

V. Recensiones

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L.: *La regulación de los juegos de azar*. Prólogo: Juan Miguel de la Cuétara Martínez, Editorial: Tecnos-Gobierno de Canarias, Consejería de Presidencia y Relaciones Institucionales, 1996, 322 págs.

I

De conformidad con el artículo 1 del Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y de las apuestas, corresponde a la Administración del Estado la determinación de los supuestos en que los juegos de azar, rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias puedan ser autorizados, asumiendo la organización de la Lotería Nacional los sorteos realizados por la Organización Nacional de Ciegos, el Patronato de Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas y las demás apuestas deportivas (artículo 1) que quedan excluidas del ámbito regulador de esta Ley rigiéndose por su específica normativa¹. Este Real Decreto-Ley constituye la punta del iceberg del enorme *corpus* normativo que regula los juegos de azar², minuciosamente estudiado por Francisco L. HERNÁNDEZ en la obra objeto de la presente recensión. El Profesor HERNÁNDEZ, tomando como punto de partida el análisis de este importante sector realiza un profundo estudio del principio de legalidad, reserva de ley y potestad reglamentaria aplicado a la serie de limi-

taciones que se derivan de los reglamentos del juego, estableciendo que el primer nivel es el constituido por la reserva general de ley de toda actuación limitativa de la libertad, el segundo nivel es el de reserva relativa de ley y a él corresponden las limitaciones a la libertad de empresa y el tercer nivel o de reserva absoluta de ley es el que corresponde al principio de legalidad sancionador que en materia de juego cobra especial importancia.

II

La obra que recensamos, que constituye en palabras de su autor «el cuerpo principal» de su tesis doctoral, se estructura en tres partes.

La primera parte, cuya rúbrica es «*La legalización del juego en España*» se articula a su vez en dos grandes bloques. El primer bloque nos ofrece una completa visión de los pasos dados hacia la regulación y legalización del juego durante un período histórico muy concreto, la transición democrática, y lo hace desde una perspectiva no sólo jurídica sino también social y económica, aspectos ambos que inciden sobremanera en el sector. Igualmente interesante es el apartado dedicado al marco normativo básico del juego, en el que nos expone una panorámica general de la regulación sobre Casinos de Juego, salas de bingo, Círculos de recreo, establecimientos turísticos, buques de pasaje y otros, y nos adelanta un aspecto sobre el que insistirá más adelante: el sistema de derechos y deberes que intervienen en el conglomerado de normas que forman esta rama.

¹ Decreto de 23 de marzo de 1956, por el que se aprueba la Instrucción General de Loterías y Real Decreto 1082/1985, de 11 de junio, por el que se regula la clasificación, provisión, funcionamiento, traslado, transmisión y supresión de las Administraciones de Lotería Nacional; Real Decreto 1360/1985, de 1 de agosto, por el que se autoriza la explotación de la Lotería Primitiva o Lotería de Números; Decreto-Ley de 12 de abril de 1946 por el que se crea el Patronato de apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas.

² Por lo que respecta a los juegos de azar privados, sólo en el ámbito estatal nos encontramos, entre otros, con: la Orden de 9 de octubre de 1979 por la que se aprueba la clasificación definitiva del Catálogo de Juegos; la Orden de 9 de enero de 1979 por la que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego; Orden de 9 de enero de 1979 por la que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo; Orden de 19 de diciembre de 1977 por la que se establecen normas complementarias sobre el juego del bingo y sus elementos; Real Decreto 1067/1981, de 24 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Juego mediante Boleitos; Real Decreto 593/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar; Orden de 25 de julio de 1990, de desarrollo del anterior; etc., etc.

Por lo que respecta al importantísimo aspecto del régimen de distribución de competencias, el autor analiza concienzudamente los distintos pronunciamientos que sobre el tema ha elaborado el Tribunal Constitucional para llegar a una conclusión, puesto que la Constitución no ha realizado delimitación competencial alguna. La regla competencial autonómica viene delimitada por la asunción expresa de la competencia en materia de casinos, juegos y apuestas y exclusión expresa de las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas y de la ONLAE y la ONCE, estas últimas en virtud de la STC 52/1988, de 24 de marzo, lo cual no quiere decir que las Comunidades Autónomas no puedan crear sus propias loterías y sorteos. Además, el Estado, de conformidad con la sentencia 163/1994, ostenta competencias desde una perspectiva económico-financiera, fiscal y de seguridad pública, dado el carácter pluridisciplinar del sector. El autor considera que la organización por parte del Estado de nuevas loterías vulnera el reparto competencial, suponiendo además un menoscabo de las competencias autonómicas y además crítica y con razón la «intoxicación» de juegos que puede llegar a producirse, y de hecho se ha producido, en algunas Comunidades Autónomas³.

El segundo bloque en que se estructura la primera parte de este libro es el principio de reserva de ley: anuncio de lo que es el hilo conductor de la obra pues, en palabras del propio autor, el libro es en realidad un estudio sobre el principio de legalidad y más concretamente la reserva de ley frente a la regulación reglamentaria aplicado a un concreto sector jurídico y es que en este ámbito persisten aún meras normas de carácter reglamentario, calificadas por la doctrina como reglamentos independientes⁴.

III

Tras estos prolegómenos, el autor se adentra de lleno en la segunda parte de la obra que se titula «La potestad reglamentaria aplicada al juego: examen crítico» y que constituye un excepcional análisis de los aspectos en que se articula la intervención administrativa en el sector y los derechos y obligaciones que conlleva: limitación al derecho

personal de acceso a los locales de juego, y limitación a la libertad de empresa.

Por lo que respecta a las limitaciones al derecho de acceso a los locales del juego, son clasificadas por el autor en aquellas cuyo objeto es proteger al jugador y aquellas que persiguen garantizar la seguridad o proteger los intereses de los establecimientos de juego. En lo tocante al primer grupo de medidas el Real Decreto 444/1977 prohíbe la práctica de juegos de azar a los menores de edad, incapaces, pródigos, culpables de quiebra fraudulenta no rehabilitados, personas en libertad condicional o sometidas al cumplimiento de medidas de seguridad y personas en estado de embriaguez o enfermedad mental. En el segundo grupo de medidas se encuentran aquellas que prohíben entrar a aquellas personas que puedan perturbar el orden o que pretendan entrar portando armas u objetos que puedan utilizarse como tales. Por otra parte, se encuentran aquellas prohibiciones no recogidas en la normativa preconstitucional dirigidas a proteger la persona del jugador y que consisten en que la entrada a bingos o casinos sea vetada a personas respecto de las cuales se haya solicitado de la Comisión Nacional del Juego.

En lo relativo a las limitaciones a la libertad de empresa de juegos, la reglamentación establece el régimen jurídico de los sujetos que deseen iniciar su actividad de explotación, la fabricación e importación del material de juego también ha de someterse a unas determinadas características técnicas, etc.

El autor, tras analizar pormenorizadamente el contenido esencial del principio de la libertad de empresa, se detiene específicamente en la técnicas de intervención en la explotación y fabricación de juegos de azar.

En primer lugar, nos encontramos con el sometimiento a autorización administrativa previa cuyas características han sido definidas por la jurisprudencia: su carácter discrecional, su carácter limitado e intransmisible y, finalmente, su carácter constitutivo, requisitos que pueden ser asimilados a la técnica concesional. Esta opción es desechada de inmediato por el autor al considerar que no estamos en presencia de un servicio público ni existe una *publicatio* formal, concluyendo que en mate-

³ Así, por ejemplo, en Cataluña no sólo confluyen los juegos estatales sino que además existen loto rapid y lotto 6/49, loto express, súper 10 y supertoc.

⁴ A título de ejemplo, podemos citar el Reglamento de Casinos y el Reglamento de Bingos, aprobados ambos por Órdenes del Ministerio del Interior de 9 de enero de 1979 en el ámbito estatal o la opción tomada por la Comunidad Autónoma de Madrid, en la que todo el sector se encuentra regulado por el Reglamento General de Juegos (D. 23/1995).

ria de juegos de azar estamos en presencia de una autorización operativa o de vínculo permanente.

Por otra parte, las justificaciones de la limitación de la libertad de empresa por razones de orden público se encontrarían el sometimiento a autorización, de la que ya se ha tratado, imposición de condiciones mínimas, horarios de cierre, que según el autor fundamentan esta limitación no pueden llegar a vaciar de contenido este derecho. Como supuestos conflictivos sitúa las limitaciones de apuestas justificadas en la protección económica y social de las familias y la regulación de los horarios de apertura y cierre.

El segundo punto de vista desde el que contempla la libertad de empresa de juegos es la reserva constitucional de ley. La regulación de los juegos de azar no sólo restringe la libertad de empresa garantizada en el artículo 38 de la Constitución sino que incide también en preceptos constitucionales tales como el artículo 128.2 y 131.1. Tras analizar la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de reserva a normas con rango de ley, considera polémico el uso del Decreto-Ley como técnica de ordenación en materia económica, dada la dicción del artículo 86 de la Constitución, prosiguiendo su análisis en la reserva relativa y remisiones reglamentarias también desde la perspectiva elaborada por la doctrina jurisprudencial, para aplicarla al sector de los juegos de azar, regulación que implica una auténtica limitación del contenido esencial de la libertad de empresa en palabras del autor, criticando acertadamente la ausencia de cobertura legal que auspice esta serie de limitaciones. En definitiva, se ha producido en palabras del profesor HERNÁNDEZ una situación de *déficit legal* compartiendo el criterio definido por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 1992.

IV

El autor dedica la tercera y última parte de la obra al estudio del régimen sancionador, capítulo que no podía faltar en una obra que aúna en sí un completo análisis de una parte sectorial del Derecho Administrativo en combinación con un principio tradicional iuspublicista: el principio de legalidad. Como acertadamente subraya, el principio de legalidad sancionadora ha de entenderse como reserva de ley formal, esto es, sólo al legislador corresponde la tarea de dictar normativa sancionadora. Así lo ha entendido numerosa jurisprudencia tanto del

Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, doctrina que motivó la aprobación del Real Decreto-Ley 2/1987, convalidado posteriormente por la Ley 34/87.

V

Para concluir sostenemos las palabras contenidas en el prólogo que el Profesor Juan Miguel de la Cuétara realiza a esta obra, en el sentido de que con este libro se elabora una excepcional aportación dogmática al ya tradicional tema del Derecho Administrativo como es el principio de reserva de ley aplicado al sector de los juegos de azar privados, prácticamente huérfano de estudios tan rigurosos y minuciosos como la obra cuya recensión nos ocupa³ y no sólo eso sino que analiza los distintos aspectos socio-económicos que en el mismo intervienen, así como la ya tradicional diferenciación realizada por la normativa entre juegos de azar privados y los juegos de azar organizados por las Administraciones Públicas en cuyo análisis lógicamente no se detiene, dada la amplitud que de esa manera cobraría su obra.

Y es que mediante el Decreto-Ley de 1977, los juegos de azar privados son por fin legalizados no siendo despenalizados hasta 1983, por medio de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de julio, de reforma del Código Penal. Y es que la prohibición de los juegos de azar ha sido una constante a lo largo del devenir histórico. Remontándonos al Derecho romano en el que las obligaciones derivadas del juego son consideradas como naturales, posteriormente vendría la regulación efectuada en las Partidas, el Ordenamiento de las Tafurerías promulgado por Alfonso X el Sabio en 1314, continuando el devenir de la historia con la prohibición del juego, prohibición que se mantiene bajo el reinado de Carlos III por medio de la pragmática de 1771, Ley que refunde las prohibiciones de las Reales Órdenes, Decretos y Cédulas y que veta taxativamente la práctica de juegos de azar enumerados en la Ley y sólo considera juegos permitidos los de comercio (naipes), pelota, trucos y billar y otros que no sean de suerte o envite, eso sí, no sin fomentar al mismo tiempo la lotería o *beneficiata* en favor de hospitales, hospicios y otras obras públicas instaurada por Decreto de 30 de septiembre de 1763.

Esto es, se produce una doble moral, —que ha permanecido prácticamente hasta nuestros días—, de fomento y mantenimiento de los juegos explo-

³ Sólo M. L. RAMIS REBASA, en *Régimen jurídico del juego*, Tecnos 1992, realiza, si bien desde otra óptica, un detallado estudio de la normativa tanto estatal como autonómica del sector, analizando los precedentes históricos, su relación con el Derecho Penal, etc.

tados por el Estado en detrimento de los juegos privados o gestionados por particulares, aspecto que desborda el análisis que nos ocupa, pero que siguiendo al Profesor VILLAR PALASI la causa puede descansar en la consideración de la Lotería nacional como una auténtica regalía patrimonial con fines fiscales⁶.

Victoria Martín Sanz

POSADA HERRERA, José: *Veinticinco discursos y un Prólogo. Estudio preliminar de Francisco Sosa Wagner. Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1997, 537 págs.*

La colección «Clásicos Asturianos del Pensamiento Político» ha incorporado recientemente un nuevo volumen dedicado a otro insigne publicista asturiano: D. José Posada Herrera. Poco se sabía de este ilustre personaje del siglo XIX hasta la feliz reedición de sus *Lecciones de Administración*, en tres tomos, por el Instituto Nacional de Administración Pública (Madrid, 1978), en su colección «Clásicos de la Administración»; por cierto, más tarde, ya en 1988 vuelto a publicar por la misma institución, con una interesante introducción del profesor Eduardo Roca Roca. Buena prueba, sin embargo, del poco conocimiento que se ha tenido de Posada Herrera, seguramente lo sea la mutilada edición de sus *Lecciones de Administración*, ya que se omite el tomo correspondiente a la Beneficencia, lo cual en absoluto puede deberse a una considerada falta de interés del tema, dada la extraordinaria significación de la beneficencia en el siglo en que vivió D. José Posada. Afortunadamente este tomo cuarto de sus *Lecciones* ha vuelto a ver la luz en 1995, en una publicación conjunta de las Universidades de Oviedo y León, una vez que su edición primera fuera rescatada del olvido y de las estanterías de la Biblioteca de la Universidad de Oviedo por Francisco Sosa Wagner, hallazgo nada casual porque Sosa en ese momento se encontraba intentando recomponer la vida y obras de Posada Herrera con la ayuda de archivos y bibliotecas, cosa admirablemente conseguida, como bien pudimos comprobar con la deliciosa lectura de su *Posada Herrera, actor y testigo del siglo XIX*, Llanes, 1995.

Los anteriores son motivos suficientes para que se pueda mantener que a D. José Posada Herrera

hoy se le conozca más que por la historiografía, por sus obras escritas y, aún más, por la atención que en los últimos años le ha dedicado Sosa Wagner, que ha conseguido sacar a la luz la intensa vida de D. José Posada, su genio político y su brillante oratoria, por lo que se puede afirmar que Sosa Wagner ha quedado unido a este notable asturiano y, con él, a las destacadas páginas del siglo XIX, que éste escribió.

Precisamente al político atiende preferentemente la reciente publicación de la Junta del Principado de Asturias, al recopilar veinticinco discursos pronunciados por Posada Herrera en su dilatada vida pública, discursos sabiamente seleccionados por su biógrafo, que permiten al lector no sólo conocer el flexible —a veces cambiante— pensamiento del hábil hombre público que fue Posada, sino el tortuoso devenir del constitucionalismo democrático en nuestro país en el pasado siglo, para lo que, sin duda, es una inestimable ayuda el estudio preliminar que realiza Sosa Wagner, auténtica lección de síntesis sobre la última centuria. Pero D. José Posada Herrera no fue sólo, como hoy bien sabemos, un parlamentario de fácil verbo, ni un polivalente gestor de las más altas responsabilidades públicas, sino que a la misma altura que lo anterior, cultivó el Derecho público, como lo acreditan sus *Lecciones de Administración*, obra que constituye un punto de partida inexcusable para el estudio de cualquier institución que en su origen arranque del siglo pasado, lo que supone —hablando del ordenamiento jurídico-administrativo— la mayoría, por razones cuya manifestación es fácilmente excusable.

La referencia a Posada, el jurisconsulto, además es obligada en esta recensión porque, como nos advierte el título de la obra comentada, no solamente contiene discursos, sino también un prólogo, que lo es a un libro de José GALLOSTRA *Lo contencioso-administrativo*, carta-prólogo cuya lectura muestra a un jurista maduro, ocupado y preocupado por el Derecho público de su tiempo, comprometido en las polémicas más relevantes de su época, que, como todas las habidas después del advenimiento del Estado constitucional, abocan a la búsqueda del equilibrio entre el ejercicio del poder público y las garantías de los ciudadanos, por lo que su pensamiento, despojado de las contingencias del tiempo, resulta sumamente ilustrativo para quienes hoy se interesan por el Derecho público y consideran acertadamente que su comprensión pasa por cono-

⁶ Vid. J. L. VILLAR PALASI, *La intervención administrativa en la industria*, IEP, 1984, págs. 212-213.

cer —y no sólo como ejercicio propedéutico— los antecedentes de las instituciones y los condicionamientos políticos, sociales y económicos que las han enmarcado.

Tomás Quintana López
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León

VANDELLI, Luciano: *Sindaci e miti. Sisifo, Tantalo e Damocle nell'amministrazione locale*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1997, 120 págs.

Nos encontramos ante una obra que, combinando los planos de la reflexión teórica y de la experiencia práctica, incide en uno de los más importantes campos del Derecho público italiano: el ámbito local. Su análisis, tan claro como riguroso, se encuentra plagado de datos, observaciones y testimonios, guiando al lector de manera sencilla y amena a través de un libro ágil, de fácil lectura y no falto de la sutil ironía que caracteriza a su autor. Por lo demás, constituye un trabajo de gran actualidad si tenemos en cuenta el todavía inacabado proceso de reforma normativa que, sobre las autonomías locales, se ha puesto en marcha en Italia desde los inicios de la presente década, y que incluso puede llegar a provocar la modificación del texto constitucional.

Se puede efectuar una adecuada aproximación a la obra mediante el examen de los que son, en nuestra opinión, sus hilos argumentales fundamentales: el análisis de la evolución legislativa sobre el modelo de gobierno local; la valoración de la aplicación práctica de la Ley 81/1993, de 25 de marzo, y de los problemas actuales que tiene planteado el gobierno local; y finalmente, el examen de las propuestas formuladas por el autor.

I

Análisis de la evolución legislativa sobre el modelo de gobierno local. La elección directa del alcalde ha supuesto, sin lugar a dudas, una profunda reforma en el ámbito local. No obstante, el correcto entendimiento del alcance de esta reforma sólo es posible teniendo presente la evolución legislativa operada sobre el gobierno local en Italia. En este sentido, y partiendo del sistema tradicional, los hitos fundamentales de dicha evolución pueden ser individuados en las Leyes 142/1990, de 8 de junio, sobre autonomía local y la ya menciona-

da 81/1993, de 25 de marzo, sobre elección directa del alcalde y sistema electoral local.

1. *El sistema tradicional de gobierno local en Italia.* Los pilares centrales que sustentaban el modelo tradicional de gobierno local en Italia eran la existencia de un sistema electoral rigurosamente proporcional para la elección de los miembros del Consejo local (*Consiglio*) y, en segundo término, la elección del alcalde (*sindaco*) y sus asesores (*assessori*) por dicho Consejo.

Una más precisa caracterización de este sistema se puede llevar a cabo por la vía de destacar algunas de sus notas más relevantes. En primer lugar, se trataba de un sistema basado en el dominio absoluto de los partidos políticos. Dicho dominio se manifestaba, principalmente, en el momento de cubrir los órganos del Municipio. La pieza más deseada era, probablemente, el Consejo. En este sentido, y como un primer paso, el estricto sistema proporcional aseguraba que casi todos los partidos políticos, incluidos los más pequeños, tuviesen garantizada su representación en dicho órgano. La consecuencia era previsible: un Consejo fracturado en una enorme multitud de grupos, algunos de minúsculas dimensiones (tanto es así que llegó a acuñarse el término «monogrupo» para designar, precisamente, aquellos grupos compuestos por un solo miembro). Un paso posterior consistía en el reparto del resto de órganos de gobierno. Todos los partidos con representación en el Consejo participaban activamente en largas y complejas negociaciones al objeto de efectuar una distribución equitativa de la totalidad de los cargos locales, incluidos los de la Junta (*Giunta*). Por otro lado, el dominio de los partidos no se limitaba al momento inicial sino que se prolongaba durante todo el mandato de los órganos locales: la alteración de los equilibrios o compromisos entre las fuerzas políticas se solía traducir en cambios en las alianzas de gobierno y, consiguientemente, en el cambio del alcalde o de sus asesores.

Muy ligado a la nota anterior, un segundo rasgo distintivo del sistema tradicional de gobierno local era la considerable estabilidad y profesionalización de la clase política local. En pocas palabras, se trataba de una clase nutrida de «hombres de partido», producidos o reclutados por los partidos políticos, y caracterizada por una fuerte impermeabilidad a cualquier persona externa a dicho circuito.

Una nueva nota característica del sistema se traducía en la existencia de una profunda superposición y confusión entre la Asamblea y el ejecutivo locales. Manifestaciones principales de tal superposición eran, por un lado, el doble carácter del alcal-

de, al que correspondía simultáneamente el cargo de presidente del Consejo y, por otro, el doble carácter de los asesores que necesariamente debían ser elegidos entre los consejeros, de manera que eran simultáneamente miembros de la Junta y del Consejo.

Una última característica del sistema era la existencia de una confusa distribución de poderes entre los órganos de gobierno. En efecto, en teoría, el Consejo gozaba de amplios poderes, reforzados por la atribución legal de una competencia «general-residual», de modo que a él se atribuían todos aquellos actos que, siendo de competencia del Municipio, no se reservasen expresamente al alcalde o a la Junta. No obstante, en la práctica, la mayoría de cuestiones de una cierta importancia eran decididas por la Junta: junto a aquellas que ya le correspondían directamente por ley, asume también otras que correspondían al Consejo, ya sea mediante la delegación de éste o bien por tratarse de casos de necesidad y urgencia que, dicho sea de paso, eran declarados por la misma Junta sin posibilidad de control en sede jurisdiccional.

2. *El sistema de gobierno local después de la Ley 142/90.* La entrada en la década de los noventa viene marcada por una profunda crisis del sistema de gobierno local. El funcionamiento del sistema, con sus complicadas negociaciones, es contemplado por el ciudadano medio sin tener capacidad para comprenderlo y con la frustrante sensación de comprobar que el reparto y gestión de los cargos se realiza sin responder, al menos no plenamente, a su voluntad, expresada en los resultados electorales. Asimismo, dicho funcionamiento provoca una difusa dispersión de la responsabilidad, prestándose poco a premiar a quien haya administrado bien y, del mismo modo, a castigar a quien lo haya hecho mal.

La solución de la crisis, en el sentir general, pasaba por una necesaria reforma. Es en este contexto que viene a incidir la Ley 142/90 de reforma de las autonomías locales. Dicha ley introduce novedades de gran relieve en dicho ámbito. En primer término, consiente a los Municipios poder disciplinar, en Estatutos propios, la organización de gobierno del mismo ente. En segundo lugar, invierte el sistema de distribución de poderes entre los órganos de gobierno locales: se atribuye ahora la competencia «general-residual» a la Junta y, por otro lado, se impide la superposición de las esferas competenciales del Consejo y de la Junta, por la vía de eliminar la posibilidad de delegación del primero a la segunda y de la facultad del ejecutivo local de asumir la resolución de cuestiones compe-

tencia de la Asamblea local en casos de urgencia y necesidad. Por último, se opera una distinción de fondo entre la función de los órganos electivos, a los que se reserva únicamente la dirección política y el control, de aquélla de los altos dirigentes (*dirigenti*), no electivos, a los cuales se atribuye todo lo relativo a la gestión administrativa.

Sin embargo, el legislador renunció a intervenir directamente sobre el modelo de gobierno local. Así, se rechazaron aquellas propuestas que, formuladas en el debate legislativo, pretendían modificar el modelo de representación local: el establecimiento de un sistema electoral de tipo mayoritario y la elección directa del alcalde. El legislador se limitó a introducir algunas medidas que, en lo esencial, perseguían un doble objetivo. Ante todo, racionalizar la modalidad de formación del ejecutivo local. En este sentido se debe interpretar, por ejemplo, la disposición según la cual la elección de la Junta y del alcalde deben efectuarse con un único voto, y aquella otra que establece la disolución del Consejo en caso de que éste no consiga efectuar tal elección antes de que se agote el plazo de sesenta días desde la dimisión del ejecutivo local o desde la proclamación de los resultados electorales. La segunda finalidad perseguida por el legislador era, haciendo frente a uno de los grandes problemas de funcionamiento del sistema local, fomentar la estabilidad de su ejecutivo. En esta dirección debe interpretarse, también a título de ejemplo, el intento de desestimular la producción de crisis de gobierno mediante la introducción de un sistema de moción de censura «constructiva».

3. *El sistema de gobierno local después de la Ley 81/93.* Hemos visto cómo la Ley 142/90 supuso, en la práctica, el mantenimiento del modelo de gobierno local anterior, con la mera introducción de algunos retoques. Estas medidas parciales rápidamente se manifestaron insuficientes, dejando sin resolver los problemas tradicionales que aquejaban a la vida local, en particular, los relativos a la escasa autoridad y estabilidad de los ejecutivos locales.

Pocos años después, el legislador cambia de actitud y, abandonando cautelas y timideces, aborda directamente la reforma del modelo de gobierno local. Dicha intención cristaliza en la Ley 81/93, a través de la cual se introducen novedades rupturistas con el sistema anterior. Entre ellas, son merecedoras de especial atención las siguientes: el establecimiento de la elección directa del alcalde, atribuyéndole, de este modo, el máximo grado de legitimación democrática; el cambio del sistema electoral para la elección de los miembros del

Consejo, en favor de un sistema claramente mayoritario; la adopción de medidas tendentes a garantizar una nítida separación entre el ejecutivo y la Asamblea locales (así, estableciéndose que el presidente del Consejo sea elegido autónomamente por éste, de modo que dicho cargo ya no será ocupado por el alcalde, y, en segundo término, estableciéndose la incompatibilidad entre el cargo de consejero y el de asesor); la instauración de una estrecha ligazón entre el alcalde y el Consejo (en este sentido deben interpretarse disposiciones como aquellas que disponen que deberán ser elegidos contextualmente, por un mandato de igual duración —cuatro años—, y que la dimisión del Alcalde provocará la disolución del Consejo); la limitación, a un máximo de dos mandatos consecutivos, del tiempo de permanencia en los cargos de alcalde y asesor; la redimensión de la composición de la Junta, limitando a ocho el número máximo de asesores (modificado, sin embargo, por normas posteriores); el robustecimiento del poder del alcalde, al que se atribuyen poderes de nombramiento no sólo de los asesores sino, en general, de todos los representantes del Municipio en empresas e instituciones; por último, y paralelamente, la atribución al Consejo, despojado ya de la función de nombrar y remover a los asesores, de la función de discutir y aprobar las directrices generales de gobierno, en el momento inicial del mandato.

II

Valoración de la aplicación práctica de la Ley 81/93 y examen de los problemas actuales del gobierno local. La aplicación de la Ley 81/93 ha dado lugar a experiencias en nada homogéneas, lo que ha facilitado que se den lecturas muy diversas de ella. En este sentido, en algunos Municipios parecen dominar tendencias presidencialistas, con una marcada personalización de la Administración local en la figura del alcalde, que, de este modo, adquiere un cierto carácter carismático. Sin embargo, en otros Municipios, la potenciación de la figura del alcalde se ha visto suavizada por elementos de colegialidad: la actuación de los Consejos locales, firmemente decididos a jugar un papel de contrapeso del ejecutivo local, por un lado, y la influencia de los partidos políticos, situados en posición de condicionar las políticas locales, por otro.

De forma simplificada, se puede afirmar que las concepciones presidencialistas fueron las que prevalecieron en el debate legislativo y en las primeras aplicaciones de la Ley 81/93. No obstante, el

transcurso del tiempo ha discurrido en favor del segundo tipo de tendencias, favorecidas por la no coincidencia de las circunstancias de la realidad con aquéllas previstas por el legislador: así, el mantenimiento de un alto grado de fragmentación en el Consejo y de inestabilidad del ejecutivo local, unido a una constante tendencia a la disminución del nivel de participación en las elecciones locales, en parte motivada por la decepción de las expectativas creadas con la reforma local.

Una atenta observación de la realidad local permite llegar a la conclusión de que todos los administradores locales se ven afectados por los problemas derivados de su sistema de gobierno actual. De entrada, se ven afectados los consejeros que, desorientados, no acaban de entender ni de adaptarse a su nueva situación. En efecto, los miembros del Consejo oscilan desde un sentimiento de marginación, en tanto que la Ley 81/93 ha transferido gran parte de sus poderes tradicionales a la Junta, a uno de incertidumbre respecto a su nuevo papel, conscientes que la reforma legislativa les ha forzado a un cambio de función, pero sin tener claro cuál deba ser ésta. Igualmente afectada se ve la figura del presidente del Consejo. Fuertes dudas rodean la determinación de su papel, planteándose como alternativas posibles su configuración como expresión de la mayoría del Consejo, como expresión de las minorías o, por último, como árbitro neutral. Esta última opción es, sin lugar a dudas, la preferida por casi todos en el plano de las intenciones, pero es también la de más difícil consecución en la práctica, en tanto que, para que pueda realmente funcionar, es necesario que se den toda una serie de condiciones que no siempre están presentes (especialmente, que el cargo sea ocupado por una persona que cuente con el suficiente grado de prestigio o neutralidad). Por otro lado, también la propia configuración de los asesores se ve envuelta de fuertes incertidumbres. De manera especial, en lo que respecta a su sistema de selección. En este sentido, se puede constatar la existencia de una tensión entre dos sistemas contrapuestos: el sistema tradicional, en el cual el alcalde elige como asesores a «hombres de partido», atendiendo a criterios de fidelidad y representación política, provocando, como consecuencia, la existencia de un bajo grado de solidaridad en el seno del ejecutivo local; en segundo término, el sistema innovador, pretendido por la Ley 81/93 pero, al menos en gran medida, frustrado en la práctica, según el cual el alcalde debería elegir como asesores a hombres de su confianza (incluso a «externos», es decir, personas no vinculadas a ningún partido), basándose

en criterios de competencia y mérito profesional, generando, por tanto, un alto grado de solidaridad en el ejecutivo local. Por último, particularmente problemática parece la figura del secretario local, tradicionalmente sujeta a una compleja doble dependencia, del Estado y del Municipio. La polémica ha rodeado la adopción de medidas incidentes en esta materia: la creación de un registro, regido por un órgano mixto (que debía representar paritariamente al Ministerio del Interior, los entes locales y los propios secretarios); la reorganización de sus funciones, previéndose la creación de la figura del *city manager*, junto a la tradicional del secretario; y, especialmente, la atribución al alcalde del poder de nombramiento y cese del secretario.

En definitiva, todos los administradores locales se ven envueltos en problemas e incertidumbres. Sin embargo, ninguno de ellos tanto como el propio alcalde. Los nuevos alcaldes surgidos de la reforma, dotados de legitimación democrática directa, han conquistado, sobre todo en el plano nacional, una presencia, peso político y centralidad sin precedentes en la historia italiana. En esta dirección, se puede comprobar un doble fenómeno en la opinión pública: en primer lugar, han adquirido una presencia política y una notoriedad pública impresionantes (se han convertido en las «estrellas» de la política italiana); en segundo lugar, y paralelo a la adquisición de esa notoriedad, se han generado enormes expectativas respecto a su actuación. No obstante, dichos alcaldes se ven aquejados por una creciente tensión entre la adquisición de esa elevadísima visibilidad o notoriedad pública, unida a un análogo grado de responsabilidad, y, por otro lado, la detentación de una muy limitada capacidad de gobierno. En pocas palabras, si no consiguen obtener una más adecuada capacidad de gobierno correrán el riesgo de decepcionar las expectativas depositadas en ellos, arrastrando, inevitablemente, una caída de su presencia o notoriedad.

Con fina ironía, el autor del libro sintetiza los principales problemas que pesan sobre los nuevos alcaldes, acudiendo para ello a la mitología clásica. De este modo, hace un paralelismo entre su situación y aquella en la que se encontraban algunos mitos de la antigüedad. Situaciones nada envidiables, desde luego. Ante todo, frecuentemente los alcaldes viven su experiencia con una sensación de fatiga y pesadez digna de Sísifo. El cansancio que implica cualquiera de sus actuaciones encuentra su explicación en factores diversos: la confusión e incertidumbre sobre la normativa aplicable dado el caos legislativo existente en materia local; las dificultades derivadas del caos burocrático; la utiliza-

ción distorsionada de los referéndums locales; y, en general, la pérdida de tiempo y energías en prácticas administrativas estériles (sirva de ejemplo el llamado «reunionismo», es decir, la tendencia a celebrar reuniones, de todo tipo y por cualquier motivo, que suelen terminar con el único acuerdo de convocar otra reunión). Con Tántalo comparten la sensación de frustración. Los objetivos parecen al alcance de su mano, fáciles de conseguir. Sin embargo, cuando parece que ya se han alcanzado, se alejan. Y es necesario volver a comenzar, insistir, no renunciar. Aunque se puede fácilmente prever que todavía se alejarán otra vez. Y así indefinidamente. La realización de cualquier actuación se convierte en una constante carrera de obstáculos, plagada de controles, trámites y requisitos que superar. Por último, el alcalde puede ser equiparado a Damocles, símbolo de la inseguridad. Los factores que explican tal situación del administrador local son, también en este caso, tan numerosos como diversos: las dificultades financieras (así, entre otras, la situación de verdadera quiebra de algunos Municipios, los frecuentes recortes presupuestarios que afectan inexorablemente al ámbito local, o la atribución de nuevas tareas pero sin la paralela adjudicación de nuevos recursos); el riesgo del resarcimiento de daños, por cualquier tipo de evento o accidente que pueda producirse en el término municipal; y, especialmente, la amenaza de la posible intervención del juez penal, comprensible en un contexto de lucha contra una corrupción que ha pasado a convertirse en sistema, en verdadera costumbre.

III

Propuestas formuladas por el autor. Termina la obra con la formulación de una serie de propuestas que pueden colaborar a la resolución de los problemas del gobierno local identificados con anterioridad. Se trata de propuestas que, partiendo de la normativa legal existente, se dirigen específicamente a los distintos actores locales (alcalde, consejeros, asesores, partidos políticos, etc.), con el objetivo de reorientar sus hábitos tradicionales así como sus modelos de relación.

Son propuestas en las que se pretende aunar teoría y realidad, fiel reflejo de la doble actividad desempeñada por su autor: la labor académica, ligada a la investigación universitaria (el autor es profesor de Derecho administrativo en la Universidad de Bolonia), y la práctica, en contacto directo con la realidad de la Administración local (sirva de prueba el hecho de haber sido también asesor en el

Ayuntamiento de Bolonia y vicepresidente de su Provincia). En definitiva, son propuestas formuladas desde el cruce de las reflexiones teóricas con la experiencia práctica. Y este hecho, a nuestro parecer, las dota de un singular interés. No obstante, conviene asimismo advertir, como irónicamente recuerda el propio autor en las últimas frases de su libro, que, a pesar de todo, fue cesado del cargo de vicepresidente de la provincia el 27 de septiembre de 1996.

Alfredo Galán Galán

BACIGALUPO, Mariano: *La discrecionalidad administrativa*, Editorial Pons, Madrid 1997.

El presente libro es el trabajo más actual y seguramente más riguroso en cuanto a un tema clave, del Derecho administrativo, como es «la discrecionalidad administrativa», y constituye la Tesis doctoral del autor, profesor de Derecho administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

El lector no encontrará solamente recogidas las distintas posiciones que hasta el momento se han presentado en España sobre la discrecionalidad administrativa. También podrá consultar las posturas de la doctrina alemana y, especialmente, las del propio profesor Mariano BACIGALUPO.

Decíamos «especialmente» porque la obra de BACIGALUPO presenta una tesis a nuestro juicio importante en el contexto actual del Derecho administrativo. Los planteamientos doctrinales hasta el momento habían incidido en la cuestión de la extensión del control judicial sobre la actuación administrativa, descuidando quizás una vertiente esencial del tema, que es la de los propios límites del Legislador a la hora de regular las potestades administrativas y, con ello, los márgenes lícitos de actuación en favor de la Administración.

En este sentido, el libro de M. BACIGALUPO supone una concepción *global* de la discrecionalidad administrativa, que estudia y define con acierto las posiciones que en el Estado de Derecho han de tener tanto la Administración, como el Legislador y los Tribunales. Hasta el presente libro, el grueso del problema del control y límites de la discrecionalidad administrativa se ha venido cargando sobre los jueces administrativos. A partir de este libro habrán de considerarse de forma especial, primero, los límites constitucionales del propio Legislador; segundo, los propios límites del control judicial, cuando dicho control se enfrente con una potestad administrativa discrecional. En efec-

to, los Tribunales han de realizar una primera valoración o toma de posición, ante el litigio frente al que se sitúan, que es la de si pueden realmente enjuiciar el caso, ya que podrá ocurrir que la norma no presente la suficiente concreción a efectos de poder desarrollar el control judicial ordinario, debiéndose por tanto abstener el juez (—lo contrario representaría una extensión ilegítima de sus funciones—) para remitir el asunto a la jurisdicción constitucional.

Desde luego que el autor no pretende relegar la importancia del tema del control judicial ordinario sobre la actuación administrativa. Más bien, logra reordenarlo, definiendo sus dimensiones y la función que concretamente ha de corresponder a los jueces ordinarios.

No opino que sea éste un libro «teórico» al margen de la realidad práctica. Y, más bien, si en la práctica no se actúa con el rigor procesal necesario, quizás no sea inoportuno realizar un pequeño esfuerzo (siguiendo el buen hacer de este libro), distinguiendo con corrección los papeles que han de jugar cada uno de los poderes del Estado. Rigor metodológico no le falta a esta obra, y buena escuela ha tenido su autor, la Universidad alemana (donde el rigor científico es una de sus mejores características) y, más concretamente, de la mano del Profesor Martin Bullinger, prologuista del libro, y con quien ambos (tanto el profesor BACIGALUPO como el autor de esta modesta recensión) tuvimos ocasión de trabajar conjunta y felizmente.

Por todo ello, el presente libro vendría a completar los enfoques tradicionales del Derecho administrativo, con nuevas perspectivas «Perspectivas constitucionales». en este caso, como resulta de la propia posición clave que se otorga al Tribunal Constitucional en cuanto a la depuración de márgenes viciados de discrecionalidad, en su propia fuente, en la norma misma. El Derecho administrativo necesita, a mi juicio, desarrollar plena y adecuadamente sus perspectivas jurídico-constitucionales, jurídico-procesales y jurídico-privadas. Lo contrario supone dejar lagunas y déficits en un presunto Derecho administrativo autosuficiente, un «Derecho administrativo que lo puede todo». Falta por desarrollar adecuadamente, por ejemplo, un Derecho administrativo procesal y buen ejemplo de ello es que uno de los temas fundamentales del Derecho procesal (como es el de las «clases de acciones» esté aún virgen en el Derecho administrativo-procesal). Falta por desarrollar adecuadamente un «Derecho administrativo-privado», el cual, sin perjuicio de otras soluciones por cierto perfectamente compatibles con aquél, pueda ser

aplicado en el caso concreto, en «el caso concreto» en el cual se evidencie su utilidad (todo ello bien lejos de aquellos que plantean sus tesis como las únicas soluciones posibles). Y, en cuanto a la discrecionalidad administrativa, el presente libro abre los contenidos habituales del Derecho administrativo con otros planteamientos que, si bien estaban esbozados en parte por la doctrina española precedente a esta obra, son enriquecidos con las aportaciones de Mariano BACIGALUPO logrando una obra sistemática, completa y original.

En el plano formal, el autor no presenta arbitraria o discrecionalmente las distintas fuentes jurídicas que maneja, ya que, por contra, y esto es también elogiado, da cuenta justamente de las distintas aportaciones de los autores que con anterioridad habían venido cultivando el tema de la discrecionalidad administrativa.

Santiago González-Varas
 Profesor Titular de Derecho administrativo

GARCÍA ROCA, Javier; PÉREZ TREMP, Pablo; MORELL OCAÑA, Luis; FONT I LLOVET, Tomás y PAREJO ALFONSO, Luciano: *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, 139 págs.

Acerca del acceso de municipios y provincias al Tribunal Constitucional: algunas aportaciones doctrinales

Parece que está próxima la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) que permitirá a los organismos locales acceder al alto tribunal. Es precisamente la regulación de la legitimación uno de los aspectos más delicados de la justicia constitucional, donde no siempre los titulares de un derecho o de una potestad constitucional están legitimados, al menos activamente, para articular ante el TC la defensa de ese derecho o potestad. No hay, por tanto, absoluta correspondencia entre la legitimación procesal y la titularidad de un derecho o competencia; y ello, porque la justicia constitucional existe para la defensa objetiva de la Constitución. No obstante lo anterior, la ordenación de los procesos constitucionales con frecuencia encomienda la defensa de la distribución horizontal y vertical de competencias a los órganos titulares de éstas o asegura el acceso de los sujetos de los derechos fundamentales. Se trataría

ahora, con la reforma en ciernes, de combinar el acceso de las entidades locales, titulares de la autonomía local constitucionalmente reconocida, con las exigencias de una jurisdicción constitucional centralizada.

Lo que ahora justamente se plantea es la conveniencia de abrir esa legitimación activa en favor de las entidades locales y permitir así que éstas defiendan la autonomía de la que son titulares. Hasta ahora la autonomía local sólo puede ser defendida, frente a leyes, por los legitimados activamente para interponer el recurso de inconstitucionalidad quienes son, por añadidura, sus potenciales vulneradores. Como era previsible, esa defensa vicaria no ha redundado en la tutela de la autonomía local que sus titulares hubieran deseado.

El acceso a los municipios y provincias al TC completaría los mecanismos procesales que ya tienen a su disposición para recabar la protección de su autonomía frente a disposiciones sin valor de ley, actos o resoluciones presuntamente lesivos de sus competencias. El Ordenamiento jurídico brinda, pues, suficiente protección a los organismos locales, salvo cuando la lesión de su autonomía proviene de una norma con rango de ley; en este caso sólo puede solicitarse (art. 119 de la Ley de Bases del Régimen Local, en adelante LB) a los legitimados para ello la interposición del recurso de inconstitucionalidad. Es la defensa vicaria a la que antes nos referíamos. La vía de la solicitud no ha satisfecho nunca a los organismos locales que desean acceder directamente al TC. Es verdad que la facultad de instar la protección objetiva de la autonomía local no tiene necesariamente que encomendarse a sus titulares, pero son razonables las ya antiguas reclamaciones locales para que se abran las puertas del TC. Se trataría ahora, que los acuerdos políticos van a hacer posible tal acceso, de determinar la manera en que éste va a ser posible y a través de qué procedimiento va a encauzarse la participación procesal de las entidades locales. A estos interrogantes responden los autores del libro que comentamos; cada uno de los catedráticos participantes aporta su punto de vista y recomienda, aquí radica la gran utilidad de la obra, una solución procesalmente aceptable que encaje en nuestro sistema de justicia constitucional.

Todos los autores coinciden, después de analizar también algunos de ellos el Derecho comparado, en considerar insuficientes las vías procesales actuales que no permiten el acceso de los organis-

mos locales al TC para recabar la tutela de la autonomía local. También hay unanimidad en proponer soluciones que perturben lo menos posible la continuidad del ordenamiento y que, desde luego, no exijan la reforma de la Constitución. Así las cosas, en general la solución propuesta suele ser la reforma de la LOTC (GARCÍA ROCA, PÉREZ TREMPs) o la aprobación de una ley específica de defensa de autonomía local (FONT). PÉREZ TREMPs sugiere también aprovechar la ocasión para introducir alguna modificación más en la LOTC. Las propuestas de reforma hechas por PAREJO son más complejas, pero también limitadas al escalón de la ley.

Asimismo, coinciden todos los catedráticos intervinientes en que son las normas con rango de ley las que constituirían el objeto del nuevo proceso constitucional, toda vez que frente a normas reglamentarias o frente a todo tipo de actos y resoluciones los organismos locales pueden interponer recursos contencioso-administrativos y recabar así la protección de su autonomía.

Las divergencias entre los autores comienzan cuando proponen *lege ferenda* soluciones procesales para encaminar la participación procesal de los organismos locales en los procesos constitucionales. Hay también una discrepancia de fondo entre los constitucionalistas (GARCÍA ROCA y PÉREZ TREMPs) y los administrativistas (MORELL, FONT y PAREJO); mientras que estos últimos acentúan la subjetividad de la tutela constitucional de la autonomía local, los primeros resaltan su vertiente objetiva, sobre todo GARCÍA ROCA: el acceso de los organismos locales se consentiría en interés de Constitución no como escueta defensa de un interés subjetivo. Todos están de acuerdo con que sean los propios organismos locales, sin testafierros, los defensores de la autonomía local, pero discrepan en el alcance posible de la legitimación activa. Si acentuamos, como hacen los constitucionalistas, la vertiente objetiva de la protección constitucional de la autonomía local, la legitimación activa no tiene por qué atribuirse a todos los municipios y provincias; el problema entonces —ya lo trataremos más adelante— es decidir a quienes se atribuye. Por el contrario, al resaltar el lado subjetivo de la protección —lo que se infiere de las aportaciones de los administrativistas— hay que abrir la puerta del TC a todos los municipios y provincias, aunque para evitar el efecto avalancha se construyan ingeniosos y complicados mecanismos de conexión entre el contencioso-administrativo y la cuestión de inconstitucionalidad.

Resulta, pues, que los constitucionalistas conciben los procesos constitucionales en función de la

defensa objetiva de la Constitución, mientras que los administrativistas acaban sugiriendo el acceso de todos los municipios al TC en un proceso que enlazaría con el contencioso-administrativo. En las agudas propuestas de FONT y de PAREJO se permite que cualquier organismo local pueda defender su autonomía frente a cualquier agresor y frente a cualquier acto, incluidas las normas con rango de ley. En razón de su especialidad, tendría que ser el TC quien reparase las lesiones cuando éstas se produjeran mediante una norma con valor de ley.

En definitiva, los administrativistas apuestan por la potencial participación de todos y cada uno de los organismos locales en el hipotético proceso constitucional donde se ventilase la concreta lesión, mediante ley, de la autonomía local denunciada por cualquier organismo local. Tras esta propuesta hay una concepción garantista de la justicia constitucional en relación con los entes locales; éstos accederían al proceso constitucional para defender su autonomía y más concretamente sus competencias.

II

Por todo lo explicado, FONT y PAREJO proponen conectar el proceso contencioso-administrativo con el proceso de la cuestión de inconstitucionalidad y permitir que a este último acceda, e incluso inicie, quien ha sido parte en el proceso contencioso-administrativo *a quo*. Se lograría, al mismo tiempo, que los tribunales contenciosos no perdiesen ni un ápice de su jurisdicción en la resolución del fondo de los asuntos porque el TC se limitaría —es lo propio de la cuestión— a decidir sobre la presunta contradicción entre la ley cuestionada y el precepto constitucional que garantiza la autonomía local.

Coinciden, como vemos, los administrativistas en proponer un modelo de acceso de los organismos locales al TC conectado estrechamente con el contencioso-administrativo. En particular, la propuesta de FONT consiste en modificar las reglas procesales que rigen la cuestión de inconstitucionalidad para permitir, por un lado, que las entidades locales, presentes en el juicio *a quo*, puedan personarse en el proceso abierto con la cuestión de inconstitucionalidad; y, por otro lado, que contra el hipotético auto denegando el planeamiento quepa recurso directo ante el TC. Esta propuesta altera el actual entendimiento de la cuestión y requeriría la reforma de la LOTC, bien con una modificación directa o, como propone FONT, mediante una ley

orgánica específica para la tutela de la autonomía local. Acaso fuese ésta la mejor manera si los beneficiarios de esa modificación en la regulación de las cuestiones fueran sólo los organismos locales y no cualquier otro justiciable, parte en un proceso donde se suscite la duda sobre la constitucionalidad de una norma con rango de ley.

La ventaja de la propuesta estriba, sobre todo, en que ninguno de los más de ocho mil municipios españoles y ninguna de las provincias estarían excluidos para interponer el recurso descrito. Además, el proceso contencioso previo sería filtro suficiente para impedir un aluvión de recursos ante el TC. Los organismos locales sabrían, también, que el TC no va a resolver el fondo del asunto del juicio *a quo*, resolución que correspondería al órgano judicial; el TC, una vez que hubiere dictado su sentencia, la comunicaría al órgano judicial para que éste resolviera el fondo del asunto.

Las dos fases del procedimiento propuesto por FONT en realidad son tres, a saber: recurso contencioso-administrativo, «cuestión de autonomía local» —como FONT la llama— y resolución del caso concreto donde se originó la cuestión; esta última fase es en realidad la culminación de la primera, suspendida para permitir al TC pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley discutida. Deberá el juez *a quo* anular el acto o disposición aplicativa de la ley si ésta ha sido anulada por el TC.

La solución de PAREJO es algo más compleja porque se asocia a ciertas modificaciones en la regulación de los recursos de casación y de apelación ante el Tribunal Supremo. PAREJO opina que la protección de la autonomía local frente a leyes podría depararla directamente el juez ordinario dejando de aplicar la ley si considerase, sin asomo de duda, que dicha ley es contraria a la Constitución. Sostiene PAREJO que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sólo procede si el juez tiene dudas, no si está seguro de la inconstitucionalidad de la norma. Este punto de vista no es compartido por FONT que entiende siempre exigible el planteamiento de la cuestión.

PAREJO propone dos medidas: la primera, que sea obligatorio para el juez plantear la cuestión de inconstitucionalidad «cuando en el proceso que esté conociendo se haya deducido la pretensión de inaplicación de una norma con rango legal formal con fundamento en la defensa de la autonomía local». Como reflejo de esta obligación del órgano judicial surgiría un «verdadero derecho de las partes en el proceso, en especial la entidad local recurrente, para ... plantear ante el TC la pertinente cuestión de inconstitucionalidad».

La segunda medida consistiría en introducir en la regulación del recurso de casación y, en su caso, del de apelación, ante el Tribunal Supremo la «preceptividad» para este tribunal de plantear la cuestión «cuando considere improcedente la apreciación de cualquier oposición con el bloque de la constitucionalidad en materia de régimen local, incluida la contradicción frontal que debiera determinar la inaplicación de la correspondiente norma legal acordada por la sentencia recurrida».

Contra la decisión del Tribunal Supremo cabría siempre la interposición del recurso de amparo invocando el derecho a la participación política —art. 23.1 CE— del que formaría parte, según PAREJO y otros autores han explicado en doctrina muy conocida, la autonomía local. El recurso de amparo acarrearía, en la hipótesis formulada, la autocuestión de inconstitucionalidad.

III

Los constitucionalistas, tanto GARCÍA ROCA como PÉREZ TREMPs, proponen la vía abierta por el art. 161.1.d) de la Constitución para incluir, entre las actuales competencias del TC, una «materia» nueva: un «conflicto local», según GARCÍA ROCA o una «acción constitucional de defensa de la autonomía local», según PÉREZ TREMPs, aunque este último sugiere también cambios en la regulación de las cuestiones de inconstitucionalidad que facilitasen el acceso de los entes locales al TC. En efecto, PÉREZ TREMPs parece apostar, primero, por una flexibilización en la interpretación de las normas procesales que permitiera la personación de los organismos locales en aquellos procesos constitucionales donde tuviese que determinarse la posible lesión de la autonomía local. En especial, propone que los entes locales puedan personarse en las cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas cuando la norma con valor de ley cuestionada lesione de manera directa e inmediata la situación subjetiva de la entidad local. *Lege ferenda* propone asimismo que cualquier afectado por una ley autoaplicativa pueda defenderse frente a ella ante el TC.

Descarta, sin embargo, la introducción de un conflicto local, separado de la vía contencioso-administrativa, similar al conflicto de competencia existente, porque, a su juicio, se originarían peligrosas yuxtaposiciones que sólo se evitarían si el conflicto fuera subsidiario y únicamente pudiera plantearse luego de agotar la vía contencioso-administrativa. Esta posibilidad, que ni siquiera esboza, se parece a las propuestas de FONT y PAREJO.

PÉREZ TREMPs se inclina más bien por una «acción constitucional de defensa de la autonomía local». Se trataría no de ampliar la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad, tasada por el art. 162 CE, sino de crear una nueva acción contra normas con valor de ley, reservada para los entes locales e interponible sólo contra normas con valor de ley para la defensa de la autonomía local. Esta acción se parece, sin embargo, mucho al recurso de inconstitucionalidad y la legitimación propuesta se asemeja a la concretada por el art. 32.2 LOTC para las CC.AA. que pueden interponer el recurso sólo cuando la norma puede afectar el «propio ámbito de autonomía» de la CA recurrente.

Pero el punto más polémico y problemático de la nueva acción sería el de la legitimación activa. Para PÉREZ TREMPs, la legitimación no debería ser general, atribuida a todos los organismos locales, sino ponderada por criterios de población, variables según fuera el ámbito territorial de validez de la norma impugnada. Es claro que una acción directa contra leyes que pudieran interponer todos los organismos locales sería un dislate de gran calibre que desaconseja el sentido común: así lo entiende PÉREZ TREMPs, quien, sin especificar más, concluye en que la acción, por un lado, y la nueva regulación de las cuestiones de inconstitucionalidad, por otro, abriría de manera satisfactoria las puertas del TC para la defensa de la autonomía local.

GARCÍA ROCA, en la propuesta que precede a todas las demás en el orden de la obra recensionada, aporta una solución bien articulada que, por su interés, hemos dejado para el análisis final y más sosegado. Nos parece además la propuesta más asumible aunque presenta también puntos discutibles, en especial en materia de legitimación activa para plantear lo que GARCÍA ROCA denomina «conflicto local», el mismo que rechazan PÉREZ TREMPs y los administrati vistas.

GARCÍA ROCA ofrece un conflicto que se ciña a la normas con rango de ley y evite el peligro denunciado por PÉREZ TREMPs: la yuxtaposición con el contencioso-administrativo. Se trata de dotar a la autonomía local de una protección, instada por sus titulares, de la que carece: la tutela de su autonomía frente a normas con rango de ley. La protección frente a reglamentos administrativos y frente a todo tipo de actos y resoluciones es satisfactoria y en esto coincide GARCÍA ROCA con el resto de los autores de la obra.

Como los demás autores intervinientes, GARCÍA ROCA entiende que las vías actualmente existentes

no permiten esa defensa que ahora se pretende introducir en nuestro ordenamiento; opina, y en esto coincide con PÉREZ TREMPs, que el recurso de amparo, yuxtaponiendo autonomía local y derecho a la participación política, no ofrece, a pesar de su ingeniosidad, salida toda vez que ésta ha sido cerrada por el TC. Hay que buscar en otra parte la solución que permita el acceso de los entes locales al TC. Pero se trata, según GARCÍA ROCA, de articular mejor la defensa objetiva de la Constitución no tanto de proteger las titularidades subjetivas de las entidades locales. Habría que permitir a los entes locales defender la autonomía de la que son titulares, pero en interés de Constitución, impidiendo, en consecuencia, que tal legitimación sea indiscriminada y abierta, sin ponderación ninguna, a todos los organismos locales existentes en España.

GARCÍA ROCA separa con cuidado el ámbito contencioso-administrativo del constitucional, al proponer un conflicto local en el que se dilucidara, luego de su transformación según lo dispuesto en el artículo 67 LOTC, la supuesta infracción de la autonomía local cometida por una norma con rango de ley. Es decir, excluye del nuevo conflicto la simple *vindictio potestatis* contra actos o disposiciones sin valor de ley para reservarlo a los conflictos que tengan por objeto una ley cuya vulneración de la autonomía local presume quien plantea el conflicto. Aunque se exija, como requisito para su planteamiento, la existencia de una disposición o acto fundados en dicha ley. Explicaremos los detalles de la propuesta.

La preferencia por el conflicto no es caprichosa; expresa mejor la naturaleza del litigio planteado donde los organismos locales reclaman el respeto por su autonomía y ésta se identifica, sobre todo, con el haz de competencias y rasgos institucionales que hacen reconocible la autonomía local. El proceso constitucional, donde tal reivindicación competencial se ventilase, tendría, se llamase como se llamase, una esencia competencial, pues en tal proceso sería siempre lo reclamado una competencia o un rasgo característico de la institución que el recurrente considerase parte de su autonomía garantizada por la Constitución.

Es también preferible el conflicto, porque una acción directa podría ser inconstitucional, al prescribir el art. 162 CE taxativamente quienes están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Una acción directa contra leyes, cualquiera que fuese su denominación, extendería indebidamente la legitimación tasada por el art. 162 CE precitado.

Y si no puede abrirse el recurso de inconstitucionalidad a los organismos locales sin previa reforma de la Constitución, tampoco el recurso de amparo ofrece alternativas para asegurar la cabal defensa de la autonomía local, y ello a pesar de la refinada construcción doctrinal que subsume la autonomía local en el contenido del derecho a la participación política. No es fácil, por lo demás, articular una reivindicación competencial como defensa de un derecho fundamental.

GARCÍA ROCA propone crear el conflicto local añadiendo un nuevo capítulo, el quinto, al título cuarto de la LOTC; se aprovecharía para ello, como ya sucedió con los conflictos entre órganos constitucionales, la posibilidad que brinda el artículo 161.1.d) cuando se refiere a las competencias del TC y dispone que éste se ocupará, también, «De las demás materias que le atribuyan la Constitución y las leyes orgánicas». Este precepto no autoriza, desde luego, a desfigurar las competencias que expresamente regula la Constitución, sino sólo a introducir nuevas competencias que ni nominal ni materialmente se asemejen a las configuradas por el constituyente.

Por las dos razones expuestas, GARCÍA ROCA prefiere un conflicto que ha de evitar, empero, yuxtaposiciones con el contencioso-administrativo, al ceñirse al enjuiciamiento de normas con rango de ley, pero que, al mismo tiempo, nazca en un caso concreto de aplicación de la ley o en una disposición inspirada en ella; esta última exigencia deriva de la naturaleza competencial de la solución propuesta. La impugnación directa de la ley sería, aunque se llamara conflicto, lisa y llanamente un recurso de inconstitucionalidad. No bastaría, pues, que el legitimado para plantear el conflicto considerase inconstitucional la ley, sería menester que esta ley fuera aplicada o inspirara la aprobación de una disposición.

Una vez planteado el conflicto, éste se transformaría, mediante el expediente previsto en el art. 67 LOTC, y pasaría a tramitarse el proceso como si de un control abstracto de normas se tratase, pero un control limitado a verificar la consonancia entre la norma con valor de ley —que da cobertura a la disposición o al acto generador del conflicto— y la autonomía local garantizada por la Constitución. El TC enjuiciaría también la validez de la disposición o del acto de aplicación cuya invalidación se produciría, desde luego, si la ley fuera anulada por infracción de la autonomía local. El conflicto no tendría, por consiguiente, más finalidad que la de tutelar la autonomía local —y no otros contenidos constitucionales para cuya defensa ya existen es-

pecíficos procedimientos— frente a normas con valor de ley.

La transformación procesal aludida tendría que ocurrir al iniciarse el procedimiento. Se impediría así todo solapamiento entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la constitucional. Se trata, como afirma su patrocinador, de un conflicto constitucional indirecto contra leyes estatales o autonómicas; indirecto, porque el planteamiento que acaba dando lugar a un control de la norma, para determinar si respeta o no la autonomía local, sólo puede realizarse cuando hay de por medio un acto o disposición.

Los sujetos legitimados pasivamente serían el Estado y las Comunidades Autónomas autores de los actos impugnados. Por otra parte, el ámbito objetivo se circunscribiría a disposiciones o actos estatales o autonómicos viciados de incompetencia por normas con rango de ley. Como se ha explicado, el objeto principal del proceso no será la disposición o el acto de aplicación, sino la ley en que éstos se apoyan. Y si las disposiciones o actos viciados de incompetencia son los recurribles, la fecha de emisión de dichas disposiciones y actos ha de servir para fijar el plazo —GARCÍA ROCA propone tres meses— dentro del cual podrá plantearse el conflicto; el plazo comenzará a correr desde el día siguiente a la fecha en la cual tal disposición fue publicada o el acto o resolución comunicada. Virtualmente, pues, en cualquier momento de la vigencia de la ley de cobertura puede suscitarse el conflicto, lo que no se lograría si la impugnación fuera directamente de la ley como propone, por ejemplo, PÉREZ TREMPs.

Quizás lo más espinoso al regular un conflicto local sea determinar quienes pueden plantearlo. Las mismas dudas expresaba PÉREZ TREMPs cuando sugería una acción directa contra leyes por vulneración de la autonomía local. Este problema no lo tienen las construcciones defendidas por FONT y por PAREJO porque sus propuestas, al conectar proceso contencioso-administrativo con cuestión de inconstitucionalidad, presentan la gran ventaja de asegurar que cualquier titular de la autonomía local puede acceder al TC.

Pero tanto si se propone una acción directa (PÉREZ TREMPs) como si se opta por el conflicto local (GARCÍA ROCA) se encuentra uno con el formidable problema de la legitimación. Ninguno de estos constitucionalistas es partidario de admitir sin restricciones la legitimación activa de todos los organismos locales —más de ocho mil municipios—. GARCÍA ROCA es más explícito en acentuar la dimensión objetiva de la tarea de defender la Consti-

tución protagonizada por el TC. Es por ello partidario de ser restrictivo como parece serlo también PÉREZ TREMPs, a juzgar por las sugerencias que realiza. No conviene, en consecuencia, generalizar la acción sino limitarla; y aquí comienzan las dificultades: si convenimos en que deben ser los entes locales o grupos de ellos o sus organizaciones representativas las que insten la defensa de la autonomía local ante el TC, ¿a quién o a quiénes atribuir la concreta capacidad para plantear el conflicto local? GARCÍA ROCA explora todas las posibilidades; aventura, primero, la de reservar la legitimación a una sexta parte de los ayuntamientos o provincias directamente afectados que suponga un sexto del censo electoral de los destinatarios de la norma discutida. Pero la necesidad de reunir los cocientes precisos exigiría acuerdos entre muchos entes locales que probablemente no se lograrían en el plazo, antes de cuya terminación debiera plantearse el conflicto.

Más práctico sería otorgar la legitimación a una representación nacional o autonómica de municipios y provincias o, por ejemplo, a la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). Pero esta federación no acoge a todos los municipios y por ello acaso fuese mejor habilitar a los vocales representantes de las entidades locales en la Comisión Nacional de Administración Local; estos vocales poseen ahora la facultad de solicitar a los órganos legitimados la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra normas con valor de ley que vulneren la autonomía local (art. 119 LB). Se trataría de sustituir esa posibilidad de solicitud por la legitimación activa en el conflicto local.

Ninguna solución parece plenamente satisfactoria y GARCÍA ROCA no se decanta abiertamente por ninguna; sugiere, por lo demás, la inclusión de los territorios históricos del País Vasco entre los sujetos legitimados, activa y pasivamente, en el conflicto local, expediente para incardinar a estos entes y las normas que producen en un proceso de control de constitucionalidad.

Cuando propone soluciones posibles para regular la legitimación activa, GARCÍA ROCA conecta esta última con los afectados por la disposición impugnada. Lo relevante para atribuir la legitimación no es el círculo de los concernidos por la ley en la que se funda la disposición impugnada, sino la incidencia de esta última. Pero nuestro autor, para evitar solapamientos con la jurisdicción contencioso-administrativa, postula un conflicto en el que la impugnación de la disposición vaya acompañada de otra «impugnación», la de la ley, que da cobertura a la disposición impugnada, y que presu-

miblemente vulnera la autonomía local. Según el ámbito de aplicación de tal disposición, podrán aplicarse los cocientes propuestos o reconocer la legitimación a una representación, estatal o autonómica, de los organismos locales.

Más delicado resulta conectar la legitimación activa en el conflicto local si el acto impugnado carece, como suele, de alcance general; en este caso, es más difícil atribuir la legitimación, salvo que se reconociese a los directos e inmediatamente afectados. Igual solución habría de darse en todos los supuestos de destinatario único —de un acto o de una disposición— y reconocer la legitimación de ese único afectado.

Una cosa más sobre los eventuales beneficiarios de la legitimación activa, ¿no convendría atribuir-la a los grandes ayuntamientos? ¿Por qué Barcelona o Madrid, por poner ejemplos ilustres, no podrían por sí solas, plantear el conflicto, sobre todo cuando se propone que los territorios históricos sí estén facultados para ello? Si la inclusión de tales territorios es muy conveniente, debería serlo también permitir que los mayores ayuntamientos de España, cuyo peso político es indiscutible, puedan plantear el conflicto. Cabría combinar también una legitimación por cocientes de los municipios menores o institucional, tipo FEMP, con una atribuida a los siete mayores municipios españoles, en conjunto o individualmente. Acaso los cocientes propuestos permitiesen a los grandes ayuntamientos, de consuno, plantear el conflicto.

Asunto axial que no se trata demasiado en la obra recensionada es el del canon de constitucionalidad que el TC habría de emplear para resolver estos procesos —cualquiera que fuese la solución procesal adoptada— donde se debatiese la posible lesión de la autonomía local, reconocida por el artículo 137 de nuestra Constitución. Este precepto no contiene una regulación expresa y habría que construir jurisprudencialmente una noción de la autonomía local que pudiera ser empleada como canon de constitucionalidad. Formarían parte de este bloque de la constitucionalidad local la Constitución y la Ley de Bases de Régimen Local. GARCÍA ROCA, el autor que en la obra más se ocupa del asunto, orienta sobre el contenido de la autonomía local y sugiere el uso del Convenio Europeo sobre Autonomía Local firmado en el seno del Consejo de Europa, cuyos principios podrían informar nuestra noción de autonomía local. En todo caso, GARCÍA ROCA anticipa una creativa labor jurisprudencial.

Todas las propuestas, en su mayoría procesales, que el libro recensionado recoge, son útiles y bien

argumentadas aportaciones para el debate. Todos los autores parten de la insuficiencia de los mecanismos procesales vigentes que no ofrecen tutela bastante a la autonomía local. La menos complicada quizás sea la de GARCÍA ROCA, cuya propuesta presenta, empero, alguna dificultad en lo que toca a la legitimación activa. Las soluciones de los administrativistas, más complejas procesalmente porque combinan la jurisdicción contencioso-administrativa con la constitucional, no suscitan, en contraste, ningún problema atinente a la legitimación que se abre a todos los municipios y provincias.

La reforma legislativa en ciernes dependerá del modelo de defensa —objetivo o subjetivo— de la

autonomía local que se prefiera. Al acometerla no sería desdeñable prever los efectos que la introducción de uno u otro mecanismo procesal tendría sobre la actividad del Tribunal Constitucional; nada más perjudicial para éste que un aluvión de conflictos o cuestiones de inconstitucionalidad locales. Por ventura, los autores de las propuestas incluidas en la obra recensionada tienen sumo cuidado en asegurar que el TC se ocupará sólo y en todo caso de proteger la autonomía local frente a normas con rango de ley.

Raúl Canosa Usera