo y materializada en la residencia de larga duración representa un avance respecto de las directivas de la década de los noventa, sobre todo si tenemos en cuenta que nos encontramos frente a un ámbito como el de las ayudas sociales, que se caracteriza por la constante reticencia de los Estados a flexibilizar los términos en que reconocen la titularidad a los ciudadanos no nacionales. Además, la Directiva 2004/38/CE elimina la posibilidad de expulsar a los nacionales de los Estados miembros que no reúnan los requisitos de residencia relativos a los recursos sociales. Con todo, es importante tener presente que,

---

juez nacional a aplicar directamente las disposiciones del Convenio. Al respecto, véase Giuseppe Bianco y Giuseppe Martinico, "The Poisoned Chalice: An Italian view on the Kamberaj case", en *Working Papers on European Law and Regional Integration*, núm. 18, Universidad Complutense, 2013.

77. Davies Gareth ha indicado que, en el marco de la libertad de movimiento, la residencia resulta ser el instrumento adecuado para resolver las dudas sobre la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación entre personas que residen en un mismo territorio pero que no comparten el vínculo de la nacionalidad. En este sentido, la pertenencia a la comunidad viene marcada por la residencia, y no por la nacionalidad. El autor señala que el principio de no discriminación y de libertad de movimiento debería significar que cada ciudadano, con independencia de donde provenga, debería poder elegir la comunidad a la que decide pertenecer y ser tratado en igualdad de condiciones. A su entender, la extensión del proyecto europeo significará que la nacionalidad se convertirá en un concepto que solo responderá a la identidad nacional, lo cual conlleva que la residencia se transforma en la nueva nacionalidad. Gareth, "Any Place I Hand...", 2005, p. 55-56.

para este grupo de ciudadanos, el derecho de residencia durante los primeros cinco años se supedita a la cláusula de “no convertirse en una carga para la asistencia social de un Estado miembro” (artículos 7b y 7c). Si bien cabe la posibilidad de que los Estados renuncien a la aplicación de dicha cláusula, ampliando así el acceso a las ayudas sociales a los ciudadanos no económicamente activos, y extendiendo por ende el modelo de ciudadanía social europea, lo cierto es que no están en absoluto obligados a ello bajo la Directiva, al menos durante esos cinco primeros años de residencia. Y en la práctica una postura generosa respecto de la extensión de derechos sociales más allá de los estrictos términos de la cláusula es poco probable; el paso atrás dado por España optando por una igualación a la baja con el resto de Estados miembros es un claro ejemplo no solo de lo contraproducente de este tipo de cláusulas, sino incluso del efecto regresivo de las mismas respecto de países inicialmente más generosos.<sup>78</sup>

La percepción generalizada de que los Estados del bienestar forman parte de la cultura e identidad de cada Estado, además del temor al llamado “turismo social” ante la entrada de los países de la Europa del Este, fueron las razones que justificaron que la Directiva 2004/38/CE situara a los ciudadanos que no ejercen una actividad económica justo en la frontera de la solidaridad social.<sup>79</sup> Por lo tanto, el modelo social que introduce el legislador comunitario a través de la Directiva refleja el reconocimiento de un derecho de residencia bajo el principio de coste social cero para los sistemas asistenciales. Así, parece que la Directiva 2004/38/CE optó por introducir para los ciudadanos no económicamente activos una *comparability approach* en la línea sostenida por autores como Michael Dougan y Eleanor Spaventa,<sup>80</sup>

78. En virtud de la disposición final 5ª del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, se reformó el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, por el cual se transponen en España las disposiciones de la Directiva 38/2004/CE, con el fin de reinstaurar todos los requisitos posibles contemplados en la Directiva.

79. En la opinión minoritaria del parlamentario Olle Schmidt se hace una expresa referencia a los temores que la Directiva pueda tener sobre el abuso de los sistemas de seguridad social en los actuales Estados miembros cuando las fronteras se abran a los nuevos ciudadanos de la UE. Opinión minoritaria expresada de conformidad con el apartado 3 del artículo 161 del Reglamento de Olle Schmidt. II Recomendación para la Segunda lectura respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. (13263/2003 – C5-0014/2004 – 2001/0111(COD)).

80. Estos autores describen el modelo social europeo bajo dos aproximaciones: la asimilación o la comparación. La lógica de la comparación significa que los visitantes temporales

que intenta explicar por qué los Estados, cuando de la distribución de beneficios sociales se trata, buscan criterios que permitan distinguir e identificar situaciones no comparables; bajo esta óptica, por ejemplo, los visitantes temporales y los nacionales no se encuentran en situaciones comparables y, por consiguiente, es razonable que se les niegue la extensión del principio de igualdad, ya que los beneficios sociales representan la expresión de la solidaridad de la comunidad nacional hacia sus propios miembros.<sup>81</sup> Como señalan los autores, la aproximación comparativa responde en cierta medida al temor por parte de los Estados miembros al denominado turismo social, y al rechazo que pudiese generar dentro de la sociedad de acogida la garantía del principio de igualdad para los ciudadanos no económicamente activos.

De todos modos, la voluntad de preservar al máximo posible los sistemas nacionales de bienestar<sup>82</sup> limita notablemente el fin último de la Directiva 2004/38/CE, es decir, el ejercicio de la libertad de movimiento.<sup>83</sup> Si bien la solución adoptada pudo entenderse en un principio como una transacción necesaria pero transitoria que permitiría avanzar hacia el objetivo último de la libertad de circulación y residencia intracomunitarias, en estos momentos cabe plantearse si no está jugando precisamente en sentido contrario: consolidar el criterio de las condiciones económicas de la residencia (o el acceso a los beneficios sociales) como una limitación a la libre circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios, y en consecuencia relativizar el principio de igualdad en materia de beneficios sociales entre ciudadanos comunitarios.<sup>84</sup>

Además, es importante señalar que la garantía del principio de igualdad tras cinco años de residencia representa un avance relativo en materia social, máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia ya había abierto la puerta al reconocimiento de las prestaciones asistenciales bajo criterios más flexibles. En este sentido, en el 2001 con *Grzelczyk* el Tribunal retomó los rasgos sociales de la ciudadanía

---

son titulares del principio de igualdad de trato en el marco de las finalidades del Tratado una vez se haya verificado que se encuentran en una situación comparable respecto de los propios nacionales. Dougan and Spaventa, ""Wish You Weren't Here"...", 2005, p. 184.

81. *Ibidem*, p. 184.

82. Hailbronner, "Union Citizenship...", 2005, p. 1258-1264; Dougan and Spaventa, ""Wish You Weren't Here"...", 2005, p. 212-216.

83. Van der Mei, *Free Movement of Persons...*, 2003, p. 1, 17.

84. Wollenschläger, "A New Fundamental Freedom...", 2010, p. 19.

européa de *Martínez Sala* para extenderlos a ciudadanos no económicamente activos, en concreto a los estudiantes, y en el 2002 con *D'Hoop* se extiende la misma interpretación a los solicitantes de empleo, posición que acaba consolidándose posteriormente en *Collins*. Tal es el impulso que el Tribunal da a la ciudadanía social que, en un primer momento, la doctrina indicó que a partir de *Grzelczyk* parecía marcarse el fin de la era en la cual los Estados miembros podían denegar a los nacionales de otros Estados miembros residentes en su territorio el acceso a su Estado del bienestar bajo el motivo de la nacionalidad.<sup>85</sup> En esta misma línea se señaló que la extensión del artículo 18 TFUE (12 TCE) al campo de las prestaciones sociales promovida por el Tribunal de Justicia representó el inicio de la transición de la ciudadanía económica hacia la comunidad política<sup>86</sup> e implicó, además, un cambio en la estructura del concepto de la integración, hasta ahora intrínsecamente ligada al mercado.

En todo caso, el valor añadido que aporta la Directiva 2004/38/CE para los ciudadanos de la Unión no económicamente activos puede desvelarse solo si esta se analiza bajo un contexto de regulación migratoria más amplio. En términos generales, la relación inclusión/exclusión que subyace tras la titularidad de los derechos sociales y de la garantía del principio de igualdad demuestra que los inmigrantes o nacionales de terceros Estados, si bien se han visto beneficiados por el crecimiento de las prestaciones sociales, también se han visto desproporcionalmente perjudicados por la reducción del Estado del bienestar y por las consecuencias sociales de las crisis económicas.<sup>87</sup> En este sentido, la garantía de la igualdad de trato para los ciudadanos comunitarios que llevan más de cinco años residiendo en otro Estado miembro puede tener un papel relevante frente a la actual tendencia de los Estados a acotar cada vez más los sistemas de bienestar y la solidaridad a la pertenencia a una comunidad política determinada. Bajo esta perspectiva, la residencia comunitaria de larga duración puede no representar un paso importante en la construcción de una ciudadanía social inclusiva pero configurarse, en cambio, como un estatuto de protección frente a las actuales reformas que en materia social están llevando a cabo los Estados.

---

85. Van der Mei, "Union Citizenship...", 2005, p. 207.

86. Wollenschläger, "A New Fundamental Freedom...", 2010, p. 17

87. Diane Sainsbury, *Welfare and Immigrants Rights, The Politics and Inclusion and Exclusion*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 281.

En definitiva, la Directiva 2004/38/CE introduce importantes límites al principio de solidaridad entre ciudadanos europeos y los avances respecto de las directivas de la década de los noventa son ciertamente menores, al menos en lo que se refiere al acceso a las prestaciones asistenciales.<sup>88</sup> Por otra parte, la opción de situar las prestaciones asistenciales en el interior de las fronteras nacionales colisiona con el gradual debilitamiento que el propio proceso europeo ha conllevado para la soberanía social<sup>89</sup> pero, sobre todo, con el intento del Tribunal de Justicia de introducir el principio de solidaridad como parte de la integración europea y, en especial, de la ciudadanía europea.

### **2.3. Las particularidades del régimen de los estudiantes comunitarios en tanto que titulares de derechos sociales**

El colectivo que de manera más clara queda excluido del alcance del principio de igualdad en materia de prestaciones sociales es el de los estudiantes. Así, el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38/CE señala que “el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios”. De la redacción incorporada en la norma comunitaria se observa que en materia de ayudas sociales a los estudiantes prevaleció la lógica estatal sobre la comunitaria, y el avance respecto de la Directiva 93/96/CEE es relativamente menor. En último término, los Estados miembros reafirman su posición, a saber, que el acceso a las ayudas sociales por parte de los estudiantes residentes en otro Estado miembro continúe siendo un asunto interno.

El primer efecto de la Directiva 2004/38/CE sobre la línea jurisprudencial que venía abriendo el Tribunal de Justicia puede apreciarse en *Bidar*.<sup>90</sup> El caso versa sobre la denegación de un préstamo de estudios a un estudiante francés que se traslada al Reino Unido para cursar sus estudios universitarios. Para analizar *Bidar* hay que tener presente el contexto en el que el TJCE dicta la sentencia. En este sentido, si bien

88. Directivas 90/364/CEE; 90/365/CEE; 93/96/CEE.

89. Ferrera, “Towards an Open Social Citizenship...”, 2005, p. 39.

90. Asunto C-209/03, *Bidar* [2005] ECR I-2151.



el derecho aplicable al caso concreto es la Directiva 90/93/CE sobre el derecho de residencia de los estudiantes, cuando el Tribunal dicta la sentencia la Directiva 2004/38/CE ya había sido acordada. Por lo tanto, ya era evidente que los Estados habían mantenido la rigidez sobre el acceso de este colectivo al sistema asistencial.

La primera apreciación del Tribunal de Justicia es aclarar que de la Directiva 93/96/CEE no se deriva un derecho al pago de ayudas para su manutención. Sin embargo, la condición prevista en la Directiva de "no convertirse en una carga excesiva para el sistema de bienestar de los Estados" debe ser interpretada en función del grado de integración del solicitante. Por la naturaleza de la estancia, los Estados miembros no pueden exigir a los estudiantes que demuestren la existencia de un vínculo con el mercado laboral. Por lo tanto, el Tribunal indica que la situación de los estudiantes debe reconducirse hacia la valoración del grado de integración del estudiante en el Estado de acogida, integración que puede considerarse acreditada a través de la residencia durante un periodo de tiempo.<sup>91</sup>

A través de *Bidar*, el Tribunal matiza lo que había señalado anteriormente en relación con las ayudas en materia de estudio. En *Grzelczyk* en ningún momento el Tribunal se refiere a una valoración sobre el nivel de integración del solicitante, al contrario, la argumentación gira sobre las necesidades temporales a las que los estudiantes pueden enfrentarse a lo largo de su estancia. En consecuencia, para activar el principio de solidaridad bastaba con encontrarse temporalmente en una situación de necesidad y estar residiendo legalmente en el territorio del Estado.<sup>92</sup> Tal y como hemos señalado, debe tenerse en cuenta que el contexto en el que se desarrolla *Bidar* es muy distinto a *Grzelczyk*; mientras *Grzelczyk* es previa a promulgación de la Directiva de residencia, *Bidar* es posterior a la Directiva 2004/38/CE. En este sentido, *Grzelczyk* se dicta cuando los Estados estaban discutiendo y negociando la Directiva, en consecuencia, puede verse como un intento del Tribunal para influir en la flexibilización de los requisitos de residencia para los estudiantes. Es más, cabe recordar que la posibilidad de invocar el artículo 18 TFUE en las situaciones referidas al disfrute de beneficios sociales por los ciudadanos no económicamente activos dio lugar a que el Informe de la Comisión sobre la Directiva de residencia,

91. Por otra parte, el Tribunal vuelve a reiterar que la Directiva 93/96/CE no se opone a que un nacional de un Estado miembro invoque en virtud del artículo 18 el principio fundamental de igualdad de trato consagrado en el artículo 12 TCE parágrafo primero.

92. Moritz, "The value of "integration..."", 2007, p. 174.



de 15 de abril de 2003, recomendará expresamente la supresión de las limitaciones del principio de igualdad de trato en materia de acceso a las prestaciones asistenciales.

En todo caso, el principio de solidaridad que se introduce en *Grzelczyk* y la propuesta de la Comisión sobre la flexibilización en el acceso al sistema asistencial fue desoída por los Estados, y la Directiva 2004/38/CE reitera que las prestaciones sociales para los estudiantes son un ámbito de decisión que aún pertenece a los Estados miembros. Esta posición juega un papel fundamental para que en *Bidar* el Tribunal introduzca los requisitos relacionados con la integración y de esta manera busque un primer intento de acercar la jurisprudencia del TJCE a la Directiva 2004/38/CE.

Si bien los requisitos relativos a la integración desdibujan un eventual derecho al acceso a las prestaciones sociales en las mismas condiciones que los nacionales, la interpretación del Tribunal continúa presentando dudas sobre su contradicción o adecuación a la Directiva 2004/38/CE, en especial cuando los Estados han expresado por activa y por pasiva su intención de mantener la protección social en el ámbito interno y de no extender su sistema de bienestar a los ciudadanos no económicamente activos que en ejercicio del derecho a la libre circulación residen en su Estado. Además, sobre el segundo colectivo que había centrado la atención del Tribunal de Justicia, los solicitantes de empleo, el artículo 24.2 de la Directiva parece extenderles el principio de igualdad en materia de prestaciones asistenciales pasados tres meses de residencia, pero cabe recordar que a partir de *Collins* se consolida la doctrina del Tribunal de Justicia relativa al vínculo entre el solicitante de la prestación y el mercado de trabajo. En todo caso, las posibles contradicciones entre la Directiva y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece aclararse en los asuntos *Förster* y *Vatsouras*.

#### **2.4. El TJCE en la encrucijada: ¿adecuación a la Directiva o retroceso en la reconfiguración de la solidaridad europea?**

En el asunto *Förster*<sup>93</sup> el Tribunal retoma los términos en que debe interpretarse el acceso a los beneficios sociales bajo la luz del artículo 12 TCE (18 TFUE) para ciudadanos europeos que se desplazan a otro

93. Asunto C-158/07, *Förster* [2008], ECR I-08507.

Estado miembro con la finalidad de cursar estudios. En este caso, la señora Förster, de nacionalidad alemana, reside como estudiante en los Países Bajos y solicita una beca de subsistencia. La ayuda le fue concedida porque realizaba unas prácticas remuneradas, pero posteriormente le fue retirada cuando se constató que durante un tiempo la señora Förster no había realizado ningún trabajado retribuido.

El Tribunal comienza recordando lo que previamente había señalado en *Bidar*: la Directiva 93/96/CEE no constituye el fundamento de un derecho al pago, por parte del Estado miembro de acogida, de becas de subsistencia a los estudiantes que disfruten de un derecho de residencia. No obstante, esta disposición no se opone a que un nacional de un Estado miembro que, en virtud del artículo 18 TCE (21 TFUE), resida legalmente en el territorio de otro Estado miembro donde tenga previsto iniciar o continuar sus estudios invoque, durante dicha residencia, el principio fundamental de igualdad de trato consagrado en el artículo 12 TCE, párrafo primero (18 TFUE). Así mismo, el Tribunal retoma *Bidar* para ponderar entre la necesidad que tienen los Estados de aplicar cierto grado de solidaridad con los nacionales de otros Estados miembros y el objetivo lícito de que los estudiantes no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social de los Estados de acogida. No obstante, a diferencia de pronunciamientos anteriores, en esta ocasión declara que los cinco años de residencia previa exigidos por el ordenamiento neerlandés para el acceso a la prestación social permiten valorar de manera proporcional que el solicitante se encuentra integrado en el Estado miembro de acogida. En consecuencia, *Förster* es la respuesta del Tribunal de Justicia ante la reticencia de los Estados a reconocer en la residencia comunitaria de los estudiantes elementos sociales.<sup>94</sup>

Al margen de las dificultades para determinar el nivel de integración a partir de un número determinado de años, lo cierto es que la valoración que el Tribunal realiza en *Förster* deja nuevamente los principios de la integración social en un campo muy lejano respecto de los principios de integración económica. En ninguno de los fundamentos jurídicos el Tribunal recuerda la vocación del estatuto del ciudadano de la Unión de convertirse en el estatuto fundamental de los ciudadanos de la Unión. En consecuencia, se cuestiona hasta qué punto el camino recorrido por *Grzelczyk* sobre la construcción de un concepto de solidaridad económica de ámbito comunitario queda en

suspense cuando en *Bidar* se introduce el criterio de la integración y posteriormente *Förster* se acoge a una descripción formal de la misma.<sup>95</sup> Justamente en esta dirección se encaminan las conclusiones del abogado general, para quien, a su juicio, el plazo de los cinco años de residencia previa requerida por el ordenamiento holandés es desproporcionado.<sup>96</sup> El abogado general enfatiza el hecho de que en la valoración del nivel de integración deben tenerse en cuenta otros criterios como, por ejemplo, si la persona nació cerca de la frontera o ya ha trabajado con anterioridad en el Estado miembro de acogida. A su entender, una aplicación rígida de los cinco años no permite valorar razonablemente los supuestos en los que los estudiantes han conseguido un nivel sustancial de integración mucho antes de que transcurra este periodo. El periodo de residencia no debe ser el único para determinar el grado de conexión entre el individuo y el Estado de acogida<sup>97</sup> y, como acertadamente ha destacado la doctrina, la interpretación de los cinco años que aparece en *Förster* actúa de manera innecesaria como una duplicación del requerimiento de la residencia de larga duración de la Directiva 2004/38/CE.<sup>98</sup>

Un año más tarde, en el asunto *Vatsouras*<sup>99</sup> el Tribunal se pronuncia, por primera vez, sobre el modelo social introducido por la Directiva 2004/38/CE. Así, *Förster* y *Bidar* se dictan teniendo en el horizonte la Directiva 2004/38/CE, pese a que el derecho aplicable para ambos supuestos eran las directivas 93/96/CEE. En cambio *Vatsouras* versa directamente sobre la compatibilidad entre el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE y el artículo 12 TCE (18 TFUE) en relación con el artículo 39 TCE (45 TFUE). Los señores *Vatsouras* y *Koupatantze*, de nacionalidad griega y residentes en Alemania, solicitan una prestación social a favor de los demandantes de empleo (ARGE). Las autoridades alemanas negaron la prestación porque entendieron que los solicitantes no tenían la categoría de trabajadores en el sentido del artículo 39 TCE (45 TFUE) y, por lo tanto, no gozaban del principio de igualdad de trato en materia de ayudas sociales.

95. Moritz, "The value of "integration..."", 2007, p. 178; Giubboni, "A Certain Degree of Solidarity?..", 2010, p. 187.

96. Conclusiones del abogado general Ján Mazák al Asunto C-158/07, *Förster*. Párrafos 97 y 130.

97. Giubboni, "A Certain Degree of Solidarity?..", 2010, p. 188.

98. Moritz, "The value of "integration..."", 2007, p. 182.

99. Asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, *Vaursoras y Koupatantze* [2009] ECR I-4585.

En este caso, el juez nacional solicita al TJCE que se pronuncie sobre la adecuación entre la interpretación que el Tribunal venía realizado sobre el principio de igualdad en conexión con la ciudadanía europea y las prestaciones sociales con el marco fijado por la Directiva 2004/38/CE. El TJCE retoma lo señalado en *D'Hoop* sobre el vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral y en *Collins* sobre la posibilidad de comprobar la existencia de este vínculo, en especial, mediante la constatación de que la persona esté buscando empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro en cuestión durante un periodo razonable, para añadir que incumbe a las autoridades nacionales competentes, y en su caso a los tribunales, no solo constatar la existencia de un vínculo real con el mercado de trabajo, sino también analizar los elementos constitutivos de dicha prestación, especialmente sus objetivos y los requisitos de su concesión. A partir de aquí, exigir que el interesado sea capaz de ejercer una actividad laboral podría constituir un indicio para determinar que la prestación está destinada a facilitar el acceso al trabajo. En cambio, un requisito como el haber cursado al menos seis años de estudios en un centro docente del Estado miembro de acogida para el acceso a las ayudas sociales de búsqueda de empleo va más allá del requisito necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la existencia de ese vínculo.<sup>100</sup>

Mientras *Förster* se aleja de la senda seguida por el Tribunal en *Grzelczyk* sobre la aplicación del principio de solidaridad, e incluso de *Bidar* sobre el nivel de integración del estudiante en el Estado de acogida interpretado de una forma flexible,<sup>101</sup> en *Vatsouras* el Tribunal reitera el principio de vínculo real entre el solicitante de la prestación social y el mercado laboral, y sugiere que dicho vínculo vendrá determinado por los objetivos y los requisitos de la prestación.

---

100. Recientemente en el Asunto C- 367/2011, *Prete* [2012], no publicado aún, el Tribunal de Justicia reitera que para el acceso a las ayudas sociales para la búsqueda de empleo el elemento objeto de valoración es el vínculo real entre el solicitante del subsidio y el mercado geográfico laboral en cuestión. En todo caso, un requisito como el haber cursado al menos seis años de estudios en un centro docente del Estado miembro de acogida se opone al artículo 39 TCE y va más allá del requisito necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la existencia de ese vínculo.

101. En todo caso, en el supuesto en el que los estudiantes realicen una actividad laboral, gozan de la condición de trabajador y no podrá denegárseles el acceso a las ayudas sociales. En el Asunto C-46/12, *N.* [2013], no publicado aún, el Tribunal de Justicia señaló que los Estados miembros no pueden denegar ayudas sociales a un ciudadano de la Unión que curse estudios en un Estado miembro de acogida y que simultáneamente desarrolle en él una actividad por cuenta ajena real y efectiva apta para conferirle la condición de "trabajador" a efectos del artículo 45 TFUE sobre las ayudas de manutención por estudios que se conceden a los nacionales de ese Estado miembro.

Por lo tanto, tras *Förster* y *Vatsouras* queda claro que la aplicación del artículo 18 TFUE no tiene el mismo efecto para los estudiantes que para los solicitantes de empleo. En este sentido, dentro de los ciudadanos no económicamente activos también cabe hacer una distinción en función de que tan cerca o lejos se encuentren de una futura integración en el mercado laboral. Esta apreciación queda dibujada de manera nítida en las conclusiones del abogado general en el caso *Vatsouras* al señalar que "el artículo 24, apartado 2, acoge dos situaciones jurídicas diferenciadas: por un lado, la de quienes solicitan ayudas de manutención, como becas o préstamos de estudios, es decir, los estudiantes; por otro lado, la de quienes se instalan en el territorio de un Estado miembro durante tres meses o durante el periodo que necesiten para buscar activamente un empleo. A los primeros, solo se les permite reclamar ayudas de tal naturaleza cuando adquieran el derecho de residencia permanente, derecho que la Directiva 2004/38 confiere transcurridos cinco años. A los segundos, se les concede la 'asistencia social' cuando consigan un trabajo".<sup>102</sup> Esta apreciación no solo supone un freno en el proceso de integración, sino una fragmentación de la solidaridad.

Las conclusiones de los abogados generales en *Foster* y *Vatsouras* describen dos modelos distintos de ciudadanía social y de solidaridad entre ciudadanos europeos. En *Vatsouras* el vínculo con el mercado laboral continúa siendo la llave que permite abrir la puerta a la igualdad en el ámbito prestacional. Para el abogado general la interpretación del artículo 24, párrafo 2, de la Directiva 2004/38/CE difiere según nos encontremos delante de un caso de estudiantes o de solicitantes de empleo: así, mientras propone la posibilidad de flexibilizar la residencia de los cinco años para los solicitantes de trabajo porque "quien busca empleo está a medio camino entre la actividad económica y la no económica, y la Directiva deja al legislador nacional libertad para hallar el equilibrio correspondiente", la cierra para los estudiantes.<sup>103</sup>

Una segunda interpretación del modelo social incorporado por la Directiva 2004/38/CE es la propuesta en las conclusiones generales del asunto *Förster*. En este caso, el abogado general no renuncia a seguir derivando de la ciudadanía europea un modelo que flexibilice la rigidez de los plazos de residencia y apuesta por profundizar en

102. Conclusiones del abogado general señor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a los asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, *Vatsouras* y *Koupatantze*, apartado 45.

103. *Ibidem*, apartado 45.

el concepto de integración a través de la proporcionalidad. En este sentido, señala que “es cierto que la Directiva 2004/38/CE no obliga a los Estados miembros a conceder becas antes de la adquisición del derecho de residencia permanente y, así, no antes del transcurso de cinco años. Sin embargo, esta Directiva no puede restar valor a las obligaciones derivadas del artículo 12 TCE y del principio general de proporcionalidad”.<sup>104</sup> Efectivamente, el Tribunal podría haber adoptado una posición más flexible y entender que el período de los cinco años de residencia continuada en el Estado miembro de acogida marca el límite máximo dentro del que todavía sería posible argumentar que quien cursa estudios en otro Estado miembro no ha acreditado un grado suficiente de integración en la sociedad del dicho Estado para tener derecho a la igualdad de trato, tal como está establecida en el artículo 12 TCE, respecto de ayudas sociales como las becas de subsistencia para estudiantes.<sup>105</sup>

Es cierto, tal y como señala el abogado general en el asunto *Förster*, que el alcance del principio de igualdad de la Directiva 2004/38/CE podría permitir una interpretación más flexible a la luz de la ciudadanía europea. No obstante, es difícil que el TJCE reabra la discusión con los Estados miembros cuando la literalidad del artículo 24.2 parece no dejar dudas, al menos en cuanto a los beneficios sociales para ciudadanos europeos que cursan sus estudios en otro Estado miembro, al señalar que “el Estado miembro de acogida no estará obligado [...] antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios”. Al contrario de la redacción literal del artículo 24.2 sobre el principio de igualdad a los ciudadanos no económicamente activos, se deduce que la solidaridad es todavía un asunto interno de los Estados. Entonces, la condición de trabajador y, por lo tanto, las condiciones económicas del desplazamiento continúan siendo el eje orientador de la integración en el modelo social de la Unión Europea. Esta afirmación puede leerse de manera nítida en *Vatsouras* cuando el Tribunal señala que no pueden considerarse “prestaciones de asistencia social” en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38 las prestaciones económicas que, independientemente de su calificación en la normativa nacional, están destinadas a facilitar el acceso al mer-

---

104. Conclusiones del abogado general señor Ján Mazák al Asunto C-158/07, *Förster*, apartado 131.

105. *Ibidem*, apartado 132.

cado de trabajo.<sup>106</sup> De esta manera, la combinación entre la Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia post-Directiva del Tribunal de Justicia fragmenta el principio de solidaridad en función de que el objetivo del traslado sea o no una futura integración laboral.

En consecuencia, el modelo social introducido en la Directiva 2004/38/CE supuso un freno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a través de la cual se buscaba expandir la solidaridad europea entre ciudadanos más allá de vínculos económicos o laborales. Además, una vez emitida la Directiva 2004/38/CE el Tribunal parece abandonar, al menos de momento, tal objetivo y, en cambio, retoma una postura más favorable a los intereses de los Estados. En este sentido, puede apreciarse que la solidaridad entre los ciudadanos europeos es un asunto que parece avanzar bajo los criterios dictados y definidos por la lógica nacional.<sup>107</sup>

### 3. Conclusiones

El proyecto europeo ha sido en muchas ocasiones acusado de priorizar los objetivos de integración económica sobre la integración social. Así, el derecho de residencia y la coordinación en materia de Seguridad Social se impulsa en el marco de las libertades económicas y el principio de igualdad se reconoce para facilitar la libertad de movimiento de los trabajadores. En cambio, el derecho a circular y residir por parte de los ciudadanos no económicamente activos se reconoce bajo la condición de que no supongan una carga para el sistema asistencial del Estado de acogida y el acceso a las prestaciones sociales queda excluido del alcance del principio de igualdad. Sin embargo, los tratados de Maastricht y Ámsterdam dibujan un nuevo escenario para la ciudadanía de la Unión y es partir de este que el Tribunal de Justicia inició una estela jurisprudencial en la que se reinterpreta a la luz del principio de proporcionalidad los límites que las directivas de la década

---

106. Asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, *Vatsouras y Koupatantze* [2009] ECR I-4585, apartado 45.

107. En todo caso, el debate continuará abierto. Recientemente, en el Asunto *Comisión c. Austria* el Tribunal de Justicia declaró que la República de Austria había incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 18 TFUE en relación con los artículos 20 TFUE y 21 TFUE y con el artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE, al permitir que, en principio, solo los estudiantes cuyos padres perciben prestaciones familiares austriacas pudiesen beneficiarse de las tarifas de transporte reducidas. Asunto C- 75/2011, *Comisión contra Austria* [2012], no publicado aún.



de los noventa introdujeron al derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos. El TJCE realiza una apuesta interesante para derivar del estatus de ciudadano europeo ya no solo aquellos derechos estrictamente vinculados a la integración económica, sino también aquellos derechos conectados con la ciudadanía social. Así, en *Grzelczyk* se introduce el principio de solidaridad para extender la aplicación del artículo 18 TFUE y reconocer el acceso a las prestaciones sociales. Posteriormente, en *Baumbast* los límites introducidos al derecho de residencia de los ciudadanos no económicamente activos y dirigidos a garantizar que la persona no suponga una carga para el sistema asistencial del Estado de acogida dejan de ser analizados bajo la lente del control estricto que no admite fisuras, para pasar a evaluarse en un marco menos rígido de cargas razonables. De esta forma, el Tribunal parece moverse de un concepto de ciudadanía económica, donde el acceso a las prestaciones asistenciales se reconoce porque se presume una contribución al sistema de la Seguridad Social del Estado de acogida, hacia una ciudadanía con improntas sociales en la que la aplicación del principio de igualdad al margen de la realización de una actividad económica se enjuicia a través del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, esta interpretación colisiona con la posición de los Estados miembros reticentes a reconocer la solidaridad social como un elemento parte del proyecto de integración europea. La Directiva 2004/38/CE, lejos de acoger un principio de integración social, mantuvo el principio de integración económica al menor coste para los Estados del bienestar y deja en manos de los Estados miembros los criterios de acceso a las prestaciones sociales para los estudiantes. La Directiva parece fraccionar el alcance del principio de igualdad en función de lo cerca o lejos que se encuentra el ciudadano europeo de una futura integración laboral. Así, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal del TJCE los solicitantes de empleo parecen quedar cubiertos por el principio de igualdad, mientras que los estudiantes quedan explícitamente excluidos de cualquier manifestación del principio de solidaridad. En consecuencia, la Directiva 2004/38/CE tuvo un papel de contención frente a los pronunciamientos que, años antes, había realizado el Tribunal de Justicia, con lo cual recientes pronunciamientos como *Förster* parecen ser la respuesta del Tribunal a la dirección tomada por los Estados en la Directiva 2004/38/CE. En todo caso, es probable que *Förster* sea un capítulo más en la larga evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que, al igual que en el campo de las prestaciones no contributivas del Reglamento 1408/71, el Tribu-

nal retome un papel más activo con el objetivo de introducir también la perspectiva social en el proceso de integración europea.

## Bibliografía

- BALDWIN-EDWARDS, Martin. "Immigrants and Welfare State in Europe", en Douglas Massey y Edward Taylor (eds.). *International Migration Perspectives and Policies in a Global Market*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 318-332.
- BARNARD, Catherine. "EU Citizenship and the Principle of Solidarity", en Michael Dougan y Eleanor Spaventa (eds.). *Social Welfare and EU Law*. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 157-180.
- BIANCO, Giuseppe, y MARTINICO, Giuseppe. "The Poisoned Chalice: An Italian View on the Kamberaj case". *Working Papers on European Law and Regional Integration*, núm. 18. Universidad Complutense, 2013.
- BRUBAKER, Rogers. *Citizenship and Nationalhood in France and Germany*. Harvard University Press, 1992.
- CONDINANZI, Massimo; LANG, Alessandra, y NASCIBENE, Bruno. *Citizenship of the Union and Free Movement of Person*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- DOUGAN, Michael, y SPAVENTA, Eleanor. "'Wish You Weren't Here...': New Models of Social Solidarity in the European Union", en Michael Dougan and Eleanor Spaventa (eds.). *Social Welfare and EU Law*. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 183-218.
- DOUGAN, Michael. "The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship". *European Law Review*, vol. 12, núm. 1. Sweet & Maxwell, 2006, p. 613-641.
- DE WAELE, Henri. "EU Citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential". *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, núm. 3. Martinus Nijhoff, 2010, p. 319-336.
- EVERSON, Michelle. "The Legacy of the Market Citizen", en Jo Shaw and Gillian More (eds.). *New Legal Dynamics of European Union*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 73-91.
- FERRERA, Maurizio. *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- . "Towards an Open Social Citizenship? The New Boundaries of Welfare in the European Union", en *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 11-39.
- GARETH, Davies. "'Any Place I Hand My Hat?' or: Residence Is the New Nationality". *European Law Journal*, vol. 11, núm. 1. Blackwell, Oxford, 2005, p. 43-56.

- GIUBBONI, Stefano. "A Certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the European Court of Justice", en Malcom Ross y Yuri Borgamann-Prebil. *Promoting solidarity in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 167-197.
- GOLYNKER, Oxana. "Jobseekers' Rights in the European Union: Challenges of Changing the Paradigm of Social Solidarity". *European Law Review*, vol. 30, núm. 1. Sweet & Maxwell, 2005, p. 111-122.
- HAILBRONNER, Kay. "Union Citizenship and Access to Social Benefits". *Common Law Market Review*, vol. 42, núm. 5. Wolters Kluwer, 2005, p. 1245-1267.
- HAMMAR, Thomas. *European Immigration Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- HARBO, Tor-Inge. "The Function of the Proportionality Principle in the EU Law". *European Law Journal*, vol. 16, núm. 2. Blackwell, 2010, p. 158-185.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara. "La aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE a los nacionales de terceros Estados que acrediten ser titulares del Estatuto de los residentes de larga duración en otros Estados miembros de la Unión Europea". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19. Lex Nova, 2008, p. 81-98.
- JACOBS, Francis. "Citizenship of the European Union – A Legal Analysis". *European Law Journal*, vol. 13, núm. 5. Blackwell, 2007, p. 591-610.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles. "La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social". *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8. IAAP, 2007, p. 95-137.
- MARTISEN, Dorte Sindbjerg. "Social Security Regulation in the EU: the De-Territorialization of Welfare", en Gráinne de Búrca (ed.) *EU Law and the Welfare State: in Search of Solidarity*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 89-110.
- MORITZ, Jesse. "The value of 'integration' in European Law – The Implications if the *Förster* Case on Legal Assessment of Integration Conditions for Third-Country Nationals". *European Law Journal*, vol. 17, núm. 2. Blackwell, 2007, p. 172-189.
- O'GORMAN, Roderic. "The Proportionality Principle and Union Citizenship". *Mitchel Working Paper Series*, núm. 1/2010. Europa Institute, University of Edinburgh, 2009, p. 1-16
- OLESTI RAYO, Andreu. "El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003", en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4. Iustel, 2004.
- PENNINGS, Frans. "Inclusion and Exclusion of Persons and Benefits in the New Co-ordination Regulation", en Michael Dougan y Eleanor Spaventa (eds.). *Social Welfare and EU Law*. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 241-260.

- SAINSBURY, Diane. *Welfare and Immigrants Rights, The politics of Inclusion and Exclusion*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- VAN DER MEI, A. Pieter. *Free Movement of Persons within the European Community, Cross-Border Access to Public Benefits*. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2003.
- . "Union Citizenship and the "De-Nationalisation" of the Territorial Welfare State", *European Journal of Migration and Law*, vol. 7, núm. 2. Martinus Nijhoff, 2005, p. 203-211.
- VERSCHUEREN, Herwig. "European (Internal) Migration Law as an Instrument for Defining the Boundaries of National Solidarity Systems". *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, núm. 3. Martinus Nijhoff, 2007, p. 307-346.
- VINK, Maarten. *Limits of European Citizenship: European Integration and Domestic Immigration Policies*. New York: Palgrave.
- WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand. "A New Fundamental Freedom Beyond Market Integration: Union Citizenship and Its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration". *European Law Journal*, vol. 17, núm. 1. Blackwell, 2011, p. 1-34.

## RESUMEN

El artículo tiene como objetivo analizar el modelo social incorporado en la Directiva 2004/38/CE en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El artículo está dividido en dos partes. En la primera se describe la evolución del modelo de coordinación social de la Unión Europea y los avances propuestos por el TJCE a partir de la ciudadanía europea sobre el acceso a las prestaciones sociales (*Martínez Sala, Grzelczyk y Collins*). La segunda parte del artículo describe el modelo social incorporado en la Directiva 2004/38/CE y los cambios que éste supuso para la jurisprudencia que venía dictando el TJCE. El artículo concluye que la Directiva 2004/38/CE tuvo un papel de contención frente los pasos dados por el Tribunal para incluir los derechos sociales en la ciudadanía de la Unión; además, la Directiva fragmentó la interpretación del principio de no discriminación para los ciudadanos no económicamente activos.

**Palabras clave:** derechos sociales; derecho a la libre circulación y residencia; ciudadanía de la Unión.

## RESUM

L'article té com a objectiu analitzar el model social incorporat en la Directiva 2004/38/CE en el marc de la jurisprudència del Tribunal de Justícia. L'article està dividit en dues parts. La primera descriu l'evolució del model de coordinació social de la Unió Europea i els avenços proposats pel TJCE a partir del concepte de ciutadania europea en relació amb l'accés a les prestacions socials (*Martínez Sala, Grzelczyk i Collins*). La segona part de l'article descriu el model social incorporat a la Directiva 2004/38/CE i els canvis que aquesta va suposar per a la jurisprudència que fins ara havia dictat el TJCE. L'article conclou que la Directiva 2004/38/CE va tenir un paper de contenció davant els passos fets pel Tribunal amb la finalitat d'incloure els drets socials dins de la ciutadania europea i que, a més a més, la Directiva fragmenta la interpretació del principi de no-discriminació per als ciutadans no econòmicament actius.

**Paraules clau:** drets socials; dret a la lliure circulació i residència; ciutadania de la Unió.

## ABSTRACT

The aim of this contribution is to analyse the social model introduced by the Directive 2004/38/EC in the framework of the case-law of the European Court of Justice (ECJ). This contribution is divided in two sections. The first section describes the model of social coordination unfolded in the framework of the European Union and the improvements made by the ECJ in this area after the introduction of the principle of European citizenship. In its second section, the article describes the social model settled by the Directive 2004/38/EC and the changes that this model entails to the ECJ assertions. The article concludes that the Directive 2004/38/EC restricted the steps made by the ECJ towards the development of a social perspective of the European citizenship. The article also considers that the Directive 2004/38/EC fragments the principle of non-discrimination when applied to the non-economically active citizens and the access of the latter to social benefits.

**Keywords:** social rights; right to free movement and residence; European citizenship.

# LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO. EN PARTICULAR, EL PRINCIPIO DE EFICACIA

**Joaquín Tornos Mas**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. Las razones que justifican una Ley en garantía de la unidad de mercado. – II. Contenido general de la Ley. – III. El principio de unidad de mercado. – IV. El principio de eficacia. – V. La crítica al principio de eficacia. A) La inconstitucionalidad del principio de eficacia por razones de orden competencial. B) Una solución ineficaz. C) El principio de igualdad. – VI. Una reflexión final. Otras vías para hacer realidad el principio de unidad de mercado. – *Resumen – Resum – Abstract.*

---

## **I. Introducción. Las razones que justifican una Ley en garantía de la unidad de mercado**

La Ley 20/2013, de 9 diciembre, de garantía de la unidad de mercado, trata de dar respuesta a una realidad que se juzga contraria al buen funcionamiento del sistema económico del Estado español. Como dice su exposición de motivos, a pesar de las medidas adoptadas para hacer efectivo el principio de unidad de mercado, en las últimas décadas se constata que la fragmentación subsiste dentro del mercado español, lo que se traduce en un elevado coste que dificulta de forma considerable la actividad de las empresas. A ello añade, la misma exposición de motivos, que la necesidad de eliminar este coste, así como los obs-



táculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación, ha sido una de las principales demandas de los operadores económicos en los últimos años.

La memoria económica que acompañó al proyecto de ley, y de la que nos da cuenta el dictamen del Consejo de Estado, concluye que existe una evidencia empírica suficiente para afirmar que la actividad regulatoria en las regiones españolas tiene costes en términos de bajo crecimiento de la productividad y, por ende, de crecimiento económico. La misma memoria cuantifica en un crecimiento adicional anual del PIB del 0,15% durante los diez siguientes años a la adopción de medidas reductoras de cargas. También se simula un impacto de la profundización en la unidad de mercado sobre las principales variables macroeconómicas, calculándose un aumento del trabajo productivo del 2,07% respecto del empleo total.

La ley responde también a las exigencias comunitarias que en los últimos años vienen determinando el contenido de las reformas legislativas españolas en materia de regulación de la actividad económica. En este sentido podemos mencionar el documento de trabajo para los servicios de la Comisión titulado "Evaluación del programa nacional de reformas y del programa de estabilidad española 2013", de 25 de mayo de 2013. En dicho documento se señala que "en el ámbito de la competencia en los mercados de productos y servicios el avance se está demorando más de lo previsto en el plan de reforma de septiembre de 2012, a pesar de que las deficiencias en el entorno empresarial (por ejemplo la segmentación del mercado interior español y los obstáculos a la entrada en el sector de los servicios) frenan también la creación de empleo". Concretamente, se cita el retraso en la aprobación del anteproyecto de ley de garantía de la unidad de mercado. En este mismo documento, en su apartado "Retos", 2.2, se señala que "las deficiencias en el entorno empresarial (por ejemplo, la segmentación del mercado interior español, los obstáculos a la entrada en el sector de servicios, la falta de eficiencia del sistema judicial) reducen también las posibilidades de competencia en el mercado y frenan la creación de empleo". Más adelante, punto 3.4, se lleva a cabo un análisis detallado del contenido del anteproyecto de ley de garantía de la unidad de mercado y se dice que se trata de "una ley ambiciosa sobre la unidad del mercado que será un paso fundamental para mejorar el entorno empresarial y la competencia, puesto que facilitará el establecimiento y la circulación de bienes y servicios en todo el territorio español y simplificará los requisitos referentes a la obtención de licencia de actividad".

En la misma fecha se aprobó la Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reformas de 2013 en España (COM-2013, 359 final). En su parte expositiva, nº 15, se dice que “las deficiencias del entorno empresarial, tales como la segmentación del mercado interno o las barreras de entrada en el sector de los servicios, frenan la creación de empleo”, y más adelante, nº 17, se añade que “la estructura administrativa altamente descentralizada precisa de una coordinación reforzada entre las distintas administraciones públicas”. En la parte ya dispositiva, la recomendación número siete establece que “debe aprobarse y aplicarse urgentemente el proyecto de ley de garantía de la unidad de mercado y acelerar todas las acciones complementarias necesarias para su pronta aplicación”.

Internamente también se exigía la aprobación de una ley en garantía de la unidad de mercado. El informe CORA, al tratar de la necesaria reforma del contexto de la situación económica en España, señalaba como una de las líneas de actuación la necesidad de emprender reformas estructurales “que aporten flexibilidad y competencia, ayuden a contener los márgenes y costes empresariales, mejoren la calidad de los factores productivos y faciliten la asignación de recursos hacia los sectores más competitivos. Entre ellas, deben destacarse la reforma laboral, la reforma educativa y la ley de garantía de la unidad de mercado”. Más adelante, en la página 56 se refiere al proyecto de ley en los términos siguientes: “La ley de garantía de la unidad de mercado que se enviará a las Cortes el mes de julio persigue la simplificación de trabas administrativas para el acceso y ejercicio de las actividades económicas en las diferentes Comunidades Autónomas y la libre circulación de bienes y servicios en todo el territorio nacional. La ley está basada en la confianza mutua y en la responsabilidad de todas las administraciones mediante la colaboración *ex ante* y *ex post* para el control y supervisión. La ley aborda mecanismos de cooperación entre administraciones públicas para la elaboración de proyectos normativos con objeto de preservar la coherencia de los mismos.” Nada se dice del principio de eficacia, al que nosotros dedicaremos especial atención.

De acuerdo con los datos expuestos, y con la presión del sector empresarial y de la Comisión Europea, se tramitó con notable rapidez el proyecto de ley, que finalmente vio la luz como Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

La ley, según establece su artículo primero, tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. En particular, nos dice el mismo precepto, tiene por objeto garantizar la integridad del orden

económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución.

El legislador también encuentra justificación para su tarea normativa en los principios comunitarios de libertad de servicios y de establecimiento, en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior 123/2006, en el principio comunitario de reconocimiento mutuo, y en la jurisprudencia comunitaria dictada en relación con estos principios.

En todo caso, el legislador se apoya de modo principal en el principio de unidad de mercado que encuentra recogido en el artículo 139 de la Constitución para imponer una nueva regulación de las condiciones de acceso a las actividades económicas y a su ejercicio, nueva regulación que pretende corregir la realidad de un mercado excesivamente fragmentado desde el punto de vista normativo.

## II. Contenido general de la Ley

El objetivo general de la Ley, un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas, trata de alcanzarse a través de una serie de técnicas de distinto contenido y alcance.

El capítulo II, "Principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación", establece una serie de principios generales que actúan como mandatos que deben determinar la actuación de las administraciones en el ejercicio de su poder normativo y ejecutivo. Algunos de ellos ya están contenidos en la Ley 30/1992. Se trata de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, de eficacia, de simplificación de cargas, de transparencia y de garantía de las libertades de los operadores económicos.

Estos principios se dirigen a "todas las autoridades competentes", y por tanto suponen una injerencia en el modo de ejercer las respectivas competencias, pero no alteran la titularidad de dichas competencias.

De estos principios nos importa destacar ya en este momento inicial de nuestro trabajo el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional, al que dedicaremos una especial atención. El artículo 6 de la Ley 20/2013 de-

fine el alcance de este principio en los siguientes términos: “Los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica tendrán eficacia en todo el territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en el capítulo V de esta ley.”

El capítulo III, “Garantía de la cooperación entre las administraciones públicas”, establece diversos mecanismos organizativos y procedimentales para favorecer la cooperación entre las distintas administraciones territoriales. Relaciones de cooperación que deben entenderse incluidas dentro del concepto más amplio de relaciones de colaboración al que hace referencia de modo general el artículo 4 de la Ley 30/1992.

En concreto, se crean o potencian instrumentos organizativos de cooperación (el Consejo para la Unidad de Mercado), o la cooperación (a través de las conferencias sectoriales), se impone la cooperación procedimental en la elaboración de proyectos normativos que puedan tener incidencia en la unidad de mercado, y se establecen mecanismos para hacer un seguimiento y evaluación del desarrollo de la Ley 20/2013 y de la normativa en materia de regulación económica.

También puede afirmarse que este capítulo incide en el modo de ejercer las competencias, pero no afecta a su titularidad.

El capítulo IV, “Garantías al libre establecimiento y circulación”, supone una nueva aplicación extensiva de los principios de la Directiva 123/2006. Así, se impone con carácter general el principio de libre acceso y ejercicio en todas las actividades económicas,<sup>1</sup> libertad que sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en la ley, a lo dispuesto en la normativa europea o en convenios internacionales.

La aplicación extensiva de la Directiva 123/2006<sup>2</sup> se manifiesta en el hecho de restringir aún más la posibilidad de exigir una autori-

---

1. Si bien curiosamente la exposición de motivos excepciona el régimen general del artículo 17 para algunas actividades, como las desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor o con las oficinas de farmacia.

2. Sobre el alcance de la Directiva 123/2006 y la competencia de la Unión Europea para aprobar una norma con este contenido, se ha producido en nuestro país un interesante debate que queda reflejado en las posiciones encontradas de Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo y Tomás Fernández Rodríguez. El primero de los autores se muestra crítico con la competencia de la UE para establecer una norma que a su juicio va más allá de la garantía de un mercado único imponiendo un modelo concreto general de ordenación de las actividades económicas. Así, en “La directiva de servicios y la libertad de empresa”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 7, 2009. Por su parte Tomás Ramón Fernández defiende la competencia de la UE a partir de las referencias a la libre competencia y a la economía de mercado. Así, en el prólogo

zación, ya que se impone con carácter general una reserva de ley para establecer controles *ex ante*, y también *ex post*, y se limitan las razones imperiosas de interés general que pueden justificar la existencia del control *ex ante* (artículo 17,1). También se obliga a justificar la existencia de una declaración responsable o comunicación previa y se limitan los supuestos en que se podrá exigir al particular esta actividad previa (artículo 17, 2 y 3). Además, se amplían las actuaciones que con carácter general se consideran límites a la libertad de establecimiento y circulación (artículo 18). Y finalmente, y sobre ello volveremos, se consideran actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación, y por tanto quedan prohibidas, la exigencia de requisitos diversos a los exigidos en el territorio de origen o donde el operador haya accedido a la actividad profesional o profesión, requisitos de seguros o requisitos diversos a los exigidos en el lugar de fabricación.<sup>3</sup> El capítulo V lleva por título “Principio de eficacia en todo el territorio nacional”.

El principio de eficacia supone que cualquier operador legalmente establecido, o cualquier bien legalmente producido y puesto en circulación, podrá ejercer la actividad económica o circular en todo el territorio nacional sin que quepa en principio exigir nuevas autorizaciones o trámites adicionales por parte de otras autoridades diferentes. Dicho de otro modo (artículo 19), el principio de eficacia, que se traduce en el derecho de todo operador económico a actuar en todo el territorio nacional de acuerdo con la normativa de su lugar de origen. Respecto de los productos, el principio de eficacia supone que cualquier producto legalmente producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio español podrá circular y ofertarse libremente en el resto del territorio desde el momento de su puesta en el mercado.<sup>4</sup> Para reforzar este principio, el artículo 20 precisa las

---

al libro coordinado por Aguado y Noguera *El impacto de la Directiva de servicios en las administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, ed. Atelier, 2012.

3. Artículo 118.2, *b, c, d y e*.

4. También aquí se establecen excepciones en la exposición de motivos. Así, se dice que “este principio de eficacia no es, sin embargo, aplicable a determinadas actuaciones relacionadas con las instalaciones o infraestructuras físicas, con la ocupación del dominio público o con la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas que, por su propia naturaleza, resultan vinculados con un ámbito territorial determinado, como nuevamente sucede con las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia, que se consideran incluidas en las previsiones del segundo párrafo del artículo 20.4 de esta ley”.

actuaciones públicas o privadas del lugar de origen que extienden su validez en todo el territorio nacional.

El capítulo VI se ocupa de la función de supervisión y el control de los operadores económicos, diferenciando las competencias de las autoridades de origen y las de las autoridades de destino, así como las de las autoridades del lugar de fabricación.

Finalmente, el capítulo VII introduce un singular y también criticable nuevo mecanismo de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación. Se regula un recurso administrativo ante el Consejo para la Unidad de Mercado y, lo más llamativo y discutible, un procedimiento judicial singular que a través de la disposición final primera se incorpora a la Ley 29/1998. No podemos extendernos en todos los problemas que plantea este nuevo recurso que establece una legitimación especial a favor de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para impugnar normas o actos de cualquier administración, la suspensión automática de la norma o acto impugnado si se solicita por la parte actora, y la competencia de la sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional para conocer de todos estos recursos.

### III. El principio de unidad de mercado

Como ya hemos indicado, el artículo primero de la Ley 20/2013 afirma que su objeto es establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. Por tanto, antes de entrar a examinar el contenido y los efectos del principio de eficacia con el que trata de hacerse realidad el principio de unidad de mercado, nos parece necesario recordar cuál es el significado de este principio constitucional al que la Ley 20/2013 dice que trata de servir. Nos importa analizar de modo particular el alcance de este principio como título legitimador de la potestad legislativa del Estado para imponer una mayor uniformidad en la determinación de las condiciones de acceso y ejercicio de actividades económicas.

El principio de unidad de mercado se suele construir por la doctrina a partir del artículo 2 de la Constitución que proclama la indisoluble unidad de la nación española.<sup>5</sup> Esta misma idea es la que ha

---

5. Sobre el principio de unidad de mercado en el derecho español, *vid.* De la Quadra-Salcedo Janini, *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC, Madrid, 2008; Albertí, E. *Autonomía política y unidad económica*, Civitas, Madrid, 1995; Calonge Velázquez, A.

defendido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. A partir de lo dispuesto en los artículos constitucionales 2, 38, 40, 131.1, 138.1 y 2, 139.2, 149.1-1 y 157.2, el Tribunal Constitucional ha afirmado que "en Estados como el nuestro, de estructura territorial compleja, la exigencia de que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional es una proyección concreta del más general principio de unidad que el artículo 2 de la Constitución consagra" (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 1/1984, de 2 de febrero, FJ 5, y 24/1986, de 14 de febrero).

De acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional, lo que a continuación importa conocer es cuál es el contenido de este principio de unidad de mercado, construido en buena medida por la propia jurisprudencia del Tribunal. El Tribunal Constitucional, en una de sus primeras sentencias, STC 1/1982, FJ 1, afirmó que la llamada Constitución económica establece "un marco que implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de un orden económico y social justo, y cuyo artículo 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128 entendido en su totalidad, el 131.1, el 139.2 y el 138.2". Añade el Tribunal que "esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquellos como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Título VIII CE). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado,

---

*Autonomía política y unidad de mercado en la CE española de 1978*, Universidad de Valladolid, 1988; Carrasco Durán, M. *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Gómez Ferrer, R., "Bases y ordenación general de la economía", en *Normativa básica en el ordenamiento español*, coord. Pérez Calvo, MAP, Madrid, 1990; Gómez Baraona, A., "Modelo económico y Tribunal Constitucional", *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, nº 3, 1987; Tena Piazuelo, V. *La unidad de mercado en el Estado autonómico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997; Tornos Mas, J. "La intervención de las Comunidades Autónomas en la economía", *REDA*, nº 21, 1979; Viver Pi-Sunyer, C., "La libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes, art. 139,2 CE", en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de las competencias*, IEA, Barcelona, 1992.



como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad, como sucede entre otros preceptos, con el artículo 149.1.10 CE, y en otros supuestos retiene en poder del Estado, también con carácter exclusivo, la competencia para fijar solamente las "bases", como ocurre con los indicados en el artículo 149.1.11 y 13 CE".

Más tarde el Tribunal vuelve a insistir en esta idea: "La unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica" (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6). Pero también se reconoce que esta configuración del principio de unidad de mercado se ha debido hacer compatible con la propia configuración del Estado español como un Estado compuesto que reconoce la autonomía política de las Comunidades Autónomas. Por ello el Tribunal Constitucional ha establecido que la unidad exigida por la Constitución "no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos" (STC 88/1986, FJ 6).

La coexistencia de los principios de unidad y autonomía obliga a buscar un equilibrio. Por ello el Tribunal Constitucional ha establecido que "nuestro texto constitucional garantiza tanto la unidad de España como la autonomía de sus nacionalidades y regiones, lo que necesariamente obliga a buscar un adecuado equilibrio entre ambos principios, pues la unidad del Estado no es óbice para la coexistencia de una diversidad territorial que admite un importante campo competencial de las Comunidades Autónomas" (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11). En la misma línea, la STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6, estableció que "la compatibilidad entre la unidad económica de la nación (que tendría como una de sus manifestaciones la unidad de mercado) y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que [...] quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles".

Una vez afirmado que unidad económica no significa uniformidad, el Tribunal Constitucional ha tratado de fijar algunos criterios generales para admitir la diversidad de las normas autonómicas. En este sentido, ha dicho que la regulación autonómica se debe llevar



a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad Autónoma, y que esa regulación, en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la nación, debe resultar proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6).

La Sentencia 96/2002, de 25 de abril, sintetiza en buena medida toda la jurisprudencia anterior, afirmando que “la unidad de mercado en el territorio nacional no impide toda normación que, de una manera u otra, puede afectar a la libertad de circulación, sino la fragmentación del mercado, en el sentido de que las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquellas persiguen”.

Esta última sentencia incorpora una idea de especial interés. El Estado puede actuar como garante de la unidad del mercado español en ejercicio de su competencia exclusiva sobre la materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, también para asegurar la libre circulación de bienes en el territorio español impidiendo los obstáculos a la misma por parte de los poderes públicos, artículo 139.2. Por último, señala que la intervención estatal deberá respetar la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas con el fin en todo caso de evitar la fragmentación del mercado y los efectos disgregadores o disfuncionales que se deriven de una diversidad de normas autonómicas, cuya singularidad exceda de un fin legítimo, es decir, que esa diversidad no sea adecuada al objeto que persigue o sea desproporcionada. Se añade otra precisión de especial interés. La unidad de mercado implica un mínimo normativo o un presupuesto para el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de forma tal que, sin ser un título de atribución de competencias en sí mismo, sí puede actuar como límite a las competencias autonómicas.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la unidad de mercado trata de evitar la existencia de un mercado fragmentado de forma arbitraria o desproporcionada. Por tanto, lo que impide es un ejercicio de las competencias autonómicas en materia económica que conlleve la adopción de medidas discriminatorias o que obstaculicen la libre circulación de bienes y servicios dentro del mercado nacional.

Este concepto de medidas que obstaculizan el comercio dentro del mercado español debe ser precisado. Por un lado hay que reconocer que no toda incidencia sobre la circulación de personas y bienes

es necesariamente un obstáculo. De acuerdo de nuevo con el Tribunal Constitucional, “no toda incidencia sobre la circulación de personas y bienes es necesariamente un obstáculo. Lo será, sin duda, cuando intencionalmente persiga la finalidad de obstaculizar la circulación, pero, en contra de lo que argumenta la representación del Gobierno Vasco, no sólo en ese caso, sino también en aquellos otros en los que las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2).

En relación con este concepto de “obstáculo” nos importa destacar otra idea. Una cosa es que una norma autonómica pueda establecer, por ejemplo, de forma injustificada obstáculos al comercio en general, y otra cosa es que la norma autonómica establezca obstáculos al comercio interautonómico contrarios al principio de unidad de mercado. La primera actuación debería confrontarse con el artículo 38 de la Constitución, mientras que la segunda debería examinarse en relación con el artículo 139.2 del texto constitucional. Así, por ejemplo, una norma autonómica que estableciera un sistema de autorizaciones contingentadas para la apertura de grandes centros comerciales podría entrar en contradicción con el artículo 38 de la Constitución, pero al establecer este régimen de forma igualitaria para todos los operadores económicos no supondría en principio una vulneración del principio de unidad de mercado. Por el contrario, sí que constituiría un obstáculo al comercio interautonómico una medida de un poder público que tuviera un efecto restrictivo más oneroso sobre la actividad económica de personas o bienes provenientes de fuera de una Comunidad Autónoma que sobre la actividad de personas radicadas o bienes de la propia entidad que establece dicha norma. Así, por ejemplo, la exigencia de tener la sede social de la entidad en la Comunidad Autónoma donde se quiere llevar a cabo la actividad.

Una última consideración. La Sentencia 133/1997 del Tribunal Constitucional declara que “una de las manifestaciones de dicha unidad de la política económica es el principio de unidad del mercado –y, por tanto, del mercado de capitales–, reconocido implícitamente por el artículo 139.2 de la Constitución, al disponer que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación de bienes en todo el territorio español. Otra manifestación de esa unidad del orden económico es la exigencia de la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional, al servicio de una serie de objetivos de carácter económico fijados por la propia Constitución –artículos 40, 131 y 138.1)”.

Como se ha dicho,<sup>6</sup> “los principios de unidad de mercado y de unidad de la política económica, a pesar de venir derivados del mismo principio (unidad del orden económico nacional), son dos principios distintos. El primero tiene carácter estructural, y sirve para garantizar que la integración que ha alcanzado el mercado español no se vea perturbada por acciones en sentido contrario (incluso aunque pudieran gozar de cobertura competencial) de las entidades territoriales dotadas de autonomía, pero tampoco de las propias autoridades estatales. La unidad de mercado tiene un carácter estático. Para que exista unidad de mercado deben concurrir elementos estructurales que permitan que, en su espacio, la actividad económica se desarrolle en condiciones de libertad e igualdad. El segundo de los principios, esto es, el de unidad de la política económica, posee, por el contrario, un carácter dinámico, sirviendo de fundamento último a aquellas actuaciones que permiten la realización de una política coordinada de las autoridades estatales y las autónoma. En definitiva, como ha señalado la doctrina: entendida en sentido estricto, la unidad de mercado es distinta de la unidad de la política económica porque, al menos en teoría, es posible un mercado único sin que sobre él actúe una política económica dirigida por una autoridad política”.<sup>7</sup>

Este rápido examen de la doctrina del Tribunal Constitucional nos permite precisar algunas ideas de interés.

a) La unidad de mercado es un principio de construcción jurisprudencial vinculado al principio más general de unidad del ordenamiento económico nacional.

b) El contenido esencial de la unidad de mercado es la garantía de la libertad de circulación sin trabas por todo el territorio nacional de bienes, capitales y servicios y mano de obra, y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad.

c) La unidad de mercado no es un título competencial del Estado y no exige la uniformidad de la normativa reguladora de la actividad económica. Las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias, pueden establecer regulaciones diversas en materia de

---

6. Informe del Consejo Económico y Social 3/2000, “Unidad de mercado y cohesión social”, pág. 69.

7. La distinción entre elementos estructurales y garantías dinámicas de la unidad económica la encontramos en Albertí, E., *Autonomía política y unidad económica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 194. Para este autor las garantías estructurales imponen a todos los poderes públicos el respeto de las mismas reglas generales de actuación. Las garantías dinámicas residen en el hecho consistente en atribuir a las instancias centrales las principales facultades de intervención.

ordenación económica siempre que no constituyan obstáculos para el funcionamiento del mercado nacional.

d). El Estado, para garantizar la unidad de mercado, puede ejercer sus competencias en materia de bases y coordinación de la ordenación de la actividad económica.

Una vez analizado el contenido jurídico del principio de unidad de mercado, y su directa incidencia en el sistema de distribución de competencias, procede examinar en qué medida la Ley 20/2013 respeta el marco constitucional y la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto. Lo que nos importa determinar es si el legislador estatal ha hecho un uso correcto de su competencia para garantizar la unidad del mercado, y si la Ley 20/2013 puede por tanto situarse dentro del título competencial estatal "bases y coordinación de la ordenación de la actividad económica", tal y como se ha interpretado por el Tribunal Constitucional.

Como veremos a continuación, a nuestro entender el principio de eficacia que introduce la Ley 20/2013 no respeta el marco constitucional vigente y además es disfuncional. Si bien reconocemos al Estado la competencia para garantizar la unidad del mercado, imponiendo incluso marcos normativos uniformes de contenido sectorial, creemos que ello debería hacerse, en su caso, a través de unas técnicas diversas a las que utiliza la Ley 20/2013 y, en concreto, del recurso al principio de eficacia tal y como se configura en el texto legal.

#### **IV. El principio de eficacia**

De acuerdo con Albertí,<sup>8</sup> la unificación económica discurre por cuatro vías: la desaparición de las fronteras interiores y la consiguiente creación de una unión aduanera frente al exterior, la interdicción del trato desigual en el interior de cada Estado miembro a los ciudadanos de los demás que integran la federación, la uniformización de las reglas básicas de disciplina de las actividades económicas en todo el territorio federal, y la concesión al poder central de los principales instrumentos de intervención económica. La Ley 20/2013 recurre a la tercera de las técnicas apuntadas.

En principio no tenemos nada que oponer a que el Estado trate de garantizar el principio de unidad de mercado haciendo uso de las

competencias que para ello le otorga el texto constitucional, en particular la competencia básica para la ordenación general de la economía. Ahora bien, como veremos a continuación, la Ley 20/2013 trata de hecho de imponer una igualación sustancial de la normativa sectorial reguladora de la actividad económica de forma indirecta. Para ello acude al principio de eficacia, lo que le permitirá imponer una uniformidad *de facto* a través de la generalización de la aplicación de la norma menos intervencionista, lo que a nuestro entender no sólo es inconstitucional, sino además irracional.

De las diversas medidas que contiene la Ley 20/2013 para garantizar la unidad del mercado, la de mayor calado, y más discutible, es la introducción del principio de eficacia. Este principio, definido como ya vimos en el artículo 6 de la ley (“los actos, disposiciones y modos de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica tendrán eficacia en todo el territorio nacional”) se desarrolla de forma específica en el capítulo V, artículos 19 y 20, y también se contempla en el artículo 18.2, letras b, c, d, e y f.

El principio de eficacia pretende conseguir un doble objetivo: por un lado, establecer una normativa común en todo el territorio nacional para regular el ejercicio de una actividad económica, y por otro lado, favorecer el que esta normativa común sea la que imponga las menores condiciones posibles para el concreto acceso a un determinado tipo de actividad económica. El artículo 19 define el alcance del principio de eficacia en los términos siguientes: “Desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar. Cualquier producto legalmente producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio español podrá circular y ofertarse libremente en el resto del territorio desde el momento de su puesta en el mercado. Cuando conforme a la normativa del lugar de destino se exijan requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías a los operadores económicos o a los bienes distintos de los exigidos obtenidos al amparo de la normativa del lugar de origen, la autoridad de destino asumirá la plena validez de estos últimos, aunque difieran en su alcance o cuantía. Asimismo, el libre ejercicio operará incluso cuando en la normativa del lugar de origen no se exija requisito, control, cualificación o garantía alguno.”

El objetivo perseguido por el principio de eficacia, tal y como acaba de definirse, ya se trata de conseguir a través de lo dispuesto en el artículo 18. Este precepto prohíbe de forma general algunas actuaciones por considerarlas contrarias al libre establecimiento y la libre circulación. Estas actuaciones prohibidas consisten en la exigencia de requisitos para el ejercicio de una actividad económica distintos de los que se exigen a un determinado operador por la autoridad del territorio en el que dicho operador tiene su sede social. Así, el artículo 18.2.b prohíbe la exigencia de requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para el ejercicio de la actividad en el territorio de una autoridad competente distinta de la autoridad de origen. De este modo se deja sin efecto la norma que impone condiciones más gravosas en otro territorio, al tener que aplicar lo dispuesto en la norma menos gravosa acordada por la autoridad de origen. Lo mismo ocurre en los supuestos previstos en los apartados c, d, e, y f, en relación a requisitos de cualificación profesional, requisitos de seguros, especificaciones técnicas, o condiciones para la obtención de ventajas económicas.

La regulación específica del principio de eficacia se contiene en el capítulo V. Por un lado, el artículo 19, al que antes nos hemos referido, establece el principio general de aplicación de la normativa más favorable en todo el territorio nacional para el ejercicio de cualquier actividad económica y para la circulación de los productos fabricados. Esta normativa más favorable desplaza a la normativa del lugar en donde vaya a ejercerse la actividad o vaya a venderse el producto.

El artículo 20, por su parte, viene a tratar de conseguir el mismo objetivo pero en este caso a través de una regla de contenido positivo, afirmando que las actuaciones administrativas realizadas por la autoridad del lugar de origen a favor de un operador económico extenderán su eficacia a todo el territorio nacional, sin que pueda exigirse al operador económico el cumplimiento de nuevos requisitos u otros trámites adicionales. De este modo, el artículo 19 lo que nos dice es que la autoridad de destino asumirá la plena validez de lo establecido por la autoridad de origen, mientras que el artículo 20 lo que nos dice es que lo dispuesto por la autoridad de origen tendrá plena eficacia en todo el territorio nacional. Ambos mandatos se complementan, si bien en el fondo significan lo mismo.

La aplicación general y extensiva de lo dispuesto en la normativa de la autoridad de origen tiene no obstante una excepción. Como dice

el apartado cuarto del artículo 20, “el principio de eficacia en todo el territorio nacional no se aplicará en caso de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física. No obstante, cuando el operador esté legalmente establecido en otro lugar del territorio, las autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la instalación o infraestructura. El principio de eficacia en todo el territorio nacional tampoco se aplicará a los actos administrativos relacionados con la ocupación de un determinado dominio público o cuando el número de operadores económicos en un lugar del territorio se ha limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas”.<sup>9</sup> De este modo, pues, el principio de eficacia jugará fundamentalmente en todo aquello que podemos simplificar diciendo que está vinculado a la licencia de actividad, mientras que no es de aplicación en aquello vinculado a las licencias de construcción o de apertura.

¿Cuál es el verdadero alcance de este principio? A nuestro entender lo verdaderamente relevante del principio de eficacia es que va más allá del principio del reconocimiento mutuo para actos ejecutivos adoptados bajo una normativa común. El principio del reconocimiento mutuo, de origen comunitario, lo que trataba era de imponer a los Estados miembros la aceptación de los productos legalmente fabricados y comercializados en cualquier otro Estado de la UE, aunque lo hubieran sido con normas y prescripciones técnicas diferentes a las del Estado receptor, con tal de que estas normas fueran aptas y suficientes para satisfacer el objetivo regulador fundamentado por una razón imperiosa de interés general. Por tanto, en el principio del reconocimiento mutuo existen dos ideas previas fundamentales. La Comisión puede establecer unos contenidos esenciales en la reglamentación de los productos, y a partir de aquí los Estados miembros, en virtud del principio de confianza mutua, reconocen la aplicación que

---

9. La exposición de motivos de la ley precisa algo más el alcance de esta excepción. Como ya expusimos en la nota 4, la exposición de motivos nos dice que “este principio de eficacia no es, sin embargo, aplicable a determinadas actuaciones relacionadas con las instalaciones o infraestructuras físicas, con la ocupación del dominio público o la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas que, por su propia naturaleza, resultan vinculados con un ámbito territorial determinado, como nuevamente sucede con las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia, que se consideran incluidas en las previsiones del segundo párrafo del artículo 20.4 de esta ley”.



de esta normativa mínima comunitaria haya hecho otro Estado.<sup>10</sup> El principio de eficacia va más allá, ya que lo que pretende es conseguir que en todo el territorio nacional se imponga por la fuerza de los hechos aquella normativa más liberalizadora, aquella que contenga menos requisitos para el ejercicio de una actividad económica o para la circulación de un producto. Al imponer la extensión de esa normativa en los territorios de destino se está generalizando la aplicación de la normativa menos interventora. Esto es lo que se ha calificado como “*dumping regulatorio*”.

El “*dumping regulatorio*” puede imponerse por la fuerza de los hechos. Cualquier autoridad con competencia para regular el acceso a una determinada actividad económica, o las condiciones de fabricación de un producto, puede decidir establecer en su territorio la norma más favorable posible, llegando incluso a no existir ningún tipo de control previo para el ejercicio de estas actividades. De este modo atraerá a las empresas del sector a establecerse en su territorio, con los beneficios que ello pueda comportar para esta administración, desde el punto de vista de ingresos tributarios y creación de puestos de trabajo. Se trata de atraer inversiones a través de medidas favorables de contenido económico. Las empresas pueden tener interés en deslocalizarse a estos territorios ya que a partir de este momento podrán ejercer su actividad en todo el territorio nacional con el régimen menos intervencionista posible. El operador económico escoge el ordenamiento que le es más favorable y en virtud del principio de eficacia se dedica a desplazar las normativas o las intervenciones administrativas existentes en los lugares de destino.

Es importante destacar que la verdadera significación del principio de eficacia, tal y como se contempla en la Ley 20/2013, radica en el hecho de que en virtud del mismo se establece una nueva relación entre los ordenamientos de las distintas Comunidades Autónomas y también de los entes locales. El sistema de distribución de competencias queda alterado sustancialmente por el hecho de que a partir de ahora aquella Comunidad Autónoma, o aquel ente local, que en ejercicio de sus competencias decida establecer la normativa menos interventora posible conseguirá que su norma se aplique en todo el territorio nacional por encima de lo que se haya establecido en otras normativas aprobadas en ejercicio de sus propias competencias por

10. Sobre esta cuestión, *vid.* De la Quadra-Salcedo, T. “Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?”, *REDA*, nº 146, 2010, pág. 253 a 25.

otras Comunidades Autónomas o entes locales. El principio de eficacia no supone una alteración directa del sistema de distribución de competencias, ya que en principio se respeta el sistema existente y tanto las Comunidades Autónomas como los entes locales podrán continuar aprobando las normativas reguladoras en materia económica que sean de su competencia. Esta normativa será válida, el problema es que perderá su eficacia en el propio territorio de la autoridad competente que la aprobó al verse desplazada por la normativa que trae bajo el brazo el operador económico que decide actuar en esta Comunidad Autónoma o ente local como territorio de destino.

Para hacer efectivo el principio de eficacia la ley regula, en su capítulo VI, la supervisión de los operadores económicos, con el fin de garantizar la libertad de establecimiento y la libre circulación y el cumplimiento de los principios recogidos en la ley. Así, el artículo 21 nos dice que cuando la competencia de supervisión y control no sea estatal las autoridades de origen serán las competentes para la supervisión y control de los operadores respecto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad económica, mientras que las autoridades de destino serán las competentes para la supervisión y control del ejercicio de la actividad económica. Se añade que las autoridades del lugar de fabricación serán las competentes respecto al control del cumplimiento de la normativa relacionada con la producción y los requisitos del producto para su uso y consumo. Finalmente se añade que en caso de que, como consecuencia del control realizado por la autoridad de destino, se detectara el incumplimiento de requisitos de acceso a la actividad de operadores o de normas de producción o requisitos del producto, se comunicará a la autoridad de origen para que ésta adopte las medidas oportunas, incluidas las sanciones que correspondan.

¿Qué significa en definitiva este sistema de supervisión? Lo que el legislador ha establecido es que si existe una normativa que establezca requisitos de acceso a una actividad económica el cumplimiento de esta normativa será llevada a cabo por la autoridad de origen. A la autoridad de destino le corresponde únicamente el control y supervisión del ejercicio de la actividad económica, esto es, constatar si quien ejerce la actividad tiene acreditado el cumplimiento de los requisitos de acceso a dicha actividad y si cumple con la normativa aplicable para poder ejercerla (por ejemplo, respeto a requisitos ambientales, seguridad en el trabajo, ruido, etc.). Es decir, si un operador económico que tiene su sede social en la Comunidad Autónoma de Cataluña debe cumplir un requisito para poder acceder al ejercicio de esa actividad, serán las autoridades de Cataluña las que verificarán

si cumple estos requisitos para poder ejercer esta actividad. Una vez haya sido autorizado o haya obtenido el certificado correspondiente ya podrá actuar en todo el territorio nacional, de modo que si actúa en la Comunidad Autónoma valenciana las autoridades de esta Comunidad deberán limitarse a comprobar si en su territorio de origen ha obtenido la autorización o certificado correspondiente, por tanto según la normativa aplicable en la administración de origen. Si las autoridades valencianas detectaran que este operador catalán no tiene la autorización o certificado correspondiente deberán comunicar a las autoridades de Cataluña esta situación, para que sean estas autoridades las que adopten las medidas oportunas, que pueden consistir en la prohibición del ejercicio de la actividad y en la imposición de medidas sancionadoras. Por tanto, las autoridades de destino no podrán ejercer medida alguna sobre el operador económico que proviene de otra Comunidad Autónoma en lo referente a las condiciones para el inicio o ejercicio de la actividad.

Los conceptos de autoridad de origen y autoridad de destino se definen en el anexo de la propia ley. El apartado B del anexo nos dice que autoridad de origen es la autoridad competente del lugar del territorio nacional donde el operador esté establecido legalmente para llevar a cabo una determinada actividad económica. Se añade que se entenderá que un operador está establecido legalmente en un territorio cuando en ese lugar se acceda a una actividad económica y a su ejercicio.

El apartado E del mismo anexo nos dice que autoridad de destino es la autoridad competente del lugar del territorio nacional donde un operador legalmente establecido en otro lugar del territorio nacional lleva a cabo una actividad económica, mediante establecimiento o sin él.

La disposición adicional 10ª, por su parte, trata de precisar la forma de determinar cuál es la autoridad de origen. Así, nos dice la disposición adicional que cuando haya conflicto para determinar cuál es la autoridad de origen, o el operador se haya establecido en más de un lugar, elegirá como autoridad de origen la de cualquiera de los lugares en los que se haya establecido y comunicará su elección a las autoridades afectadas. La comunicación producirá efectos a partir de su presentación, no afectando a los procedimientos administrativos iniciados con anterioridad.<sup>11</sup>

---

11. La disposición adicional añade que: "Mientras los operadores económicos no hayan efectuado la comunicación de su elección conforme a lo previsto en el primer párrafo de esta disposición, desde la entrada en vigor de los artículos 20 y 21.2 de esta ley se

De este modo se viene a favorecer el ejercicio de lo que hemos llamado “*dumping* regulatorio”. Como vemos, se deja en manos del operador establecido en más de un lugar el determinar cuál es su autoridad de origen, debiendo únicamente comunicar esta elección a las autoridades de destino en las que vaya a ejercer su actividad. De este modo es lógico pensar que el operador económico escogerá como autoridad de origen aquella que le dé un trato más favorable.

## V. La crítica al principio de eficacia

La introducción en nuestro sistema normativo del principio de eficacia en los términos en que se lleva a cabo por la Ley 20/2013 nos parece criticable por varios motivos. En primer lugar, porque creemos que vulnera de forma manifiesta el sistema de distribución competencial establecido en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. En segundo lugar, porque da una respuesta irracional y no eficaz a un problema real, como es el de la excesiva fragmentación de la regulación del ejercicio de las actividades económicas en todo el territorio del Estado. En tercer lugar, porque introduce de hecho un trato desigual entre los operadores de las diversas Comunidades Autónomas.

### A) *La inconstitucionalidad del principio de eficacia por razones de orden competencial*

La Ley 20/2013 establece en su disposición final cuarta que la misma se dicta en ejercicio de las competencias exclusivas del Estado para “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, legislación procesal, en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, así como sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y la legislación básica sobre contratos recogidas respectivamente en las materias del artículo 149.1.1<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup> y 18<sup>a</sup>”.

---

considerará que es autoridad de origen la del lugar donde el operador económico ejerce la dirección efectiva de su actividad económica, centraliza la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. Cuando el operador económico no hubiera accedido a esa actividad económica en el lugar donde ejerce la dirección efectiva de su actividad económica, centraliza la gestión administrativa y la dirección de sus negocios, se considerará que es autoridad de origen la del lugar en el que se estableció en primer lugar para llevar a cabo esa actividad económica.”

La exposición de motivos de la propia ley afirma por su parte que “el Tribunal Constitucional ha considerado en múltiples ocasiones que en Estados como el nuestro, de estructura territorial compleja, la exigencia de que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional es una proyección concreta del más general principio de unidad. Así, ha considerado el Tribunal Constitucional que el funcionamiento de la actividad económica exige la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario y general en todo el territorio nacional”.

Nada que decir a lo que se establece en la exposición de motivos. En el inicio de este trabajo hemos recogido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al principio de unidad de mercado. Como ya hemos dicho, esa jurisprudencia reconoce ciertamente al Estado un poder de intervención y regulación para tratar de conseguir hacer efectiva la unidad de mercado, pero esta misma jurisprudencia reconoce que unidad no es uniformidad, y que la intervención estatal debe ser respetuosa con las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de autonomía en materia de ordenación de la economía.

Para tratar de sortear la jurisprudencia constitucional, el legislador justifica competencialmente el contenido de la ley afirmando que la misma no tiene como finalidad uniformar los ordenamientos jurídicos. La exposición de motivos nos dice que “sin perjuicio de las competencias que en cada caso corresponden al Estado, las Comunidades Autónomas o las entidades locales, con esta ley se dota de eficacia en todo el territorio nacional a las decisiones tomadas por la autoridad competente de origen, basadas en un criterio de confianza mutua, y se aplican principios comunes como el principio de eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas en la libre iniciativa económica, lo que implica el reconocimiento implícito de actuaciones de las autoridades competentes de otras administraciones públicas. La ley no tiene como finalidad uniformar los ordenamientos jurídicos, puesto que, como ya ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, unidad no significa uniformidad, ya que la misma configuración territorial del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone una diversidad de regímenes jurídicos”.

Afirmación tan cierta como falsa. Es verdad que la ley no tiene como finalidad uniformar los ordenamientos jurídicos a través del establecimiento de una normativa común. La Ley 20/2013 no establece

a través del principio de eficacia un nuevo marco común para todas las Comunidades Autónomas en materia de acceso al ejercicio de las actividades económicas, y desde este punto de vista puede decir que respeta las competencias de las distintas Comunidades Autónomas y también la de los entes locales en esta materia. Pero lo cierto, como ya hemos apuntado antes, es que el principio de eficacia supone introducir un nuevo criterio de relación entre ordenamientos jurídicos que supone de hecho una novedad de gran calado, ya que el citado principio permite que la normativa de una Comunidad Autónoma, o incluso de un ente local, desplace las normativas de los entes territoriales que ostenten las mismas competencias materiales. De esta forma se impone la uniformización de los ordenamientos jurídicos. Es verdad que la uniformización no se impone directamente en virtud del contenido de una ley estatal sectorial que ocupa el ámbito material de regulación de los otros entes territoriales, pero lo que sí hace la norma estatal es imponer que las regulaciones materiales que establezcan el marco más liberalizador posible para el acceso al ejercicio de una actividad económica se impongan en todo el mercado nacional y desplacen a las normas de los otros entes territoriales en sus respectivos territorios. La ley estatal lo que hace de este modo es introducir un nuevo criterio de relación interordenamental que permitirá la uniformización a la baja de los ordenamientos jurídicos internos. No se altera en abstracto el sistema de reparto competencial, ya que las Comunidades Autónomas y los entes locales podrán continuar ejerciendo sus competencias, pero las normas que estas entidades dicten o los actos administrativos que pretendan ejercer se verán desplazados por las normas y por los actos ejecutivos que otros entes territoriales hayan aprobado en ejercicio de las mismas competencias materiales.

El legislador estatal no recurre tampoco en este caso a su competencia para la ordenación general de la economía estableciendo unas bases como un mínimo común denominador normativo, o como unos principios generales de intervención sobre las actividades económicas que pudieran ser desarrollados por las Comunidades Autónomas. Esto último es lo que por ejemplo se llevó a cabo a través de las leyes de trasposición de la Directiva 123/2006.<sup>12</sup> En el presente

---

12. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en su Sentencia 193/2013, de 21 de noviembre, FJ 4, *in fine*, "por lo que es posible trasladar aquí la conclusión allí alcanzada y que ya se resolvió en dicha STC 26/2012, FJ 5", al subrayar que "[n]inguna duda cabe de que las normas que se han expuesto tienen carácter básico desde un punto de vista formal, pues ya hemos indicado que como tales se proclaman en la Ley de ordenación del comercio minorista y en la Ley 17/2009 mientras que, desde la perspectiva material, pueden ser

caso, el principio de eficacia no supone que el Estado defina un modelo básico y común de ordenación de la economía, ya que en el capítulo de la ley relativo a dicho principio no se establece ninguna regla material de actuación. Lo que se establece es un principio de relación interordinamental, en virtud del cual la regla menos intervencionista desplaza a la regla más intervencionista. De este modo se consigue inaplicar la normativa autonómica y local. No se establece un juego de bases y desarrollo en virtud del cual el legislador estatal se atribuye toda la competencia normativa, remitiendo a la Comunidad Autónoma o ente local la función ejecutiva. Se va más allá, ya que en función de cuál sea el contenido de la norma autonómica o local menos intervencionista se puede llegar a suprimir toda posibilidad de intervención al ente territorial que trata de establecer un régimen de intervención en función de su valoración sobre el alcance de los intereses generales a proteger. Si el operador económico dispone de una normativa no intervencionista en su lugar de origen, la norma autonómica local deviene inaplicable.

Esta crítica a la ley desde la perspectiva competencial apareció ya en el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de ley de garantía de la unidad de mercado de fecha 11 de abril de 2013. El Consejo analiza el principio de eficacia y afirma que “si se trae a colación la doctrina constitucional relativa al principio de unidad de mercado, fácilmente se constata que el reconocimiento de la diversidad normativa entre Comunidades Autónomas a que anteriormente se ha hecho alusión queda manifiestamente en entredicho, pues una normativa menos rígida o exigente para una determinada actividad económica, que puede tener su razón de ser en las peculiaridades propias del territorio en el que en principio ha de regir, se extrapola a otro ámbito territorial en el que, precisamente, las especificidades que

---

consideradas previsiones básicas en materia económica en cuanto que prevén un marco más flexible y transparente para el acceso y ejercicio de las actividades de servicios, estableciendo que deben de eliminarse todos aquellos regímenes de autorización que no estén justificados por una razón imperiosa de interés general a fin de asegurar que los controles administrativos previos para el ejercicio de una actividad, en este caso la comercial, no constituyan obstáculos indebidos para el acceso al mercado. El Estado puede legítimamente perseguir estos objetivos al amparo de sus competencias, en particular la relativa a la ordenación general de la economía ex art. 149.1.13 CE”. Sobre el alcance de la competencia estatal de ordenación general de la economía, del artículo 149.1.13, *vid.*, recientemente, De la Quadra-Salcedo Janini, T. “La transposición de las Directivas que inciden en la regulación económica: la utilización del título competencial del artículo 149.1.13 CE”, en el volumen colectivo *Transposición de Directivas y autogobierno*, X. Arzo (dir.), IEA, Barcelona, 2013, pág. 254 y ss.



le son propias pueden ser la causa de la implantación de un régimen jurídico más riguroso". Por ello, concluye que "se sugiere reflexionar sobre la conveniencia de introducir un modelo basado en las premisas anteriormente expuestas habida cuenta que su compatibilización con el reconocimiento de la diversidad normativa en el marco de la unidad de mercado puede presentar dificultades importantes".

También se muestra crítico con el anteproyecto de ley desde esta perspectiva competencial el Dictamen 5/2013 del Consejo Económico y Social de España, de fecha 19 de abril de 2013. Para el Consejo Económico y Social la norma sometida a dictamen puede ser de difícil aplicación y dar lugar a una gran litigiosidad, porque afecta a un buen número de competencias autonómicas y locales. Por ello el Consejo señala que a su juicio "la norma debería disponer de manera expresa en las disposiciones generales, tal y como reza en la exposición de motivos, que lo estipulado en ella se aplicará sin perjuicio de las competencias que en cada caso correspondan al Estado, las Comunidades Autónomas o las entidades locales".

En cambio, el dictamen del Consejo de Estado, número de expediente 631/2013, de 26 de junio de 2013, no hace especial hincapié en el tema competencial. Se limita a discrepar de los reparos de inconstitucionalidad formulados por las Comunidades Autónomas de Cataluña y Andalucía, y de forma un tanto apodíctica afirma que no se afecta a las competencias autonómicas y locales.

En definitiva, llegamos a la conclusión de que el principio de eficacia tal y como se establece en la Ley 20/2013 no tiene encaje en nuestro modelo constitucional de distribución de competencias, y no puede ampararse en el principio de unidad de mercado ni en los títulos competenciales transversales del Estado a los que se refiere la disposición final cuarta de la misma Ley 20/2013.

## **B) Una solución ineficaz**

La política pública estatal a favor de la unidad de mercado no sólo debe ser adecuada a la Constitución, también debe tratar de ser eficaz. Esta eficacia está, a nuestro entender, claramente comprometida por las mismas razones que nos han llevado a cuestionar la constitucionalidad de la Ley 20/2013.

La aplicación práctica del principio de eficacia puede derivar en una significativa litigiosidad, dada la complejidad que supone la aplicación de los criterios de autoridad de origen y de destino para determinar el ordenamiento aplicable, a pesar de los esfuerzos del le-

gislador por establecer unos criterios generales que permitan resolver estos conflictos (disposición adicional cuarta). En ningún caso puede minusvalorarse el hecho de que las administraciones en donde se lleve a cabo la actividad tenderán a tratar de imponer su propia normativa, aprobada en razón del propio concepto de interés público, lo que derivará en muchas ocasiones en conflictos jurídicos. El propio Consejo Económico y Social, en su Dictamen 5/2013 sobre el anteproyecto de ley de garantía de la unidad de mercado, afirma que “el CES considera que la norma sometida a dictamen puede ser de difícil aplicación y dar lugar a una gran litigiosidad porque afecta a un buen número de competencias autonómicas y locales” (página 8).

Desde otra perspectiva, las consecuencias que se derivan de la aplicación del principio de eficacia tampoco parecen plausibles. Favorecer el *dumping* regulatorio puede llevar a imponer un sistema general de falta de requisitos previos, y por tanto también de controles posteriores, para el acceso al ejercicio de todo tipo de actividades económicas. Esta supresión indiscriminada de cargas no puede verse como algo en sí mismo positivo. Razones de interés general aconsejan en muchos casos someter el ejercicio de actividades económicas al cumplimiento de requisitos de acceso a la actividad. Requisitos que se podrán exigir en forma de controles *ex ante* o *ex post*, pero en todo caso convendrá en muchas ocasiones exigir unas reglas de actuación en defensa de los intereses generales. Por ello nos parece peligroso favorecer la supresión de todo tipo de norma reguladora o de los niveles mínimos de intervención con el argumento de que se defiende el principio de unidad de mercado.

Lo que el mundo empresarial reclama, y lo que nos parece correcto, no es tanto la supresión de todo requisito previo para el ejercicio de sus actividades económicas cuanto el hecho de que los requisitos exigibles sean razonables, previsibles y que se establezcan con carácter general en una única norma de ámbito estatal.

### **C) El principio de igualdad**

Por último, el principio de eficacia supone en la práctica vulnerar el principio de igualdad de los operadores económicos, ya que un operador puede ver como un competidor actúa en su mismo ámbito territorial amparado en un ordenamiento diverso que le resulta más ventajoso.

Así, el operador que goce de un régimen menos intervencionista en su lugar de origen competirá en mejores condiciones con el opera-

dor del lugar de su destino, que puede estar sometido a un régimen de instalación más exigente. Ciertamente, quien esté sometido a este régimen más riguroso puede modificar su "autoridad de origen" en busca del mismo ordenamiento más ventajoso, pero es obvio que este traslado ya supone en sí mismo un trato discriminatorio y por tanto desigual.

## **VI. Una reflexión final. Otras vías para hacer realidad el principio de unidad de mercado**

Las críticas que hemos realizado a la Ley 20/2013, y en particular a la introducción en la misma del principio de eficacia, no deben trasladarse necesariamente al objetivo del texto legal. La ley trata de dar contenido al principio de unidad de mercado, con el fin de favorecer la libre circulación de establecimiento de los operadores económicos, y este objetivo nos parece plausible. Pero lo que se persigue debe llevarse a cabo de acuerdo con el marco constitucional y de la forma que resulte más eficaz posible.

Como hemos reiterado en este trabajo, la Ley 20/2013 establece tres formas de actuación para conseguir el objetivo que quiere alcanzar. Por un lado establece unos principios generales de actuación de todas las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias de ordenación de las actividades económicas. Principios que, salvo el de eficacia, definido en el artículo 6, juzgamos razonables. Si bien estos principios generales condicionan el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, no puede afirmarse que vulneren el orden constitucional de reparto competencial. La competencia estatal en materia de ordenación general de la economía legitima la actuación del legislador estatal.

En segundo lugar, el capítulo IV, ampliando lo dispuesto en la Directiva 123/2006, establece ya límites concretos al ejercicio de las competencias autonómicas. Se determina en qué casos podrán exigirse autorizaciones, declaraciones responsables o comunicaciones previas, y qué actuaciones se considerarán en todo caso actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación. Se define de este modo un modelo general regulatorio de carácter claramente no intervencionista, pero ello no supone tampoco desconocer de modo absoluto las competencias sectoriales del legislador autonómico, o del normador local. Estos entes territoriales podrán aplicar las reglas generales de

este capítulo IV en ejercicio de sus respectivas competencias, optando dentro del modelo común impuesto por políticas más o menos intervencionistas.<sup>13</sup> El contenido de este capítulo puede ampararse en parte en lo dispuesto en la Directiva 123/2006 y, en lo restante, en el artículo 149.1.13 CE.

El principio de eficacia, la tercera modalidad de intervención que utiliza la Ley 20/2013 para dar contenido al principio de unidad de mercado, como ya hemos expuesto, supone a nuestro juicio un salto cualitativo muy significativo que en la práctica conlleva la vulneración del orden competencial establecido en la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Si volvemos a lo que decíamos hace un momento, la conveniencia de imponer un modelo de intervención regulatorio más homogéneo (evitar 17 formas de ordenar el acceso y el ejercicio de la actividad económica por parte de los distintos operadores económicos), lo que hay que plantear es si existen otras formas de lograr este objetivo dentro del marco constitucional y de forma más eficiente.

Las leyes estatales dictadas en trasposición de la Directiva 123/2006 ya han impuesto un modelo común ampliamente liberalizador, yendo incluso más allá de lo que exigía la propia norma comunitaria. El principio del reconocimiento mutuo evita también cargas innecesarias consistentes en tener que someterse a diversos procedimientos de control previo. Pero este principio funciona cuando los marcos normativos son homogéneos. Por tanto, lo que aún preocupa es lo siguiente: ¿qué ocurre cuando los modelos regulatorios son diversos, aun dentro de unos principios comunes? ¿Cómo puede imponerse un modelo regulatorio común si los títulos competenciales internos atribuyen poderes normativos sectoriales a las diferentes Comunidades Autónomas? La respuesta que a esta segunda pregunta da la Ley 20/2013 no nos parece aceptable. Pero ¿existen otras posibilidades para permitir la intervención del legislador estatal? Una primera posibilidad de alcanzar estos mismos objetivos favorables al reforzamiento del mercado nacional único es la que ha construido Tomás de la Quadra-Salcedo Janini.<sup>14</sup> Resumiendo su amplio y sólido trabajo, el citado autor parte de la afirmación según la cual la defensa del mercado nacional

---

13. Sobre la particular incidencia de esta normativa en la posición de los entes locales, *vid.* De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. "Ley, derechos fundamentales y libertades económicas: la intervención local en servicios y actividades", *RAP*, nº 192, 2013.

14. De la Quadra-Salcedo Janini, T. *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC, Madrid, 2008.

no es una directa e inmediata exigencia constitucional, pero sí una posibilidad que puede promoverse a través de una decisión política del legislador estatal.

La Constitución española, al establecer el modelo de reparto competencial, no habría optado por un sistema en el que el reparto de poderes se fija exclusivamente en razón de títulos materiales y funcionales que permitieran identificar claramente los cometidos de cada nivel territorial. Para De la Quadra, la Constitución española también recurre a ciertos apoderamientos finalistas, como la garantía de la unidad de mercado, más propios de los federalismos de integración que de los de devolución, como es el caso español. Según este autor se debe “asumir que la existencia de una reserva de competencias del Estado definidas en función de la consecución de amplios objetivos puede tener como consecuencia, en caso de ejercicio efectivo por el Estado de las mismas, la afectación del ámbito propio de decisión de las Comunidades Autónomas, lo que no supondría dejar sin sentido los preceptos constitucionales y estatutarios dedicados a la distribución de competencias por materias”.<sup>15</sup> Estas competencias finalistas serían las articuladas a través de los títulos transversales del artículo 149.1, concretamente los números 1 y 13. Así, añade el mismo autor que “un mecanismo esencial que tiene el Estado para promover la unidad sería el ejercicio de aquellas competencias normativas transversales u horizontales que le reserva la Constitución en el artículo 149.1 y que, al igual que en el supuesto de las competencias materiales del Estado, le permitirían establecer condiciones uniformes en todo el territorio nacional”.

El razonamiento se cierra con la apelación a la cláusula de prevalencia. El ejercicio por el Estado de sus competencias transversales se impondría en todo el Estado por aplicación de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE, que, para el autor citado, permite resolver los supuestos de colisiones normativas en caso de “conurrencias prácticas”, esto es, de colisiones entre normas adoptadas por cada nivel territorial en ejercicio de competencias propias y distintas. De este modo, la norma finalista estatal para lograr la unidad del mercado se impondría (desplazaría) a la norma sectorial autonómica en materia, por ejemplo, de comercio, industria, transportes o turismo.<sup>16</sup>

15. De la Quadra-Salcedo Janini, T., *op. cit.*, pág. 210.

16. De la Quadra-Salcedo Janini, T., *op. cit.*, pág. 174 a 176.

Si bien compartimos el objetivo último, permitir al Estado la defensa de la unidad de mercado a través de la definición de un marco normativo común, no compartimos en cambio el recurso a la regla de la prevalencia para imponer este marco regulatorio común. Seguimos pensando<sup>17</sup> que la regla de la prevalencia no es aplicable en un sistema constitucional que establece un reparto competencial en el que no existe la concurrencia perfecta, salvo tal vez en materia de cultura, 149.2 CE, razón por la cual los conflictos entre normas deben resolverse siempre por el Tribunal Constitucional en aplicación del marco constitucional y estatutario de distribución de títulos competenciales y en términos de validez-invalidez de las normas que entran en conflicto.

Por otra parte, es discutible que el título estatal de "ordenación general de la economía", creado a partir del artículo 149.1.13 de la Constitución, pueda ir más allá del establecimiento de unos principios generales, unas bases generales en materia de ordenación, justificadas por la incidencia de la normativa que se trata de imponer en el funcionamiento general del sistema económico, pero difícilmente este título permitirá descender a regulaciones sectoriales concretas que tengan como fin la ordenación de un sector concreto de la actividad económica.

Si el camino seguido nos parece equivocado, el objetivo perseguido parece razonable. Para alcanzar este fin, una regulación sectorial homogénea cuando se trata de establecer condiciones de acceso a las actividades económicas, podría acudir en primer lugar a una técnica que prevé la misma Ley 20/2013. Me refiero a la elaboración conjunta de esta normativa homogénea en el seno de las conferencias sectoriales (artículo 12.2), lo que podríamos calificar de "armonización paccionada". Del mismo modo se debería acudir a la cooperación en la elaboración de proyectos normativos, artículo 14, con el fin de lograr un correcto ejercicio de las respectivas competencias a través de un procedimiento de elaboración normativo participado.

Si finalmente estas vías basadas en la coordinación o cooperación no fueran suficientes, podría pensarse de forma excepcional en recuperar la técnica de la ley de armonización, como técnica jurídica que permite una adaptación en el tiempo del texto constitucional, o mejor del bloque de constitucionalidad, a la realidad posterior.

---

17. Así nos manifestamos ya en nuestro libro Aja-Tornos-Perulles-Albertí, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 126. El Tribunal Constitucional también se ha inclinado por esta interpretación de la cláusula de prevalencia, STC 163/1995.

La ley de armonización, en particular cuando se recurre a la misma con carácter *ex post*, permite reconducir el sistema de reparto competencial si se advierte que su aplicación es disfuncional y que existen intereses superiores, por ejemplo el principio de unidad de mercado, que justifican la intervención del legislador estatal.<sup>18</sup> Si el problema detectado es el coste disfuncional que comportan los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación autonómica y local en materia de intervención económica, y en particular el hecho de que estos obstáculos y trabas sean desiguales, lo que procede es tratar de establecer marcos regulatorios armonizados de carácter sectorial. Creemos que no se trata en todo caso de avanzar hacia la desregulación, y menos aún de imponer un sistema que permite extender la regla menos intervencionista en todo el territorio. Lo que parece reclamarse son marcos reguladores que eviten la fragmentación del mercado nacional dificultando la competencia efectiva e impidiendo aprovechar las economías de escala. Si estos marcos regulatorios uniformes no se pueden alcanzar mediante fórmulas basadas en la colaboración en el ejercicio de las respectivas competencias, podría acudir, insistimos excepcionalmente, a la ley de armonización.

De lo expuesto se deduce que lo que reclamamos es poder definir, allí donde se acredite su conveniencia en aras de un mejor funcionamiento del mercado, unos marcos reguladores sectoriales uniformes, sin perjuicio de que las competencias ejecutivas se mantengan en el ámbito autonómico. Así, por ejemplo, lo que sostenemos es que una ley de armonización podría establecer el marco regulador común para el ejercicio de la actividad de inspección técnica de vehículos. El cumplimiento de los requisitos para poder acceder al ejercicio de esta actividad, y las inspecciones posteriores, una vez definidos en esta norma común, deberían quedar en manos autonómicas. Pero una ley estatal de armonización podría intervenir en este sector material de "industria".

Como se ha dicho, el campo habitual en el que pueden utilizarse las leyes de armonización es en el de las competencias legislativas exclusivas y plenas de las Comunidades Autónomas, ya que si existe una posible "armonización" a través de la normativa básica estatal el

---

18. El Consejo Económico y Social, en su Dictamen 5/2013 sobre el anteproyecto de ley de garantía de la unidad de mercado, página 13, manifestó lo siguiente: "Este Consejo es partidario de impulsar un proceso de armonización de la regulación económica de las distintas administraciones públicas que, respetando los distintos ámbitos competenciales, limite la excesiva dispersión normativa, simplifique los procedimientos, elimine duplicidades y requisitos innecesarios [...]".



Estado no tendría necesidad de acudir a la ley de armonización.<sup>19</sup> Si bien es cierto que el Estado podría recurrir en el caso que nos ocupa a su competencia transversal del artículo 149.1.13 CE, como ya hemos apuntado creemos conveniente reservar este título para aquellas intervenciones que sean necesarias por afectar al funcionamiento general de la economía. En los supuestos en los que lo que se pretende es establecer una regulación sectorial, en la que puede no estar en juego el sistema general económico, pero sí el buen funcionamiento de un sector económico de acuerdo con el principio de unidad de mercado, puede ser aconsejable recurrir a la figura de la ley de armonización.<sup>20</sup>

19. Muñoz Machado, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, I, IUSTEL, 2006, Pág. 783.

20. Sobre las leyes de armonización, es útil recordar la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia 76/1986, FJ 3.B, en donde se fija el alcance del recuso a esta figura normativa, a la que otorga un claro papel excepcional y subsidiario:

"b) Una vez acotada aquella parte del Proyecto de LOAPA a la que en principio puede asignarse naturaleza armonizadora, ha de plantearse la cuestión de si el legislador puede dictar leyes de armonización en el supuesto de que disponga de otros títulos específicos previstos en la Constitución para dictar la regulación legal de que se trate. Y, dado que el Proyecto de LOAPA pretende establecer preceptos que se impongan al Estado y a todas las Comunidades Autónomas, ha de tomarse como punto de referencia las posibilidades ordinarias que tiene el legislador para dictar leyes de este alcance en relación a las Comunidades con mayor nivel de autonomía.

"La respuesta ha de ser negativa si se tiene en cuenta que el mencionado art. 150.3 constituye una pieza dentro del sistema global de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y por ello no puede ser interpretado aisladamente, sino en relación con el conjunto de normas que configuran dicho sistema. En este sentido, es preciso señalar que el constituyente ha tenido ya presente el principio de unidad y los intereses generales de la nación al fijar las competencias estatales y que es la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos lo que explica que la propia Constitución haya previsto la posibilidad de que el Estado incida en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, por razones de interés general, a través de la técnica armonizadora contenida en el art. 150.3.

"Desde esta perspectiva, el art. 150.3 constituye una norma de cierre del sistema, aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general, pues en otro caso el interés que se pretende tutelar y que justificaría la utilización de la técnica armonizadora se confunde con el mismo interés general que ya fue tenido en cuenta por el poder constituyente al fijar el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las Leyes de armonización vienen a complementar, no a suplantar, las demás previsiones constitucionales.

"De ello no cabe deducir, sin embargo, que la armonización prevista en el art. 150.3 de la Constitución se refiera únicamente al ejercicio de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, alegando –como hacen los recurrentes– que en los supuestos de competencias compartidas el Estado puede, a través de la regulación básica en la materia, tutelar directamente el interés general y conseguir la uniformidad jurídica pretendida por la Ley armonizadora. Si bien normalmente la armonización afectará a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, no es contrario a la Constitución que las

Desde una perspectiva de futuro, el recurso a la ley de armonización nos lleva a formular una última consideración. Esta técnica de flexibilización del modelo de reparto competencial establecida en el bloque de constitucionalidad tendría más fácil aceptación, y resultaría más eficaz, si la misma formara parte de un sistema constitucional en el que se contara con una auténtica Cámara de representación territorial. En la actualidad la ley de armonización requiere que el interés general que justifica su aprobación sea apreciado por ambas cámaras. Este requisito, que se explica por la singularidad de este tipo de norma, sería más respetuoso con las competencias autonómicas si el mismo se apreciara de forma acordada en un Senado de nueva configuración. La ley de armonización debería ser fruto de la negociación en el Senado, de forma que su contenido inicial no fuera la decisión del Gobierno del Estado, sino de un acuerdo de las diferentes Comunidades Autónomas. Por ello, en lugar de extender el contenido y aplicación de competencias transversales del Estado, como la de ordenación general de la economía, se podría recuperar en este ámbito de la regulación económica sectorial la figura de la ley de armonización. Si bien no todo debe dejarse a un modelo de "federalismo cooperativo", y en otros sectores materiales puede resultar conveniente avanzar en la línea de una limitación más precisa de los respectivos ámbitos de actuación para reforzar las competencias exclusivas y la autonomía política de las Comunidades Autónomas, en el sector de la regulación económica, y en concreto en la defensa de la unidad de mercado, nos parece razonable apostar por marcos regulatorios comunes a través de normas negociadas en las conferencias sectoriales, y, si ello no es posible, a través de leyes de armonización previamente acordadas con las Comunidades Autónomas.

---

Leyes de armonización sean utilizadas cuando, en el caso de competencias compartidas, se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas produzca una desarmonía contraria al interés general de la nación.

"Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el análisis del Proyecto ha de limitarse a aquellas materias sobre las que en su día se pronunciaron las Cortes. Respecto a ellas, es preciso examinar si existe un título competencial específico que permita al legislador estatal dictar las normas contenidas en el proyecto relativas a esas materias, con el pretendido valor de imponerse a todas las Comunidades Autónomas; solamente en el caso de que el Estado no disponga de dicho título, o éste sea insuficiente, podrá dictar las mencionadas normas, si se dan los supuestos previstos en el art. 150.3 de la Constitución, cuyo examen habrá que efectuar en cada caso."

## RESUMEN

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado tiene como objetivo hacer efectivo el principio de unidad de mercado, un principio que el legislador afirma está consagrado en la Constitución y amenazado por un exceso de normativa diversa e intervencionista. Para lograr este objetivo la ley trata de favorecer la colaboración interadministrativa, amplía el alcance desregulador de la Directiva 123/2006 e introduce el principio de eficacia. Este trabajo se dedica al estudio del principio de eficacia, principal novedad de la nueva ley, con el que el legislador trata de extender las normas menos intervencionistas que adopte un ente territorial competente en la materia a todo el territorio nacional. El trabajo es crítico con el contenido del principio al entender que su aplicación supone una flagrante vulneración de las competencias autonómicas, ya que establece una nueva relación interordinamental no prevista en la Constitución. Además, se estima que el nuevo principio es disfuncional y de difícil aplicación. Por último, se plantean algunas alternativas para tratar de reforzar la unidad de mercado de forma razonable y respetuosa con la Constitución.

**Palabras clave:** autoridad de origen y autoridad de destino; armonización; cooperación y confianza mutua; libertad de establecimiento y circulación; ordenación general de la economía; principio de eficacia; unidad de mercado.

## RESUM

La Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat té com a objectiu fer efectiu el principi d'unitat de mercat, un principi que el legislador afirma que està consagrat en la Constitució i amenaçat per un excés de normativa diversa i intervencionista. Per aconseguir aquest objectiu la llei tracta d'afavorir la col·laboració interadministrativa, amplia l'abast desregulador de la Directiva 123/2006 i introdueix el principi d'eficàcia. Aquest treball es dedica a l'estudi del principi d'eficàcia, principal novetat de la nova llei, amb el qual el legislador tracta d'estendre les normes menys intervencionistes que adopti un ens territorial competent en la matèria a tot el territori nacional. El treball és crític amb el contingut del principi en entendre que la seva aplicació suposa una flagrant vulneració de les competències autonòmiques, ja que estableix una nova relació interordinamental no prevista a la Constitució. A més, s'estima que el nou principi és disfuncional i de difícil aplicació. Finalment, es plantegen algunes alternatives per tractar de reforçar la unitat de mercat de forma raonable i respectuosa amb la Constitució.

**Paraules clau:** autoritat d'origen i autoritat de destinació; harmonització; cooperació i confiança mútua; llibertat d'establiment i circulació; ordenació general de l'economia; principi d'eficàcia; unitat de mercat.

## **ABSTRACT**

The objective of the recent Spanish law on the unity of market (Law 20/2013 of 9 December) is to implement the principle of the unity of market. Such principle, according to the law itself, is defined by the Spanish Constitution and has been threatened by an excess of diverse and interventionist legislation. To achieve this objective the law seeks to promote intergovernmental collaboration, expands the de-regulative scope established by the EC Directive 123/2006, and introduces the principle of effectiveness. This article deals with the principle of effectiveness, the main novelty of this law, and the instrument to spread all across the country less interventionist rules to be passed by the competent local authorities. The article criticizes such principle since its implementation entails a flagrant encroachment upon the regional powers: the implementation of the effectiveness principle establishes a new relationship between legal systems which has not been provided by the Constitution. The article also argues that this principle to be dysfunctional and difficult to apply. Finally, the article proposes some alternative ways to strengthen the unity of market while respecting the Constitution.

**Keywords:** authority of origin and authority of destination; harmonization; cooperation and mutual trust; freedom of establishment and free movement; general instruction of the economy; principle of effectiveness; unity of market.

# PRINCIPI DEMOCRÀTIC I JUSTIFICACIÓ CONSTITUCIONAL DEL DRET DE DECIDIR

**Josep Maria Vilajosana**

Catedràtic de Filosofia del Dret de la Universitat Pompeu Fabra

SUMARI: 1. Introducció. – 2. El dret de decidir.– 2.1. L'oportunitat d'una expressió. – 2.2. Dos conceptes de "dret de decidir". – 3. Dret de decidir com a dret dels ciutadans a ser consultats sobre el seu futur polític. – 3.1. Delimitant-ne el sentit. – 3.2. Ordenació lexicogràfica dels problemes. – 4. El problema de l'objecte. – 4.1. El funcionament dels principis jurídics. – 4.2. Sentits diferents de "norma". – 4.3. Els principis com a regles ideals. – 4.4. La ponderació dels principis rellevants. – 4.5. Els límits del principi d'indissolubilitat. – 4.6. Una interpretació evolutiva dels drets democràtics. – 4.7. Una concepció densa de la democràcia. – 5. El problema del subjecte. – 5.1. El principi de la sobirania nacional. – 5.2. Principi de la majoria i domini de la majoria. – 5.3. El principi d'autonomia de la persona. – 5.4. El principi d'inviolabilitat de la persona. – 5.5. El principi de dignitat de la persona. – 6. Conclusió. – Bibliografia. – *Resum – Resumen – Abstract.*

---

## 1. Introducció

El suport que el dret de decidir rep a Catalunya s'ha vist incrementat darrerament de manera exponencial. Per no recular massa en el temps, a partir de la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre l'Estatut d'autonomia s'ha consolidat un moviment social que ha posat en el primer punt de l'ordre del dia la discussió sobre aquesta qüestió. Només cal recordar les manifestacions multitudinàries del 10 de juliol de 2010, amb el lema "Som una nació. Nosaltres decidim", la de l'11 de setembre de 2012, amb el lema "Catalunya, nou Estat d'Europa" o la de la Via Catalana cap a la Independència de la Diada de 2013.

Aquest esclat social ha forçat un posicionament més clar, en general, dels partits polítics sobre el dret de decidir, que, de retruc, ha originat un debat social i polític en el qual encara estem immersos.<sup>1</sup> Dins d'aquesta tendència cal afegir els resultats electorals favorables a formacions que inclouen en els seus programes el dret de decidir i tots els indicadors socials que mostren l'existència sostinguda d'una àmplia majoria social que hi és favorable.<sup>2</sup> L'àmbit jurídic no podia quedar exclòs d'aquesta discussió, i fins i tot en alguns moments ha guanyat el protagonisme que sembla que li pertocaria si del què es parla és de drets, constitucions i normes jurídiques. Tanmateix, el debat jurídic tal com s'ha conduït fins ara no ha estat del tot clarificador. Molts cops l'únic que s'ha fet és al·ludir a suposades evidències que serviren per legitimar una o altra posició política presa a l'avançada. Han sovintejat les declaracions rotundes, en un o altre sentit, de juristes o fins i tot de persones que no cultiven cap saber jurídic. S'esmenten alguns articles, però manquen les construccions amb la solidesa teòrica exigible en un tema d'aquesta envergadura.

Qui vol negar la possibilitat que el sistema jurídic espanyol empari el dret de decidir s'atrinxera bàsicament en l'article 2, on es diu que la Constitució es fonamenta en la indissoluble unitat de la nació espanyola, i en l'article 1.2, en què s'afirma que la sobirania nacional resideix en el poble espanyol. Per contra, qui considera que aquell dret pot rebre aixopluc constitucional insisteix que cal tenir en compte l'article 1.1, en el qual s'afirma que l'Estat espanyol es constitueix en un Estat democràtic, i altres preceptes, com l'article 23, en què es reconeix que els ciutadans tenen el dret fonamental de participar directament o indirectament en els afers públics. No obstant això, en un problema

---

1. Com ha destacat l'"Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes poden ser consultats sobre llur futur polític", de l'Institut d'Estudis Autònoms, d'11 de març de 2013 (d'ara en endavant "Informe IEA"), les resolucions del Parlament que han recollit el dret de decidir han passat de ser fórmules molt abstractes (resolucions 98/III, de desembre de 1989, 229/III, de setembre de 1991, i 679/V, d'octubre de 1998), a manifestar la voluntat d'establir mecanismes d'exercici d'aquest dret (resolucions 944/V, de juny de 1999, i 1978/VI, de juny de 2003), per, a partir de 2010, acabar posant en relleu la decisió de fer-ne ús (resolucions 631/VIII, de març de 2010; 6/IX, de març de 2011; 742/IX, de setembre de 2012, i 5/X, de gener de 2013). Vegeu "Informe IEA", p. 5, nota 4.

2. A les eleccions autonòmiques de 25 de novembre de 2012, el 73,47% dels electors va votar partits que havien incorporat als seus programes el dret dels ciutadans de Catalunya de ser consultats sobre el seu futur polític. Les diferents enquestes publicades d'aleshores ençà no fan altra cosa que mostrar la consolidació d'aquest fenomen.

jurídic complex com aquest, el simple esment d'uns articles no pot ser suficient per dirimir-ne les disputes interpretatives.

En aquest sentit, l'objectiu d'aquest treball és doble. D'una banda, intentaré clarificar els termes de la discussió, per tal de donar sentit *jurídic* a una reclamació que s'ha fet en primera instància des de postulats aliens al dret. En la secció 2 veurem que "dret de decidir" és una expressió ambigua, que amaga dos conceptes diferents amb implicacions jurídiques diferents: el dret de ser consultats sobre el propi futur polític i el dret a l'autodeterminació. Tot seguit, mostraré que és possible fer una defensa sòlida del dret de decidir, en el primer d'aquests sentits, sense alterar el redactat de la Constitució de 1978. Aquesta defensa troba el seu fonament en el principi democràtic, raó per la qual en destacaré les potencialitats i límits. I ho faré mitjançant l'anàlisi dels problemes que afecten l'objecte i el subjecte de la consulta, seguint l'ordre que crec adient, tal com ho explicitaré en la secció 3.

En la secció 4, dedicada al problema de l'objecte, justificaré una determinada ponderació dels principis d'indissolubilitat i democràtic. Advocaré per una interpretació evolutiva dels drets democràtics, vinculada a una concepció densa de la democràcia. La conclusió d'aquesta secció serà que, així com davant de l'exercici del dret d'autodeterminació a través d'una declaració unilateral d'independència, venç el principi d'indissolubilitat, en relació amb la possibilitat de fer una consulta venç el principi democràtic: la Constitució no prohibeix una consulta sobre la independència de Catalunya.

La secció 5 anirà destinada a l'anàlisi del problema del subjecte. Aquí la ponderació cal fer-la entre, d'una banda, el principi de la sobirania nacional i, de l'altra, els diversos principis que ajuden a definir una democràcia liberal. La conclusió, en aquest cas, és que la consulta s'ha de poder fer entre els catalans, per no passar del principi de la majoria (definitori d'una democràcia) al domini de la majoria (contrari a qualsevol concepció raonable de la democràcia). El principi de la sobirania nacional, tanmateix, també fa el seu paper, si tenim present que la Constitució reserva a l'Estat una intervenció no gens menyspreable en els processos referendaris.

Cal advertir, finalment, que les meves observacions estaran fetes prioritàriament des dels estris de la filosofia del dret, amb la pretensió de proporcionar elements que serveixin de frontissa entre la teoria general del dret o la filosofia política i la teoria constitucional.



## 2. El dret de decidir

### 2.1. L'oportunitat d'una expressió

Hom ha subratllat més d'un cop que la locució "dret de decidir" és un neologisme que neix en l'àmbit polític o mediàtic, però que no té un reconeixement com a concepte tècnic en la ciència jurídica. Aquesta afirmació és certa a mitges.

D'una banda, si el que es vol dir és que fins ara no ha estat emprada tècnicament en contextos jurídics, això és veritat. Fora de Catalunya, el seu ús es pot detectar a Escòcia i també a Euskadi en el moment en què el lehendakari Ibarretxe va plantejar la proposta d'un nou Estatut i la consulta posterior sobre el procés de pau. En ambdós casos, la iniciativa provenia de les institucions, bé fos per reblar el clau de la indiscutida possibilitat de consultar el poble (Escòcia), bé fos un intent de desmarcar-se d'un procediment violent (Euskadi).<sup>3</sup> Tanmateix, a Catalunya apareix en el context dels debats estatutaris, poc després d'haver-se produït la declaració conjunta del Parlament de 30 de novembre de 2005. A diferència dels dos casos esmentats, a Catalunya l'expressió "dret de decidir" agafarà l'impuls decisiu gràcies als moviments socials. En concret, se n'organitzarà un a les acaballes de 2005 que la incorporarà explícitament (Plataforma pel Dret de Decidir). És a partir d'aleshores que es generalitzarà l'ús de l'expressió.<sup>4</sup> Per tant, es pot afirmar que fora de Catalunya, en general, l'expressió "dret de decidir" ha estat emprada principalment per representants d'institucions, en processos que van de dalt a baix, mentre que a Catalunya el seu ús majoritari ha estat dins dels moviments socials, en un procés que va de baix a dalt.

De l'altra banda, si es pretén sostenir, en canvi, que del fet que aquesta expressió no s'hagi utilitzat fins ara en els cenacles jurídics cal inferir-ne que no es pot emprar en el futur, aleshores l'afirmació no té ni solta ni volta. Fixem-nos l'absurd al qual s'arribaria si apliquéssim aquest mateix criteri a tots els conceptes jurídics: no es podria haver innovat de cap manera l'arsenal conceptual des del dret romà! En definitiva, la justificació per tal d'emprar una nova terminologia rau simplement en el fet que és necessària per al·ludir a situacions o reclamacions noves,

3. Jaume López, "Presentació", *Monogràfic sobre el dret a decidir, Àmbits de Política i Societat*, 2013.

4. Ricard Vilaregut, "El dret a decidir com a estratègia de moviment", *Monogràfic sobre el dret a decidir, Àmbits de Política i Societat*, 2013.

que no queden reflectides en el vocabulari existent fins aleshores. No és una suposada naturalesa immutable de les coses la que ens dicta quins conceptes cal utilitzar, sinó que és la seva utilitat la que ens proporciona el criteri per encunyar-ne de nous quan convingui.

La pregunta que cal fer, doncs, no és si el bagatge dels sabers jurídics conté el concepte de dret de decidir, sinó si el necessitem i per què. Hi ha qui sosté que allò que és jurídicament rellevant ja està cobert amb l'apel·lació al dret d'autodeterminació. Aquest sí que seria un concepte nostrat: apareix en les declaracions i els tractats internacionals i ha estat desenvolupat a bastament per la doctrina.<sup>5</sup> Però quan hom procedeix d'aquesta manera normalment vol cloure el debat simplement per definició. Juga, sovint de manera intencionada, amb el fet que el dret d'autodeterminació dels pobles té unes connotacions molt contextualitzades a causa del seu origen, que té a veure amb el procés de descolonització. D'aquí és fàcil passar a negar que sigui d'aplicació a un altre context, com el de l'Estat espanyol actual. Tot i això, algú pot sostenir que el mateix concepte sigui emprat fora del context en què va néixer, però aleshores se li exigirà un plus d'argumentació i un punt de partença desavantatjós que no hi ha bones raons per haver d'acceptar. Per exemple, se'l podria forçar a aportar proves que en la Catalunya actual es donen tots i cadascun dels trets que caracteritzaven les antigues colònies.

En realitat, el fet que l'expressió "dret de decidir" sigui un neologisme, a diferència del que pugui semblar, la fa una candidata més idònia per abordar una discussió jurídica sense prejudicis. El seu significat no està condicionat per un concepte carregat amb connotacions d'un context històric aliè i permet, per tant, una millor adaptació al problema que es vol debatre. I quin és aquest problema al qual el dret de decidir vol donar resposta?

El primer que cal tenir en compte és que aquest problema, sigui quin sigui, sorgeix en contextos democràtics, és a dir, dins d'Estats el fonament dels quals rau en la sobirania popular i que reconeixen i desenvolupen drets fonamentals, entre els quals hi ha el de participació política dels seus ciutadans en els afers públics. Però, a més de ser democràtics, aquests Estats són plurinacionals, és a dir, contenen

---

5. El dret d'autodeterminació, com a dret dels pobles, és vigent en dret internacional a partir de la Carta de les Nacions Unides (arts. 1 i 55), del 1945, i expressament proclamat en l'article 1 dels Pactes Internacionals de Drets Civils i Polítics, i de Drets Econòmics, Socials i Culturals, aprovats per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 16-12-1966 i vigents des del 1976. Pel que fa a la doctrina, vegeu per a tots: E. Deci i R. Ryan (eds.), *Handbook of Self-determination Research*, Rochester, NY, University of Rochester Press, 2002.

minories territorialitzades. És en l'espai delimitat per aquests trets on té sentit formular el problema o problemes que el dret de decidir posa en relleu. Quan ho intentem, ens adonarem d'una ambigüitat a la qual cal parar esment.

## 2.2. Dos conceptes de "dret de decidir"

Una contrarietat que afecta la utilització d'aquesta expressió en un àmbit tècnic, com és el del discurs jurídic, és la seva ambigüitat. No hi ha dubte que parlar ambigüament de dret de decidir té un avantatge estratègic de primer ordre. La utilització que se'n fa, tant dins dels moviments socials que el defensen com de les declaracions polítiques que l'assumeixen, permet que diferents posicions s'hi sentin còmodes. D'aquesta manera, hom assoleix un consens segurament més ampli que si s'emprés l'expressió amb un únic significat. Però aquesta raó estratègica, que pot tenir la seva justificació en l'esfera dels moviments socials i fins i tot en la de la política, no pot avalar-ne la transposició mimètica a l'àmbit acadèmic. Un saber tècnic com el jurídic requereix distincions clares i un ús rigorós dels termes, objectius que s'adiuen malament amb el fet d'emprar expressions ambigües.

Ara bé, quins són els diferents sentits que s'expressen mitjançant aquesta locució i quina rellevància jurídica poden tenir? A parer meu, "dret de decidir" expressa dues situacions jurídiques diferents, però unides pel paper rellevant que s'assigna al principi democràtic: el dret dels ciutadans a ser consultats sobre el seu futur polític i el dret a l'autodeterminació.

Són situacions jurídiques diferents perquè, en primer lloc, el dret de ser consultat és un dret individual (els titulars del qual són els ciutadans), mentre que el dret a l'autodeterminació és un dret col·lectiu (els titulars del qual són els pobles). En segon lloc, perquè són drets vinculats a dues diferents formes típiques d'exercici, com ara la realització d'una consulta, en el primer cas, i la declaració unilateral d'independència, en el segon. Finalment, llur legalitat pren com a referència dos ordenaments jurídics diversos: l'estatal i l'internacional, respectivament.<sup>6</sup> En aquest treball m'ocuparé del dret de decidir només en el primer sentit.

6. Des de la perspectiva del dret internacional, vegeu Lee Seshagiri, "Democratic Disobedience: Reconceiving Self-Determination and Secession at International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, n. 2, 2010, pp. 553-598.

Malgrat l'ambigüitat de què parlo, però, i sempre que hom sigui curós respecte a les distincions esmentades, és útil seguir mantenint l'expressió "dret de decidir" com a paraigua que cobreixi tots dos sentits, atès el rol determinant que hi té en ambdós casos el principi democràtic. En el primer sentit, ja ho desenvoluparé aquí; respecte al segon, només cal afegir que el dret a l'autodeterminació dels pobles està agafant cada cop més una connotació que el deslliga del seu origen colonialista i que posa en primer terme la forma democràtica d'exercici, principalment des de l'Opinió Consultiva del Tribunal Internacional de Justícia de 2010 sobre Kosovo.<sup>7</sup>

### **3. Dret de decidir com a dret dels ciutadans a ser consultats sobre el seu futur polític**

#### **3.1. Delimitant-ne el sentit**

Per tal d'especificar quin és l'abast jurídic d'aquesta qüestió, és millor formular-la tenint en compte que actualment existeixen unes institucions representatives dels ciutadans de la Comunitat Autònoma. Així, la pregunta pràctica que caldria fer és: la Constitució espanyola *permet* que la Generalitat plantegi una consulta als catalans sobre el seu futur polític? Els avantatges de plantejar l'assumpte en aquests termes són que connecta el titular del dret (els ciutadans) amb la forma típica d'exercir-lo institucionalment (la consulta) i que facilita que ens adonem d'una ambivalència que pot quedar amagada si la qüestió l'enunciem simplement en termes de drets dels ciutadans.<sup>8</sup> Em refereixo a la típica ambigüitat dels permisos.

---

7. Vegeu Hèctor López, *Nous estats i el principi democràtic*. Centre d'Estudis de Temes Contemporanis, Barcelona, Angle, 2009, i Jaume López, "Del dret a l'autodeterminació al dret a decidir", *Quaderns de Recerca*, n. 4, 2011, pp. 2-18. Aquest fet fa que hom comenci a pensar si no estem davant d'una quarta onada de creació de nous Estats, en què l'element distintiu pugui ser que es desenvolupi dins d'Estats democràtics i mitjançant mètodes democràtics. Les tres anteriors haurien estat, primera, el desmembrament dels imperis otomà, austrohongarès, rus i alemany; segona, la descolonització; tercera, la caiguda del bloc soviètic. Vegeu, respecte a això, A. Gagnon, *Temps d'incertituds. Assajos sobre federalisme i diversitat nacional*, Barcelona, Editorial Afers, 2012, i Marc Sanjaume, "La secessió a la ciència política", *Revista del Centre d'Estudis Jordi Pujol*, 12/2012, pp. 32-42.

8. En rigor, no són formulacions equivalents. Teòricament és imaginable que els ciutadans exercissin el dret al marge de les institucions. Però, com es diu en el text, aquí només tinc en compte aquell exercici dut a terme mitjançant la institució de la Generalitat, ja creada d'acord amb la Constitució.

Sempre que es parla en termes de “permissió”, cal tenir present que hi ha dos sentits diferents en joc. Permetre una conducta en sentit *dèbil* és equivalent a afirmar que en el sistema jurídic de què es tracti no hi ha una norma que prohibeixi aquesta conducta. En canvi, quan algú sosté que una conducta està permesa en sentit *fort*, el que diu és que en el sistema jurídic rellevant hi ha una norma de permissió. Per tant, en el primer cas es tracta de mostrar l’absència d’una norma (de prohibició), mentre que en el segon cal mostrar l’existència d’una norma (de permissió).<sup>9</sup> Com comprovarem en aquest treball, hi ha bons arguments per pensar que a la Generalitat li està permès, si més no en sentit *dèbil*, realitzar una consulta als ciutadans de Catalunya sobre el seu futur polític.

### 3.2. Ordenació lexicogràfica dels problemes

Un cop determinat el sentit de la qüestió que ens plantegem, cal avançar dilucidant quins són els problemes als quals s’enfronta qui, com és el meu cas, cerqui de justificar la possibilitat esmentada. Aquests problemes de justificació són de tres tipus: relatius a l’objecte, al subjecte i als procediments de la consulta. A continuació els delimitaré molt breument, per tal de mostrar que l’ordre en què cal abordar-los no és aleatori.

El problema que té a veure amb l’objecte de la consulta sorgeix bàsicament pel dubte que la Constitució pugui permetre una consulta sobre la possibilitat que una part del territori estatal se’n pugui escindir; el problema del subjecte es refereix a quin col·lectiu hauria de ser cridat a manifestar la seva opinió; el problema relatiu als procediments consisteix a esbrinar si la Constitució preveu vies a través de les quals una consulta d’aquest tipus es pot dur a terme.

Cal adonar-se que existeix una determinada ordenació lexicogràfica dels problemes. Amb això vull dir que només té sentit passar al segon si ja s’ha resolt el primer, i al tercer, si s’ha resolt el segon. Però també que, en discutir un dels problemes posteriors, implícitament s’accepta una determinada solució respecte als previs. Si s’arriba a la conclusió que no hi ha possibilitats de justificar constitucionalment que la consulta tracti del tema de la secessió, llavors no té sentit discutir

9. El primer a formular aquesta distinció fou G. H. Von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1971 (original de 1963), p. 13.

quin ha de ser el subjecte a qui consultar, ni el procediment justificat per fer-ho. Igualment, qui enceta una discussió sobre quina ha de ser la classe d'individus cridada a pronunciar-se sobre la consulta n'admet implícitament la legitimitat. En les discussions al voltant d'aquest tema, no es respecta sempre aquesta prioritat lexicogràfica. Així, trobem qui es llança a discutir sobre els procediments sense haver resolt abans les dues altres qüestions, o, més sovint encara, hi ha qui, un cop ha dit rotundament que la Constitució no permet fer una consulta perquè l'objecte és inconstitucional, tot seguit discuteix que el subjecte de la consulta no pot ser el poble català, sinó el poble espanyol, i admet així que la consulta pot fer-se.

A partir d'ara analitzaré, i per aquest ordre, els problemes relatius a l'objecte i al subjecte. No m'ocuparé dels procediments previstos, perquè considero que el seu estudi ja ha estat fet de manera exemplar.<sup>10</sup> La meua intenció es mostrar les potencialitats i els límits que el principi democràtic té a l'hora de fonamentar constitucionalment el dret de decidir entès en el sentit de justificar que la Generalitat pugui dur a terme una consulta. Mostraré que, ben entès, el principi democràtic justifica jurídicament que aquesta consulta pugui fer-se al voltant de la secessió de Catalunya (i, per tant, *a fortiori* sobre qualsevol mena d'encaix de Catalunya dins l'Estat espanyol) i que es pugui fer només entre els catalans.

#### 4. El problema de l'objecte

Aquest problema pot ser descrit així: hom pot argumentar que la Constitució empara, és a dir, permet, tot i que sigui en un sentit dèbil, que es plantegi una consulta als ciutadans sobre si Catalunya ha d'esdevenir un Estat independent?

El primer que cal dir és que no hi ha una regla que prevegi la qüestió. Per això cal acudir a principis. En afrontar d'aquesta manera el problema s'ha de ser conscient que la distinció entre regles i principis és de caràcter *estructural*. Les regles tenen condicions d'aplica-

---

10. Per a l'estudi relatiu als procediments, remeto a "Informe IEA". Per a una anàlisi dels possibles escenaris que marquen les diferents vies, vegeu, també, Dolors Feliu, *Manual per la independència*, Barcelona, Angle Editorial, 2013, i Pau Bossacoma, "Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n. 15, abril 2012, pp. 241-286.

ció, mentre que els principis són categòrics.<sup>11</sup> Per tant, el que diríem d'entrada és que no hi ha cap enunciat constitucional, que pugui ser reconstruït raonablement com a regla, que reguli aquest cas i doni la conseqüent solució normativa. Això ens deixa amb el problema d'haver de trobar la solució a partir de principis. Llavors ens adonarem que, un cop establert que hem d'afrontar el problema amb les eines dels principis, és determinant en aquest context complementar-ne l'enfocament estructural, que permet distingir-los de les regles, amb un de *funcional*, que ens indiqui què es persegueix a l'hora de regular el comportament humà a través d'aquella figura.

#### 4.1. El funcionament dels principis jurídics

S'ha escrit molt sobre els principis jurídics, en general, i sobre els constitucionals, en particular.<sup>12</sup> Ara donaré simplement unes pinzellades que ajudin a explicar com els entendre aquí. Recordaré en què consisteixen les normes prescriptives i les constitutives, així com les regles tècniques i les ideals. Els principis rellevants, que seran després objecte d'interpretació, els conceptualitzaré precisament com a regles ideals.

#### 4.2. Sentits diferents de "norma"

La paraula "norma" no té un contingut conceptual unívoc. Un dels sentits més emprats és el que l'associa a les prescripcions, és a dir, a pautes de conducta que es consideren obligatòries, prohibides o permeses. En altres ocasions, però, "norma" es vincula a la determinació d'allò que és correcte o definitori d'una institució. Així succeeix amb els jocs. En aquest cas, podem parlar de normes constitutives.<sup>13</sup> Aquest tipus de

---

11. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984 (original de 1978), cap. 2.

12. Per als diversos sentits en què s'ha parlat de principis jurídics, vegeu Riccardo Guastini, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1999, cap. 5.

13. Cal advertir, però, que en puritat no és correcte parlar d'una classe comuna (la classe de les normes), de les quals les prescriptives i les constitutives en serien subclasses. Una forma més escaient de plantejar la qüestió és entendre-les com dos *sentits* diferents del mot "norma". Només per comoditat, diré en el text "normes prescriptives" i "normes constitutives" quan hauria de dir "normes en sentit prescriptiu" i "normes en sentit

normes tenen una forma canònica: "En el context C, X val com a Y."<sup>14</sup> Per exemple, "en el context del futbol, que la pilota traspassi la línia de porteria val com un gol".

La Constitució ofereix casos clars d'enunciats que poden ser reconstruïts en aquests dos sentits. Podem entendre com a norma prescriptiva la continguda a l'article 22.5: "Es prohibeixen les associacions secretes i les de caràcter paramilitar." I podem entendre com a norma constitutiva la que expressa l'article 12, reconstruït així: "En el context de la Constitució de 1978, tenir (un mínim de) divuit anys val com ser major d'edat."

Un altre sentit de "norma" que pot ser rellevant és el de les anomenades "normes o regles tècniques". Les regles *tècniques* estableixen les condicions necessàries per tal d'assolir una determinada finalitat. El dret no sol contenir directament regles tècniques. Ara bé, podem entendre que, a voltes, a partir de l'establiment de normes constitutives, hom pot inferir-ne les regles tècniques associades. Per exemple, l'article 22.2 de la Constitució ("Les associacions que cerquin finalitats o facin servir mitjans tipificats com a delictes són il·legals") pot ser entès com a norma constitutiva, segons la qual "en el context de la Constitució, les associacions que cerquin finalitats o facin servir mitjans delictius seran considerades il·legals". A partir d'aquí hom pot construir una regla tècnica que digui més o menys: "Qui vulgui constituir una associació legal, no ha de cercar finalitats ni fer servir mitjans delictius." Atès que fer una associació que tingui o no aquests trets cau dins de la nostra capacitat de decisió, hom pot formular aquesta regla tècnica com una mena d'instrucció d'ús. Estrictament parlant, la regla tècnica no forma part de la Constitució, però sí que hi presuposa conceptualment la presència d'una norma constitutiva com la de l'article transcrit.

Finalment, arribem a les regles ideals, que, d'acord amb Von Wright, tenen una relació immediata no amb les nostres accions, és a dir, no amb un "ha de fer-se", sinó amb un estat de coses determinat, és a dir, amb un "ha de ser".<sup>15</sup> Això és el que succeeix quan, per exemple, diem que un automòbil ha de ser ràpid, còmode i segur. Les regles

---

constitutiu". Vegeu, respecte a aquest tema, José Juan Moreso i Josep Maria Vilajosana, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 65-68.

14. És la forma encunyada per John R. Searle, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.

15. Von Wright, *Norma y acción...*, 1971.



ideals estableixen el patró d'excel·lència d'alguna cosa. En aquest sentit, s'assemblen a les normes constitutives, atès que defineixen què cal entendre per un bon individu pertanyent a una classe determinada (un bon automòbil, en el nostre exemple), però també tenen similituds amb les regles tècniques, atès que esmerçar esforços per tal d'assolir un ideal és semblant a perseguir una finalitat. Els principis constitucionals poden ser entesos com a regles ideals.<sup>16</sup>

### 4.3. Els principis com a regles ideals

Els principis, entesos com a regles ideals, establirien determinades dimensions dels estats de coses ideals, que el món ha de tenir per ser de conformitat amb el dret. De forma semblant a com diem que un automòbil ideal ha d'ésser estable, veloç i segur, l'estat de coses ideal regulat per la Constitució ha de ser de tal forma que produeixi, per exemple, unes condicions favorables per al progrés social i econòmic (article 40), que permeti gaudir a tothom d'un medi ambient adequat (article 45.1) i en el qual es respecti la llibertat d'informació i el dret a la intimitat. És obvi que aquests aspectes de l'ideal poden entrar en conflicte entre si (en el cas de l'automòbil, la velocitat pot anar en detriment de la seguretat; en el cas de l'estat de coses promogut per la Constitució, un medi ambient adequat pot anar en detriment del progrés econòmic, i l'amplitud de la llibertat d'informació pot anar en detriment de la intimitat personal). En aquest sentit, les regles ideals han d'ésser complementades per mecanismes que estableixin el grau acceptable en què aquestes condicions han de donar-se i eliminin els conflictes. La forma en què els intèrprets constitucionals fan això, com és sabut, és a través de la tècnica de la ponderació.

Així, doncs, els principis jurídics són pautes que estableixen no pas tant el que s'ha de fer, sinó més aviat allò que ha de ser. D'altra banda, d'aquestes regles ideals pot inferir-se una mena de regles tècniques que assenyalin quines mesures cal adoptar per aproximar-se a l'ideal. Així pot ser entesa la posició de Robert Alexy, segons la qual els principis jurídics són mandats d'optimització: obliguen a fer allò que és necessari perquè l'estat de coses ideal es realitzi en la mesura més gran

16. Vegeu Moreso i Vilajosana, *Introducción...*, 2004, pp. 68 i 91-92.

possible.<sup>17</sup> Ara bé, els principis jurídics no són normes detallades i necessiten, sovint, ser complementades per normes de detall. Els principis jurídics apel·len, de manera molt general, a les raons que justifiquen tenir una determinada regulació o una altra: ajuden a configurar el que podríem dir-ne la identitat de l'objecte del qual es prediquen. Els principis d'una persona li confereixen una determinada identitat. De forma semblant, podem dir que els principis jurídics d'un ordenament en configuren la identitat material. Això és el que succeeix amb els principis constitucionals, i de manera molt especial amb els que ens trobem aquí: configuren la identitat d'un sistema democràtic liberal, entès de la manera que veurem més endavant.

#### 4.4. La ponderació dels principis rellevants

Un cop vista la conceptualització més adient dels principis, cal analitzar els que poden entrar en col·lisió en el supòsit que ara ens ocupa. Qui s'oposa a una consulta que versí sobre la secessió de Catalunya esgrimeix un dels principis continguts en l'article 2 de la Constitució, el de la indissoluble unitat de la nació espanyola. Per contra, qui considera que la consulta estaria permesa al·ludeix al principi democràtic contingut a l'article 1.1.

Abans d'examinar les possibilitats de ponderar ambdós principis, hom podria qüestionar fins i tot que en aquest cas entrin en col·lisió. En efecte, el mer fet de realitzar una consulta, estrictament parlant, no trenca la unitat estatal.<sup>18</sup> En tot cas, serà l'ús que es faci del resultat el que pot donar lloc a un conflicte amb la unitat. Si el resultat de la consulta sobre la secessió fos negatiu, és obvi que no l'afectaria, però si fos positiu, aleshores seria l'articulació d'aquest resultat el que podria entrar en conflicte amb el principi d'indissoluble unitat.

Des del punt de vista conceptual, trobo molt difícil posar objeccions a aquest argument. Ara bé, considero que no pot donar per acabada la discussió sobre la justificació de la consulta a partir de l'objecte, perquè podria suposar una certa trivialització d'allò que significa una consulta democràtica d'aquesta magnitud. Els qui hi participessin és

---

17. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 87-94.

18. Víctor Ferreres, "The Secessionist Challenge in Spain: An Independent Catalonia?", *Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org*, 22 de novembre de 2012.

de suposar que voldrien que se'ls respectés llur voluntat i se'ls tractés amb la dignitat que mereixen, com més endavant tindrà ocasió d'argumentar. Considerarien que no participen en una simple enquesta d'opinió, sinó que la qüestió que es presenta a la seva consideració és de la màxima transcendència per a llurs vides.<sup>19</sup> La valoració de la rellevància del que està en joc crec que també és compartida per qui s'oposa a la justificació jurídica de la consulta (per això justament s'hi oposa). Per tant, podem concloure que segueix tenint sentit discutir sobre la ponderació entre tots dos principis, el d'indissolubilitat i el democràtic. Podríem dir, aleshores, que estrictament parlant no col·lideixen, però que ho fan *tendencialment*.

Els contraris a la justificació constitucional de la consulta articulen els dos principis a través de dos arguments que anomenaré, respectivament, l'argument de la primacia absoluta del principi d'indissolubilitat i l'argument de la petrificació del principi democràtic. Respecte del primer, sostindré que, com tots els principis, també el d'indissolubilitat té límits; pel que fa al segon, m'hi oposaré tot defensant una interpretació evolutiva de la Constitució i, en concret, dels drets que estan directament vinculats amb el principi democràtic.

#### 4.5. Els límits del principi d'indissolubilitat

L'argument de la primacia absoluta del principi d'indissolubilitat vindria a dir que no hi ha cap circumstància concebible en què el principi democràtic pugui prevaldre. Una consulta sobre la secessió d'una part del territori estatal afecta (tot i que només sigui tendencialment, com hem dit) el principi d'indissolubilitat. Per tant, conclouria l'argument, una consulta d'aquest tipus no pot rebre aixopluc sota el principi democràtic.

Aquest raonament, tanmateix, resulta xocant. Fins ara s'havia admès, tant per part de la doctrina com per la jurisprudència del Tribunal Constitucional, que l'eina de la ponderació entre principis servia precisament per no entendre'n cap d'una forma il·limitada. En determinades circumstàncies, en prevaldria un; en circumstàncies diferents,

---

19. Com diu la Cort Suprema canadenca: "Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant *en conformité avec les principes constitutionnels*" (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, de 20-1-1998, ap. 88).

prevaldria l'altre. Ara, però, semblaria, si acceptéssim la plausibilitat d'aquest argument, que hi ha un principi que no cedeix mai, justament el de la indissoluble unitat de la nació espanyola. I podem dir que no cedeix mai perquè, si no ho fa en cap circumstància davant del principi democràtic, no sembla que ho pugui fer davant de cap altre principi. En efecte, resulta problemàtic imaginar altres casos de col·lisió que puguin donar lloc a discussions raonables. En canvi, si tenim en compte la concepció dels principis com a regles ideals i el mecanisme de la ponderació emprat en les argumentacions dels tribunals constitucionals de totes les democràcies del nostre entorn, la consideració del principi d'indissolubilitat com a absolut perd molta força.

De totes formes, per ser conseqüent, cal que hi afegim els casos en què el principi d'indissolubilitat preval sobre el democràtic. Altrament, es podria entendre que caic en el mateix error que critico: una mena d'argument de la primacia absoluta del principi democràtic. El que ara interessa és saber en quin cas cediria el principi democràtic davant el principi d'indissolubilitat. Em sembla que aquest supòsit es dona en relació amb el dret de secessió. És una qüestió pacífica que la Constitució no el reconeix.<sup>20</sup> Per tant, una declaració unilateral d'independència per part de la Generalitat, com l'exemple típic d'exercici d'aquell dret, no tindria cobertura constitucional, tot i que fos feta pels representants democràticament escollits.<sup>21</sup> Per tant, cap d'aquests dos principis pot ser entès de manera il·limitada i ambdós han d'intervenir en la configuració de la identitat de la Constitució de manera ponderada.

---

20. Actualment hi ha una discussió, principalment dins de la ciència política, al voltant de les raons que, en general, farien aconsellable una constitucionalització del dret de secessió. Contràriament al que pugui semblar, hi ha qui des de posicions "unionistes" és partidari d'aquesta opció, per la seguretat jurídica que proporcionaria. Ara bé, no cal dir que la clau de volta per tal de defensar o no que una constitució inclogui explícitament el dret de secessió és a conèixer quin seria el mecanisme concret per fer-lo efectiu. Com sempre passa, el dimoni està en els detalls. Vegeu Andrei Kreptul, "The Constitutional Right of Secession in Political Theory and History", *Journal of Libertarian Studies*, vol. 17, n. 4, 2003, pp. 30-100.

21. Com, d'altra banda, sosté també l'esmentat dictamen de la Cort Suprema canadenca. Altra cosa seria discutir-ne l'estatus jurídic des del punt de vista del dret internacional, però aquesta és una qüestió que, com ja he dit a l'inici, pertany a un segon sentit en què es pot entendre el dret de decidir, l'anàlisi del qual queda fora de l'objectiu d'aquest treball.

#### 4.6. Una interpretació evolutiva dels drets democràtics

L'argument de la petrificació de la Constitució parteix de la premissa segons la qual, si calia una ponderació entre el principi d'indissolubilitat i el principi democràtic, ja la va fer en el seu moment el legislador constituent. Així, la plasmació del principi democràtic en l'article 1.1., dins dels que el Tribunal Constitucional ha anomenat "principis estructurals", admetria una i només una estructuració, una i només una realització concreta: la plasmada en la resta de l'articulat de la Constitució. Com que no s'hi recull expressament aquest tipus de consulta, voldria dir que la manera en què el constituent va entendre la democràcia és aquesta i no pot ser alterada.

L'argument de la petrificació de la Constitució es correlaciona en seu interpretativa amb l'ús d'una interpretació psicològica o originalista. Es privilegiaria així la voluntat del legislador constituent en donar contingut i abast als preceptes de la Constitució i, en el concret cas que ens ocupa, en interpretar el contingut i abast del principi democràtic. És plausible aquesta forma de raonar?

Cal admetre que l'argument psicològic és una eina interpretativa que un jurista pot emprar. Nogensmenys, el seu pes en l'argumentació sol perdre força a mesura que ens allunyem de la data en què la voluntat del legislador es va manifestar. Podem acceptar que, en el moment de ser aprovat el text constitucional, no fos present entre la majoria dels membres de les Corts constituents la idea que la Constitució emparava una consulta com la que ara es planteja.<sup>22</sup> També podem admetre que no s'hagués previst que els instruments de democràcia directa reconeguts en la Constitució, com el referèndum, poguessin ser emprats d'una forma més activa del que en aquell moment es pensava, ateses les lògiques prevencions a les quals després em referiré. Però del fet que en aquell moment no existís aquesta percepció, no en podem inferir que la Constitució interpretada trenta-cinc anys després no pugui anar més enllà. Aquesta adequació als temps canviants és precisament el que facilita la interpretació evolutiva.<sup>23</sup>

22. Tot i que hi ha qui pensa que en aquell moment es va fer un pacte que incloïa les potencialitats de desenvolupament de l'autonomia catalana que després la STC 31/2010 s'ha encarregat de frustrar.

23. Recordem que l'article 3.1 del Codi Civil espanyol disposa, en efecte, que les normes s'interpretaran segons "els antecedents històrics i legislatius", però també en relació amb "la realitat social del temps en què han de ser aplicades". De totes maneres, com veurem més endavant, el Tribunal Constitucional no enllaçarà la interpretació evolutiva tant amb

L'ús de la interpretació evolutiva gaudeix d'una llarga tradició en la jurisdicció internacional i, més en concret, en la del Tribunal Europeu de Drets Humans a l'hora d'interpretar el Conveni de Dret Humans.<sup>24</sup> També ha estat emprada, entre d'altres, pel Tribunal Internacional de Justícia,<sup>25</sup> pel Tribunal Europeu de Justícia,<sup>26</sup> pel Tribunal Interamericà de Drets Humans<sup>27</sup> o pel Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides.<sup>28</sup> El Tribunal Europeu de Drets Humans, si més no des de la resolució del cas *Tyrer*,<sup>29</sup> ha anat elaborant la doctrina segons la qual els drets humans han de ser interpretats de manera evolutiva.<sup>30</sup> Això significa que llurs continguts i abast no poden veure's limitats apel·lant al fet que en el moment de la promulgació de la normativa de què es tracti (en el cas d'aquest Tribunal, el Conveni) s'interpretava el dret en qüestió de manera restringida o amb determinades connotacions. Allò rellevant en aquests casos no és la voluntat que tenia en el seu moment qui va fer la normativa, sinó les connotacions i l'abast que el concepte hagi anat adquirint amb el pas del temps.<sup>31</sup>

Darrerament també el Tribunal Constitucional espanyol ha emprat la interpretació evolutiva. En la Sentència 198/2012, de 6 de no-

---

aquesta disposició com amb l'article 10.2 de la Constitució, la qual cosa és força rellevant per al que aquí defenso.

24. Aprovat el 4 de novembre de 1950 i que va entrar en vigor el 3 de setembre de 1953.

25. Alguns dels casos on es pot trobar són aquests: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, [1971] ICJ Reports 16, para 53. *Aegean Sea Continental Shelf* [1978] ICJ Reports 3, para 77. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* [2009] ICJ Reports 213, para 64-66.

26. Cas 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health* [1982] ECR 3415, para 20.

27. *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, Advisory Opinion, OC-16, Inter-American Court of Human Rights Series A No. 16 (1 October 1999), para 114.

28. *Roger Judge v. Canada*, Human Rights Committee, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003), para 10.3.

29. *Tyrer v. The United Kingdom* (1978) Series A n. 26, para 31.

30. Per a una informació exhaustiva, vegeu Jacobs, Robin C. A. White i Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5a ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

31. Vegeu Sondre Torp Helmersen, "Evolutionary Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions", *European Journal of Legal Studies*, vol. 6, n. 1, 2013, p 127-148. També: Kanstantsin Dzehtsiarou, "European Consensus and Evolutionary Interpretation of the European Convention on Human Rights", *German Law Journal*, vol. 12, n. 10, 2011, pp. 1730-1745.

vembre, l'alt tribunal en fa ús per tal de considerar plenament constitucional la Llei 13/2005, mitjançant la qual es modificava el Codi Civil en el sentit de permetre el matrimoni entre persones del mateix sexe. En el fonament vuitè d'aquesta resolució podem llegir: "En el año 1978, cuando se redacta, el artículo 32 CE [que regula el matrimoni] era entendido mayoritariamente como matrimonio entre personas de distinto sexo, también en el seno de los debates constituyentes." Però malgrat aquesta constatació, i tot al·ludint a la sentència de 9 de desembre de 2004 de la Cort Suprema canadenca sobre el mateix tema, el Tribunal Constitucional fa una defensa de la interpretació evolutiva per justificar l'allunyament d'aquella opinió dels constituents, i ho fa en el fonament jurídic novè d'una forma que mereix una citació *in extenso*:

La Constitución es un "árbol vivo" que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permite leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

A més, l'alt tribunal hi afegeix que l'encaix constitucional d'aquest tipus d'interpretació és avalat per l'article 10.2: "la regla hermenèutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva" (ibídem).

L'argument que mena a aquesta conclusió pot ser reconstruït de la manera següent. L'article 10.2 estableix que les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució reconeix s'hauran d'interpretar d'acord amb la Declaració universal dels drets humans i els tractats i acords internacionals sobre aquestes matèries ratificats per l'Estat espanyol. Atès que aquesta crida a l'àmbit internacional inclou, segons la doctrina mateixa del Tribunal Constitucional,<sup>32</sup> la interpretació que fan de la Declaració i d'aquests tractats els òrgans pertinents, i atès que en el procés hermenèutic d'aquests òrgans hi té un paper decisiu, tal com he posat abans en relleu, la interpretació

32. STC 116/2006, de 24 d'abril, i STC 38/2011, de 28 de març, entre moltes altres.

evolutiva, aleshores podem concloure que quan el Tribunal Constitucional en fa ús no fa altra cosa que complir el mandat de l'article 10.2.

Un cop vist el paper fonamental assignat a la interpretació evolutiva tant en la jurisprudència internacional com en la del Tribunal Constitucional, en resta la translació al nostre cas. Per tal de fer-ho, necessitarem ser sensibles a l'evolució que ha sofert la institució de la democràcia en els darrers temps i ser capaços d'aplicar els resultats que n'obtinguem als drets i llibertats, que hi estan clarament associats. Cal no oblidar al llarg d'aquest camí el mandat interpretatiu de l'article 10.2, tal com el mateix Tribunal constitucional l'ha interpretat. Per aquesta raó, tot seguit proposaré una concepció "densa" de la democràcia que encaixa perfectament amb la interpretació evolutiva i de la qual podrem inferir més endavant conseqüències rellevants per tal d'interpretar els drets i llibertats que s'hi vinculen, com ara el dret fonamental reconegut a l'article 23.1, o la dignitat humana i el lliure desenvolupament de la personalitat que trobem a l'article 10.1.

#### **4.7. Una concepció densa de la democràcia**

La democràcia no és una institució creada d'una vegada per sempre. El seu gruix ha anat augmentant amb diferents capes que s'hi han anat incorporant amb el pas del temps, a través de conquestes que solen ser considerades definitives, no pas en el sentit que empíricament no es puguin perdre, sinó que aquesta eventual pèrdua no estaria justificada. Aquesta és la concepció densa de la democràcia que defenso. La metàfora de la densitat ens facilita visualitzar una idea dinàmica de la democràcia com a conjunt d'estrats superposats, però que no són fruit d'una simple acumulació, sinó que constitueixen una integració en un tot compacte i mai acabat. Pel que ara ens interessa, aquesta concepció es concretaria en dos vessants, un procedimental i l'altre de continguts.

Pel que fa al vessant procedimental, una concepció densa de la democràcia ens ajuda a entendre que no té sentit plantejar, com a voltes es fa precisament per negar la possibilitat de justificar la consulta, que hi ha dos sistemes democràtics irreconciliables: el representatiu i el directe. Segons aquesta línia argumental que critico, la Constitució hauria consagrat un model de democràcia representativa, on qualsevol element de democràcia directa seria vist amb aprensió i per tant limitat a la seva mínima expressió.



Aquesta cautela respecte de l'ús d'instruments de consulta directa, normalment a través de referèndums, es pot explicar pel context en què neix la Constitució. Encara era massa recent l'ús que se n'havia fet per part de la dictadura franquista. Segurament era comprensible que aquesta malfiança hi fos en aquell moment, però ¿té sentit que segueixi existint més de tres dècades després d'haver-se instaurat un règim democràtic?

Hi ha cops que sembla que hom vulgui dir que convocar referèndums sigui antidemocràtic, oblidant que el que fa que aquest sigui un instrument veritablement democràtic no és el mateix mecanisme, sinó el context institucional en què s'emmarca. Els referèndums de l'època franquista eren antidemocràtics, no perquè fossin referèndums, sinó perquè es desenvolupaven dins d'un règim autoritari. Els que es poden convocar ara, en canvi, són plenament democràtics perquè poden fer-se en un entorn ple de garanties electorals i de respecte pels drets fonamentals. Això fa que l'expressió a través d'aquest instrument sigui tan genuïna del poble com la que serveix per triar-ne els representants en unes eleccions ordinàries. Si s'entén això, també s'entén que, cada cop més, s'interpreti que no hi ha una contraposició radical entre democràcia representativa i democràcia directa. Les eleccions i les consultes poden conviure perfectament, sense que l'ús d'un procediment exclougui l'altre. Aquesta coexistència, en comptes de desnaturalitzar una suposada essència representativa immutable en la Constitució, el que fa és enriquir-ne els components, fent-la de més qualitat, més "densa". I això és perfectament compatible amb el dret fonamental que els ciutadans tenen de participar directament en els afers públics, tal com es reconeix a l'article 23.1 de la Constitució.

Aquesta densitat de la democràcia també es manifesta en el seu contingut. Les democràcies actuals són fruit de successives conquestes en els drets de les persones i dels col·lectius dels quals formen part. El nombre de drets reconeguts no ha parat de créixer. Hom pot seguir el fil històric de com s'han anat incorporant noves remeses de drets que s'han afegit a d'altres que estaven prèviament reconeguts, no com una mera superposició, sinó de forma integrada. Només cal recordar la coneguda reconstrucció que se'n fa a través de les anomenades generacions de drets, que van des dels drets civils i polítics, que es remunten a les revolucions americana i francesa (fonament de l'Estat de dret), passant per la generació dels drets econòmics, socials i culturals (fonament de l'Estat social), fins a arribar als anomenats drets de tercera generació, que inclouen, entre d'altres, els drets a l'autodeterminació i a la identitat nacional. La sensibilitat que avui es té respecte a la

importància que han anat adquirint aquest darrer conjunt de drets es pot apreciar no tan sols en la teoria política contemporània,<sup>33</sup> sinó també en la visió d'organismes internacionals.<sup>34</sup>

El que vull destacar d'aquest fenomen, en la línia que defenso, no és només que sigui una visió nova, sinó que és perfectament integrable amb les anteriors. La perspectiva de les democràcies liberals està canviant, però no perquè la rellevància d'aquests nous drets no hi encaixi. Precisament, canvia per facilitar-ne l'encaix.<sup>35</sup> Hi ha, en definitiva, visions que integren aquestes darreres conquestes dins d'un mateix corrent d'arrel liberal. No cal anar a cercar un ens objectiu per damunt dels individus per tal de justificar drets "nacionals". Aquests són pertinents per a la democràcia precisament perquè importen als ciutadans, els quals tenen dret a desenvolupar els seus propis plans de vida.<sup>36</sup> En el contingut d'aquests plans de vida adquireix una rellevància indiscutible que es faci efectiva la possibilitat real de participar de manera directa en el futur polític de la pròpia comunitat, d'acord, altre cop, amb el dret fonamental reconegut a l'article 23.1. Més endavant prestaré més atenció a aquest component liberal, adequadament interpretat.

La concepció densa de la democràcia, en definitiva, serveix per dotar de contingut la interpretació evolutiva que aquesta institució requereix, tal com he explicat. Se segueix de tot el que he sostingut en aquest apartat que la interpretació ponderada del principi democràtic (concretat en l'article 23.1) amb el d'indissolubilitat és tal que permet

---

33. Vegeu, per a tots, Ferran Requejo, *Camins de democràcia. De l'autonomia a la independència*, Barcelona, L'Avenç, 2010.

34. Vegeu, com a exemple, *Human Development Report*, Nacions Unides, 2004, en què se sosté que les llibertats culturals i nacionals són components importants per a la qualitat de la democràcia.

35. El capteniment del Regne Unit respecte de les demandes escoceses o el del Canadà en relació amb el Quebec en són una bona prova. És inexcusable esmentar altre cop en aquest punt el dictamen de la Cort Suprema canadenca de 1998, en el qual es fa néixer una obligació de negociar de bona fe entre les parts si la pregunta i el resultat del referèndum són clars. Aquesta és la força que el principi democràtic està assolint en els nostres dies, tal com queda reflectit a bastament en aquest dictamen.

36. Com es pot comprovar, em ceneixo a una argumentació estrictament liberal, que encaixa perfectament en la consideració de dret individual que postulo per al sentit de "dret de decidir" que analitzo en aquest treball. Per a les possibilitats d'encaix de les reclamacions "nacionals", però normalment enteses com a drets col·lectius, dins d'un esquema liberal, vegeu els textos recopilats a Ferran Requejo i Miquel Caminal (eds.), *Liberalisme polític i democràcies plurinacionals*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2009. Un dels pioners a proposar aquesta via ha estat Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

(si més no, en sentit dèbil) la convocatòria d'un referèndum sobre la independència de Catalunya, però en veta una declaració unilateral. Aquesta és una forma raonable de prendre aquests principis com a regles ideals i definitòries de l'Estat democràtic instaurat a l'article 1.1 de la Constitució.

## 5. El problema del subjecte

### 5.1. El principi de la sobirania nacional

Tot i haver raonat que la Constitució permet la consulta, queda per discutir a qui s'ha de consultar: només als catalans o a tots els espanyols?

Altres cop trobem diferents principis constitucionals en disputa. Per a qui creu que el subjecte de la consulta no pot ser la ciutadania catalana, sinó que ha de ser l'espanyola, el fonament seria el principi segons el qual la sobirania resideix en el poble espanyol (article 1.2). Davant d'aquesta posició s'hi poden oposar, si més no, dos arguments, un de més simple i un altre de més profund.

Hi ha, en efecte, un argument molt entenedor per rebatre aquesta posició: si es vol saber si els catalans desitgen la independència, a qui caldria preguntar si no és als catalans? Sembla que així s'ha entès en la trentena de referèndums que s'han fet al món al voltant d'aquest assumpte.<sup>37</sup>

Ara bé, la mateixa simplicitat de l'argument fa que porti incorporat un parany. En efecte, si l'única raó per avalar constitucionalment la consulta és la de conèixer la voluntat dels catalans, aleshores hi ha la temptació d'assimilar-la en excés a una mena d'enquesta, amb un valor realment limitat. És fàcil, doncs, prendre aquesta manifestació pel que no és i entendre-la simplement com una constatació que hi ha un malestar més o menys difós a Catalunya respecte del seu encaix en l'Estat espanyol.

En aquest cas, la proposta dels qui han sostingut aquest tipus d'argument és canalitzar el "malestar" com si fos l'expressió d'una intenció de reforma constitucional.<sup>38</sup> Un cop assumit això, aleshores el resultat acaba sent molt semblant al de qui sosté que la consulta

37. Des del de Libèria de 1846 fins al de Puerto Rico de 2012.

38. Així ho han fet, per exemple, Francisco Rubio Llorente, "Un referèndum para Catalunya", *El País*, 8 d'octubre de 2012, i Francesc de Carreras, "Un referèndum?", *La Vanguardia*, 20 de setembre de 2012.

cal fer-la a tots els espanyols, atesa l'extrema dificultat que implicaria una reforma constitucional.<sup>39</sup> A més, caldria establir quin tipus de reforma constitucional seria conseqüent amb una voluntat majoritària expressada per part dels catalans a favor de la independència. Ens trobaríem, segurament, amb una expressió falsejada: allò que s'ha votat és sobre la independència; allò que s'admet és l'inici d'un procés de reforma amb un contingut diferent i amb unes majories requerides que col·loquen en una posició totalment injustificada els votants catalans, com argumentaré a continuació. Per aquestes raons, cal un tipus de raonament de més fondària, que ens apropirà altre cop al principi democràtic.

## 5.2. Principi de la majoria i domini de la majoria

Proposo fer un experiment mental. Imaginem que a Catalunya la totalitat del cos electoral volgués votar sí a un referèndum per la independència. Aquest 100% de catalans seguiria sent una minoria a Espanya. Per tant, és previsible que perdés sistemàticament qualsevol votació sobre aquesta qüestió que tingués com a subjecte tots els espanyols.

Ara, preguntem-nos no ja com se sentirien els catalans (la resposta és òbvia), sinó com s'hauria de sentir en una situació com aquesta algú que pertanyi a la perpètua majoria. Podria seguir vivint tan tranquil·lament? Podria dir que viu en un Estat democràtic i liberal?<sup>40</sup>

La resposta a la primera pregunta dependria del grau de consciència moral de cadascú i queda fora del que aquí interessa. Però el segon interrogant ens confronta amb una circumstància fonamental i que no depèn d'elements subjectius. La raó és aquesta: la democràcia implica el *principi* de la majoria, però és contrària al *domini* de la majoria sobre la minoria, en aquest cas una minoria amb contorns territorials definits i amb llengua, cultura i institucions pròpies.<sup>41</sup> El

39. Aquesta és la visió que rau en la STC 102/2008, sobre el "Pla Ibarretxe".

40. Utilitzo l'adjectiu "liberal" com a oposat a "fonamentalista", no pas com a contrari de "social". Per a una anàlisi més aprofundida d'aquesta distinció i dels principis definitoris d'una societat liberal, vegeu Josep M. Vilajosana, *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, cap. 6.

41. La distinció entre principi i domini de la majoria es troba ja a Kelsen, si bé aquest autor no havia pensat òbviament en aplicar-la a les minories territorialitzades. Però si tenim en compte la concepció densa de la democràcia que defenso en el text, aleshores no hi ha cap impediment per fer-ho així. Vegeu Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1954 (original de 1925), pp. 412-413.

domini de la majoria perverteix la democràcia i s'oposa als principis definitoris dels Estats liberals. Fem-ne un breu repàs, d'aquests principis; després veurem que ocupen un lloc destacat en els tractats de la Unió Europea i en la Constitució. Són el principi d'autonomia, el principi d'inviolabilitat i el principi de dignitat.<sup>42</sup>

### 5.3. El principi d'autonomia de la persona

Aquest principi estableix que l'Estat no ha d'interferir en l'elecció individual de plans de vida dels individus. Per contra, ha de limitar-se a dissenyar institucions que facilitin la persecució d'aquests plans i la satisfacció dels ideals de virtut que cadascú sustenti, tot impeding-ne la interferència mútua. Corol·lari d'aquest principi serà que l'Estat només està legitimat per interferir en els plans d'una persona quan aquesta causi dany a una altra, és a dir, quan impedeixi que aquesta última pugui desenvolupar lliurement el seu propi pla de vida.

El perfeccionisme, en canvi, sosté que el que és bo per a un individu, o el que satisfà els seus interessos, és independent dels seus propis desitjos o de la seva elecció de formes de vida. L'Estat, a través de diferents mitjans, donaria preferència a aquells interessos i plans de vida que són objectivament millors. El perfeccionisme és peculiar d'Estats fonamentalistes. Si per alguna raó, religiosa o d'un altre tipus, es considera que s'ha aconseguit la veritat moral, llavors s'entén que l'Estat té el deure d'imposar les conductes que prescriu aquesta veritat moral, per d'aquesta manera fer "millors" els seus súbdits segons l'ideal.

En una concepció liberal de la societat, els individus han de ser responsables de l'elecció de llurs plans de vida d'acord amb les seves preferències, i no veure aquesta elecció com un fet del qual són víctimes. Es tracta d'un principi que permet justificar els béns sobre els quals versen certs drets fonamentals en les nostres societats contemporànies. Aquests béns són els indispensables per a l'elecció i el manteniment dels plans de vida que els individus puguin proposar-se. Entre ells hi hauria la llibertat de realitzar qualsevol conducta que no perjudiqui a tercers, el dret a la integritat corporal i psíquica, el dret a l'educació, la llibertat d'expressió, la llibertat en el desenvolupament

42. Vegeu Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.

de la vida privada i la llibertat d'associació, etc. I caldria afegir-hi els drets que impliquen la participació política en el futur de la comunitat en què un viu i conviu, com el que es reconeix en l'article 23 de la Constitució.

L'aplicació al cas que ens ocupa seria aquesta: si per a un gruix important de catalans compta molt per al desenvolupament de llurs plans de vida ser consultats sobre el seu futur polític, fins i tot inclouent en la consulta la possibilitat de constituir una entitat política independent, no se'ls pot menystenir dient-los que són una minoria dins d'un Estat.

#### **5.4. El principi d'inviolabilitat de la persona**

Aquest principi manté que no es pot imposar a les persones contra la seva pròpia voluntat sacrificis i privacions que no redundin en el seu propi benefici. Parteix de la base que quan a algú se l'obliga a privar-se d'un bé sense que n'obtingui un benefici major, tal sacrifici és un mitjà per assolir alguna finalitat aliena al benestar de l'afectat i això no està justificat. Encara que sigui una idea més general que la que acabo d'enunciar, cal recordar la segona formulació de l'imperatiu kantian: "Actua de tal manera que mai tractis la humanitat, sigui en la teva pròpia persona o en la dels altres, com un mer mitjà sinó sempre com un fi en si mateix".<sup>43</sup>

La idea de no instrumentalitzar les persones per obtenir altres finalitats alienes al seu benestar és la que rau clarament en la prohibició del domini de la majoria. Si es produeix el domini de la majoria respecte a una minoria, que a més ho serà de manera perpetua, s'està instrumentalitzant les persones que hi pertanyen, se les tracta com a mers destinataris de les polítiques d'altri i no pas com a subjectes les preferències dels quals cal tenir en compte. En obligar a fer que una consulta sobre la independència dels catalans hagi de ser votada per tots els espanyols, s'està minoritzant de manera perpètua els catalans sobre un assumpte que influeix de manera decisiva en llurs plans de vida. No podrien mai revertir la situació i serien, així, tractats com a mers instruments d'una política que no tindran mai la capacitat de decidir.

S'hi pot afegir, a més, que els defensors del fet que cal anar a una reforma constitucional o bé que la consulta cal fer-la extensiva a tots els espanyols és fàcil que incorrin en una mena de frau democràtic. Sovint són els mateixos que han argumentat al llarg dels anys que hem viscut de democràcia que podien concórrer a les eleccions partits que defensessin qualsevol idea, sempre que ho fessin de manera pacífica.<sup>44</sup> És més: un dels arguments més emprats contra els terroristes a Euskadi és que, gràcies a la Constitució, allò que ells propugnaven, la independència, podia ser defensat pacíficament d'acord amb la Constitució. L'exemple a què sempre feien referència era Catalunya. ¿Cal entendre, aleshores, que tot aquest argumentari, sostingut al llarg d'aquest temps per neutralitzar la violència etarra, ha valgut només mentre el moviment independentista ha estat minoritari a Catalunya? Deixa de valer quan hi ha indicis que pugui esdevenir majoritari?

## 5.5. El principi de dignitat de la persona

Tractar-nos amb la dignitat que mereixem com a persones suposa prendre's seriosament les nostres *creences* i *opinions* i també les nostres *decisions*. Però cadascun d'aquests àmbits té un abast lleugerament diferent.

Prendre's seriosament les creences i opinions d'una persona significa que si volem proposar-ne un canvi cal que ho fem mitjançant arguments i proves, és a dir, operant sobre els factors que l'individu ha pres en consideració en la formació de la creença o de l'opinió i no, per exemple, a través de manipulacions.

En canvi, prendre's seriosament les decisions d'un individu consisteix, entre d'altres coses, a permetre-li que n'assumeixi les conseqüències o, dit d'una altra manera: cal permetre que les incorpori al curs de la seva vida. Però, i això és molt important pel que ara ens ocupa, a diferència del cas de les creences, no és admissible oferir arguments

---

44. De fet, no és res més que el que diu el Tribunal Europeu de Drets Humans: les úniques exigències sobre allò que poden defensar els partits polítics són que els mitjans emprats siguin legals i democràtics i que els canvis que proposin siguin compatibles amb els principis democràtics fonamentals (STEDH de 30 de juny de 2009). D'altra banda, en la seva compareixença en la comissió d'estudi del dret de decidir del Parlament, de data 26 de novembre de 2013, Mercè Barceló ens recorda la posició del Tribunal Constitucional en la Sentència 48/2003, segons la qual qualsevol idea, fins i tot contrària a la Constitució, es pot defensar sempre que es faci amb respecte a la democràcia i als drets fonamentals, atès que la Constitució no consagra una "democràcia militant". La raó formal per sostenir-ho: la Constitució admet que qualsevol dels seus preceptes pugui ser modificat.

o proves, llevat que es refereixin a les creences que fonamenten la decisió. En vull subratllar la transcendència perquè connecta, fins i tot terminològicament, amb el dret de decidir. Es tracta de prendre decisions entre persones amb dignitat, sense que importin les raons per les quals acabin decidint. Aquest és un punt vital per entendre en la seva justa mesura la fonamentació de les democràcies contemporànies: el vot legítima amb independència de les raons que cadascú tingui per emetre'l.

Què impliquen, en definitiva, aquests principis, per al que ara ens ocupa? Complir el principi d'autonomia de la persona suposa ser sensible als plans de vida que cada persona lliurement hagi escollit. Respectar el principi d'inviolabilitat de la persona implica que no es pot instrumentalitzar permanentment un conjunt d'individus amb l'argument que constitueixen una minoria. Finalment, valorar la dignitat humana exigeix que l'Estat es prengui seriosament les manifestacions de voluntat fetes lliurement pels ciutadans adults. Ras i curt, si persones adultes creuen que, per les raons que sigui, és de la màxima importància per a elles decidir el futur polític col·lectiu, llur voluntat ha de ser presa en consideració. Altrament, esdevindrien una minoria dominada permanentment o bé tractada amb un paternalisme injustificat.

És tot aquest argumentari, però, només "filosofia"? No estàvem parlant dels principis jurídics reconeguts a la Constitució? Doncs parlem-ne. Reconeix la Constitució aquests principis com a regles ideals i com a baules rellevants que en conformen la identitat? Efectivament, hi són reconeguts. Els podem trobar i en un lloc ben destacat: "Correspon als poders polítics de promoure les condicions per tal que la llibertat [...] de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives" (article 9); "La dignitat de la persona [...], el lliure desenvolupament de la personalitat [...] són fonament de l'ordre polític i de la pau social" (article 10).<sup>45</sup>

A més, cal tenir en compte, per exemple, que els Tractats de la Unió europea els reconeix explícitament relacionant-los amb el respecte de les minories. Així, en el seu article 2 podem llegir: "La Unió es fonamenta en els valors del respecte a la dignitat humana, de la llibertat, de la democràcia, [...] i del respecte als drets humans, inclo-

45. Sobre la rellevància d'aquest article, s'ha dit que "sin hipérbole puede estimarse que este artículo de nuestra Magna Carta es *pedra angular* de todo el sistema jurídico que ella instituye", a Joaquín Ruiz-Giménez Cortés i Itziar Ruiz-Giménez Arrieta, "Comentario al artículo 10 de la Constitución española", a Oscar Alzaga Villaamil, Santiago Sánchez González, et al. (dir.), *Comentarios a la Constitución española*. Tomo II – *Artículos 10 a 23 de la Constitución española de 1978*, Edersa, 2006.



sos els drets de les persones pertanyents a minories".<sup>46</sup> Abans de concloure, quedaria per examinar quina seria la ponderació dels principis que conformen una democràcia liberal com la que es defineix a la Constitució amb el principi de la sobirania nacional. Després del que acabo de dir, ha de quedar clar que el pes d'aquest darrer principi no és suficient per impedir la consulta, però que d'alguna manera fa que els ciutadans de la resta de l'Estat hagin d'intervenir.

Aquesta intervenció pot ser acomplerta pels representants d'aquests ciutadans en el Parlament, la qual cosa s'assoleix, a parer meu, acceptant qualsevol de les vies en què es pot articular constitucionalment el dret de decidir en el sentit en què l'estic emprant aquí. Tant la via de l'article 92, directament, com la del 150.2, passant per la llei catalana 4/2010, preveuen aquesta intervenció, bé sigui proposant, delegant, transferint o autoritzant una consulta referendària. L'apel·lació a la sobirania nacional no pot pesar tant per fer inútil la reclamació d'una consulta sobre un tema cabdal per al desenvolupament de les persones que viuen i treballen a Catalunya, per a llur inviolabilitat i llur dignitat. Les vies que la Constitució estableix permeten, en una lectura procliu a portar al màxim els principis esmentats, que la consulta es pugui fer entre els catalans i, al mateix temps, possibiliten una intervenció gens menyspreable dels representants de tots els ciutadans espanyols democràticament elegits, per tal de considerar que el principi de la sobirania nacional rep el tracte que mereix, ponderat de manera proporcionada amb la resta de principis rellevants.<sup>47</sup>

## 6. Conclusió

Al llarg d'aquest treball he mostrat que si s'admet que la Constitució, a través de diferents principis entesos com a regles ideals, consagra

---

46. Cito segons les versions consolidades del Tractat de la Unió Europea i del Tractat de funcionament de la Unió Europea, les normes dels quals, com és sabut, pertanyen a l'ordre jurídic espanyol, en virtut de l'article 96.1 de la Constitució, i a més serveixen com a criteri interpretatiu, segons allò que disposa l'article 10.2 de la Constitució. Abans hem vist que l'apel·lació a la regla hermenèutica que conté aquest article li servia precisament al Tribunal Constitucional per argumentar l'ús de la interpretació evolutiva, que aquí defenso.

47. No s'exclou tampoc la possibilitat d'emprar la via d'una eventual llei catalana de consultes no referendàries, per al cas que l'Estat hagi bloquejat la via referendària. Això és així perquè una consulta sobre la independència que tingui per subjecte els catalans no està prohibida a la Constitució: hi ha, si més no, un permís en sentit dèbil, tal com he argumentat.

una democràcia liberal, llavors hi ha bones raons per considerar que s'hi permet la realització d'una consulta als catalans sobre el seu futur polític, incloent-hi una pregunta sobre la independència. Aquestes raons passen per entendre que una interpretació evolutiva que defensi una concepció densa de la democràcia és la més escaient per dur a terme una justa i equilibrada ponderació dels principis rellevants. És aquesta una forma d'evolucionar sense perdre la identitat, una forma de resoldre el desafiament a què s'ha d'encarar qui vulgui tenir una Constitució a l'altura dels temps que corren, una Constitució que, per emprar les mateixes paraules del Tribunal Constitucional, no esdevingui "lletra morta". D'aquesta forma podria complir la màxima que fa segles ens deixà Píndar: "Sigues el que ets, però aprèn-ho abans".<sup>48</sup>

## Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BOSSACOMA, Pau. "Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars". *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 15, abril 2012, pp. 241-286.
- DE CARRERAS, Francesc. "Un referèndum?". *La Vanguardia*, 20 de setembre de 2012.
- DECI, E., i RYAN, R. (eds.). *Handbook of self-determination research*. Rochester, NY: University of Rochester Press, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984 (original de 1978).
- DZEHTSIAROU, Kanstantsin. "European Consensus and Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights". *German Law Journal*, vol. 12, n. 10, 2011, pp. 1730-1745.
- FELIU, Dolors. *Manual per la independència*. Barcelona: Angle Editorial, 2013.
- FERRERES, Víctor. "The Secessionist Challenge in Spain: An Independent Catalonia?". *Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org*, 22 de novembre de 2012.
- GAGNON, A. *Temps d'incertituds. Assajos sobre federalisme i diversitat nacional*. Barcelona: Editorial Afers, 2012.
- GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

- HELMERSEN, Sondre Torp. "Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions". *European Journal of Legal Studies*, vol. 6, n. 1, 2013, p. 127-148.
- Institut d'Estudis Autònoms. "Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes poden ser consultats sobre llur futur polític". 11 de març de 2013.
- JACOBS, Francis G.; WHITE, Robin C. A., i OVEY, Clare. *The European Convention on Human Rights*. 5a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa Calpe, 1983 (original de 1785).
- KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. México: Editora Nacional, 1954 (original de 1925).
- KREPTUL, Andrei. "The Constitutional Right of Secession in Political Theory and History". *Journal of Libertarian Studies*, vol. 17, n. 4, 2003, pp. 30-100.
- KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- LÓPEZ, Hèctor. *Nous estats i el principi democràtic*. Centre d'Estudis de Temes Contemporanis. Barcelona: Angle, 2009.
- LÓPEZ, Jaume. "Del dret a l'autodeterminació al dret a decidir". *Quaderns de Recerca*, n. 4, 2011, pp. 2-18.
- . "Presentació". *Monogràfic sobre el dret a decidir, Àmbits de Política i Societat*. 2013.
- MORESO, José Juan, i VILAJOSANA, Josep Maria. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.
- REQUEJO, Ferran. *Camins de democràcia. De l'autonomia a la independència*. Barcelona: L'Avenç, 2010.
- REQUEJO, Ferran, i CAMINAL, Miquel (eds.). *Liberalisme polític i democràcies plurinacionals*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2009.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. "Un referéndum para Catalunya". *El País*, 8 d'octubre de 2012.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, i RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, Itziar. "Comentario al Artículo 10 de la Constitución Española", a Oscar Alzaga Villaamil, Santiago Sánchez González et al. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo II – Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978. Edersa, 2006.
- SANJAUME, Marc. "La secessió a la ciència política". *VIA. Revista del Centre d'Estudis Jordi Pujol*, 12/2012, pp. 32-42.
- SEARLE, John R. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.
- SESHAGIRI, Lee. "Democratic Disobedience: Reconceiving Self-Determination and Secession at International Law". *Harvard International Law Journal*, vol. 51, n. 2, 2010, pp. 553-598.

- VILAJOSANA, Josep Maria. *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- VILAREGUT, Ricard. "El dret a decidir com a estratègia de moviment". *Monogràfic sobre el dret a decidir, Àmbits de Política i Societat*, 2013.
- VON WRIGHT, G. H. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1971 (original de 1963).

## RESUM

En aquest treball l'autor defensa que el dret de decidir, entès com a la possibilitat de fer una consulta als catalans sobre el seu futur polític, no és contrari a la Constitució. La raó principal és que els principis d'indissolubilitat (art. 2.1) i de sobirania nacional (art. 1.2) han de ser ponderats adequadament amb els definitoris d'una democràcia liberal, tal com apareixen regulats bàsicament en els articles 1.1, 23.1, 9 i 10. Mitjançant aquesta ponderació es pot justificar: 1. Fer una consulta sobre la independència de Catalunya, atesa una interpretació evolutiva dels drets democràtics propis d'una concepció densa de la democràcia. 2. Fer-la entre els catalans, per tal d'evitar passar del principi de la majoria al domini de la majoria.

**Paraules clau:** dret de decidir; interpretació evolutiva; democràcia liberal; autonomia de la persona; inviolabilitat; dignitat humana; domini de la majoria.

## RESUMEN

En este trabajo el autor defiende que el derecho a decidir, entendido como la posibilidad de realizar una consulta a los catalanes sobre su futuro político, no es contrario a la Constitución. La razón principal es que los principios de indisolubilidad (art. 2.1) y de soberanía nacional (art. 1.2) deben ser ponderados adecuadamente junto con aquellos que son definitorios de una democracia liberal, tal como aparecen regulados básicamente en los artículos 1.1, 23.1, 9 y 10. A través de esta ponderación es posible justificar: 1. Llevar a cabo una consulta sobre la independencia de Cataluña, dada una interpretación evolutiva de los derechos democráticos característicos de una concepción densa de la democracia. 2. Hacerla entre los catalanes, para evitar pasar del principio de la mayoría al dominio de la mayoría.

**Palabras clave:** derecho a decidir; interpretación evolutiva; democracia liberal; autonomía de la persona; inviolabilidad; dignidad humana; dominio de la mayoría.

## ABSTRACT

In this article the author defends that the right to decide, understood as the holding of a referendum on the political future of Catalonia, is not banned by the Spanish Constitution (SC). The principal reason provided is

that the principle of indissolubility (section 2.1 of the SC) and the principle of national sovereignty (section 1.2 SC) shall be adequately balanced with the principles of liberal democracy (as defined in sections 1.1., 23.1., 9 and 10 SC). In the light of this perspective, the article justifies two main aspects: 1) holding a referendum on the independence of Catalonia on the grounds of an evolutionary interpretation of the democratic rights as linked to a dense conception of democracy; and 2) holding a referendum exclusively in Catalonia, in order to avoid passing from the principle of the majority to the control of the majorities.

**Keywords:** right to decide; evolutionary interpretation; liberal democracy; personal autonomy; inviolability; human dignity; control of the majorities.

# PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y DERECHO A DECIDIR

**José J. Jiménez Sánchez**

Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada

“[V]ivimos en la edad de las comodidades, y voy a contarles la última perfección alcanzada en ese terreno [...] sabemos que la vida no es sino un escenario en el que podemos representar el papel de tontos mientras ese papel nos divierte. En el confort moderno faltaba una comodidad: la de un camino fácil y decente que nos permita abandonar ese escenario; la de unas escaleras posteriores hacia la libertad, o, como ya dije hace un instante, la de una puerta reservada para la muerte. Eso proporciona el Club de los Suicidas.”

R. L. Stevenson, *El Club de los Suicidas*, 1882, págs. 19-20.<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, de 23 de enero de 2013. – 3. Informe del Instituto de Estudios Autonómicos. – 4. Dos concepciones sobre el poder soberano. – 5. Conclusión. – *Resumen – Resum – Abstract.*

---

## 1. Introducción

Este texto de Stevenson se asienta al mismo tiempo en un error y un acierto. El texto es acertado en la medida en que se desprende de él la idea de que la libertad exige plena independencia, aunque sea equivocado a la hora de interpretar que esta independencia sólo se asegura con la muerte. Al hacerlo así obvia enfrentarse con el problema decisivo, que consistiría en saber cómo se lograría en un mundo contingente la independencia requerida por la libertad. Algo parecido ocurre en el debate sobre el derecho a decidir en el que hoy día nos encontramos en este país, un debate que pone en conexión de manera

---

*Artículo recibido el 06/06/2013; aceptado el 14/02/2014.*

1. *El Club de los Suicidas y otros relatos de terror y misterio*, trad. de A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid, 1988.

acertada el derecho a decidir con el principio democrático, pero que yerra a la hora de abordar la cuestión decisiva, esto es, qué hemos de entender por el principio democrático.

Aunque todos estemos de acuerdo en que por democracia ha de comprenderse el gobierno del pueblo, es cierto que cabría establecer diferencias respecto a cómo habría de pensarse ese gobierno. Una gran parte de los autores identifica el principio democrático con la voluntad política de un determinado pueblo o de un grupo de población que reúna ciertas características,<sup>2</sup> es decir, lo democrático consistiría no sólo en que esa voluntad política pudiera expresarse, sino en admitir aquello que tal voluntad manifestara. No cabe oponerle ningún impedimento a esa voluntad, pues ésta queda legitimada en la medida en que es expresión de la opinión de la mayoría bien de un determinado pueblo, bien de un grupo concreto. De esta manera queda entrelazada una voluntad política mayoritaria con el principio democrático. Este principio definiría como legítimo el deseo de la voluntad política mayoritaria.

Si admitimos que la democracia ha de entenderse como una democracia de carácter mayoritario, en la que la voluntad política que ha de prevalecer es aquella que puede identificarse con la voluntad de la mayoría, no queda más remedio que reconocer, primero, que hay que facilitar los medios, que no son otros que los jurídicos, para que esa voluntad política pueda expresarse; segundo, que esa voluntad no puede quedarse simplemente en su mera expresión, en la medida en que aquélla exige ir más allá, puesto que ha de poder ejercer su derecho a decidir, esto es, ha de poder tomar una decisión, y tercero, que la adopción de una decisión exige que se ejecuten las medidas imprescindibles para llevar a cabo su realización. En definitiva, el principio democrático demanda necesariamente que se tomen las medidas imprescindibles para la ejecución de aquello que quiere la voluntad política mayoritaria.

Ahora bien, este principio democrático exige que atendamos no sólo a la voluntad de un determinado pueblo, sino a toda voluntad

---

2. Por todos esos autores puede verse la afirmación siguiente: "Si una minoría territorializada, es decir, no dispersa por todo el territorio del Estado [...] sino concentrada en una parte definida, delimitada administrativamente y con las dimensiones y recursos necesarios para constituirse en Estado, desea la independencia, el principio democrático impide oponer a esta voluntad obstáculos formales que pueden ser eliminados. Si la Constitución lo impide habrá que reformarla, pero antes de llegar a ese extremo, hay que averiguar la existencia y solidez de esa supuesta voluntad", F. Rubio Llorente, "Un referéndum para Cataluña", *El País*, 8-10-2012.



política que adquiera cierta densidad, esto es, que de hecho tenga cierta entidad y por lo tanto pueda constituirse con una identidad propia, diferenciada de cualquier otra. Este sería el caso de Cataluña, donde después de los hechos acaecidos parece constituirse una voluntad política mayoritaria que quiere expresar su deseo de decidir sobre su futuro político. Así pues, el principio democrático nos reclamaría que afirmásemos la legitimidad de tal pretensión, aunque eso no evitaría que nos tuviésemos que enfrentar con toda una serie de cuestiones de extrema complejidad, en tanto que la realización de la aspiración del pueblo catalán habría de hacerse compatible con el respeto a la legalidad vigente; esto es, tendríamos que lograr una articulación coherente entre el principio democrático y el principio del Estado de derecho. De ahí que habría que resolver tanto problemas de carácter interno –aquellos referentes a si se ha de hacer un referéndum o una consulta, con todos los problemas jurídicos que tales convocatorias podrán entrañar–,<sup>3</sup> pero también de carácter externo,

---

3. V. Ferreres, [www.iconnectblog.com/2012/11](http://www.iconnectblog.com/2012/11), hace referencia a alguno de estos problemas: primero, si cabría defender cualquier idea, aunque sea contraria a lo establecido por el orden constitucional, lo que el propio Tribunal Constitucional ha resuelto positivamente en su Sentencia 48/2003, si bien es cierto que exigió que se respetasen la democracia, los derechos fundamentales y el imperio de la ley; segundo, si cabría alterar el art. 2 de la Constitución, en el que se sostiene la indisolubilidad de la nación española, lo que podría hacerse siempre que se siguieran los procedimientos establecidos de reforma, y tercero, que tal vez es el punto que podría tener más interés, se refiere a las posibles diferencias entre referéndum y consulta, aunque quizá lo que más nos pudiera interesar es lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 103/2008, en la que se afirma que no sería posible celebrar un referéndum que versara sobre una reforma constitucional antes de haber realizado esa reforma, pues en caso contrario esa consulta podría desencadenar la misma reforma. El problema que plantea Ferreres es que entonces no habría salida para el caso catalán, pues cómo realizamos una reforma si no sabemos si el pueblo la desea. La única manera de saberlo es convocar esa consulta, aunque el riesgo de tal convocatoria sería que la misma podría desencadenar el proceso.

Esta manera de argumentar tiene dos inconvenientes: primero, que eso sucedería con toda reforma constitucional, ya que entonces habría que pensar que cualquier reforma que se planteara sería absurda sin saber primero que se desea, con lo que si se preguntase por tal reforma es inevitable que tal consulta podría contribuir a que se desencadenase el proceso de reforma, luego cabría concluir que este dilema no tiene solución, y segundo, esto podría tener cierto sentido si no hubiera mecanismos constitucionales que permitiesen comenzar el proceso de reforma constitucional a las instancias autonómicas, pero en el caso de la Constitución española eso es posible, en la medida en que la iniciativa de reforma constitucional se puede ejercer de acuerdo con los procedimientos de iniciativa legislativa de las comunidades autónomas.

En definitiva, creo que Ferreres tiene razón cuando sostiene que, si siguiéramos lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 103/2008, el caso catalán no tendría solución. Esto nos obligaría a plantear el problema desde una perspectiva distinta, esto es, se trataría más bien de averiguar la razón de por qué el Tribunal argumentó de la manera en que lo hizo. Creo que esta sentencia está en relación con la citada anteriormente, que es la que realmente conduciría al fondo del asunto al organizar el debate público y, por

relativos a las consecuencias que podrían derivarse de la constitución de un nuevo Estado, especialmente en un ámbito como es el de la Unión Europea.<sup>4</sup>

## **2. Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, de 23 de enero de 2013**

En esta Resolución se formula una declaración de soberanía, así como se defiende el derecho a decidir del pueblo de Cataluña. Respecto de la primera se afirma que el "pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano". Esta afirmación plantea dos tipos de dificultades, que se refieren tanto a la definición del pueblo como soberano como a las razones de su justificación. Empezaré por tratar de clarificar estas últimas, pues en principio no es nada claro qué quiera decirse con la expresión "por razones de legitimidad democrática", pues por ella podría entenderse o bien lo que haya decidido la voluntad mayoritaria del pueblo, esto es, la democracia se comprendería como el gobierno de la voluntad mayoritaria del pueblo, o lo que esa misma voluntad haya acordado bajo ciertas condiciones, con lo que la democracia no se identificaría simplemente con esa voluntad mayoritaria, sino que estaría sometida a ciertos requisitos.

En la introducción de esa declaración se dice que la misma se formula "[d]e acuerdo con la voluntad mayoritaria expresada democráticamente por parte del pueblo de Cataluña". Si bien esta enunciación no nos permite aclarar lo que pudiéramos entender por "razones de legitimidad democrática", al menos nos facilita descartar aquello que no cabría bajo esa expresión, es decir, que la legitimidad democrática no cabe identificarla simplemente con la manifestación de una

---

tanto, la adopción de cualquier decisión en torno a tres elementos: democracia, derechos fundamentales y Estado de derecho. Con posterioridad lo veremos.

4. Vid., *Scotland analysis: Devolution and the implications of Scottish Independence*, febrero de 2013, en el que podemos apreciar que en su anexo, sobre el que en gran medida está construido el informe, se articula toda la reflexión en torno al Tratado de la Unión, de lo que se obtienen algunas conclusiones: la unión se llevó a cabo libremente por parte de Escocia e Inglaterra y esto condujo a la disolución de Escocia como Estado, por lo que no cabe la reversión. Tampoco considera que aquel Tratado tuviese hoy valor como tratado internacional. Estas afirmaciones les permitirán concluir que será el resto del Reino Unido quien continuará en el ejercicio de las competencias actuales del propio Reino Unido, siendo Escocia la que nacerá como nuevo Estado, con todos los inconvenientes que tal nacimiento acarrea, especialmente el de iniciar su incorporación a la Unión Europea.

voluntad mayoritaria del pueblo, ya que ésta sólo estaría legitimada si su formulación fuese una expresión democrática, lo que remitiría a la exigencia de ciertas condiciones que aseguraran que esa voluntad así lo hizo, que se expresó democráticamente, aunque ya no cabría obtener más de esa afirmación.

En la Resolución se defiende también el derecho a decidir, en relación con el cual se hacen dos precisiones, que nos pueden ayudar en nuestra comprensión de lo que cabe entender por legitimidad democrática. Primero, que tal derecho habrá de ejercerse "utilizando" los marcos legales existentes, de modo que así se alcance "el fortalecimiento democrático", de donde cabe deducir que el respeto a la legalidad es imprescindible en una democracia que pudiéramos considerar legítima. Y en segundo lugar se afirma que el derecho a decidir sólo será democrático si se garantiza la pluralidad y el respeto de las diferentes opciones, de manera que se asegure el diálogo y la deliberación. Únicamente así se afirmaríala legitimidad democrática de la voluntad mayoritaria.

Por tanto, la respuesta que encontramos a las dificultades que planteábamos más arriba cuando nos hemos preguntado por lo que podríamos entender por "razones de legitimidad democrática" es una respuesta compleja, que nos lleva a que no podamos identificar sin más la expresión de la voluntad política mayoritaria como la expresión democrática de esa misma voluntad, sino que aquélla sólo será democrática si atiende en su conformación y expresión a una serie de condiciones que serán las que le otorguen el carácter de democrática, esto es, su legitimidad democrática. Esas condiciones son dos: en primer lugar, la voluntad política mayoritaria será democrática si se ejerce dentro del marco legal, esto es, el principio democrático se entrelaza necesariamente con el principio del Estado de derecho, y en segundo lugar, no basta simplemente con que la voluntad mayoritaria democrática respete la legalidad, sino que la legitimidad democrática exige que la voluntad política se asiente en razones que van más allá de un marco normativo concreto. Esta es la razón por la que se requiere que la voluntad política mayoritaria se articule en torno a la defensa de los requisitos exigidos por la realización en una determinada sociedad de lo que podríamos denominar el principio discursivo, esto es, la defensa de la pluralidad, el respeto a las diferentes opciones y el aseguramiento de la deliberación en común. En definitiva, la regla de la mayoría, es decir, una voluntad política mayoritaria, sólo se justificaría si se atuviera al principio democrático, lo que exigiría, por su parte, que éste se pudiera articular con otros dos principios, el

del Estado de derecho y el de discurso. Habermas<sup>5</sup> lo había formulado diciendo que un Estado democrático de derecho se alcanzaría cuando el principio de discurso se transformase dentro del medio derecho en un principio democrático.

Si la Resolución pudiese ser vista así, no habría nada que objetar. Sin embargo, esta Resolución no sostiene sólo lo que acabamos de decir, sino que afirma, como vimos más arriba, algo más, que "el pueblo de Cataluña tiene carácter de sujeto político y jurídico soberano", lo que se justificaba "por razones de legitimidad democrática". En realidad sabemos que no importa tanto lo que se diga como las razones en que se apoya aquello que se afirma. Si esto es así, habríamos de fijarnos en las razones en que se apoya esa afirmación de soberanía, esto es, las razones democráticas, y si tal y como hemos dicho el principio democrático se encuentra entrelazado con otros principios, como son el de discurso y el del imperio de la ley, parece evidente que basándonos en aquél no podríamos ir más allá de este último, por lo que sería contradictorio afirmar algo y lo contrario al mismo tiempo. Es decir, que si se sostiene la democracia por la legalidad, no se puede defender algo que exceda esa legalidad y decir, al mismo tiempo, que es democrático. Este es el problema de la Resolución, que defiende a la vez una cosa y su contraria, pues afirma que el pueblo catalán tiene carácter de sujeto político y jurídico soberano por razones democráticas, cuando tales razones nos llevan necesariamente a defender el imperio de la ley, desde el que se sostendría justamente la afirmación contraria, esto es, que la soberanía radica, de acuerdo con la Constitución, en el pueblo español en su conjunto.

### **3. Informe del Instituto de Estudios Autonómicos<sup>6</sup>**

En este informe se parte de la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, en la que se defiende, como hemos visto, el derecho a decidir por parte del pueblo de Cataluña y, en consecuencia, su derecho a ser consultado. Sin embargo, la argumentación del informe difiere

---

5. J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introducción y traducción de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998 (1992 y 1994).

6. *Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes de Catalunya poden ser consultats sobre llur futur polític col·lectiu*, Instituto de Estudios Autonómicos, 11 de marzo de 2013.

de la que se sigue en la Resolución. La razón parece evidente, pues se trataría de evitar la contradicción en la que ésta cae al defender el principio democrático y la legalidad y, al mismo tiempo, la ilegalidad que supone la creación de un nuevo sujeto jurídico y político. Para deshacer esa contradicción manteniendo a su vez el nuevo soberano, es imprescindible que se comprenda de una forma diferente el principio democrático. Éste se diseñó en la Resolución de manera que quedaba entrelazado, especialmente y en lo que ahora nos interesa, con el principio de legalidad, de forma que hacía imposible entender el uno sin el otro, abocándonos a lo que podría llamarse una democracia juridificada. Por eso, el informe entenderá, ahora, el principio democrático no sólo de manera separada respecto del principio del Estado de derecho, sino que concebirá al segundo de forma que quede subordinado con respecto al primero, es decir, el principio del Estado de derecho ha de quedar relegado ante la preeminencia del principio democrático. En esto el informe no es en absoluto original ni hace nada que sea diferente de lo que muchos autores, algunos de ellos citados en la introducción de este texto, han defendido en nuestro país. Es más, no hace sino seguir una tradición centenaria que concibe el poder político en términos fácticos, esto es, piensa la voluntad política como primigenia frente al derecho, quedando éste subordinado ante aquélla. La dificultad con la que habría de enfrentarse sería la de que esa tradición ni es la única ni tampoco es la más consistente ni mejor articulada, al menos desde un punto de vista racional, que es el punto de vista que estamos obligados a adoptar, puesto que es desde ahí, en la racionalidad, desde donde podríamos asegurar un terreno común en el que cabría resolver de manera civilizada nuestras diferencias.<sup>7</sup>

Ahora bien, todos estos problemas no constituyen el objetivo inmediato del informe, aunque sean su trasfondo. El informe trata de responder a la cuestión que había dejado planteada la Resolución cuando reconoció el derecho a decidir, como no podía ser menos, de un pueblo al que la misma había dotado de un carácter jurídico y político soberano. Se trataría por tanto de encontrar dentro de la legalidad las vías adecuadas para llevar a cabo el ejercicio del derecho a decidir, al mismo tiempo que se encuentra su justificación en el terreno de los hechos, tanto históricos como presentes, al constatar el enorme apoyo popular y parlamentario que la defensa de tal derecho

7. *Vid.*, al respecto, José J. Jiménez Sánchez, "Sobre el poder soberano", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 40, 2006, págs. 79-98.

ha suscitado. Como podemos apreciar, las dificultades de fondo del informe están presentes desde sus inicios, en tanto que la vía de los hechos, una voluntad política determinada, parece que prevalece sobre la cuestión normativa, esto es, sobre las razones que legitimarían o no aquella voluntad.

Así pues, el informe inicia su andadura preguntándose por las vías que el ordenamiento jurídico ofrece o pudiera ofrecer a fin de que el pueblo de Cataluña satisficiera ese derecho a decidir sobre su futuro colectivo. Para hacerlo, el Instituto recurre a los principios constitucionales que en su opinión habrían de orientar la selección, interpretación y aplicación de las normas, constitucionales y legales, relativas a los procedimientos de consulta popular. El recurso a los principios se justifica por la dificultad del problema. Estos principios son dos, y además en un cierto orden de prioridad, aunque finalmente este orden será alterado. Primero, el principio del Estado de derecho, y en segundo lugar, el principio democrático. Ambos vendrían recogidos en el art. 1.1 de la CE al decirse en él que "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho". Precisamente será en estos principios y en la interpretación que de ellos se hace donde podremos encontrar la manera en que el Instituto trata de solucionar la contradicción en la que había caído la Resolución, así como los fundamentos en los que puede apoyarse su defensa de una concepción fáctica del poder político frente a otra de carácter normativo.

La primera dificultad con la que tendríamos que enfrentarnos sería la de tratar de averiguar cómo están recogidos ambos principios en la Constitución, pues no es claro si realmente son dos principios independientes o bien mantienen cierta relación de dependencia, hasta el extremo de que pudiéramos pensar que constituyen un único principio. A simple vista podría pensarse que no se habla de dos principios independientes, pues no se define al país como un Estado democrático y, además, como un Estado de derecho, sino que se conciben ambos principios de manera tal que mantienen una estrecha conexión entre ellos, hasta el extremo de que no pueden pensarse sino como principios entrelazados, que es lo que parece deducirse de la propia redacción del texto constitucional cuando habla de un Estado democrático de derecho. Si esto fuera así, y esa es mi opinión, habría que mantener, entonces, una posición divergente respecto de la que se sostiene en el informe. En éste se opta por considerarlos como dos principios separados; por eso empezará analizando cuáles serían las consecuencias del principio del Estado de derecho, cuyo cumplimiento exige necesariamente actuar dentro de la legalidad vigente.

Este principio implica, por un lado, "la submissió del poder públic a un Dret emanat democràticament que imposa límits al poder" (pág. 9) y, por otro, "el respecte de la legalitat reforça sens dubte la legitimitat política i democràtica de tot el procés de consulta" (pág. 9). En estas afirmaciones hay varias cuestiones que merecen nuestra atención:

1º El derecho emana democráticamente, esto es, el derecho emana del pueblo. Un derecho que se quiera calificar como democrático sólo puede provenir del pueblo.

2º El poder público ha de estar sometido a ese derecho, que es el que establece los límites de ese poder.

3º En consecuencia, el respeto a la legalidad reforzaría la legitimidad política y democrática del proceso de consulta.

En mi opinión, la cuestión central se encuentra en los puntos primero y tercero, al afirmar que el derecho procede del pueblo y, consecuentemente, que su cumplimiento refuerza la legitimidad política y democrática. De acuerdo con lo que se dice en el informe, el núcleo de la argumentación no se halla en el derecho, sino en el pueblo, en su voluntad, de la que emana el derecho. De ahí que los poderes públicos hayan de actuar de acuerdo con ese derecho establecido por el pueblo, lo que constituiría el único medio a su alcance para lograr su legitimidad democrática. En un sistema democrático, estas afirmaciones tendrían que ser evidentes, pues en la naturaleza de la democracia se encuentra que el derecho haya de provenir del pueblo, así como que el poder ha de ajustarse en su comportamiento a las exigencias de ese derecho, a no ser que no tuviésemos claro qué hubiese que entender por pueblo, o al menos que pudiésemos concebir el pueblo de manera distinta a como aquí se le piensa, pues cabe comprender el pueblo no sólo en este sentido, como voluntad política efectiva de un ser natural, sino también como la voluntad política racional de un ser moral. De aquí habría que deducir que si, en el primer caso, el derecho emana del pueblo, en el segundo, el pueblo es una construcción jurídico-racional sometida al propio derecho. En definitiva, existen dos concepciones sobre lo que podríamos entender por pueblo. Una de ellas lo entiende como una realidad fáctica, sujeto constituyente, de la que emana el derecho; la otra considera al pueblo como una realidad normativa, sujeto constituido, por lo que se encuentra necesariamente en el mismo terreno que el derecho que de esa realidad emana, siendo ella misma derecho.

Si esto pudiera mantenerse, entonces podría pensarse el principio del Estado de derecho de dos maneras. De acuerdo con la primera,



se entendería que ese principio exigiría que los poderes se sometieran al derecho que emanase del pueblo, de la voluntad política democrática, con lo que ésta quedaría situada en el terreno de los hechos. Esta primera interpretación supondría que el principio del Estado de derecho quedaría subordinado en relación con el principio democrático. Sin embargo, si concibiéramos al pueblo no como una voluntad política fáctica, sino normativa, esto es, si pensásemos el pueblo como un cuerpo político creado en el medio derecho y sometido a la exigencia de actuar dentro de los márgenes establecidos por el propio derecho, entonces tendríamos que contemplar el principio del Estado de derecho no de manera subordinada al principio democrático, sino que habría que concebir a ambos de manera entrelazada, sin que pudiese primar uno sobre otro. Habermas<sup>8</sup> admite la diferencia entre el principio democrático y el principio del Estado de derecho, ya que pueden darse situaciones en que exista uno sin el otro, esto es, cabe que exista el principio del Estado de derecho sin el principio democrático, en la medida en que es posible un régimen sometido al derecho sin que éste fuese necesariamente democrático, pero no cabría una democracia sin que ésta estuviera inmersa en el derecho, con lo que en un sistema democrático no podría pensarse en dos principios separados, sino en la articulación conjunta de ambos.

El segundo principio de que se habla en el informe es el principio democrático, al que habría que entender como un principio a cuya luz habría que:

interpretar els preceptes jurídics vigents, no com a principi legitimador d'hipotètiques alternatives en cas que les vies jurídiques resultin insuficients per canalitzar les reivindicacions abans descrites. No es tracta d'un principi d'aplicació alternativa al principi de l'Estat de Dret. El que aquí es defensa és l'aplicació del principi democràtic com a complementari del principi de l'Estat de Dret (pág. 10)

Es decir, un principio que no es alternativo del principio del Estado de derecho, sino complementario del mismo, lo que permitiría dar "la mayor expansió possible al dret constitucional a la participació política dels ciutadans de l'article 23 de la Constitució" (pág. 9). De esta manera se inicia la reflexión en torno al principio democrático, una reflexión que se muestra, en apariencia, coherente con la argumentación que estamos realizando. Sin embargo, esta manera de razonar se

8. Vid. J. Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. J. C. Velasco Arroyo y G. Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999 (1996), págs. 247 y ss.



abandona inmediatamente en el informe, justamente en el momento en que se apoya en la decisión del Tribunal Supremo canadiense de 1998, en la que se defendió que, de acuerdo con el principio democrático, si una provincia acordara su separación de la federación, ésta estaría obligada a negociar los términos de la misma. Parece evidente que si el principio democrático sirviera para legitimar el resultado de una consulta, es claro que con base en el mismo también se justificaría la celebración de la misma, pues si ese principio sirve para legitimar lo más, el inicio de conversaciones para llevar a cabo el proceso de separación, ha de servir también para justificar lo menos, esto es, la celebración de la consulta.

De todo ello podríamos concluir que el principio democrático posee un potencial inmenso, en tanto que cabría entenderlo no sólo en un sentido restrictivo, entrelazado con el principio del Estado de derecho y, por tanto, limitado a interpretar el ordenamiento jurídico de acuerdo con lo que podríamos deducir que querría la voluntad general, es decir, el soberano tal y como viene definido por el propio orden constitucional, sino que también sería posible comprenderlo de manera originaria y preponderante respecto de cualquier otro principio. En el informe se propone "interpretar els preceptes vigents a la llum de les exigències del principi democràtic" (pág. 12), con lo que parece que se inclina de manera muy dúctil a favor de otorgar cierta preponderancia al principio democrático, lo que quedará puesto de manifiesto de manera clara cuando se tope con la posible negativa del Estado.

Según el informe, "l'Estat només podria negar la consulta si pogués aduir objeccions de constitucionalitat incontestables" (pág. 12). Por eso proponen cinco vías que permitirían la realización de la consulta, por lo que si el Estado se negara a convocarla o permitirla "situaria la qüestió en l'àmbit purament polític i obriria a la Generalitat la possibilitat d'emprar legítimament les vies alternatives de convocatòria de consultes" (pág. 13). Esto quiere decir que, si el Estado negara la posibilidad de celebración de la consulta, la solución del problema se situaría no ya en el terreno jurídico, sino en el político, esto es, al margen del derecho. La argumentación resulta confusa, pues no se entiende bien por qué razón se iba a negar el Estado a permitir tal consulta, si el Tribunal Constitucional, que es el que puede negar o afirmar finalmente la constitucionalidad o inconstitucionalidad de este tipo de cuestiones, estimara como constitucional la convocatoria de la misma. Pero si el Tribunal considerara, ante la duda planteada por el órgano correspondiente del Estado en su recurso, que tal consulta

no es constitucional, ¿cómo es posible argumentar que la cuestión queda entonces en el ámbito político, al margen del derecho? Da la impresión de que la defensa que se hace en el informe de los dos principios, el principio del Estado de derecho y el principio democrático, es una defensa sesgada finalmente a favor del principio democrático, entendido además en términos fácticos, esto es, como expresión de una irrestricta voluntad política mayoritaria.

Esto se puede apreciar con mayor claridad cuando se hace referencia al "component polític d'una potència extraordinària" (pág. 13) que poseen "les consultes populars relatives al futur polític d'una determinada comunitat política que forma part d'una comunitat més àmplia" (pág. 13), lo que le lleva a reconocer

la modèstia de la contribució que pot fer el dret en la canalització del problema plantejat. El dret ha d'acompanyar aquest procés polític fins on sigui possible, però els juristes han de ser conscients que, com demostra a bastament la història, si les reivindicacions són políticament "serioses" i no troben en l'ordenament jurídic vigent mecanismes jurídics per expressar-se o per fer-se efectives, acaben normalment obrint vies alternatives, a través d'altres marcs legals o de simples vies de fet, posteriorment juridificades (pág. 13).

Con independencia de que en el informe el principio democrático adquiere relevancia no sólo después de la celebración del referéndum, sino también antes, con la finalidad de que el mismo se convoque, lo que hay que resaltar es que en este informe no se defiende la concordancia de dos principios, el del Estado de derecho y el democrático, sino sólo uno de ellos, el democrático, pues el primero, el principio del Estado de derecho, se asienta en el mismo principio democrático, en la medida en que se sostiene que el derecho ha de provenir de una voluntad política mayoritaria, con lo que el auténtico principio es siempre el democrático. El derecho emanado democráticamente impone límites al poder público, pero no puede imponer ningún límite a la voluntad política de la que ese derecho emana. Esta es la razón por la que habría que sostener que no se defienden dos principios sino sólo uno: el principio de que toda norma y límite proviene de una voluntad política determinada. No obstante, habría que decir algo más, no sólo que se defiende un único principio –el principio democrático–, sino que en realidad no se defiende ningún principio, sino sólo una regla: la regla de la mayoría, defendida desde una voluntad política desnuda, esto es, particular, aunque sea una particularidad muy numerosa, pues la seriedad de las reivindicaciones políticas no se encuentra nunca en el número de personas que las respalden, sino en la calidad de los ar-

gumentos en los que se apoyan. El número es un elemento necesario, aunque por sí mismo insuficiente. La primera cualidad que un principio exigiría, con independencia del respaldo que obtuviera, es la de su universalidad, esto es, su calidad moral, que nunca puede ser parcial ni expresión de una voluntad particular, por mayoritaria que ésta sea.

#### 4. Dos concepciones sobre el poder soberano

El trasfondo de toda esta discusión responde, como he advertido con anterioridad, a la diferencia que existe entre dos concepciones sobre el poder soberano, una fáctica y otra normativa. La primera permitiría una preeminencia del principio democrático sobre el principio del Estado de derecho, la segunda exigiría el entrelazamiento entre ambos principios. Ambas tradiciones han pervivido hasta nuestros días, lo que exige que las distingamos con la finalidad de clarificar los términos con los que debatimos. La concepción fáctica del poder soberano arranca de Hobbes,<sup>9</sup> la segunda se vislumbra en Spinoza,<sup>10</sup> pero cobra plena realidad con Rousseau y Hegel.<sup>11</sup> Para verlo habría que partir de los fundamentos de la estructura jurídico-política del Estado moderno, que se encuentran en la concepción hobbesiana del poder como poder absoluto e ilimitado. A partir de los planteamientos de Hobbes cabe destacar el surgimiento de dos líneas de reflexión que ponen en cuestión sus ideas. La primera se origina en su propia concepción fáctica del poder y se restringe a concebir la necesidad de establecer ciertos límites a ese poder. En ella se encontrarán las ideas de Spinoza sobre el Estado como Estado político limitado, así como las de Bentham, quien lo concibe como Estado autolimitado. La segunda rompe radicalmente con Hobbes al pensar el poder en términos normativos, y puede

9. Vid. Jiménez Sánchez, "Sobre el poder soberano", *art. cit.*

10. José J. Jiménez Sánchez, "Los fundamentos del Estado político en Spinoza", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 46, 2012, págs. 211-236. Vid., asimismo, sobre las diferencias y similitudes entre el pensamiento de Hobbes y Spinoza respecto del poder soberano, José J. Jiménez Sánchez, "If Bentham had read...", que aparecerá este año, 2014, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*.

11. José J. Jiménez Sánchez, "Tres huevos de papagayo", que se publicará en el número correspondiente a este año, 2014, del *Anuario de Filosofía del Derecho*.

rastrearse no sólo en la obra de Rousseau y Hegel, sino también en Kant<sup>12</sup> y los *Federalist Papers*.<sup>13</sup>

Para Hobbes el poder soberano es necesariamente un poder absoluto, sin límites, sin ningún tipo de límites efectivos, pues incluso los límites de tipo moral, aquellos que vienen determinados por las leyes naturales que descubre nuestra razón, no pueden actuar como freno, puesto que sólo tienen viabilidad en el ámbito interno, lo que le lleva a configurar el poder soberano como un poder fáctico que es imprescindible en la ordenación de nuestras relaciones externas. No hace falta detenerse, ahora, en reflexionar sobre si su visión contractualista del orden social es acertada o desacertada, tampoco en su originario fundamento iusnaturalista, sino sólo en los términos en los que el poder soberano queda constituido como un poder absoluto, y esto con independencia de que sea el poder de uno solo o de una asamblea. Para él, el poder soberano se instituye de manera ilimitada, en la medida en que renunciamos a nuestros derechos con la finalidad de que el poder que constituimos y al que hacemos esa entrega nos preserve en lo que más nos importa, la defensa de nuestra vida, pero incluso aunque vaya más allá, pues una vez que se ha instituido es un poder que escapa la posibilidad de su control, es un poder irrestricto. Con la finalidad de salir del estado de naturaleza constituimos un poder absoluto que todo lo puede sobre nosotros, en tanto que quedamos convertidos en sus súbditos. Una vez instituido nada cabe reclamar ni hacer a sus súbditos. Hemos creado un poder absoluto que por ser tal no cabe limitarlo sin que generemos un poder mayor que ese poder absoluto que tratamos de controlar. Se ha instituido un poder fáctico que sólo cabría limitar mediante un poder aún mayor, un poder que no puede ser ya el de un ser superior –*veritas*–, en tanto que no admite la separación entre la religión y la política al defender la unidad política original, por lo que sólo podría constituir su límite el poder que proviniera de la *auctoritas*. Sin embargo, tampoco esto sería posible, puesto que la *auctoritas* no podría contraponerse a la *potestas*, pues en Hobbes no es válida la distinción entre ambas, en tanto que la *summa potestas* ha sido transformada en *summa auc-*

---

12. José J. Jiménez Sánchez, "Peace as the End of the Republic", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 98, Heft 4, 2012, págs. 544-555.

13. José J. Jiménez Sánchez, "El acto del origen y la soberanía nacional en la Constitución de 1978", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 11, marzo 2010, págs. 64-71.

*toritas*.<sup>14</sup> De ahí que ese poder capaz de limitar el poder soberano sólo puede comprenderse como el poder de una voluntad aún más poderosa que la voluntad del poder que queremos limitar. Esta es la paradoja en la que Hobbes encierra el pensamiento jurídico-político al tratar de sacarnos de la situación de guerra permanente en que los hombres se encontraban en el estado de naturaleza para introducirnos en un estado de guerra perpetua, pues sólo mediante el uso de una fuerza mayor que la que posee el poder establecido es como podremos derribarlo. A partir de ese momento, la primera tarea con la que se enfrentará el pensamiento jurídico-político consistirá en tratar de legitimar la limitación del poder; después se tratará de concebirlo de manera radicalmente distinta.

Esto último es lo que hará Rousseau cuando considere en *El contrato social* que el momento fundacional de una sociedad es el pacto social, aquel "acto por el que un pueblo es un pueblo",<sup>15</sup> esto es, el acto por el que un pueblo como ser natural, presidido por los sentimientos de identidad y pertenencia, se transforma en un pueblo como ser moral, en el que se establece un terreno común que permite la coexistencia de diferentes sentimientos pero cuyos conflictos se resuelven en la razón. Esto habría de entenderse como el momento en el que el pueblo como poder constituyente se metamorfosea en poder constituido, o dicho de otra manera, el "acto de asociación" que "produce un cuerpo moral y colectivo".<sup>16</sup> Rousseau instituye la voluntad general sobre el acuerdo unánime o la voluntad de los muchos, esto es, la voluntad política, aunque con la salvedad de que esa voluntad general se asienta, al mismo tiempo, sobre tres condiciones, que de cumplirse le otorgarán legitimidad: ha de alcanzarse la protección de la vida y posesiones de todos los asociados; en ella cada uno de sus miembros no se obedecerá sino a sí mismo y, finalmente, todos permanecerán tan libres como lo eran en la situación previa. En relación con este primer punto, Hegel le da la vuelta; no parte de una voluntad política, sino que aborda la cuestión desde una perspectiva filosófica al partir de la suposición de la idea de lo universal –en sí–, aunque para constatar inmediatamente su existencia en las voluntades

14. C. Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes. Meaning and Failure of a Political Symbol*, trans. G. Schwab y E. Hilfstein, Greenwood Press, London, 1996 (1938), págs. 44-45.

15. J. J. Rousseau, *Del contrato social*, trad., pról. y notas de M. Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1980 (1762), pág. 21.

16. Rousseau, *Del Contrato...*, *op. cit.*, pág. 23.

particulares –para sí–, mediante las que se alcanzaría de nuevo lo universal, ahora ya en el Estado –en sí y para sí. Hasta aquí lo que hace es evitar los problemas de fundación de un régimen político originados en la voluntad particular,<sup>17</sup> puesto que en el retorno a lo universal, que es el Estado, la voluntad particular se sabe en él y se contempla a sí misma en lo universal. De esta manera, Hegel hace posible que una historia, la propia de la revolución arraigada en el acto del origen, finalice. A partir de él, la racionalidad quedaría plenamente plasmada en la construcción del Estado racional, por lo que será prácticamente imposible la justificación de cualquier alteración revolucionaria de un orden jurídico-político racional.

Habría que reconocer que el punto de partida de Rousseau, frente a Hegel, es erróneo, aunque no lo sean, en líneas generales, las conclusiones a las que llega desde aquél. Trata de asentar el orden social en la voluntad general, pero no ahoga la voluntad particular, quizá porque no supiera cómo impedirlo. De ahí que esta voluntad actúe en tres momentos, aunque en dos de ellos, los dos primeros, Rousseau no sea consciente de ello. En primer lugar, la voluntad particular aparece necesariamente en el acto del origen. Rousseau tratará de evitarlo al proponer que la voluntad fundacional sea una voluntad unánime. No obstante, el recurso a esta voluntad plantea tal cantidad de problemas que no tendrá más remedio que dar entrada a la voluntad de todos como suma y resta de voluntades individuales. Esto no quiere decir que la voluntad particular no estuviera también en la unanimidad, aunque su irrupción se vea aún de manera más clara cuando acuda a la voluntad de los muchos.

---

17. *Vid.*, al respecto, las apreciaciones de Habermas sobre el modelo hobbesiano y su reivindicación del kantiano, en *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, págs. 155 y ss. Una gran parte de las teorías contractualistas parten del concepto de contrato del derecho privado, y como bien sabemos nadie firma un contrato si no es en su propio interés, por lo que el contrato social se basaría en el interés egoísta de todos y cada uno de los asociados. Además, la construcción del contrato social sobre el modelo de la contratación privada conlleva dos problemas: “[e]n primer lugar, hacer equivalentes las cuestiones morales y las cuestiones de justicia política de una asociación jurídica de individuos tiene la desventaja de que sobre esta base no se puede fundamentar un respeto equitativo a todos, es decir, una moral universalista. Aceptar obligaciones recíprocas resulta racional sólo para aquellos que tienen interés en una interacción recíproca sometida a reglas. Así puede extenderse el círculo de contratantes sólo a aquellas personas de quienes cabe esperar contraprestaciones porque quieren o tienen que cooperar. En segundo lugar, el hobbesianismo lucha en vano con el conocido problema del *free rider*, aprovechado o gorrón que acepta la práctica común sólo con la reserva de poder saltarse las normas acordadas en las ocasiones favorables. En la figura del *free rider* se evidencia que un acuerdo entre interesados *per se* no puede fundamentar *deberes*”, en J. Habermas, *La inclusión del otro...*, *op. cit.*, pág. 43.

En segundo lugar, vuelve a aparecer en el mismo ejercicio de la voluntad general, que ha de ser llevado a cabo por el pueblo reunido en asamblea con el fin de darse la ley. El pueblo en asamblea ha de decidir, necesariamente, según la regla de la mayoría, lo que permitiría establecer, de acuerdo con Rousseau, la voluntad general. La razón se encontraría, en su opinión, en que cuando uno vota reunido en asamblea no expresa su acuerdo o desacuerdo con la proposición, sino si ésta es conforme con la voluntad general que es su propia voluntad. Por eso podría obtenerse del cálculo de votos la declaración de la voluntad general. Su argumentación se apoya en la asunción de que es posible la identificación de la voluntad de cada uno con la voluntad general, pero hay que admitir que, como decía Hegel, una cosa es que lo universal sólo pueda realizarse por medio de lo particular y otra lo que sostiene Rousseau al defender la identificación de la voluntad particular con la general. Este error viene acompañado por otro en la medida en que considera la ley como expresión de la voluntad general, cuando debió haberla caracterizado como concreción de esa voluntad, esto es, como particularización de la misma.

Por último, Rousseau admite plenamente el juego de la voluntad particular cuando considera la elección del gobierno, acto que por su naturaleza considera particular. Esta es la razón por la que no puede actuar aquí la voluntad general, que sólo puede hacerlo en relación con cuestiones generales, por lo que el pueblo como voluntad general no podría decidir su gobierno, a no ser que el propio pueblo fuera gobierno, esto es, una democracia, con lo que entonces, como gobierno, podría actuar particularmente y elegir a sus gobernantes. La solución que Rousseau da al problema planteado es fundamental, pues abre el campo dentro del orden jurídico-político para establecer una democracia representativa en toda regla. Lo único que hacía falta era ampliar la concepción de Rousseau sobre la democracia y entenderla no sólo como el medio adecuado de elegir a nuestros gobernantes, cuya actividad será la de realizar la ley –poder ejecutivo–, sino también a nuestros representantes, encargados de hacer la ley –poder legislativo–, una ley que habría que entender ahora como expresión directa de la voluntad de la mayoría de nuestros representantes, al mismo tiempo que expresión indirecta de la voluntad general.



En cierto modo, Hegel había adelantado esto al hablar de que hacer la ley es ya una realización,<sup>18</sup> lo que conduce, en un Estado fundamentado en la libertad, a que "las muchas voluntades de los individuos quier[a]n tener también participación en las resoluciones" (pág. 693); al mismo tiempo, sostuvo que el pueblo debía determinar el contenido de aquello para lo que fuese necesario el gobierno con la finalidad de restringir su arbitrio. Sin embargo, Hegel termina alejándose de esta posición al tratar de resolver los problemas del orden jurídico-político desde una perspectiva científica y no política, lo que le condujo a relativizar la importancia de la participación popular en la determinación del bien común, para concluir que es un asunto de conocimiento antes que de participación.

Sin embargo, Hegel debió haber entendido el potencial de la propuesta de Rousseau sobre la conversión del pueblo en gobierno democrático con la finalidad de elegir, a su vez, los magistrados encargados del gobierno, de modo que pudo haber repetido el modelo de fundación del orden jurídico-político –lo universal que se determina en lo particular, desde el que se retorna a aquél por medio de la institucionalización del Estado–, aunque ahora esto hubiese que hacerlo en el Estado ya instituido. La única dificultad con la que habría de enfrentarse era la de tener en cuenta que había que partir no de la idea, sino de la consideración del poder soberano instituido como lo universal. Esto no altera el resultado. La voluntad general requiere de su determinación, lo que se alcanza por medio de las voluntades particulares, cuya justificación se encontraría en la posibilidad de su retorno a lo universal. Ahora bien, tales voluntades particulares presentan, en este momento, una característica especial, en la medida en que las mismas se encuentran embridadas al tener que expresarse, ahora, en el Estado, con lo que forman una determinación de lo universal en el mismo medio racional que supone el Estado. Por ello, la expresión de las voluntades particulares en el Estado constituye una determinación

---

18. G. W. F. Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. de J. Gaos (1928), Alianza Editorial, Madrid, 1982 (1830), pág. 693. Hegel parte de la diferencia que Rousseau estableció entre hacer la ley, propia de la voluntad general, y realizar la ley, que es el acto particular que ha de llevar a cabo el gobierno en la aplicación de la misma. No obstante, Hegel establece una matización importante sobre esa diferencia al considerar que el mismo hecho de hacer la ley ya consiste en una realización, con lo que cabría pensar que la ley no tiene por qué ser necesariamente lo que debe ser, esto es, expresión de la voluntad general, sino que lo puede ser de alguna voluntad particular, en la medida en que, no pudiendo la voluntad general dictar la ley, ha de ser una voluntad interpuesta la que la haga, por lo que siempre cabe la posibilidad de que ésta, una voluntad particular, se aleje de la primera, la voluntad general.



en sí misma racional y no una manifestación de una voluntad salvaje sin sujeción alguna. Además, en ese orden jurídico-político puede establecerse un medio de control que asegure el sometimiento de las decisiones adoptadas al interés general. Se trataría de institucionalizar un mecanismo regido por el discernimiento,<sup>19</sup> frente a la fuerza que pudiera representar la voluntad de los muchos, que se ocupara de restaurar, en caso necesario y por los procedimientos adecuados, la voluntad general o soberanía popular. En este caso, como vemos, el primer momento en este segundo nivel seguiría siendo el de lo universal en sí, expresado ahora en el interés general o voluntad soberana, que se determinaría, como segundo momento, en lo particular por medio de la regla de la mayoría, desde el que se asegura su retorno, como tercer momento, a aquél por medio de la institucionalización del poder de discernimiento de los tribunales, que serían quienes habrían de restaurar la voluntad soberana, esto es, lo universal. De este modo, Hegel no habría establecido simplemente el fin de la historia como historia revolucionaria, sino que podría haber defendido que se iniciaba el comienzo de otra, en la que no cabría ya la legitimación de la revolución, pero sí la justificación de los cambios asentados sobre las decisiones de una mayoría embridada por el discernimiento tanto de los tribunales como de una opinión pública educada en su voluntad interna, esto es, una opinión pública con conciencia moral.<sup>20</sup>

## 5. Conclusión

Sin embargo, el informe no se incardina en esta tradición normativa del poder, sino que lo hace en la que procede de Hobbes, una concepción fáctica del poder, de acuerdo con la que una voluntad política mayoritaria ha de tener la capacidad de decidir. El primer problema que hemos de abordar no es tanto el hecho de que esa voluntad política decida como el de si puede obtenerse de la misma el derecho a decidir. De acuerdo con una concepción fáctica del poder, el derecho se crea por la voluntad política que posee el poder suficiente de implantar una determinada configuración jurídico-política, pero esta concepción

---

19. A. Hamilton, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, selec. e intr. de I. Sánchez-Cuenca y P. Lledó, trad. de P. Lledó, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (1787-8), n° 78, págs. 196-197.

20. *Vid.*, al respecto, las reflexiones de Rawls sobre el voto en una democracia constitucional, *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Crítica, Barcelona, 1996 (1993), pág. 276.

conlleve que la resolución de los conflictos dependa finalmente de quien tenga fuerza suficiente para imponerse. Por el contrario, una concepción normativa del poder no haría depender el derecho simplemente de la voluntad política, sino que partiría de la necesidad de que la misma se racionalizase por medio de su transformación en un ser moral, del que ahora sí que podría hacerse depender ese derecho, en la medida en que la misma voluntad queda sometida a él. Dicho de otra manera, de acuerdo con esta concepción únicamente en el orden jurídico tengo derecho a decidir, sólo en el soberano poseo ese derecho, pues sólo en él adquiero la libertad civil; al margen de él no lo tengo, sólo poseo la libertad natural y, claro está, la fuerza de imponer mi voluntad. Así pues, sólo tendría el derecho a decidir en tanto que perteneciera al soberano, esto es, que fuera miembro de él, aunque siempre podría decidir, si es que la fuerza me acompaña, al margen de ese orden jurídico. Una vez admitido esto, cabría preguntarse, en caso de que no se tuviera derecho, si habría razones que apoyasen la necesidad de tal reconocimiento.

Por lo tanto, podría defenderse el derecho a decidir como derecho de participación, tal y como está reconocido en nuestro orden constitucional, lo que cabría entender como el derecho de darse a sí mismo la norma, la autonomía normativa, pero también como autodeterminación, aunque comprendida como una autodeterminación dentro del propio ordenamiento jurídico. En segundo lugar, podría hablarse de la decisión al margen del ordenamiento jurídico, lo que nos llevaría a abordarla desde dos perspectivas, una de carácter normativo y otra meramente fáctica. La primera se sostendría sobre argumentos racionales consistentes, que se apoyarían en la ausencia, en el Estado puesto en cuestión, de derechos y libertades individuales, así como de derechos colectivos relativos a la lengua y la cultura. Estas serían las únicas razones que avalarían la reivindicación de ese derecho a decidir al margen del ordenamiento jurídico, con base en la debilidad legitimadora de ese mismo ordenamiento, o, dicho con otros términos, sólo en condiciones de opresión cabría justificar moralmente la rebelión. La segunda perspectiva se referiría a una situación en la que esos derechos, individuales y colectivos, se respetaran. En este caso no cabría la justificación de ningún derecho a decidir fuera del ordenamiento jurídico, es decir, no estaría legitimado un derecho a decidir distinto del derecho de participación reconocido por el ordenamiento constitucional.

Ahora bien, esto no evitaría el problema. Sólo señalaría que el conflicto dejaría de plantearse en el terreno normativo, en la medida

en que ya no hay lugar para su resolución ni en el derecho ni en la moral, por lo que aquélla sólo cabría en el terreno de los hechos. Ante esta situación es cuando cabe apelar a la solución canadiense, pero no porque exista un principio democrático que la respalde –no hay ningún principio que pudiera hacerlo–, sino porque existe una situación de enfrentamiento ante la que por primera vez en nuestra historia no deberíamos dar una solución cainita, sino racional. Tendríamos que ser capaces de alcanzar una salida pacífica y razonable para lo que no es sino una reivindicación pacífica, pero irracional, por particular, que nos podría aproximar al “abismo de una barbarie que lo aniquilara todo”.<sup>21</sup>

---

21. I. Kant, *Crítica de la razón pura*, pról., trad., notas e índices de P. Ribas, Alfaguara, Madrid, 2004 (1781, 1787), BXIV, pág. 19.

## RESUMEN

En estas páginas se trata de reflexionar sobre la conexión, a primera vista evidente, entre el principio democrático y el derecho a decidir. Sin embargo, se ponen de manifiesto algunas de las contradicciones en las que caen algunos de sus valedores y se defiende, por el contrario, la necesidad de establecer que la relación entre el principio del Estado de derecho y el principio democrático no puede serlo de preeminencia de ninguno de ellos sobre el otro. La razón se encuentra en que no cabe entender el principio democrático como la mera suma de las voluntades particulares de una determinada colectividad, sino como expresión de las condiciones que aseguran la conformación de una voluntad política racional. El principio democrático sólo puede comprenderse así desde una concepción normativa y no fáctica del poder soberano.

**Palabras clave:** principio democrático; Estado de derecho; voluntad política racional; derecho a decidir; poder soberano.

## RESUM

En aquestes pàgines es tracta de reflexionar sobre la connexió, a primera vista evident, entre el principi democràtic i el dret a decidir. Tanmateix, es posen de manifest algunes de les contradiccions en què cauen alguns dels seus valedors i es defensa, al contrari, la necessitat d'establir que la relació entre el principi de l'Estat de dret i el principi democràtic no pot ser de preeminència de cap d'ells sobre l'altre. La raó es troba en el fet que no es pot entendre el principi democràtic com la mera suma de les voluntats particulars d'una determinada col·lectivitat, sinó com a expressió de les condicions que assegurin la conformació d'una voluntat política racional. El principi democràtic només es pot comprendre així des d'una concepció normativa i no fàctica del poder sobirà.

**Paraules clau:** principi democràtic; Estat de dret; voluntat política racional; dret a decidir; poder sobirà.

## ABSTRACT

This article aims at reflecting upon the connection, evident at first sight, between the democratic principle and the right to decide. However, the article highlights some of the contradictions in which some supporters of such con-

nection fall, and defends that the relationship between the principle of the rule of law and the democratic principle cannot give either preeminence over the other. The reason lies in the idea that the democratic principle cannot be understood as the mere sum of particular wills from a specific community, but rather as an expression of the conditions that ensure the formation of a rationally political will. The democratic principle can only be understood from a normative, and not factual, conception of sovereign power.

**Keywords:** democratic principle; rule of law; rational political will; right to decide; sovereign power.

# COMPETÈNCIES AUTONÒMIQUES EN MATÈRIA DE JUSTÍCIA: ESTAT DE LA QÜESTIÓ

**Albert Capelleras González**

Advocat de la Generalitat de Catalunya

SUMARI: 1. Breu recorregut històric. – 1.1. El procés de delimitació de les competències en matèria de justícia. – 1.2. Els intents (fallits) d'eixamplar el marc competencial autonòmic. – 1.3. Els pronunciaments jurisprudencials més recents. – 2. Abast de la competència estatal en matèria d'Administració de justícia. – 3. Competències autonòmiques sobre els mitjans materials i personals. – 3.1. Plantejament general. – 3.2. Mitjans materials. – 3.3. Mitjans personals. – 3.4. Oficina judicial i institucions i serveis de suport. – 3.5. Mitjans personals i materials de la justícia de pau. – 3.6. Taxes judicials. – 4. Competències autonòmiques en matèria de demarcació i planta judicial. – 5. Altres competències autonòmiques en matèria de justícia. – 5.1. Justícia gratuïta i orientació jurídica gratuïta. – 5.2. Personal judicial i membres de la carrera fiscal. – 5.3. Justícia de pau i de proximitat. – 5.4. Altres àmbits materials. – 6. Balanç i perspectives de futur. – Bibliografia. – *Resum – Resumen – Abstract.*

---

## 1. Breu recorregut històric

### 1.1. El procés de delimitació de les competències en matèria de justícia

Josep Maria Vilaseca Marcet començava una ponència sobre les competències de Catalunya en matèria d'Administració de justícia, l'any 1983, amb aquestes paraules: "Si obrim la Constitució espanyola per l'art. 149, trobarem que estableix rotundament que correspon a l'Estat la competència exclusiva sobre la matèria d'Administració de justícia, proposició que és exactament contradictòria amb la ponència que se m'ha encarregat." I més endavant afegia: "Atenint-nos a la lletra de la

Constitució semblaria, doncs, que la ponència que se m'ha encarregat no té cap contingut."<sup>1</sup> Òbviament, la ponència sí que tenia contingut: la majoria d'estatuts d'autonomia (entre ells, l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 1979 –EAC 1979) havien inclòs determinades competències en matèria d'Administració de justícia, i la tesi que s'hi defensava és una de les primeres aportacions doctrinals que va aconseguir donar coherència als preceptes constitucionals i estatutaris en aquesta matèria.

En efecte, durant els anys vuitanta es va produir un debat doctrinal que intentava conjugar els preceptes constitucionals i estatutaris, aparentment contradictoris, com el mateix Tribunal Constitucional (TC) reconeixia més endavant: d'una banda, la Constitució (CE) atribueix a l'Estat la competència exclusiva en matèria d'Administració de justícia, i de l'altra, la major part d'estatuts atribuïen competències a les comunitats autònomes en aquesta mateixa matèria. Entre les posicions doctrinals –dit en termes necessàriament simplificadors–, es podien identificar les "centralistes" (aquelles que relativitzaven l'abast dels preceptes estatutaris, que subordinaven o condicionaven a les previsions de la Llei orgànica del poder judicial –LOPJ)<sup>2</sup> i les "autonomistes" (aquelles que s'esforçaven per dotar d'un contingut propi els preceptes estatutaris).<sup>3</sup> Val a dir que les tesis "autonomistes" no van qüestionar el

1. Josep Maria Vilaseca Marcet, "Competències de Catalunya en matèria d'Administració de Justícia", *Primeres jornades sobre l'Administració de Justícia a Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1983, p. 75.

2. En aquest sector, és especialment destacada l'aportació d'Ignacio de Otto y Pardo ("Organización del Poder Judicial y Comunidades Autónomas", *Documentación Jurídica*, núm. 45-46, gener-juny 1985, Madrid, Ministeri de Justícia, p. 66-67), que defensava la possibilitat del legislador orgànic d'ignorar l'excés en el qual haurien incorregut les normes autonòmiques en aquesta matèria. Jorge Rodríguez-Zapata y Pérez ("Organización institucional de las Comunidades Autónomas", *Comentarios a las Leyes Políticas*, dir. Oscar Alzaga Villaamil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1988, tom XI, p. 391-392) rebutja la idea d'excés, però atribueix a les normes autonòmiques un simple caràcter programàtic: aquestes normes contindrien, amb relació a la justícia, un programa, una reivindicació autonòmica, però la concreció (o no) d'aquest programa ha de dependre en exclusiva de la LOPJ.

3. Perfecto Andrés Ibáñez i Claudio Movilla Álvarez (*El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 252-253) denunciaven la paradoxa que unes normes estatutàries adoptades per consens esdevinguessin lletra morta i sotmesa en tot cas a allò que disposés la legislació estatal: segons aquests autors, la regulació a la LOPJ de les especialitats autonòmiques de l'Administració de justícia és molt insatisfactòria, tenint en compte que precisament aquesta llei hauria de salvar l'aparent oposició entre els estatuts i la CE, a fi de mantenir la seguretat jurídica i fer real i operativa l'aparent legalitat de les normes autonòmiques. En general, el sector autonomista fonamenta els títols competencials autonòmics en l'article 152.1 CE, d'una banda, i en la distinció que més endavant assumirà el TC entre un nucli estricte de l'Administració de justícia i un de més ampli, de l'altra: Pedro Cruz Villalón ("La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía", *El Poder Judicial*, Madrid,

caràcter estatal dels òrgans jurisdiccionals amb seu a Catalunya, inclòs el Tribunal Superior de Justícia (TSJ), tal com va determinar ben aviat la STC 38/1982, de 22 de juny.

Els anys noranta comencen amb els pronunciaments centrals del TC en la matèria: la STC 56/1990, de 26 de març, i la STC 62/1990, de 30 de març, que resolien diversos recursos interposats, respectivament, contra la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial, i la Llei estatal 38/1988, de 28 de desembre, de demarcació i de planta judicial (LDPJ). Aquests pronunciaments adopten en bona part les posicions de principi de les tesis autonomistes: els estatuts, i no la LOPJ, atribueixen competències a la comunitat autònoma, i ho fan en una matèria que es diferencia del nucli estricte de l'Administració de justícia, "l'administració de l'Administració de justícia", que s'identifica amb els mitjans materials i personals al servei dels jutjats i tribunals. Alhora, el TC delimita l'abast del principal títol competencial de què disposaven les comunitats autònomes, l'anomenada clàusula subrogatòria,<sup>4</sup> que és operativa fora de l'àmbit estricte de l'Administració de justícia o altres àmbits de competència estatal, i en les facultats reconegudes o atribuïdes al Govern de l'Estat (de naturalesa executiva o reglamentària), sempre que no tinguin una dimensió supracomunitària (STC 56/1990, FJ 8). Aquest límit s'erigirà, però, com un obstacle especialment lesiu per a les comunitats autònomes, afegit a l'abast que el TC dona a la reserva de llei orgànica de l'art. 122 CE, que permet a l'Estat optar per models supraterritorials. Així, pel que fa al personal al servei de l'Administració de justícia, el legislador orgànic pot –com va fer l'any 1985– integrar-lo en cossos nacionals;<sup>5</sup> en aquest cas, la clàusula su-

---

Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, vol. II, p. 923-924) considera compatibles les anomenades clàusules subrogatòries estatutàries (nota 4) amb l'art. 149.1.5 CE mentre operi sobre facultats relacionades amb l'Administració de justícia, però que no constitueixen Administració de justícia, sinó Administració pura i simple, ja sigui general o autonòmica, atès que són activitats que s'enquadren en l'àmbit del poder executiu i no del poder judicial.

4. L'art. 18.1 EAC 1979 atribuïa a la Generalitat "exercir totes les facultats que les lleis orgàniques del Poder Judicial i del Consell General del Poder Judicial reconeixin o atribuïxin al Govern de l'Estat". La majoria d'estatuts contenien una clàusula semblant a aquesta.

5. Tal com explica Rafael Jiménez Asensio ("Un aspecto polémico de la STC 56/1990: el personal al servicio de la Administración de Justicia", *Revista Vasca de Administración Pública*, IVAP, núm. 28, 1990, p. 198-200), els cossos nacionals van ser implantats durant el període de la dictadura de Primo de Rivera en l'àmbit de l'Administració local. Sota la vigència de la CE de 1978, l'originari art. 35 del text del projecte de llei orgànica d'harmonització del procés autonòmic (actual art. 28 Llei 12/1983, de 14 d'octubre, del procés autonòmic, resultant de la STC 76/1983, de 5 d'agost) va voler introduir amb caràcter



brogatòria és operativa només en determinats àmbits del seu estatut, i, encara, en els termes que determini una “futura i necessària normativa” (STC 56/1990, FJ 11.a)).

Aquesta darrera conclusió va merèixer justificades crítiques,<sup>6</sup> però no es pot deixar de reconèixer l'esforç que va fer el TC per dotar d'un contingut propi el títol competencial autonòmic, assumint una construcció (la distinció entre Administració de justícia i “administració de l'Administració de justícia”) que presentava un elevat grau de subtilesa i no estava exempta d'elements de possible crítica. I, sense menystenir l'important inconvenient que per a les pretensions autonomistes suposava l'acceptació del model de cossos nacionals de funcionaris, cal tenir en compte que el TC diu explícitament que aquest model no és l'únic constitucionalment acceptable, amb la qual cosa obre la porta a la seva eventual supressió o modificació.

La valoració ha de ser diferent, però, respecte al pronunciament del TC sobre el segon títol competencial autonòmic dels estatuts vigents en aquell moment, relatiu a la demarcació judicial.<sup>7</sup> Després de dir que, tot i formar part de l'Administració de justícia en sentit estricte, en aquesta matèria hi concorre una excepció constitucional (l'art. 152.1, que permet als estatuts establir els supòsits i les formes de participació en l'organització de les demarcacions judicials, de conformitat amb la LOPJ i dins la unitat i independència del poder judicial), el TC valida l'opció de la LOPJ de limitar la participació autonòmica

---

general l'opció dels cossos nacionals, en dir que tindrien aquesta consideració aquells als quals una llei de l'Estat assignés aquest caràcter. La STC 76/1983 esmentada va admetre la constitucionalitat d'aquest article, basant-se en la possibilitat que raons d'interès general legitimin aquesta opció, però va remetre's a l'examen individualitzat de cada cas concret per analitzar una possible extralimitació en aquesta matèria del legislador estatal. La legislació estatal posterior a aquesta sentència ha optat per dissenyar figures intermèdies, en concret, en l'àmbit de l'Administració local (funcionaris amb habilitació de caràcter nacional) i de la funció pública docent universitària i no universitària. Només en l'àmbit de l'Administració de justícia s'ha mantingut el concepte de cossos nacionals en sentit estricte.

6. Jiménez Asensio (“Un aspecto polémico...”, 1990, p. 201) considera poc consistent la justificació que el TC dona a l'opció del legislador orgànic (garantir de forma homogènia els drets dels ciutadans en les seves relacions amb l'Administració de justícia), i qüestiona igualment que s'invoqui l'art. 122.1 CE per justificar l'atribució a l'Estat de determinades funcions necessàries per al manteniment del caràcter nacional dels cossos, tenint en compte que el mateix TC reconeix que aquest precepte permetia altres models possibles.

7. L'art. 18.2 EAC 1979 atribuïa a la Generalitat: “Fixar la delimitació de les demarcacions territorials dels òrgans jurisdiccionals a Catalunya i la localització de llur capitalitat.” La majoria d'estatuts atribuïen també competències en la matèria, si bé en termes no sempre coincidents.

a l'emissió d'un informe no vinculant sobre la delimitació de les demarcacions, que contravenia la dicció literal de la majoria d'estatuts, que atribueixen a la comunitat autònoma la determinació d'aquestes demarcacions (STC 56/1990, FJ 14 i 17.b)). La conformitat amb la LOPJ a què fa referència l'art. 152.1 CE implica, certament, fer respectar la tipologia i les característiques de les demarcacions que aquella llei estableix amb caràcter general, però no hauria d'haver autoritzat a contradir les previsions estatutàries, que tenen fonament directe en el text constitucional.

Amb posterioritat a la STC 56/1990 i la STC 62/1990, es produeixen els traspassos sobre provisió de mitjans materials i econòmics a Catalunya i a altres comunitats autònomes (al País Basc s'havien avançat a l'any 1987). L'any 1996, prèvia modificació de la LOPJ (mitjançant la Llei orgànica 16/1994, de 8 de novembre, LO 16/1994), s'aproven els nous reglaments orgànics dels cossos de funcionaris, que constituïran la "necessària normativa" a què es referia el TC per tal de permetre l'exercici de les competències autonòmiques en la matèria (amb la notable excepció dels secretaris judicials). En conseqüència, un cop aprovats els reglaments orgànics, es van fer efectius els traspassos en matèria de mitjans personals. El resultat d'aquests traspassos va ser una gestió extraordinàriament complexa, derivada de la coexistència de diverses instàncies amb competències en la gestió de personal (sovint "microcompetències"),<sup>8</sup> no sempre prou clarament definides. Aquestes instàncies no eren només el Ministeri de Justícia i les comunitats autònomes, sinó també els òrgans de govern intern dels jutjats i tribunals (jutges, presidents, sales de govern), el Consell General del Poder Judicial (CGPJ) i, finalment, els secretaris judicials com a caps directes del personal. Aquesta situació va donar com a resultat una opinió generalitzada que calia canviar el model, i el mateix CGPJ, en

---

8. Francisco Balaguer Callejón ("La constitucionalización del Estado Autonómico", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 9, Múrcia, Asamblea Regional de Múrcia i Universitat de Múrcia, 1997, p. 152) utilitza aquest terme per referir-se a algunes atribucions de les comunitats autònomes. Per la seva banda, Rafael Jiménez Asensio (*Dos estudios sobre Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*, Madrid, Civitas, 1998, p. 106) ha afirmat que "las Comunidades Autónomas nada pueden hacer en lo que corresponde a política de personal al servicio de la Administración de Justicia, muy poco en lo que afecta a la gestión y únicamente pueden dedicarse a la mera administración de ese personal (pago de nóminas, licencias, etcétera)", i conclou que en aquest tema es podria parlar d'una mena de traspàs enverinat, "puesto que son tales los límites e hipotecas que se le ponen a la actuación de las Comunidades Autónomas que se puede considerar que el margen de autonomía en esta materia está prácticamente anulado".

el *Llibre blanc de la justícia* (1997), apuntava la supressió dels cossos nacionals, si bé garantint alguns elements comuns.<sup>9</sup>

La primera dècada del nou mil·lenni es va obrir amb una important sentència, que resolva un recurs contra la LO 16/1994: la STC 105/2000, de 13 d'abril. El TC, seguint la doctrina de la STC 56/1990, confirma, mitjançant sengles pronunciaments interpretatius, que les comunitats autònomes poden assumir competències en matèria de personal, sempre que ho permetin la LOPJ, la clàusula subrogatòria (limitada per l'opció dels cossos nacionals) o qualsevol altre títol (FJ 5), i, amb el mateix condicionant, poden dictar reglaments de desenvolupament de la LOPJ, tal com estableix la seva disposició addicional primera, apartat 2, introduïda per la LO 16/1994 (FJ 10). Aquest segon pronunciament evidencia que la clàusula subrogatòria es distingeix nítidament de les competències executives, les quals, segons la jurisprudència del TC, no inclouen la potestat de dictar reglaments, tret dels referents a l'organització dels serveis.

L'any 2001 les dues principals forces polítiques i el Govern de l'Estat van signar el pacte d'Estat per a la reforma de la justícia, el qual, tot i preveure l'atribució de més competències a les comunitats autònomes, mantenia els cossos nacionals de funcionaris. D'acord amb el contingut d'aquest pacte, es va aprovar la Llei orgànica 19/2003, de 23 de desembre (LO 19/2003), que, entre altres modificacions, dóna una nova redacció a tot el llibre VI de la LOPJ, relatiu als cossos de funcionaris al servei de l'Administració de justícia i altre personal, i regula de forma diferenciada (al títol II del també nou llibre V) el cos de secretaris judicials, del qual potencia les funcions d'impuls processal. La nova regulació és notablement més extensa que l'anterior, i ja no es produeix, com abans, una remissió genèrica als reglaments orgànics, sinó tan sols unes remissions concretes a uns reglaments específics (en matèria d'ingrés, provisió de llocs de treball i promoció professional, i de règim disciplinari). Per tant, la "necessària normativa" que delimita els àmbits susceptibles d'intervenció autonòmica s'inclou a la mateixa LOPJ i als reglaments a què aquesta es remet.

D'altra banda, és important destacar que la LO 19/2003 pren posició clara sobre una qüestió que ha estat latent d'ençà dels traspassos del personal durant els anys noranta. En la redacció de la LOPJ de 1985 els secretaris judicials es conceptuaven sense cap dubte com

9. Consell General del Poder Judicial, *Llibre blanc de la justícia*, Madrid, 1997, p. 306 (versió catalana).

a personal al servei de l'Administració de justícia (en coherència amb el tractament unitari que l'art. 122.1 CE dóna al personal no judicial), però des de la perspectiva competencial el tracte rebut per aquests ha estat ben diferent del de la resta de personal: mentre que la resta de personal –un cop el TC va aclarir l'abast de la clàusula subrogatòria– s'ha traspassat a les comunitats autònomes, els secretaris judicials s'han mantingut sota el control únic del Ministeri de Justícia. Certament, autors “autonomistes” –com Belloch Julbe– havien entès que el component netament processal de les funcions dels secretaris judicials feia que el seu estatut i règim jurídic s'hagués d'incloure en la matèria Administració de justícia, però això (seguia Belloch) havia de portar a considerar indeguda la reserva de facultats al poder executiu (a qualsevol executiu, per tant també a l'estatal), atès que l'òrgan titular d'aquestes facultats hauria de ser el CGPJ.<sup>10</sup> Aquest era, de fet, l'esquema de la Llei orgànica 1/1980, de 10 de gener, del Consell General del Poder Judicial, que la LOPJ va alterar notablement l'any 1985, en adscriure els secretaris judicials al Ministeri de Justícia.<sup>11</sup> La LO 19/2003 formalitza, per la seva banda, l'opció que tàcitament s'havia mantingut fins a la seva entrada en vigor: els secretaris judicials depenen exclusivament del poder executiu estatal, i, en suport d'aquesta opció, deixen d'estar inclosos en la categoria genèrica del personal al servei de l'Administració de justícia, amb relació al qual la jurisprudència constitucional va admetre l'exercici de competències autonòmiques, i això malgrat que l'article 122.1 CE esmenta el conjunt del personal al servei de l'Administració de justícia sense fer distincions de cap tipus.

10. Juan Alberto Belloch Julbe, “L'Administració de Justícia”, *Comentaris a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, IEA, 1988, volum II, p. 726-727. El dictamen del Consell Consultiu de la Generalitat núm. 103, de 12 d'agost de 1985, fa observacions semblants, però no conclou expressament la inconstitucionalitat de l'adscripció dels secretaris judicials al Ministeri de Justícia, que es desprenia sense cap dubte de la redacció originària de la LOPJ (objecte del dictamen). Fins i tot, en els dictàmens del mateix Consell núm. 259 i 262, de 20 de febrer i 2 de març de 2004, respectivament, relatius a la LO 19/2003, es diu expressament que “no discutim que [el cos de secretaris judicials] s'adscriu orgànicament al Ministeri de Justícia” (fonament 3), la qual cosa sembla contradictòria amb l'afirmació continguda en el dictamen núm. 103, segons la qual “ni l'Executiu estatal pot ostentar facultats governatives puntuals sobre ells i la seva activitat, ni la Generalitat es pot subrogar en l'exercici d'aquestes” (fonament 5.4.C); cal insistir, però, que aquest últim dictamen no va arribar a la conclusió lògica del raonament, que hauria estat la inconstitucionalitat dels preceptes dels quals es desprenia que aquestes facultats governatives corresponien al Ministeri de Justícia.

11. El *Llibre blanc de la justícia* del CGPJ (Madrid, 1997, p. 130-131, versió catalana) proposava adscriure els secretaris judicials novament al CGPJ.

Al marge, però, de la qüestió dels secretaris judicials, cal reconèixer que la nova realitat normativa sorgida l'any 2003, amb caràcter general, va suposar una ampliació de les possibilitats d'intervenció autonòmica en matèria de personal al servei de l'Administració de justícia, fins i tot en àmbits en què una lectura estricta de la STC 56/1990 permetria concloure que no són susceptibles de ser gestionats per instàncies autonòmiques.<sup>12</sup> També hi ha una major claredat en la distribució competencial entre el Ministeri de Justícia i les comunitats autònomes. Tot i així, no hi va haver voluntat política per superar el model de cossos nacionals, possibilitat que l'any 1997 ja apuntava el mateix CGPJ, i que hauria suposat una aposta decidida tant per l'aprofundiment de la capacitat d'incidència autonòmica en el poder judicial com per la simplificació de la gestió en benefici del principi d'eficàcia.

## **1.2. Els intents (fallits) d'eixamplar el marc competencial autonòmic**

Els intents d'eixamplar el marc competencial autonòmic en matèria de justícia, ja definit per la doctrina del TC, van començar a Catalunya a finals de la dècada dels noranta, orientats principalment a aconseguir una reforma de la LOPJ. Així, el Parlament de Catalunya va acordar el 16 de desembre de 1998 presentar una proposició de Llei orgànica davant el Congrés dels Diputats de modificació de la LOPJ, una de les finalitats de la qual era habilitar les comunitats autònomes per crear cossos de funcionaris al servei de l'Administració de justícia, que deixarien de tenir caràcter nacional. El Congrés dels Diputats va rebutjar la presa en consideració d'aquesta proposició de Llei el 13 de juny de 2000. Posteriorment, el 12 de febrer de 2003, el Parlament va acordar presentar una nova proposició de Llei davant el Congrés dels Diputats, que propugnava igualment la supressió dels cossos nacionals, però que afegia una important novetat, consistent en l'atribució, a l'empareda de l'art. 150.1 CE, de competències legislatives a les comunitats autònomes. Aquesta proposició de Llei va ser presa en consideració pel Congrés dels Diputats en data 1 de juny de 2004, si bé va caducar per acabament de la legislatura.

Els esforços, però, aviat es van orientar a aconseguir una reforma de l'Estatut d'autonomia. Tanmateix, en els documents de

12. Nota 39.

treball inicials ja s'advertia que la reforma en l'àmbit del poder judicial requeria la tramitació en paral·lel d'una reforma de la LOPJ, i, posteriorment, el dictamen del Consell Consultiu de la Generalitat núm. 269, d'1 de setembre de 2005, sobre la proposta de nou Estatut, va considerar, pel que fa als preceptes relatius al poder judicial, que "quan l'Estat exerceix la seva potestat legislativa no pot estar condicionat jurídicament pel que disposen aquests preceptes estatutaris, sobre els quals prevalen, en tot cas, la LOPJ i l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal, en virtut, respectivament, dels articles 122 i 124.3 CE" (Fonament V.2).

El Govern de l'Estat va presentar el 27 de gener de 2006 un projecte de Llei orgànica de modificació de la LOPJ que es feia ressò de part del contingut de la reforma estatutària en curs, si bé només en els dos aspectes que el títol esmentava: justícia de proximitat i consells de justícia. El projecte de Llei orgànica va caducar per acabament de la legislatura, però, més enllà d'aquesta circumstància, la no-aprovació d'una modificació de la LOPJ que l'adaptés al conjunt de disposicions estatutàries en l'àmbit del poder judicial (també les estrictament competencials) va comportar l'afebliment de la seva defensa jurídica davant del TC, i la pèrdua d'eficàcia de part del seu contingut. Tots dos efectes es van poder constatar amb nitidesa en la STC 31/2010, de 28 de juny, que va declarar inconstitucional gran part de la regulació referida al Consell de Justícia de Catalunya, i va fonamentar la constitucionalitat d'un bon nombre d'articles del títol III, relatiu al poder judicial a Catalunya, en la remissió que aquests contenen a la LOPJ (FJ 42 a 55).

Gerpe Landín i Cabellos Espiérrez<sup>13</sup> analitzen els arguments dels recurrents, els de l'Advocacia de l'Estat i els del Govern de la Generalitat i del Parlament de Catalunya en aquest procés constitucional. Com expliquen aquests autors, davant la premissa de què parteixen els primers, segons la qual l'Estatut no és una norma apta per regular matèries reservades a la LOPJ en virtut de l'art. 122 CE, l'Advocacia de l'Estat, tot i admetre la regulació estatutària, defensa que "el Estatuto no puede nada por sí solo sin la LOPJ" (antecedent 42.b)), a la qual pertany la decisió sobre quin és l'àmbit on arriba la competència estatal i quin, per tant, pot correspondre a la competència autonòmica pel fet de quedar fora del nucli essencial de l'Administració de

13. Manuel Gerpe Landín i Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, "La regulación estatutaria del poder judicial y su tratamiento en la STC 31/2010", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 12, Barcelona, IEA, març 2011, p. 303-308.

justícia. D'aquesta tesi se n'allunyen les representacions del Govern de la Generalitat i del Parlament de Catalunya, que basen el seu raonament en la resistència especial de l'Estatut, i en la distinció entre les matèries en què s'imposa una reserva absoluta a la LOPJ (que derivaria de la CE de manera expressa) d'aquelles altres en què la reserva seria només relativa i on és possible la col·laboració entre la LOPJ i l'Estatut. Els autors esmentats posen de relleu el fet que la doctrina de la STC 31/2010 sobre la consideració de l'Estatut en el sistema de fonts estrictament com a llei orgànica i sense cap valor normatiu afegit (FJ 3) feia inviable que prosperés la tesi de les defenses de la Generalitat i del Parlament de Catalunya en l'àmbit específic del poder judicial. Tampoc es pot dir, però, que el TC aculli, si més no expressament, cap de les altres posicions de principi expressades per les parts.

Si en els preceptes estatutaris que intenten incidir en l'organització judicial des de la perspectiva de l'interès autonòmic la preeminència de la LOPJ és difícil de rebatre,<sup>14</sup> en l'àmbit estrictament competencial, que es troba indiscutiblement emparat per la reserva estatutària de l'art. 147.2 CE, el conflicte entre les dues normes hauria de tenir una solució menys decantada cap a la LOPJ del que pretenia l'Advocacia de l'Estat. Certament, la jurisprudència anterior a l'EAC va fer que aquest condicionés a la LOPJ l'abast de determinades atribucions competencials en àmbits tan importants com el personal no judicial o la demarcació judicial, la qual cosa va facilitar la tasca del TC de desestimar les diferents impugnacions emparant-se, justament, en aquesta remissió a la LOPJ. Però la contundent argumentació de l'Advocacia de l'Estat, segons la qual l'àmbit de la competència estatal ha de ser delimitat en tots els casos per la LOPJ (i que recorda les anomenades tesis "centralistes" dels anys vuitanta), no deriva de la jurisprudència constitucional anterior a l'EAC, que únicament atribuïa directament aquesta funció a la LOPJ (i també a la normativa que la desenvolupava) en àmbits determinats (certament molt importants) i en virtut d'uns raonaments específics per a cada supòsit. L'argumentació de la STC 31/2010 per desestimar les diferents impugnacions es basa majoritàriament en la subjecció a la

---

14. Altra cosa és la possibilitat d'incloure aquest tipus de preceptes a l'Estatut: la STC 31/2010 ho accepta, per exemple, en el cas dels preceptes relatius a les funcions del TSJ de Catalunya (FJ 43 a 45), i no, en canvi, en el cas del govern del poder judicial (FJ 47-49). Aquesta contradicció ha estat subratllada, entre d'altres, per Miguel Àngel Cabellos Espiérrez ("Los Consejos de Justicia como forma de desconcentración del gobierno del Poder Judicial", *Poder Judicial y modelo de Estado*, coord. Manuel Gerpe Landín i Miguel Àngel Cabellos Espiérrez, Barcelona, Atelier, 2013, p. 142 i 143).



LOPJ expressada en els mateixos preceptes impugnats. Des d'aquesta perspectiva, es pot dir que la sentència subratlla la insuficiència de l'EAC en la seva funció atributiva de competències en els supòsits concrets que analitza, però aquesta no és una norma absoluta, que es pugui estendre a tots els supòsits, alguns dels quals no van ser ni tan sols objecte d'impugnació, malgrat que en certs casos ometien qualsevol referència a la LOPJ.

No es pot negar, però, que la llibertat que la jurisprudència constitucional –confirmada per la STC 31/2010– dona a la LOPJ per determinar l'abast de les competències autonòmiques en matèries alienes al títol competencial estatal de l'art. 149.1.5 CE és molt àmplia, tal com destaca críticament Maria del Mar Navas Sánchez.<sup>15</sup> Això és així, clarament, en el cas del personal no judicial, però també –tal com explica l'autora– en altres àmbits de la gestió de l'Administració de justícia, en què l'abast de les competències autonòmiques es veu indirectament limitat per les que el legislador orgànic decideix atribuir al CGPJ. Tot i així, però, en aquests altres àmbits, si la decisió de la LOPJ és atribuir un determinat bloc de funcions al poder executiu, la distribució competencial posterior entre l'Estat i les comunitats autònomes hauria de dependre dels títols competencials en joc, i no del criteri unilateral del legislador orgànic.

És ben conegut que tot el procés de reforma estatutària va estar acompanyat de nombrosos intents de neutralitzar-lo. En l'àmbit del poder judicial, les posicions contràries a la reforma van anar sovint més enllà, i van arribar a qüestionar les bases de la jurisprudència constitucional que havia permès assumir competències en la matèria a les comunitats autònomes.<sup>16</sup> Malgrat que no es pot afirmar que aquestes

---

15. María del Mar Nieves Sánchez, "La reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 122 CE): un controvertido título competencial en la jurisprudencia constitucional", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 17, Barcelona, IEA, abril 2013, p. 270.

16. Trobem precedents de les tesis revisionistes en els dos vots particulars a la STC 105/2000. En especial, el del magistrat Vicente Conde Martín de Hijas, que arriba a dir que allò que la STC 56/1990 qualifica d'"administració de l'Administració de justícia" forma part del poder judicial, i per tant ha de correspondre a l'òrgan de govern d'aquest: certament, el que es qüestiona és l'atribució de funcions al poder executiu, però amb un efecte devastador per a l'àmbit competencial autonòmic. El mateix magistrat recorda la seva posició crítica en els seus vots particulars a la STC 294/2006, d'11 d'octubre, i a la STC 31/2010. En l'àmbit doctrinal, entre altres autors, José Luis Requero Ibáñez ("Comunidades Autónomas y Administración de Justicia", *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Valladolid, Junta de Castilla i Lleó, 2006, p. 620-625) es mostra obertament crític amb la construcció doctrinal i jurisprudencial de l'"administració de l'Administració de justícia", i amb els efectes que aquesta construcció produeix quant al desapoderament competencial del CGPJ, d'una banda, i al procés de "progressiva autonomització de la Justícia", de l'altra.



posicions revisionistes assolissin els seus objectius, tampoc es pot negar el manteniment d'un cert estat d'opinió favorable a corregir l'actual distribució competencial en favor dels òrgans estatals.<sup>17</sup>

### 1.3. Els pronunciaments jurisprudencials més recents

Un cop dictada la STC 31/2010, restaven importants controvèrsies –iniciades amb anterioritat a l'aprovació de l'EAC– pendents de ser resoltes pel TC. La més important feia referència a la LO 19/2003, que va ser objecte de dos recursos d'inconstitucionalitat, un del Parlament de Catalunya i l'altre del Govern de la Generalitat. L'argumentació d'un i altre recurs presentava diferències substancials, en particular en l'àmbit del personal. El recurs del Parlament va basar la seva argumentació en la doctrina del Consell Consultiu de la Generalitat, que, en els seus dictàmens 259 i 262, de 20 de febrer i 2 de març de 2004, respectivament, relatius a la LO 19/2003, va mantenir la tesi que l'opció dels cossos nacionals era inconstitucional, tal com ja va sostenir en el dictamen 103, de 12 d'agost de 1985, relatiu a la LOPJ. Per contra, el recurs del Govern es resignava a acceptar la jurisprudència constitucional que validava aquesta opció, i només impugnava els preceptes de la LO 19/2003 que entenia contraris a la CE i l'EAC d'acord amb la interpretació donada pel TC. El TC no va acumular els dos recursos, i va resoldre en primer lloc el del Parlament, mitjançant la STC 163/2012, de 30 de setembre, en la qual ratifica "la doctrina firmemente establecida desde la STC 56/1990" (FJ 5). La sentència, que va desestimar el recurs en la seva totalitat, és objecte de nombroses remissions en la sentència que va resoldre el recurs del Govern (STC 224/2012, de 29 de novembre), les quals estalvien sovint al TC donar resposta a l'argumentació concreta desenvolupada en aquest recurs.<sup>18</sup>

17. D'ençà del 2011 s'han produït nombroses declaracions de responsables públics contràries a l'actual distribució competencial. Així, per exemple, la premsa va informar ([http://politica.elpais.com/politica/2012/07/02/actualidad/1341238553\\_876934.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/07/02/actualidad/1341238553_876934.html)) que el fiscal general de l'Estat, en una conferència pronunciada el juliol de 2012, va considerar un error el traspàs de competències dels mitjans materials i personals a les comunitats autònomes, i va defensar-ne la devolució, en cas que fos possible, tal com havia fet la presidenta de la Comunitat de Madrid uns mesos abans ([http://elpais.com/elpais/2011/10/13/actualidad/1318493820\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2011/10/13/actualidad/1318493820_850215.html)).

18. De fet, la STC 224/2012 (FJ 3) ja adverteix que la resolució del recurs interposat pel Parlament mitjançant la STC 163/2012 "resulta determinante para la resolución de éste".

Una altra diferència important entre el plantejament dels dos recursos fa referència als secretaris judicials. El recurs interposat pel Parlament, d'acord amb els dictàmens 259 i 263 del Consell Consultiu de la Generalitat (i l'anterior dictamen 103), no qüestiona l'opció del legislador orgànic de fer dependre els secretaris judicials del Ministeri de Justícia, sinó únicament el caràcter exclusiu d'aquesta dependència (art. 440 LOPJ), atès que hi ha aspectes de la seva actuació directament lligats a les competències autonòmiques sobre la resta de personal i els mitjans materials. Per contra, el recurs del Govern sostenia que el legislador orgànic podia assignar aquestes competències o bé al CGPJ o bé al poder executiu, però en aquest segon cas les clàusules subrogatòries estatutàries haurien de ser operatives en els mateixos termes que ho són amb la resta de personal. La STC 163/2012 va considerar que la dependència del Ministeri de Justícia es justifica pel caràcter nacional d'aquest cos i per les funcions que els seus membres desenvolupen, si bé va precisar que aquesta dependència no exclou que els seus membres s'hagin de sotmetre al que disposin les comunitats autònomes en l'exercici de les competències assumides (FJ 4.c)), doctrina a la qual es remet la STC 224/2012 (FJ 4.a)), sense tenir en compte que el plantejament d'un i altre recurs, també en aquest punt, era substancialment diferent.<sup>19</sup>

Amb caràcter general, la desestimació de la pràctica totalitat de les pretensions formulades en els dos recursos, i l'argumentació utilitzada, confirma que la LOPJ difícilment pot ser qüestionada per suposada vulneració dels estatuts, l'efectivitat dels quals es veu en bona mesura condicionada per la delimitació derivada de la mateixa LOPJ.<sup>20</sup> Certament, això no és una novetat. Un cop fet el pas inicial de la STC 56/1990 de reconèixer un àmbit competencial autonòmic propi

---

19. La STC 18/2013, de 31 de gener, desestima un conflicte de competències promogut pel Govern de la Generalitat contra una Ordre del Ministeri de Justícia per la qual es convocaven, entre altres llocs, els de les secretaries de govern dels tribunals superiors de justícia, amb remissió (FJ 5) a la STC 224/2012, que va considerar constitucional l'art. 464.3 LOPJ (FJ 4.b)). D'acord amb aquest article, el secretari de govern és nomenat lliurement pel Ministeri de Justícia, a proposta de les comunitats autònomes amb competències assumides en matèria de justícia, les quals també poden proposar-ne el cessament.

20. És significatiu que l'únic precepte que es declara inconstitucional (a la STC 224/2012, FJ 7.b)) es fonamenta en la infracció de la mateixa LOPJ: es tracta d'un incís de la disposició addicional cinquena de la Llei d'enjudiciament civil, afegida per la disposició addicional dotzena de la LO 19/2003, que atribueix al Ministeri de Justícia, d'acord amb la comunitat autònoma, la creació d'un tipus determinat de servei comú, mentre l'art. 438.3 LOPJ (en la redacció donada per la mateixa LO 19/2003) atribueix la competència per al disseny, creació i organització dels serveis comuns processals al Ministeri de Justícia i a les comunitats autònomes en els seus territoris respectius.

en matèria de justícia (principalment, en l'administració de l'Administració de justícia), la jurisprudència constitucional, amb fonaments diversos, ha donat un marge de llibertat creixent al legislador orgànic per definir aquest àmbit, ja sigui directament, ja sigui indirectament mitjançant l'atribució de funcions a l'òrgan de govern del poder judicial o al poder executiu estatal. En coherència amb aquesta jurisprudència, l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006 (EAC) se sotmet a la LOPJ en determinats àmbits, si bé sense renunciar a definir-ne el contingut material, i, en altres àmbits en què el títol estatutari podria tenir més resistència, com els mitjans materials (art. 104, no impugnat), el personal laboral o la justícia gratuïta (articles 103.4 i 106.1, respectivament, impugnats però no declarats inconstitucionals per la STC 31/2010), s'omet qualsevol referència a la LOPJ. La STC 163/2012 i la STC 224/2012 no tenen en compte, però, aquests tímids intents d'"emancipació", atès que l'únic títol competencial autonòmic que invoquen és el de la clàusula subrogatòria, que, en la seva formulació mateixa, fa dependre el seu àmbit material de les funcions i facultats que la LOPJ atribueixi al Govern de l'Estat; clàusula mantinguda, certament, a l'art. 109 EAC, però amb la clara voluntat de constituir un títol residual o de tancament (tal com diu expressament l'article, "ultra les competències expressament atribuïdes per aquest Estatut"), per sobre del qual haurien de ser d'aplicació preferent els preceptes referits a àmbits materials específics.<sup>21</sup>

Més enllà, però, d'aquesta percepció general, cal analitzar amb més precisió la virtualitat de les normes estatutàries vigents, a la vista de l'estat actual de la doctrina del TC i del contingut de la LOPJ.<sup>22</sup> Prèviament ens referirem a la competència estatal en matèria d'Administració de justícia, que constitueix el límit que no poden traspassar els títols competencials autonòmics.

21. Aquesta observació no queda desvirtuada pel fet que els recursos contra la LO 19/2003 invoquessin la clàusula subrogatòria de l'EAC 1979 –el vigent en aquell moment–, atès que és doctrina reiterada del TC, que recorden les mateixes STC 163/2012 i STC 224/2012 (FJ 2.b)), que el paràmetre d'enjudiciament han de ser les lleis del bloc de la constitucionalitat vigents en el moment de dictar-se la sentència.

22. El nostre objecte d'anàlisi seran les disposicions del títol III de l'EAC (i, eventualment, de la LOPJ) que atribueixen competències, funcions o facultats concretes a la Generalitat en matèria de justícia, tret de l'art. 106.2 EAC, sobre mediació i conciliació, que són àmbits no relacionats directament amb l'Administració de justícia.

## 2. Abast de la competència estatal en matèria d'Administració de justícia

La STC 56/90 (FJ 6) diu, amb tota claredat, que l'art. 149.1.5 CE suposa, en primer lloc, "que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución)". I afegeix: "La competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí." Aquesta contundent posició de principi hauria donat, sens dubte, un marge considerable a l'àmbit competencial autonòmic,<sup>23</sup> però la jurisprudència constitucional ha anat eixamplant –tàcitament– l'abast d'aquest títol.

La mateixa STC 56/1990 (i la posterior 62/1990) va estendre el concepte d'Administració de justícia, sense justificar-ho prèviament, a la demarcació judicial (on poden intervenir, però, les comunitats autònomes, d'acord amb l'art. 152.1, segon paràgraf, de la CE) i la planta judicial. Aquesta ampliació no justificada, que Xiol Ríos qualifica de "salt lògic",<sup>24</sup> s'hauria pogut fonamentar en el caràcter estatal de l'entramat orgànic del poder judicial.

La posterior STC 158/1992, de 26 d'octubre, va deixar establert que les facultats relacionades amb l'estatut jurídic dels jutges i magistrats que s'atribueixen al poder executiu estatal formen part, també, de l'Administració de justícia (FJ 2). Aquest és el cas, per exemple, de les facultats reglamentàries i d'execució en matèria de retribucions del personal judicial, i la formalització mitjançant real decret de determinats nomenaments de magistrats.

La competència exclusiva de l'art. 149.1.5 CE inclou també la potestat legislativa en allò que fa referència a l'organització judicial, a la funció jurisdiccional i als seus titulars, tret de la legislació processal (que és objecte d'un altre títol competencial, l'art. 149.1.6 CE). Bona part d'aquesta competència legislativa està reservada a la LOPJ per l'art. 122.1 CE, però les regulacions complementàries d'aquesta (com

23. Només matisat pel fet que el legislador orgànic, d'acord amb la STC 108/1986, de 29 de juliol (FJ 7), i la posterior STC 105/2000 (FJ 4), és lliure d'atribuir al CGPJ funcions que vagin més enllà de les que necessàriament li han de correspondre en virtut de l'art. 122.1 CE (constitució, funcionament i govern de jutjats i tribunals, i estatut jurídic de jutges i magistrats), la qual cosa implica que pot fixar el límit màxim (no el mínim) de l'àmbit del govern del poder judicial.

24. Juan Antonio Xiol Ríos, "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Justicia" (I) i (II), *Actualidad Administrativa*, 7 i 8, 1992, p. 71

la LDPJ) corresponen al legislador ordinari (estatal) i, eventualment, al CGPJ i al poder executiu estatal. Cal incloure en aquest punt regulacions que, malgrat la seva relació amb la provisió de mitjans i atribuir-se al poder executiu, el TC –seguint el criteri del legislador estatal– ha vinculat directament a l'exercici de la funció jurisdiccional, com l'ordenació i l'arxivament d'actuacions i expedients (STC 163/2012 i 224/2012).

Finalment, s'inclouen en l'àmbit de l'art. 149.1.5 CE les competències legislatives i executives en l'organització i funcionament del Ministeri Fiscal i l'estatut jurídic dels seus membres.

### 3. Competències autonòmiques sobre els mitjans materials i personals

#### 3.1. Plantejament general

D'acord amb la STC 56/1990, hi ha un conjunt de mitjans materials i personals al servei de l'Administració de justícia però que no s'hi integren (l'"administració de l'Administració de justícia"), amb relació als quals les comunitats autònomes podien assumir competències, en virtut de les clàusules subrogatòries estatutàries. L'EAC manté aquesta clàusula (art. 109), però, com ja s'ha indicat, amb la voluntat de fer prevaldre els títols competencials específics vinculats a cadascuna de les matèries expressament recollides al text estatutari.<sup>25</sup> Certament, alguns d'aquests títols competencials es condicionen, si més no en part, al que estableixi la LOPJ (mitjans personals –art. 103–, oficina judicial i institucions i serveis de suport –art. 105). Això no treu, però, que l'anàlisi de la competència autonòmica hagi de partir d'aquests títols específics, i només amb caràcter subsidiari s'hagi d'acudir a la clàusula subrogatòria.<sup>26</sup>

25. Manuel Ortells Ramos ("La Administración de justicia en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 19, València, Corts Valencianes, 2007, p. 142) considera que les clàusules subrogatòries han perdut la seva justificació inicial, atès que els estatuts poden assumir específicament competències l'abast de les quals ja està definit.

26. Ja hem vist, però, que la STC 163/2012 i la STC 224/2012 no han seguit aquest mètode, sinó que, en la línia de mantenir immutable (en el millor dels casos) la doctrina constitucional iniciada amb la STC 56/1990, segueixen acudint de forma exclusiva a la clàusula subrogatòria per analitzar l'abast de les competències autonòmiques en matèria d'administració de l'Administració de justícia, de manera que quedaria desmentida la "crisi

### 3.2. Mitjans materials

L'art. 104 EAC atribueix a la Generalitat "els mitjans materials de l'Administració de justícia a Catalunya", però no determina quin tipus de competència s'atribueix (exclusiva, compartida o executiva).<sup>27</sup> Davant d'aquesta llacuna, sembla raonable acudir a la clàusula subrogatòria, i a la interpretació que en van fer, entre d'altres, la STC 56/1990 i la STC 105/2000, que van admetre el joc d'aquesta clàusula en les competències d'execució simple i reglamentàries.

L'art. 104, seguint la sistemàtica habitual del text estatutari, identifica unes submatèries que, "en tot cas", s'inclouen en la competència atribuïda. Aquesta relació no és, per tant, exhaustiva, i s'ha d'entendre que la competència abasta en la seva globalitat la provisió dels mitjans necessaris als jutjats i tribunals per al desenvolupament de la seva funció amb independència i eficàcia (art. 37.1 LOPJ), i, també, a les fiscalies (art. 72.3 de la Llei 50/1981, per la qual es regula l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal –EOMF–, en la redacció donada per la Llei 24/2007, de 9 d'octubre).

A continuació, farem algun comentari a les submatèries identificades a les lletres c), d) i e) de l'art. 104, en la mesura que presenten alguna particularitat digna de ser esmentada, i deixem la lletra f) (relativa a les taxes judicials) per a un apartat posterior, atès que el seu àmbit transcendeix els mitjans materials.

La lletra c) atribueix a la Generalitat la configuració, implantació i manteniment de sistemes informàtics i de comunicació, si bé reserva a l'Estat les competències de coordinació i homologació per garantir la compatibilitat del sistema.

Aquesta reserva a l'Estat fa poc rellevant, des del punt de vista de les competències autonòmiques, que determinades facultats pròpies d'aquesta tècnica de col·laboració (la coordinació) corresponguin al CGPJ o al poder executiu estatal, perquè en tots dos casos l'atribució seria legítima, si bé en el primer cas s'emmarcarien, a més, en l'àmbit del govern del poder judicial, i, per tant, en la matèria Administració de justícia de l'art. 149.1.5 CE.<sup>28</sup>

---

de les clàusules subrogatòries" a què fa referència Ortells Ramos, "La Administració de Justícia...", 2007, p. 143.

27. En la proposta aprovada pel Ple del Parlament el 30 de setembre de 2005 la competència es qualificava d'exclusiva.

28. L'única diferència pràctica seria que la LOPJ (en ús de la llibertat de què disposa per delimitar l'àmbit del govern del poder judicial) podria atribuir facultats al CGPJ que anes-

En l'actualitat, l'art. 230.5 LOPJ atribueix al CGPJ l'aprovació dels programes i les aplicacions informàtiques que s'utilitzen a l'Administració de justícia, per tal de garantir-ne la compatibilitat, si bé, d'acord amb l'art. 560.3 (inclòs en el llibre VIII, introduït per la Llei orgànica 4/2013, de 28 de juny), amb la intervenció prèvia del comitè tècnic estatal de l'Administració judicial electrònica, del qual formen part les comunitats autònomes; segons el dictamen del Consell de Garanties Estatutàries (CGE) 10/2013, de 3 de setembre, aquesta intervenció s'inclou en l'àmbit de la coordinació i no vulnera les competències de la Generalitat (FJ 4). El segon paràgraf de l'art. 560.3 reserva a les administracions competents en matèria de mitjans materials la implementació tècnica en els programes i aplicacions informàtics de les mesures que s'estableixin en l'àmbit estatal. El mateix dictamen del CGE 10/2013 (FJ 5) considera que el precepte esmentat respecta les competències de la Generalitat, tenint en compte que la STC 224/2012 (FJ 6.a)) així ho va entendre amb relació a l'apartat 2 de la disposició addicional segona de l'EOMF (en la redacció donada per la LO 19/2003), que atribuïa als òrgans competents de la Fiscalia General de l'Estat la definició i gestió del sistema d'informació i la xarxa integrada de comunicacions electròniques del Ministeri Fiscal, però no impedia a les comunitats autònomes dotar les fiscalies d'equipaments informàtics i desenvolupar els seus propis sistemes de gestió processal, si s'ajustaven als requeriments bàsics de compatibilitat.

El marge de la potestat reglamentària sembla, en aquest cas, reduït, ateses les funcions de coordinació i homologació que l'EAC reserva a l'Estat, i l'atribució de l'exercici d'aquesta potestat al CGPJ en matèria de bases i estàndards de compatibilitat dels sistemes informàtics (art. 560.1.) LOPJ, inclòs també en el nou llibre VIII d'aquesta). Així, per exemple, el dictamen del CGE 11/2013, de 13 de setembre, relatiu al Reial decret 396/2013, de 7 de juny, pel qual es regula el Comitè Tècnic Estatal de l'Administració Judicial Electrònica, analitza l'àmbit de les competències executives de la Generalitat en la matèria, sense fer cap referència a les de caràcter reglamentari que no tinguin com a finalitat l'organització dels serveis (FJ 2.2). D'altra banda, tal com posa de relleu el mateix dictamen (FJ 2.4), l'art. 29.1 i la disposició addicional quarta de la Llei estatal 18/2011, de 5 de juliol, reguladora de l'ús de les tecnologies de la informació i la co-

---

sin més enllà de la coordinació, límit que, en canvi, hauria de respectar si el destinatari d'aquestes facultats fos el poder executiu estatal.



municació a l'Administració de justícia (que no ha estat impugnada), atribueixen al Govern de l'Estat el desenvolupament reglamentari en matèria de gestió electrònica d'arxius judicials i d'universalització de l'accés als serveis electrònics, respectivament. Amb tot, la STC 224/2012 (FJ 6.a)) apunta un àmbit possible per a l'exercici autonòmic de la potestat reglamentària, en concret, el desenvolupament dels sistemes de gestió processal (en el cas de la sentència, en l'àmbit del Ministeri Fiscal).

La lletra d) atribueix a la Generalitat la gestió i la custòdia dels arxius, de les peces de convicció i dels efectes intervinguts, en tot allò que no tingui naturalesa jurisdiccional.

L'art. 458 LOPJ, en la redacció donada per la LO 19/2003, regula els arxius judicials. L'apartat 2 estableix que per real decret s'han d'establir les normes reguladores de l'ordenació i arxivament d'expedients que no estiguin pendents de cap actuació, així com de l'expurgament dels arxius judicials. Amb caràcter previ a la LO 19/2003 s'havia aprovat el Reial decret 937/2003, de 18 de juliol, de modernització dels arxius judicials, que en diversos preceptes conté referències a les administracions responsables de la provisió de mitjans materials (art. 3.2, 14.4 i 21.1).

L'art. 458.2 LOPJ va ser impugnat pel Parlament de Catalunya i pel Govern de la Generalitat, en considerar que la regulació hauria de ser autonòmica, pel fet que la matèria s'inclou en l'àmbit dels mitjans materials (val a dir, però, que el Reial decret 937/2003, de 18 de juliol, no s'havia qüestionat). La STC 163/2012 (FJ 4.d)) –i, per remissió literal a aquesta, la STC 224/2012 (FJ 6.a))– va rebutjar aquesta pretensió “pues más bien, como afirma el Abogado del Estado, se trataría de normas vinculadas con la propia actividad jurisdiccional”.<sup>29</sup> Això no ha d'impedir, però, que la gestió dels arxius correspongui a la Generalitat, com diu l'art. 103.d) EAC, “en tot allò que no afecti la funció jurisdiccional”, i en els termes que es desprenen de la normativa reglamentària estatal ja esmentada.

La lletra e) atribueix a la Generalitat la participació en la gestió dels comptes de dipòsits i consignacions judicials i en llurs rendiments.

La STC 50/2006, de 16 de febrer, va declarar que aquesta era una matèria de competència estatal, en virtut de l'art. 149.1.14 CE

29. La representació del Govern de la Generalitat va intentar justificar que no era d'aplicació el títol competencial de l'art. 149.1.28 CE en matèria d'arxius de titularitat estatal, que únicament permet la gestió a les comunitats autònomes. El TC no va considerar necessari invocar aquest títol competencial –ni donar resposta a les al·legacions formulades pel recurrent– per tal de determinar que la regulació de la matèria havia de ser estatal.



(hisenda general), tenint en consideració que l'Estat organitza, genera i gestiona els interessos dels comptes, l'origen dels quals són unes quantitats dipositades per assegurar el bon funcionament de l'Administració de justícia o en aplicació de normes processals, i, per tant, aquests interessos són font de la hisenda estatal (STC 171/1998, de 23 de juliol, FJ 8).<sup>30</sup> La sentència es va dictar durant la tramitació de la reforma estatutària a les Corts Generals, en el curs de la qual es va substituir el terme "gestió" per "participació en la gestió". La inclusió d'aquesta submatèria dins de l'article referit als mitjans materials de l'Administració de justícia –encara que rebaixada a l'àmbit de la participació– seria qüestionable a la vista de l'argumentació de la STC 50/2006, si bé sembla del tot comprensible des de la perspectiva del sentit comú.<sup>31</sup>

La regulació de la matèria es conté actualment al Reial decret 467/2006, de 21 d'abril, pel qual es regulen els dipòsits i consignacions judicials en metàl·lic, d'efectes o valors. Com diuen Gerpe Landín i Cabellos Espiérrez, sorprèn que un reial decret dictat quan ja es coneixia el futur text de l'EAC (i que previsiblement altres estatuts incorporarien) no fes cap referència a la participació autonòmica en la matèria;<sup>32</sup> set anys després, encara no s'ha esmenat aquesta omissió.

Afegim que la STC 235/2012, de 13 de desembre, va desestimar la impugnació del Govern de la Generalitat de l'art. 70 de la Llei estatal 53/2002, de 31 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, que regula la generació de crèdit al Ministeri de Justícia en funció dels ingressos trimestrals procedents dels rendiments dels

30. El vot particular del magistrat Pablo Pérez Tremps (que va ser el ponent de la sentència) argumenta que els comptes bancaris són un mitjà al servei de l'Administració de justícia que no s'inclou en el nucli essencial d'aquesta, com ho mostra el fet que el Ministeri de Justícia adjudica els concursos corresponents; per tant, els interessos generats són rendiments vinculats a l'exercici de competències autonòmiques, i no poden considerar-se font de la hisenda estatal, atès que –contràriament al que afirma la sentència– no els organitza, genera o gestiona l'Estat, sinó que la causa de l'ingrés és un contracte signat amb una entitat bancària.

31. Com diu Jesús Rodríguez Márquez ("STC 50/2006, de 16 de febrero. La titularidad, estatal o autonómica, de los intereses derivados de las cuentas de depósitos y consignaciones de los órganos judiciales", *Crónica Tributaria*, 134, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2010, p. 216), "parece que la propia naturaleza de las cosas lleva a atribuir el recurso a aquella Administración territorial a la que corresponde la organización de los medios materiales para el funcionamiento de la Justicia y que, por tanto, incurre en el correspondiente gasto".

32. Manuel Gerpe Landín i Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, "La gestión de los depósitos y consignaciones judiciales. Comentario a la STC 50/2006, de 16 de febrero", *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, 105 (4), p. 158.

comptes de dipòsits i consignacions judicials. La desestimació es fonamenta exclusivament en la STC 50/2006 (FJ 4), sense fer cap referència a la nova regulació estatutària que aquesta no havia pogut tenir en compte. Aquesta omisió també seria sorprenent, si no fos que les anteriors sentències 163/2012 i 224/2012 ja havien ignorat la nova regulació estatutària en la resolució de les impugnacions del Parlament de Catalunya i del Govern de la Generalitat contra la LO 19/2003.

### 3.3. Mitjans personals

L'apartat 1 de l'art. 103 EAC atribueix a la Generalitat "la competència normativa sobre el personal no judicial<sup>33</sup> al servei de l'Administració de justícia, dins el respecte a l'estatut jurídic d'aquest personal establert per la Llei orgànica del poder judicial", i seguidament esmenta les submatèries que inclou aquesta competència. L'apartat 2 atribueix a la Generalitat, "en els mateixos termes que l'apartat 1", la competència "executiva i de gestió" amb relació al mateix personal, i concreta també les submatèries corresponents. En cap dels dos apartats s'utilitza, però, l'expressió "en tot cas".<sup>34</sup> Tanmateix, la relació és força completa,<sup>35</sup> i, en cas necessari, sempre es pot acudir a la clàusula subrogatòria de l'article 109 com a norma de tancament.<sup>36</sup>

Pel que fa a l'abast de la competència "normativa", la STC 31/2010 (FJ 52) diu que "no puede admitirse que, como sostienen los recurrentes, la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma en esta materia sea precisamente la legislativa, pues la "competencia normativa" es también la reglamentaria". Si la competència és "també" la reglamentària, es podria entendre que no s'exclou que pugui

---

33. L'expressió "personal no judicial" és clara: la competència s'hauria de referir a tot el personal que presta serveis a l'Administració de justícia llevat dels jutges i magistrats. Ja hem explicat, però, l'opció de la LO 19/2003 d'excloure els secretaris judicials de l'exercici de les competències autonòmiques, validada per la STC 163/2012 i la STC 224/2012. Aquesta sembla, però, una opció reversible: res impediria que la LOPJ donés el mateix tractament, des del punt de vista competencial, al conjunt del personal no judicial, tal com pretén l'art. 103 EAC.

34. Sí que ho feia la proposta aprovada pel Ple del Parlament el 30 de setembre de 2005.

35. En el cas de l'apartat 2, les lletres i) i k) inclouen clàusules obertes que permeten entendre inclosa sense dificultat la totalitat de la matèria.

36. Aquest podria ser el cas del personal interí, al qual l'art. 103.1 no fa cap esment, malgrat que des de l'aprovació dels reglaments orgànics de 1996 ha estat un àmbit que ha comptat amb un ampli marge per a la regulació autonòmica, motivat pel fet que aquest personal, tot i ocupar places corresponents a funcionaris de cossos nacionals, no forma part d'aquests cossos.

abastar la legislativa, almenys en hipòtesi. Certament, la reserva a la LOPJ de la regulació de l'estatut jurídic del personal, i la interpretació que n'ha fet el TC, fa difícil pensar que al legislador autonòmic li resti un àmbit d'actuació real en aquesta matèria,<sup>37</sup> potser llevat que es donessin determinades condicions molt favorables, com l'eliminació dels cossos nacionals de funcionaris i una regulació no exhaustiva de la matèria a la LOPJ.<sup>38</sup>

Els àmbits en què es pot exercir la competència normativa i l'executiva i de gestió, en un model de cossos nacionals com l'actual, es troben condicionats per allò que disposa la LOPJ i, fins i tot, pels reglaments estatals que la desenvolupen. Certament, la STC 56/1990 (FJ 11) va intentar delimitar, en abstracte, les matèries del règim jurídic del personal que tenen una dimensió supraautonòmica (que haurien de correspondre a l'Estat) i aquelles altres en què no existia aquesta dimensió (amb possible intervenció autonòmica), però sentències posteriors (STC 235/2005, de 10 d'octubre, STC 270/2006, de 13 de setembre, i STC 294/2006, d'11 d'octubre) utilitzen la normativa estatal com a únic paràmetre per delimitar l'àmbit de la competència autonòmica.<sup>39</sup>

En canvi, en un escenari de superació del model de cossos nacionals, res impediria a la Generalitat exercir aquestes competències en tots els àmbits a què fan referència els apartats 1 i 2 de l'article 103.

L'apartat 3 de l'art. 103 EAC atribueix competència legislativa per crear cossos autonòmics de funcionaris al servei de l'Administració de justícia, en el marc del que disposi la LOPJ. Aquesta atribució competencial operaria en el supòsit que la LOPJ optés per un model de cossos autonòmics en lloc de l'actual de cossos nacionals, o bé

37. Altra cosa és que el legislador reguli qüestions que no estan afectades per la reserva de llei, però que, en no haver-hi reserva reglamentària, poden ser regulats per una llei.

38. La STC 163/2012 (FJ 9) i la STC 224/2012 (FJ 11) no aprecien excés del legislador orgànic en la regulació de la LO 19/2003, molt detallada, de l'estatut del personal al servei de l'Administració de justícia. Hauria de ser possible, però, una regulació més sintètica (com la continguda en la redacció originària de la LOPJ), que podria donar un cert marge d'actuació al legislador autonòmic.

39. De fet, no es pot obviar que tant els reglaments orgànics com, posteriorment, la mateixa LOPJ (en la modificació de la LO 19/2003) han permès la intervenció autonòmica en àmbits en què una lectura literal de la STC 56/1990 semblaria impedir-ho, com el règim disciplinari o les situacions administratives. També és cert, però, que altres aspectes de la regulació de la LO 19/2003 (en matèria de relació de llocs de treball o provisió de llocs) haurien permès, d'acord amb la STC 56/1990, un àmbit competencial autonòmic més ampli (tant en l'execució com en la potestat reglamentària), però la STC 224/2012 no va atendre els intents de la representació del Govern de la Generalitat d'acreditar la vulneració competencial.

mantenint aquests però permetent que se'n creessin d'altres d'àmbit autonòmic amb funcions específiques, i és coherent amb la jurisprudència constitucional que determina que la creació de cossos i escales es troba afectada per la reserva de llei de l'art. 103.3 CE (STC 99/1987, d'11 de juny, FJ 3.c)).

L'apartat 4 (i últim) estableix que la Generalitat disposa de competència exclusiva sobre el personal laboral al servei de l'Administració de justícia. En aquest punt, la STC 31/2010 es limita a dir que aquesta competència "es obvio que sólo puede entenderse sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado respecto de la Administración de Justicia (art. 149.1.5 CE) y de la legislación laboral general (art. 149.1.7 CE)". Més enllà d'aquestes obvietats, cal recordar també que la STC 56/1990 (FJ 11.j)) ja va deixar establert que la matèria del personal laboral podia ser assumida per les comunitats autònomes amb títol competencial suficient. L'EAC atribueix ara la competència a la Generalitat amb caràcter exclusiu, amb la qual cosa afegeix la potestat legislativa a les que ja podia exercir en virtut de la clàusula subrogatòria.

### **3.4. Oficina judicial i institucions i serveis de suport**

L'art. 105 EAC estableix que correspon a la Generalitat, d'acord amb la LOPJ, determinar la creació, el disseny, l'organització, la dotació i la gestió de les oficines judicials i dels òrgans i serveis de suport als òrgans jurisdiccionals, inclosa la regulació de les institucions, els instituts i els serveis de medicina forense i de toxicologia. Aquesta descripció inclou implícitament la potestat reglamentària i l'execució simple, novament, però, amb subjecció a la LOPJ.

Les oficines, òrgans i serveis a què fa referència el precepte (tret dels instituts i serveis de medicina forense i de toxicologia) es regulen al títol I del llibre V de la LOPJ, l'encapçalament del qual fa referència al "règim d'organització i funcionament de l'administració al servei de jutges i tribunals", expressió que s'ha d'entendre referida a les tècniques a través de les quals els mitjans materials i personals es posen a la disposició dels òrgans judicials per a la consecució de les finalitats que tenen atribuïdes.

La LOPJ defineix l'oficina judicial com l'organització de caràcter instrumental que serveix de suport a l'activitat jurisdiccional, amb estructura homogènia a tot l'Estat, i basada en els principis de jerarquia, divisió de funcions i coordinació (art. 435.4). Hi ha dos tipus d'unitats: unitats processals de suport directe (una per cada jutjat, secció o sala),

que directament assisteixen els jutges i magistrats en l'exercici de les seves funcions<sup>40</sup> (art. 437.1), i els serveis comuns processals, que, sense integrar-se en un òrgan jurisdiccional concret, assumeixen tasques centralitzades de gestió i suport en actuacions derivades de l'aplicació de les lleis processals (art. 438.1).

L'art. 437.5 LOPJ disposa que el Ministeri de Justícia, previ informe del CGPJ i de les comunitats autònomes, determina les dotacions bàsiques de les unitats processals de suport directe. La STC 163/2012 (FJ 4.b)) i la STC 224/2012 (FJ 5.a)) justifiquen aquesta atribució en la necessitat de disposar d'una estructura bàsica homogènia a tot l'Estat, i admeten que les comunitats autònomes puguin establir determinacions addicionals (cal entendre que mitjançant l'aprovació inicial de les relacions de llocs de treball, d'acord amb l'art. 522.2 LOPJ).

L'art. 438.3 LOPJ atribueix a les comunitats autònomes la creació, el disseny i l'organització dels serveis comuns processals, amb funcions de registre i repartiment, actes de comunicació, auxili judicial, execució de resolucions judicials i jurisdicció voluntària; i també, amb l'informe favorable del CGPJ, amb funcions d'ordenació del procediment o d'altres no incloses expressament al precepte. D'altra banda, l'art. 438.7 faculta el CGPJ per establir criteris generals que permetin l'homogeneïtat en les actuacions dels serveis comuns processals de la mateixa classe a tot l'Estat, els quals no poden incidir en l'exercici de la funció jurisdiccional o en les competències de les administracions públiques en aquest àmbit.

L'art. 439 LOPJ regula les anomenades unitats administratives, no integrades a l'oficina judicial, i que es constitueixen en l'àmbit de l'organització de l'Administració de justícia per a la direcció, ordenació i gestió dels recursos humans de l'oficina judicial sobre els quals tenen competències, com també sobre els mitjans informàtics, noves tecnologies i altres mitjans materials. Dins d'aquestes unitats, l'Administració competent pot establir oficines comunes de suport a una o més oficines judicials, per a la prestació de serveis no reservats per la LOPJ al personal funcionari al servei de l'Administració de justícia. El disseny, la creació i l'organització de les unitats administratives necessàries i de les oficines comunes de suport, la determinació de la

---

40. Aquesta unitat processal de suport directe és el que habitualment es coneixia com a oficina judicial. Ara aquest terme té un caràcter més general, i inclou també la figura dels serveis comuns. La terminologia de l'art. 105 EAC sembla respondre a la realitat anterior a la LO 19/2003, en la mesura que distingeix l'oficina judicial i els òrgans i els serveis de suport als òrgans jurisdiccionals.

seva forma d'integració a l'Administració, el seu àmbit d'actuació, la dependència jeràrquica, l'establiment de llocs de treball i la dotació dels crèdits necessaris per a la seva posada en marxa i funcionament correspon a l'Administració competent (art. 439.2). Els llocs de treball d'aquestes unitats administratives poden ser coberts tant per personal al servei de l'Administració autonòmica (o, si és el cas, de l'Administració de l'Estat), com per personal al servei de l'Administració de justícia (art. 439.3).<sup>41</sup>

Jiménez Asensio<sup>42</sup> considera de dubtosa constitucionalitat aquest art. 439 LOPJ, que regula qüestions d'organització administrativa i funció pública autonòmica. Si bé és cert, com apunta el mateix autor, que un precepte com aquest difícilment es pot reconduir a l'àmbit reservat a la llei orgànica per l'art. 122.1 CE, cal tenir en compte que l'art. 439 (que no va ser impugnat) es limita a plantejar determinades opcions organitzatives que la comunitat autònoma és lliure d'adoptar o no (o, si més no, aquesta sembla la interpretació més raonable), i, per tant, es respectaria la seva potestat d'organització dels serveis.

Pel que fa a la regulació de les institucions, els instituts i els serveis de medicina forense a què també es refereix l'art. 105 EAC, l'art. 479.4 LOPJ, últim paràgraf, encomana al Govern de l'Estat l'aprovació de les normes generals d'organització i funcionament dels instituts de medicina legal (IML). El Reglament dels IML, aprovat mitjançant el Reial decret 386/1996, d'1 de març, els defineix com òrgans tècnics la missió dels quals és auxiliar els jutjats, tribunals, fiscalies i oficines del registre civil mitjançant la pràctica de proves pericials mèdiques, tant tanatològiques com clíniques i de laboratori, així com realitzar activitats de docència i investigació relacionades amb la medicina forense (art. 1). El Reglament atribueix a les comunitats autònomes la creació dels IML, l'establiment de la seu, i determinades competències organitzatives i de personal, limitades per l'existència dels cossos nacionals de funcionaris.

L'art. 479.4 LOPJ, en el primer paràgraf, disposa que hi ha d'haver IML a les capitals de província en què hi tingui la seu un TSJ o una Sala del TSJ amb jurisdicció en una o més províncies, si bé en el tercer

---

41. Rafael Jiménez Asensio (*Pacto de Estado, reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*, Oñati, IVAP, 2004, p. 113 i 114) planteja que la integració de personal al servei de l'Administració de justícia a les unitats administratives podria constituir una interferència en l'espai normatiu de la comunitat autònoma. Tot i així, el mateix autor reconeix que la determinació a la relació de llocs de treball dels casos en què aquell personal pot ocupar llocs en les unitats administratives deixa en mans de la comunitat autònoma fer efectiva o no aquesta possibilitat.

42. Jiménez Asensio, *Pacto de Estado...*, 2004, p. 114-115.

paràgraf estableix que el Govern de l'Estat pot autoritzar-ne l'establiment en altres ciutats amb l'àmbit d'actuació que es determini. La STC 163/2012 (FJ 6.a) i la STC 224/2012 (FJ 7.d)) apliquen la tècnica de la clàusula subrogatòria en aquesta facultat d'autorització, que seria exercida per la comunitat autònoma. No es pot negar que, en aquest cas, el TC esmena la intenció del legislador orgànic, però, en lloc de declarar la inconstitucionalitat del precepte, "aplica" la clàusula subrogatòria de manera forçada, perquè l'activitat autoritzada correspon a la mateixa comunitat autònoma; caldrà entendre, per tant, que l'efecte de la "subrogació" serà, simplement, la desaparició de l'autorització.

Finalment, l'actual art. 480 LOPJ, que adscriu l'Institut Nacional de Toxicologia i Ciències Forenses al Ministeri de Justícia, impedeix l'exercici de les competències en matèria d'instituts i serveis de toxicologia que esmenta igualment l'art. 105 EAC.

### 3.5. Mitjans personals i materials de la justícia de pau

L'art. 108.1 EAC fa referència a la justícia de pau. En l'àmbit dels mitjans personals i materials (on ara ens centrem), correspon a la Generalitat la provisió d'aquests mitjans i la creació de les secretaries. A manca de més precisions, cal entendre que aquestes competències inclouen la potestat reglamentària i l'execució simple, per aplicació de la clàusula subrogatòria com a norma de tancament.

D'acord amb els articles 50 a 52 LDPJ, l'exercici de la competència de provisió de mitjans als jutjats de pau consisteix actualment en l'atorgament de subvencions als ajuntaments per fer front a les despeses que els genera la provisió de mitjans materials i personals als jutjats de pau, i, excepcionalment, en la gestió directa, total o parcial, de les instal·lacions i els mitjans instrumentals. A més, en el cas dels jutjats de pau o agrupacions de secretaries de jutjats de pau servits per personal al servei de l'Administració de justícia, la Generalitat exerceix les competències que li corresponen en aquesta matèria amb caràcter general, i, pel que fa les secretaries no servides per aquest personal, aprova el nomenament de la persona idònia, i abona la indemnització que ha de percebre.

Amb relació a la "creació de les secretaries", cal entendre que l'EAC es refereix a les agrupacions de les secretaries de jutjats de pau, que són secretaries (o oficines) que donen suport a diversos jutjats. Cal distingir les agrupacions de secretaries servides per personal al servei de l'Administració de justícia i les que estan servides per altre



personal. Pel que fa a les primeres, la seva creació està estretament vinculada a l'aprovació de la relació de llocs de treball (fins al punt que l'art. 50.2 LDPJ identifica les dues operacions), i per tant l'exercici de la competència per a la seva creació (executiva i reglamentària) haurà de tenir en compte la normativa estatal en matèria de relacions de llocs de treball del personal al servei de l'Administració de justícia. Pel que fa a les segones, estan regulades a l'art. 50.4 LDPJ per remissió al règim local, i poden ser promogudes i creades per les comunitats autònomes i els ajuntaments.

### 3.6. Taxes judicials

L'art. 103.f) EAC atribueix a la Generalitat la gestió, la liquidació i la recaptació de les taxes judicials que aquesta estableixi en l'àmbit de les seves competències sobre l'Administració de justícia. Malgrat que l'art. 103 fa referència als mitjans materials, aquesta lletra afecta el conjunt dels mitjans materials i personals, que constitueixen el cost total del servei que la taxa pot, eventualment, compensar.

El precepte reconeix la possibilitat que la Generalitat estableixi taxes en l'àmbit de les seves competències. També ho fa, implícitament, la STC 162/2012, de 20 de setembre, que considera constitucional la regulació de la taxa estatal per l'exercici de la potestat jurisdiccional (establerta a l'art. 35 de la Llei estatal 53/2002, de 31 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social), però subratlla que el fet imposable no recau "sobre el servicio público de la Administración de Justicia, que puede ser asignado a las Comunidades Autónomas, que lo gestionan en cuanto a la dotación y financiación de los medios personales y materiales precisos" (FJ 5).<sup>43</sup>

43. La STC 162/2012 va resoldre un recurs d'inconstitucionalitat promogut per la Junta d'Andalusia contra determinats preceptes de la Llei estatal 53/2002, entre els quals l'art. 35. La posterior STC 235/2012, de 13 de desembre, va resoldre (amb el mateix resultat pel que fa a la qüestió que ens ocupa) un recurs del Govern de la Generalitat contra determinats preceptes de la mateixa Llei, entre els quals alguns apartats de l'art. 35, entre d'altres, l'incís de l'apartat 1.2 "sense perjudici de les taxes i altres tributs que puguin exigir les comunitats autònomes", i l'apartat 7.1, que determinava l'ingrés del tribut al tresor públic estatal. L'argumentació d'aquesta impugnació seguia el plantejament del dictamen del Consell Consultiu de la Generalitat núm. 238, de 21 de febrer de 2003, d'acord amb el qual, atès que el cost de l'Administració de justícia és compartit entre l'Estat i la Generalitat, el benefici obtingut de la taxa s'hauria de distribuir en la mateixa proporció de la despesa, i, en virtut de la clàusula subrogatòria, la gestió de la taxa havia de correspondre a la Generalitat, per bé que acceptava que el seu establiment per llei correspongués a l'Estat. El Govern de la Generalitat va desistir parcialment del recurs el 26



La Llei 5/2012, de 20 de març, de mesures fiscals, financeres i administratives i de creació de l'impost sobre estades turístiques, va fer ús d'aquesta habilitació, i el nou art. 3 *bis* 1.1 del text refós de la Llei de taxes i preus públics de la Generalitat de Catalunya fixa la producció del fet imposable de la taxa en la realització de diferents actes processals en els àmbits jurisdiccionals civil i contenciós administratiu. El precepte es troba actualment suspès com a conseqüència de la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat pel president del Govern de l'Estat.<sup>44</sup> En el dictamen previ a la interposició d'aquest recurs, emès el 21 de juny de 2012, el Consell d'Estat va considerar que el precepte incorria en doble imposició, atès que el fet imposable consisteix en la realització d'un seguit d'actuacions processals en gran mesura coincidents amb les que descriu la norma estatal, sense que sigui rellevant que nominalment la taxa s'exigeixi, en un cas, per l'exercici de la potestat jurisdiccional, i en l'altre per la prestació de serveis personals i materials. A la conclusió contrària havia arribat el dictamen del CGE 4/2012, de 6 de març, que considera diferents els fets impossibles d'una i altra norma, encara que l'acreditació del fet imposable de la llei catalana es manifesti amb determinats actes processals (FJ 3).

El títol I de la Llei estatal 10/2012, de 20 de novembre, per la qual es regulen determinades taxes en l'àmbit de l'Administració de justícia i de l'Institut Nacional de Toxicologia i Ciències Forenses, inclou una nova regulació de la taxa per l'exercici de la potestat jurisdiccional en els ordres civil, contenciós administratiu i social, amb l'objectiu (d'acord amb el preàmbul) de racionalitzar l'exercici de la potestat jurisdiccional i aportar més recursos per al finançament del sistema judicial. El dictamen 1/2013, de 17 de gener, del CGE, va detectar indicis que el fet imposable de la taxa va més enllà de l'estricta activitat jurisdiccional, però va considerar que no se'n podia deduir de forma inequívoca una vulneració competencial, i va concloure que el títol I de la Llei 10/2012 no és contrari a la CE i l'EAC si s'interpreta que l'expressió "exercici de la potestat jurisdiccional" no inclou els mitjans personals i materials al seu servei. Malgrat aquesta conclusió final, el Govern de la Generalitat va decidir interposar un recurs d'inconstitucionalitat contra els art. 1 a 11 de la Llei 10/2012, entre altres motius, per vulneració de les competències de la Generalitat.

---

de setembre de 2012, pel que fa a l'incís "sense perjudici..." de l'art. 35.1.2, en coherència amb l'habilitació estatutària per crear taxes pròpies.

44. La suspensió es va produir perquè el recurrent va invocar l'art. 161.2 CE, i s'ha mantingut mitjançant la interlocutòria de 24 de maig de 2013.

#### 4. Competències autonòmiques en matèria de demarcació i planta judicial

L'art. 107 EAC atribueix determinades competències a la Generalitat en matèria de demarcació, planta i capitalitat judicials.

D'acord amb les STC 56/90 i 62/90, la demarcació i la planta judicial formen part del nucli estricte de la matèria Administració de justícia; tanmateix, l'art. 152.1 CE constitueix una excepció a l'art. 149.1.5, i permet la participació autonòmica en l'organització de les demarcacions judicials, si bé de conformitat amb la LOPJ i dins la unitat i independència del poder judicial.

L'art. 107.1 EAC estableix que el Govern, almenys cada cinc anys, amb l'informe previ del Consell de Justícia de Catalunya, ha de proposar al Govern de l'Estat la determinació i la revisió de la demarcació i la planta judicial a Catalunya, i aquesta proposta ha d'acompanyar el projecte de llei que es trameti a les Corts Generals. D'aquesta manera, el nivell de participació s'ajusta al que disposa la LOPJ vigent (art. 35.2 i 35.5), a diferència del que succeïa amb l'art. 18.3 EAC 1979. Tanmateix, es pot retreure a l'EAC de 2006 certa falta d'ambició, atès que, com diu la STC 62/1990 (FJ 8), són possibles altres formes de participació més intenses, que la LOPJ podria lliurement adoptar: la resignació del text estatutari a una participació no determinant fa difícil preveure una modificació de la LOPJ per incrementar el nivell de participació.

L'art. 107.3 EAC disposa que la capitalitat de les demarcacions és fixada per una llei del Parlament, en coherència amb el que estableix l'art. 35.6 LOPJ.

Finalment, pel que fa a la planta judicial, cap precepte constitucional fa referència a la intervenció autonòmica, a diferència de la demarcació judicial. En conseqüència, aquesta matèria es troba situada en un àmbit de competència exclusiva estatal (art. 149.1.5 CE) i no es troba emparada per cap excepció. Tot i així, l'art. 29.2 LOPJ (introduït per la LO 19/2003) estableix que la revisió de la planta pot ser instada per les comunitats autònomes amb competències en matèria de justícia, i altres preceptes que habiliten el Govern de l'Estat per fer-ne modificacions puntuals estableixen algun tipus de participació autonòmica (art. 36 LOPJ i 20.1 LDPJ).

L'EAC 1979 no feia cap referència a la planta judicial (es limitava a la demarcació, que era l'àmbit en què disposava d'habilitació constitucional). En canvi, l'EAC vigent sí que hi fa referència, als apartats 1 i 2 de l'art. 107. Segons l'apartat 1, la proposta relativa a la demarcació judicial ha d'incloure també la relativa a la planta judicial. L'apartat 2

estableix que les modificacions de la planta judicial que no comportin reforma legislativa poden correspondre al Govern de la Generalitat, i que la Generalitat pot crear seccions i jutjats, per delegació del Govern de l'Estat, en els termes establerts a la LOPJ. La STC 31/2010 ha considerat que l'apartat 2 no infringeix la competència de l'Estat respecte de la definició i establiment de la planta judicial, atès que en la primera part es limita a enunciar una possibilitat que només es materialitzarà si ho permet la legislació estatal, i en la segona part es limita a subordinar una possible delegació de l'Estat als termes que estableixi la LOPJ (FJ 55).<sup>45</sup>

## 5. Altres competències autonòmiques en matèria de justícia

### 5.1. Justícia gratuïta i orientació jurídica gratuïta

L'art. 106.1 EAC disposa que correspon a la Generalitat la competència per ordenar els serveis de justícia gratuïta i d'orientació jurídica gratuïta.

La STC 31/2010 (FJ 54), amb relació a aquest article, diu el següent:

[...] es notorio que, más allá de la apariencia de exclusividad apreciada por los recurrentes, el precepto no regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sino sólo y exclusivamente la ordenación de los "servicios" relativos a la justicia y orientación jurídica gratuita, ni hace imposible, en su literalidad, el ejercicio exclusivo por el Estado de la competencia en la que se comprende la ordenación administrativa de la asistencia jurídica gratuita, es decir, la contemplada en el art. 149.1.18, según es doctrina establecida en la STC 97/2001, de 5 de abril.

Cal tenir present que la STC 97/2001 –que va resoldre un recurs d'inconstitucionalitat del Govern de la Generalitat contra determinats preceptes de la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'assistència jurídica gratuïta (LAJG)– va considerar que la competència administrativa de reconeixement del dret a l'assistència jurídica gratuïta no consisteix pròpiament en una funció d'auxili i col·laboració amb la funció jurisdiccional, sinó que el seu objecte immediat i directe és la garantia d'un

45. El vot particular del magistrat Vicente Conde Martín de Hijas considera, en canvi, que les al·lusions a la planta judicial contingudes als apartats 1 i 2 de l'art. 107 haurien d'haver estat declarades inconstitucionals i nul·les.

interès particular dels ciutadans (que constitueix un fi en si mateix), i només mediatament o indirectament coadjuva a l'exercici d'aquella funció (FJ 5). L'art. 106.1 EAC ofereix actualment un títol competencial específic en aquesta matèria, per bé que sense especificar el tipus de competència atribuïda; la invocació del títol de l'art. 149.1.8 CE per enjudiciar la LAJG a la STC 97/2001 permetria sostenir que la competència és compartida, en contra del que sembla apuntar la STC 31/2010 en referir-se al suposat caràcter exclusiu de la competència estatal d'ordenació.

El precepte estatutari també atribueix a la Generalitat la competència sobre els serveis d'orientació jurídica gratuïta, que formen part del contingut material del dret a l'assistència jurídica gratuïta. Aquesta referència específica pot justificar-se pel fet que aquests serveis es presten en una fase preliminar, desvinculada de qualsevol procés judicial. Per contra, altres prestacions del contingut material del dret que recull l'art. 6 LAJG s'han d'entendre vinculades a la provisió dels mitjans materials als òrgans jurisdiccionals, com ara l'assistència lletrada al detingut o pres, la defensa i la representació gratuïtes en els procediments judicials, i l'assistència pericial gratuïta.

## 5.2. Personal judicial i membres de la carrera fiscal

La matèria relativa al personal judicial i de la carrera fiscal s'inclou en l'àmbit de la competència estatal exclusiva en matèria d'Administració de justícia de l'art. 149.1.5 CE. Malgrat això, l'EAC i també la LOPJ atribueixen algunes facultats a la Generalitat en aquests àmbits, si bé amb un abast molt limitat. Les examinem breument a continuació.

L'art. 101.1 EAC atribueix a la Generalitat la facultat de proposar la convocatòria d'oposicions i concursos per proveir les places vacants de magistrats, jutges i fiscals a Catalunya. Per la seva banda, l'art. 315 LOPJ estableix que les oposicions i concursos per cobrir vacants de la carrera judicial, del secretariat i de la resta de personal al servei de l'Administració de justícia<sup>46</sup> són convocats a instància de la comunitat autònoma en l'àmbit territorial de la qual es produeixin vacants. La STC 158/1992 va declarar que si una convocatòria es produïa sense

46. La referència al secretariat manté actualment el seu sentit, tenint en compte que aquest personal no ha estat traspassat. En el cas de la resta de personal al servei de l'Administració de justícia, actualment la referència només té sentit per a les comunitats autònomes que no exerceixen competències en la matèria.

l'impuls previ autonòmic, o sense donar l'oportunitat d'instar la convocatòria, es desconeixia la facultat que reconeixia l'art. 22.1 EAC 1979 (precedent de l'actual 101.1). La sentència precisa que, si bé la facultat d'instar (proposar, d'acord amb l'EAC vigent) no pot suposar un obstacle per tal que l'òrgan competent dugui a terme la convocatòria, la competència de l'òrgan convocant ha d'exercir-se sense menystenir la intervenció autonòmica. El TC apel·la a fórmules o procediments que, partint dels principis de bona fe autonòmica i de col·laboració, facin possible l'exercici d'aquesta facultat, però en qualsevol cas no considera justificada l'absència de la instància pel fet que manqui l'instrument que n'articuli l'exercici.

Per la seva banda, els articles 96.5 i 96.2 EAC estableixen que el president de la Generalitat ordena la publicació del nomenament del president del TSJ de Catalunya i del fiscal superior de Catalunya, respectivament, al *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*. L'art. 336.2 LOPJ precisa que el nomenament del president del TSJ té efectes des de la publicació al *Butlletí Oficial de l'Estat*, sense perjudici de la preceptiva publicació al butlletí oficial de la comunitat autònoma, regulació que va ser considerada constitucional per la STC 56/90 (FJ 42), atenent, entre altres raons, al caràcter unitari del poder judicial i al caràcter estatal de la resolució publicada. En aquesta mateixa línia, la STC 31/2010 va declarar la constitucionalitat de l'art. 96.2 EAC, relatiu a la publicació del nomenament del fiscal superior de Catalunya, "pues es obvio que la única publicación relevante a los fines de la perfección jurídica del normbramiento es la verificada en el *Boletín Oficial del Estado*, cumpliendo así la realizada en el *Diario Oficial de la Generalitat* un cometido de coadyuvar al mayor conocimiento de aquel acto" (FJ 46).

Fora de l'EAC, cal destacar que l'art. 330.3 LOPJ atribueix a l'assemblea legislativa de les comunitats autònomes la facultat de presentar una terna al CGPJ per proveir una de cada tres places de la Sala Civil i la Sala Penal del TSJ; els candidats han de ser juristes de reconegut prestigi amb més de deu anys d'exercici professional a la comunitat autònoma.<sup>47</sup>

47. Manuel Gerpe Landín ("La regulació estatutària i la seva delimitació per la Llei orgànica del poder judicial", *Informe Pi i Sunyer sobre la Justícia a Catalunya*, dir. Jaume Galofré i Crespi, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 1998, primera part, capítol I, p. 51) considera que la intervenció del Parlament autonòmic en el nomenament dels magistrats del TSJ és l'únic reflex del federalisme judicial existent en l'ordenament jurídic espanyol.

Finalment, l'art. 108.1 EAC estableix que la Generalitat es fa càrrec de les indemnitzacions dels jutges de pau: cal entendre que es refereix a la retribució que esmenten els articles 103 LOPJ i 49 LDPJ, i no a les indemnitzacions per raó del servei que compensen les despeses ocasionades pels desplaçaments fora de la seu del jutjat, i que constitueixen un mitjà material que s'ha de proveir d'acord amb la distribució competencial i el marc legal que ja s'ha exposat (i que, per tant, no requeririen un esment específic). Malgrat no ser membres de la carrera judicial, els jutges de pau exerceixen la potestat jurisdiccional en l'àmbit de les seves competències. Per aquest motiu, les retribucions que perceben són abonades actualment pel Ministeri de Justícia, igual com les de la resta del personal judicial. Tanmateix, la peculiaritat de la figura del jutge de pau (en particular, el fet que no pertany al cos únic de jutges i magistrats) sembla que hauria de fer viable l'exercici de la competència descrita a l'article 108.1 EAC, que no va ser objecte d'impugnació, i que no es condiona (en aquest punt concret) a les disposicions de la LOPJ ni de cap norma estatal.

### **5.3. Justícia de pau i de proximitat**

L'art. 108.1 EAC, més enllà de les competències ja explicades en matèria de provisió de mitjans i de retribucions als jutges de pau, atribueix genèricament a la Generalitat la competència sobre justícia de pau, en els termes que estableixi la LOPJ. A manca de més concrecions, és aquesta norma la que, si fos el cas, hauria de donar contingut al precepte estatutari.

Per la seva banda, l'art. 108.2 EAC estableix que la Generalitat, en les poblacions que es determini i d'acord amb el que disposa la LOPJ, pot instar que s'estableixi un sistema de justícia de proximitat que tingui per objectiu resoldre conflictes menors amb celeritat i eficàcia. El títol III de la Llei estatal 1/2006, de 13 de març, per la qual es regula el règim especial del municipi de Barcelona, i, específicament, el seu article 37, té per objecte la justícia de proximitat, si bé en termes potestatus, i per remissió a la LOPJ, que a hores d'ara encara no la regula. En tot cas, la facultat que l'EAC atribueix a la Generalitat (instar l'establiment de la justícia de proximitat) té un abast molt limitat, perquè sembla que s'ha d'exercir un cop la LOPJ reguli la matèria, la qual cosa pot fer innecessària la "instància", tret que la LOPJ condioni l'existència d'aquests jutjats a la iniciativa autonòmica.

#### 5.4. Altres àmbits materials

Com hem vist a l'apartat 3, la pervivència de la clàusula subrogatòria a l'art. 109 EAC permet integrar possibles llacunes dels preceptes que atribueixen competències de forma expressa en l'àmbit de la provisió dels mitjans personals i materials, que és aquell en el qual la doctrina general continguda a la STC 56/1990 semblava centrar les matèries en què les comunitats autònomes podien assumir competències en virtut d'aquesta clàusula. Tanmateix, la mateixa STC 56/1990 va aplicar la clàusula subrogatòria en un supòsit aliè a aquest àmbit, que s'abordava al FJ 13, entre els preceptes que "ni se refieren a aspectos materiales de la Administración de Justicia ni del personal a su servicio". L'expliquem breument a continuació.

Els articles 171 a 177 LOPJ regulen la inspecció dels jutjats i tribunals, que s'atribueix al CGPJ i als òrgans de govern dels jutjats i tribunals. Tanmateix, l'art. 171.4 LOPJ estableix que el Ministeri de Justícia, quan ho consideri necessari, pot instar el CGPJ que ordeni la inspecció de qualsevol jutjat o tribunal, cas en el qual aquest li ha de notificar la resolució i, si escau, les mesures adoptades. D'acord amb la STC 56/1990 (FJ 13.b)), les comunitats autònomes poden exercir aquesta facultat en virtut de la clàusula subrogatòria, amb exclusió del Ministeri de Justícia.

Fora del cas de la inspecció de jutjats i tribunals, no s'ha d'excloure la possibilitat que pugui operar la clàusula subrogatòria de l'art. 109 EAC en àmbits diferents dels descrits en altres articles del text estatutari, sempre que no s'integrin en la matèria Administració de justícia en sentit estricte.

Finalment, cal deixar apuntat que la STC 31/2010, tot i rebutjar la regulació a l'EAC del Consell de Justícia de Catalunya com a òrgan de govern del poder judicial, va admetre la seva configuració (no pretesa pel legislador estatutari) com a òrgan autonòmic, i, des d'aquesta perspectiva, va considerar ajustades a la CE les funcions de les lletres f), g), h) i i) de l'art. 98.2, pel fet que "se compadecen sin dificultad con el ámbito de las competencias asumibles por la Comunidad Autónoma en relación con la "administración de la Administración de Justicia"" (FJ 50). Tanmateix, cap d'aquestes funcions té un encaix inequívoc o exclusiu en aquest àmbit: per exemple, la funció de la lletra g) ("informar sobre les propostes de revisió, delimitació i modificació de les demarcacions territorials dels òrgans jurisdiccionals i sobre les propostes de creació de seccions i jutjats") afecta exclusivament la demarcació i la planta judicial, que, d'acord amb la STC 56/1990 i la STC 62/1990,



formen part de la matèria Administració de justícia en sentit estricte, si bé, en el cas de la demarcació judicial, l'art. 152.1 CE permet la participació autonòmica. Potser el que vol dir la STC 31/2010 és que cap d'aquestes funcions envaeix el "nucli inaccessible" de la competència exclusiva de l'Estat de l'art. 149.1.5 CE. Tot i així, fins i tot situats en aquest àmbit més ampli, la funció de "precisar i aplicar, quan escaigui, en l'àmbit de Catalunya, els reglaments del CGPJ" (lletra f)), com ha explicat Cabellos Espiérrez,<sup>48</sup> no sembla pròpia d'un òrgan autonòmic, en la mesura en què la tasca de precisió dels reglaments del CGPJ excedeix les possibilitats de la potestat reglamentària autonòmica en la matèria.

## 6. Balanç i perspectives de futur

L'actual distribució de competències en matèria de justícia és el resultat d'una evolució marcada pels pronunciaments jurisprudencials de començaments dels anys noranta, l'adaptació de la normativa estatal a aquests pronunciaments –procés que s'inicia amb la LO 16/1994 i acaba amb la LO 19/2003–, i l'aprovació dels corresponents traspassos de serveis i funcions, que a Catalunya es completen l'any 1996. Malgrat els esforços esmerçats a aconseguir una millora substancial de l'àmbit competencial autonòmic, en particular mitjançant l'EAC de 2006, les remissions a la LOPJ contingudes en el mateix text estatutari (motivades en bona mesura per la voluntat de no contradir la jurisprudència constitucional), la manca de resposta del legislador orgànic a les previsions del legislador estatutari i els pronunciaments del TC posteriors a 2010 configuren un panorama estancat, on no han faltat, a més, els intents de regressió en el nivell competencial assolit.

Davant d'aquesta situació, seria desitjable que el TC evités reproduir acríticament una doctrina que va ser sens dubte molt útil en el moment en què es va dictar, però que, almenys, s'hauria de modular en funció de les novetats que aporten els estatuts vigents, que, a més, presenten més diferències entre ells de les que es podien observar en els anteriors, fet que hauria d'impedir una doctrina única, sense matisos, aplicable a totes les comunitats autònomes.

D'altra banda, cal tenir present també que el marc constitucional i estatutari vigent permetria una ampliació considerable de l'àmbit



competencial autonòmic, si hi hagués voluntat política de reformar la LOPJ en aspectes com els cossos nacionals de funcionaris, la dependència exclusiva dels secretaris judicials del Ministeri de Justícia, o el detall de la regulació de l'estatut jurídic del personal, entre d'altres. Res impediria, a més, que el legislador orgànic tendís a donar compliment real a allò que es desprenia dels primers pronunciaments del TC: el títol competencial de l'art. 149.1.5 CE es limita a l'exercici de la funció jurisdiccional i al govern del poder judicial. Des d'aquesta perspectiva, tot allò que no sigui jutjar i fer executar el que s'ha jutjat i tot allò que no s'atribueixi a l'òrgan de govern del poder judicial s'hauria de poder assumir (en bona part, almenys) des de l'àmbit autonòmic, en benefici de la claredat i la simplificació.

Tot això, naturalment, sense alterar el caràcter unitari del poder judicial.<sup>49</sup> No cal dir que una modificació del marc constitucional que evolucionés en un sentit federal (tal com es planteja des d'alguns sectors polítics) raonablement hauria de permetre superar aquest límit, i compartir la competència de l'Administració de justícia en sentit estricte. Tot i així, en aquesta hipòtesi caldria analitzar amb cura les propostes concretes que es plantegin, atès que, com és sabut, hi ha Estats federals que mantenen un poder judicial únic. El que sembla inqüestionable és que no es podria deixar d'abordar un àmbit que s'ha mostrat poc permeable a l'estructura territorial de l'Estat, la qual, segons la STC 31/2010 (FJ 42), "es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado".<sup>50</sup> Si més no, potser fóra el moment d'intentar superar, definitivament, aquesta pretesa indiferència.

49. Miguel Ángel Aparicio Pérez ("La difícil relación entre la organización del poder judicial y el Estado autonómico", *Poder judicial y modelo de Estado*, coord. Manuel Gerpe Landín i Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, Barcelona, Atelier, 2013, p. 91) adverteix contra la invocació de la unitat jurisdiccional (art. 117.5 CE) com a principi absolut, i subratlla que el seu contingut depèn en bona mesura del desenvolupament normatiu: la LOPJ, els estatuts i fins i tot –afegeix– les lleis de transferència i delegació.

50. Aquesta afirmació (de la qual, val a dir-ho, no es detecten conseqüències pràctiques en el raonament posterior de la sentència, tal com lamenta el vot particular del magistrat Vicente Conde Martín de Hijas) es produeix en el marc d'un intent d'establir diferències conceptuais entre l'Estat federal i l'Estat autonòmic en l'àmbit judicial, que ha estat criticat, entre d'altres, per Manuel Gerpe Landín i Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, "La regulación estatutaria...", 2011, p. 308-313.

## Bibliografia

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, i MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio. *El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 1986.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. "La difícil relación entre la organización del poder judicial y el Estado autonómico", a: Manuel Gerpe Landín i Miguel Ángel Cabellos Espiérrez (coord.). *Poder Judicial y modelo de Estado*. Barcelona: Atelier, 2013. Balaguer Callejón, Francisco. "La constitucionalización del Estado Autonómico". *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. 9. Murcia: Asamblea Regional de Murcia i Universidad de Murcia, 1997, p. 129-160.
- BELLOCH JULBE, Juan Alberto. "L'Administració de Justícia". *Comentaris a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Barcelona: IEA, 1988, volum II, p. 717-744.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel. "Los Consejos de Justicia como forma de desconcentración del gobierno del Poder Judicial", a: Manuel Gerpe Landín i Miguel Ángel Cabellos Espiérrez (coord.). *Poder Judicial y modelo de Estado*. Barcelona: Atelier, 2013.
- CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Llibre blanc de la justícia*. Madrid, 1997.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. "La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía". *El Poder Judicial*. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, vol. II, p. 913-943.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio. "Organización del Poder Judicial y Comunidades Autónomas". *Documentación Jurídica*, núm. 45-46, gener-juny 1985. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 63-85.
- GERPE LANDÍN, Manuel. "La regulació estatutària i la seva delimitació per la Llei orgànica del poder judicial", a: Jaume Galofré i Crespi (dir.). *Informe Pi i Sunyer sobre la justícia a Catalunya*. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals. Barcelona: 1998, primera part, capítol I, p. 36-46.
- GERPE LANDÍN, Manuel, i CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel. "La gestión de los depósitos y consignaciones judiciales. Comentario a la STC 50/2006, de 16 de febrero". *Revista Jurídica de Catalunya*, 105 (4). Barcelona: Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, p. 145-158.
- . "La regulación estatutaria del poder judicial y su tratamiento en la STC 31/2010". *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 12, març 2011. Barcelona: IEA, p. 302-330.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. "Un aspecto polémico de la STC 56/1990: El personal al servicio de la Administración de Justicia". *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 28. IVAP, 1990, p. 185 a 211.
- . *Dos estudios sobre Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*. Madrid: Civitas, 1998.
- . *Pacto de Estado, reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*. Oñati: IVAP, 2004.

- NIEVES SÁNCHEZ, M. del Mar. "La reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 122 CE): un controvertido título competencial en la jurisprudencia constitucional". *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 17, abril 2013. Barcelona: IEA, p. 253-278.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. "La Administración de justicia en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana". *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 19. València: Corts Valencianes, 2007, p. 129-176.
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. "Comunidades Autónomas y Administración de Justicia". *Revista Jurídica de Castilla y León*, especial *La reforma de los Estatutos de Autonomía*. Valladolid: Junta de Castilla i Lleó, 2006, p. 613-674.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús. "STC 50/2006, de 16 de febrero. La titularidad, estatal o autonómica, de los intereses derivados de las cuentas de depósitos y consignaciones de los órganos judiciales". *Crónica Tributaria*, 134. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2010, p. 213-229.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA y PÉREZ, Jorge. "Organización institucional de las Comunidades Autónomas", a: Óscar Alzaga Villaamil (dir.). *Comentarios a las Leyes Políticas*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1988, tom XI, p. 363-405.
- VILASECA I MARCET, Josep Maria. "Competències de Catalunya en matèria d'Administració de Justícia". *Primeres jornades sobre l'Administració de Justícia a Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1983, p. 73 a 93.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio. "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Justicia" (I) i (II). *Actualidad Administrativa*, 7 i 8, 1992, p. 55-88.

## RESUM

L'article examina les competències autonòmiques en matèria de justícia, a partir de l'evolució normativa i jurisprudencial de les darreres dècades i de l'anàlisi dels títols competencials actualment vigents. La CE va atribuir a l'Estat competència exclusiva en l'Administració de justícia, però la majoria d'estatuts van incloure competències en la mateixa matèria. L'any 1990 el TC va resoldre aquesta aparent contradicció, en diferenciar l'Administració de justícia en sentit estricte i els mitjans personals i materials que estan al seu servei, àmbit en el qual es projecten la major part de les competències autonòmiques, si bé amb importants límits. L'EAC de 2006 va intentar superar aquests límits, sovint, però, amb explícita subjecció a la LOPJ. Aquesta subjecció a la LOPJ constitueix l'argument principal de la STC 31/2010 per rebutjar la inconstitucionalitat de les normes estatutàries atributives de competència, i els pronunciaments més recents del TC semblen no tenir en compte els nous títols competencials de l'EAC. Un increment significatiu de l'àmbit competencial en la matèria només s'aconseguirà, doncs, mitjançant la reforma de la LOPJ, i, des d'una perspectiva més àmplia, mitjançant una reforma constitucional que alteri l'actual estructura unitària del poder judicial.

**Paraules clau:** Administració de justícia; Estatut d'autonomia; Llei orgànica del poder judicial; administració de l'Administració de justícia; clàusula subrogatòria; demarcació i planta judicial; personal al servei de l'Administració de justícia; cossos nacionals de funcionaris.

## RESUMEN

El artículo examina las competencias autonómicas en materia de justicia a partir de la evolución normativa y jurisprudencial de las últimas décadas y del análisis de los títulos competenciales actualmente vigentes. La CE atribuyó al Estado la competencia exclusiva en la Administración de justicia, pero la mayoría de estatutos incluyeron competencias en la misma materia. En el año 1990 el TC resolvió esta aparente contradicción, al diferenciar la Administración de justicia en sentido estricto y los medios personales y materiales que están a su servicio, ámbito en el que se proyectan la mayor parte de las competencias autonómicas, si bien con importantes límites. El EAC de 2006 intentó superar estos límites, pero en muchos casos con explícita sujeción a la LOPJ. Esta sujeción a la LOPJ constituye el argumento principal de la STC 31/2010 para rechazar la inconstitucionalidad de las normas estatutarias atributivas de competencia, y los pronunciamientos más recientes del TC parecen no tener en cuenta los nuevos títulos

competenciales del EAC. Un incremento significativo del ámbito competencial en la materia sólo se conseguirá, por tanto, mediante la reforma de la LOPJ, y, desde una perspectiva más amplia, mediante una reforma constitucional que altere la actual estructura unitaria del poder judicial.

**Palabras clave:** Administración de justicia; Estatuto de autonomía; Ley orgánica del poder judicial; administración de la Administración de justicia; cláusula subrogatoria; demarcación y planta judicial; personal al servicio de la Administración de justicia; cuerpos nacionales de funcionarios.

## ABSTRACT

This article examines the powers over the judiciary held by the autonomous communities by analyzing the legal and case-law evolution on the matter, as well as the current situation. Although the Spanish Constitution conferred Central Government with exclusive powers over the judiciary and administering of justice, the autonomous communities, by means of their charts (statutes of autonomy), assumed some minor powers. In 1990, the Spain's Constitutional Court solved this apparent contradiction by establishing a difference between the judiciary and administering of justice strictly speaking, reserved exclusively to Central Government, and the administrative support required to implement it (staff and material resources), on which the autonomous communities were allowed to hold limited powers, as they did. The 2006 Statute of autonomy of Catalonia attempted to overcome such limitation, although expressly manifesting subjection to the Spanish constitutional law on the Judiciary. Actually, the strictness to this subjection was the principal reasoning the Constitutional Court argued in its 2010 ruling of about the 2006 Statute of autonomy of Catalonia (Ruling 31/2010) to reject the unconstitutionality of these sections of the Statute which aimed at attributing greater powers to Catalonia on the matter. Even more, some recent rulings by the Constitutional Court dismissed the new sections of the Statute that were left after the 2010 ruling. Therefore, the autonomous communities could only have greater powers on the matter by means of a reform of the Spanish constitutional law on the Judiciary, and, from a broader perspective, of a constitutional reform which would change the present unitary structure of judiciary system.

**Keywords:** the administering of justice; Judiciary; Statute of autonomy; Constitutional law of the Judiciary; the administrative support of the judiciary justice; subrogatory clause; demarcation and size of the judiciary staff, non-judiciary staff; national civil servants.

# ¿ES ESPAÑA UN ESTADO CASI-FEDERAL EN POLÍTICA CULTURAL? ARTICULACIÓN Y CONFLICTO ENTRE LA POLÍTICA CULTURAL DEL ESTADO CENTRAL Y LA DEL GOBIERNO DE CATALUÑA

**Joaquim Rius**

Profesor de Sociología de la Universitat de València

**Mariano Martín Zamorano**

Centre d'Estudis sobre Cultura, Política i Societat, Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Modelos de política cultural e identidad nacional. – 3. Sistema político y sistema de la política cultural en España. – 4. Las relaciones entre la AGE y las Comunidades Autónomas en el ámbito de la política cultural. – 5. El Ministerio de Educación y Cultura y la coordinación de la política cultural. – 6. La distribución territorial de los presupuestos de cultura y la cooperación en las instituciones culturales en la CA de Cataluña. – 7. Conclusiones. – Bibliografía. – *Resumen* – *Resum* – *Abstract*.

---

## 1. Introducción

En los últimos treinta años, los Estados nación han perdido protagonismo en las políticas culturales (Menger, 2010). Ello se debe en parte

---

*Artículo recibido el 22/05/2013; aceptado el 03/12/2013.*

Este artículo es fruto de la investigación sobre el sistema de la política cultural en España desarrollada entre 2008 y 2011 (ref. CSO2008-05910/SOCI). En el marco de ese trabajo hemos utilizado fuentes documentales tales como memorias institucionales, presupuestos y documentos elaborados por la propia administración, y hemos realizado asimismo entrevistas semidirigidas a responsables políticos y técnicos del Departamento de Cultura, de las agencias de promoción cultural exterior de la Generalitat de Catalunya, del Ministerio de Cultura y del Ministerio de Asuntos Exteriores de la Administración General del Estado.

a los crecientes procesos de globalización económica y de integración regional (Zallo, 2011). Sin embargo, los principales protagonistas en el ámbito de la cultura han sido los gobiernos locales, en lo que se ha llamado su giro local y emprendedor (Connolly, 2011) y, en segundo lugar, los gobiernos regionales (Pongy y Saez, 1994). En ambos casos se ha considerado que estos niveles de administración pública, más próximos al ciudadano y en contacto con el tejido creativo, están mejor posicionados para utilizar la cultura como elemento de dinamización social y económica a partir de la creación de marcas culturales ligadas a la identidad territorial (Evans, 2003; Moomas, 2002). Según algunos autores, es en el nivel regional y local donde se han producido hasta los años 2000 las mayores innovaciones en política cultural (Schuster, 2002), cambios coherentes con la voluntad de convertir la cultura en un elemento de promoción del territorio, más allá o en contraposición con los tradicionales objetivos de difusión cultural (Menger, 2010).

Es un lugar común, en los análisis de las políticas culturales en el Estado español, caracterizarlo como un Estado cuasifederal. En este contexto el papel de la Administración General del Estado (en adelante AGE) es calificado de secundario: “El papel del Ministerio de Cultura en la construcción del escenario de la cultura pública tras treinta años de democracia ha sido subsidiario, como no podía ser de otro modo, en un sistema político casi federal” (Rubio Arostegui, 2008: 59). Y por el contrario se destaca la importancia de los gobiernos autonómicos: “En resumen, el marco establecido por la Constitución española ha dado a los gobiernos regionales una gran autonomía en todos los niveles para establecer sus prioridades y políticas [...] España es hoy un estado cuasifederal” [“In short, the framework established by the Spanish Constitution has given regional governments great autonomy at all levels in establishing their priorities and policies [...] Spain is today a quasi-federal state”] (Villarroya, 2012b: 35). Otros autores no utilizan esta tipificación, aunque existe un consenso en destacar la primacía de las CCAA: “Cabe señalar que las administraciones autonómicas superan a la administración central en términos de competencias y de gasto en el ámbito cultural” [“Il convient de remarquer que les administrations autonomes l’emportent sur l’administration central en termes de compétences et de dépenses dans le domaine culturel”] (Bouzada, 2007: 23). Una situación que se explica en el contexto de una federalización de las estructuras del Estado y, particularmente, de las políticas sociales: “Las políticas culturales no son la excepción entre otras políticas sociales, sino un buen ejemplo del singular proceso de federalización del Estado de bienestar español” [“Cultural policies are not an excep-

tion among other social policies, but a good example of the particular federalization development of the Spanish welfare state”] (Bonet y Négrier, 2010: 43).

Para argumentar esta caracterización en el ámbito cultural generalmente los autores se remiten al texto de la Constitución española (en adelante CE), al desarrollo de potentes administraciones culturales autonómicas que cubren todos los ámbitos de la política cultural (desde el patrimonio hasta la promoción de las industrias culturales, pasando por las artes visuales o escénicas), así como la relativa importancia del nivel autonómico en el gasto cultural propio respecto al total: en el 2010 los primeros financiadores de la cultura eran los gobiernos locales (59%); los segundos, los gobiernos autonómicos (26%), y finalmente la AGE, con solamente un 15% (Ministerio de Cultura, 2012).

Hay un acuerdo general en destacar el gran desarrollo de las políticas culturales que ha permitido el Estado de las autonomías y en la extrema complejidad que han alcanzado, que puede ser analizada como un sistema de relaciones (Rodríguez Morató y Rius Ulldemolins, 2012). Sin embargo, los análisis no han sido complacientes en cuanto a la caracterización de estas relaciones y resaltan las disfuncionalidades e ineficiencias. Se ha destacado por una parte la debilidad del Ministerio de Educación y Cultura (en adelante MEC) en el conjunto de la política cultural, que se manifiesta en un déficit de legitimidad (especialmente a inicios del periodo democrático), así como una ausencia de liderazgo programático tanto en los gobiernos socialistas como en los populares (Rubio Arostegui, 2003, 2005). Desde este punto de vista, una de las consecuencias ha sido su incapacidad de realizar las tareas de coordinación que le han sido encomendadas constitucionalmente (Rubio Arostegui, 2008), resultando de ello un falta de cooperación entre administraciones culturales. Algunos autores se han inclinado por atribuir dicha falta de cooperación a la voluntad de construcción nacional de las Comunidades Autónomas históricas (Euskadi y Cataluña especialmente, y Galicia en menor medida), que ha resultado en una inicial impugnación de la propia existencia del MEC y una negativa a articularse con este (Bouzada, 2007). No obstante, otros autores, con una perspectiva más positiva sobre el desarrollo autonómico, han matizado este análisis, y a partir de investigaciones sobre el impacto de las políticas culturales de las Comunidades Autónomas han constatado que estas han conseguido generar una dinámica cultural autocentrada y establecer una ágil industria cultural local, como en los casos de Andalucía (Pérez Yruela y A. Vives, 2012), Galicia (Lage, Losada y Gómez, 2012) o País Valenciano (Hernández i Martí y Albert Rodrigo, 2012).



La utilización de la noción de federalismo y el sentido que se le da a este "casi" ha sido insuficientemente fundamentado desde el punto de vista político y teórico. En general se ha utilizado como sinónimo de un elevado grado de descentralización. Sin embargo, este es sólo uno de los aspectos a considerar en los análisis comparados de sistemas federales, siendo los otros el eje uninacional-plurinacional, el eje unitarismo-federalismo y el eje simetría-asimetría (Requejo, 2007). Ello comporta un mayor o menor nivel de reconocimiento político y constitucional del pluralismo nacional, un mayor o menor nivel de grados de autogobierno por parte de las instituciones de las naciones minoritarias y diferentes grados de participación y protección de las mismas en el gobierno multinivel.

Como hemos visto, las políticas culturales en España han sido analizadas desde distintos puntos de vista. No pretendemos en este artículo examinar la actuación del MEC, objeto que ha sido ya estudiado de forma rigurosa y académica por Arturo Rubio (Rubio Arostegui, 2003, 2005, 2008), también con una perspectiva más descriptivo-administrativa a partir de la metodología de *Compendium* (Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, 2004; Villarroya, 2012a) o de forma más ensayística (Marzo y Badia, 2006). Tampoco es el objetivo del artículo analizar la trayectoria de la política cultural en Cataluña, caso ya tratado anteriormente, especialmente en su aportación a la construcción de una identidad nacional (Cramerí, 2008; Villarroya, 2012b), en relación a los cambios discursivos y legitimadores (Barbieri, 2012) y, en menor medida, en relación con la articulación de las administraciones públicas catalanas (Martínez y Rius, 2012; Rius Ulldemolins, Rodríguez Morató y Martínez Illa, 2012). En cambio, han sido menos estudiadas las relaciones entre administraciones públicas, a pesar de que muchos autores señalan que es una dimensión fundamental de la política cultural en el Estado español, al haberse configurado como una competencia concurrencial (Rius Ulldemolins, Rodríguez Morató y Martínez Illa, 2012).

En este artículo pretendemos cubrir el vacío que existe en el análisis de las relaciones entre la AGE y las Comunidades Autónomas, porque los estudios realizados contienen, desde nuestro punto de vista, diversos errores de fundamentación teórica, sesgos en su perspectiva y falta de fundamentación empírica. No obstante, no analizaremos la relación de todas las CCAA con la AGE, labor muy compleja por su extensión y diversidad, sino en relación con uno de los actores clave dentro de la política cultural autonómica: la CA de Cataluña. Ello nos permitirá contestar la pregunta que guía este artículo: ¿es España un

país cuasifederal en política cultural? Y partiremos de la hipótesis que la idea de que España es un Estado cuasifederal, con una dialéctica entre procesos de diferenciación y estandarización<sup>1</sup> que no se imponen uno sobre el otro (Bonet y Négrier, 2010), no se corresponde a la realidad actual. Por lo tanto, en este momento asistimos a un proceso en el que la AGE impone una recentralización de la política cultural en el sentido amplio del concepto (y no referida solamente a la política cultural desarrollada por el MEC). Una segunda hipótesis es que los desarrollos de *nation building* se pueden observar en toda política cultural, también en la de la AGE, y no solamente en las CCAA de nacionalidades históricas. Y en tercer lugar, la lectura recentralizadora de la Constitución por parte de la AGE y el Tribunal Constitucional (en adelante TC) y la progresiva mayor importancia de las competencias que sus actuaciones le atribuyen (principalmente en industrias culturales y promoción exterior) convierten España en un país crecientemente centralista. Un escenario en el que las relaciones en materia cultural entre la AGE y la CA de Cataluña (entre otras esferas) se han convertido en un choque de legitimidades y proyectos parcialmente opuestos.

## 2. Modelos de política cultural e identidad nacional

Se puede definir la política cultural como “[...] un momento de convergencia y de coherencia entre, por una parte, el papel que el Estado puede representar en el arte y la “cultura” en relación con la sociedad y, de otra, la organización de una acción pública” (Urfalino, 1996: 13-14). La institucionalización de la gestión estatal de la cultura se produjo en Francia durante la década de los sesenta del siglo pasado.<sup>2</sup>

---

1. Los autores se refieren a dos procesos contrapuestos e interrelacionados: por un lado, una tendencia (estandarización) de los gobiernos a adoptar estrategias para el abordaje de asuntos de su competencia, que imitan (isomorfismo mimético) o son influidos por dinámicas externas que pueden estar vinculadas, por ejemplo, al proceso globalizador y a sistemas desarrollados por otros países. En sentido contrario, los procesos (diferenciación) de gestión pública y las dinámicas multinivel a escala nacional y local, que persiguen adaptarse a la realidad económica, cultural y social de su espacio de actuación. Desde este enfoque, los autores caracterizan el caso español en la política cultural del siguiente modo: “Existe una tensión entre la lógica del sistema institucional, que tiende más hacia la diferenciación como consecuencia del alto grado de autonomía política y administrativa de los entes territoriales, y la lógica administrativa que presiona hacia la estandarización. De todas formas, factores que podrían responder a lógicas de diferenciación en la práctica terminan por ser vectores de homogeneización, y viceversa” (Bonet y Négrier, 2010: 67).

2. Referencia de esto es la creación, en 1959, del primer Ministerio de Cultura, a cargo de André Malraux. Durante los sesenta esta dinámica se extiende a otros países: en 1965

Desde entonces, los distintos modelos de política cultural desplegados, entre ellos los de democratización cultural y democracia cultural<sup>3</sup> o la deriva gerencialista ocurrida desde los años ochenta (Giner, Flaquer y Busquet, 1996), han presentado distintos modos de resolver la relación entre Estado y cultura, atendiendo a determinados conceptos de sociedad. En este sentido, la política cultural acota aquellos bienes artísticos o patrimoniales a ser rescatados, preservados y difundidos, y establece el público al que se orienta su actividad (Lebovics, 2000). De este modo, se constituye en un instrumento que favorece una determinada ordenación social, mediante su contribución en la dinamización de nuevas prácticas y la construcción de representaciones sociales, entre ellas las de tipo nacional (Zolberg, 2007).

Si bien este texto no se ocupa de desarrollar las múltiples tesis que explican el fenómeno del nacionalismo en su origen y en su evolución,<sup>4</sup> sí consideramos importante sintetizar cuál es nuestro enfoque en el análisis de la relación entre política cultural y construcción nacional. De Blas Guerrero señala como, a diferencia del nacionalismo cultural, definido como el componente emotivo de los símbolos compartidos por una sociedad “en sí mismos”, en el nacionalismo político “cabe suponer un mayor sentido funcional y pragmático, en tanto que fuente de legitimidad y generador de lealtad hacia un Estado-nación” (De Blas Guerrero, 1995: 16). Siguiendo la lógica funcionalista, este último se figura como un dispositivo de construcción de legitimidad

---

Estados Unidos instituye el National Endowment for Arts; el mismo año Gran Bretaña crea la Office of Arts and Libraries (Departamento de Artes y Bibliotecas).

3. “Democratización cultural” hace alusión al modelo desarrollado en Francia por Malraux y que fundamentalmente perseguía poner la alta cultura a disposición del conjunto de la sociedad. Durante la década siguiente dicho paradigma deriva en el concepto de democracia cultural, que, desde el cuestionamiento a la condición elitista de la anterior concepción política, persiguió un accionar cultural más participativo desde el punto de vista social y sectorial (Urfalino, 1996).

4. Estableciendo una diferenciación muy acotada sobre las corrientes de pensamiento en torno al nacionalismo, encontramos, además del funcionalismo que acompaña el enfoque de nuestro trabajo, las distintas vertientes idealistas. Elie Kedourie plantea los fundamentos de lo que denomina como doctrina nacionalista, desde una perspectiva histórico-ideológica. La misma sostiene que la humanidad está naturalmente dividida en naciones, que las naciones son conocidas por ciertas características que pueden ser cercioradas, y que el único tipo de gobierno legítimo es el autogobierno nacional. (Kedourie, 1998). Para Kedourie, desde el siglo xix el Estado organizó una serie de elementos culturales y voluntades comunes que ya existían con diversas formas desde la Roma antigua. Por lo tanto, el principio de toda soberanía reside en la nación misma, y esta totalidad, basada esencialmente en una cultura común, es el fundamento que soporta el todo. El individuo kantiano, de pensamiento crítico, no puede ser entendido fuera de su carácter nacional, fuera del organismo que integra de modo natural (Kedourie, 1998: 33).

política que facilitó el proceso modernizador, de tipo económico y social. Desarrollo que produjo dos consecuencias sociales: la obtención de consenso popular en torno a la hegemonización de poder por parte del Estado o su complejización y ruptura en el desarrollo de nuevas naciones emergentes en su interior. Por lo tanto, en esta teoría etnicidad y cultura son, principalmente, dispositivos útiles para la acumulación de poder en el proceso de modernización que sufrió la sociedad industrial.

En este transcurso, para Ernest Gellner (Gellner, 1997), la necesidad de la elaboración de especializaciones mediante el entrenamiento para la división del trabajo condujo a las sociedades modernas a la organización de un sistema educativo que oriente la relación entre capacitación y empleo. En consecuencia: "El nacionalismo es esencialmente la transferencia del foco de la identidad del hombre hacia una cultura que es mediada por la alfabetización y un amplio sistema, la educación formal" (Gellner, 1997: 757). Del mismo modo, la política cultural, que durante el siglo xx se fue extendiendo a más sectores sociales y países (Zimmer y Toepler, 1999: 35), en un contexto de un consumo y una producción culturales crecientes, se transformó en un ámbito de actuación estatal de relativa autonomía, de legitimidad social y, por lo tanto, de relevancia para la cimentación de la identidad nacional. En este sentido, la intervención organizada del Estado en el campo cultural puede ser concebida como un componente político de construcción identitaria.<sup>5</sup> Con respecto a esto, Urfalino ha señalado como, partiendo desde diversas definiciones de cultura (centradas en la cultura de élite, lo popular o el entretenimiento), el Estado se constituye en promotor de un ideal nacional (Urfalino, 1996).

Distintos Estados-nación han desarrollado políticas culturales que se inscriben en los modelos antes mencionados, desde diversas estructuras de gobierno y siguiendo pautas de actuación diferenciadas. Dichas aproximaciones conllevan determinados principios ideológicos en la interpretación del rol del Estado como actor promotor y reafirmador de lo étnico y lo nacional. En este sentido, por un lado encontramos el paradigma francés, de tipo centralista, nacionalista y que da continuidad a su tradición estatal monárquica (Dubois, 1999). En el

---

5. El mismo se halla negociado y relativamente consensuado por los diversos actores sociales implicados. En este aspecto, nuestra perspectiva atiende asimismo a cómo la política cultural se define en la relación entre los actores sociales, y, por lo tanto, a cómo su capacidad de ser portavoz de una interpretación del "ser nacional" es promovida "desde abajo" (Hobsbawm, 1991).

mismo, desde aproximaciones disímiles según el momento histórico, las referencias a una identidad nacional monocultural han sido históricamente más explícitas (Zimmer, 1999). Por otro lado, encontramos diversos sistemas más descentralizados y basados frecuentemente en el principio de *arm's lenght*. En estos la cultura nacional parece diluirse en referencias menos homogéneas y homogeneizantes. Dichas pautas se hallan presentes en políticas dirigidas a la promoción de la excelencia artística, el patrimonio local y comunitario o la creatividad.<sup>6</sup> Siguiendo a Mulcahy, en este grupo heterogéneo encontramos, en primer lugar, la orientación socialdemócrata de los países nórdicos, que fue influenciada por el modelo francés de democracia cultural y que posee un acento en la administración local de la cultura (Mulcahy, 1998). Aquí las artes son gestionadas de modo corporativo y con una marcada tradición de participación social y sectorial, como en el caso sueco (Zimmer y Toepler, 1999). En segunda instancia hallamos una tradición liberal, que instauró durante el siglo xix una serie de instituciones públicas orientadas a difundir la cultura nacional y que evolucionó hacia la promoción de las artes mediante los sistemas de subvenciones a organizaciones públicas y privadas, como en el caso de Canadá (Mulcahy, 1998). Finalmente, Mulcahy señala la existencia de una línea libertaria en la gestión pública de la cultura, posicionando como ejemplo la tradición estadounidense, una política cultural que se desarrolla desde un sistema republicano y con ausencia de una base de tipo monárquica y feudal-aristócrata, donde la limitada intervención del Estado en el sector se dirige fundamentalmente al soporte a las instituciones artísticas del tercer sector (Zimmer y Toepler, 1999).<sup>7</sup> Finalmente, podemos encontrar modelos híbridos (Gattinger y Saint-Pierre, 2008), en los que se intenta desarrollar un modelo coherente que sitúe la cultura como elemento central en el desarrollo social y económico. Esta es una perspectiva especialmente adecuada para los marcos subestatales y locales con una voluntad de desarrollo autocentrado (Rius, 2005; Zallo, 2003).

6. Cabe señalar cómo esta pauta general posee diversas aristas y excepciones. Entre las mismas se puede citar la histórica participación activa del gobierno británico en la promoción del patrimonio y los equipamientos culturales nacionales.

7. Sin embargo, es posible constatar la existencia de una definición de identidad nacional más homogénea en la política cultural exterior estadounidense y su promoción por diversos medios (Dewey, 2004). Asimismo, desde su creación en 1965, el Fondo Nacional de las Artes (NEA) ha sido instrumentado por diversos gobiernos con el objetivo de orientar el desarrollo cultural a las definiciones ideológicas de turno, que contemplaban definiciones más liberales o conservadoras de lo nacional (Miller y Yúdice, 2004).

Sin embargo, independientemente del modelo o de los objetivos desarrollados, todas las políticas culturales tienen una dimensión constitutiva, en la que aparecen interrelacionadas una voluntad de legitimación del propio aparato estatal junto con la promoción de una cierta identidad nacional. En cuanto a este segundo registro, existen algunos intentos de fomentar una política cultural basada en identidades compartidas, como es el caso de las políticas culturales de dimensión europea (Sassatelli, 2002). En este sentido, la política cultural canadiense ofrece un ejemplo de estructuración de tipo federal y tendiente a tener en cuenta el carácter plurinacional del Estado. La misma profundiza su desarrollo en 1951, posteriormente a la realización del reporte de la Royal Commission on National Development in the Arts, Letters and Sciences. En este momento gana autonomía y diversas provincias adoptan mayores competencias en materia artística y cultural, junto con la ejecución de nuevas medidas para atender el carácter bilingüe y multicultural del Estado. En las siguientes dos décadas, además de dotarse con una importante infraestructura de equipamientos culturales nacionales, el país adoptó el paradigma de democratización cultural desde una óptica que atendía a la existencia de identidades múltiples y de dos “naciones fundadoras”: Francia y Gran Bretaña. Según la Constitución canadiense (1982), la cultura es un ámbito de actuación compartida entre el gobierno federal y las diez provincias que componen el territorio, en sus respectivos ámbitos de actuación.<sup>8</sup> En este sentido, la provincia de Quebec es un ejemplo del desarrollo de un modelo de política cultural propio y en gran parte autónomo del modelo federal, con una orientación clara al *nation building* y al modelo centroeuropeo de política cultural, que lo diferencia del modelo de otras provincias angloparlantes, de orientación más liberal (Gattinger y Saint-Pierre, 2008).

Como señala Requejo, un factor que correlaciona claramente con el grado de descentralización de un Estado federal es su carácter plurinacional (Requejo, 2007). En este contexto las políticas culturales se encuentran con el desafío de articular la capacidad de autonomía administrativa y simbólica de las entidades subnacionales con la política cultural federal, que en países como Canadá comprende los bienes patrimoniales “nacionales”, la política exterior (sin exclusividad) y las políticas de derechos de autor y comunicación, así como con los ám-

---

8. Todas tienen departamentos dedicados a la administración cultural y sólo una no posee un Consejo de las Artes. Asimismo, muchas provincias tienen equipamientos culturales y señales de radio y televisión propias.

bitos de coordinación del gobierno federal. Sin embargo, la relación entre las tendencias federalizantes/desfederalizantes, centralizadoras/descentralizadoras en la política cultural se presenta siempre como una esfera de tensión y negociación sujeta a constantes transformaciones, impulsadas, en muchos casos, por las asimetrías que promueve la existencia de naciones subestatales.

### **3. Sistema político y sistema de la política cultural en España**

El Estado español evolucionó rápidamente desde el marcado centralismo que lo caracterizó durante la larga dictadura franquista hacia un sistema señaladamente descentralizado durante la transición democrática. Dicho proceso estuvo cargado de negociaciones entre las distintas fuerzas políticas implicadas que reflejaron las diversas posiciones políticas sobre la nueva estructura político-territorial que debía adoptar el Estado (Colomer, 1998). En consecuencia se persiguió establecer un modelo constitucional que permitiera promover la descentralización de la Administración pública para brindarle eficacia, sostener la unidad nacional y simultáneamente atender los reclamos históricos de soberanía por parte de las distintas “nacionalidades históricas”, como Cataluña, País Vasco y Galicia. Sin embargo, aunque algunos autores interpretaron esta fase del desarrollo autonómico como una dinámica de pacto federalizante (Agranoff, 1993), lo cierto es que no se quiso avanzar hacia el federalismo, puesto que no se comprendió en su dimensión de agregación y coordinación, sino como un camino hacia el fraccionamiento del Estado. Este desarrollo fue caracterizado como un federalismo incompleto (Grau Creus, 2000), y a diferencia de otros modelos federales, como Canadá, se definió una sola fuente de soberanía, la nación española, sin reconocer en este sentido a las minorías nacionales una legitimidad como sujetos de soberanía diferenciada (López Aguilar, 1999).

La Constitución española (en adelante CE) de 1978 estableció el modo de estructuración política de la nueva monarquía parlamentaria como un Estado unitario descentralizado y fijó la disposición territorial del mismo. Dicha ordenación comprende tres niveles de gobierno, los municipios, las provincias y las autonomías,<sup>9</sup> atendiendo a la existencia de diversas “nacionalidades y regiones” (art. 2 CE). Estas fueron incor-

9. Actualmente cuenta con diecisiete comunidades autónomas y dos ciudades autónomas.



poradas al esquema de comunidades autónomas,<sup>10</sup> unidades político-administrativas de primer nivel. Las mismas se encuentran regidas tanto por la propia Carta Magna como por los denominados Estatutos de autonomía. En este sentido, la CE (art. 148 y art. 149) distingue entre aquellas competencias exclusivas, compartidas y concurrentes que les corresponden a los diferentes niveles de gobierno. De este modo, reserva la atención exclusiva de asuntos como inmigración, relaciones internacionales, defensa o control cambiario al nivel estatal (art. 149). Sin embargo, múltiples áreas de actuación, como seguridad o economía, son ámbitos compartidos entre el gobierno central y las comunidades autónomas (art. 149.1). Del mismo modo, siguiendo el art. 149.3, aquellas competencias no expresamente atendidas por el Estado pueden ser susceptibles de ser desarrolladas por los gobiernos autonómicos.

Por lo tanto, el llamado "Estado de las autonomías" se hallaría cercano al tradicional sistema federal de gobierno (Aja, 2007; Colomer, 1998). Asimismo, debido a los llamados "hechos diferenciales" que –según la propia Constitución y los Estatutos– le corresponden a cada una de las comunidades autónomas, ha sido calificado como un "federalismo asimétrico" (López Aguilar, 1999). En contraposición con esta lectura (y atendiendo a diversos indicadores, como la garantía constitucional de autogobierno, la existencia de un dualismo institucional en relación con los poderes ejecutivo, legislativo y judicial o el modelo de federalismo fiscal), Requejo sitúa a España –comparativamente con otros dieciocho países– en un bajo nivel de federalismo constitucional. Además, para el autor la Constitución ostenta apenas un grado medio de descentralización (Requejo, 2007). En este sentido, el carácter incompleto del pacto constitucional y particularmente "abierto" de diversas disposiciones ha facilitado las negociaciones intergubernamentales (fundamentalmente bilaterales) que antecedieron distintos desarrollos descentralizadores y recentralizadores. Sin embargo, a partir de los años noventa se han desarrollado diversos procesos de "desfederalización"; estos últimos implican no sólo la recentralización, que otorga mayores poderes al nivel central, sino también la "resimetrización" o equiparación competencial de las autonomías (Maiz y Losada, 2009).

La diversidad político-territorial referida, producto del proceso descentralizador postdictatorial, se observa manifiestamente en la



ordenación de la gestión pública de la cultura. Por ello, la CE señala la diversidad cultural y lingüística del país (art. 3), promueve la participación estatal activa dirigida a garantizar el acceso ciudadano a la cultura (art. 25.2, art. 44.1, art. 48, art. 50) y establece las competencias culturales del gobierno central. En este sentido, establece que el mismo debe ocuparse de la preservación y defensa del patrimonio cultural nacional, museos y archivos y bibliotecas de titularidad estatal (art. 149.1.28). Igualmente, el Estado asume funciones legislativas relacionadas con la protección de la propiedad intelectual, la vigilancia de la libre expresión y las regulaciones de los medios de comunicación en este sentido. Por otro lado, en su art. 149.2 la CE indica: "Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas." En este sentido, la CE indica que las CCAA pueden asumir diversas competencias en la promoción de la cultura (incluyendo la lengua propia, patrimonio y bibliotecas) y las artes (museos, conservatorios, etc.), en su territorio (art. 148.1.15, 148.1.16 y 148.1.17). En consecuencia, actualmente las competencias de las CCAA en materia cultural son extensas y fueron estructuradas a partir de los desiguales desarrollos estatutarios.

El carácter plurinacional del Estado concedió diversas particularidades al modo de estructuración de dicho sistema en relación con los modelos antes citados. Por una parte, el mismo proviene de una tradición monárquica, de organización claramente centralista (Bouzada, 2007). Asimismo, debido a la larga dictadura franquista (1939-1975), procede de un fuerte "encorsetamiento" identitario y de una debilidad institucional fruto del abandono de las instituciones de alta cultura (Rubio Arostegui, 2008), así como de un entendimiento de la unidad cultural nacional y de su proyección exterior basado en el concepto imperialista de hispanidad. La construcción "tardía" del Estado del bienestar –con relación a países de su entorno– y su incorporación a la Unión Europea, en 1986, brindaron a las políticas culturales (actualizadas paulatinamente según el paradigma de democracia cultural) una inicial preocupación (al menos programática) por incrementar el acceso a la cultura y una legitimidad social creciente.

Por otra parte, su pronto proceso de marcada descentralización y transferencia de recursos (1979-1985) se dio al interior de una concepción multicultural del Estado, en cierta contradicción con la gestión del MEC, fuertemente influenciado por el modelo francés (Bouzada, 2007). La Constitución cultural ha facilitado la generación de la asime-

tría normativa antes indicada. De este modo, los Estatutos derivados de la misma otorgaron mayores competencias en el sector cultural a las comunidades históricas, con lenguas propias (Zallo, 2011). En este contexto, la política cultural estuvo particularmente estructurada en torno a dinámicas independientes de institucionalización, de modo que es posible observar que el actual sistema de la política cultural en España se ha organizado fundamentalmente desde el nivel autonómico y de forma descoordinada y fragmentada (Rodríguez Morató, Bouzada y Ariño, 2005). Estos distintos procesos tuvieron como base asimismo, en muchos casos, una histórica y marcada distinción socio-cultural que sirvió de plataforma para la ordenación de los esquemas diferenciados de gobierno.

En este sentido, la capacidad de la política cultural postfranquista como herramienta de construcción y afirmación identitaria de las minorías nacionales (particularmente en el caso catalán mediante políticas patrimoniales, lingüísticas y comunicacionales) ha sido frecuentemente señalada (Cramerí, 2008; Villarroya, 2012b). Según esta interpretación, la descentralización administrativa habría por tanto colaborado en la restitución de los patrimonios simbólicos propios a las naciones históricas del país. La política postdictatorial fue despojada en parte del centralismo identitario, deslegitimado por sus resonancias franquistas y su carácter conservador y atrasado respecto a los núcleos de innovación cultural, que se hallarán principalmente en la periferia y no en Madrid (Bouzada, 2007). Sin embargo, este desarrollo tuvo como contraparte una organización del MEC de tipo centralista y con una elemental dinamización de sus ámbitos de cooperación intergubernamental, como veremos a continuación.<sup>11</sup>

#### **4. Las relaciones entre la AGE y las Comunidades Autónomas en el ámbito de la política cultural**

A la salida del franquismo, cuando finalmente la política cultural democrática se constituye, su matriz centralista ha perdido toda legitimidad y todo el nuevo orden institucional se construye en torno al

---

11. Y progresivamente, y especialmente a partir de la victoria de la etapa de gobierno del Partido Popular, la promoción internacional de la cultura se fue orientando a proyectar la identidad española en los contenidos de sus políticas, especialmente sus relaciones con Latinoamérica (Marzo y Badia, 2006). No obstante, en este artículo no abordaremos específicamente esta dimensión de la política cultural, que requeriría una atención que por espacio no le podemos dedicar y que desborda el objetivo del este artículo.

consenso sobre la necesidad de la descentralización (Rubio Arostegui, 2008), que se produce de 1978 a 1984, en tan sólo siete años, más velozmente que para otros servicios públicos como la sanidad o la educación. Este proceso sería reflejo de la consciencia por parte del MEC de su falta de liderazgo y legitimidad en los primeros años de la democracia (Rubio Arostegui, 2008). A partir de entonces, el nivel autonómico se constituye en el centro de gravedad del sistema de la política cultural en España. Sin entrar a desarrollar este aspecto, que ya ha sido tratado en otras investigaciones (Rodríguez Morató y Rius Ull-demolins, 2012), se puede constatar que, en este contexto, las nuevas políticas culturales serán constitutivas, ya sea como una herramienta de afirmación y legitimación de las nuevas administraciones autonómicas y de la política nacionalista, o como parte del *nation building* de las comunidades autónomas con identidad nacional diferenciada (Villarroya, 2012b; Zallo, 2011).

Ciertamente, la relación en materia cultural entre las CCAA y el MEC no ha seguido una pauta estable ni homogénea. Al contrario, ha habido diferentes etapas con diferentes niveles de articulación y un diferente nivel de conflictividad en relación con las Comunidades Autónomas. Podemos dividir las etapas de desarrollo de las políticas culturales autonómicas del siguiente modo:

a) Una primera etapa, que Bouzada llama “de construcción nacional”, en la que se produce la transferencia de competencias culturales del MEC a las CCAA y en la que hay un enfrentamiento entre administraciones públicas, al reivindicar las CCAA de las nacionalidades históricas la desaparición del MEC o al menos una ausencia de intervención en las mismas (Bouzada, 2007). En esta etapa, según Fossas, al margen de la cooperación en razón de los traspasos, prácticamente no hubo colaboración, ni para el fomento y el desarrollo del patrimonio cultural común, ni tampoco horizontal. Dicha dinámica se estableció, en buena parte, porque el Estado no facilitó la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas prevista en el 149.2 de la CE (Fossas, 1998).

b) Una segunda etapa, desde mediados de los ochenta hasta entrada la década de los noventa, en la que se produce una gerencialización de la política cultural autonómica (Giner, Flaquer y Busquet, 1996) y en la que el énfasis se pone de forma creciente en la construcción de grandes infraestructuras y en la promoción de las industrias culturales. En este período, excepto algunos casos conflictivos (como los “papeles de Salamanca”), las relaciones entre el MEC y las CCAA se establecerán en base a la cooperación en los aspectos instrumen-

tales de la cultura, pero raramente en las concepciones de fondo. Y se constituirá un patrón de relación en el que las CCAA aceptan una participación del MEC sin que por ello dicho organismo ejerza un rol coordinador ni menos estructurante del sistema.

c) Finalmente, una tercera etapa, en la que nos encontramos y en la que se combina una crisis de la política cultural tradicional junto con un incremento de las tensiones entre la AGE y las CCAA, lo que conlleva una desarticulación y una conflictividad crecientes del sistema, especialmente con Cataluña.

Por otro lado, desde el inicio del Estado de las autonomías hasta la actualidad ha habido un proceso por el que el desarrollo de la política cultural en cada CA tuvo características diferenciadas e idiosincráticas dependientes en gran medida de dos factores: a) En función de los rasgos identitarios diferenciados y del reconocimiento constitucional y estatutario que se le diera y b) De la mayor o menor presencia de grupos profesionales de la cultura y de las industrias culturales (Lage, Losada y Gómez, 2012; Pérez Yruela y A. Vives, 2012; Rius Ulldemolins, Rodríguez Morató y Martínez Illa, 2012). En este sentido, hay niveles de consenso o conflicto muy diferenciados entre las distintas CCAA en el desarrollo de las políticas culturales. En líneas generales, podemos establecer dos grupos: en uno estarían Cataluña y en menor medida Euskadi, y la tónica general es de conflicto permanente, con la excepción de algunos momentos concretos de colaboración, como durante la etapa del ministro de Cultura Jorge Semprún y en la primera época del gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero. En otro grupo se encuentran el resto de CCAA, entre las cuales sin embargo podríamos establecer niveles diferenciados de consenso y conflicto con relación a los elementos identitarios en juego dentro de la política cultural<sup>12</sup> y en lo referido a la proximidad política y administrativa respecto de la AGE. Por ejemplo, en el caso de Andalucía se produce un alto nivel de imitación (isomorfismo mimético) entre el MEC y la CA. El gobierno de la comunidad andaluza reproduce el organigrama del Ministerio y hay un contacto fluido entre las dos administraciones. Ello viene facilitado por el contacto orgánico del PSOE y la movilidad de altos cargos de la Junta de Andalucía al Ministerio. Es el caso de Carmen Calvo, ministra

---

12. En general el nivel de conflictividad con el MEC de las que no fueron denominadas históricas (País Vasco, Cataluña y Galicia) es mucho menor. Sin embargo, en algunas CCAA como el País Valenciano existen rasgos identitarios propios que dividen a los actores implicados en la política cultural autonómica y pueden conllevar, al menos potencialmente, conflictos con dicho Ministerio (Hernández i Martí y Albert Rodrigo, 2012).

de Cultura de 2004 a 2007, que previamente había sido ocho años consejera de Cultura de la CA de Andalucía (1996-2004).

Pero el conflicto se establece en aquellos territorios, como Cataluña, que persiguen construir un sistema nacional de cultura y que, como establece su Estatuto de autonomía (EAC), deberían actuar como el actor central del sistema.<sup>13</sup> El Estatuto de 1979 atribuía a la CA competencia exclusiva sobre los ámbitos culturales que el artículo 149.1.28 CE no reserva al Estado y establecía asimismo una facultad exclusiva genérica sobre cultura. El Estatuto de 2006 pretendió especificar sus atribuciones en el sector para defenderla de lo que se había interpretado como intentos de invasión competencial de la AGE en ámbitos como la promoción cultural de las industrias culturales, las artes escénico-musicales y visuales, así como la promoción internacional. Sin embargo, el TC, aun reconociendo la constitucionalidad de la competencia exclusiva, entendió que ello no impide la intervención del Estado en estas materias, ni tampoco altera la competencia de la AGE en las relaciones internacionales. Por lo tanto, podemos decir que ni el EAC del 2006 ni la interpretación del TC sobre el repartimiento competencial aportan novedades significativas respecto al Estatuto aprobado en 1979 (Carrasco Nualart, 2010).

Uno de los reproches a la actuación de la AGE en cultura por parte de la CA de Cataluña es su falta de lealtad institucional y su incumplimiento del artículo 127.3 del EAC de 2006, que establece que “las actuaciones que haga el Estado en Cataluña en materia de inversión cultural en bienes y equipamientos culturales requieren el acuerdo previo con la Generalitat”.<sup>14</sup> Por el contrario, el MEC lleva a cabo relaciones directas con los municipios, especialmente con las administraciones de las grandes ciudades o las capitales de provincia, sin consultar con el poder autonómico, que es el titular de la competencia. En este caso, el grado de relación entre el municipio y el MEC depende de la capacidad de *lobbying* de los representantes políticos de la ciudad, ya sea del alcalde o bien del diputado provincial en el Congreso de los Diputados. Es el caso, por ejemplo, de Lleida, que a partir de su representante

13. En Cataluña, no obstante, deben destacarse durante los años ochenta y noventa los problemas de articulación con los municipios, especialmente aquellos del área metropolitana en manos del Partido de los Socialistas de Catalunya, que desarrollan una forma de política cultural alternativa y de contrapoder al Departamento de Cultura a partir de la Diputación de Barcelona (Martínez y Rius, 2012).

14. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional interpreta este “acuerdo previo de la Generalitat” solamente como un intento de estar de acuerdo y no como una obligación (Carrasco Nualart, 2010).

provincial en el Congreso consiguió una enmienda a los presupuestos para la financiación de su red de bibliotecas.<sup>15</sup> Sin embargo, desde el punto de vista de las CCAA que quieren establecer una gobernanza del sistema cultural como Cataluña, esta dinámica resulta una transgresión del marco fijado por la Constitución y el Estatuto y constituye una fuente de ineficiencias, al distribuir recursos sin contar con las necesidades ciudadanas o las características de las industrias culturales.

La coordinación entre MEC y CCAA que establece la Constitución sólo ha funcionado correctamente en ciertos niveles técnicos, por ejemplo en el ámbito del patrimonio, a través del Consejo de Patrimonio. Pero el Estado ha desarrollado, especialmente en los últimos años, muchas leyes que, bajo el pretexto de armonizar las acciones culturales de las CCAA, han sido vistas por parte de la CA de Cataluña como intentos de recentralizar competencias (Mascarell, 2012). Este tipo de desarrollo siempre ha levantado las resistencias en las comunidades autónomas históricas, y muchas de estas leyes han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional (TC). En los años de definición del sistema cultural en España, de 1981 hasta 1998, de dieciséis recursos de inconstitucionalidad sobre normas referidas a cultura, la Generalitat de Cataluña presentó diez (de los cuales ocho fueron presentados en solitario y dos en colaboración con el Gobierno Vasco) y el resto de comunidades sólo presentaron uno. Como podemos ver, el nivel de conflictividad con relación a las competencias culturales ha sido muy elevado y muestra cómo la definición del sistema se ha jugado no sólo en los textos normativos que son sujetos a interpretaciones contradictorias, sino en función de las resoluciones que el TC ha ido dictando.

## **5. El Ministerio de Educación y Cultura y la coordinación de la política cultural**

A pesar de que la coordinación cultural de las CCAA se estableció en la Constitución de 1978 (art. 149.2), el MEC no ha desarrollado esta tarea de forma efectiva hasta hace poco. La Conferencia Sectorial de Cultura (CSC)<sup>16</sup> se reunió en escasas ocasiones con los gobiernos de Felipe González (se convocó por primer vez en Madrid en 1992, en

---

15. Entrevista al jefe del Área de Cultura del Ayuntamiento de Lleida, 2011.

16. En 1992 (Ley 30/1992) se constituyó la Conferencia Sectorial de Cultura. El órgano, compuesto por el ministro de Cultura y consejeros autonómicos, está a cargo de propiciar la colaboración y coordinación entre el la Administración general del Estado y las

1993 en Valencia y otra vez en Madrid en 1994 y 1995). Durante las dos legislaturas de gobierno de José María Aznar no se reunió ninguna vez, evidenciando la falta de interés del MEC en desarrollar este mandato constitucional y el alto nivel de conflictividad durante esta etapa, especialmente con la CA de Cataluña. Uno de estos enfrentamientos fue a raíz de los llamados “papeles de Salamanca”,<sup>17</sup> un conflicto muy politizado que se inició en 1995 y continuó sin resolución hasta 2006, perturbando las relaciones entre el MEC y el Departamento de Cultura.

Es a partir del retorno al poder del Partido Socialista, con el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, que se volverá a recuperar la CSC como mecanismo de cooperación cultural, redactando para ello un reglamento que se aprobó en el año 2005. El punto c) de dicho reglamento especifica que será función de la CSC: “Articular la cooperación entre la Administración general del Estado y las Comunidades Autónomas, particularmente en lo relativo a la definición de las grandes líneas de la política cultural, tanto interior como exterior, a nivel nacional, y en especial las conmemoraciones históricas y los grandes acontecimientos, así como a las acciones de ámbito nacional en cumplimiento de las previsiones constitucionales sobre el servicio de la cultura como deber y atribución esencial del Estado y sobre la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas, con especial atención a los trabajos de los órganos colegiados de cooperación en materia cultural.” Con ello se intentaba dar respuesta a las críticas por el “sesgo identitario nacionalista español” de las conmemoraciones

---

Comunidades Autónomas en materia cultural. Por lo tanto, se le supone un rol central en la coordinación del sector cultural en el país.

17. Por los “papeles de Salamanca” hacemos referencia a los documentos incautados por el régimen franquista a partir de 1939 a las administraciones públicas, partidos políticos, sindicatos o particulares en Cataluña y trasladados a Salamanca para su análisis con fines represivos. Desde inicios de la transición los representantes políticos catalanes han pedido repetidamente el retorno, una vez copiada, de la documentación a sus legítimos propietarios o al Archivo Nacional de Cataluña. En respuesta a estas peticiones, finalmente el 1995 el Consejo de Ministros del Gobierno central resolvió devolver la documentación a Cataluña. No obstante, esta resolución se incumplió por presiones políticas que veían en el retorno de la documentación una cesión al nacionalismo catalán, produciendo así un intenso enfrentamiento entre el MEC y el Departamento de Cultura. Hasta 2006, y después de una intensa campaña de la sociedad civil catalana, no comenzó el proceso de devolución de los documentos incautados y hasta la actualidad no se ha restituido completamente toda la documentación, convirtiéndose en un factor de conflicto político-identitario permanente entre las dos administraciones, sin que se haya podido acordar un criterio archivístico común sobre lo que se debe retornar (Andreu Daufí y Campos González, 2002).



históricas o las campañas de promoción cultural exterior durante la etapa del gobierno Aznar (Marzo, 2004).

A partir de 2004 y durante las dos legislaturas socialistas la CSC se reunirá dos veces por año regularmente, cumpliendo, como hemos dicho, el precepto constitucional. No obstante, desde la CA de Cataluña se interpreta que se hace una lectura sesgadamente centralista de este órgano: su convocatoria, la definición del orden del día, su presidencia,<sup>18</sup> así como la redacción de las actas, corresponde al MEC y no a las CCAA. Por otra parte, refleja una dinámica de “café para todos”, ya que participan todas las CCAA y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, sin establecer distinciones en relación con las comunidades con identidad cultural diferenciada.

Uno de los elementos de conflicto, por ejemplo, fue la elección de los representantes de las Comunidades Autónomas en la delegación española ante los Consejos de Ministros de Cultura de la Unión Europea, los cuales se eligieron por peso demográfico inverso, es decir, en primer lugar Ceuta, Melilla, Cantabria, etc., dejando así una CA como Cataluña, de mayor peso poblacional, sin representación directa hasta el final del periodo (Ministerio de Cultura, 2008a). En otra ocasión, en el año 2008 se planteó en la CSC formar una comisión para organizar las actuaciones del Año Europeo del Diálogo Intercultural. Esta comisión debía velar para facilitar la aplicación de los objetivos “establecidos en la convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales” (Ministerio de Cultura, 2008b). Y para elegir la composición de la misma se realizó una votación en la que fueron elegidas Ceuta, Melilla y Andalucía y no Cataluña o País Vasco, que fueron las que menos votos recibieron, desaprovechando una vez más la ocasión para reconocer y difundir la pluriculturalidad interna del Estado español.

En este sentido, para los responsables de la política cultural catalana, además de ser reuniones muy protocolarias y poco útiles, vulneran la idea de un Estado descentralizado en el que en estas comunidades el papel central lo ocupa la administración autonómica, y deberían establecerse mecanismos de relación bilateral: “En la práctica la Conferencia Sectorial de Cultura no sirve de nada, porque no decide nada y al final si intentas decidir algo es bilateralmente. A ver, es mejor que exista a que no exista y de hecho para el Ministerio es una

---

18. Exceptuando la vicepresidencia segunda, que corresponde de forma rotatoria a las comunidades y ciudades autónomas. Se trata de una fórmula organizativa que como vemos consagra la política del “café para todos” en la política cultural.



obligación, coordinar las autonomías. [...] Sin embargo, las reuniones eran muy protocolarias, con poco nivel técnico y poca voluntad para construir o modernizar una cooperación cultural entre autonomías. No se si porque los acuerdos son muy difíciles, con diecinueve consejeros de rasgos muy diferentes, o porque el Ministerio no se creía la utilidad de la reunión más allá de las formalidades” (Lluís Noguera, exsecretario general del Departamento de Cultura de la Generalitat de Catalunya, 2008-2011).

Además, dos de las peticiones realizadas desde Cataluña en cuanto a las relaciones entre el MEC y el Departamento de Cultura, que son la asimetría y la promoción de la cultura catalana, nunca han sido atendidas. La petición de asimetría, justificada por la identidad propia y el peso de la industria cultural de Cataluña, ha obtenido respuesta sólo en ocasiones, mediante la mayor presencia en comisiones de adjudicación de ayudas, pero ello nunca ha sido reconocido de modo abierto y permanente, sino de forma eufemizada.<sup>19</sup> Con relación a la promoción exterior de la cultura catalana, el Departamento de Cultura solicitó en 2002 la colaboración de la AGE en el Institut Ramon Llull (IRLL), una petición que a pesar de estar prevista nunca se materializó (Institut Ramon Llull, 2004: 110). Asimismo, el consejero de Cultura requirió al MEC poder participar en las acciones de promoción exterior, otra demanda que nunca se atendió. Por el contrario, en la CSC se aprobó la participación de los representantes de las CCAA en la comisión de promoción de la Marca España, reflejando una vez más la pasividad en la promoción de las culturas de las minorías nacionales y la instrumentalización creciente de la cultura en un sentido centralizador y identitario español.<sup>20</sup> Uno de los puntos flacos de este intento de cooperación, entendida como un sistema en el que el MEC ocupa un lugar central, es precisamente su debilidad como actor tanto a nivel material como organizativo y simbólico. El MEC dedica una parte pequeña de su presupuesto a la cooperación cultural en el territorio y esta se ha dirigido principalmente a los ámbitos en los que tiene competencia (patrimonio) y, en mucha menor medida, a ámbitos en los que no tiene jurisdicción

19. Por ejemplo, se establece la presencia de las CCAA con Estatutos de autonomía más antiguos, que son País Vasco y Cataluña, con textos aprobados en 1979 (Acuerdos de la CSC de 22-02-2010), o las CCAA con más solicitudes en la convocatoria anterior (Acuerdos de la CSC de 22-11-2010).

20. Cf. Acuerdos adoptados en la XIX Reunión del Pleno de la Conferencia Sectorial de Cultura. Mérida, 3 de diciembre de 2012.

pero que han sido históricamente centrales para la política cultural (artes visuales, artes escénicas o música). En efecto, entre 2004 y 2006 dedicaba un 55% de su presupuesto a la conservación del patrimonio en las subvenciones nominativas a las CCAA; en cambio, a las artes mencionadas les destinaba menos de un 10% (Simon, 2006). Por otra parte, en cuanto a los equipamientos culturales, las investigaciones llevadas a cabo muestran que la fórmula generalizada de titularidad estatal y gestión autonómica ha conllevado que las CCAA interpreten que el MEC ha “abandonado” a estas a su suerte, al no invertir en el mantenimiento de los edificios ni participar en la definición de líneas estratégicas de estos equipamientos, a pesar de contar con representación en el patronato (Rius Ulldemolins, Rodríguez Morató y Martínez Illa, 2012).

Finalmente, el reformismo ministerial de la última etapa de Zapatero a partir de la CSC no pudo o no comprendió que *de facto* la propia estructura del MEC, organizada de forma clásica a imagen y semejanza del caso francés y sin capacidad de interlocución o presencia en el territorio, es de hecho inadecuada. Tal como afirma Négrier, “el Ministerio de la Cultura continua marcado por una herencia centralista en un contexto fuertemente descentralizado. Su organización interna refleja el espíritu de un departamento generalista, fundado sobre direcciones temáticas y sectoriales, en el momento en el que la finalidad de su intervención ha llegado a ser, a partir de la descentralización, más transversal” (Négrier, 2007: 165). Ello se puede observar en la debilidad de la Dirección General de Cooperación y Comunicación Cultural, que, creada en 1985 para cumplir el mandato constitucional de coordinación de las CCAA (Real Decreto 565/1985), ocupa siempre una posición marginal en el organigrama, a la vez que las direcciones sectoriales tienen sus propias estrategias territoriales. Significativamente, a partir de 2008 (Real Decreto 1132/2008), se crea la Dirección General de Política e Industrias Culturales, suprimiendo la Dirección General de Cooperación y Comunicación Cultural (cuyas funciones pasarán a ser desarrolladas por la Secretaría General Técnica). Se relega así de forma simbólica la función de coordinación de las CCAA a un segundo lugar. Asimismo, se promueve el desarrollo económico de la cultura y de su proyección exterior, ámbitos en que la AGE pretende asumir un rol central y decisivo que refuerza su posición respecto a las CCAA (Zallo, 2011).

## 6. La distribución territorial de los presupuestos de cultura y la cooperación en las instituciones culturales en la CA de Cataluña

En las memorias del MEC no existe una territorialización del gasto cultural, en cierta medida a causa de que es un aspecto de su actuación que siempre ha sido polémico desde el punto de vista metodológico y político. No obstante, desde los años noventa se han venido realizando estudios por parte del Departamento de Cultura del gobierno de Cataluña para demostrar que gran parte del gasto cultural permanece en Madrid y que una parte mucho menor con relación a su peso demográfico, económico y cultural respecto al conjunto de España llega a la CA de Cataluña (Cubebes, 1993). Según datos presupuestarios de la AGE elaborados para esta investigación, el gasto del MEC se encuentra claramente centralizado en las grandes instituciones culturales de Madrid. Si en 2009 el presupuesto de cultura era de 355,6 millones de euros, de estos más de la mitad (179,6 millones de euros) se destinaban a las instituciones culturales de la capital del Estado, especialmente al Museo del Prado (58,8 millones de euros), la Biblioteca Nacional (52,9 millones de euros) y el MNCARS (46,7 millones de euros). Por el contrario, los gastos dedicados a las grandes instituciones de Barcelona representan sólo el 12,8% del total, unos 26,5 millones de euros (Ministerio de Economía y Hacienda, 2009). Estos se concentran en tres equipamientos culturales en los cuales el Ministerio está presente en el patronato: 13,3 millones de euros para el Gran Teatre del Liceu, 4 para el Museu Nacional d'Art de Catalunya y 2 para el Museu d'Art Contemporani de Barcelona (ibídem).

Además de la concentración del gasto en las transferencias hacia grandes instituciones culturales de la capital del Estado, según los datos de un estudio del Departamento de Cultura (2006) respecto al periodo 2004-2006 podemos también identificar una gran centralización del mismo en Madrid: de media, la Comunidad de Madrid concentra un 42,6% del gasto, y la acción cultural exterior y las organizaciones del sector estatales, un 12,5%. Por el contrario, Cataluña recibe un 8,9%, y las quince CCAA restantes sólo absorben un 36% del total del presupuesto estatal. Es decir, el repartimiento del gasto cultural no se acomoda a un criterio demográfico. Tampoco sigue otro criterio que podría guiar la distribución del gasto cultural: la concentración de los sectores culturales en España. Por ejemplo, se calcula que Cataluña concentra el 22% de los empleos de las artes gráficas, el 21% de la industria editorial, el 23% de los de las actividades de creación

artística y de espectáculos, según la clasificación de la Seguridad Social (Méndez *et al.*, 2012). Es decir, el MEC no parece poseer una pauta de distribución territorial del gasto cultural que responda a objetivos democratizadores (sobre la base de la población usuaria) o a objetivos de promoción (sobre la base de la distribución de las industrias culturales), sino que parece responder a unos objetivos constitutivos y clientelares. Es decir, dicho esquema buscaría dirigirse a la legitimación del poder público (de ahí su concentración en los grandes equipamientos de la capital) y al establecimiento de relaciones de poder y dependencia respecto a las CCAA afines, contradiciendo así su función de coordinación de las políticas culturales autonómicas.

La crisis económica iniciada en 2008, que ha comportado una importante reducción de los presupuestos públicos desde entonces, ha tensionado aún más las relaciones respecto a las autonomías. Si bien, como hemos mencionado, en los inicios del desarrollo del Estado de las autonomías algunas comunidades como la CA de Cataluña, rehusaban las ayudas del MEC, argumentando que éste debía desaparecer o en todo caso no debía intervenir debido a su exclusividad competencial, esta orientación fue perdiendo peso con el tiempo. Ya en la última etapa de los gobiernos de CiU, y en especial con los dos gobiernos tripartitos (2003-2010), se fue produciendo una paulatina integración en los órganos de gobierno de los grandes equipamientos culturales de Barcelona. Así, hubo una integración formal en los consorcios públicos como el Gran Teatre del Liceu en 1994,<sup>21</sup> el Museu Nacional d'Art de Catalunya (MNAC) el 2005<sup>22</sup> y el Museu d'Art Contemporani de Barcelona (MACBA) el 2007<sup>23</sup> o en los patronatos de fundaciones como la Joan Miró o la del Teatre Lliure, o bien se optó por subvenciones nominativas regularmente otorgadas, como es el caso de la Fundació Antoni Tàpies o el Mercat de les Flors. Asimismo, en el caso del Teatre Lliure se había firmado un contrato programa que vinculaba un programa de objetivo con las aportaciones de cada administración pública, incluido el MEC (Rubio y Rius, 2012).

---

21. Generalitat de Catalunya, Decreto 208/1994, de 28 de junio de 1994, sobre los Estatutos del Gran Teatre del Liceu. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, nº 1931, págs. 5.485-5.487.

22. Acuerdo del 22 de febrero de 2005, del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, por el que se aprueban los Estatutos del Museu Nacional d'Art de Catalunya.

23. Generalitat de Catalunya, Decreto 146/2008, de 22 de julio, de modificación de los Estatutos del Consorcio Museu d'Art Contemporani de Barcelona. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, nº 5181, págs. 58.462-58.472.

En este sentido, en los años noventa fue logrando consenso en Cataluña la idea de que los grandes equipamientos difícilmente ganarían peso y prestigio estatal e internacional sin la participación del MEC. Asimismo, esto también significaba un cierto reconocimiento de la idea de bicapitalidad cultural en España, formulada por Pasqual Maragall ya en sus tiempos de alcalde de la capital catalana (Mascarell, 2005). Estas integraciones del MEC comportaban también unos compromisos financieros que se fijaron en los estatutos de cada institución: el 37,5% para el Liceu, el 33% para el MACBA y el 30% en el MNAC, cosa que refleja así una falta de criterio general y estable en la cooperación entre la AGE y la CA. Y, a excepción del Gran Teatre del Liceu, su participación era minoritaria (en ningún caso mayor que la suma del resto de administraciones catalanas titulares) y no se establecían unos objetivos comunes, producto de los planes de gobierno a partir de un contrato programa, sino que todo era fruto de la negociación con los responsables políticos del momento y del sector implicado (Rubio y Rius, 2012).<sup>24</sup>

Ciertamente, en los últimos años todas las grandes instituciones del Estado español han sufrido grandes reducciones de las aportaciones del MEC, en ocasiones hasta del 50% de lo aportado en 2013 respecto a cuatro años antes. No obstante, y a pesar de las declaraciones de los responsables del Ministerio, la reducción no ha sido igual para todos. Por ello desde la CA de Cataluña se ha expresado la indignación frente a esta reducción (Cercle de Cultura, 2012), muy superior en las instituciones catalanas respecto a las madrileñas, concretamente en un 22,4%. Una reducción que además viene a incrementar la diferencia entre Madrid y Cataluña a este respecto, al aportar a las seis grandes instituciones de Madrid 114,8 millones de euros y a las ocho grandes instituciones catalanas solamente 10,9 millones, es decir, una proporción de 10 a 1 que sólo se justifica por una concepción subyacente netamente centralista de la política cultural.<sup>25</sup> En consecuencia, se ha

---

24. Este rechazo a la integración del Ministerio de Cultura en las grandes instituciones culturales de Cataluña ha sido interpretada como producto de la resistencia de los gobiernos autonómicos a su integración, un factor que sin duda tuvo su papel explicativo hasta inicios el 2003, cuando se forma el primer gobierno de izquierdas del tripartito. Pero al contrario también existen reticencias al establecimiento de unas relaciones consorciadas: a pesar de que el EAC de 1979 obligaba al Estado crear un Patronato e integrar a la CA de Cataluña a la gestión del Archivo de la Corona de Aragón, este no se constituye hasta 2006, es decir, 27 años más tarde (cf. Decreto 1267/2006).

25. Datos de elaboración propia a partir de los Presupuestos Generales del Estado (2009 y 2013).

producido un consenso en el sector cultural catalán sobre que el MEC, a pesar de su integración en los patronatos, no considera estas instituciones culturales como propias ni se ha integrado en su gobernanza, puesto que no ha negociado estas reducciones con el Departamento de Cultura ni con las propias gerencias de las instituciones. Esta reducción de las aportaciones, según el consejero de Cultura, Ferran Mascarell, implica “una salida del Ministerio del sistema cultural catalán que obliga a replantear la gobernanza de las grandes instituciones culturales”.<sup>26</sup> Un escenario de conflicto que retrotraería al nivel de enfrentamiento anterior a los años dos mil, con el agravante de que se habrían denunciado los acuerdos y se habría roto así la confianza entre las administraciones públicas.

## 7. Conclusiones

Los estudios de política comparada han dedicado reiterados esfuerzos a caracterizar el Estado de las autonomías, destacando sus semejanzas y su singularidad frente a los modelos federales. Menos atención había recibido hasta ahora el análisis de su dimensión cultural, a pesar de que representa una de las dimensiones importantes para el reconocimiento y la integración de las minorías nacionales presentes en el Estado español. Ciertamente, todos los estudios de política cultural han destacado la profundidad del proceso descentralizador y la relevancia de las autonomías en el sistema cultural (Rodríguez Morató, Bouzada y Ariño, 2005). Las valoraciones del resultado de esta configuración han sido diversas en función de las perspectivas: algunos autores han criticado la falta de articulación del sistema por parte del MEC (Rubio Arostegui, 2008), la falta de voluntad de cooperación por parte de las autonomías, especialmente aquellas inmersas en procesos de *nation building* (Bouzada, 2007), otros han destacado el equilibrio entre diferenciación y estandarización, mientras que otros han subrayado la adecuación del marco autonómico para el desarrollo de una política cultural más participativa y adaptada a las sinergias culturales territoriales frente a un centralismo inadecuado a la globalización (Zallo, 2011). Sin embargo, entendemos que estas interpretaciones no han analizado con suficiente profundidad las relaciones entre la AGE y las CA –especialmente aquellas que, como Cataluña, han desarrollado

un proyecto de política cultural autocentrado—, que nos permitirían caracterizar con precisión el carácter de las relaciones de gobierno multinivel.

La pregunta de si España es un estado cuasifederal en política cultural, entendemos que no tiene una respuesta binaria ni estable sino que se debe contestar de forma diferente según la dimensión del federalismo que tomemos en consideración. El más favorable sin duda es el nivel de descentralización de la política cultural, pero aún así ello merece dos matizaciones importantes: 1) A diferencia de algunos Estados federales, sigue existiendo una AGE con importantes recursos y una importante centralización de las grandes infraestructuras en la capital, lo que le sitúa como continuador y garante de un esquema del Estado heredero del Estado absolutista y centralista e inspirado por el modelo francés intervencionista y promotor de la identidad nacional. 2) Asimismo, en la CE y especialmente en su interpretación reciente producto de la sentencias sobre el EAC de 2010, el Estado se reserva el derecho a legislar sobre todos los ámbitos de la cultura, especialmente en los ámbitos de regulación y promoción de las industrias culturales, los derechos de autor y los medios de comunicación, así como en la promoción exterior de la cultura, elementos cada vez más estratégicos en la política cultural actual.

Respecto al nivel de reconocimiento cultural del pluralismo nacional, este ha sido desarrollado *de facto* en las comunidades autónomas con identidad nacional diferenciada, como es el caso de Cataluña. Esta CA ha podido desarrollar instrumentos de política cultural singulares (aunque similares a otros países como Canadá o Reino Unido) como agencias de promoción de las industrias culturales, protección y regulación lingüística, consejos de las artes o grandes instituciones culturales. Pero en pocos casos estas instituciones culturales han recibido reconocimiento, financiación o trato diferencial por parte de la AGE, a diferencia de otros Estados federales o descentralizados, como Canadá, donde el gobierno federal reconoce y financia regularmente estas instituciones. Y, cuando lo han recibido, ello ha sido a un nivel muy inferior a las instituciones culturales de titularidad estatal y representantes y promotoras de la identidad nacional y cultural mayoritaria, de raíz castellana.

Por otra parte, ni en la acción interna ni aún menos en la promoción exterior la AGE ha planificado ni ejecutado (ni tan solo debatido) una actuación a favor de la protección y promoción de las culturas de las naciones subestatales, ni ha favorecido su participación en el nivel central de la administración. Cuando ha articulado



mecanismos de coordinación como la CSC, se ha establecido una dinámica gestionada a nivel central, políticamente consultiva y estrictamente simétrica entre las diecisiete CCAA y las dos ciudades autónomas. Esta configuración institucional se ha generado precisamente para negar una relación asimétrica y bilateral en política cultural entre la AGE y las CCAA fundamentada en la condición de nacionalidad histórica con cultura propia que reconocen la CE y los Estatutos de autonomía.

Más allá de la simetría, la AGE no se corresponde con un gobierno federal coordinador entre las partes federadas o representante de la diversidad nacional y cultural existente. El MEC se fundó a partir del modelo centroeuropeo (y más específicamente francés) de ministerio centralizado, controlado políticamente y orientado a la promoción sectorial de la cultural y no como una agencia cultural independiente (de tipo *arm's lenght*) o ente coordinador de un Estado federal o descentralizado. Además, el MEC ha interpretado crecientemente su papel como el de un órgano central que establece las normas básicas, en que las CA ejercen de gestores, adaptándolas a las particularidades territoriales.<sup>27</sup> Puede decirse sin lugar a dudas que la interpretación que se ha llevado a cabo crecientemente es la de un Estado central que descentraliza, pero ni mucho menos reconoce a las CCAA con personalidad histórica un estatus de igual. Podemos decir que si había una concepción federal en política cultural, esta no es un federalismo plurinacional y asimétrico, sino que, al contrario, ha evolucionado hacia una concepción de federalismo "cooperativo" y simétrico que actúa *de facto* a favor de una recentralización.

Tampoco enfoca su actuación al establecimiento de mecanismos de cooperación horizontal entre CCAA. Ni el MEC ni tampoco ningún otro organismo dependiente de la AGE han establecido en

---

27. Por ejemplo, en una de las principales áreas de actuación de la política cultural, el patrimonio cultural, el apartado 149.1 de la CE ciñe las competencias de la AGE a la "defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación" y a los "archivos de titularidad estatal". Sin embargo, la previsión de actuaciones del MEC para la legislatura prevé implementar ocho planes nacionales en relación con el patrimonio: Plan Nacional de Educación y Patrimonio, Plan Nacional de Catedrales, Plan Nacional de Patrimonio Industrial, Plan Nacional de Abadías, Monasterios y Conventos, Plan Nacional de Conservación Preventiva, Plan Nacional de Arquitectura Defensiva, Plan Nacional de Paisajes Culturales, Plan Nacional del Patrimonio Inmaterial. Algunos de estos planes desarrollan las mencionadas competencias, pero otros, como la protección del patrimonio inmaterial, claramente exceden la protección a la exportación y la expoliación, al tratarse de elementos no materiales ni comercializables (Ministerio de Educación y Cultura, 2012).



sus más de treinta años de existencia democrática ningún organismo de promoción de las culturas de las naciones minoritarias, ni de sus lenguas ni de sus creaciones culturales o artísticas. Ni tampoco ha considerado los organismos que promueven estas culturas y lenguas (academias de la lengua como el Institut d'Estudis Catalans, institutos de promoción exterior como el Institut Ramon Llull) parte de su política cultural. Como tampoco, de modo opuesto, ha considerado la participación de las autonomías en la gestión de las políticas o las instituciones culturales de titularidad estatal. En cambio, las ha concebido como un escaparate de su actuación y una forma de legitimación de su existencia en un contexto de descentralización (Rubio Arostegui, 2008) y, de forma creciente, como un recurso para el desarrollo económico y una herramienta de promoción nacional e internacional de la cultura española.

A las mencionadas tensiones por la distribución de los fondos económicos del MEC y por su contribución en las grandes instituciones culturales, se añade el nuevo escenario de relaciones entre la AGE y la CA que establece la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el EAC de 2006. Este pretendía "blindar" las competencias de la Generalitat catalana en cultura frente a las invasiones competenciales que se han producido desde el inicio de la democracia, a pesar de que el EAC determinaba la exclusividad de esta competencia (Fossas, 2010). Por el contrario, la sentencia del TC insiste en convertirla en una competencia en la que se produce una concurrencia total o un paralelismo competencial, germen de ineficiencias y conflictos.

Por otra parte, la sentencia del TC hace una interpretación también desfavorable del artículo 149.2. Este artículo establece para el Estado "el servicio de cultura como atribución esencial" y el deber de facilitar la "comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas". Este concepto, según la sentencia del TC, permite elaborar legislación básica unitaria, abriendo con ello una vía para la intervención de la AGE en la política cultural autonómica (Carrasco Nualart, 2010). Este cuadro de indefinición competencial, constitucional y estatutaria, es un factor opuesto a la federalización del Estado en materia cultural.

Por lo tanto, la evolución de los últimos años ha situado a la AGE y la CA de Cataluña en una espiral de confrontación y conflicto en el ámbito de las políticas culturales. Esta confrontación se inserta en el desarrollo actual de la dinámica de poder y la tensión etnonacional en el interior del Estado. Por lo tanto, en la misma se expresa asimismo la creciente hegemonía social y política que en Cataluña asume el

derecho a decidir<sup>28</sup> (manifestada en las urnas en noviembre de 2012), y, por otra parte, una tendencia recentralizadora por parte de la AGE y una identificación de la acción del MEC con los símbolos identitarios de la mayoría nacional.<sup>29</sup> En este contexto político, las relaciones entre los organismos encargados de ejecutar la política cultural en las dos administraciones públicas, el MEC y el Departamento de Cultura, se encuentran en sus niveles más bajos.

El proyecto centralizador y uniformizador desde el punto de vista político, educativo y cultural expresado por el ministro de Educación y Cultura<sup>30</sup> y la voluntad de promover internamente y externamente la cultura catalana de forma autónoma de la AGE del consejero de Cultura (Mascarell, 2011), en el marco de la ruptura de los pactos tan largamente negociados en las grandes instituciones, auguran a corto plazo un escenario de enfrentamiento. En definitiva, la idea que España es un estado cuasifederal en política cultural, con una dialéctica entre dinámicas de diferenciación y estandarización que no se imponen unas sobre las otras, tal como planteaban Bonet y Négrier (Bonet y Négrier, 2010), no ayuda a caracterizar la situación actual. No nos

---

28. En referencia al derecho de secesión, como indican distintos autores, es un elemento problemático para diversos Estados, que se figura en muchos casos como un riesgo de capacidad recentralizadora y que se niega a las entidades subnacionales en el marco constitucional de la mayor parte de las federaciones (Requejo, 2009) y de todos los países de la Unión Europea. En cambio, en muchos casos se reserva al conjunto del Estado central la delegación de esta capacidad. Sin embargo, Requejo señala los casos de Quebec y Etiopía, entre otras excepciones (Requejo, 2007: 58). En este sentido, cabe señalar el caso de Escocia como el de una salida negociada con el Reino Unido para resolver las limitaciones del marco legal existente.

29. Un claro ejemplo de ello es la voluntad de instrumentalizar la cultura, y especialmente la lengua castellana, como herramienta de promoción de la Marca España, tal y como plantea el Plan Estratégico de la Secretaría de Cultura 2012-2015 (2012). En palabras del actual secretario de Cultura: "España debe establecer un modelo cultural de Estado que facilite una estructura socialmente creativa [...] fomentando industrias creativas que se imbriquen dentro de una acción exterior que potencie una imagen de marca-país vinculada a la cultura en español y la explotación económica y comercial de la lengua castellana." Y ello se debe conseguir "desarrollando un marco de coordinación competencial en el desarrollo de las políticas culturales que transformen nuestro país fomentando entornos de red e intercambio cultural que trasciendan la fragmentación territorial que padecemos actualmente" (Lassalle, 2011). A diferencia de anteriores etapas, la cooperación multinivel y el intercambio cultural se plantea, por lo tanto, como herramienta de unificación cultural interna facilitadora de su proyección exterior y no como un mecanismo para favorecer el acceso territorial a la cultura o bien para la protección de la diversidad cultural y el diálogo intercultural.

30. Cf. "Wert quiere "españolizar" Cataluña. El ministro de Educación ratifica en el Congreso el interés del Gobierno por lograr que los alumnos catalanes "se sientan así tan orgullosos de ser españoles como de ser catalanes"." *El País*, 10 de octubre de 2012.

encontramos ante una tensión entre dos concepciones de corte cuasi-federal (aunque una más uniformizadora por parte de la AGE y otra más de carácter asimétrico en el caso de la CA de Cataluña) capaces de llegar a pactos, sino que en este momento actúan en el sistema de la política actual dos procesos de *nation building* opuestos, uno con un objetivo recentralizador y asimilacionista y otro constituyente y soberanista, que rompen *de facto* todo punto de encuentro. Por ello, en este momento las relaciones entre la AGE y la CA de Cataluña en materia cultural se han convertido en un choque de legitimidades y proyectos opuestos, y sólo un nuevo escenario político y constitucional posibilitaría de nuevo la cooperación.

## Bibliografía

- AGRANOFF, Robert (1993). "Inter-governmental Politics and Policy: Building Federal Arrangements in Spain". *Regional Politics and Policy*, 3(2), 1-28.
- AJA, Eliseo (2007). *El Estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*. Madrid: Alianza Editorial.
- ANDREU DAUFÍ, Jordi, y CAMPOS GONZÁLEZ, Isabel (2002). "El cas dels papers catalans a Salamanca: hem perdut els papers?". *Biblioteconomia i Documentació*, 9, 52-73.
- BARBIERI, Nicolás (2012). "Why Does Cultural Policy Change? Policy Discourse and Policy Subsystem: A Case Study of the Evolution of Cultural Policy in Catalonia". *International Journal of Cultural Policy*, 18(1), 13-30.
- BONET, Lluís, y NÉGRIER, Emmanuel (2010). "Cultural Policy in Spain: Processes and Dialectics". *Cultural Trends*, 19(1), 41-52.
- BOUZADA, Xan (2007). "La gouvernance de la culture en Espagne". En: L. Bonet, y E. Négrier (Eds.), *La politique culturelle en Espagne*, Karthala, pp. 15-34.
- CARRASCO NUALART, Raimon (2010). "Competencia en materia de cultura". *Revista Catalana de Dret Públic, Extra. 1. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 91-95.
- Cercle de Cultura (2012). *Declaració del Cercle "Contra una nova agressió a la cultura"*. Barcelona: Cercle de Cultura. Cercle d'Economia.
- COLOMER, Josep M. (1998). "The Spanish 'State of Autonomies': Non-Institutional Federalism". *West European Politics*, 21(4), 40-52.
- CONNOLLY, Mark Gerard (2011). "The 'Liverpool Model(s)': Cultural Planning, Liverpool and Capital of Culture 2008". *International Journal of Cultural Policy*, 1-20.
- CRAMERI, Kathryn (2008). *Catalonia: National Identity and Cultural Policy 1980-2003*. Cardiff: University of Wales Press.

- CUBELES, X. (ed.). (1993). *La distribució territorial de la despesa en inversions reals i transferències del Ministeri de Cultura (període 1989-1992)*. Barcelona: Centre d'Estudis de Planificació.
- DE BLAS GUERRERO, Andrés (1995). *Nacionalismos y naciones en Europa*. Madrid: Alianza Universidad.
- DEWEY, Patricia (2004). "From Arts Management to Cultural Administration". *International Journal of Arts Management*, 6(3), 13-22.
- DUBOIS, Vincent (1999). *La politique culturelle. Genèse d'une catégorie d'intervention publique*. Paris: Belin.
- EVANS, G. (2003). "Hard-Branding the Cultural City – From Prado to Prada". *International Journal of Urban and Regional Research*, 27(2), 417-440.
- FOSSAS, Enric (1998). "Cultura: competencia y colaboración". *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, 9, 125-140.
- (2010). "Competencia en materia de cultura. Comentario a la Sentencia 31/2010". *Revista Catalana de Dret Públic, Extra. 1. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 328-331.
- GATTINGER, Monica, y SAINT-PIERRE, Diane (2008). "Can National Cultural Policy Approaches Be Used for Sub-national Comparisons? An Analysis of the Québec and Ontario Experiences in Canada". *International Journal of Cultural Policy*, 14(3), 335-354.
- GELLNER, Ernest (1997). *Naciones y nacionalismo*. Madrid: Alianza Universidad.
- GINER, Salvador; FLAQUER, Lluís, y BUSQUET, Jordi (1996). *La cultura catalana: el sagrat i el profà*. Barcelona: Edicions 62.
- GRAU CREUS, M. (2000). "Spain: Incomplete Federalism". En: U. Wachendorfer-Schmidt (ed.), *Federalism and Political Performance*. London: Routledge/ECPR Studies in European Political Science, pp. 58-77.
- HERNÁNDEZ I MARTÍ, Gil-Manuel, y ALBERT RODRIGO, Maria (2012). "La dinámica general de la política cultural en el País Valenciano: posiciones, discursos y prácticas de los actores culturales valencianos". *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 11(3), 89-114.
- HOBBSAWM, Eric (1991). *Naciones y nacionalismo desde 1780*. Barcelona: Crítica.
- INSTITUT RAMON LLULL (2004). *Memòria IRL 2002-2003*. Barcelona: Institut Ramon Lull.
- KEDOURIE, Elie (1998). *Nationalism*. Massachusetts: Blackwell.
- LAGE, Xesús; LOSADA, Antón, y GÓMEZ, Marta (2012). "La política cultural en la comunidad autónoma gallega: de la dependencia a la autonomía". *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 11(3), 115-148.
- LASSALLE, José María (2011). "Goeconomía y cultura de Estado". *El País*, 17/03/2011.
- LEBOVICS, Herman (2000). *La misión de Malraux. Salvar la cultura francesa de las fábricas de sueños*. Buenos Aires: Eudeba.

- LÓPEZ AGUILAR, Juan F. (1999). "Canadá y España: una comparación desde un federalismo contractual". *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público*, 25, 7-36.
- MAIZ, Ramón, y LOSADA, Antón (2009). "La desfederalització a l'Estat de les Autonomies espanyol: els processos de recentralització i de resimetrització". En: F. Requejo, y K. Nagel (Eds.), *Descentralització, asimetries i processos de resimetrització a Europa. Bèlgica, Regne Unit, Itàlia i Espanya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, pp. 181-222.
- MARTÍNEZ, Santi, y RIUS, Joaquim (2012). "La política cultural de la Diputació de Barcelona. La influencia del contexto político institucional y de la articulación entre administraciones en el desarrollo de un modelo singular de cooperación cultural". *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 11(1), 24-43.
- MARZO, Jorge Luis (2004). *Política cultural del Gobierno español en el exterior*. Barcelona. Disponible en: [http://www.soymenos.net/politica\\_pp.pdf](http://www.soymenos.net/politica_pp.pdf).
- MARZO, Jorge Luis, y BADIA, Tere (2006). *La política cultural en el Estado español (1985-2005)*. Barcelona. Consultable en: [http://soymenos.net/politica\\_espanya.pdf](http://soymenos.net/politica_espanya.pdf).
- MASCARELL, Ferran (2005). *La cultura en la era de la incertidumbre*. Barcelona: Roca Editorial.
- (2011). "Compareixença del conseller de Cultura. 16 de febrer de 2011". Barcelona: Departament de Cultura. Generalitat de Catalunya.
- (2012). "Compareixença de l'Honorable Conseller de Cultura Ferran Mascarell". *Comissió de Cultura del Parlament de Catalunya*, 11, 9-37.
- MENGER, Pierre-Michel (2010). *Cultural Policies in Europe. From a State to a City-centered Perspective on Cultural Generativity*. Tokyo: National Graduate Institute for Policy Studies.
- MILLER, Toby, y YÚDICE, George (2004). *Política cultural*. Barcelona: Gedisa.
- Ministerio de Cultura (2008a). *Acuerdos adoptados en la IX reunión del pleno de la Conferencia Sectorial de Cultura. Zaragoza, 14 de julio de 2008*. Madrid: Ministerio de Cultura.
- (2008b). *Conferencia Sectorial de Cultura. Memoria de actividades 2007*. Madrid: Ministerio de Cultura.
- (2012). *Anuario de estadísticas culturales*. Madrid: Ministerio de Cultura.
- Ministerio de Economía y Hacienda (2009). *Presupuestos generales del Estado 2009: Ministerio de Cultura*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda.
- Ministerio de Educación y Cultura (2012). *Plan Estratégico de la Secretaría de Cultura 2012-2015*. Madrid: Ministerio de Educación y Cultura.
- MOOMAS, Hans (2002). "City Branding: the Importance of Socio-cultural Goals", en: T. Hauben, M. Vermeulen y V. Paatueuw (eds.), *City Branding: Image Building and Building Images* (pp. 15-48). Rotterdam: NAI Uitgevers.

- MULCAHY, Kevin (1998). "Cultural Patronage in Comparative Perspective: Public Support for the Arts in France, Germany, Norway, and Canada". *Journal of Arts Management, Law and Society*, 27(4), 247-263.
- NÉGRIER, Emmanuel (2007). "La politique culturelle à l'épreuve de la diversité espagnole", en: L. Bonet, y E. Négrier (Eds.), *La politique culturelle en Espagne* (pp. 145-168). Paris: Éditions Karthala.
- PÉREZ YRUELA, Manuel, y A. VIVES, Pedro (2012). "La política cultural en Andalucía". *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 11(3), 65-88.
- PONGY, Mireille, y SAEZ, Guy (1994). *Politiques culturelles et régions en Europe*. Paris: L'Harmattan.
- Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos (2004). *La política cultural en España*. Madrid: Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos.
- REQUEJO, Ferran (2007). "Federalisme, descentralització i pluralisme nacional. Teoria política i anàlisi comparada". *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 4, 35-68.
- (2009). "Descentralització i asimetries federals i regionals en la política comparada". En: F. Requejo, y K. Nagel (eds.), *Descentralització, asimetries i processos de resimetrització a Europa. Bèlgica, Regne Unit, Itàlia i Espanya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms, pp. 9-24.
- RIUS ULLDEMOLINS, Joaquim; RODRÍGUEZ MORATÓ, Arturo, y MARTÍNEZ ILLA, Santi (2012). "El sistema de la política cultural en Cataluña: un proceso inacabado de articulación y racionalización". *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 11(3), 173-204.
- RIUS, Joaquim (2005). *Un nou paradigma de la política cultural. Estudi sociològic del cas Barcelona*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona – École des Hautes Études en Sciences Sociales.
- RODRÍGUEZ MORATÓ, Arturo; BOUZADA, Xan, y ARIÑO, Antonio (2005). "La política cultural en España", en: J. A. Roche Cárcel, y M. Oliver Narbona (eds.), *Cultura y globalización. Entre el conflicto y el diálogo*. Sant Vicent del Raspeig: Publicaciones de la Universidad de Alicante, pp. 435-472.
- RODRÍGUEZ MORATÓ, Arturo, y RIOUS ULLDEMOLINS, Joaquim (2012). "Presentación del monográfico sobre 'La política cultural en España: los sistemas autonómicos'". *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 11(3), 9-14.
- RUBIO AROSTEGUI, Juan Arturo (2003). *La política cultural del Estado en los gobiernos socialistas: 1982-1996*. Gijón: Trea.
- (2005). "La política cultural del Estado en los gobiernos populares (1996-2004): entre el ¿liberalismo? y el continuismo socialista". *Revista Sistema*, 187, 111-124.
- (2008). "Génesis, configuración y evolución de la política cultural del Estado a través del Ministerio de Cultura: 1977-2007". *RIPS: Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 7(1), 55-70.

- RUBIO, Arturo, y RIUS, Joaquim (2012). "La modernización de la gestión pública de la cultura. Análisis comparado del caso de los equipamientos culturales de las comunidades autónomas de Cataluña y Madrid". *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 8, 79-92.
- SASSATELLI, Mónica (2002). "Imagined Europe. The Shaping of a European Cultural Identity through EU Cultural Policy". *European Journal of Social Theory*, 5(4), 435-451.
- SCHUSTER, J. Mark (2002). "Sub-national Cultural Policy – Where the Action Is: Mapping State Cultural Policy in United States". *International Journal of Cultural Policy*, 8(2), 181-196.
- SIMON, Cristina (2006). *Subvencions i inversions nominatives en cultura als pressupostos generals de l'Estat. 2004-2006*. Barcelona: Departament de Cultura.
- URFALINO, Philippe (1996). *L'invention de la politique culturelle*. Paris: La Documentation Française.
- VILLARROYA, Anna (2012a). "Country Profile: Spain", en: ERICArts/Council of Europe (Ed.), *Compendium of Cultural Policies and Trends* (pp. 1-88). Bonn: ERICArts/Council of Europe.
- (2012b). "Cultural Policies and National Identity in Catalonia". *International Journal of Cultural Policy*, 18(1), 31-45.
- ZALLO, Ramon (2003). "Políticas culturales regionales en Europa: protagonismo de las regiones", en: E. Bustamante (ed.), *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Las industrias culturales en la era digital*. Barcelona: Gedisa, pp. 297-332.
- (2011). *Análisis comparativo y tendencias de las políticas culturales de España, Cataluña y el País Vasco*. Madrid: Fundación Alternativas.
- ZIMMER, Annette, y TOEPLER, Stefan (1999). "The Subsidized Muse: Government and the Arts in Western Europe and the United States". *Journal of Cultural Economics*, 23, 33-49.
- ZOLBERG, Vera L. (2007). "Los retos actuales de la política cultural: una nueva idea de comunidad", en: A. Rodríguez Morató (ed.), *La sociedad de la cultura*. Barcelona: Ariel, pp. 89-105.



## RESUMEN

En los análisis de política cultural comparada, se ha destacado la evolución desde los años setenta hacia modelos descentralizados administrativamente y respetuosos o promotores de la pluralidad cultural e identitaria. España a menudo se ha caracterizado como un país ampliamente descentralizado, destacando su rica diversidad cultural y lingüística. También se ha señalado su carácter de Estado singular, a medio camino entre el Estado centralizado y el federal, calificándolo a veces como sistema cuasifederal. No obstante, en el ámbito de las políticas culturales, ¿es el Estado español cuasifederal? El artículo analizará como, a pesar del proceso de profunda descentralización en la gestión de las políticas culturales, los recientes desarrollos jurídicos y organizativos de la Administración general del Estado distan mucho de promover un Estado federal plurinacional y se orientan de forma creciente hacia la recentralización y la simetrización.

**Palabras clave:** política cultural; descentralización; federalismo; España; Cataluña; Estado de las Autonomías.

## RESUM

En les anàlisis de política cultural comparada, des dels anys setanta s'ha destacat l'evolució cap a models descentralitzats administrativament i respectuosos o bé promotors de la pluralitat cultural i identitària. Espanya sovint s'ha caracteritzat com un país profundament descentralitzat, i se n'ha destacat la rica diversitat cultural i lingüística. També s'ha assenyalat el seu caràcter d'Estat singular, a mig camí entre l'Estat centralitzat i el federal, i de vegades se l'ha qualificat de sistema quasifederal. No obstant això, en l'àmbit de les polítiques culturals, és l'Estat espanyol quasifederal? L'article analitzarà com, a pesar del desenvolupament amplament descentralitzat de la gestió de les polítiques culturals, els recents processos jurídics i organitzatius de l'Administració general de l'Estat s'allunyen molt de promoure un Estat federal plurinacional i s'orienten de manera creixent cap a la recentralització i la simetrització.

**Paraules clau:** política cultural; descentralització; federalisme; Espanya; Catalunya; Estat de les Autonomies.



## ABSTRACT

Right back from the 1970, comparative policy analyses have been emphasizing how cultural policy has moved towards models administratively decentralized and respectful with cultural plurality. Spain, often characterized as a widely decentralized country, has also been defined as a country of rich cultural and linguistic diversity. Its institutional structure, halfway between centralist and federal political system, has also been described as a quasi-federal system. However, from the cultural policy sector, can be said that Spain is a quasi-federal political system? In this article we argue that, despite the broadly decentralized management of cultural policies, Central Government's most recent legal and organizational processes are far from developing a plurinational federal system and are actually growingly oriented towards recentralization and symmetrisation.

**Keywords:** cultural policy; decentralization; federalism; Spain; Catalonia; State of Autonomies.

# OBJECTIUS DE LA REAF, PROCEDIMENT DE SELECCIÓ D'ARTICLES I CRITERIS PER A LA PRESENTACIÓ D'ORIGINALS

## 1. Objectius i contingut de la REAF

La *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* (REAF) publica treballs sobre autonomies polítiques territorials, de caire pluridisciplinari, però amb predomini del vessant jurídicopolític.

## 2. Tramesa d'originals

Els treballs que es publicaran a la REAF seran originals inèdits, llevat d'acord en un altre sentit entre l'IEA i l'autor d'un treball determinat.

Els originals s'acceptaran escrits en català, espanyol, anglès, francès i italià, i es publicaran en l'idioma de recepció. Una vegada acceptats per publicar, tindran el *copyright* de l'Institut d'Estudis Autonòmics i no es podran reproduir sense la seva autorització.

Els articles s'enviaran, preferiblement, per correu electrònic a [reaf@gencat.cat](mailto:reaf@gencat.cat). També es poden enviar per correu postal, en paper i en suport informàtic, a la seu de l'IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

## 3. Selecció dels articles i avaluació

Els textos rebuts se sotmetran a avaluació anònima (sistema de doble cec) per part de dos especialistes en el tema tractat (i, si escau, un tercer en cas de divergència entre els anteriors sobre la publicabilitat de l'article), els quals seran externs a la revista o pertanyents als seus consells de redacció i científic. La REAF farà arribar a l'autor les avaluacions.

Els informes d'avaluació tindran en compte, entre altres factors:

- la solidesa i coherència metodològica
- l'originalitat i les novetats que aporti l'article en el seu camp
- la coherència i estructuració de l'article
- l'argumentació de les tesis que es defensin
- la correcció i completud de les fonts i la bibliografia utilitzades

Si les avaluacions aconsellen la introducció de canvis en l'original, l'acceptació definitiva de l'article restarà condicionada a l'acceptació per part de l'autor dels canvis que calgui introduir.

El formulari d'avaluació es pot consultar al web de la REAF, dintre del web de l'IEA ([www.gencat.cat/iea](http://www.gencat.cat/iea)).

## 4. Criteris generals de presentació d'originals

Un cop avaluat i acceptat, l'IEA es reserva el dret de modificar qualsevol element formal del treball per tal de donar coherència global a la revista, atesa la seva condició de publicació periòdica, adequant el text a aquestes normes de redacció d'originals.

Es pot demanar a l'autor/a una correcció (limitada a errors respecte de l'original acceptat) de proves d'impremta, les quals haurà de retornar a l'IEA en el termini de 72 hores.

### a) Extensió i format

El treball haurà d'estar escrit en Word i tindrà un mínim de 20 i un màxim de 35 pàgines de 30 línies de 70 espais (uns 45.000-75.000 caràcters amb espais, aprox.), amb tipografia Arial (o similar) de cos 12 per al text principal (amb interlineat 1,5) i de cos 10 per a les notes (amb interlineat 1).

Juntament amb el treball, caldrà enviar:

- Un currículum breu (350-400 caràcters amb espais) i les dades personals següents: adreça professional, telèfon i e-mail.
- Un resum (1.000-1.300 caràcters amb espais) de l'article, en l'idioma original i en anglès. El resum haurà de contenir, en tot cas, el tema general i l'objecte concret de l'article; l'estructura del desenvolupament d'aquest objecte a l'article i les conclusions principals.
- Una relació d'entre quatre i vuit paraules clau.

### b) Títol, apartats i sumari

El títol ha d'indicar de manera concisa el contingut del treball, el qual es pot completar amb un subtítol d'informació complementària. Si el treball es divideix en apartats i subapartats, aquests s'assenyalaran amb números aràbics, fins a un màxim de dos nivells (p. ex., 1.2).

L'article anirà precedit d'un sumari dels diferents apartats en què s'estructura.

### c) Acrònims, sigles i citacions

Quan s'escrigui per primera vegada un acrònim o una sigla caldrà posar entre parèntesis el seu significat complet.

Les citacions literals inserides dins el text aniran entre cometes, i mai en cursiva

(encara que siguin en una llengua diferent de la del treball). En general, una citació de més de cinc línies caldrà fer-la en paràgraf a part, sagnat i sense cometes. Qualsevol canvi que s'introdueixi en una citació original s'indicarà entre claudàtors.

Els recursos per ressaltar paraules o expressions són la cursiva o les cometes, per tant, s'evitarà l'ús de les majúscules o de la negreta.

### d) Notes

És convenient fer un ús limitat de les notes, totes les quals seran a peu de pàgina, numerades amb caràcters aràbics i en superíndex.

Les referències en nota a peu de pàgina tindran el format següent:

- Quan se citi una obra per primera vegada:
- Nom, cognom/s de l'autor, "títol del capítol" o "títol de l'article", *títol del llibre* o *títol de la revista*, volum, núm, lloc d'edició, editorial, any de publicació, paginació.

*Exemples:*

Antoni Castells, *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- Quan se citi una obra prèviament citada:

Cognom/s de l'autor, títol breu, any de publicació i paginació.

*Exemples:*

Castells, *Les subvencions...*, 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

**e) Llistes de referències**

Al final de cada article de la REAF es publicarà la llista de referències (és a dir, exclusivament les fonts i les obres citades en el treball), ordenades alfabèticament pel cognom de l'autor. No es publicaran bibliografies generals.

La llista de referències tindrà el format que assenyaem en els exemples següents.

– Llibres

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2004.

– Articles de revista

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislació i jurisprudència

Segons la citació oficial en cada cas: Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge. STC 33/2005, de 17 de febrer.

– Publicació electrònica

CRUZ VILLALÓN, P. "La reforma del Estado de las autonomías" [en línia]. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms. URL: [http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaaf2%20CRUZdigi\\_tcm112-40009.pdf](http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf) [Consulta: 10-03-2008].

# OBJETIVOS DE LA REAF, PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE ARTÍCULOS Y CRITERIOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

## 1. Objetivos y contenido de la REAF

La *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals* (REAF) publica trabajos sobre autonomías políticas territoriales, de carácter pluridisciplinar, pero con predominio del ámbito jurídico-político.

## 2. Entrega de originales

Los trabajos que se publicarán en la REAF serán originales inéditos, salvo acuerdo expreso en otro sentido del IEA con el autor de un trabajo determinado.

Se aceptarán originales escritos en catalán, español, inglés, francés e italiano, y se publicarán en el idioma de recepción. Una vez aceptados para su publicación, pasarán a tener el *copyright* del Instituto de Estudios Autonómicos y en ningún caso podrán ser reproducidos sin su autorización.

Los artículos se enviarán, preferiblemente, por correo electrónico a [reaf@gencat.cat](mailto:reaf@gencat.cat). También podrán remitirse por correo postal, en papel y en soporte informático, a la sede del IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

## 3. Selección y evaluación de los artículos

Los textos recibidos se someterán a evaluación anónima (sistema de doble ciego) por parte de dos especialistas en el tema tratado (y, si procede, un tercero en caso de divergencia entre los anteriores sobre la publicabilidad del artículo), los cuales serán externos a la revista o

pertenecientes a sus consejos de redacción y científico. La REAF remitirá las evaluaciones al autor.

Los informes de evaluación tendrán en cuenta, entre otros factores:

- la solidez y coherencia metodológica
- la originalidad y las novedades aportadas por el artículo en su campo
- la coherencia y estructuración del artículo
- la argumentación de las tesis defendidas
- la corrección y completud de las fuentes y la bibliografía utilizadas

Si las evaluaciones aconsejan la introducción de cambios en el original, la aceptación definitiva del artículo quedará condicionada a la aceptación por parte del autor de los cambios que se consideren oportunos.

El formulario de evaluación se puede consultar en el web de la REAF, dentro del web del IEA ([www.gencat.cat/iea](http://www.gencat.cat/iea)).

## 4. Criterios generales de presentación de originales

Una vez evaluado y aceptado, el IEA se reserva el derecho de modificar cualquier elemento formal del trabajo con el fin de dar coherencia global a la revista, dada su condición de publicación periódica, adecuando el texto a estas normas de redacción de originales.

Se puede pedir al/la autor/a una corrección (limitada a errores referentes al original aceptado) de pruebas de imprenta, las cuales deberán ser devueltas al IEA en el plazo de 72 horas.

### a) Extensión y formato

El trabajo se realizará en Word y su extensión tendrá un mínimo de 20 y un máximo de 35 páginas de 30 líneas a 70 espacios (unos 45.000-75.000 caracteres con espacios, aprox.), con tipografía Arial (o similar) de tamaño 12 para el texto principal (con interlineado 1,5) y 10 para las notas (con interlineado 1).

Junto con el trabajo, deberá enviarse:

- Un currículum breve (350-400 caracteres con espacios) y los datos personales siguientes: dirección profesional, teléfono y e-mail.
- Un resumen (1.000-1.300 caracteres con espacios) del artículo, en el idioma original y en inglés. El resumen deberá incluir, en cualquier caso, el tema general y el objeto concreto del artículo; la estructura del desarrollo de este objeto en el artículo y las principales conclusiones.
- Una relación de entre cuatro y ocho palabras clave.

### b) Título, apartados y sumario

El título debe indicar de modo conciso el contenido del trabajo, el cual puede completarse con un subtítulo de información complementaria. Si el trabajo se divide en apartados y subapartados, éstos deben indicarse mediante numeración arábiga, hasta un máximo de dos niveles (p. ej., 1.2).

Al artículo le precederá un sumario con los distintos apartados de su estructura.

### c) Acrónimos, siglas y citas

Cuando se escriba por primera vez un acrónimo o una sigla debe consignarse entre paréntesis su significado completo.

Las citas literales introducidas en el texto deben entrecorillarse, y en ningún caso usar la cursiva (aunque se trate de una lengua diferente a la del trabajo). En general, una cita de más de cinco líneas deberá reproducirse en párrafo aparte, sangrado y sin comillas. Cualquier cambio que se introduzca en una cita original se indicará entre corchetes.

Los recursos para destacar palabras o expresiones son la cursiva o las comillas, por lo tanto, se evitará el uso de mayúsculas o negrita.

### d) Notas

Es conveniente limitar el uso de las notas, todas ellas irán a pie de página, numeradas con caracteres arábigos y en superíndice.

Las referencias consignadas en notas a pie de página tendrán el formato siguiente:

- Cuando se cite una obra por primera vez:

Nombre, apellido/s del autor, "título del capítulo" o "título del artículo", *título del libro* o *título de la revista*, volumen, núm., lugar de edición, editorial, año de publicación, página/s.

*Ejemplos:*

Antoni Castells, *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

- Cuando se cite una obra anteriormente citada:

Apellido/s del autor, título breve, año de publicación y página/s.

*Ejemplos:*

Castells, *Les subvencions...*, 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

**e) Listas de referencias**

Al final de cada artículo de la REAF se publicará la lista de referencias (es decir, exclusivamente las fuentes y las obras citadas en el trabajo), ordenadas alfabéticamente por el apellido del autor. No se publicarán bibliografías generales.

La lista de referencias tendrá el formato que se indica en los ejemplos siguientes.

– Libros

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2004.

– Artículos de revista

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislación y jurisprudencia

Según la cita oficial en cada caso: Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje.

STC 33/2005, de 17 de febrero.

– Publicación electrónica

CRUZ VILLALÓN, P. "La reforma del Estado de las autonomías" [en línea]. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms. URL: [http://www10.gencat.net/drep/binaris/real2%20CRUZdigi\\_tcm112-40009.pdf](http://www10.gencat.net/drep/binaris/real2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf) [Consulta: 10-03-2008].



# REAF OBJECTIVES, PROCEDURE FOR THE SELECTION OF ARTICLES AND CRITERIA FOR THE PRESENTATION OF ORIGINALS

## 1. The objectives and content of the REAF

The *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* (REAF) publishes works on devolved regional political entities, from many disciplines but mainly from the legal and political fields.

## 2. Reception of originals

Works to be published in the REAF should be unpublished originals, other than as agreed between the IEA and the author of a particular work.

Originals are accepted in Catalan, Spanish, English, French and Italian and are published in the language they are received in. Once accepted for publication the Institut d'Estudis Autonòmics shall have the *copyright* to such articles and they may not be reproduced without prior authorization.

Articles should be sent preferably by email to [reaf@gencat.cat](mailto:reaf@gencat.cat). They can also be sent by post, in hard copy and soft copy, to the head office of the IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

## 3. Selection of articles and review

The texts received shall be submitted to anonymous review (double blind system) by two specialists in the issue (and, if necessary, a third in the event that there is divergence on the part of the first two on the suitability of the article for publication), who shall be external from the journal or may belong

to its editorial and scientific boards. The REAF shall inform the author of the reviews.

The reviewer's comments shall take into account among other factors:

- Methodological solidity and coherence
- Originality and novel ideas provided by the article in its field
- The coherence and structure of the article
- The argumentation of the thesis defended
- Correction and completeness of sources and bibliography used

If the reviewers suggest the introduction of changes to the original, final acceptance of the article will be conditional upon the acceptance of the author of the changes to be made.

The review form may be consulted on the web page of the REAF, on the IEA web site ([www.gencat.cat/iea](http://www.gencat.cat/iea)).

## 4. General criteria for the presentation of originals

Once reviewed and accepted the IEA reserves the right to modify any formal element of the work in order to give global coherence to the journal, given that it is a periodical, and adapted the text to these editorial rules on originals.

The author may be requested to provide a correction (limited to errors with regard to the original accepted) of the proofs, which should be returned to the IEA within 72 hours.

### a) Extension and format

The work should be written in Word and have a minimum of 20 and a maximum of 35 pages of 30 lines of 70 spaces (45,000-75,000 characters with spaces, approx.), in Arial (or similar) size 12 for the main text (with line spacing of 1.5) and size 10 for footnotes (with single line spacing).

Along with the work the author should send:

- A brief curriculum vitae (350-400 characters with spaces) and the following personal details: professional address, telephone and e-mail.
- A summary (1,000-1,300 characters with spaces) of the article, in the original language and in English. In any event the summary should specify explicitly the general topic and the specific objective of the article; the structure of the development of this objective in the article and the main conclusions.
- A list of between four and twenty key words.

### b) Title, sections and summary

The title should concisely indicate the content of the work, and may be completed with a complementary informative subtitle. If the work is divided into sections and subsections, these should be numbered with Arabic numerals, to a maximum of two levels (e.g., 1.2).

The article shall be preceded by a summary of the various sections into which it is divided.

### c) Acronyms, initials and quotations

When an acronym or initials are written for the first time the complete meaning should be included in brackets.

Literal quotations inserted in the text shall be in inverted commas, and never in italics (even if they are in a language different to that of the work itself). In general, a quotation of more than five lines should be a separate paragraph, indented and without inverted commas. Any change made in an original quotation shall be indicated in square brackets.

The resources to highlight words or expressions are italics or inverted commas, and therefore capitals and bold type should be avoided.

### d) Footnotes

Footnotes should be kept to a minimum, all of which should come at the foot of the page, and be numbered with Arabic characters and in superscript.

References in footnotes shall have the following form:

- When a work is cited for the first time:  
Name, surname/s of the author, "chapter title" or "title of the article", *title of the book* or *title of the journal*, volume, number, place of publication, publisher, year of publication, pages.  
*Examples:*  
Antoni Castells, *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.  
Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.
- When a previously cited work is cited:  
Surname/s of the author, short title, year of publication and pages.

*Examples:*

CASTELLS, *Les subvencions...*, 2004, p. 27-31.

CRUZ VILLALÓN, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

**e) Lists of references**

At the end of each article in the REAF a list of references (that is only the sources and the works referred to in the text), ordered alphabetically by the author's surname. General bibliographies will not be published.

The list of references shall take the form below.

– Books

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). *Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic, 2004.

– Articles from journals

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislation and case law

According to the official citation in each case:

Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge. STC 33/2005, de 17 de febrer.

– Electronic publications

CRUZ VILLALÓN, P. "La reforma del Estado de las autonomías" [online]. *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 2 (April 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic. URL: [http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaaf2%20CRUZdigi\\_tcm112-40009.pdf](http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf) [Consulted: 10-03-2008].

---

## Números anteriors de la REAF

- Núm. 1 - Octubre 2005.** Articles de: Tania Groppi – Xavier Arbós Marín – José Luis Cascajo Castro – Jacques Ziller – Carles Viver Pi-Sunyer – José Antonio Montilla Martos – Jaume Magre Ferran.
- Núm. 2 - Abril 2006.** Articles de: Anna Gamper – Cesáreo R. Aguilera de Prat – Pedro Cruz Villalón – Miguel Ángel Aparicio Pérez – Paloma Requejo Rodríguez – Ricard Zapata-Barrero – Marc Vilalta Reixach.
- Núm. 3 - Octubre 2006.** Articles de: Richard Simeon / Luc Turgeon – Ramón Maiz – Núria Bosch Roca – Ramon Galindo Caldés – Eduard Roig Molés – Marta Espasa Queralt – Alejandra Betanzo de la Rosa – Anna M. Pla Boix – Carolina Gala Durán.
- Núm. 4 - Abril 2007.** Articles de: Antonio D'Atena – Ferran Requejo – David Ordóñez Solís – Inaki Lasagabaster Herrarte – Pablo Santolaya Machetti – Eva Nieto Garrido – Susana Beltrán García – Santiago Farré Tous.
- Núm. 5 - Octubre 2007.** Articles de: Miquel Caminal Badia – Manuel Cienfuegos Mateo – Miguel Ángel Presno Linera – Enriqueta Expósito – Ignacio Villaverde Menéndez – Marcos Gómez Puente – Merce Corretja i Torrens – Jordi Capó Giol / Joan Marcet Morera – Ángeles de Palma del Teso.
- Núm. 6 - Abril 2008.** Articles de: John Kincaid – Josep Ma Castella Andreu – Manuel Medina Guerrero – María Dolores Arias Abellán – Montserrat Ballarín i Espuna – Marcos Almeida Cerredá – Xavier Padrós – Ferran Armengol i Ferrer – Xavier Bernadí Gil – Gerardo Ruiz-Rico Ruiz.
- Núm. 7 - Octubre 2008.** Articles de: Alain Noël – Luis Pomed Sánchez – Joaquín Tornos Mas – Miguel Ángel Cabellos Espiérrez – Juli Ponce Solé – Vicenç Aguado i Cudola – Miquel Salvador – Carlos Ruiz Miguel.
- Núm. 8 - Abril 2009.** Articles de: Hans-Peter Schneider – José Martín y Pérez de Nanclares / Mariola Urrea Corres – Lorena Elvira Ayuso – Luis Moreno – Eva Pons / Jaume Vernet – Tomas Font i Llovet / Marc Vilalta Reixach – Cristina Ares Castro-Conde – Francisco Alemán Páez – Ramon J. Moles Plaza / Anna García Hom.
- Núm. 9 - Octubre 2009.** Articles de: Alain-G. Gagnon / Xavier Dionne – Thomas Fleiner – Antonio M. Hernández – Miguel Azpitarte Sánchez – Maribel González Pascual – Alberto López Basaguren – Amelia Pascual Medrano – Alfredo Galán Galán – Andrés García Martínez.
- Núm. 10 - Abril 2010.** Articles de: Peter Bußjäger – Antonio Arroyo Gil – Neus París i Domenech, Merce Corretja Torrens – Antoni Milián i Massana – Anna M. Pla Boix – Joaquín Urías – José Luis Blasco Díaz – Mariano Bacigalupo Saggese – Javier Astudillo Ruiz.
- Núm. 11 - Octubre 2010.** Articles de: Guy Laforest – Montserrat Guibernau – Ricard Gracia Retortillo – Jorge P. Gordin – Ana Herrero Alcalde / Jesús Ruiz-Huerta Carbonell / Carmen Vizán Rodríguez – Javier Tajadura Tejada – Julio V. González García – Gerard Martín i Alonso – Eva Pons Parera.
- Núm. 12 - Març 2011.** Articles de: Miguel A. Aparicio Pérez – Joaquim Ferret Jacas – Merce Barceló i Serramalera – Marc Carrillo – Eva Pons Parera – Lluís Jou – Joaquín Tornos Mas – José Antonio Montilla Martos – Alfredo Galán Galán / Ricard Gracia Retortillo – Manuel Gerpe Landín / Miguel Ángel Cabellos Espiérrez – José M.a Porras Ramírez – Carles Viver Pi-Sunyer – Merce Corretja / Joan Vintró / Xavier Bernadí – Francisco Balaguer Callejón – Manuel Medina Guerrero.
- Núm. 13 - Abril 2011.** Articles de: Francisco Velasco Caballero – Franz Xavier Barrios Suvelza – José Martín y Pérez de Nanclares – Carles Viver Pi-Sunyer – Mireia Grau – Alfonso Utrilla de la Hoz – Lilo Pina Garrido – Roser Martí i Torres / Encarnació Grau i Corominas – María del Val Segarra Ona / Blanca de Miguel Molina / María de Miguel Molina.
- Núm. 14 - Octubre 2011.** Articles de: G. Alan Tarr – Giuseppe Martinico – Sara Parolari / Alice Valdesalici – Francisco Balaguer Callejón – José Antonio Montilla Martos – Hector López Bofill – Bruno Martín Baumeister – José Ángel Camisón Yagüe.
- Núm. 15 - Abril 2012.** Articles de: Elisenda Casanas Adam – Andreu Olesti Rayo – Miguel Azpitarte Sánchez – Jesús Ruiz-Huerta Carbonell / Miguel Ángel García Díaz – Joan Barata Mir / Carme Fita Caba – Mariola Rodríguez Font – Pau Bossacoma i Busquets – José Gabriel Ruiz González.
- Núm. 16 - Octubre 2012.** Articles de: Michael Keating – Antonio Arroyo Gil – Mario Kölling – Iñigo Urrutia Libarona – Ana M. Carmona Contreras – Mariona Tomàs – Antonio Cereijo.
- Núm. 17 - Abril 2013.** Articles de: Carlos Padrós Reig – Lauri Hannikainen – Víctor Manuel Collí Ek – Miquel Palomares Amat – Eva Sáenz Royo – Joan Ridaó i Martín / M. Àngels Cabasés i Piqué – María del Mar Navas Sánchez – Clara Isabel Velasco Rico.
- Núm. 18 - Octubre 2013.** Articles de: Marco Aparicio Wilhelmi – Pere Simón Castellano – Carles Viver Pi-Sunyer / Mireia Grau Creus – María Dolores Arias Abellán – Manuel Carrasco Durán – Iñaki Lasagabaster Herrarte – Francisco Javier Moreno Fuentes.

**"DIVIDING SOVEREIGNTY": FEDERALISMO Y REPUBLICANISMO  
EN LA TEORÍA POLÍTICA DE JAMES MADISON**

Ramón Máiz

**CITTÀ METROPOLITANE E PROVINCE IN ITALIA: ORGANI, FUNZIONI  
FONDAMENTALI ED ESIGENZE DI RIDUZIONE DELLA SPESA**

Giovanni Cocozza

**LA DIRECTIVA 2004/38/CE Y LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE  
SOBRE EL DISFRUTE DE LAS PRESTACIONES SOCIALES:  
¿FRENO AL AVANCE EN MATERIA SOCIAL O ADECUACIÓN  
A LOS INTERESES DE LOS ESTADOS?**

Natalia Caicedo Camacho

**LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD  
DE MERCADO. EN PARTICULAR, EL PRINCIPIO DE EFICACIA**

Joaquín Tornos Mas

**PRINCIPII DEMOCRÀTIC I JUSTIFICACIÓ CONSTITUCIONAL  
DEL DRET DE DECIDIR**

Josep Maria Vilajosana

**PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y DERECHO A DECIDIR**

José J. Jiménez Sánchez

**COMPETÈNCIES AUTONÒMIQUES EN MATÈRIA DE JUSTÍCIA:  
ESTAT DE LA QÜESTIÓ**

Albert Capelleras González

**¿ES ESPAÑA UN ESTADO CASI-FEDERAL EN POLÍTICA CULTURAL?  
ARTICULACIÓN Y CONFLICTO ENTRE LA POLÍTICA CULTURAL  
DEL ESTADO CENTRAL Y LA DEL GOBIERNO DE CATALUÑA**

Joaquim Rius, Mariano Martín Zamorano

