

2. CATALUÑA

2.1. ACTIVIDAD LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA

A cargo de Joan Vintró

Ley 23/1991, de 29 de noviembre, de comercio interior (DOGC 1540, de 13 de enero de 1992. Corrección de errores DOGC 1546, de 24 de enero de 1992).¹

La Constitución española de 1978 en el artículo 51 asume, como principio rector de la política social y económica, la garantía de la defensa de los consumidores y usuarios. No vuelve a hacer mención a este tema en los art. 148 y 149 de reparto de competencias. No obstante, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, convirtiendo el principio en materia, asume la competencia y por tanto la capacidad para legislar.

El artículo 12.1.5 del EAC otorga a la Generalidad competencia exclusiva en materia de comercio interior y defensa de los consumidores y usuarios en el bien entendido de que esta competencia debe ejercerse de conformidad con las bases de la ordenación de la actividad económica del Estado. El uso de esa competencia legítima a la Generalidad para dictar normas de todo tipo, así como para ejercer las funciones ejecutiva y de inspección.

La Generalidad ha hecho amplio uso de esta posibilidad. Como se recuerda en la exposición de motivos, se han ido sucediendo diferentes leyes que, con carácter más o menos general, regulan la ordenación del comercio y la disciplina de mercado.² Así, la Ley 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales, Ley que en parte ha sido derogada por la comentada y con la que está destinada a refundirse (DF primera de la Ley 23/1991), la Ley 3/1987, de 9 de marzo, de equipamientos comerciales y la Ley 1/1990, de 8 de enero, sobre disciplina de mercado y defensa de los consumidores y usuarios.

La presente Ley, que está dividida en 4 capítulos, tiene por objeto la regulación administrativa en el ámbito de Cataluña de aspectos básicos del comercio interior.

El capítulo 1 es básicamente explicati-

1. Esta ley ha sido objeto de dos recursos. Concretamente el Recurso de inconstitucionalidad 978/92, planteado por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra los artículos 3, 4 y 5 (BOE de 7/5/1992. Así como el 981/92, planteado por el presidente del Gobierno, contra los artículos 4.3, 5, 10 y 12.3 y por conexión el art. 21.1.b), c) y f) de la ley de referencia (BOE 1/5/1992).

2. Paralelamente, con carácter sectorial —en el sentido de sector de actividad— la Generalidad ha dictado una serie de normas que tienden tanto a ordenarla (señalamiento de requisitos y condiciones de ejercicio de la actividad industrial) como a proteger al consumidor. Así, el Decreto 147/1987, de 31 de marzo, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, sus equipos y componentes. Decreto 193/1989, de 17 de julio, por el que se establecen las normas sobre ordenación y clasificación de los apartamentos turísticos y Decreto 194/1989, por el que se regulan las empresas dedicadas al alquiler de apartamentos turísticos.

vo. En él se determina el contenido conceptual de expresiones tan amplias como «actividad comercial», entendiéndola como la puesta a disposición de bienes o servicios, a través de personas físicas o jurídicas (art. 2). Se especifican los tipos de actividad, distinguiendo entre «actividad comercial mayorista» y «detallista» (destinada a consumidores).

El capítulo 2 se destina a señalar cuales son los requisitos —administrativos y de actuación— a los que la actividad queda sujeta. Fija las condiciones administrativas para el ejercicio de la actividad comercial (art. 3), determinando la necesidad de que las personas que se dediquen a ella figuren inscritas en el Registro que en esta misma ley se crea (art. 4), con el objeto de poder conocer y evaluar las estructuras comerciales existentes. Se señalan también específicas normas de funcionamiento (art. 5 a 8). En este sentido se considera que el comerciante está sujeto a ciertas limitaciones que impidan una competencia desleal. Así, dando un margen a concretas necesidades específicas (tipo de establecimiento, época del año, etc.), fija los horarios máximos de apertura semanal, que quedan establecidos en 60 horas (art. 5.1.a). Dicho horario debe exhibirse y ser visible, incluso cuando el establecimiento esté cerrado (art. 6). Y, de otro lado, tendiendo a la protección de los destinatarios finales, obliga a proporcionar la necesaria y veraz información sobre los precios de los productos o servicios ofrecidos (en el precio de venta debe indicarse la cantidad total, incluidos impuestos y gastos si los hay, precedida de las siglas PVP, art. 7 y 8).

El capítulo 3 señala y regula diferentes modalidades de venta y otras prácticas comerciales. Este capítulo es en parte de-

sarrollo de supuestos regulados en la Ley 1/1983 y, en parte, de tipificación y regulación de nuevas formas de venta.

a) *Ventas especiales por razón del lugar*

1. *Ambulante-itinerante en vehículos-tienda.* Obtiene esta denominación la realizada (habitual, ocasional, periódica o continuamente) por personas que, además de cumplir los requisitos de ejercicio de la actividad comercial (alta fiscal, seguridad social, registro, etc.), están debidamente autorizadas por los ayuntamientos para realizar las correspondientes ventas en vehículos-tienda por las poblaciones.

2. *Domiciliaria.* Se adapta la ley a la Directiva 85/577 del Consejo de las Comunidades Europeas, de 20 de diciembre de 1985, al señalar —como complemento a la regulación que sobre esta materia ya realizó en la Ley 1/1983— que el período de reflexión del que dispone el adquirente y en el que puede dejar sin efecto el contrato celebrado en su domicilio es de 7 días (art. 10).³

3. *Venta a distancia.* Es la forma de distribución comercial detallista que se lleva a término con la oferta previa, realizada a través de cualquier medio de comunicación, en la que se ha señalado la forma en que los consumidores deben aceptar (art. 11). Por consiguiente está prohibida la entrega de productos o servicios no solicitados, y se considerará nula la cláusula en la que, unilateralmente, el comerciante atribuya un valor afirmativo al silencio (art. 13.2).

Dado que el consumidor no ha tenido la oportunidad de contrastar la calidad del producto que a través de esta venta se le ofrece, el art. 12 señala que, junto a

3. En el mismo sentido, aunque de ámbito estatal, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, en concreto art. 5.1.

los otros datos que el vendedor ha de suministrar (identidad, núm. de inscripción en el registro, precio total, etc.), deberá informarse de la existencia de un período de reflexión, no inferior a siete días, así como del mecanismo de devolución y del régimen de gastos que ésta genere.

4. Venta automática. La venta automática, regulada en los art. 14 a 17, supone la inmediatez de la adquisición. Esta se opera con la sola presencia del consumidor que, depositando el importe del producto que pretende adquirir y accionando el mecanismo de distribución, consuma la venta.

Justamente, debido a la ausencia de la parte vendedora, la Ley exige un plus de requisitos de operatividad para este procedimiento de venta. Estos se concretan, desde el punto de vista administrativo, en la ampliación de los datos necesarios para efectuar el registro, así como en la necesidad de obtener el preceptivo permiso de los ayuntamientos, en la medida en que las máquinas ocupen espacio público por estar instaladas fuera de los establecimientos comerciales. Por otra parte, desde la perspectiva del consumidor, la Ley exige una completa identificación tanto del producto como del oferente, así como la dirección donde se atenderán las reclamaciones.

b) *Ventas especiales en razón del método de venta*

1. Venta en pirámide. Según el art. 18 de la ley, se considera venta en pirámide aquella en la que se ofrecen al consumidor productos o servicios a precios reducidos, condicionando este hecho a que el consumidor al que se dirige la oferta consiga, directa o indirectamente, otros clientes o un cierto volumen de ventas. El segundo párrafo, por su parte, establece la prohibición de utilizar, para

estas ventas, la mediación de los consumidores. La lectura de la norma suscita cierta sorpresa: ¿acaso se define para luego prohibir? En relación con esta cuestión, y para la correcta inteligencia del precepto, podemos considerar dos hipótesis:

1.^a El primer párrafo define con carácter general un método de venta, prescindiendo de los sujetos que intervienen —por tanto, con independencia de que éstos sean comerciantes o consumidores— para luego, en el segundo, prohibir la mediación de estos últimos, al objeto de evitar que se vean convertidos en involuntarios y atípicos agentes de ventas. Esta primera hipótesis es plausible aunque, en caso de admitirla, habría que reconocer que en la definición de la venta en pirámide (párrafo primero) sobra la referencia al consumidor.

2.^a El art. 18 de la Ley sólo pretende definir y regular la venta en pirámide como método caracterizado por la intervención de consumidores (por tanto, dejando al margen las redes de distribución de las que sólo forman parte comerciantes o profesionales). En este caso, el párrafo primero sería correcto. El segundo estaría destinado a establecer el régimen aplicable. Pero, en realidad, el régimen no es tal, sino la pura y simple prohibición. Seguramente esta segunda hipótesis es la correcta, pero desde el punto de vista formal habría sido mucho más sencillo un único párrafo (por ejemplo, disponiendo que quedan prohibidas las ventas en pirámide, entendiéndose por tales...).

c) *Ventas especiales en razón del objeto*

1. Venta a precio rebajado. El art. 19 viene a sustituir lo establecido en los art. 20 a 23 de la Ley 1/1983 (*vid.* disposición derogatoria). En parte repite lo

que ya decía la normativa anterior (definición, limitaciones, obligación de que el producto rebajado ya estuviera previamente a la venta), añadiendo alguna novedad. A destacar la necesidad de que el comerciante, cuando ofrece a precio rebajado un artículo, tenga existencias suficientes para cubrir la demanda. La suficiencia se mide en función de la duración de la venta anunciada y de la publicidad que a la misma se hubiera dedicado.

2. Oferta de premios o regalos mediante sorteo. En la norma se impide que el comerciante que ha comunicado al consumidor que como consecuencia de un sorteo ha sido favorecido con un regalo, lo condicione después (directa o indirectamente) a la compra de productos o servicios. La razón de la prohibición radi-

ca en el hecho de que se quiere evitar que el consumidor contrate influenciado más por el premio o regalo que por la naturaleza del bien o producto.

El capítulo 4, de contenido administrativo, se limita a señalar las conductas que se consideran infracciones y las consiguientes sanciones.

Esta ley completa la regulación sectorial que sobre comercio interior había realizado ya la Generalidad, y lo ha hecho, como puede leerse en la misma exposición de motivos, a través de una disposición ambivalente ya que, por sus objetivos y por las materias que ordena, constituirá también un instrumento eficaz para la protección de los consumidores.

Isabel Miralles González

Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda (DOGC 1541, de 13 de enero de 1992).

El artículo 47 de la Constitución declara el derecho a tener una vivienda digna y adecuada y contiene, además, un mandato específico dirigido a los poderes públicos, los cuales tienen que promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. En cumplimiento de este mandato, y al amparo de las competencias que el Estatuto otorga a la Generalidad en materia de viviendas (art. 9.9) y de la defensa del consumidor y del usuario (art. 12.1.5), se elaboró la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda.

La Ley supone, en primer lugar, la agrupación sistemática en un solo texto de un conjunto de normas de carácter general que tienen que constituir el marco rector del proceso constructivo, de la comercialización y del mantenimiento y la rehabilitación de las viviendas, una ma-

teria que a nivel normativo se había caracterizado por su diversidad y, en muchos casos, por su temporalidad. Por otro lado, la Ley aproxima el régimen dual existente en función del carácter protegido o no de la promoción, sometiendo las viviendas de régimen libre a las normas y controles de calidad establecidos y fijando un detallado sistema de garantías y requisitos para su alienación o cesión de uso.

El texto se articula en seis títulos, que incluyen un total de setenta y tres artículos, dos disposiciones adicionales, una transitoria y tres finales. En el título preliminar, bajo la rúbrica «Ámbito de aplicación», se establecen los conceptos legales de vivienda, de promotor, en relación con cuya figura debe destacarse la previsión de un registro administrativo, la inscripción en la cual puede constituir un requisito para la promoción de las vivien-

das como actividad profesional, de constructor y de industriales colaboradores. Estas figuras tienen importancia en la medida en que se convierten en las responsables del proceso constructor y de las transmisiones de viviendas.

El título primero trata, en su primer capítulo, de las condiciones del entorno de la vivienda y determina los requisitos mínimos que debe reunir el suelo calificado para usos residenciales por el planeamiento urbanístico. El segundo capítulo de este título incluye los requisitos para la construcción de viviendas, tanto desde la perspectiva objetiva del producto final como desde la subjetiva, relativa a las condiciones de capacidad y habilitación, de los aspectos que intervienen en la construcción. En este sentido se prevé que no se pueden iniciar las obras de construcción si no se han presentado en el ayuntamiento el proyecto ejecutivo para la edificación, el proyecto de seguridad y el programa de control de calidad. La exigencia de estos documentos sitúa a las administraciones municipales en una posición, en la tramitación de las licencias de edificación, que no sólo se preocupa por la legalidad urbanística, sino también en relación al cumplimiento de las normas sobre la construcción de viviendas, por cuyo motivo se remarca el valor de los documentos administrativos acreditativos del cumplimiento de las condiciones de las licencias de obras y de las condiciones de habitabilidad (la licencia de primera ocupación y la cédula de habitabilidad y el certificado de calificación definitiva de las viviendas de protección oficial [art. 12 y 13]). En una misma línea se determina la necesidad de acreditar las licencias de edificación en la escritura e inscripción de la nueva obra y de la división horizontal (art. 14). El alcance de este artículo ha sido determinado por el Decreto 282/1991, de 24 de diciembre, referente a la acreditación de

determinados requisitos previamente al inicio de la construcción de viviendas.

El título segundo trata de la transmisión de la vivienda, entendida en un sentido amplio, que incluye la venta y el alquiler. Este título, que se divide en cinco capítulos, incorpora dos de las novedades más relevantes de esta Ley. La primera es la exigencia de que los promotores de viviendas, antes de enajenarlos, tienen que constituir una garantía suficiente en favor de los adquirentes que cubra la reparación de los defectos de la construcción y de los daños que de ella deriven directamente sobre la vivienda, lo cual supone un avance importante que va bastante más allá de la responsabilidad decenal regulada en el artículo 1591 del Código civil, incluso de la interpretación extensiva que los tribunales habían hecho de éste.

La otra novedad radica en el llamado «Libro del edificio», documento que recoge los datos principales de la totalidad del edificio e incluye el DET o documento de las especificaciones técnicas que contiene, entre otros datos, las instrucciones de uso y mantenimiento de las distintas partes de la edificación. El contenido concreto del «Libro del edificio» ha sido objeto de desarrollo reglamentario mediante el Decreto 206/1992, de 1 de septiembre.

El título tercero contiene tres capítulos que tratan del uso y de la conservación, la rehabilitación y la adaptación especial de las viviendas. La conservación es, genéricamente, una obligación de los propietarios y usuarios, que tienen que seguir las instrucciones del DET si éste es preceptivo. Los propietarios, sin embargo, están especialmente obligados a velar por la conservación de las condiciones de seguridad, para lo cual tienen que asegurar los edificios de los riesgos que se derivan de causas fortuitas, de fuerza mayor y de daños contra terceros (art. 30).

El trato de las obras de rehabilitación se realiza distinguiendo entre la rehabilitación estricta definida como la actuación dirigida a conseguir la adecuación o la mejora constructiva funcional o de habitabilidad, y la que la Ley denomina gran rehabilitación, que incluye las actuaciones que constituyen una actuación global en todo el edificio para destinar a la promoción en venta o alquiler las viviendas resultantes. La gran rehabilitación se equipara, a los efectos de la Ley, a la promoción de obras de nueva construcción. Por lo que respecta a la rehabilitación estricta, la Ley articula un procedimiento que permite obtener una autorización administrativa para llevarlas a cabo, en defecto de acuerdo entre los propietarios y los usuarios. En un sentido similar se regula la adaptación especial de viviendas, destinada a llevar a cabo las obras de transformación necesarias para que las viviendas y los elementos comunes de los edificios sean utilizados por las personas con movilidad reducida que tienen que vivir en ellas.

El título cuarto, dividido en cinco capítulos, está dedicado al fomento público de la vivienda. El primero relaciona las medidas de fomento que tienen que to-

mar las administraciones públicas en materia de vivienda y regula el Consejo Asesor de la Vivienda de Cataluña, organismo consultivo y asesor de la Generalidad en materia de vivienda. Las medidas de fomento relacionadas en el capítulo primero se desarrollan en los tres capítulos siguientes, bajo las rúbricas «promoción pública del suelo», «promoción pública de viviendas» y «beneficios y ayudas económicas a la vivienda». El quinto capítulo de este título está dedicado a los derechos de la Administración en la transmisión de viviendas de protección oficial, que establece los derechos de tanteo y retracto en favor de la Generalidad en las transmisiones de viviendas de protección oficial de promoción privada, medida que hasta ahora sólo estaba recogida para el caso de las viviendas de promoción pública.

Finalmente, el título quinto regula el régimen disciplinario, que cubre ámbitos que, debido a que sólo habían sido regulados a nivel reglamentario (como, por ejemplo, el control de la habitabilidad), no tienen una correspondencia específica entre incumplimiento y sanción administrativa.

Pere Sol i Ordís

Ley 28/1991, de 13 de diciembre, de las mutualidades de previsión social (DOGC 1544, de 21 de enero de 1992; corrección de erratas: DOGC 1581, de 10 de abril 1992).

La Ley 28/1991 desarrolla el mandato estatutario contenido en el art. 9.21 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que atribuye competencia exclusiva a la Generalidad en materia de mutualismo no integrado en el sistema de la Seguridad Social. Incidentalmente, cabe subrayar aquí que tal competencia exclusiva se extenderá a todas las comunidades autónomas que accedieron a la auto-

mía por la vía del art. 143 de la Constitución, cuando se apruebe el Proyecto de Ley orgánica de transferencia de competencias a las comunidades autónomas (art. 2.c).

Tras trece años transcurridos desde la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña, al fin, el legislador autonómico ha ejercido las competencias legislativas que le atribuye la norma; debe re-

cordarse que intentó ejercer ya esas competencias en el año 1983, cuando se presentó un proyecto de ley de mutualidades que finalmente no vio la luz pública, ya que se consideró más prudente esperar a que el Gobierno español aprobara la Ley de ordenación del seguro privado y su reglamento.

La Ley 28/1991 nace así ya condicionada por la existencia de una legislación de ámbito estatal, no muy respetuosa a mi parecer con el diseño constitucional y estatutario, y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha ido delimitando el ámbito competencial estatal y autonómico en materias que inciden directamente sobre las mutualidades de previsión social, cuales son las competencias de ordenación de la banca y seguros (art. 149.1.11 CE) y aplicación de la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE).

Por tanto la Ley 28/1991 debe respetar varios condicionamientos previos, siendo uno de ellos la aplicación como normativa básica del capítulo IV de la Ley de ordenación del seguro privado de 1984, y el Reglamento de entidades de previsión social de 1985; es decir, se respeta y toma en consideración la normativa estatal referente a bases de ordenación del seguro y bases de la actividad aseguradora de las mutualidades y montepíos de previsión social.

También, la Ley 28/1991 debe interrelacionarse con la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 86/1989. En la misma, se afirma que el art. 149.1.11 CE es de aplicación a las mutualidades, porque «en cuanto que... realicen o lleven a cabo actividades como la aseguradora... serán aplicables a esa actividad las bases de ordenación que el Estado haya establecido dentro de los límites de su competencia».

De otra parte, no conviene tampoco olvidar que la legislación autonómica deberá tomar en consideración en su mo-

mento la normativa comunitaria sobre la mutualidad europea, cuyo proyecto de reglamento se encuentra aún en fase de estudios (*vid.* el texto en DOCE núm. C. 99, 21.04.92), y para cuya fundamentación se argumenta en el texto que «las mutualidades son ante todo agrupaciones de personas que se rigen por principios de funcionamiento específico, distintos de los que observan otros operadores económicos».

Los rasgos más relevantes de la Ley 28/1991 pueden sintetizarse en los siguientes términos.

A. La Ley pretende recuperar las antiguas tradiciones históricas del asociacionismo del pueblo catalán, manifestadas ya desde épocas lejanas de la Edad Media, y que ponen el acento en la nota de solidaridad como vía para resolver los problemas planteados. Se recupera con esta Ley una competencia legal que ya había sido ejercida durante el periodo de la Segunda República, por la Ley de 22 de marzo de 1934.

B. Se acepta explícitamente en la norma, como ya he indicado antes, que la Ley 28/1991 está desarrollando adecuadamente el art. 9.21 EAC y que eso significa la plena aceptación de la normativa básica estatal.

C. La norma pretende llenar, además del vacío legislativo, un vacío social entendiéndose por tal la poca existencia de propuestas innovadoras que permitan a las mutualidades desarrollar actividades paralelas o complementarias con las clásicas de previsión social. De tal forma, se dice expresamente en la exposición de motivos que se pretende «clarificar la naturaleza de las mutualidades, de forma que engloben las múltiples experiencias e instituciones cuyo último fin es establecer la previsión social sin ánimo de lucro».

La cuestión no es baladí, y depende del uso que las mutualidades hagan de la norma —no impugnada, por otra parte, ante el Tribunal Constitucional— para que extiendan sus actividades a fines conexos, pero no idénticos a los de la protección de las personas y de las cosas.

Compárese al respecto la definición que de las funciones de las mutualidades dan el texto legal estatal de una parte, y el autonómico de otra. Mientras que en el primero se indica que las mutualidades se dedican solo a la previsión, en el segundo se encuentra la referencia, no solo a la previsión, sino también a las actividades de cariz social que se les autorice. Este planteamiento se refuerza en el art. 71 de la Ley 28/1991 cuando se indica que el objeto social de la mutualidad puede incluir el desarrollo de actividades conexas con la previsión social o que estén directamente relacionadas con ella, «y el desarrollo de otras actividades de cariz social debidamente autorizadas por el órgano administrativo competente».

D. Especialmente importante me parece el compromiso recogido en la norma que asumen los poderes públicos de fomentar el mutualismo. Piénsese en la importancia histórica que el mutualismo ha alcanzado a lo largo de los años en Cataluña; la potenciación de las fórmulas de la «economía social», entre las que se incluyen las mutualidades, encaja plenamente dentro del mandato constitucional y estatutario de potenciar la participación de los ciudadanos en la vida económica y social a través de fórmulas asociativas de carácter democrático.

E. La Ley 28/1991 regula una serie de prestaciones que no se integran dentro del sistema de Seguridad Social al que se refiere el art. 41 CE. Por tanto, el mutualista queda protegido tanto por las prestaciones que, en su caso, perciba

como afiliado a la Seguridad Social pública, como por aquellas que percibe (servicios, pensiones, indemnizaciones y subsidios) de la mutualidad en concepto de contraprestación por el pago de la cuota a una entidad privada. No deja de ser necesaria esta referencia en unos momentos en que los cambios legislativos están comenzando a alterar el marco, hasta ahora prácticamente intocable, de la Seguridad Social pública (piénsese, por ejemplo, en el traspaso del pago de los quince primeros días de baja del trabajador —prestación de incapacidad laboral transitoria— a las empresas).

F. En sintonía con la normativa estatal, se establece un régimen administrativo de autorización de la mutualidad para que ésta pueda comenzar a actuar, así como un régimen de inspección periódica de dicha actividad. Se trata en definitiva de conseguir que la mutualidad —para cuya constitución se requiere un mínimo de 50 socios— tenga la solvencia necesaria para poder garantizar en todo momento el pago de las prestaciones debidas. Nada hay que objetar, sino todo lo contrario, al control e intervencionismo administrativo, siempre que sea eficaz. Igualmente, la posibilidad de constituir federaciones y agrupaciones de mutualidades me parece una vía correcta para garantizar el mantenimiento de las prestaciones y para asegurar una correcta presencia del sector en el conjunto de actividades económicas y sociales (a título de ejemplo, véase la participación de los representantes de la economía social en el Consejo Económico y Social recientemente creado en el ámbito estatal, y como sería necesaria la presencia de representantes del sector en el supuesto de constituir el Consejo Económico y Social de ámbito catalán).

G. Cuando redacto este breve comentario, y con ello termino, no se ha cumplido aún la previsión contemplada en la

disposición final de la Ley 28/1991, que obliga al Consejo Ejecutivo a desarrollar por Reglamento, en el plazo de un año, los preceptos de la Ley. Hay que esperar, y desear, que dicho Reglamento ayude a concretar cuáles pueden ser esas actividades de cariz social no estrictamente vin-

culadas a la previsión, que pueden desarrollar las mutualidades y que, a no dudar, enriquecerán el conjunto de prestaciones que están en condiciones de ofrecer a sus socios.

Eduardo Rojo Torrecilla

Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de modificación de la compilación del Derecho civil de Cataluña en materia de venta a carta de gracia (DOGC 1537, de 3 de enero de 1992).

La reforma de la regulación de la compraventa a carta de gracia (arts. 326-328 CDCC) persigue convertir la institución, como señala el Preámbulo, en una «*figura realment operativa dins el tràfic jurídic actual*». Contrato por el que el vendedor se reserva, al transmitir la cosa vendida, el derecho de redimir, de modo que puede readquirir la cosa dentro de un plazo máximo de 30 años en la vida de una o dos personas existentes al celebrarlo, la compraventa a carta de gracia es una institución tradicional del Derecho civil catalán. Sin embargo, se cuestionaba su empleo porque facilitaba la simulación de un préstamo (fuera o no usurario), cuyo impago provocaba el comiso (la propiedad redimible del comprador-prestamista se consolidaba en la práctica si el vendedor-prestatarario no podía devolver el préstamo-precio de redención). Precisamente esa función económica de garantía dio origen a otra denominación de la figura: *empenyament*. La reforma —que elimina de su texto el término *empenyament*— persigue eliminar esas reticencias, pues considera que, en la actualidad, la venta a carta de gracia puede cumplir diferentes finalidades sociales y de fomento (por ej. en la promoción de viviendas sociales).

La nueva ley se centra en la configuración inequívoca del derecho de redimir como un derecho real. De este modo se

supera el silencio de la anterior redacción y se recoge una constante en la tradición jurídica catalana. El derecho de redimir es indivisible, puede ser sometido a condición, y es susceptible de transmisión o gravamen. Su carácter real supone la posibilidad de hipotecar el propio derecho, y de ejecutarlo sin tener que ejercitarlo previamente para recuperar la finca, es decir, sin recurrir al art. 107.8 de la Ley Hipotecaria, referido a una situación diferente.

De modo más acorde con la naturaleza de la figura, la propiedad del comprador se define como «propiedad gravada», sustituyendo la expresión «propiedad resoluble» de la redacción anterior: si la propiedad resoluble parecía enlazar con un simple contrato sometido a una causa de extinción, la propiedad gravada se refiere, sencillamente, a un derecho de propiedad limitado por un derecho real de adquisición. El comprador es el propietario de la cosa vendida, adquiere sus frutos y puede transmitir o gravar su derecho. Sin embargo, su propiedad puede no ser definitiva. Por ello, respecto al ejercicio de su derecho, el nuevo art. 327-1 introduce una importante innovación: si el poseedor de la cosa vendida —ya sea el comprador o un tercer adquirente— realiza actividades que puedan deteriorarla, el titular del derecho de redimir puede pedir al juez el cese de las mismas y, de

persistir, el juez podrá nombrar un administrador judicial.

La redención de la cosa vendida debe realizarse en un plazo máximo de treinta años si es un inmueble y de seis si es mueble. Comporta —y en este punto no se introducen cambios— la extinción de los gravámenes y cargas impuestas por sus sucesivos titulares, pero el precio de la redención queda afectado a su liquidación. Únicamente se mantienen los arrendamientos, si bien, en caso de ser notoriamente gravosos, podrá el redimente resolverlos.

El nuevo art. 328 recoge los diferentes conceptos a abonar como presupuesto al ejercicio del derecho de redimir. La enumeración introduce varias innovaciones. En primer lugar, el precio fijado para la redención puede diferir del entregado al celebrarse el contrato. Esta posible diferencia no parecía posible en la anterior redacción, pues el art. 326 recogía el «*preu mateix de la venda*». En segundo, se limita el importe a restituir de los gastos útiles: no pueden exceder del precio del coste ni, en ningún caso, del 25% del

precio fijado para la redención. Esta limitación quiere evitar que el comprador, con la realización de costosas mejoras, imposibilite el ejercicio de la redención a un vendedor que no pueda restituir la cantidad invertida.

Al enumerar los gastos, se sustituye la clasificación anterior «*despeses extraordinàries de conservació o refacció*», «*milliores útils*» por «*despeses de reparació*», «*simple conservació*», «*despeses útils*» en el intento, acaso, de perfilar una más clara delimitación de los gastos. No obstante, este criterio se revela inútil, por cuanto no es una constante del legislador, como se demuestra en el Codi de successions recientemente aprobado (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) que reproduce las anteriores categorías de la Compilación.

Por último, debemos señalar que la ley incorpora un tercer párrafo al art. 323 CDCC —en sede de rescisión por lesión— sobre el modo de determinar el precio justo en los supuestos de venta a carta de gracia.

M. Elena Lauroba Lacasa

Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (DOGC 1542, de 17 de enero de 1992).

La protección de menores había sido objeto de regulación, hasta la entrada en vigor de la Ley que ahora comentamos, por la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores. En ella se contemplaban tres aspectos bien diferenciados: la denominada prevención de la delincuencia infantil y juvenil, el tratamiento de la delincuencia (reforma) y, finalmente, la tutela por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad (protección en sentido estricto). El último de los aspectos señalados, es decir, la faceta protectora en sentido estricto, ha

pasado a ser objeto de nueva regulación, esencialmente civil, en la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.

Como se desprende del propio título de la Ley, junto a las medidas de protección se incluye, también, una completa regulación de la adopción. Con ello se han venido satisfaciendo las intenciones que el Parlamento ya manifestó en la disposición transitoria única de la Ley 10/1987, de 25 de mayo, de reforma de la compilación, cuando reconocía que la

aplicación de los artículos del Código civil que regulan la adopción era con carácter transitorio, es decir, «mientras el Parlamento de Cataluña no haya legislado en materia de adopción...»

Como características más destacadas de la Ley podemos citar las siguientes:

- La regulación unitaria de las medidas de protección y adopción.
- Reflejar fielmente los principios establecidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.
- Conceder un fuerte protagonismo a las entidades públicas, con un posterior control judicial de sus resoluciones.
- Viene a dar cumplimiento, dentro del ámbito de las competencias de la Generalidad, al mandato constitucional (art. 39.2 CE) de que los poderes públicos tienen que asegurar la protección integral de los hijos.

Partiendo, como es lógico, de la configuración de un ámbito de aplicación territorial («tengan el domicilio o se hallen eventualmente en Cataluña»), ya que este es el que puede proporcionar más rápidamente una efectiva e inmediata protección al menor desamparado, viene a definir, en el art. 2, cuándo debe considerarse desamparado a un menor. A pesar de que este precepto ha optado por la vía ejemplificativa, parece claro que la idea básica que planea a la hora de apreciar la situación de desamparo es la apuntada por la exposición de motivos: «Se considera desamparado al menor que se halla en una situación de hecho en que le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, prescindiendo de la causa de esta situación.»

Para garantizar al máximo el derecho de los padres, y, al mismo tiempo, poder hacer efectiva la protección necesaria, se ha optado por un sistema en el cual se

compatibiliza la atribución de la decisión primera a la entidad pública con un posterior control judicial. Por eso se establece que la resolución ha de ser motivada, comunicada al fiscal, notificada a los padres (a éstos, además, se les ha de concretar los derechos que les asisten y la forma de canalizar su oposición). El juez tendrá la última palabra y, a petición de cualquiera de las personas mencionadas, podrá confirmar o dejar sin efecto la declaración de desamparo o, en su caso, la medida adoptada.

También se contemplan aquellos casos en que es necesaria una intervención urgente, a la que los padres o guardadores se oponen (art. 4), con el consiguiente riesgo para la propia persona del menor. Aquí la intervención judicial es determinante, ya que le corresponderá adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva la protección; y todo ello sin perjuicio de que la entidad pública pueda intervenir directamente cuando la situación de desamparo suponga un peligro para la vida o la integridad del menor.

El paso siguiente a la declaración de desamparo es decidir la medida más adecuada para conseguir la protección del menor, para lo cual deberá tenerse presente, por encima de todo, el interés del menor. Precisamente, a esta finalidad responden las directrices orientativas que se dan en el art. 5.3, en el sentido de que, siempre que sea posible, se aplicará la medida que no conlleve separación del hogar o del entorno familiar. Si esto no es factible, se procurará, a pesar de todo, que no pierda aquella relación familiar, dejando como última medida el tener en cuenta la acogida en un centro.

Como lo que se pretende es conseguir la efectiva protección del menor, se dota de los mecanismos necesarios a la entidad pública (art. 3) para que esto sea una realidad. Concretamente, la entidad pública asumirá automáticamente las funciones

tutelares (no atribución de la tutela) sobre el menor, cuando el desamparo sea debido al incumplimiento de los deberes de protección establecidos por las leyes, no existan las personas que tienen que hacerse cargo de él o se hallen imposibilitadas para el ejercicio de la potestad que les corresponde. Esta asunción de las funciones tutelares implica la suspensión *ex lege* de la patria potestad, sin perjuicio de que el organismo competente (art. 6.2) solicite la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela. En el caso que el desamparo sea debido a una fuerza mayor de carácter transitorio, a solicitud de los padres, la entidad pública sólo asumirá la guarda.

De las medidas de protección que enumera el art. 5, destaca muy especialmente la acogida. La ley, muy acertadamente, distingue entre la acogida simple del menor por una persona o familia, que pueda sustituir provisionalmente su núcleo familiar natural; la acogida simple en un centro público o colaborador y, finalmente, la acogida familiar pre-adoptiva. Este último, más que una medida (que lo es), constituye un período de prueba para la adopción del menor.

Por lo que respecta a la adopción, en la línea del Convenio europeo en esta materia, de 24 de abril de 1967, se parte del principio general (art. 19) de que sólo pueden ser adoptados los menores que se hallen en situación de acogida preadoptiva, salvo unos supuestos excepcionales (adopción del hijo del cónyuge o hijo de aquel con quien conviva maritalmente el adoptante de forma estable, adopción de un pariente en tercer grado, huérfano, etc.). Paralelamente, también se prevén dos formas de iniciar el procedimiento de adopción; una, a instancia de la entidad

pública (que procederá, precisamente, en los supuestos de que se parta de una acogida pre-adoptiva previa) y la otra, a instancia de los adoptantes, cuando se trate de las excepciones mencionadas anteriormente. En el caso en que haga más de un año que el menor se encuentre en una situación de acogida pre-adoptiva, la Ley entiende que, si la entidad pública no la ha hecho cesar, es porque ha dado resultado, y, por lo tanto, es posible la adopción, con lo que se hace necesaria la propuesta previa de la entidad pública.

La adopción (art. 26) produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza, es decir, los establecidos en los art. 19 y 20 de la Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones. En ese punto de los efectos, cabe destacar que el art. 28 de la Ley prevé expresamente la posibilidad (de acuerdo con el principio de la verdad biológica, arraigado en el derecho catalán) de que el hijo adoptado, cuando llegue a la mayoría de edad, pueda ejercer las acciones que conducen a averiguar quienes han sido los progenitores biológicos, sin que eso afecte a la filiación adoptiva. Mientras el adoptado es menor de edad, sus representantes legales (padres adoptivos) simplemente pueden solicitar datos biogenéticos (art. 35), en interés de su salud, lo cual, en ese último caso, no implica que se desvele la identidad de aquellos.

Por lo que se refiere a la extinción, la adopción se configura como irrevocable, aunque es posible que el juez resuelva su extinción (atendiendo siempre al interés del menor) cuando los padres por naturaleza no hayan intervenido —sin su culpa— en el expediente.

Joan Egea Fernández

Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de tutela e instituciones tutelares (DOGC 1543, de 20 de enero de 1992).

I. Las situaciones personales objeto de protección por la Ley 39/1991, de la tutela e instituciones tutelares

La Ley 39/1991, de 30 de diciembre (DOGC núm. 1543, de 20 de enero de 1992) (en adelante, LTIT), ha dotado al ordenamiento civil catalán de una regulación de las instituciones tutelares, con lo cual se recupera una importante parcela institucional hasta ahora tributaria del Código civil. La nueva ley expresa una clara vocación de completar, regulando su ámbito material «de manera autónoma e íntegra» (preámbulo). Esta intención, sin embargo, no ha tenido totalmente éxito, tanto por la remisión a marcos institucionales regulados por el derecho estatal (por ejemplo, en sede de patria potestad, de capacidad de obrar, de configuración de los estados civiles) como a causa de una deficiente técnica legislativa, perceptible en carencias de sistemática, lagunas, reiteraciones y disarmonías con el resto del ordenamiento, que deberían salvarse en ocasión de la refundición de la Ley o de su inserción en un futuro Código de familia.

Las condiciones o situaciones personales que la Ley dota de protección son la de menor edad (cuando éste no esté bajo la patria potestad, o, en caso de emancipación, no pueda ser asistido por sus padres) y la de incapacidad (art. 1). A ellas hay que añadir la prodigalidad (art. 73 b), así como la herencia yacente y los bienes dispuestos *mortis causa* a favor de un no concebido (art. 73 d, e). La referencia legal a estas situaciones, en las que se pretende tutelar ciertas expectativas patrimoniales de orden sucesorio, es de muy discutible oportunidad: el contenido de estas curatelas no encaja con las previsiones legales, pensadas (con la ex-

cepción del art. 83) para una curatela con funciones de complemento de capacidad, y será preciso ir a encontrarlo en las normas correspondientes del Código de sucesiones.

II. Los regímenes de protección: supuestos en los que se constituyen

Los regímenes de protección que se regulan son cuatro: la tutela, la curatela, el defensor judicial y la patria potestad prorrogada o rehabilitada (limitándose en este caso a indicar los supuestos en que es procedente y las causas de extinción). Además de los regímenes legales, la LTIT establece algunos efectos jurídicos para la guardia de hecho (título VI), en términos análogos a los del Código civil.

El régimen de tutela está previsto para los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad y para los incapacitados cuando la sentencia judicial que declare la incapacidad haya establecido la sujeción a este régimen de protección, y siempre que no sea procedente o se haya extinguido la prórroga o rehabilitación de la patria potestad (art. 3). La Ley mantiene por lo tanto el principio de gradación de las consecuencias jurídicas inherentes a la declaración de incapacidad, dado el vario nivel de discernimiento del disminuido (art. 3b, 73c, 80.2).

Corresponde la sumisión al régimen de curatela en los casos del art. 73: los menores emancipados o que han obtenido el beneficio de la mayoría de edad, siempre que los padres o los tutores mueran o queden impedidos para ejercer la asistencia prescrita por la Ley; los declarados pródigos; los incapacitados cuando la sentencia de incapacidad lo haya esta-

blecido así; la herencia yacente y los bienes dispuestos *mortis causa* a favor de un no concebido.

La Ley determina también los presupuestos para la prórroga o rehabilitación de la patria potestad (art. 84). La prórroga exige que el menor haya sido incapacitado durante la minoría de edad, y empezará a tener virtualidad, obviamente, cuando el menor llegue a la mayor edad. Los padres —o aquél de ambos— que haya ejercido hasta entonces la patria potestad la verá prorrogada. La rehabilitación está prevista para el supuesto en que la incapacitación se produzca una vez la persona afectada sea mayor de edad, siempre que vivan los padres que hayan ejercido la patria potestad o cualquiera de ellos.

Finalmente, el defensor judicial se configura como régimen de protección de carácter transitorio, operativo cuando surge un conflicto de intereses entre el menor o la incapacidad y algún titular de cargo tutelar (art. 86a), o como régimen de carácter provisional, operativo mientras no se haya constituido la tutela, no se haya declarado el desamparo del menor, o el titular del cargo de tutor o curador no ejerza por cualquier causa sus funciones (art. 86 b, c).

III. *La configuración de los organismos tutelares*

Uno de los principios que más marcadamente informa la Ley es el de prevalecimiento de la voluntad privada (de los padres) en la configuración de los organismos tutelares. Este principio se refleja en la adopción de un modelo de tutela familiar, «de acuerdo con la tradición jurídica catalana» (preámbulo), en contraposición implícita al modelo de tutela de autoridad que —según la opinión doctrinal más extendida— acoge el Código ci-

vil (título X del libro I) después de la reforma introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. El diseño de restablecer en Cataluña una tutela de familia es instrumentado dando a los padres un grado importante de libertad en la configuración del organismo tutelar y en la designación de los titulares de los cargos tutelares.

La libertad de configuración del organismo tutelar se manifiesta sobre todo en el régimen de tutela. La tutela se organiza a partir de una pluralidad de cargos: el tutor, el protutor y el administrador patrimonial (art. 1 b). El tutor es el único órgano necesario de la tutela y está llamado a ejercer con carácter general las funciones tutelares (art. 32). El protutor, como órgano de fiscalización de la tutela, puede no ser nombrado si los padres así lo han dispuesto en testamento o en capítulos matrimoniales o cuando el tutelado no tiene patrimonio (art. 70). El administrador patrimonial es un órgano de existencia facultativa, que pueden ordenar los padres —y en su defecto, el juez— dada la importancia del patrimonio del tutelado, y que ejercerá el contenido patrimonial de la tutela (art. 8, 15.2, 36). La Ley admite que los padres puedan designar administradores particulares, para bienes concretos (art. 57 b). Finalmente, la Ley da un amplio margen de libertad a los padres para establecer otros órganos de control y vigilancia (art. 7).

La libertad de los padres para designar a las personas que han de ocupar los cargos tutelares para sus hijos menores de edad o para los mayores de edad sobre los cuales detentan la patria potestad rehabilitada o prorrogada es prácticamente absoluta, con la única excepción del defensor judicial (art. 88). En todos los demás supuestos, el cargo será discernido a aquella persona o personas que los padres designen en testamento o capítulos matrimoniales (art. 4, 5 y 6).

IV. *El contenido de los regímenes de protección*

Uno de los principios rectores de la Ley, de acuerdo con su preámbulo, es el de protección integral de quien debe ser sometido a una institución tutelar, a quien debe dispensarse una atención eficaz, no sólo a su patrimonio, sino también a su persona. El contenido de los regímenes de protección se inspira en esta declaración, pero con un decantamiento notable —y censurable— en favor de la vertiente patrimonial.

En la delimitación de las funciones protectoras que hay que ejercer en el seno del régimen de tutela, la libertad privada choca, como es comprensible, con limitaciones importantes derivadas de una intervención judicial inderogable, en interés del tutelado (en este aspecto, la regulación de la LTTT es perfectamente asimilable a la tutela de autoridad del Código civil). Así, el juez interviene en la constitución de la tutela y en la formación de inventario; puede establecer medidas de control de la gestión patrimonial y remover al tutor de su cargo. También debe dar su autorización para varias actuaciones del tutor, tanto de tipo personal (como el internamiento del menor o incapacitado en centros de educación especial o establecimientos de salud mental) como de tipo patrimonial. Interviene finalmente en la rendición de cuentas de la tutela y le corresponde decidir sobre su aprobación.

En cuanto a las funciones del tutor, la Ley distingue entre el contenido de la tutela de menores (art. 49 a 62) y la tutela de incapacitados (art. 63 a 68). En ambos casos le corresponde la guarda del pupilo, con el deber y la facultad de velar por él de un modo íntegro, así como la administración de sus bienes. A estos efectos ostenta también su representación legal.

Las connotaciones patrimonialistas del régimen legal de tutela se hacen patentes con la profusión de disposiciones que contemplan el cargo de administrador patrimonial. Su actuación se centra en el contenido patrimonial de la tutela (art. 36), y así hay que pensar, aunque no se diga expresamente, que podrá actuar como representante legal cuando convenga. El objeto de su administración será el que se haya establecido en su nombramiento, si bien hay que tener presentes las excepciones señaladas en el art. 57. Es de suponer que debe solicitar la autorización judicial en los mismos casos en que la necesita el tutor cuando éste administra el patrimonio del tutelado y también debe rendir cuentas de su gestión.

Una de las novedades más destacadas de la nueva regulación de la tutela ha sido la recuperación de la figura del protutor. El protutor cumple varias funciones de control de la tutela (intervención en la confección del inventario, autorización de determinados actos, fiscalización de las cuentas) y opera como interlocutor privilegiado del juez, a quien puede y debe informar de todos los aspectos de la gestión de la tutela que le parezcan perjudiciales (art. 15. 1, 40, 71 d). El encargo de las funciones de vigilancia al protutor da sin duda al organismo tutelar un acento más familiar que su atribución al Ministerio Fiscal (art. 232 CC), con la ventaja de hallarse el protutor en contacto más inmediato con la esfera personal y familiar del tutelado.

El contenido del régimen de curatela viene marcado por la dicotomía, legalmente mal perfilada, entre una curatela con funciones de asistencia, de complemento de capacidad (art. 74) y una curatela con funciones de administración patrimonial (art. 83). La primera, como curatela ordinaria, se caracteriza por la intervención del curador asistiendo al sometido a curatela en todos los actos que

por ley o por lo que dispone la sentencia no pueda realizar él solo (art. 74), bajo sanción de anulabilidad del acto realizado sin esta intervención (art. 78). Novedad a destacar es la previsión de que la sentencia de incapacitación, en atención al grado de discernimiento del incapacitado, pueda disponer que el curador sea representante legal para actos jurídicos concretos (art. 75).

A lo titulares de la patria potestad prorrogada les corresponde ejercer las funciones inherentes al régimen de patria potestad, con aquellas modulaciones que haya podido introducir la sentencia de incapacitación que lo haya prorrogado o rehabilitado. De acuerdo con el artículo 34, en esta sentencia el juez puede introducir alguna variación en las

reglas de ejercicios de la patria potestad.

Las funciones asignadas al defensor judicial están en consonancia con su carácter transitorio o provisional. Si se ha constituido con ocasión de un conflicto de intereses, su actuación se limita el acto o a los actos que han determinado el nombramiento; si este acto requería autorización judicial, ésta debe entenderse implícita en el nombramiento (art. 87.1). En los demás casos en que es procedente el nombramiento de un defensor, éste debe limitarse a la guarda de la persona y a la conservación de los bienes (o sólo a esta última, según corresponda), y ha de llevar a término los actos de administración necesarios (art. 87.2).

Josep Ferrer i Riba

Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña (DOGC 1544, de 21 de enero de 1992; corrección de erratas: DOGC 1582, de 13 de abril de 1992, y DOGC 1600, de 29 de mayo de 1992).

La Ley 40/1991 tiene, según su preámbulo (I.5), una doble finalidad: por una parte sistematizar y regular de forma completa el Derecho de sucesiones; por otra, adaptarlo a la realidad de hoy.

La Compilación del Derecho civil de Cataluña (CDCC) (Ley 13/1984, de 20 de marzo, reformada por las leyes 11/1987, de 25 de mayo, de reforma de las reservas legales, y 8/1990, de 8 de abril, de modificación de la regulación de la legítima) distribuye la regulación del fenómeno sucesorio entre los libros primero (*De la familia*) y segundo (*De las sucesiones*) y hace necesario el continuo recurso al Código civil, como derecho supletorio; además, las normas de la sucesión intestada se encuentran en la Ley 11/1987, de 25 de mayo (LSI), y la capacidad para suceder de las fundaciones se encuentra en la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas. En contraste con el ca-

rácter disperso e incompleto de la legislación vigente hasta ahora, la estructura de la Ley 40/1991 (preámbulo, III) patentiza su carácter completo. Primeramente se regula la parte general de las sucesiones (título I, *Disposiciones generales*). Se continúa con los distintos fundamentos de la sucesión, según se instituya al heredero en capítulos matrimoniales, en testamento o lo designe la ley (título II, *Las herencias*; título III, *La sucesión testada*; título IV, *La sucesión intestada*); la legítima, la cuarta viudal y la reserva legal, contempladas desde el punto de vista de quien se lucra de ellas, aparecen reguladas en el título V (*Otras atribuciones sucesorias ordenadas por la ley*). Finalmente, el título VI contiene las donaciones por causa de muerte. Por lo tanto, el Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña (CS) ha cuajado en cuanto al primer objetivo.

El análisis del segundo propósito nos lleva a examinar el contenido de la Ley. En el preámbulo (II, 1) se reconoce la inspiración del CS en la CDCC, en la LSI y en el *Proyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, de 1955. Esto ya indica que la reforma de la legislación vigente hasta ahora no es sustancial, aun teniendo suficiente entidad para no considerar al CS como texto refundido de la CDCC y la LSI.

En el Derecho general (se conserva el derecho especial de Tortosa, art. 271.4; 136; 381.2), la sucesión es universal, de lo que se deriva la necesidad de heredero en toda sucesión (art. 1). Además, se establece la incompatibilidad, tanto coetánea como sucesiva, de fundamentos sucesorios (art. 3, 25, 70 y 322; 26, 139, 140 y 154.1). Se ha optado por mantener *los grandes principios propios del Derecho romano* (preámbulo II, 2 final) adaptados a la normativa vigente.

Las novedades más destacables del título I (*Disposiciones generales*) son la contemplación del supuesto en que el testador haya previsto la fecundación *post mortem*, admitida por la Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones (art. 46, 4.º CS), la introducción del tanteo y retracto de coherederos en la alienación de una cuota hereditaria (art. 51), y la regulación de la administración y disposición de los bienes que los menores hayan adquirido de una sucesión (capítulo VIII), para la alienación o gravamen de los cuales se sustituya la autorización judicial por un *control social* (preámbulo IV, a final) ejercitado por dos parientes (art. 66.1), intervención que evoca la figura del protutor establecida por la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares.

En el título II (*De las herencias*), las innovaciones más importantes en relación con el título IV, libro I de la CDCC son la modificación de la capaci-

dad necesaria para otorgarlas, y la creación de una herencia mutua preventiva (art. 99.3). En el art. 63.3 CDCC la regla general de capacidad es la necesaria para contraer matrimonio; las excepciones, la *capacidad para contratar y obligarse* para la herencia a favor de los contrayentes y la herencia mutua; en el art. 67.3 CS la regla general es la mayor edad y la excepción la capacidad para contraer matrimonio. Resultado: en el régimen de la CDCC el cónyuge menor de edad tenía capacidad para otorgar herencia a favor de los hijos (pura, prelativa o preventiva); el CS le autoriza a otorgar herencia a favor de los hijos preventiva y la nueva mutua preventiva. Además, se ha abandonado la presunción de pacto de unidad económica familiar en la herencia simple a favor de los contrayentes (art. 75).

El título III (*De la sucesión testada*) es el que presenta más novedades con respecto al derecho vigente hasta ahora. En relación con los tipos testamentarios, se suprimen el testamento sacramental y el *parentum inter liberos*. Se mantiene el testamento ante párroco (capítulo I, sección 4.ª), que se ha convertido en el único testamento otorgado exclusivamente ante testigos en el derecho catalán, ya que no se contemplan ni el testamento militar ni el marítimo (véase en el BOPC n.º 322, de 2.12.1991, el *dictamen* del Consejo Consultivo *sobre la adecuación constitucional y estatutaria del dictamen de la Comisión de Justicia, Derecho y Seguridad ciudadana sobre el proyecto de Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña*). En el testamento cerrado (art. 112 a 114), se vuelve al régimen anterior a la vigencia de la LEC: el testamento queda bajo la custodia del notario, por la cual éste se encargará a su apertura, al fallecer el causante.

El codicilo ha visto reducido su contenido posible, porque no se permite que se ordene fideicomiso universal (art.

122.2). En cambio, al contenido tradicional de la memoria testamentaria se añade la *disposición* de los propios órganos (art. 123.3).

En cuanto a las formalidades, se elimina la solemnidad de la presencia de testigos en el acto de otorgamiento de testamentos y codicilos ante notario, excepto en supuestos excepcionales (art. 107 y 122.3).

La principal modificación sufrida por la regulación de los fideicomisos es la supresión del fideicomiso puro. Se concede la cuarta trebeliánica a cualquier fiduciario, incluso al que lo es por herencia (art. 220), lo cual deberá conducir al replanteamiento de la finalidad de la figura. En cuanto a los legados, el Código de sucesiones ha asumido la regulación del Proyecto de compilación de 1955. Así se reanima la distinción entre el legado *per vindicationem* y el legado *per damnationem* (art. 253).

En el título IV (*La sucesión intestada*), se establece que el cónyuge viudo que concursa con los hijos disfrutará siempre del usufructo viudal abintestato, independientemente de que haya obtenido algún otro lucro en la sucesión del causante (art. 331).

En el título V (*Otras atribuciones sucesorias ordenadas por la ley*), la regulación de la legítima permanece casi inalterada; sólo se han corregido los errores materiales cometidos en la Ley 8/1990, de 9 de abril, y se ha introducido la regulación de la

desheredación (arts. 368 a 372). En cambio, *para la cuarta viudal se establece una nueva normativa... aunque se inspira en el texto de 1960*: la novedad consiste en adjudicar al viudo, independientemente del número de hijos, la propiedad de la cuarta parte de la herencia líquida del causante (o la equivalencia en dinero), en vez del usufructo (art. 379 y ss.).

El título VI (*Las donaciones por causa de muerte*) no altera el contenido del título tercero del libro segundo de la CDCC.

La Ley 40/1991 contiene cuatro disposiciones finales y diez transitorias. La disposición final primera es derogatoria, aunque quizás se debería decir *sustitutoria*; la segunda y la tercera adecúan las remisiones de los art. 11 y 341 CDCC al CS; la cuarta establece un período de *vacatio legis* de tres meses. De las Disposiciones transitorias cabe destacar la aplicación retroactiva de la nueva regulación de las formalidades testamentarias (DT tercera 2), de la sustitución ejemplar (DT octava), y de la pendencia del fideicomiso (DT novena), y la aplicación inmediata del capítulo VIII del título I (DT segunda) y de los arts. 119.2 (DT quinta) y 132 (DT tercera 1). La DT sexta y la séptima se ocupan, respectivamente, de los testamentos *parentum inter liberos* y sacramental otorgados antes de la entrada en vigor del Código de sucesiones.

J. Marsal Guillaumet

Leyes promulgadas en Cataluña entre septiembre de 1991 y junio de 1992.

Ley 17/1991, de 23 de octubre, de creación de la reserva nacional de caza del Boumort, en las comarcas del Pallars Jussà y del Pallars Sobirà (DOGC 1514, 06-11-91).

Ley 18/1991, de 23 de octubre, de modificación de la Ley 18/1985, de 23 de

julio, de cámaras profesionales agrarias (DOGC 1514, 06-11-91).

Ley 19/1991, de 7 de noviembre, de reforma de la Junta de Saneamiento (DOGC 1520, 20-11-91).

Ley 20/1991, de 25 de noviembre, de promoción de la accesibilidad y de su-

- presión de barreras arquitectónicas (DOGC 1526, 04-12-91; corrección de erratas DOGC 1527, 09-12-91).
- Ley 21/1991*, de 25 de noviembre, de creación del Instituto Catalán de Seguridad Vial (DOGC 1526, 04-12-91).
- Ley 22/1991*, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble (DOGC 1530, 16-12-91).
- Ley 23/1991*, de 29 de noviembre, de comercio interior (DOGC 1540, 13.01.92; corrección de erratas DOGC 1546, 24-01-92).
- Ley 24/1991*, de 29 de noviembre, de la vivienda (DOGC 1541, 15-01-92).
- Ley 25/1991*, de 13 de diciembre, por la cual se crea el Instituto Catalán del Voluntariado (DOGC 1535, 30-12-91).
- Ley 26/1991*, de 13 de diciembre, de transferencia de competencias de las diputaciones provinciales a la Generalidad de Cataluña y a los consejos comarcales en materia de servicios y asistencia social (DOGC 1535, 30-12-91).
- Ley 27/1991*, de 13 de diciembre, de transferencias de competencias de las diputaciones provinciales a la Generalidad de Cataluña en materia agraria y forestal (DOGC 1537, 03-01-92).
- Ley 28/1991*, de 13 de diciembre, de las mutualidades de previsión social (DOGC 1544, 21.01.92; corrección de erratas DOGC 1581, 10-04-92).
- Ley 29/1991*, de 13 de diciembre, de modificación de la compilación del Derecho civil de Cataluña en materia de venta a carta de gracia (DOGC 1537, 03-01-92).
- Ley 30/1991*, de 13 de diciembre, del Plan estadístico de Cataluña, 1992-1995 (DOGC 1539, 10-01-92; corrección de erratas DOGC 1581, 10-04-92, y DOGC 1604, 10-06-92).
- Ley 31/1991*, de 13 de diciembre, de ordenación farmacéutica de Cataluña (DOGC 1538, 08-02-92).
- Ley 32/1991*, de 24 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 1992 (DOGC 1536, 31-12-91).
- Ley 33/1991*, de 24 de diciembre, de tasas y precios públicos de la Generalidad de Cataluña (DOGC 1546, 24-01-92).
- Ley 34/1991*, de 30 de diciembre, de creación de la Universidad de Lleida (DOGC 1541, 15-01-92).
- Ley 35/1991*, de 30 de diciembre, de creación de la Universidad de Girona (DOGC 1541, 15-01-92).
- Ley 36/1991*, de 30 de diciembre, de creación de la Universidad Rovira i Virgili (DOGC 1541, 15-01-92).
- Ley 37/1991*, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (DOGC 1542, 17-01-92).
- Ley 38/1991*, de 30 de diciembre, de instalaciones destinadas a actividades con niños y jóvenes (DOGC 1543, 20-01-92).
- Ley 39/1991*, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares (DOGC 1543, 20-01-92).
- Ley 40/1991*, de 30 de diciembre. Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña (DOGC 1544, 21-01-92; corrección de erratas DOGC 1582, 13-04-92, y DOGC 1600, de 29-05-92).



2.2. DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

A cargo de M. Eugènia Cuenca y Vicenç Aguado

Decreto 142/1991, de 17 de junio, por el cual se determina la estructura territorial del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca (*DOGC* 1465, de 10 de julio de 1991).

Se regulan los distintos órganos territoriales del Departamento: los servicios territoriales, las oficinas de área y las oficinas comarcales con sede en cada una de las comarcas de Cataluña.

Decreto 145/1991, de 17 de junio, de regulación de la constitución, las clases y el registro de clubes y asociaciones deportivas, y de aprobación del Reglamento de su régimen interno (*DOGC* 1468, de 17 de julio de 1991).

Se desarrollan las directrices básicas que establece la Ley 8/1988, y también se establecen las normas reglamentarias que regulan el régimen y funcionamiento interno de estas entidades privadas.

Decreto 146/1991, de 22 de abril, por el cual se crea el Registro del censo de profesionales de relaciones públicas (*DOGC* 1470, de 22 de julio de 1991).

Se crea este Registro que depende de la Dirección General de Comercio Interior y Servicios, con la finalidad de incluir las personas que se dedican profesionalmente a las relaciones públicas en Cataluña.

Decreto 150/1991, de 1 de julio, por el cual se aprueban los estatutos del Museo de la Ciencia y de la Técnica de Cataluña (*DOGC* 1471, de 24 de julio de 1991).

Se organiza como entidad autónoma de carácter administrativo adscrita al Departamento de Cultura.

Orden de 8 de julio de 1991, por la cual se crea el Registro de agrupaciones de gestión de explotaciones (AGE) y se establecen las normas para su inscripción, organización y funcionamiento (*DOGC* 1471, de 24 de julio de 1991).

En este Registro se inscriben las AGE para acogerse a las ayudas que establece la normativa comunitaria.

Decreto 152/1991, de 17 de junio, de regulación de las cofradías de pescadores (*DOGC* 1472, de 26 de julio de 1991).

Se fija el marco normativo para articular las funciones asesoras y de colaboración que tienen encomendadas como corporaciones de derecho público.

Decreto 156/1991, de 17 de junio, por el cual se regula el procedimiento administrativo para la instalación, ampliación y traslado de industrias con intervención de las oficinas de gestión unificada para establecimientos indus-

triales (DOGC 1475, de 2 de agosto de 1991).

Se establece un procedimiento específico tanto para la oficina ya instituida como para aquellas otras que posteriormente se puedan crear como competencia sobre establecimientos industriales.

Decreto 159/1991, de 16 de julio, de creación del consorcio Instituto de Física de Altas Energías (DOGC 1476, de 5 de agosto de 1991).

Se crea este consorcio público de gestión integrado por la Generalidad y la Universidad Autónoma de Barcelona.

Orden de 15 de julio de 1991, de regulación del sector trufero (DOGC 1476, de 5 de agosto de 1991).

Se actualizan los sistemas de control, y también se revisan los mecanismos de protección de las truferas. Se fomenta el asociacionismo en este sector y se posibilitan las actuaciones concertadas.

Orden de 16 de julio de 1991, por la cual se regulan los aprovechamientos forestales para uso doméstico (DOGC 1476, de 5 de agosto de 1991).

Se establece que no será necesaria la autorización de la Administración forestal para estos tipos de aprovechamientos, pero sí se deberá comunicarlos a ésta con anterioridad.

Orden de 10 de julio de 1991, por la cual se regula la acreditación de los centros hospitalarios (DOGC 1477, de 7 de agosto de 1991).

Se dispone que los centros hospitalarios comprendidos en el desarrollo del mapa sanitario de Cataluña deberán obtener el certificado de acreditación como requisito para su integración en la red hospitalaria de uso público.

Orden de 30 de julio de 1991, por la que se establecen las instrucciones para la constitución de los consejos escolares territoriales y las directrices para la elaboración de sus reglamentos (DOGC 1483, de 21 de agosto de 1991).

Se fijan las bases que deberán ser desarrolladas por cada consejo escolar mediante un reglamento en el plazo de seis meses después de su constitución.

Decreto 171/1991, de 16 de julio, por el cual se establece un modelo unificado de hojas de reclamación (DOGC 1484, de 23 de agosto de 1991).

Se unifican los distintos modelos de hojas de reclamación en los establecimientos de comercialización de bienes, productos y servicios, creando un único modelo con el correspondiente procedimiento para su substantación, al cual podrán acogerse también otros establecimientos aún no obligados por disposición legal.

Decreto 178/1991, de 30 de julio, de universalización de la asistencia sanitaria pública (DOGC 1486, de 28 de agosto de 1991).

Se establecen las condiciones que han de reunir los ciudadanos residentes en Cataluña para ser titulares de este derecho.

Decreto 154/1991, de 16 de julio, de la Comisión Interdepartamental para la formación de adultos (DOGC 1490, de 6 de septiembre de 1991).

Esta Comisión está integrada por representantes de los departamentos siguientes: a) Bienestar Social; b) Enseñanza; c) Cultura; d) Agricultura; e) Justicia; f) Medio Ambiente y g) Presidencia.

Decreto legislativo 2/1991, de 26 de septiembre, por el cual se aprueba la refundición de los textos legales vigen-

res en materia de residuos industriales (DOGC 1498, de 27 de septiembre de 1991).

El presente texto refundido se sistematiza en cuatro capítulos referentes a las disposiciones generales, a la intervención de las administraciones públicas, a la ordenación de la actividad y al régimen sancionador.

Decreto 201/1991, de 1 de octubre, de constitución del consorcio Centro de Supercomputación de Cataluña (DOGC 1505, de 14 de octubre de 1991).

Se aprueba la constitución de este Consorcio formado por la Generalidad de Cataluña, la Fundación Catalana para la Investigación, la Universidad de Barcelona, la Universidad Autónoma de Barcelona, la Universidad Politécnica de Cataluña y la Universidad Pompeu Fabra.

Decreto 199/1991, de 30 de julio, por la cual se determinan los órganos competentes en materia de control metrológico (DOGC 1505, de 14 de octubre de 1991).

Se concretan los órganos competentes para ejecutar las funciones metrológicas, incoar los expedientes e imponer las sanciones correspondientes.

Decreto 202/1991, de 16 de septiembre, sobre análisis, valoración, gestión y prevención de los riesgos que afectan al patrimonio y las actividades de la Administración de la Generalidad de Cataluña (DOGC 1506, de 16 de octubre de 1991).

Se establece un reparto de competencias que afectan: *a)* El gobierno de la Generalidad sobre las bases y líneas generales de actuación; *b)* Al Departamento de Economía y Finanzas y sus órganos en la realización concreta de las actuaciones. También se integra a

este Departamento la Junta de Seguros de la Generalidad de Cataluña como órgano consultivo.

Decreto 203/1991, de 2 de septiembre, por el cual se aprueba el Reglamento del Instituto Catalán de Finanzas (DOGC 1506, de 16 de octubre de 1991).

Se aprueba el Reglamento de régimen interior de esta entidad autónoma de carácter financiero, adscrita al Departamento de Economía y Finanzas.

Decreto 209/1991, de 1 de octubre, por el cual se establecen las delegaciones territoriales de Barcelona, Tarragona, Lleida y Girona del Departamento de Medio Ambiente (DOGC 1508, de 21 de octubre de 1991).

Decreto 208/1991, de 30 de julio, de creación del consorcio Instituto Catalán del Corcho, y de aprobación de sus estatutos (DOGC 1509, de 23 de octubre de 1991).

Se aprueba la constitución de este Consorcio formado por la Generalidad, la Universidad Autónoma de Barcelona-Estudio General de Girona, una asociación de empresarios del sector, el Consorcio Forestal de Cataluña y distintas cámaras de comercio, industria y navegación.

Decreto 213/1991, de 1 de octubre, por el cual se modifica el Decreto 144/1990, de 28 de mayo, regulador del Programa interdepartamental de la renta mínima de inserción (PIRMI) (DOGC 1511, de 28 de octubre de 1991).

Decreto 214/1991, de 14 de octubre, sobre régimen sancionador en materia sanitaria de las entidades de seguro libre de asistencia médico-farmacéutica (DOGC 1512, de 30 de octubre de 1991).

Desarrolla reglamentariamente las previsiones de la Ley 14/1986, para concretar las infracciones en el ámbito de estas entidades y establecer las sanciones imponibles.

Decreto 227/1991, de 7 de mayo, de constitución del Consorcio Catalán de Promoción Exterior de la Cultura (*DOGC 1514*, de 6 de noviembre de 1991).

Este Consorcio está integrado por la Generalidad, el Consejo Catalán de la Música, el Gremio de Editores de Cataluña y distintas asociaciones relacionadas con el sector.

Decreto 231/1991, de 28 de octubre, sobre las intervenciones arqueológicas (*DOGC 1518*, de 15 de noviembre de 1991).

Se definen las intervenciones arqueológicas que requerirán autorización expresa del Departamento de Cultura, clasificándose en excavaciones y prospecciones, a la vez que se establecen las condiciones para su desarrollo.

Decreto 235/1991, de 28 de octubre, de desarrollo de la Ley 10/1991, de 10 de mayo, por el cual se regulan las advertencias, los mensajes disuasivos, los logotipos y la señalización sobre el tabaco y las bebidas alcohólicas (*DOGC 1520*, de 20 de noviembre de 1991).

Se establecen distintas medidas limitativas con la finalidad de tutelar a los niños y los jóvenes, cuyo incumplimiento será sancionado de acuerdo con la legislación vigente.

Decreto 245/1991, de 14 de octubre, por el cual se regula la delegación del Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas (*DOGC 1527*, de 9 de diciembre de 1991).

Se establece una regulación específica

de esta delegación de Gobierno, constituida en órgano de relación de la Generalidad con las sociedades concesionarias.

Decreto 275/1991, de 11 de diciembre, por el cual se desarrolla la composición, la organización y el funcionamiento de la Comisión de Gobierno de la Generalidad-Consejo General de la Val d'Aran (*DOGC 1534*, de 27 de diciembre de 1991).

Decreto 282/1991, de 24 de diciembre, referente a la acreditación de determinados requisitos previamente al inicio de la construcción de viviendas (*DOGC 1541*, de 15 de enero de 1992).

Se realiza una primera regulación de los requisitos básicos para iniciar las obras, particularmente del proyecto correspondiente.

Decreto 289/1991, de 24 de diciembre, por el cual se da cumplimiento a la disposición adicional sexta de la Ley de museos (*DOGC 1546*, de 24 de enero de 1992).

Subroga a los consejos comarcales que se relacionan la posición de la Generalidad respecto a la gestión de los museos que se detallan en el anexo, así como se les adscriben los medios personales y materiales que aporta el Departamento de Cultura.

Decreto 5/1992, de 20 de enero, por el cual se crea el Consorcio Sant Gregori, de Girona, y se aprueban sus estatutos (*DOGC 1547*, de 27 de enero de 1992).

Se constituye el Consorcio administrativo en el cual participan la Generalidad, el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, la Fundación Joan Riu y la Caja de Girona.

Decreto 8/1992, de 20 de enero, de creación de las oficinas de gestión unificada para establecimientos industriales en las circunscripciones de Girona, Lleida y Tarragona (*DOGC 1549*, de 31 de enero de 1992).

Estas oficinas se adscriben a la Secretaría General del Departamento de Industria y Energía, bajo la dependencia orgánica y funcional del gerente de la Oficina de Gestión Unificada de Barcelona.

Decreto 302/1991, de 24 de diciembre, de aprobación del Plan único de obras y servicios de Cataluña, año 1992, y sus bases de ejecución (*DOGC 1560*, de 24 de febrero de 1992).

Decreto 40/1992, de 17 de febrero, por el cual se establece el procedimiento de autorización para la creación, la construcción, la modificación, la adaptación o la supresión de las oficinas de farmacia (*DOGC 1564*, de 4 de marzo de 1992).

Se regula este procedimiento según se inicie o bien a petición de uno o más farmacéuticos, o bien a instancia de los órganos de gobierno de la comarca, el municipio o los municipios que puedan resultar beneficiarios, o bien de oficio; así como el cierre y la transmisión, y el acto de apertura o puesta en marcha y eficacia de las resoluciones.

Decreto 57/1992, de 17 de febrero, de regulación de la declaración de actuaciones protegibles en materia de suelo y urbanización (*DOGC 1570*, de 18 de marzo de 1992).

Este Decreto establece los criterios de selección de las propuestas de actuación y la distribución territorial en Cataluña de los recursos asignados, de conformidad con el Convenio estable-

cido entre el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la Generalidad de Cataluña.

Decreto 61/1992, de 17 de febrero, de aprobación de los estatutos de la Junta de Saneamiento (*DOGC 1572*, de 23 de marzo de 1992).

Se desarrolla reglamentariamente la estructura organizativa de esta entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia.

Decreto 75/1992, de 9 de marzo, por el cual se establece la ordenación general de las enseñanzas de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria obligatoria en Cataluña (*DOGC 1578*, de 3 de abril de 1992).

La ordenación de estas enseñanzas se regirá por las normas básicas dictadas por el Estado en esta materia y por lo que dispone este Decreto.

Decreto 77/1992, de 23 de marzo, de regulación de las competencias de los órganos de gobierno provisionales de la Universidad Rovira i Virgili (*DOGC 1581*, de 10 de abril de 1992).

Decreto 78/1992, de 23 de marzo, de regulación de las competencias de los órganos de gobierno provisionales de la Universidad de Lleida (*DOGC 1581*, de 10 de abril de 1992).

Decreto 79/1992, de 23 de marzo, de regulación de las competencias de los órganos de gobierno provisionales de la Universidad de Girona (*DOGC 1581*, de 10 de abril de 1992).

Decreto 103/1992, de 11 de mayo, de modificación del Decreto 87/1986, de 3 de abril, por el cual se regulan los órganos de los centros públicos de en-

señanza de nivel no universitario de Cataluña (DOGC 1596, de 20 de mayo de 1992).

Se revisa el Decreto con dos finalidades fundamentales: facilitar la es-

tabilidad de los equipos directivos de los centros docentes y potenciar la participación de los padres y madres de alumnos en sus órganos colegiados.

2.3. DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

A cargo de Esther Andreu i Fornós

Dictamen núm. 172, sobre la adecuación constitucional y estatutaria del Dictamen de la Comisión de Justicia, Derecho y Seguridad Ciudadana sobre el Proyecto de Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.

Solicitantes:

La Mesa del Parlamento, a instancias de los grupos parlamentarios Mixto e Inicial per Catalunya.

Ponente:

Francisco Fernández de Villavicencio.

Resumen de las principales cuestiones estudiadas:

De acuerdo con los términos de la solicitud, el dictamen se ocupa en primer lugar de la regulación hecha por el proyecto de ley sometido a su consideración en relación con el testamento ante párroco, y analiza su adecuación al bloque de la constitucionalidad tanto desde el punto de vista competencial (149.1.8 CE) como desde el punto de vista de la posible discriminación entre la Iglesia católica y las demás iglesias y confesiones (art. 16.3 CE). Asimismo, se plantea la posible vulneración del principio de igualdad entre las personas de los testadores por el hecho de que el proyecto de ley no admite formas testamentarias previstas en el Código civil (art. 14 CE).

En segundo lugar, el dictamen valora la adecuación constitucional y estatutaria de la no equiparación sucesoria entre los

cónyuges y los miembros de la pareja de hecho (art. 39.2.3 CE; art. 32 CE; 9.2 CE; 10.1 CE). Finalmente, se plantea la legitimidad constitucional de la intervención de la iglesia a que pertenecía el causante y de la Generalidad en la distribución de los recursos aplicados indeterminadamente «a sufragios y causas pías» y la de la Generalidad en la de aquellos bienes que sean destinados a los «pobres en general».

Conclusión:

Dados los razonamientos contenidos en los fundamentos precedentes, opinamos que:

Primero. Son conformes al orden constitucional y estatutario los artículos 20, párrafo cuarto; 105, párrafo segundo; 120, 121, 122 y 166 del proyecto de código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, excepto el artículo 122, párrafo primero, inciso «*la identitat del testador*».

Segundo. Las enmiendas números 115; 116; 117; 118; 119; 120; 124; 155; 159; 162; 168; 170; 172; 176; 177; 178; 186; 188; 192; 201; 202; 210; 212; 214; 216; 219; 223; 224; 227 y 233 son también conformes al orden

constitucional y estatutario. La enmienda número 250 estaría de acuerdo con el citado orden si se interpretara según las observaciones hechas al fundamento VI, punto 3, apartado A).

Este es nuestro Dictamen, que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y la fecha indicados al principio.

Extracto de los fundamentos:

(...)

V. 1. Entendemos que en toda esta materia tiene importancia —aunque, si se quiere, no decisiva— el enraizamiento histórico del testamento ante párroco, como la han tenido otras instituciones sucesorias, a pesar de que se piense, con argumentos sólidos, que debe desaparecer, lo cual pertenece a la opción del legislador y es extraño a nuestra competencia.

(...)

2. El testamento ante párroco fue objeto de nuestro dictamen número 60 (FJ XIII, apartados 2 y 3), en que llegábamos a la conclusión de que la contemplación del testamento en forma abierta otorgado ante párroco no contradecía al bloque constitucional.

1. En primer lugar, la implantación de este tipo testamentario por la Generalidad no contradice la competencia exclusiva reservada al Estado por el artículo 149.1.8 CE sobre «ordenación de los... instrumentos públicos».

En realidad, desde el punto de vista técnico, el testamento ante párroco no es un instrumento público, ya que el párroco actúa tan sólo como testigo calificado que cumple unas funciones de servicio al público —como así lo razonamos en su momento y como lo reconoce la exposición de motivos del proyecto—, todo ello fundamentado en la confianza que el poder público deposita tradicionalmente en la capacidad organizativa de la Iglesia,

en la selección de sus ministros y en la apreciación de su idoneidad por parte de la sociedad, respetándose así la seguridad jurídica protegida por el artículo 9.3 CE. Como lo recuerda el anexo II del Reglamento notarial (extremos 3 i 11), el párroco actúa solamente como «interviniente» en el testamento. El párroco no crea el documento público ni el proyecto lo ordena.

El párroco recibe la declaración de voluntad del testador ante testigos, le da forma escrita (ya que en este tipo testamentario no se admite más testamento que el abierto) y lo presenta al notario para su protocolización. De este modo, el instrumento público nace en virtud de la homologación que lleva implícita la protocolización notarial. Por eso resulta congruente la disposición según la cual no se pueden expedir copias del testamento antes de su protocolización (art. 122 del proyecto), no sólo porque se pretende evitar la publicación indebida de la voluntad testamentaria, sino también porque las eventuales copias del testamento que expidiese el párroco no responden a la existencia de un verdadero testamento, que no es tal antes de la protocolización.

La posibilidad de otorgar en esta forma no sólo el testamento sino también el codicilio no altera nuestro juicio, ya que, según el proyecto, los codicillos deberán ser otorgados con las mismas solemnidades externas de los testamentos (art. 125).

Lo mismo hay que decir de la facultad de custodia que se otorga al párroco, aunque el plazo quede totalmente impreciso. Esto, sin embargo, creemos pertenece a la decisión soberana del legislador y depende del grado de su confianza en el ministro eclesiástico.

3. Protocolización del testamento ante párroco y temas conexos.

El artículo 120 del proyecto establece los presupuestos para el otorgamiento del

testamento ante párroco y ordena que se observen las solemnidades de los testamentos abiertos ante notario y que asistan dos testigos idóneos. El artículo 121 permite su custodia en el archivo parroquial y ordena que el párroco lo presente ante notario para que sea protocolizado.

El artículo 122 regula el procedimiento para la protocolización del testamento, que comprende dos fases: por una parte, la comparecencia del párroco ante notario y la manifestación de que el pliego que presenta y entrega el compareciente contiene el testamento; y, por otra parte, se refiere a la autorización del acto «en que hará constar el requerimiento, la identidad del testador, la entrega del testamento, y su protocolización». El contenido de esta parte del artículo 122 difiere notablemente de lo preceptuado en el artículo 102 de las Compilaciones de 1960 y de 1984, que se limitaban a disponer que el testamento ante párroco «se protocolizara conforme a las reglas de la legislación notarial».

Como se puede apreciar, en la primera fase el proyecto se limita a establecer lo que el párroco debe hacer con el testamento y, por lo tanto, se mantiene dentro de la materia de regulación del tipo testamentario, la cual corresponde sin duda a la competencia autonómica.

Sin embargo, en la segunda de las fases citadas, incide en la competencia exclusiva de «ordenación» de los instrumentos públicos, que con toda claridad (dentro de la confusa redacción del precepto) el artículo 148.1.8 CE reserva al Estado.

Algunas de las previsiones coinciden con las normas del Estado que ordenan las actas de protocolización, contenidas en los artículos 211 y siguientes del Reglamento notarial, y en este sentido el artículo proyectado no resulta necesariamente inconstitucional, aunque sí, al menos, técnicamente incorrecto.

No pasa lo mismo con el inciso según

el cual el notario hará constar «la identidad del testador», ya que esta obligación del notario no se establece en la legislación del Estado y, por lo tanto, al imponerla al proyecto, vulnera su competencia en materia de «ordenación de los instrumentos públicos».

Por otra parte, sólo el párroco —junto con los testigos— está en condiciones de conocer la identidad del testador, pues debe apreciarlo en el momento del otorgamiento teniéndolo en su presencia, supuesto que en este otorgamiento debe observar las solemnidades de los testamentos abiertos notariales (art. 120 del proyecto), y la legislación notarial exige que el notario aprecie la identidad del testador (art. 156.4 del Reglamento notarial). Pero en la protocolización del testamento ante párroco, el notario no tiene ni tan siquiera elementos de juicio suficientes para apreciar la identidad del otorgante; con lo cual resulta que la Generalidad impone al notario una obligación que, además de no tener apoyo en sus propias competencias, es de imposible cumplimiento.

Tachas similares pueden oponerse a los artículos del proyecto —sobre los cuales y las respectivas enmiendas no se ha solicitado dictamen— configuradores de los testamentos notariales en general (art. 107, primer párrafo, 108, 109, segundo párrafo, último inciso, y 150) abierto (art. 111) y cerrado (art. 113), párrafos segundo, tercero y cuarto, y 114), así como las especialidades de otorgamiento del testamento de las personas que sean ciegas, sordas, o bien sordomudas, mudas o que no puedan ni sepan hablar y no pueden escribir pero sí comunicarse mediante un lenguaje de signos, así como de los disminuidos psíquicos habituales (art. 115 y 119). Debemos tener presente que, como estas normas no corresponden a la previa actuación del testador ni a la configuración de los tipos testamenta-

rios sino al otorgamiento mismo del instrumento, el notario —de Cataluña o de fuera— podrá tener dificultades en la autorización del testamento en forma distinta a la que prevé la legislación del Estado sobre ordenación de los instrumentos públicos, con la responsabilidad que ello conllevaría, si no prosperase la validez del testamento.

4. El testamento ante párroco plantea la cuestión de si implica una discriminación entre la Iglesia católica y otras iglesias o confesiones religiosas.

Naturalmente, la cuestión sólo surgirá en el caso de que se entienda —como entendemos, con presunción fundamentada— que la intervención en este testamento se reserva al párroco (o a quien desempeña su papel) de una demarcación parroquial perteneciente a la organización de la Iglesia católica en Cataluña.

Partiendo, pues, de esta premisa, debemos estudiar el tema de la posible discriminación de otras iglesias o confesiones religiosas.

El artículo 16.3 CE declara que ninguna confesión tendrá carácter estatal y esta declaración es reiterada por el artículo 1.3 de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.

El principio, implícitamente, conlleva de antemano una igualdad de trato entre las distintas iglesias y confesiones religiosas. De todos modos, esta igualdad se modula en el mismo precepto constitucional y en otras normas posteriores.

Un ejemplo paradigmático lo hallamos en materia matrimonial, que en este orden de cosas aparece como más importante que la testamentaria. Así, el artículo 49 del Código civil autoriza el matrimonio «en la forma religiosa legalmente prevista», condicionando de este modo la admisión de la forma religiosa a la circunstancia de que la ley la prevea. El artículo 59 precisa todavía más: «El consentimiento matrimonial

podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados por el Estado, o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste». La novedad del artículo 59 con respecto al 49 está en exigir que la confesión religiosa aparezca inscrita y que, además, la forma admitida sea acordada por el Estado y la Iglesia o confesión correspondiente, o, a falta de ésta, sea autorizada por la legislación estatal. Y estas precisiones, como veremos, no se aplican al matrimonio canónico, lo cual conlleva que aunque el Estado no sea «subjetivamente» confesional, la operatividad en la vida real de las confesiones religiosas no católicas (al menos en lo que se refiere a la materia matrimonial) no es automática ni tampoco se puede decir que se vulnera, en relación con estas confesiones religiosas, el principio de igualdad establecido por el artículo 14 CE.

En efecto, el mismo artículo 16.3 CE permite una desigualdad no discriminatoria al disponer que «Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consecuentes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones», lo cual significa no sólo que las distintas creencias religiosas de la sociedad española determinan la diversa actitud de los poderes públicos, sino también que, de momento, se abre la posibilidad de una diferencia de trato entre la Iglesia católica y las demás confesiones.

En la misma línea de diferenciación —volviendo al tema matrimonial— está el artículo 60 del Código civil en relación con el artículo 59, ya que el matrimonio celebrado de acuerdo con las normas del Derecho canónico produce efectos civiles, y también los produce el celebrado según las normas de una confesión religiosa, siempre que ésta conste inscrita, sea en los términos acordados con el Estado,

sea, en su defecto, en los autorizados por la legislación de éste.

Si acudimos ahora otra vez a la Ley orgánica 7/1980, de libertad religiosa, también se aprecia la distinción entre la Iglesia católica y las demás iglesias, confesiones y comunidades religiosas, las cuales sólo adquieren personalidad jurídica una vez inscritas en el registro público correspondiente (art. 5.1 de la citada Ley orgánica), que fue creado por el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, como «Registro de entidades religiosas», aunque se respete la personalidad adquirida con anterioridad por las entidades religiosas, no católicas, si bien esto no las exime de la transcripción.

Las disposiciones mencionadas no aluden expresamente, para incluirla o excluirla, a la Iglesia católica como tal, pero una interpretación sistemática de estas disposiciones y de la Resolución de la Dirección General de Asuntos Religiosos, de 11 de marzo de 1982, sobre inscripción —que excluye— de gran parte de las entidades de la Iglesia católica en el Registro de entidades religiosas, permite llegar a la conclusión de que la Iglesia católica como tal goza de un status previo al cual no pueden llegar otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas si no es mediante su inscripción en el Registro correspondiente, lo cual, además, es determinante de la posibilidad de que el Estado pueda establecer con ellas acuerdos o convenios de cooperación (art. 7.1 de la LO 7/1980). Podemos añadir que la Iglesia católica goza *ab initio* de personalidad jurídica conforme al artículo 38, párrafo segundo, del Código civil, el Concordato de 27 de agosto de 1953 (vigente en parte) y los acuerdos de 3 de enero de 1979.

Debemos concluir, pues, que tomando como base el artículo 16.3 CE y las normas concordantes, la Iglesia católica goza de personalidad jurídica ante el Estado

sin necesidad de su inscripción como tal en el Registro; y que las demás iglesias y confesiones religiosas sólo obtendrán esta personalidad a partir de que, considerando su enraizamiento notorio en la sociedad española, el Estado se la otorgue, sea mediante los acuerdos de cooperación, o bien mediante su propia legislación y siempre con la inscripción previa en el Registro correspondiente.

Por lo tanto, entendemos que al establecerse la posibilidad del testamento solamente con respecto al párroco de parroquias católicas, no se produce trato realmente discriminatorio en relación con otras iglesias y confesiones, ni con los ministros de estas iglesias, pues la posible desigualdad está permitida por normas superiores.

5. Tampoco creemos que exista desigualdad y, por lo tanto, discriminación, entre las personas de los testadores.

Hay que partir del hecho de que el testamento ante párroco puede ser otorgado por cualquier persona, aunque no sea feligresa ni tampoco religiosa. No existe, pues, discriminación con respecto a las convicciones individuales. El problema, en este sentido, es del otorgante: si deposita o no su confianza en el párroco, independientemente de sus convicciones o a pesar de éstas, en el ámbito religioso. El proyecto de ley le da esta oportunidad, que puede admitir o rechazar libremente. Tampoco este tipo testamentario está reservado a los catalanes, pues el precepto no lo dice. Por otra parte, el artículo 11.1 del Código civil (aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 16.1 del mismo Código) determina que los testamentos se rijan por la ley del país en el qual se otorguen (Cataluña, en nuestro caso). De modo que el testamento ante párroco podrá ser utilizado en Cataluña tanto por los catalanes como por los que no lo són.

6. En relevante conexión con el tema

que estamos tratando, haremos una referencia al artículo 105, párrafo tercero, del proyecto, según el cual «no serán válidos los testamentos otorgados en Cataluña exclusivamente ante testigos». Esta norma, que ya estaba en el artículo 101, párrafo primero, de la Compilación vigente, y en la de 1960, supone la exclusión del testamento en peligro inminente de muerte (art. 700 del Código civil), del testamento en caso de epidemia (art. 701), del testamento en peligro de naufragio (art. 731) y del testamento otorgado durante una batalla, asalto, combate, y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra (art. 720). Observamos que el testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil estaba admitido en las Compilaciones de 1960 y de 1984.

En relación con esto, el proyecto no hace alusión al testamento militar propiamente dicho en forma abierta (art. 716), ni al testamento marítimo del artículo 722 del mismo Código. Tampoco hace referencia al testamento otorgado en un país extranjero (todos ellos aludidos en el artículo 101, párrafo tercero, de la Compilación vigente y en la de 1960), lo cual no tiene trascendencia a causa de la amplia fórmula utilizada por el artículo 11 del Código civil.

Se podría pensar que la exclusión de estas formas testamentarias (testamento ante testigos o en situaciones de peligro, y testamentos militar y marítimo) podría vulnerar el principio de igualdad entre los testadores, ya que en Cataluña los tipos testamentarios posibles serían menos numerosos especialmente en relación con las ocasiones límite en las que pueden ser otorgados en el sistema del Código civil.

La mayor parte de las cuestiones que se pueden plantear en este sentido están resueltas por el artículo 11 del Código civil, tantas veces citado. Por aplicación de

éste, los catalanes, en virtud de su ley personal, podrán otorgar dentro y fuera de Cataluña los testamentos previstos por la ley catalana, y, además, fuera de Cataluña, los autorizados por la ley del lugar en que se otorguen. Por otra parte, los catalanes podrán otorgar testamento conforme a su ley personal y, además, de acuerdo con la ley catalana cuando los otorguen en Cataluña.

Por eso las dudas quedan reducidas al supuesto de catalanes que otorguen testamento en Cataluña, los cuales no pueden hacerlo conforme a figuras solamente contempladas en una legislación ajena a su ley personal, ya sea un ordenamiento diferente establecido en el territorio español, o bien una legislación extranjera (excepto que esta última disponga otra cosa).

Evidentemente, en este caso se daría una minoración de los tipos de testamentos entre los cuales el catalán puede escoger en Cataluña: no se podría acoger a unos tipos foráneos porque no corresponden a su ley personal, ni a tipos excluidos por la legislación catalana.

Esta reducción de los tipos testamentarios no es trascendente. En realidad, no se trata de una verdadera exclusión de oportunidades dignas de respeto, sino de una «no-ampliación» de las opciones.

Si se admitiera otro razonamiento deberíamos admitir también que el catalán, en Cataluña, puede escoger una forma navarra, o aragonesa, o incluso extranjera, cuando esta posibilidad está expresamente excluida por el artículo 11 del Código civil, que sólo se refiere a la ley del lugar en que se otorgue el testamento y la ley personal del testador. No admite, por lo tanto, el Código civil, una intercomunicación de las figuras testamentarias de varios ordenamientos más allá de aquellos dos parámetros.

Debe pensarse también que el hecho de que otro ordenamiento (como es el

Código civil) contemple más formas testamentarias implicaría llegar a la idea absurda de que este ordenamiento es el que discrimina a través del artículo 11, dado que hace proliferar los tipos testamentarios sólo para los testadores que tengan la correspondiente ley personal y a aquellos otros que, sin poseerla, otorguen el testamento en su ámbito territorial de vigencia.

Esto aparte, debe considerarse que pertenece a la propia naturaleza de los derechos civiles propios de la diversidad, que será destruida por la aplicación uniforme y global de las instituciones.

Por último debemos decir que el planteamiento del artículo 11 del Código civil no ha sido modificado, en lo que se refiere a los testamentos de los catalanes en Cataluña, por el Convenio de 5 de octubre de 1961, ratificado por el Instrumento de 16 de marzo de 1988 (BOE de 17 de agosto de 1988, núm. 197) sobre «conflictos de leyes en materia de disposiciones testamentarias».

(...)

Por una parte, la ampliación de las formas testamentarias válidas no incluye más puntos de conexión que el lugar, la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual; sólo se añadiría la posibilidad de que los catalanes otorgasen en Cataluña y fuera de ella un testamento en la forma determinada por el domicilio o residencia habitual o por el lugar en que estén los inmuebles integrados en la herencia, lo cual constituye una verdadera novedad del convenio. La referencia en este punto a la Ley nacional dentro de un sistema unificado tampoco modifica las normas de derecho internacional ni interregional, pues en el ordenamiento jurídico español se establecen estas normas con toda precisión; solamente la alusión al «vínculo más efectivo» podría hacer pensar en la posibilidad de otorgamiento del testamento en una forma que no co-

rresponda ni al lugar de otorgamiento, ni a la vecindad civil, ni al domicilio ni a la residencia, ni al lugar en que los inmuebles estén situados. En todo caso, siempre quedaría la imposibilidad de que el catalán no pudiese otorgar en Cataluña determinados tipos testamentarios.

Todas estas consideraciones permiten entender que la exclusión de los testamentos que hemos enumerado no afectan de un modo irrazonable al principio de igualdad.

VI. (...)

2. La CE pone especial acento en la protección de la familia, especialmente en el artículo 39.2, proyectando su amparo a los aspectos social, económico y jurídico. Pero no desarrolla su protección más que, por una parte, con respecto a los hijos, iguales ante la ley, y a las madres al margen de su estado civil (art. 39.2 y 3), y, por otra parte, en cuanto a las personas que pretenden encabezar a la familia formando una pareja matrimonial (art. 32). No obstante, por lo que ahora nos interesa, no otorga relevancia constitucional la decisión de formar una pareja no matrimonial, de lo cual deducimos que el legislador puede prever mecanismos de protección específica para estas parejas, pues esto pertenece a su opción política ateniendo a los intereses personales, sociales y económicos del momento.

Es cierto que los poderes públicos deben «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los cuales se integra sean reales y efectivas» (art. 9.2 CE) y que «el libre desarrollo de la personalidad» —incluso mediante una unión *more uxorio*— es «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE). Pero esto no sujeta al legislador incondicionalmente y ni tan sólo le urge de manera que pueda lícitamente sostenerse que éste no podrá elegir los medios y el momento adecua-

dos para conseguir los citados fines constitucionales.

A este respecto recordábamos en nuestro Dictamen núm. 60 (fundamento IX. 1), a propósito de una materia conexas a la que examinamos ahora, que

«en el anteproyecto constitucional se establecía que a partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener en igualdad de derechos relaciones estables de familia (art. 27. 1). En la nueva redacción del informe de la ponencia a este artículo, la relación estable de la familia se hizo derivar del hecho de haber contraído matrimonio... el artículo 32.1 CE prescinde de toda referencia a la relación estable y se limita a afirmar que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

Y nada se opone a la lícita y libre elección de una unión no formal. Por una parte, la autonomía de la voluntad permite y exige que, en lo que no está prohibido, la persona humana ejercerá su libertad sin estorbos; pero también debemos hacer una reflexión sobre el objeto y la causa del matrimonio civil que conforman a éste en la España postconstitucional.

El matrimonio supone una declaración bilateral de voluntad sujeta a una forma específica, mediante la cual dos personas se unen en una comunidad de vida con propósito de estabilidad. Ha desaparecido en nuestro sistema la apelación a la procreación como causa del matrimonio, a raíz de la supresión del impedimento de impotencia. Tampoco subsiste el propósito de indisolubilidad como esencial en el matrimonio, desde el momento en que la duración mínima de éste se reduce a un año, o a un tiempo variable a partir del citado año, a partir del cual se puede decretar la separación, o a un tiempo variable a partir del citado año, al término del cual puede disolverse la unión.

En principio, pues, las diferencias entre el pacto de unión de hecho y el de unión matrimonial residen en la adopción en este último de una forma *ad solemnitatem* y en la garantía jurídica de un plazo de unión, aunque precario. No obstante, a la unión formal siguen unas obligaciones entre los cónyuges que las parejas de hecho jurídicamente no tienen, como son el respeto y la ayuda mutuos, la convivencia en un mismo domicilio —que se exige y además se presume—, la fidelidad y los socorros entre ambos.

La incardinación de este status en la sociedad —sin que pueda excluirse el valor de la historia, de las costumbres y de las convicciones sociales que se derivan de las mismas, que en nuestro derecho tienen un valor, al menos las primeras, de integración del ordenamiento— produce, como un reflejo condicionado, el concepto de la familia matrimonial, institución, si no distinta, al menos separada, de la familia no matrimonial; con la consecuencia de que se considere comúnmente razonable que el miembro superviviente de la pareja matrimonial —supuesta una contemporánea convivencia— goza *ope legis* (o sea, siempre subsidiariamente a la voluntad testamentaria) de otros derechos sucesorios específicos.

Lo que hemos razonado nos conduce a las siguientes conclusiones:

A) El matrimonio civil está protegido directamente por la Constitución. Sin embargo, no lo está la pareja de hecho como tal, es decir, independientemente de la protección constitucional de los derechos de cada miembro de la pareja. La concesión de iguales derechos —en cualquier nivel— constituye una alternativa del legislador ordinario.

B) Entre la unión de hecho y la unión matrimonial, en el plano del simple consentimiento sobre una comunidad estable de vida, no existen diferencias notables,

exceptuando los plazos de separación y disolución y la forma solemne de la segunda. No obstante, las diferencias son importantes con respecto a la imposición de determinadas obligaciones que configuran e integran, diáfananamente, un suceso de hecho diferente.

En consecuencia, los artículos del proyecto que dictaminamos, en tanto no dan un trato idéntico al miembro supérstite de la pareja de hecho en relación al cónyuge viudo, no son inconstitucionales.

3. A pesar de los criterios expuestos, que justifican nuestra convicción, es cierto que no los podemos proyectar en un juicio sobre la constitucionalidad de los artículos del proyecto que se refieren a la pareja de hecho.

A) En primer lugar, la equiparación entre los miembros de la pareja de hecho y los cónyuges exige una previa articulación —probablemente deseable y exigida por los intereses en juego— de medidas que definen a la pareja de hecho y otorgan al ordenamiento jurídico, con relación a ella, una adecuada seguridad y certeza, así como una garantía de seriedad suficiente que haga posible la protección que esta equiparación supone.

Tienden a esto las enmiendas 182, 202 y 250 opuestas al proyecto, que o bien determinan cuando estamos en presencia de una pareja de hecho digna de ser protegida como tal, o bien propugnan el establecimiento de un Registro especial para estas parejas. Prescindiendo de si estas soluciones son suficientes, entendemos que el establecimiento de un registro especial solamente sería competencia de la Generalidad si fuese de mera constatación de hechos, es decir, sin efectos jurídicos directos, pues en otro caso podría suponer la vulneración de la competencia estatal del artículo 149.1.8 CE.

B) Por otra parte, no podemos desconocer ahora que el Tribunal Constitucio-

nal, en la Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, estableció la doctrina que el artículo 39.1 CE

«no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles en el artículo 39.1 CE aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 de la Constitución), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir *more uxorio* (FJ 2).

Esta doctrina, mantenida ya en los Acos de inadmisión 156/1987, 788/1987, 1021/1988 y 1022/1988 tuvo también su precedente en las sentencias del mismo Tribunal 260/1988, de 22 de diciembre, y 30/1990, de 14 de febrero, y debe entenderse claramente consolidada, pues con posterioridad el Tribunal Constitucional dictó las sentencias 29/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, todas de 14 de febrero, en las que el pleno acordó reclamar para sí mismo el conocimiento de sendos recursos de amparo. También la Sentencia 77/1991, de 11 de abril, dictada por la Sala segunda del Tribunal Constitucional, reiteró que,

«siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, se ha de concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica» (FJ 3).

Evidentemente, los votos particulares que acompañan a varias de estas sentencias, aunque muy importantes, no pueden diluir las contundentes afirmaciones que aquéllas contienen. Por otra parte,

aunque algunos de ellos mantienen la equiparación entre pareja matrimonial y pareja no matrimonial, no obtienen de esta doctrina unas conclusiones también generales, ni tan siquiera las propugnan; al contrario, ajustándose solamente a la cuestión objeto de recurso, es decir, si el miembro sobreviviente de la pareja de hecho podía obtener la pensión de viudedad, se limitan a establecer el criterio de que, por su naturaleza, la pensión de viudedad pretende compensar un daño o una situación de necesidad, lo cual conlleva que entiendan que también ha de ser concedida al miembro sobreviviente de la pareja no matrimonial.

En el proyecto que dictaminamos, sólo un supuesto ha admitido cierta equiparación con el de la pensión de viudedad, cuya admisión propugnan los votos particulares de las sentencias citadas. Se trata de la cuarta vidual, que el artículo 383 concede al consorte sobreviviente que por ningún concepto tenga «medios económicos suficientes para su congrua sustentación, dado el nivel de vida que habían mantenido los consortes y el patrimonio relicto». En los demás casos en que el proyecto hace referencia a los cónyuges, la equiparación no goza ni tan siquiera de este leve amparo en la doctrina sostenida en los citados votos particulares.

4. Al tratar de la comprobación de la autenticidad del testamento hológrafo (art. 124 del proyecto) se establecen determinadas normas referentes al desarrollo del proceso y a la determinación de los medios de comprobación que deben tener lugar, incluyendo la citación y la audiencia del cónyuge del testador; en relación con ello, la enmienda número 98 propone que, en su caso, también debe ser citado el miembro sobreviviente de la pareja de hecho.

Sin perjuicio de que pueda ser aplicable a este supuesto todo lo que dijimos anteriormente, el artículo 124 ofrece una

faceta especial. En este artículo nuestro legislador pretende regular internamente un procedimiento judicial, determinando lo que el juez debe hacer y cómo lo debe hacer. Vulneraría, por lo tanto, la competencia exclusiva que reserva al Estado el artículo 149.1.5 CE sobre la materia de Administración de justicia.

Es cierto que el procedimiento para comprobar la autenticidad del testamento hológrafo contenido en el artículo 124 ya está regulado en términos similares por los artículos 691 a 693 del Código civil; por lo cual, por una parte, no es fácil alegar la competencia procesal ex artículos 149.1.6 CE y 9.3 EAC, aunque por otra parte esta reproducción no resultaría necesariamente inconstitucional, si bien, al menos, sería técnicamente incorrecta.

En el caso de la enmienda número 98, hay que decir que la referencia al miembro superviviente de la pareja de hecho se podría considerar una particularidad del derecho sustantivo, por lo cual su intervención en el procedimiento judicial podría ampararse en las competencias de la Generalidad que resultan del artículo 149.1.6 CE y 9.3 EAC.

Dada esta equiparación y que ello responde al esquema constitucional, sería el mencionado artículo 692 del Código civil el que resultaría contrario a la Constitución.

VII. (...)

Las disposiciones —en concepto de herencia o legado— para sufragios, obras pías o a favor de los pobres, como todas aquellas en que el beneficiario quede total o relativamente indeterminado, ofrecen graves problemas, pues la incertidumbre del nombrado heredero o legatario produciría por sí misma la nulidad de la disposición; es lo que ocurre también con la disposición a favor del alma, lo cual no es sujeto de derechos ni,

por lo tanto, puede ser por sí misma heredera o legataria.

Por ello los ordenamientos de muchos países latinos articulan un sistema para que las disposiciones lícitas del causante se cumplan debidamente, en todo lo que sea posible.

En primer lugar, se investiga si existe una previsión concreta del testador sobre las personas beneficiarias. La determinación, por lo tanto, resulta, incluso por vía interpretativa, de la misma voluntad del testador.

Si no existiera esta designación concreta, la determinación de los beneficiarios debería ser hecha por las personas a quienes el testador encargara, específica o genéricamente (como es el caso de los albaceas), el cumplimiento de su voluntad.

Por último, si el testador no ha precisado a los beneficiarios, ni ha designado a ninguna persona para esta finalidad, renace la indeterminación de aquéllos y, por lo tanto, la disposición sería nula, y los bienes objeto de ésta acrecentarían al heredero si lo era en forma de legado y a los demás coherederos si lo eran a título de herencia, y, finalmente, si los beneficiarios fuesen únicos herederos, el testamento valdría solamente como codicilio.

Para evitar estas consecuencias, contrarias sin duda a la voluntad del testador, se completa esta voluntad mediante una presunción *iuris et de iure* y se designan personas o entidades encargadas de la distribución de los bienes y se señalan los criterios para fijar a los beneficiarios definitivos.

Esta es la función que cumple el artículo 20, párrafo cuarto, del proyecto, que legitima para la aceptación de la herencia dejada para sufragios a los pobres, a las personas designadas por el testador y, subsidiariamente, a la Generalidad de Cataluña y a la Iglesia de que se trate según sus propias normas.

En el mismo sentido, el artículo 166

autoriza a unas y otras entidades para distribuir los bienes cuando la disposición se haya hecho para sufragios y obras pías indeterminadamente y sin especificar la aplicación, o a favor de los pobres en general.

En este sentido, el proyecto de ley es correcto y no vulnera el bloque de la constitucionalidad. También hay que decir lo mismo de las enmiendas correspondientes.

Por otra parte, no ofrece ningún problema el hecho de que se autorice a la Generalidad de Cataluña para destinar la mitad del producto de los bienes a fines benéficos en general, porque el concepto consolidado de «obras pías» abarca tradicionalmente «el ejercicio de la caridad con el prójimo», aunque alguien lícitamente pueda pensar que estos términos están desfasados con respecto a la realidad social de nuestro tiempo.

La única cuestión que a nuestro juicio plantean los artículos 20 y 166 del proyecto es la referencia a la «Iglesia a la cual pertenecía el causante».

Evidentemente, si el causante no pertenecía a ninguna iglesia podía, sin embargo, disponer que sufragios y obras pías, pues podía ser creyente sin adscripción a una confesión determinada. Al faltar en este caso una iglesia distributaria, el heredero u otro u otros herederos testamentarios (o quien lo fuese después de la conversión del testamento en codicilio) recibiría los bienes y debería cumplir la carga. La iglesia a la que pertenecía el causante —inexistente en este caso— no tendría, pues, ninguna intervención.

Pero el problema sigue vigente, aunque efectivamente el causante perteneciera a alguna iglesia o confesión religiosa.

En este momento debemos recordar todo lo que hemos expresado en el fundamento V, punto 3 de este dictamen, y especialmente que, así como la Iglesia católica tiene personalidad jurídica en to-

do caso, las demás iglesias y confesiones religiosas no la adquieren hasta que se inscriben en el Registro de entidades religiosas. Sin personalidad, por lo tanto, no pueden aceptar la disposición testa-

mentaria ni tampoco pueden ser distributarias de los bienes dispuestos, y la adquisición de la personalidad depende de la inscripción en un Registro de competencia estatal ex artículo 149.1.8 CE.

Dictamen núm. 173, sobre la adecuación constitucional y estatutaria del Dictamen de la Comisión de Organización y Administración de la Generalidad y gobierno local sobre el proyecto de ley de reforma de la función pública de la Generalidad de Cataluña.

Solicitantes:

La Mesa del Parlamento de Cataluña, a instancias de los grupos parlamentarios Socialista e Iniciativa per Catalunya.

Ponente:

Francisco de Carreras i Serra.

Resumen de las principales cuestiones estudiadas:

El dictamen hace, en primer lugar, un examen global de los aspectos competenciales generales de la materia regulada por el proyecto de ley sometido a su consideración. Concretamente, analiza:

- Cuáles son las administraciones públicas a que hacen referencia los artículos 149.1.18 y 103.3 CE.
- El carácter estatutario del régimen funcional y su contenido.
- La reserva de ley en esta materia (103.3 CE).
- La competencia normativa básica estatal en relación con las competencias de desarrollo legislativo y de ejecución de la Generalidad (art. 10.1.1 EAC).

En un segundo momento, estudia la adecuación al orden constitucional y estatutario de los preceptos concretos objeto de la petición de dictamen, y entre las distintas cuestiones abordadas cabe resal-

tar por su especial importancia las siguientes:

— Legitimación constitucional y estatutaria de la inclusión del personal al servicio de las corporaciones locales en el ámbito de la ley que regula la función pública de la Generalidad (Ley 17/1985, de 23 de julio).

— Constitucionalidad y estatutariedad de la no integración en los cuerpos y escalas propios de la Generalidad de los funcionarios de otras administraciones que accedan a lugares de trabajo de la Generalidad mediante convocatorias de provisión (contrasta esta previsión del Proyecto de ley con los preceptos básicos de la Ley 30/1984 y con los derechos reconocidos por el artículo 23.2 CE).

— Constitucionalidad de la supresión de la exigencia de sentencia firme en caso de inhabilitación o de resolución firme en caso de separación del servicio para no ser admitido a las pruebas de selección de funcionarios (estudia la incidencia de esta previsión en el derecho garantizado en el art. 23.2 CE, los límites de la ejecutividad de los actos administrativos y la eficacia de las sentencias judiciales no firmes en virtud del principio de tutela judicial efectiva —24 CE—).

Conclusión:

Dados los razonamientos contenidos

en los fundamentos precedentes, opinamos que:

Primero. La modificación del artículo 29 de la Ley 17/1985 puede ser contraria al orden constitucional y estatutario, de acuerdo con el fundamento séptimo de este dictamen.

Segundo. La modificación del artículo 33, párrafo e), de la mencionada Ley, por cuanto suprime la mención a la «sentencia firme», es contraria al citado orden constitucional y estatutario, teniendo en cuenta las observaciones hechas al fundamento noveno.

Este es nuestro Dictamen, que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y la fecha indicados al principio.

Extrato de los fundamentos:

(...)

2. La exposición de motivos del proyecto justifica la necesidad de estos cambios legislativos por cuatro razones de distinto orden:

a) Para adecuar la legislación catalana a la letra y al espíritu de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional posterior a la aprobación de las leyes catalanas.

b) Para adaptar la legislación catalana a la normativa básica que sobre función pública ha sido aprobada por las Cortes Generales, en parte derivada de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

c) Para introducir reformas legislativas en la función pública catalana como producto de la experiencia acumulada en la aplicación de las leyes que se reforman, teniendo en cuenta nuevas técnicas con respecto a los funcionarios públicos que agiliten a la Administración con el fin de que ésta consiga una mayor eficacia, objetividad, imparcialidad e independencia.

d) Por último, el proyecto pretende

extender su ámbito de aplicación al personal, al servicio de las corporaciones locales situadas en el territorio de Cataluña, como primer paso para una futura armonización del régimen jurídico del personal funcionario que presta servicios a las administraciones catalanas.

(...)

II. Desde el punto de vista competencial, el marco normativo cabe decucirlo del artículo 149.1.18 CE, pues otorga al Estado competencia exclusiva sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios. El Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 10.1.1) EAC otorga a la Generalidad competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en el marco de la legislación básica del Estado, y, en su caso, en los términos que aquella legislación establece en materia de régimen estatutario de sus funcionarios. Por otra parte, el artículo 103.3 CE establece que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública según los principios del mérito y de la capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a la sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

De estos preceptos, nos interesa a nuestros efectos examinar las siguientes cuestiones:

a) Cuáles son las Administraciones públicas a que se refieren los preceptos constitucionales mencionados (149.1.18 y 103.3 CE).

b) El carácter estatutario del régimen funcional y su contenido.

c) La reserva de ley en estas materias.

d) La competencia normativa básica estatal en relación con las competencias de desarrollo legislativo y de ejecución de la Generalidad.

1. Con respecto al primer punto hace ya tiempo que el tema es pacífico: desde las STC 25/1983, de 7 de abril (FJ 4), y 76/1989, de 5 de agosto (FJ 38), se admite que el artículo 149.1.18 CE hace referencia a todas las administraciones públicas y, por lo tanto, no sólo a la estatal sino también a las autonómicas y locales. En consecuencia, la competencia básica estatal incluye estos tipos de potestad con respecto a todas las administraciones.

2. La STC 99/1987 con respecto a la Ley estatal 30/1984, de la función pública, también deja claro que, entre las varias opciones posibles, la Constitución había optado por el régimen estatutario de los funcionarios, es decir, por un sistema en que son las normas jurídicas —no los contratos entre partes— las que otorgan derechos y deberes a los funcionarios y, en consecuencia, se trata de derechos y deberes irrenunciables, cuyo incumplimiento puede ser recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En la citada sentencia el Tribunal Constitucional establece, de forma no cerrada, pero bastante concreta, el ámbito de este régimen estatutario.

(...)

(...) Es la misma STC 99/1987 la que establece una doctrina específica sobre cuál es el ámbito de la ley y cuál es la función que juega en ella el reglamento:

«Esta materia (el estatuto de los funcionarios públicos) queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, más no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración, que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al regla-

mento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa.

En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva. Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la resolución por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria de reglamento, pero siempre —como se dijo en el fundamento jurídico núm. 4 de la STC 83/1984, de 24 de julio— que estas remisiones sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esta potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, de tal modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir».

4. Resta, por último, tratar el tema estrictamente competencial que, ciertamente, sólo plantea una problemática suficientemente tratada: la problemática de las bases. El concepto de bases —o normas básicas o legislación básica— es uno de los aspectos más tratados y, al mismo tiempo, más oscuros y problemáticos, de la compartición legislativa de competen-

cias entre Estado y comunidades autónomas; no obstante, es suficientemente conocido el tema —y no se pueden añadir al mismo innovaciones significativas de tipo legislativo, jurisprudencial o doctrinal— para que sea necesario exponerlo una vez más, como por otra parte hemos hecho en numerosos dictámenes. Por lo tanto, aun recordando que las bases suponen un límite al ejercicio de las competencias autonómicas, pero que ello no supone vaciar las competencias estatutariamente asumidas por las comunidades autónomas, el Estado, al aprobar normas básicas, está obligado a atender la doctrina que sobre las mismas ha elaborado el Tribunal Constitucional. En consecuencia, pasaremos a tratar los preceptos que se nos consultan teniendo en cuenta muy especialmente las normas básicas contenidas principalmente en la Ley 30/1984 y en la Ley 23/1988.

(...)

El proyecto de ley sobre el cual dictaminamos modifica este artículo 2 e incluye dentro del ámbito de aplicación de la ley al personal al servicio de las corporaciones locales —en los términos que analizaremos más adelante— y añade en el apartado 4 que también pueden ser objeto de regulación específica, en virtud de sus peculiaridades, los bomberos y los agentes rurales.

Ningún problema ofrece el apartado cuarto, que simplemente se limita a añadir a los bomberos y a los agentes rurales y a atender a sus especificidades. Por la Ley 9/1986, de 10 de noviembre, de cuerpos de funcionarios de la Generalidad de Cataluña, se crea el Cuerpo de Bomberos (art. 5) y el Cuerpo de Agentes Rurales (art. 7), y se entiende, por lo tanto, que este apartado hace referencia a los miembros de estos cuerpos.

El problema que nos plantea este artículo es, por lo tanto, otro: el de si la inclusión del personal al servicio de las corporaciones locales en el ámbito de la

ley que regula la función pública de la Generalidad es conforme a la Constitución y al Estatuto de Cataluña.

(...)

El Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 9.8) atribuye a la Generalidad la competencia en régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1.18 CE. Recordamos que este último precepto reserva al Estado la normativa básica en materia de régimen estatutario de los funcionarios de las administraciones públicas y, por lo tanto, los funcionarios de los entes locales en el territorio de Cataluña deben regirse por las normas que corresponde dictar a la Generalidad de Cataluña en el ejercicio de sus competencias estatutarias, respetando las normas básicas estatales.

Las bases estatales están contenidas además de en la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que dedica su título VII (art. 89 a 104) al personal al servicio de las entidades locales; y en el texto refundido de régimen local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que le dedica también su título VII (art. 126 a 177), y del cual son básicos los preceptos a los cuales sea aplicable este carácter según establece la disposición final séptima 1. b).

Por su parte, la Generalidad ha ejercido su competencia normativa en la materia de función pública local. Primero, la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, dedica su título XX (art. 290 a 313) a regular la situación del personal al servicio de los entes locales. Segundo, el Decreto 214/1990, de 30 de julio, aprueba el reglamento del personal al servicio de las entidades locales. De este reglamento nos interesa muy especialmente el artículo 2, pues sitúa su ámbito de aplicación en el bloque normativo que regula esta mate-

ria en Cataluña. El apartado 1 de este artículo 2 establece lo siguiente.

«El estatuto de la función pública local de Cataluña se rige:

a) Por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

b) Por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, en los preceptos de carácter básico, dictados al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, y por la legislación que con carácter básico elabore el Estado.

c) Por el Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que contiene el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en lo que se considera de carácter básico.

d) Por la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña.

e) Por las normas que desplieguen la legislación sobre régimen local de Cataluña.

f) Por las ordenanzas y la normativa de cada entidad, en el ámbito de sus competencias, y también por los convenios colectivos y los pactos y/o acuerdos sobre condiciones de trabajo que suscriban las entidades locales con las representaciones de los trabajadores».

Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo prevé:

«La Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad, y la normativa que la despliega, son aplicables en los términos que establece la legislación sobre función pública local promulgada por la Generalidad».

La integración del apartado 1 y del apartado 2 de este artículo que acabamos de mencionar nos muestra el contenido del artículo segundo del proyecto de ley sobre el cual dictaminamos. En este sentido, la «legislación sobre función públi-

ca local» —último inciso de este artículo 2— en cuyos términos se amplía el ámbito de aplicación de la ley de la función pública de la Generalidad «al personal al servicio de las corporaciones locales situadas en el territorio de Cataluña» debe entenderse que es la especificada en el artículo 2.1 del Reglamento del personal al servicio de las entidades locales —es decir, las normas básicas sobre régimen local y función pública, así como las normas de régimen local catalanas— y, en este marco, tal como expresa el artículo 2.2 del citado reglamento, en la Ley 17/1985, de la función pública de la Administración de la Generalidad, que pretende modificar el proyecto de ley sobre el cual dictaminamos.

En consecuencia, la innovación de este artículo 2 con respecto a la extensión del ámbito de aplicación al personal al servicio de las corporaciones locales ya estaba prevista —y más especificado su contenido— en el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales, aprobado por el Decreto 214/1990, de 30 de julio (DOG de 28 de septiembre de 1990), y es plenamente conforme al orden constitucional y estatutario.

2. Hay que hacer una precisión con respecto al significado de la nueva disposición adicional decimoséptima, que el proyecto de ley sobre el cual dictaminamos añade a la Ley 17/1985, en relación con el precepto que examinamos. Esta disposición adicional decimoséptima dice:

«A los efectos de lo que dispone el artículo 2.2.e) las referencias de esta Ley al personal al servicio de la Administración de la Generalidad deben entenderse, en su caso, al personal al servicio de las corporaciones locales situadas en el territorio de Cataluña, excepto los funcionarios que pertenecen a cuerpos de habilitación nacional».

De la lectura del artículo se deducen

dos conclusiones. Primera, los funcionarios al servicio de las corporaciones locales que pertenecen a cuerpos de habilitación nacional quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de la Ley 17/1985, a pesar de lo que dispone el artículo 2.2.e) del Proyecto. Segunda, el inciso «en su caso» es la clave para entender toda la primera parte del precepto; este inciso debe interpretarse en la lógica de aplicación de la ley que establece el bloque normativo referente a la función pública local que hemos examinado en este fundamento.

IV. El artículo 5 de la Ley 17/1985 se modifica mediante la nueva redacción del apartado 1 y la introducción de un nuevo apartado 4.

(...)

Sólo parece que haya dos aspectos a examinar en los cuales pueda parecer que el proyecto de ley catalana y la norma básica sean discrepantes. Primero, la extensión al presidente —además de a los consejeros— de la facultad de nombrar personal eventual. Segundo, la disposición de que el cese del personal eventual no genere indemnización.

Ciertamente, en el primer caso la ley básica estatal hace referencia a los «Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas» y no a sus presidentes. Igualmente, a nivel de la Administración estatal hace referencia a ministros y secretarios de Estado y no al presidente y vicepresidente del Gobierno. No obstante, parece que el sentido general de la norma es impedir que esta facultad de nombrar personal eventual la tengan órganos inferiores a miembros del Gobierno —haciéndolo extensivo en este caso a los secretarios de Estado— o a consejeros de las comunidades autónomas. No tendría sentido que este tipo de personal —normalmente altamente calificado y especializado— pudiese ser nombrado por los

ministros y consejeros autonómicos y no por el presidente del Gobierno o presidentes de los ejecutivos autonómicos. Por otra parte, es notoria, tanto en el caso del Gobierno del Estado como en el del Gobierno de la Generalidad, la posición de primacía que tienen los presidentes correspondientes hacia los demás miembros del Gobierno. En el caso catalán, corresponde al presidente la dirección y coordinación de las funciones del Gobierno y, dentro de estas funciones, nombrar y separar a los consejeros (art. 62 de la Ley catalana 3/1982, de 23 de marzo, del Parlamento, del presidente y del Consejo Ejecutivo). Por lo tanto, una interpretación deducible de la finalidad de la norma y de su contexto parece justificar plenamente que no es contraria a la normativa básica, ya que ésta debe interpretarse ampliamente en el sentido de que incluye a todos los miembros del Consejo Ejecutivo y, en consecuencia, también a su presidente.

Más claro todavía es el segundo aspecto, ya que el hecho de que el cese no genere indemnización lo puede establecer el legislativo catalán en virtud de su libre potestad legislativa siempre que la normativa básica no prescriba nada a estos efectos.

(...)

V. El artículo 12 de la Ley 17/1985 se modifica mediante la nueva redacción siguiente:

(...)

Desde el punto de vista de la legislación básica, este precepto no ofrece ningún problema pues el artículo que examinamos otorga al consejero competente en materia de función pública unas funciones con respecto al personal de la Administración de la Generalidad que no contradicen las bases establecidas en la legislación estatal (ver especialmente los artículos 3.2.e) y f), 6, 7 y 8 de la Ley 30/1984, modificada por la Ley 23/1988),

por lo cual se adecua al bloque constitucional y estatutario.

(...)

El artículo 22, que hemos transcrito, se adecua a estas bases y no entra en contradicción con ninguna de ellas. Sólo hay un aspecto que puede ofrecer dudas: el artículo 16 de la Ley 30/1984 establece, como hemos visto, que las relaciones de puestos de trabajo deben incluir las retribuciones complementarias que les correspondan. El artículo 23 de la Ley 30/1984, también de carácter básico, establece cuatro tipos de retribuciones complementarias: el complemento de destino, el complemento específico, el complemento de productividad y las gratificaciones por servicios extraordinarios. La nueva redacción del artículo 22 de la ley catalana establece que el contenido de las relaciones de puestos de trabajo debe incluir «el complemento de destino y, en su caso, el específico, cuando sean puestos de personal funcionario». Podría parecer, a primera vista, que es restrictivo con respecto a la base estatal al no mencionar el complemento de productividad ni el de las gratificaciones por servicios extraordinarios. Sin embargo, a nuestro entender, esta interpretación no sería correcta, ya que estos dos últimos complementos, por su propia naturaleza, no son susceptibles de ser incluidos en la relación de puestos de trabajo. En efecto, se trata de unos complementos que no van ligados al puesto, sino a la actividad que desarrolla la persona que ejerce este puesto de trabajo. Este carácter impide que puedan ser incluidos, previamente, en la relación de puestos de trabajo.

(...)

VII. Trataremos conjuntamente los artículos 28 y 29, que hacen referencia a la movilidad de los funcionarios.

(...)

A la vista de esta normativa se nos plantean dos órdenes de problemas:

a) El carácter de las condiciones de homologación y, en particular, los sistemas de acceso y programas mínimos a que hace referencia el párrafo que se añade al artículo 28.

b) El significado de la no integración en los cuerpos o escalas propios de la Generalidad de los funcionarios de otras administraciones que accedan, mediante convocatorias de provisión, a puestos de trabajo de la Administración de la Generalidad.

Con respecto al primer problema, es decir, al nuevo párrafo añadido al artículo 28, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 30 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico, y la doctrina que emana de la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la Ley Orgánica de armonización del proceso autonómico, que está en el origen de la citada ley. (...)

Este precepto legal ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 47 de la STC 76/1983, de 5 de agosto, en el sentido de que contenía principios básicos de la ordenación de la burocracia y el principio de colaboración entre las distintas Administraciones públicas. (...)

Por lo tanto, en este criterio del Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 30 de la Ley del proceso autonómico, hallamos el fundamento de la precaución del párrafo que se añade al artículo 28 por parte del proyecto de ley sobre el cual dictaminamos, al establecer que las condiciones de homologación y, en particular, de los sistemas de acceso y programas mínimos, se determinarán «en su caso, en los términos que establezca la legislación básica». Efectivamente, con este inciso, el precepto que examina-

mos se adecua al bloque constitucional y estatutario.

Relacionado con este artículo existe el nuevo apartado que se añade al artículo 29 y que antes hemos transcrito. Efectivamente, se trata también de un precepto que hace referencia a la movilidad de los funcionarios, y, por lo tanto, que se establece en el marco del artículo 18, de carácter básico, de la Ley 30/1984, y que hemos reproducido más arriba. Es también un artículo inspirado en el principio de intercomunicación, tanto vertical como horizontal, de la función pública, a que se refería la STC 76/1983, de 5 de agosto, en el párrafo comentado anteriormente.

Un primer problema lo presenta la lectura conjunta de los dos apartados de este artículo 29: el párrafo antiguo de la vigente Ley catalana 17/1985 y el párrafo nuevo del proyecto de ley sobre el cual dictaminamos. El párrafo del artículo 29 actualmente vigente parece establecer que todos los funcionarios procedentes de otras administraciones, sin distinción, se integrarán en la función pública de la administración de la Generalidad. (...)

Pero con la adición del nuevo párrafo al artículo 29, el párrafo primero puede cambiar de sentido y el conjunto del artículo resultante parece establecer —aunque con escasa claridad expositiva— que los funcionarios que provengan de otras administraciones pueden o bien integrarse en la función pública de la Administración de la Generalidad como funcionarios, o bien no integrarse en los cuerpos y escalas propios de la Generalidad. De la lectura del artículo parece que la razón por la cual se dé una situación u otra es que la incorporación en la función pública de la Generalidad se haga mediante un proceso de transferencia de medios personales y materiales o mediante convocatoria de provisión: en el primer caso se integrarían en los cuerpos o esca-

las propios de la Generalidad, y en el segundo no.

Pocos problemas ofrece el primer supuesto. En efecto, el artículo 12 de la Ley 30/1984 regula la situación de los funcionarios transferidos en congruencia con el artículo 29 de la Ley catalana 17/1985:

(...)

Por lo tanto, este precepto básico nos aclara perfectamente la situación de los funcionarios transferidos y el artículo 29 de la Ley catalana, en su actual redacción, es plenamente adecuado al orden competencial. El problema está en el significado del nuevo apartado que se pretende añadir a este artículo 29.

Analizando el contenido, deducimos dos rasgos esenciales: primero, que se trata de funcionarios de otras administraciones que acceden a puestos de trabajo de la Administración de la Generalidad mediante convocatorias de provisión; segundo, que por este medio de acceso no se integran en los cuerpos y escalas propios de la Generalidad. Se trata de saber, por lo tanto, si ello es posible según el orden constitucional y estatutario.

Una primera consideración a hacer es que el precepto básico del artículo 17 de la Ley 30/1984, interpretado en el marco constitucional, debe entenderse en el sentido de que el paso de una administración a otra, que posibilita este precepto, ha de hacerse en condiciones de igualdad con todo otro sistema de acceso, según el artículo 23.2 CE. Por lo tanto, la incorporación de funcionarios de las demás administraciones —estatal, autonómicas o local— a la Administración de la Generalidad ha de hacerse en condiciones de igualdad con respecto a los funcionarios propios de la Generalidad, y la relación de puestos de trabajo debe ser coherente ofreciendo estas condiciones de igualdad. Sólo de este modo se puede hablar de una auténtica posibilidad de hacer real la mo-

vilidad de funcionarios según el principio de intercomunicación antes mencionado, según ha sido desarrollado en el artículo 17 de la Ley 30/1984. Otra cosa constituiría un fraude al principio de movilidad.

Por lo tanto, la igualdad en derechos con respecto a los funcionarios propios que deriva de la aplicación de este precepto es un requisito imprescindible para la adecuación constitucional de su contenido. En consecuencia, es preceptivo que a los funcionarios de otras administraciones que accedan a puestos de trabajo mediante convocatorias de provisión les sea aplicable, en igualdad de condiciones con los funcionarios propios de la Generalidad, los derechos que se derivan de su condición de funcionarios y, en especial, los que están contemplados en su régimen estatutario. Véase, en este sentido, el título V (art. 59 a 101) de la Ley catalana 17/1985, que hace referencia, entre otros aspectos, a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, su formación y perfeccionamiento, su régimen retributivo, las situaciones administrativas, los derechos y deberes, las vacaciones, licencias y permisos, las responsabilidades, el régimen disciplinario, etc.

Establecido este principio, pasamos a examinar si algún otro precepto impide a la Generalidad no integrar, en sus cuerpos o escalas, a los funcionarios de otras administraciones que accedan a puestos de trabajo mediante convocatorias de provisión.

Otros aspectos del artículo 17 de la Ley 30/1984 ofrecen interés desde nuestro punto de vista. Se trata de la ausencia de mención a «cuerpos y escalas» y, en cambio, de la explícita afirmación de que lo que debe ser cubierto con «puestos de trabajo», expresión, ésta, que consta tanto en el apartado 1, para referirse a puestos de trabajo del Estado y de las comuni-

dades autónomas, como en el apartado 2, para referirse a la Administración local y a la de su comunidad autónoma. Por lo tanto, parece que el citado artículo quiere excluir la referencia a cuerpos y escalas y referirse tan sólo a puestos de trabajo, independientemente del cuerpo y escala a la cual pertenecen.

Refuerza esta interpretación el hecho de que este artículo 17 está situado en el capítulo III, «Registros de personal, programación y oferta de empleo público», y no en el capítulo II, «Ordenación de la función pública de las comunidades autónomas y regulación de la situación de los funcionarios transferidos». Parece que si la voluntad del legislador hubiese sido integrar a los funcionarios provenientes de otras administraciones públicas en las de las comunidades autónomas lo hubiese incluido en este capítulo II.

Porque es, efectivamente, en este capítulo II donde se trata de la ordenación de la función pública de las comunidades autónomas y de la situación de los funcionarios transferidos. Ya hemos hecho referencia al artículo 12, donde se habla de la integración plena de los funcionarios transferidos a la organización de la función pública de la comunidad autónoma respectiva.

Pero es más; en este capítulo II, en su artículo 11, parece que el legislador básico haya diseñado una función pública de las comunidades autónomas en la cual sólo se tenga en cuenta a los funcionarios propios, entendiendo por propios a los que han ingresado en la función pública de una comunidad autónoma sin provenir de ninguna otra. (...)

(...) En consecuencia, del conjunto de los preceptos básicos de la Ley 30/1984 que parece deducirse con relación a los tipos de acceso a la función pública de las comunidades autónomas, nos encontramos con funcionarios de tres clases:

a) Los funcionarios propios que no provienen de ninguna otra administración y han accedido a la función pública autónoma según los sistemas previstos legalmente en cada comunidad autónoma (art. 11).

b) Los funcionarios transferidos, que se integran en la función pública de su respectiva comunidad autónoma y son asimilados en todo a los funcionarios propios (art. 12).

c) Los funcionarios que procediendo de otras administraciones ocupan puestos de trabajo en las administraciones de las comunidades autónomas, pero respecto a los cuales la ley básica no preceptúa que tengan que integrarse como funcionarios propios en las respectivas administraciones de las comunidades autónomas.

Desde este punto de vista, parece que la opción del legislador catalán es constitucionalmente legítima, ya que no contradice la normativa básica estatal, y, en consecuencia, en principio, es adecuado a la Constitución y al Estatuto que los funcionarios provenientes de otras administraciones, en virtud del principio de movilidad, y en el marco del artículo 17 de la Ley 30/1984, no se integren en los cuerpos y escalas de la función pública de la Generalidad.

Sin embargo, es preciso contrastar ahora la norma catalana con el principio de igualdad a que antes hemos hecho referencia, derivado del precepto constitucional establecido en el artículo 23.2 CE. Hemos de añadir a lo ya dicho que, según la interpretación consolidada del Tribunal Constitucional, la igualdad de acceso a la función pública a que hace mención literal el artículo 23.2 CE se ha de extender a la igualdad en la permanencia dentro de esta función pública. El problema, por lo tanto, se centra en si no perteneciendo a los cuerpos y escalas de la Generalidad estos funcionarios que ocu-

pan puestos de trabajo y provienen de otras administraciones tendrán un trato igual, especialmente desde el punto de vista de sus derechos estatutarios, con respecto a los funcionarios propios.

De la lectura de la ley catalana, modificada por el proyecto de ley que examinamos, parece muy difícil que ello pueda ser así. Una interpretación contextual y sistemática del precepto y otros preceptos de la ley provoca serias dudas sobre si esta situación de igualdad entre unos y otros es lo que se deduce objetivamente del texto resultante.

En primer lugar, ya los dos párrafos del artículo 29 parecen difícilmente compaginables y no deja de ser una interpretación algo forzada considerar que el primer párrafo hace referencia únicamente a los funcionarios transferidos, ya que nada lo indica así a pesar de haberse reformado el artículo. En segundo lugar, el subsistente artículo 60, cuando dice que los funcionarios de otras administraciones públicas que hayan accedido a la Administración de la Generalidad en virtud de concursos de traslado o accedan en el futuro, se integrarán en los cuerpos y escalas de la función pública de la Generalidad, parece contradecir lo afirmado en el nuevo párrafo del artículo 29. También parece contrario el nuevo artículo 72 con el subsistente artículo 61, en cuanto a la pérdida de la condición de funcionario de la Generalidad.

Por otra parte, yendo ya a los derechos funcionariales, parece difícil aplicar el sistema de promoción interna establecido en el nuevo artículo 57 del proyecto de ley. Asimismo no está claro en la ley que no haya discriminaciones en los sistemas retributivos y en las situaciones administrativas.

En consecuencia, si bien en principio parece adecuado al orden constitucional y estatutario el nuevo párrafo del artículo 29, del conjunto de la ley existen muchas

dudas de que a los funcionarios que ocupan estos puestos de trabajo sin formar parte de los cuerpos y escalas de la función pública de la Generalidad les sean respetados sus derechos, y, por lo tanto, la solución técnica que da la ley a la situación de estos funcionarios podría no ser constitucional. Por otra parte, las contradicciones, al menos aparentes, entre determinados preceptos de la ley que hemos señalado, así como algunas omisiones, pueden llegar a convertir lo que en principio sólo parece ser un problema de defectuosa técnica legislativa, en un problema de inseguridad jurídica, y, en consecuencia, en un posible vicio de inconstitucionalidad por incumplimiento de la garantía establecida en el artículo 9.3 CE.

(...)

VIII. Los artículos 31 y 32, que regulan la oferta de ocupación pública, son modificados por el proyecto de ley sobre el cual dictaminamos.

(...)

Esta nueva redacción, que no es más que una leve modificación del texto vigente, se adapta más plenamente al párrafo tercero del artículo 18 de la Ley 30/1984, de carácter básico. (...)

Esta nueva redacción supone una fórmula posiblemente más precisa, que no afecta a la plena legitimidad constitucional y estatutaria del precepto, sobre cuyo contenido el Estado no ha dictado normativa básica.

IX. (...)

El proyecto de ley sobre el cual dictaminamos modifica la redacción del apartado e) suprimiendo la exigencia de la sentencia firme en caso de inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas.

(...) El problema, sin embargo, no es aquí si la ley catalana se ajusta a la base

estatal —lo cual es obvio si este artículo 30.1 de la Ley de funcionarios civiles del Estado es de naturaleza básica— sino si el precepto del proyecto de ley catalana se ajusta a la Constitución. Por lo tanto, no estamos ante un problema competencial, sino de posible inconstitucionalidad material con la norma fundamental.

Analizaremos, por lo tanto, este apartado e), en su nueva redacción, desde esta perspectiva.

En primer lugar, es preciso situar el precepto dentro del marco constitucional. Por una parte, hay que estudiar la incidencia que tiene en el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, garantizado en el artículo 23.2 CE, y de acuerdo con las condiciones de mérito y capacidad, según prevé el artículo 103.3 CE. Por otra parte, los límites de la ejecutividad de los actos administrativos y la eficacia de las sentencias judiciales no firmes en virtud del principio de tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE.

1. El artículo 23.2 CE establece que los ciudadanos tienen «el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y a los cargos públicos con los requisitos que las leyes señalen».

Este derecho fundamental ha sido interpretado como protector no sólo de los cargos directamente electivos (cargos públicos), sino también de los funcionarios de distintos poderes públicos (Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales). Se trata, como se desprende de su simple dicción, de un derecho de configuración legal, en el cual el legislador ha de adoptar determinadas precauciones en conexión con otros dos artículos constitucionales: por una parte, el derecho de acceder a la función pública no debe provocar discriminaciones, respetando el artículo 14 CE; y, por otra, los requisitos o condiciones exigibles para acceder a la función pública han de ser referibles a los

principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha incluido también en el derecho fundamental contenido en el artículo 23.2 CE el derecho a la permanencia en la función pública —dentro de los términos establecidos en las leyes— y, por lo tanto, el derecho a no ser separado del servicio si no es de acuerdo con los procedimientos legales previstos en el marco constitucional.

Desde esta perspectiva, el precepto no presenta problemas de inconstitucionalidad. El legislador ha respetado el principio de no-discriminación y no parece difícil que la pena de inhabilitación o sanción de separación del servicio sean subsumibles dentro del principio de capacidad exigido por el artículo 103.3 CE como requisito —junto tan sólo con el de mérito— para el acceso a la función pública.

(...)

Esta legitimación constitucional de la autotutela de la Administración en virtud de ser una necesidad implícita del principio de eficacia afecta, sin embargo, al contenido del principio de autotutela manifestado en las leyes que lo positivizan, ya que tanto el legislador como el aplicador del Derecho deberán observar la necesaria proporción entre las facultades de autotutela y la eficacia administrativa, de tal manera que el privilegio otorgado a la Administración para hacerla eficaz no puede ir más allá de los límites que esta eficacia le señala; y la eficacia de la Administración, que es sin duda un bien protegido constitucionalmente (art. 103.3 CE), ha de conciliarse con otros bienes, también protegidos por la Constitución, según las reglas de ponderación de bienes deducibles de la norma suprema.

Esta doctrina general sobre los límites de la autotutela de la Administración cambia los parámetros utilizados con res-

pecto a la suspensión de los actos administrativos en vía de recurso.

(...)

Esta tendencia legislativa a favorecer la suspensión de los efectos de los actos sancionadores hasta que no tuviesen firmeza tuvo el apoyo de dos sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 21 de julio de 1982 que mantenían que la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución en el artículo 24.1 impide la ejecución de las sanciones no firmes. (...)

La convergencia de posiciones entre el legislador y la jurisprudencia parecía que podría tender a unificar los criterios interpretativos en la dirección de prohibir la ejecutividad de las sanciones cuando éstas hubiesen sido objeto de recurso. Sin embargo, frente a esta tendencia se produce un giro importante a raíz de la STC 66/1984, de 6 de junio, que estableció la doctrina de que no hay vulneración del derecho fundamental contenido en el 24.1 CE si la ejecución es controlada judicialmente.

(...)

Ello significa, sin duda, que no existe oposición frontal entre ejecutividad de las sanciones reconocidas y la tutela judicial efectiva, y, por lo tanto, no continúa la línea legislativa y jurisprudencial que parecía desarrollarse en los primeros años postconstitucionales.

De todos modos, esta posición del Tribunal Constitucional, que ha sido seguida por numerosa jurisprudencia constitucional y ordinaria posterior (véase nuestro Dictamen núm. 171, fundamento VIII), deja clara una cosa: el hecho de que las sanciones sólo puedan ser ejecutivas cuando sean recurribles ante los tribunales implica que sólo podrán ser ejecutivas cuando el sujeto sancionado haya agotado la vía administrativa y la resolución sancionadora sólo sea susceptible de ser recurrida ante órganos jurisdiccionales. Este es el criterio por el cual ha optado la Ley

orgánica del Poder Judicial de 1985, que, en el artículo 425.7, prescribe: las resoluciones en que se impongan sanciones de suspensión, traslado forzoso y separación sólo serán ejecutorias cuando hubiesen ganado firmeza».

En consecuencia, la fórmula adoptada por el legislador catalán no es frontalmente inconstitucional, pero tampoco expresa con exactitud la conclusión a que se ha llegado después de las vicisitudes legislativas y jurisprudenciales que hemos examinado en el período constitucional, es decir, que para ser admitido en las pruebas de selección de funcionarios es preciso no haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio de cualquier administración pública. En este sentido, el proyecto no pone de manifiesto que la resolución administrativa tenga el carácter de resolución firme, es decir, no susceptible de ser impugnada en vía administrativa. Parece, por el contrario, que según el proyecto el requisito del expediente disciplinario con una primera resolución sea suficiente. Por lo tanto, el hecho de hacer constar en el artículo 33.e) que la resolución administrativa, por la cual se imponga la sanción, debe estar revestida de firmeza, en el sentido indicado del término, consideramos que sería más respetuoso con el significado del texto constitucional.

3. El otro aspecto del apartado e) de este artículo 33 que analizamos se refiere a que, según el proyecto de ley, para ser admitido en las pruebas de selección de funcionarios es preciso no estar inhabilitado para el ejercicio de las funciones públicas. Como ya hemos dicho antes, hay que hacer notar que la novedad del precepto está precisamente en el hecho de que se ha suprimido el requisito contenido en la ley vigente de que esta inhabilitación lo sea por sentencia firme.

(...)

(...) el requisito de la sentencia firme

está en estrecha relación con el efecto de cosa juzgada. Se entiende por cosa juzgada aquel efecto procesal de las sentencias que indica la imposibilidad de recurrirlas o impugnarlas de forma que se consideran invariables y permanente en el tiempo. El artículo 245.3 de la Ley orgánica del Poder Judicial establece que «son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno salvo el de revisión u otros extraordinarios que establece la Ley». En consecuencia, solamente las sentencias firmes producen los efectos de cosa juzgada.

La doctrina jurídica ha considerado que sólo aquellas sentencias que tienen efectos de cosa juzgada se puede considerar como auténticas partes finales en la resolución de un caso sometido a un procedimiento jurisdiccional. En efecto, todo proceso judicial consiste en la búsqueda de la verdad a través de unas reglas preestablecidas, entre las cuales se pueden encontrar los varios recursos a instancias superiores que, lógicamente, deben tener un final que el legislador de estas reglas procesales ha considerado necesario para establecer un derecho cierto que otorgue seguridad jurídica a las partes y al conjunto de la sociedad. Este final es el que suministra la sentencia dotada de fuerza de cosa juzgada, que significa el establecimiento definitivo de una —naturalmente, convencional— verdad jurídica. Por lo tanto, sólo una sentencia firme, con efectos de cosa juzgada, puede establecer esta resolución definitiva. Coherentemente con estas concepciones jurídicas, el Código penal prescribe en su artículo 80 que «no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme».

De estas consideraciones se desprende que solamente la sentencia firme tiene valor de cosa juzgada y únicamente con este carácter se puede ejecutar una pena. En consecuencia, un ciudadano sólo po-

drá ser considerado inhabilitado cuando lo sea por sentencia firme.

Por lo tanto, la supresión del inciso «por sentencia firme» que consta en el artículo 33 del proyecto de ley es una supresión inútil, ya que cualquier interpretación de conformidad con el ordenamiento jurídico lleva en sí misma la exigencia de sentencia firme.

Sin embargo, esta supresión podría inducir al operador jurídico a interpretar que la voluntad del legislador ha sido la de expresar que no era necesaria sentencia firme para aplicar la pena de inhabilitación, lo cual constituiría una discriminación no razonable —con infracción del artículo 23.2 CE— a los ciudadanos a los cuales no se puede considerar, todavía, inhabilitados.

(...)

X. (...)

El artículo 20 de la Ley 30/1984, modificado por la Ley 23/1988, de 28 de julio, establece en estas materias normas de carácter básico en los apartados 1.a) párrafo primero, c) y e), 2 y 3. El nuevo redactado del artículo 47 del proyecto de ley que dictaminamos es una adaptación a esta también nueva normativa básica y no ofrece ningún problema de adecuación al orden constitucional y estatutario.

(...)

XI. El artículo 81 de la Ley 17/1985 se modifica en el proyecto de ley sobre el que dictaminamos. (...) En efecto, la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de la administraciones públicas, reguló estos aspectos y, en virtud de la igualdad de todos los funcionarios en el ejercicio de sus derechos, y considerando que su importante sector de esta regulación formaba parte del régimen estatutario de los funcionarios pú-

blicos en desarrollo de lo previsto en el artículo 149.1.18 CE, declaró, en su disposición final, que determinados artículos de la ley tenían carácter básico.

(...)

Dentro de este marco normativo, el artículo que examinamos, de carácter muy general, debe situarse especialmente vinculado a la Ley 9/1987, pues varios artículos, de carácter básico, de esta ley (por ejemplo, muy particularmente, los artículos 4, 18, 19, 20, 30, 31 y 38) regulan lo que después ha desarrollado el legislador catalán. Desde este punto de vista, el artículo se adecúa a estos principios básicos, así como al orden constitucional y estatutario.

XII. El artículo 86 de la Ley 17/1985 se modifica dando un nuevo redactado al apartado 1 y añadiendo un inciso a la letra f) y una nueva letra h) del apartado 2. (...)

La modificación efectuada al apartado 1 no cambia el razonamiento de fondo con respecto a los deberes generales de los funcionarios de la Generalidad, pero es más precisa y ajustada a las funciones que la Constitución asigna al personal al servicio de las varias administraciones públicas.

El apartado 2 establece una enumeración de deberes concretos de los funcionarios y las modificaciones están plenamente de acuerdo con las normas constitucionales y estatutarias.

XIII. El proyecto de ley modifica los artículos 93 y 94, ambos dentro del capítulo X, que regula el régimen disciplinario.

(...)

Hay que señalar que la Ley 30/1984, en el artículo 31, fija una normativa básica estableciendo un listado de faltas muy graves. El apartado d) del proyecto de ley que se nos consulta se corresponde

sustancialmente con el apartado 1) del artículo 31 de la Ley estatal, si bien el redactado catalán es, desde el punto de vista jurídico, técnicamente más adecuado. El apartado n) no figura en la norma estatal, pero creemos que es suficientemente razonable como falta grave y en ningún caso es desproporcionado con respecto a la normativa básica sobre faltas graves.

Por último, hay que hacer constar que estos dos motivos de faltas graves figuran en el Reglamento de régimen disciplinario de la función pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña

(Decreto 336/1986, de 6 de noviembre, art. 3.1) y n)) y que la modificación del mismo artículo en la Ley de la función pública catalana es sólo de estilo.

En consecuencia, el artículo 93 se adecúa al orden constitucional y estatutario.

2. En cuanto al artículo 94, hay que decir que en los supuestos que contempla de tipificar faltas graves, el legislador catalán tiene un más amplio campo de autonomía, pues no existen preceptos básicos que la limiten. Por lo tanto, el artículo no ofrece problemas y es adecuado al orden constitucional y estatutario.

Dictamen núm. 174, sobre la adecuación constitucional y estatutaria del dictamen de la Comisión de Justicia, Derecho y Seguridad Ciudadana sobre el Proyecto de Ley de delegación en el Gobierno de la Generalidad para hacer la refundición del texto de la compilación del Derecho civil de Cataluña con varias leyes posteriores.

Solicitantes:

La Mesa del Parlamento de Cataluña, a instancias de los grupos parlamentarios Socialista y Mixto.

Ponente:

Antoni Bayona i Rocamora.

Resumen de las principales cuestiones estudiadas:

Para valorar la adecuación constitucional y estatutaria del Dictamen de la Comisión de Justicia, Derecho y Seguridad Ciudadana sobre el proyecto de ley de delegación en el Gobierno de la Generalidad para hacer la refundición del texto de la Compilación del Derecho civil de Cataluña con varias leyes posteriores, el Dictamen estudia dos tipos de problemas. Por una parte, hace un estudio exhaustivo de la figura de la delegación legislativa recepticia y analiza los principales problemas que ésta plantea en

nuestro ordenamiento constitucional y estatutario (naturaleza, cobertura legal, clases, requisitos y límites, control. Art. 82, 83, 84 CE y 33.1 EAC). De forma específica se ocupa de la legitimidad o no de la inclusión en la autorización de la refundición de textos legales todavía no aprobados y publicados en el momento de producirse la delegación, y también de la posible incidencia, dado el contenido del proyecto de ley, en una materia reservada a ley orgánica. Por otra parte, también analiza los posibles problemas que pueden derivarse de la tramitación simultánea del proyecto de ley de delegación y de algunas de las normas incluidas en la propia delegación desde la perspectiva de los requisitos exigibles en la tramitación parlamentaria de las leyes y de los derechos de que gozan los diputados.

Conclusión:

Dados los razonamientos contenidos en los fundamentos precedentes, opina-

mos que el «Proyecto de Ley de delegación en el Gobierno de la Generalidad para hacer la refundición del texto de la Compilación del Derecho civil de Cataluña con varias leyes posteriores», dictaminado por la Comisión de Justicia, Derecho y Seguridad Ciudadana de Parlamento de Cataluña, así como las enmiendas reservadas para defender en el pleno, son conformes al orden constitucional y estatutario.

Este es nuestro Dictamen, que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y la fecha indicados al principio.

Extracto de los fundamentos:

(...)

III. En el ámbito de la Generalidad de Cataluña, la posibilidad de que el Parlamento pueda delegar su potestad legislativo en favor del Gobierno está expresamente recogida en el artículo 33.1 EAC. (...)

Como se puede observar, el Estatuto no establece un régimen jurídico propio de las delegaciones legislativas en Cataluña, sino que hace una simple remisión al régimen previsto en la Constitución. Ello nos obliga, por lo tanto, a analizar las previsiones contenidas en los artículos 82, 83 y 84 CE, para conocer cuáles son los requisitos y límites bajo los cuales se puede producir la delegación legislativa.

Sin embargo, esta primera impresión debe matizarse por el hecho de que la Ley 3/1982, de 23 de marzo, del Parlamento, del presidente y del Consejo Ejecutivo de la Generalidad, se refiere a la delegación legislativa en Cataluña en sus artículos 34 a 40. En la mayoría de los casos, estos preceptos reproducen casi textualmente las previsiones que ya resultan de la regulación constitucional de la figura, por lo cual no plantean especial problema (es el caso de los artículos 35 a 40). Ahora bien, también se pue-

de detectar algún elemento innovador que puede condicionar de forma especial el uso de la técnica de la delegación.

Uno de ellos es la denominación de las normas dictadas en ejercicio de la delegación como «decretos legislativos», según lo que dispone el apartado 1 del artículo 34 de la Ley 3/1982. Aunque este título es el mismo que establece la Constitución, hemos de recordar que esto lo hace en su artículo 85, precepto que no se incluye en la remisión contenida en el artículo 33.1 EAC. Ahora bien, de ello no se puede deducir ninguna contradicción con el precepto estatutario, por cuanto una vez admitida la figura de la delegación legislativa, parece evidente que el propio Parlamento puede completar el contenido del artículo 33.1 EAC estableciendo un título específico para las normas que son fruto de la delegación, sin que tenga que ser ningún obstáculo la coincidencia con el título que les da el artículo 85 CE en el ámbito estatal. De hecho, la omisión del artículo 85 CE en la remisión que hace el artículo 33.1 EAC se podría interpretar como la voluntad de dejar en manos del propio Parlamento de Cataluña la decisión sobre el título que se quiere dar a las disposiciones que contengan legislación delegada en el ámbito de Cataluña.

Más problemas puede plantear, por el contrario, el apartado 2 del artículo 34 de la Ley 3/1982, cuando dice que no puede ser objeto de delegación la potestad de legislar sobre las materias mencionadas en el apartado 2 del artículo 32 de la propia ley. Estas materias son las siguientes:

- a) Las leyes de desarrollo básico del Estatuto de Cataluña.
- b) El presupuesto de la Generalidad.
- c) La elaboración de leyes de delegación legislativa en el Gobierno.

Haciendo abstracción de los supuestos específicos de las letras *b*) y *c*), la referencia a las leyes de desarrollo básico del Estatuto supone una exclusión importante de materias del ámbito de posibles delegaciones, pues, según el artículo 33.1 de la propia Ley 3/1982, son leyes de desarrollo básico las que regulan el contenido esencial de las materias de que tratan los artículos 3, 5.3, 9.1, 9.8, 10.1.1, 10.2, 13.1, 15, 16, 28, 29.2, 31.1, 32.6, 35, 36.5, 37.1, 41 y 42 del Estatuto.

Se podría pensar que el legislador catalán, en el momento de elaborar la Ley 3/1982, ha querido establecer una categoría especial de leyes, claramente inspirada en las leyes orgánicas. Son estas las que cita como leyes de desarrollo básico y que deben regular el contenido esencial de materias estatutarias que se consideran de especial relevancia y para las cuales se exige una votación final sobre el conjunto del texto por mayoría absoluta (artículo 33.2 de la ley 3/1982). La previsión de esta clase de «leyes orgánicas» de Cataluña puede ser también la razón de su exclusión de la delegación legislativa, siguiendo con el paralelismo del artículo 82.1 CE, que no permite la delegación en materias reservadas a ley orgánica.

Ahora bien, en el presente caso ninguna de las materias incluidas en el proyecto de ley que dictaminamos hace referencia a las consideradas en la Ley 3/1982 como de desarrollo básico del Estatuto. Por lo tanto, no es preciso entrar en el análisis de la exclusión de estas leyes del ámbito de la delegación, y de los eventuales problemas que pudiesen plantear. En efecto, los textos normativos que el artículo 1 del proyecto de ley incluye en la autorización de refundición, así como los que se quieren adicionar por las enmiendas núm. 5 y 6, responden todos ellos al ejercicio de competencias sobre Derecho civil catalán (art. 9.2 EAC), o en último término sobre instituciones

públicas de protección y tutela de menores (art. 9.28 EAC), materias que quedan excluidas del ámbito reservado a las leyes de desarrollo básico.

(...)

2. Una cuestión que se puede suscitar en torno a la delegación para refundir textos normativos es la de si la autorización que se concede al Gobierno podría incluir textos legales aun no aprobados y publicados en el momento de producirse la delegación.

La referencia a este supuesto es aquí procedente, ya que el artículo 1 del proyecto de ley que dictaminamos no sólo incluye en la autorización de refundición leyes ya aprobadas y publicadas, sino que también incluye algunos proyectos de ley tramitados en el Parlamento de Cataluña, simultáneamente al proyecto de ley de delegación.

En principio, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa por varias razones.

No debemos olvidar, en primer lugar, cuál es la lógica que persigue la refundición y que no es otra que la de unificar en un solo texto varios textos legales con la finalidad que antes hemos señalado. Por lo tanto, ello conlleva implícito que la refundición haya de hacerse sobre textos legales promulgados con anterioridad a la aprobación de la ley de delegación, pues si no fuese así difícilmente se podría cumplir el objetivo que tiene este tipo de delegación. Hay que tener presente que el artículo 82.5 CE habla expresamente de refundir «textos legales», expresión que debe considerarse en sentido actual, es decir, como normas ya existentes, y no como meras expectativas normativas. La referencia constitucional a la refundición de «textos legales» debe entenderse, pues, en su significado preciso y estricto, como referencia a normas ya aprobadas y promulgadas.

En segundo lugar, hemos de considerar la propia naturaleza de la delegación

legislativa como mecanismo de colaboración normativa entre el Parlamento y el Gobierno. Al margen de las distintas explicaciones teóricas que se han dado sobre esta técnica, es evidente que la delegación que contempla la Constitución y el Estatuto —que implica la rotura del monopolio parlamentario en el ejercicio de la potestad legislativa y que excepcionalmente supone una habilitación a favor del Gobierno para ejercerla— resulta incompatible con un apoderamiento indeterminado o falto de concreción que eliminaría o difuminaría más allá de lo razonable los límites de la propia autorización del Parlamento. Esta posibilidad la excluye a nuestro entender el artículo 82.3 CE cuando dice que la delegación debe otorgarse para una «materia concreta»; en el caso de la delegación para refundir textos legales esta referencia no debe entenderse únicamente como la necesidad que la ley de delegación identifique el ámbito material o sectorial de la actuación legislativa que afecta, sino también como un elemento de certeza en el contenido y alcance de la misma delegación, que no se produciría si en la refundición se incluyen normas todavía no existentes en el momento de otorgarse aquélla.

Y finalmente todavía se podría aducir otro argumento que deriva de la exigencia constitucional, también recogida en el artículo 82.3 CE, como es que la ley de delegación debe fijar su plazo de ejercicio. La previsión de este requisito da apoyo a la tesis que aquí defendemos por dos motivos: primero, porque confirma implícitamente que los términos de la delegación han de quedar ya definidos en la propia ley de delegación y no depender de hechos futuros e inciertos; y segundo, porque el mismo plazo concedido al Gobierno, en el cual debe hacer uso de su potestad y que tiene el derecho de agotar, quedaría relativizado y hasta podría ser

eliminado si en la refundición se incluyen normas que todavía no existen como tales en el momento de la delegación.

Todos estos argumentos llevan, pues, a considerar inviable, desde la perspectiva constitucional y estatutaria, la posibilidad de que una autorización de refundición incluya proyectos de ley como parece hacer el artículo 1 del proyecto que dictaminamos.

Ahora bien, en este punto es preciso hacer una aclaración que deriva del propio redactado de este precepto. En efecto, aunque en el mismo se hace mención a «proyectos de ley», esta denominación formal —que es equívoca en este caso— resulta aclarada seguidamente cuando se precisa que su inclusión en la refundición dependerá de si han entrado en vigor al aprobarse la ley de delegación. Por lo tanto, lo que se está diciendo en realidad es que la refundición sólo comprenderá textos legales vigentes, dado que los proyectos que no se hayan aprobado como leyes, se hayan promulgado y publicado y hayan entrado en vigor en el momento en que el pleno del Parlamento apruebe la ley de delegación, quedarán excluidos según la condición que establece el mismo artículo 1.

Si desde una perspectiva «formal» la referencia a los proyectos de ley sería inconstitucional y antiestatutaria, desde una perspectiva «material» este problema se resuelve cuando resulta que, según el artículo 1, estos proyectos de ley sólo entrarían en la delegación si ya son leyes en el momento en que ésta se apruebe. El problema se reduce, pues, a una incorrección técnica al utilizarse la denominación «proyectos de ley» en un supuesto en que, en puridad, debería haberse utilizado la denominación de «leyes». Y ello por la sencilla razón de que la hipótesis que cita el artículo 1 (proyectos de ley que ya han entrado en vigor al aprobarse la ley de delegación) significa necesaria-

mente que ya existe la ley correspondiente.

Probablemente la explicación de la redacción del precepto se encuentre en la tramitación simultánea en el Parlamento de la ley de delegación y de algunas de las leyes sustantivas a incluir en la refundición. Ello puede haber influido en la utilización de una terminología adecuada en el momento de la presentación en el Parlamento del proyecto de ley que dictaminamos (momento en que se tramitaban los demás proyectos de ley), pero no, en cambio, pensando en el texto definitivo de la ley de delegación que, según resulta de su propio contenido, quiere contemplar, en realidad, la hipótesis de leyes ya aprobadas y no de proyectos de ley.

Por último, hemos de hacer una consideración. Nuestro criterio, ya expresado, es que la ley de delegación para la refundición de textos legales exige que estos textos hayan sido promulgados mediante su publicación, pues sólo en este caso son verdaderas leyes (art. 9.1 y 91 CE, 33.2 EAC y 2.1 Código civil). Sin embargo, el proyecto dictaminado habla de proyectos de ley que hayan entrado en vigor al aprobarse la ley de delegación, que constituye un concepto distinto del de la promulgación. En efecto, una ley ya promulgada puede ser que no entre en vigor hasta un momento posterior, sea en aplicación de la *vacatio legis* que establece el artículo 2.1 del Código civil, sea porque la misma ley disponga otro plazo de *vacatio* al aprobarse; ello supone una restricción más que se impone a la tarea del ejecutivo, la cual es perfectamente legítima y está amparada por el artículo 33.1 EAC en relación con el artículo 82.3 CE.

(...)

Dado el contenido del proyecto de ley que dictaminamos, el único problema lo podría plantear la posible incidencia en

una materia reservada a ley orgánica. Aunque la refundición de textos legales no tiene carácter esencialmente innovador del ordenamiento —como lo tiene un texto articulado dictado al amparo de una ley de bases—, no hemos de olvidar que el nuevo texto refundido substituye y deroga las normas refundidas (STC 141/1988, de 12 de julio), con lo cual no se elimina el riesgo apuntado.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que la reserva de ley orgánica tiene un alcance muy concreto y limitado. Aparte de las reservas expresas y singulares que contiene la Constitución y que no afectan a las materias a que se refiere el proyecto de ley, el campo de juego de la ley orgánica se circunscribe al «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (art. 81.1 CE). Y esta referencia ha sido interpretada mayoritariamente por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional de forma restrictiva, en el sentido de limitarla únicamente a los derechos y libertades de la sección 1.ª del capítulo segundo del título I de la Constitución y no a toda regulación que incida en el mismo, sino tan sólo a aquella que de forma directa y frontal establece la regulación de un derecho fundamental (entre otras, las STC 6/1982, de 22 de febrero; 67/1985, de 24 de mayo; y 98/1985, de 29 de julio).

No debemos olvidar, en primer lugar, que los textos citados en el artículo 1 del proyecto de ley han sido aprobados por el Parlamento de Cataluña, lo cual ya supone un antecedente importante a los efectos que ahora estudiamos. Pero al margen de ello, parece en todo caso evidente que el alcance de la refundición que resulta del artículo 1 no supone el despliegue de ninguno de los derechos y libertades fundamentales de la sección 1.ª del capítulo II del título I, o en el capítulo III del mismo título (cuestiones relativas

al derecho de propiedad y al derecho de familia).

Incluso en el caso de la filiación, que sería quizás el que podría ofrecer más dudas, tampoco se puede apreciar la necesidad de una ley orgánica, pues el derecho a desarrollar es el del artículo 39 CE, a pesar de la referencia al principio de igualdad de todos los hijos que contiene. En este sentido, es preciso recordar que el Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de igualdad, como tal, no es susceptible de regulación por la ley orgánica (STC 76/1983, de 5 de agosto). Y, en coherencia con ello, se puede también constatar como las reformas post-constitucionales del derecho estatal sobre filiaciones, derecho de familia y tutela (leyes 11/1981, de 13 de mayo; 30/1981, de 7 de julio; 13/1983, de 24 de octubre; 21/1987, de 11 de noviembre; 35/1988, de 22 de noviembre; y 11/1990, de 15 de octubre), no se han realizado en ningún caso mediante ley orgánica.

4. Por último, hemos de hacer referencia a los mecanismos de control sobre el ejercicio de la delegación. En este punto es preciso tener presente lo que dispone el apartado 6 del artículo 82 CE, según el cual las leyes de delegación «podrán» establecer en cada caso fórmulas adicionales de control sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales.

El control de los tribunales (por el Tribunal Constitucional o por los tribunales ordinarios, en este último caso si se produce un *ultra vires*) es un principio que establece directamente la Constitución y que, por lo tanto, es ajeno al contenido de la ley de delegación. No lo es, en cambio, la previsión de otras fórmulas adicionales de control, pero con el bien entendido de que su existencia no es necesaria, tal como se desprende de los términos potestativos que utiliza la Constitución.

Por lo tanto, las medidas adicionales de control no son un requisito indispensable de la delegación, lo cual hace que sean constitucionales y estatutarios tanto el artículo 2 del proyecto de ley, que sólo prevé la intervención de la Comisión Jurídico-Asesora (ya prevista preceptivamente en estos casos en la ley que regula este órgano), como la enmienda número 7, que añade una fórmula de control parlamentario.

VI. Trataremos en este último fundamento los problemas que puede plantear la tramitación parlamentaria simultánea del proyecto de ley de delegación y de algunas de las normas que se incluyen en la misma delegación (según inciso del artículo 1).

Sobre esta cuestión ya hemos hecho unas reflexiones en el fundamento IV. Pero ahora es preciso hacerlo desde otra perspectiva distinta, que tome en consideración los requisitos exigibles en la tramitación parlamentaria de las leyes y los derechos de que gozan los diputados. En concreto, es preciso estudiar si la simultaneidad en la tramitación de procedimientos que en este caso se produce podría suponer el incumplimiento de normas esenciales para la formación de voluntad de las cámaras y, sobre todo, desde un punto de vista objetivo, el obstáculo al ejercicio de los derechos que corresponden al cargo de diputado.

1. Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional se ha pronunciado varias veces, aunque de forma no siempre clara.

Por una parte, podemos encontrar algunas resoluciones (STC 108/1986, de 29 de julio, y STC 99/1987, de 11 de junio), en las que el Tribunal muestra una tendencia restrictiva a considerar que el incumplimiento de los requisitos establecidos por el procedimiento legislati-

vo, incluso cuando estén recogidos en los textos fundamentales, pueda suponer siempre un motivo de declaración de la inconstitucionalidad. Así, aunque se interpreta que las reglas de procedimiento tienen carácter instrumental para hacer efectivo el pluralismo político, que es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE), se matiza esta afirmación seguidamente, precisando que «la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras» (STC 99/1977). En la misma línea, el Tribunal Constitucional también ha considerado que no se produce un vicio de inconstitucionalidad cuando se han dado determinados defectos de tramitación (por ejemplo, la omisión de informes preceptivos y previos sobre el proyecto de ley o la falta de remisión de la exposición de motivos y de la memoria correspondientes) si no han sido oportunamente denunciados por los diputados ante la misma cámara legislativa, pues en este caso el Tribunal presupone que los posibles afectados no consideraron que existiera lesión de sus derechos (STC 108/1986).

Este planteamiento de control limitado es coherente, por otra parte, con la doctrina que mantiene también el Tribunal Constitucional sobre los denominados *interna corporis*, es decir, de los actos parlamentarios internos. En virtud del principio de autonomía de las cámaras legislativas, el Tribunal Constitucional ha admitido el principio de exclusión de control y fiscalización por parte de los Tribunales, incluyendo al mismo Tribunal Constitucional, de los *interna corporis* para no interferir en el funcionamiento independiente de los órganos parlamentarios (TSC 118/1988, de 20 de junio, y

161/1988, de 20 de septiembre, entre otras).

Ahora bien, en este punto hay que precisar que el Tribunal Constitucional nunca ha sido favorable a una exclusión absoluta de los *interna corporis*. En todo momento ha intentado hallar un equilibrio entre su respecto (a causa del principio de autonomía parlamentaria ya citado) y la integridad de los derechos y libertades fundamentales, especialmente de los que son inherentes al desarrollo del cargo de diputado. Esta doctrina se sintetiza muy bien en la STC 23/1990, de 15 de febrero, cuando se reconoce expresamente que la exención jurisdiccional de estos actos internos y la no intervención del Tribunal Constitucional sólo es posible mientras se respeten los derechos de participación política de los diputados y grupos parlamentarios. La consecuencia obvia es, como dice la sentencia citada, que «la doctrina de los *interna corporis* sólo resulta de aplicación en la medida en que no exista lesión de tales derechos y libertades».

2. Desde la perspectiva subjetiva de los diputados y grupos parlamentarios no hay duda de que el derecho fundamental que conecta directamente con el ejercicio de su función parlamentaria es el definido en el artículo 23 CE y, más en concreto, el que resulta de su apartado 2. En palabras del propio Tribunal Constitucional este precepto «garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga (STC 32/1985, de 6 de marzo). Y en el caso de los miembros de un órgano parlamentario, esta referencia a la «ley» ha de entenderse hecha al Reglamento de la cámara, que es ley en sentido material

tal como lo reconoce la STC 161/1988, de 20 de septiembre.

Por lo tanto, el contenido del derecho fundamental del artículo 23.2 CE debe interpretarse en cada caso en función del régimen jurídico aplicable a cada cargo público, que en el presente caso sería el contenido en el Reglamento del Parlamento de Cataluña. Este Reglamento concreta los derechos a que alude de forma genérica el artículo 23.2 CE, derechos que pasan a integrar el estatuto propio del cargo de diputado, constituyendo un *ius in officium*. Y entre estos derechos hay que destacar, por su importancia y por la incidencia que podría tener en este caso, el derecho de enmienda, que, como reconoce expresamente la STC 23/1990, de 15 de febrero, forma parte del status propio del cargo de diputado.

3. A causa de la simultaneidad de tramitación del proyecto de delegación con la de otros proyectos de leyes que han de incluirse en la refundición, resulta que ha existido una coincidencia en los plazos de enmiendas respectivos. Así, según resulta de los diarios oficiales del Parlamento de Cataluña, el plazo de enmiendas (incluyendo las prórrogas) al proyecto de ley de delegación acabó el mismo día que el plazo de enmiendas (incluyendo también las prórrogas) al proyecto de ley de venta a carta de gracia y tutela e instituciones tutelares. A estos supuestos de coincidencia total hay que añadir otros de coincidencia parcial de los períodos de enmiendas con los proyectos de ley de garantías posesorias sobre cosa mueble y sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.

Desde la perspectiva del correcto ejercicio del derecho de enmienda al proyecto de ley sobre el cual dictaminamos, los datos anteriores ofrecen algunos aspectos de duda. Aunque es cierto que el derecho

de enmienda se ha podido ejercer formalmente como tal, ya que los diputados han dispuesto del plazo ordinario e incluso de prórrogas, no lo es menos que sus condiciones materiales de ejercicio podrían haber quedado limitadas por el conocimiento sólo parcial del objeto a enmendar.

Si la delegación incluye unos proyectos de ley que están en trámite y que, por lo tanto, todavía no tienen un contenido definido, puede existir cierta inseguridad sobre su alcance final, inseguridad que sólo podría desaparecer si se conociera no únicamente el texto del proyecto, sino también el de las enmiendas que se hayan presentado, que, en conjunto, pueden dar una idea más precisa de cuál puede ser el contenido final de la ley. El conocimiento previo del texto del proyecto de ley a refundir y de las enmiendas que se han presentado sería, pues, una garantía mínima exigible para poder ejercer en plenas condiciones el derecho de enmienda al proyecto de ley de delegación.

Las consecuencias que se derivan de esta conclusión solamente se podrían matizar en el presente caso por la naturaleza que tiene el proyecto sobre el cual dictaminamos. En efecto, no se trata aquí de regular una determinada materia ni de dictar una ley de bases, sino simplemente de autorizar al Gobierno para que haga una refundición de textos legales. Ello simplifica notablemente el contenido material del proyecto de ley, ya que su parte dispositiva se limita, en realidad, a indicar cuál es el alcance normativo de la delegación. Y como, en todo caso, queda claro que según el proyecto solamente se pueden incluir en la delegación las leyes ya vigentes en el momento de la aprobación final de la ley de delegación, se puede entender que se salvaguarda en este caso el requisito esencial de la formación de voluntad

parlamentaria, que es, sin duda, el de poder tomar la decisión final sobre la inclusión o no de los textos en la autorización de refundición. Con ello se quiere decir que los diputados siempre tienen la posibilidad de votar a favor o en contra de la inclusión de un texto legal en

la ley de delegación, derecho que pueden ejercer plenamente, ya que en el momento de la votación final de la ley de delegación los posibles textos a incluir serán leyes ya publicadas y vigentes.

(...)

Dictamen núm. 175 previo a la interposición, ante el Tribunal Constitucional, de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley orgánica del Estado 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

Solicitante:

La Mesa del Parlamento de Cataluña, a instancias de los grupos parlamentarios de Iniciativa per Catalunya y de Esquerra Republicana de Catalunya.

Ponente:

Robert Vergés i Cadenet.

Resumen de las principales cuestiones estudiadas:

El dictamen analiza en primer lugar la legitimación activa del Parlamento de Cataluña para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana. En un segundo momento estudia el marco constitucional en el cual se articula la ley objeto del dictamen y se ocupa, por una parte, del alcance y garantías constitucionales de los derechos fundamentales contenidos en la sección primera, capítulo II, título I de la Constitución (especialmente derecho a la libertad, derecho de libre circulación por territorio nacional, derecho de entrar y salir libremente de España, derecho de reunión) y, por la otra, de los conceptos de seguridad ciudadana (art. 104.a CE) y seguridad pública (art. 149.1.29 CE) en la medida en que son los utilizados por el legislador

(exposición de motivos) para justificar la afectación de los derechos fundamentales. Finalmente, el dictamen juzga la adecuación constitucional y estatutaria de los artículos objeto de la solicitud del dictamen, abordando principalmente las cuestiones siguientes:

- Límites constitucionales de las restricciones del derecho de libertad reconocido por el artículo 17 CE.
- Configuración, alcance y restricciones del derecho a la inviolabilidad.
- Presuposición de veracidad de las actuaciones de los agentes de la Administración y posible vulneración de la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 CE.

Conclusión:

Dados los razonamientos contenidos en los fundamentos precedentes, opinamos que:

Primero. El artículo 20 de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, interpretado según el fundamento III de este dictamen, es constitucional.

Segundo. Los párrafos 2 y 4 del artículo 21 de la mencionada Ley, son inconstitucionales.

Este es nuestro Dictamen, que pro-

nunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y la fecha indicados al principio.

Extracto de los fundamentos:

I. (...)

3. El Parlamento de Cataluña está legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la ley sobre la cual dictaminamos, de acuerdo con lo que establece el artículo 32.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. La tesis que ha sostenido este Consejo Consultivo en varios dictámenes, especialmente los número 46 y 187, es que el «propio ámbito de autonomía» al que pueden afectar la leyes, las disposiciones o los actos con fuerza de ley del Estado no está limitado a las competencias económicas, sino que se extiende a los intereses peculiares de la Comunidad. El haz de competencias constituiría el punto de conexión entre la norma estatal y estos últimos, y la finalidad del recurso de inconstitucionalidad no sería solamente la preservación o delimitación del ámbito de competencias autonómico, sino también la depuración objetiva del ordenamiento constitucional.

(...)

II. Como hemos expuesto, la ley sometida a nuestro dictamen declara, en la exposición de motivos, que tiene por objeto proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, y, en este sentido, afecta por su regulación el ejercicio de algunos derechos fundamentales, como son el derecho a la libertad, a la libre circulación por el territorio nacional, a entrar y salir libremente de España, y el derecho de reunión.

(...)

Todos los derechos citados se derivan de un tronco central constituido por la dignidad de la persona, finalidad supre-

ma de todo el ordenamiento, el cual constituye así un medio para contribuir a conseguirla. Esta dignidad se manifiesta a través de los derechos fundamentales y se expresa en dos conceptos inseparables: el de la igualdad y el de la libertad; conceptos tan unidos que no se puede concebir libertad sin igualdad ni igualdad sin libertad. Estos valores constituyen el fundamento del orden político y la paz social y son valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 y 10.1 CE).

En cuanto a la libertad, como valor superior, se concreta en múltiples preceptos constitucionales, como son los artículos 16, 17, 19, 20, 25 y 27 CE, entre otros. Ello supone que una lectura adecuada de la Constitución demuestra que muchos derechos fundamentales se denominan así como sinónimos del derecho de libertad en su ejercicio.

Insistimos en el valor fundamental de la libertad en una Constitución democrática como es la nuestra, porque la ley que examinamos se relaciona directamente con el derecho de libertad e introduce unas medidas que tienden a limitarla ateniéndose a unas circunstancias determinadas. Y esto lo manifestamos sin hacer ahora un juicio previo de valor, sino que constatamos un hecho: la ley afecta al derecho de libertad.

Hemos de constatar, asimismo, que los derechos constitucionales que se refieren a la libertad no conllevan, normalmente, un deber de actuación del titular. Por otra parte, se ponen de relieve especialmente en el momento de su limitación. Debemos advertir, asimismo, que éstos son derechos de autonomía de las personas, es decir, son esferas en que éstas son absolutamente libres y los poderes públicos sólo pueden incidir legítimamente en el marco que ofrece la norma constitucional.

(...) haremos referencia brevemente a las garantías, también constitucionales,

que otorgan para su ejercicio en relación a sus limitaciones.

Podemos considerar que estas garantías son las siguientes:

a) Vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 y 2 y 53.1 CE).

b) Tienen un contenido esencial intangible (art. 53.1 CE).

c) La regulación de su ejercicio ha de hacerse mediante una ley formal (art. 53.1 CE) que debe ser además ley orgánica en los supuestos del artículo 81 CE.

d) Su ejercicio y su protección no pueden ser suspendidos, excepto los supuestos limitados de declaración de los estados de excepción y de sitio y del tratamiento individualizado en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55 CE).

e) Su revisión requiere el cumplimiento de los trámites del artículo 168 CE previstos para la reforma de la Constitución, lo cual pone de manifiesto su resistencia a ser modificados o alterados.

f) Están tutelados por los tribunales ordinarios y son susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 y 161.1.b) CE).

g) Entre las atribuciones que los artículos 54 CE y 35 EAC otorgan, respectivamente, al defensor del pueblo y al síndic de greuges, se incluye la defensa de estos derechos mediante la supervisión de la actividad de la Administración.

Por último, y al objeto de nuestro dictamen, nos parece adecuado considerar que la especial protección que la constitución otorga a los derechos fundamentales y, por lo tanto, al derecho a la libertad, exige que en la producción normativa que afecte a éstos, se utilicen expresiones, términos y construcciones gramaticales que rehuyan ambigüedades y que sean unívocamente comprensibles

para todos los eventuales afectados por la norma. Y ello no sólo para garantizar una actuación correcta de los agentes de la autoridad que deban actuar para operar una restricción legítima al derecho de la libertad, sino, y especialmente, para respetar el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 CE, que se hace especialmente necesario en el ejercicio de un derecho que, como hemos argumentado, es valor superior del Estado social y democrático de derecho.

(...) hemos de poner especial atención a los conceptos de seguridad ciudadana (art. 104.1 CE) y seguridad pública (art. 149.1.29 CE) que, según la exposición de motivos de la ley, justifican la afectación de los derechos fundamentales. En estos conceptos de seguridad hemos de hacer referencia a la doctrina de este Consejo Consultivo (especialmente expuesta en los dictámenes 2 y 120), coincidiendo con la del Tribunal Constitucional (STC 33/82, de 8 de junio, 117/84, de 5 de diciembre, y 123/84, de 18 de diciembre), doctrina que otorga al concepto de seguridad pública un alcance más restrictivo que el de orden público. En los términos del Tribunal Constitucional, la noción de seguridad pública «se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano». Por lo tanto, seguridad pública no se puede asimilar al tradicional concepto de orden público, que puede comprender como elementos constitutivos la seguridad, la salud y la moralidad pública. Debemos recordar, asimismo, que en esta materia de seguridad pública la competencia del Estado, aunque exclusiva, no es excluyente de las competencias autonómicas, ya que el artículo 149.1.29 CE prevé que las comunidades autónomas, si lo prevén sus estatutos, pueden establecer servicios de policía para garantizar la se-

guridad pública. Consideramos que esta competencia estatal, que en nuestro ordenamiento constitucional se atribuye al Estado-organización —sin perjuicio de las competencias autonómicas ejercidas en el marco de una ley orgánica según el artículo 149.1.29 CE—, no es más que una potestad instrumental de todo Estado democrático para garantizar precisamente el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

Así como antes hemos dicho que existía un equilibrio constitucional en todo Estado democrático y plural entre los principios de libertad e igualdad, no se puede decir lo mismo con respecto a los principios de libertad y seguridad. La seguridad, repetimos, es un valor instrumental que se desarrolla fundamentalmente mediante actuaciones administrativas y que sólo pueden justificarse para garantizar la plenitud de los derechos fundamentales. La regulación del ejercicio de estos derechos, más que la regulación de sus limitaciones, no se puede hacer para asegurar a la seguridad como valor en sí, sino únicamente para garantizar el pleno ejercicio.

No se puede establecer, por lo tanto, un binomio conceptual entre libertad y seguridad en el marco constitucional. El Consejo General del Poder Judicial, en el informe emitido el 20 de diciembre de 1990, en relación al anteproyecto de la ley sobre la cual dictaminamos, manifestaba que, para él, constituía un error conceptual de relevantes consecuencias pretender que el derecho a la libertad y el derecho a la seguridad son reconocidos al mismo nivel en el artículo 17.1 CE como derechos fundamentales. La seguridad a que se refiere la exposición de motivos, decía textualmente el Consejo General del Poder Judicial que no es la seguridad material colectiva o ciudadana, sino la seguridad como garantía de la libertad personal... La seguridad ciudadana no puede

coartar la libertad individual del mismo modo que un derecho fundamental limita a otro, porque no es un derecho fundamental.

Hemos de concluir que los derechos fundamentales, en este caso los de libertad establecidos en el título I, capítulo II, sección 1.ª de la Constitución, muestran una resistencia a cualquier limitación que sólo se podrá derivar del texto constitucional. Además, estas limitaciones deben establecerse de tal modo que hagan proporcionados los medios utilizados con las finalidades pretendidas: el respecto de los derechos de los demás.

III. 1. De acuerdo con la solicitud de dictamen, trataremos en primer lugar del artículo 20 de la Ley. (...)

(...)

Es evidente que el precepto transcrito regula una limitación real del derecho de libertad, que tiene como finalidad conseguir la identificación de las personas por los agentes de fuerzas y cuerpos de seguridad con los presupuestos siguientes:

- a) Que esta identificación se solicite en el ejercicio de las funciones de indagación y prevención de los cuerpos y fuerzas de seguridad.
- b) Que las comprobaciones para la identificación se hagan infructuosamente en la vida pública o en el lugar donde se haga el requerimiento de identificación.
- c) Que la identificación no se consiga por ningún otro medio.
- d) Que resulte necesaria para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción.

Cuando se cumplan los presupuestos citados, los agentes podrán privar de libertad al no identificado y acompañarlo a las dependencias policiales próximas, que cuenten con medios adecuados para realizar las tareas de identificación, a estos so-

los efectos y por el tiempo imprescindible. Estos efectos de privación de libertad quedan más enfatizados si se tiene en cuenta que la ley sustituye el término «instar» por el de «requerir», que conlleva una acción de carácter más compulsivo o coercitivo.

2. Veamos ahora si esta limitación de la libertad se inserta en los supuestos del artículo 17 CE (...).

Hemos de considerar, por de pronto, que la Constitución Española no establece ninguna matización o diferencia con respecto a la privación de libertad. No se prevé ninguna singularidad entre la retención que es lo que, en cierto modo, prevé la ley objeto de dictamen, y la detención, ni ninguna distinción con respecto a las finalidades de esta privación temporal de libertad. Y decimos temporal porque en el mismo artículo constitucional se prevé la puesta del detenido en libertad o la puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de 72 horas. El inciso «para hacer las indagaciones con el fin de esclarecer los hechos» implica una expresión bien general, ya que estos hechos pueden tratarse tanto de la comisión de un delito o falta, como impedir la comisión de éste, como conseguir una identificación en los supuestos previstos en la ley que examinamos.

(...)

3. De acuerdo con los criterios expuestos consideramos que se puede establecer por ley orgánica una regulación del ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 17 CE, para conseguir la identificación de las personas en los supuestos previstos en el artículo 20 examinado. Pero opinamos que las limitaciones establecidas deben ejercerse dentro de las garantías constitucionales, que son las siguientes:

a) La privación de libertad no podrá durar más del tiempo que sea estricta-

mente necesario para la identificación, y en ningún caso más de 72 horas.

b) El detenido o retenido para su identificación no puede ser obligado a declarar, si bien es evidente que deberá atenerse a las consecuencias jurídicas de esta no declaración.

c) Es necesaria la asistencia de abogado al detenido o retenido, incluso en las diligencias policiales de identificación.

No creemos que pueda hacerse ninguna diferencia entre las razones ciertamente legítimas, que motivan o exigen que los cuerpos y fuerzas de seguridad, en el ejercicio de sus funciones, puedan privar de libertad a una persona en el caso de identificación y en los demás supuestos de privación de libertad. La identificación es un elemento necesario de determinadas actuaciones policiales, que, en el caso de la ley examinada, son impedir la comisión de un delito o falta, o poder sancionar una infracción. Hemos de tener en cuenta, además, que la identificación es un elemento de una posible inculpación que exige unas diligencias policiales previas que, evidentemente, han de ejercerse en el marco estricto del artículo 17 CE.

(...)

Repetimos que la retención o detención al objeto de identificación es, en los casos de la misma ley, un presupuesto normal para la iniciación de un proceso judicial. Esta consideración resulta de los supuestos en que opera esta retención «cuando resulte necesario para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción». Y, asimismo, la negativa a identificarse conlleva consecuencias previstas en el Código Penal y en la Ley de enjuiciamiento criminal. Pero en todo caso el detenido o retenido se puede negar a declarar por razones varias, y en esta situación ha de tener la posibilidad de asistencia de letra-

do que le aconseje con respecto a las consecuencias de su actitud. Y también el retenido debe gozar del control judicial sobre las diligencias policiales. Del párrafo 3 del artículo se podría deducir que esta tutela o control se reduce a la constancia de éstas en un libro-registro que está en todo momento a la disposición de la autoridad judicial competente y del Ministerio Fiscal y a su remisión periódica, y, en extracto, al citado Ministerio.

En esta cuestión no podemos desconocer la posición del Tribunal Constitucional. Éste declaró, en la Sentencia 98/86, de 10 de julio, fundamento 4, que «no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean... (debiendo considerarse)... como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención es una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad».

(...)

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha matizado el contenido solemne de la declaración transcrita de su Sentencia 98/86, de 10 de julio, en determinadas situaciones en que la privación de libertad no estaría enmarcada en lo que se prevé en el artículo 17.1 CE y, por lo tanto, el ciudadano al cual esta privación afectase no gozaría de todas las garantías previstas en el mencionado precepto constitucional. Estos supuestos se refieren a la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia y por el tiempo indispensable para llevarla a efecto. Así, en las sentencias 107/85, de 7 de octubre, y 22/88, de 18 de febrero.

Debemos precisar, sin embargo, que estas sentencias tienen por objeto el test de alcoholemia previsto en el Código de la circulación. (...)

A pesar de su alcance singularizado, opinamos que de la citada sentencia se pueden extraer las conclusiones siguientes:

a) El recurso se plantea por considerar que la retención para la prueba de alcoholemia está dentro de los supuestos previstos en el artículo 17 CE y, por lo tanto, para su regulación haría falta una ley orgánica.

b) El Tribunal no considera que la sujeción a la prueba de alcoholemia con la mínima coacción de la libertad que puede conllevar, necesite ser regulada por ley orgánica, pues se trata de una mera sujeción a unas normas de policía que no suponen necesariamente indicios de infracción, como es el caso de los controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tráfico.

c) Se destaca que la práctica de la prueba no es obligatoria y que el ciudadano puede negarse a efectuarla.

El supuesto de la mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es el de la privación de libertad prevista, para el caso de identificación, en el artículo 20 de la ley objeto de dictamen que se inserta en los supuestos del artículo 17 CE. Y ello por la propia motivación de la ley y la calificación que ésta hace en su disposición final tercera del artículo 20 como precepto orgánico. En este caso, el ciudadano privado de libertad, como consecuencia de su no identificación, ha de gozar de todas las garantías que proclama el mencionado artículo 17 CE y que, como hemos argumentado anteriormente, se pueden concretar en: derecho a no declarar; asistencia de letrado en las diligencias policiales y tiempo máximo de detención.

(...)

Según los antecedentes normativos, la jurisprudencia y la doctrina que acabamos de exponer, opinamos que en el caso de que la comparecencia del no identificado en las dependencias policiales se produzca contra su voluntad, estamos plenamente en un supuesto de privación de libertad, y en este caso el detenido ha de estar amparado por las garantías que establece el artículo 17 CE y que se concretan en la Ley de enjuiciamiento criminal. No sería aceptable que éstas decayesen para el supuesto específico de unas diligencias de simple identificación. En este sentido, el párrafo segundo examinado, a pesar de su cierta ambigüedad poco respetuosa con el principio de seguridad jurídica, se puede interpretar que no prejuzga que en el caso de retención o detención forzosa la persona privada de libertad no tenga que gozar de todas las garantías constitucionales, pero tampoco autoriza para que en el supuesto se puedan minimizar éstas. Ello quiere decir que en los casos concretos de aplicación de la norma es cuando se podrá determinar si quedan o no vulneradas las garantías establecidas en la Constitución.

3. Hemos de hacer referencia, a continuación, a una cuestión que también puede plantear el apartado segundo del artículo 20, en el cual se establece que los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, con el fin de sancionar una infracción «...podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas». Aquí se plantea el supuesto de un ciudadano que, habiendo cometido una infracción administrativa, no puede ser identificado por los agentes denunciadores de ésta, lo cual podría poner en peligro el cumplimiento de la sanción que se impondrá en su día como consecuencia de la infracción cometida. Ante este hecho, la Ley orgánica 1/1992 permite a los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad

acompañar al infractor a dependencias administrativas para conseguir su identificación.

Es preciso hacer notar inmediatamente que no estamos ante una sanción administrativa que puede implicar privación de libertad y que, por lo tanto, sería contraria al artículo 25.3 de la Constitución, ya que, en el caso que estamos analizando, la sanción administrativa todavía no se ha impuesto formalmente, y el traslado a las dependencias administrativas se realiza tan sólo para identificar al sujeto pasivo de la futura sanción.

Lo que sí se produciría, si el acceso a las dependencias administrativas no se realizase voluntariamente por el ciudadano, sería una restricción de la libertad personal, que también en este caso debería quedar amparada por las garantías previstas en el artículo 17 CE.

IV. 1. El otro precepto de la ley que concretamente se nos somete a nuestro dictamen es el artículo 21 (...).

Se trata de un precepto de carácter orgánico que afecta al derecho fundamental (derecho de libertad) de inviolabilidad de domicilio, derecho que ya tiene una larga tradición en el constitucionalismo de nuestro continente inspirado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. (...)

El precepto constitucional del artículo 18.1 está desarrollado en el título VIII de la Ley de enjuiciamiento criminal, según la nueva redacción dada por la Ley orgánica 4/1988, de 25 de mayo. (...)

De los preceptos mencionados resulta que la entrada en el domicilio de un español o extranjero residente en España no se puede hacer sin su consentimiento o en virtud de autorización judicial, con las excepciones previstas en el artículo 553 transcrito. Es decir, sólo se prescinde de esta intervención o tutela judicial, necesaria para la restricción del derecho a la

inviolabilidad domiciliaria, cuando es indispensable en ciertos supuestos singulares para asegurar el interés general; en este caso, cuando es para la seguridad ciudadana, interesada en el esclarecimiento o la prevención de un delito o la detención del presunto delincuente, prevalece sobre el derecho fundamental. Esta tutela judicial es coherente con el carácter fundamental de los derechos de libertad y la resistencia institucional a su limitación, principios establecidos en nuestra Constitución que coinciden con las proclamaciones universales y positivas de los derechos del hombre y de las libertades de los ciudadanos, hoy prácticamente aceptadas, con pocas excepciones, por todas las organizaciones políticas de la comunidad internacional.

Esta tutela judicial, en lo que se refiere a la entrada en el domicilio sin consentimiento de su inquilino, puede quedar atenuada en los supuestos que establece el artículo 55 CE. El apartado 1 de este artículo prevé la suspensión de los derechos reconocidos en el artículo 18, apartados 2 y 3, cuando sea acordada la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos que prevé la propia Constitución. En el apartado 2 del mencionado precepto se prevé que una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que de modo individual y con la necesaria intervención judicial los derechos reconocidos... en el artículo 18, apartados 2 y 3, puedan ser suspendidos para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, pero siempre con la *necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario*.

La Ley orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, desarrolló el artículo 55.2 CE y motivó el Dictamen número 86 de este Consejo Consultivo. (...)

El Tribunal Constitucional, en la Sen-

tencia 199/1987, de 16 de diciembre, se pronunció sobre la constitucionalidad de este artículo 16 (...).

Con la interpretación expuesta de los párrafos transcritos, el Tribunal Constitucional estimaba que este artículo 16 de la Ley orgánica 9/1984 no era inconstitucional.

De la doctrina establecida en el fundamento transcrito podemos extraer los principios siguientes:

A) La entrada en el domicilio sin el consentimiento de su inquilino y sin autorización judicial previa sólo se da en supuestos excepcionales, como es, en este caso, la inmediata detención de un presunto terrorista o miembro de una banda armada cuando las circunstancias del caso no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial.

B) La intervención judicial *a posteriori* no se puede limitar a la mera recepción de información.

Independientemente de los supuestos excepcionales previstos en el artículo 55 CE, el Tribunal Constitucional ha sido sumamente riguroso al interpretar el derecho fundamental establecido en el artículo 18.2 CE. Así, en la STC 22/1984, de 17 de febrero (...)

(...) (F.2).

(...) (F.3).

(...)

La necesidad de autorización judicial para la entrada en un domicilio de los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad contra la voluntad de su inquilino, fue reiterada por este Consejo Consultivo en su Dictamen núm. 147 en relación con la Ley orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal.

Como concreción de los argumentos que acabamos de exponer podemos formular las conclusiones siguientes:

A) El derecho a la inviolabilidad del domicilio establecido en el artículo 18.2 CE goza de especial protección. La entrada en un domicilio contra la voluntad de su inquilino por parte de los agentes de la autoridad sólo se puede efectuar, en situaciones no excepcionales, con la previa autorización y la intervención de la autoridad judicial.

B) La Constitución prevé los supuestos excepcionales para la suspensión de este derecho; el estado de excepción o de sitio (art. 55.1 CE) y en el caso de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2 CE) y aún, en este último caso, con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario.

C) La única excepción que prevé la Constitución con respecto a la necesidad de autorización judicial para la entrada en el domicilio sin el consentimiento del titular es el caso de delito flagrante. Como veremos a continuación, el concepto de delito flagrante opera no sólo en cuanto al tema que nos ocupa, la inviolabilidad del domicilio, sino que es un concepto que preferentemente produce efectos con relación a la prueba del delito, a la detención de los delincuentes y a evitar la consumación de los delitos. Ahora bien, al introducirlo la Constitución como excepción a la tutela judicial de la inviolabilidad del domicilio, derecho especialmente protegido, supone que su aplicación ha de ser sumamente estricta y debe prevalecer la exigencia de autorización judicial previa en todos aquellos casos en que ésta sea posible. Esta necesidad de autorización judicial no se puede minimizar por una interpretación amplia del concepto de delito flagrante en beneficio de una hipotética eficacia en las actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad o de los propios ciudadanos en

la persecución y detención de los delincuentes.

D) Como acabamos de exponer, la Constitución exceptúa de la necesaria autorización de entrada en domicilio el caso de delito flagrante, sin dar una definición o interpretación del concepto. Son los tribunales los que, en virtud de la potestad que les otorga el artículo 106 CE, deben interpretar si en cada caso se ha dado el supuesto de delito flagrante que haya justificado la no intervención previa de la autoridad judicial. Es decir, aunque en este supuesto de flagrancia se excusa la intervención previa de los jueces, no se excluye la calificación posterior de la juridicidad de esta excepción.

2. El párrafo segundo del artículo 21 legitima, en determinados casos, a las fuerzas y cuerpos de seguridad para entrar en el domicilio contra la voluntad de su titular, sin necesidad de previo mandamiento judicial. Estos supuestos sobre la base de la existencia de un delito flagrante son: «...el consentimiento fundado por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, o sustancias psicotrópicas, castiga el código penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o los instrumentos del delito».

Si, como hemos subrayado, la única excepción que establece la Constitución con respecto a la necesaria autorización judicial para entrar en el domicilio contra la voluntad de su titular es el caso de delito flagrante, los supuestos del precepto encaminado sólo se pueden justificar como una explicitación de la mencionada situación.

Es preciso, pues, que analicemos el significado del concepto de «delito fla-

grante», que, como hemos dicho, opera más allá del derecho a la inviolabilidad del domicilio, a partir de su sentido gramatical y del alcance que le otorgan la normativa y la práctica jurídica en nuestro ordenamiento.

Con respecto a su acepción gramatical según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por flagrante hay que entender: «que se está ejecutando actualmente. En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir», y, según el *Diccionari General de la llengua Catalana*, de Pompeu Fabra, el adjetivo flagrante se define como: «que quema dando llama. / fig. que estalla, que tiene lugar, bajo los propios ojos de uno. En flagrante delito». Así, el hecho delictivo flagrante supone que éste se está cometiendo de un modo especialmente manifiesto, y evidentemente y ciertamente perceptible por los sentidos de la persona que lo contempla. También supone la inmediatez del hecho, es decir, entre el delincuente, el objeto del delito, los efectos de éste y el observador del hecho delictivo. Por lo tanto, no se trata de un hecho oculto ni de un hecho en que pueda existir una desconexión temporal entre la comisión del delito y la observación de éste.

(...) La flagrancia del delito ha justificado que se le otorguen especiales efectos. Los más relevantes de estos efectos son:

a) Cualquier persona puede detener al delincuente *in fraganti* (art. 490 LECr).

b) La autoridad tiene la obligación de detenerlo (art. 492 LECr).

c) No es necesaria la autorización judicial para la entrada en el domicilio contra la voluntad de su titular (art. 553 LECr).

Los efectos expresados son una consecuencia necesaria del concepto de flagrancia y se derivan de la necesidad de evitar la comisión evidente e instantánea

de un delito que conlleva la violación de algunos de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Puede ser que por la directa y natural comprensión del concepto de hecho flagrante, en nuestro caso, de hecho delictivo, nuestro ordenamiento jurídico no haya sido pródigo en la definición del concepto. (...)

De acuerdo con lo que acabamos de exponer también podemos considerar que el delito flagrante se producirá normalmente fuera de un domicilio o lugar cerrado que se interponga entre el delincuente y el observador. Esta consideración nos lleva a interpretar que la excepción que establece el artículo 18.2 CE de la previa autorización judicial operará casi exclusivamente en los casos de persecución del delincuente que se refugia en un domicilio. Precisamente ésta era la única excepción que preveía el artículo 16, antes transcrito, de la Ley orgánica de 26 de diciembre de 1984 en relación con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Asimismo la transcrita Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, apoya esta interpretación cuando establece como excepción a la necesaria autorización judicial la producción de un delito flagrante «caso en el cual los perseguidores pueden continuar la persecución de la persona afectada».

Siguiendo con nuestro análisis consideramos de especial interés la doctrina que establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1990 (...).

La sentencia transcrita establece tres requisitos que delimitan el concepto de delito flagrante, que son: a) la inmediatez temporal entre delito y observador; b) la inmediatez personal entre delincuente y el objeto o los instrumentos del delito; c) la necesidad urgente de intervención. La sentencia define estos tres requisitos únicamente a la actuación de las fuerzas de orden público, pero también se pue-

den aplicar a la posible actuación del ciudadano, que en el caso de delito flagrante tiene el derecho a intervenir.

También es interesante citar que la sentencia argumenta que el supuesto de delito flagrante será muy difícil que se produzca en los casos de delitos de consumación instantánea y efecto permanente, como son aquéllos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido, que, en el caso enjuiciado, es la tenencia de drogas.

3. De las varias consideraciones que acabamos de hacer en este fundamento podemos extraer las conclusiones siguientes con respecto al párrafo segundo del artículo 21:

Primera. — El mencionado párrafo explicita un supuesto de delito flagrante a los efectos del artículo 18.2 CE, con relación a los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código penal.

En esta cuestión, hemos argumentado ampliamente que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es especialmente protegido en el texto constitucional, de tal manera que éste concreta y apoya a los casos excepcionales en que este derecho podrá quedar suspendido con carácter general (estados de excepción o de sitio) o para personas determinadas (en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas).

Esta especial protección exige que la excepción de autorización judicial para el caso de delito flagrante, establecida en el mencionado artículo 18.2 CE, deba interpretarse en su sentido más estricto y directo, que, por su propia naturaleza, suponga la imposibilidad de solicitar la autorización judicial previa.

Segunda. — La interpretación que a los efectos de la ley se da de delito flagrante —«el conocimiento fundado por parte de las fuerzas y cuerpos de seguri-

dad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos...»—, desnaturaliza y amplía indebidamente la noción del hecho delictivo flagrante, tal como antes lo hemos analizado.

La flagrancia, por su propia naturaleza, excluye cualquier operación intelectual o razonamiento que sea necesario («que les lleve a...»), para llegar a una conclusión, en este caso la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer un delito. El delito flagrante es una situación de hecho, evidente y perceptible por los sentidos del observador, de tal manera que éste, si es particular, está autorizado, y, si es agente de la autoridad, está obligado a intervenir.

Tercera. — La ausencia de hecho flagrante, o que sea evidente que es sustituido por una operación intelectual que conduce a la constancia de éste, exige la obtención de la autorización judicial previa, requisito que, por otra parte, una organización judicial suficiente, eficaz y con la debida especialización en el caso de tenencia y tráfico de drogas y estupefacientes, puede y debe facilitarla con la urgencia conveniente.

Cuarta. — El precepto introduce, por la falta de evidencia del delito, un elevado grado de inseguridad jurídica para los ciudadanos que se pueden ver afectados en sus derechos fundamentales, por un error en la formación del conocimiento de los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Quinta. — El párrafo segundo del artículo 21 de la Ley, en la medida en que altera, ampliandola, la excepción que prevé el artículo 18.2 CE, de permitir la entrada en el domicilio sin el consentimiento de su titular y sin una resolución judicial que lo autorice, es inconstitucional, y, por conexión con éste, también lo es el párrafo cuarto del mismo artículo 21.

4. El párrafo tercero del artículo que examinamos considera causa legítima suficiente para la entrada en domicilio, es decir, sin la necesidad de previa autorización judicial, los supuestos de extrema y urgente necesidad, entre los cuales destaca la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros parecidos. Las situaciones previstas en el precepto tienen antecedentes, en nuestro derecho. Así, en la Ley de orden público de 18 de julio de 1933 (...) en el artículo 16 (...).

Esta autorización a los agentes de la autoridad o fuerza pública se mantuvo en el Decreto de 18 de octubre de 1945 y en la Ley de orden público, de 30 de julio de 1959 (artículo 11); y la conservación y custodia de los bienes que estén en situación de peligro por cualquier causa, se establece como función de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el artículo 11 de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

En cuanto al contenido de este párrafo, consideramos que no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio, que, como hemos argumentado, supone una protección a la privacidad y a la intimidad personal y familiar. Los supuestos previstos en el precepto no tienen por objeto incidir en este núcleo amparado por la Constitución y que se concreta en los apartados 1 y 2 del artículo 18 de ésta, sino que actúan al margen de estos derechos fundamentales. Se trata de hechos externos que en algunos casos pueden tener por objeto preservar la estructura material en que se ejerce la intimidad de domicilio. Por otra parte, las actuaciones previstas tienen por finalidad, casi en su totalidad, la preservación de los derechos a la vida y a la integridad física, proclamados en el artículo 15 CE, derechos que evidentemente son un *primus* lógico y necesario de todos los demás derechos fundamentales.

Opinamos, pues, que el citado párrafo se adecúa al orden constitucional. (...)

1. El artículo 37 (...)

Los defectos constitucionales que se alegaban en el trámite parlamentario se referían al hecho de que en el citado artículo se puede vulnerar la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 CE, al otorgar a las informaciones aportadas por los agentes de la autoridad el carácter de base suficiente para adoptar la resolución procedente. En esta cuestión hemos de advertir que en nuestro derecho positivo existen numerosos preceptos en los cuales se otorga a las actuaciones de los agentes de la Administración un valor probatorio preferente en lo que se refiere a la conducta del administrado, presunción de veracidad que exige la prueba en contrario del ciudadano afectado. Por haber sido objeto de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, transcribiremos el artículo 145.3 de la Ley general tributaria, que establece: «3. Las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario».

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 76/1990, de 26 de abril, en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra determinados artículos de la mencionada Ley general tributaria (...).

Esta doctrina constitucional fue ratificada por el mismo alto Tribunal en la Sentencia 138/1990, de 17 de septiembre; y ya antes había sido explicitada en el acto judicial núm. 7/1989, de 13 de enero.

En definitiva, el Tribunal Constitucional estima que el hecho de que se atribuya a las actuaciones de los agentes de la Administración una presunción de veracidad no afecta a la presunción de inocencia establecida en la Constitución, presunción que subsiste hasta que se haya

dictado la resolución administrativa o judicial con carácter definitivo. Estas actuaciones son un elemento probatorio más, que puede ser contradicho por la prueba contraria.

Consideramos que la doctrina expuesta puede ser aplicable al artículo 37 de la Ley, sobre todo si se tiene en cuenta que para que actúe la presunción de veracidad es necesaria la «previa ratificación en el

caso de haber sido negados por los inculcados» y se deja bien claro que queda salvada «la prueba en contrario» y la posibilidad de la aportación al expediente de «todos los elementos probatorios disponibles».

Voto particular:

El Sr. J. A. González Casanova considera que los puntos 2 y 4 del artículo 21 son constitucionales.