
Anuari de Dret Parlamentari

núm. 30, any 2018

CORTS 30



CORTS VALENCIANES

CORTS 30

**Anuari de Dret
Parlamentari**

núm. 30, any 2018



CORTS VALENCIANES

Consell de Redacció

Presidente

Enric X. Morera i Català

Aguiló i Lúcia, Lluís

Aguirre Gil de Biedma, Esperanza

Aja Fernández, Eliseo

Ansuátegui Ramo, Daniel

Argüeso Torres, Emilio

Arnaldo Alcubilla, Enrique

Asensi Sabater, José

Astarloa Huarte-Mendicoa, Ignacio

Barceló Chico, Ana

Barrieras Momburú, Rosa María

Berenguer Fuster, Luis

Cabot Saval, Juan Manuel

Callao Capdevila, Juan

Camarero Benítez, Susana

Cano Bueso, Juan

Cazorla Prieto, Luis María

Cholbi Diego, José

Clemente Olivert, Antonio

Colomer Sánchez, Francesc

Cotino Ferrer, Juan Gabriel

Cuñat Edo, Vicente

De España Moya, Julio

De la Rúa Moreno, Juan Luis

Díaz García, Elías

Escudero Pitarch, Isabel

Escuin Palop, Catalina

Font de Mora Turón, Alejandro

García Miralles, Antonio

Garrido Mayol, Vicente

Gimeno Sendra, José Vicente

Gómez Santos, Irene Rosario

Guillem Carrau, Javier

Lavilla Alsina, Landelino

Lerma Blasco, Joan

López Garrido, Diego

Luna González, Ángel

Maluenda Verdú, Rafael

Marco Marco Joaquín J.

Martínez Corral, Juan Antonio

Martínez Ramírez, Carmen

Martínez Navarro, María Milagrosa

Martínez Sospedra, Manuel

Millet España, Julio

Miró Pérez, Marcela

Navarro Ruiz, José Carlos

Ninet Peña, Carmen

Olivas Martínez, José Luis

Pallarés Piquer, Marc

Pitarch i Segura, Ismael E.

Puig i Ferrer, Joaquim

Quirós Palau, Martín

Ripollés Serrano, María Rosa

Rodríguez Marín, Juan

Sanahuja Sanchis, Javier

Sanz Fernández, Javier

Sevilla Merino, Julia

Soler i Marco, Vicent

Soriano Hernández, Enrique

Such Botella, Antoni

Such Ronda, Angélica

Tovar Vicente, José

Trillo-Figueroa Martínez-Conde, Federico

Vidal Causanilles, María Fernanda

Villalba Chirivella, Héctor

Visiedo Mazón, Francisco J.

Zapatero Gómez, Virgilio

Zaplana Hernández-Soro, Eduardo

Zaragoza Meseguer, Vicente

Director

Francisco J. Visiedo Mazón

Secretario

Joaquín J. Marco Marco

© Publicacions de les Corts Valencianes

Depósito legal: V. 2407-2008

ISBN: 84-482-1040-9

ISSN: 1136-3339

Nota de redacción: el Anuario no se hace responsable ni comparte necesariamente las opiniones expresadas por los diferentes autores y colaboradores, los cuales las formulan bajo su exclusiva responsabilidad.

Índice

I. Presentación

- 9 *Enric X. Morera i Català*

II. Estudios

- 15 La adaptación de los parlamentos a la cultura de la transparencia
 Blanca Belmonte Peláez
- 55 Los órganos parlamentarios auxiliares en materia de transparencia y
 acceso a la información pública en el sistema constitucional español
 Francisco Manuel García Costa
- 101 El control extrajudicial de la actividad normativa del Gobierno
 Vicente Garrido Mayol
- 145 Nuevas perspectivas políticas ante las disfunciones de la organización
 autonómica después de cuarenta años de Constitución
 José Carlos de Bartolomé Cenzano
- 203 Los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español: el
 inestable binomio derechos-responsabilidades
 Vicente Moret Millás

III. Notas, dictámenes e informaciones

- 275 El derecho a participar en elecciones libres según la jurisprudencia del
 Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 Agustín Ruiz Robledo
- 307 Sobre la tramitación del procedimiento de intervención autonómica del
 artículo 155 de la Constitución Española
 Alejandro Rastrollo Ripollés
- 339 Respuesta jurídico-penal ante nuevos escenarios de acoso escolar, en
 particular, los contenidos en la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral de
 reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género en la
 Comunitat Valenciana
 Javier García González

IV. Crónica parlamentaria

375 Crónica parlamentaria de les Corts Valencianes (julio-diciembre 2017)

José Carlos Navarro Ruiz

V. Libros

395 El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio. Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa. Madrid, Iustel, 2017, 494 páginas (prólogo de Santiago Muñoz Machado)

Marta Pérez Gabaldón

I. PRESENTACIÓN



CORTS VALENCIANES

Presentación de Corts.

Anuari de Dret Parlamentari

Número 30

ENRIC MORERA I CATALÀ

President de les Corts.

La reflexió sobre l'activitat parlamentària i tot allò que l'envolta, constitueix un complement d'interès als nostres quefers diaris, atès que ens permet compaginar el que és habitual i peremptori, amb l'anàlisi serena i rigorosa que ens ofereix la perspectiva acadèmica. Per eixe motiu, és d'interès contribuir a la publicació de *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*, una revista de referència en l'especialitat que ens ocupa i que ara em pertoca presentar-vos.

El número trenta d'aquesta publicació, el que ara teniu a les mans, s'inscriu en la tradició de la nostra revista. Està integrat per un total de deu treballs, estructurats en cinc «Estudis», tres «Notes», la «Crònica parlamentària» i una recensió bibliogràfica. Obri el volum una primera part d'«Estudis», dos dels quals han estat elaborats per Blanca Belmonte Peláez, lletrada de la Junta General del Principat d'Astúries, i per Francisco Manuel García Costa, professor titular de Dret Constitucional de la Universitat de Múrcia, que versen sobre un tema de la màxima actualitat: Parlament i transparència. En aquest mateix bloc, Vicente Garrido Mayol, catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de València, analitza el control extrajudicial de l'activitat normativa del

govern, mentre que José Carlos de Bartolomé Cenzano, professor de Dret Constitucional de la Universitat Politècnica de València, estudia el funcionament de l'organització autonòmica, transcorreguts quaranta anys de l'entrada en vigor de la Constitució espanyola. L'últim estudi, relatiu als deures constitucionals en l'ordenament jurídic espanyol, és obra de Vicente Moret Millás, lletrat de les Corts Generals.

El bloc dedicat a «Notes, dictàmens i informacions» comença amb el treball del catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Granada, Agustín Ruiz Robledo, qui aprofundeix en el dret a participar en eleccions lliures a la vista de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans. També s'insereix en aquest bloc l'anàlisi que du a terme Alejandro Rastrollo Ripollés, lletrat de les Corts Generals, sobre la tramitació parlamentària del procediment previst en l'article 155 de la Constitució. I tanca aquest bloc l'estudi que el professor de Dret Penal de la Universitat CEU Cardenal Herrera, Javier García González, fa sobre l'assetjament escolar, a la vista de la Llei 8/2017, de la Generalitat Valenciana, de reconeixement del dret a la identitat i l'expressió de gènere.

Tal com és costum, un dels lletrats d'aquesta cambra, ara José Carlos Navarro Ruiz, elabora la «Crònica Parlamentària» de les Corts, en la qual realitza un resum de l'activitat desenvolupada des de la publicació del número anterior; per això la crònica comprèn el període juliol-desembre de 2017. Aquest volum es tanca amb la recensió que fa la professora de Ciència Política de la Universitat CEU Cardenal Herrera Marta Pérez Gabaldón, sobre el llibre *El Parlamento moderno: importancia, descrédito y cambio*, que va publicar en 2017 Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa.

Finalment, he d'agrair als autors i autores que hi han col·laborat amb les seues aportacions, com també a totes aquelles persones que fan possible l'edició i la publicació de la revista

Presentación de *Corts.*

Anuario de Derecho Parlamentario

Número 30

ENRIC MORERA I CATALÀ

President de les Corts.

La reflexión sobre la actividad parlamentaria y todo aquello que la envuelve constituye un valioso complemento a nuestros quehaceres diarios, puesto que nos permite compaginar lo habitual y perentorio con el análisis sereno y riguroso que nos ofrece la perspectiva académica. Por ese motivo, resulta interesante contribuir a la publicación de *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, una revista de referencia en la especialidad que nos ocupa y que ahora me corresponde presentaros.

El número treinta de *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*, el que ahora tenéis entre las manos, se inscribe en la tradición de nuestra revista. Está integrado por un total de diez trabajos, estructurados en cinco «Estudios», tres «Notas», la «Crónica parlamentaria» y una recensión bibliográfica. Abre este volumen una primera parte de «Estudios», dos de los cuales, elaborados por Blanca Belmonte Peláez, Letrada de la Junta General del Principado de Asturias y por Francisco Manuel García Costa, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia, versan sobre un tema de la máxima actualidad: Parlamento y Transparencia. En este mismo bloque, Vicente Garrido Mayol, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de

València analiza el control extrajudicial de la actividad normativa del gobierno, mientras que José Carlos de Bartolomé Cenzano, Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat Politècnica de València, estudia el funcionamiento de la organización autonómica, transcurridos cuarenta años de la entrada en vigor de la Constitución Española. El último estudio, relativo a los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español, es obra de Vicente Moret Millás, Letrado de las Cortes Generales.

El bloque dedicado a «Notas, dictámenes e informaciones» comienza con el trabajo del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, Agustín Ruiz Robledo, quien profundiza en el derecho a participar en elecciones libres a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También se inserta en este bloque el análisis que lleva a cabo Alejandro Rastrollo Ripollés, Letrado de las Cortes Generales, sobre la tramitación parlamentaria del procedimiento previsto en el artículo 155 de la Constitución. Y cierra este bloque el estudio que el Profesor de Derecho Penal de la Universidad CEU Cardenal Herrera, Javier García González, hace sobre el acoso escolar, a la vista de la Ley 8/2017, de la Generalitat Valenciana, de reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género.

Como ya es costumbre, uno de los Letrados de la Cámara, en este caso José Carlos Navarro Ruiz, elabora la «Crónica Parlamentaria» de Les Corts, en la que realiza un resumen de la actividad desarrollada desde la publicación del número anterior; por ello, la crónica comprende el periodo entre julio y diciembre de 2017. Este volumen se cierra con la recensión que hace la Profesora de Ciencia Política de la Universidad CEU Cardenal Herrera, Marta Pérez Gabaldón, sobre el libro *El Parlamento moderno: importancia, descrédito y cambio* que publicó en 2017 Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa.

Finalmente, he de agradecer a los autores y autoras que han colaborado con sus aportaciones, así como a todas aquellas personas que hacen posible la edición y publicación de la revista.

II. ESTUDIOS



CORTS VALENCIANES

La adaptación de los parlamentos a la cultura de la transparencia

BLANCA BELMONTE PELÁEZ

Letrada de la Junta General del Principado de Asturias.

Resumen

La aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ha supuesto un gran cambio en el ejercicio del poder público que ha obligado a todas las Administraciones a adquirir nuevos hábitos de conducta adaptados a lo que se ha llamado «cultura de la transparencia». En España, el factor determinante para la implantación de esta cultura fue la crisis económica que comenzó en 2008 y que dio lugar, especialmente desde 2011, a la proliferación de movimientos sociales que pusieron de relieve el descontento de los ciudadanos con la clase política y la necesidad de volver a conectar a la sociedad civil con las instituciones. El objetivo principal de la transparencia es llevar a cabo un control más eficaz del poder público y fomentar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones que les afectan. Todo ello con el fundamental apoyo de las nuevas tecnologías. Examinaremos a continuación la adaptación de los Parlamentos a este nuevo escenario, repasando los elementos que se incluyen dentro del concepto de transparencia, como son la publicidad activa, el derecho de acceso, la participación ciudadana, los Códigos éticos y la regulación de los grupos de interés.

Palabras clave: Buen gobierno, Código ético, grupo de interés, Parlamento, participación ciudadana, publicidad, transparencia.

Resum

L'aprovació de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, ha suposat un gran canvi en l'exercici del poder públic que ha obligat totes les administracions a adquirir nous hàbits de conducta adaptats al que s'ha anomenat «cultura de la transparència».

A Espanya, el factor determinant per a la implantació d'aquesta cultura va ser la crisi econòmica que va començar en 2008 i que va donar lloc, especialment des de 2011, a la proliferació de moviments socials que van posar en relleu el descontentament dels ciutadans amb la classe política i la necessitat de tornar a connectar la societat civil amb les institucions. L'objectiu principal de la transparència és dur a terme un control més eficaç del poder públic i fomentar la participació dels ciutadans en la presa de decisions que els afecten. Tot això amb el suport fonamental de les noves tecnologies. Examinarem a continuació l'adaptació dels parlaments a aquest nou escenari, repassant els elements que s'inclouen dins del concepte de transparència, com són la publicitat activa, el dret d'accés, la participació ciutadana, els codis ètics i la regulació dels grups d'interès.

Paraules clau: Bon govern, codi ètic, grup d'interès, parlament, participació ciutadana, publicitat, transparència.

Abstract

The approval of Law 19/2013, 9 December, on transparency, access to public information and good governance has been a major change in exercising public powers and has forced all Public Administrations to acquire new habits of behavior adapted to the so-called «culture of transparency». In Spain, determining factor for the implementation of such culture was the economic crisis beginning back in 2008 and which led, particularly since 2011, to the incorporation of social movements showing the social unrest of Spanish citizens with the political class and the need to link again civil society and institutions. The main objective of transparency is to carry out an effective control of public powers and enhancing the participation of citizens in making decisions affecting them with the essential support of new technologies. We will examine how the Parliaments have adapted their behavior to this new scenario, reviewing the elements included within the concept of transparency, including active publicity, right of access, citizen participation, codes of ethics and the regulation of interest groups.

Key Words: Good governance, Code of ethics, interest group, Parliament, citizen participation, publicity, transparency.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Fuentes.
- III. Tradicional modelo de publicidad y nuevo modelo de transparencia.
- IV. Publicidad activa.
- V. Derecho de acceso.
 - 1. Objeto.
 - 2. Sujetos.
 - 3. Solicitud.
 - 4. Límites.
 - 5. Inadmisión.
 - 6. Órgano competente para resolver.
 - 7. Plazo.
 - 8. Impugnación.
- VI. Parlamento Abierto.
 - 1. Audiencias ciudadanas.
 - 2. Preguntas de iniciativa popular.
 - 3. Propositiones no de ley de iniciativa ciudadana.
 - 4. Enmiendas de iniciativa ciudadana.
 - 5. Opiniones, propuestas, sugerencias y aportaciones on line.
 - 6. Denuncias anónimas.
 - 7. Códigos de conducta.
- VII. Grupos de interés.
- VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Lo tradicional en el ejercicio del poder público desde la Antigüedad ha sido el ocultamiento y el secretismo celoso respecto de la información. Un fenómeno que ya en el siglo XVI fue estudiado por Arnold Clapmar en «Los secretos de la República» donde vinculaba la política con el cultivo de los *arcana imperii*, informaciones exclusivas y privilegiadas que definen como sujeto de poder a quien las posee y administra. No será hasta el Estado Liberal cuando el ciudadano adquiera el derecho a la información pública, convirtiéndose los *arcana imperii* en *res publica*, y ello debido a que el poder ya no se va a ejercer en beneficio del monarca, sino en interés de los ciudadanos y, en consecuencia, éstos deben conocer las cuestiones que les afectan. Para Kant, padre de la idea moderna de publicidad, el parámetro de justicia de las normas es la publicidad en tanto que «son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados».

Estas afirmaciones recobran un nuevo interés a partir de mediados del siglo XX, con el nacimiento del Estado Social y su búsqueda del bienestar de los ciudadanos, para lo cual, aparte de otras medidas, se incluye su derecho a conocer y a involucrarse en la actuación pública. Comienza entonces a hablarse de Gobierno Abierto, basado en los principios de transparencia, buena administración y apertura, y defendido por movimientos ciudadanos que presionan al poder para hacer más partícipe a la sociedad en la toma de decisiones. Pioneros en este terreno serán los Estados Unidos que, si bien ya desde la década de los sesenta del siglo pasado empezaron a regular el acceso a la información pública (*Freedom of Information Act*, 1966), darán un salto cualitativo durante la Administración del Presidente Obama con la promulgación del Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto de 2009.

Tanto las instituciones europeas como el resto de países europeos de nuestro entorno adquirieron pronto conciencia de la necesidad de seguir este camino y proceder a una «apertura» del poder, introduciendo en sus ordenamientos jurídicos una legislación específica reguladora de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

En España, sin embargo, esta cultura de la transparencia llega con cierto retraso. El factor determinante será el desarrollo de movimientos sociales, como el 15-M y su lema «no nos representan», que surgieron a raíz de la crisis económica iniciada en 2008 y que pusieron de relieve la desconexión de la sociedad con la clase política o, en palabras de García Escudero, «el divorcio entre Parlamento y sociedad». El florecimiento de casos de corrupción y la sensación de impunidad de los implicados, sumada la inactividad de los dirigentes políticos, contrastaron fuertemente con el paralelo drama social vivido por aquellos que se veían obligados a abandonar sus viviendas o a engrosar las filas de parados. Aquel sentimiento de indignación precipitó el acceso de nuevas fuerzas políticas a los Parlamentos y la reestructuración de los partidos tradicionales que interiorizaron la urgencia de adaptarse al nuevo escenario. Desde entonces, se han aprobado un conjunto de reformas estructurales destinadas a promover la integridad en la vida pública enmarcadas en lo que se llamó «Plan de Regeneración Democrática» que incluía, entre otras medidas, la aprobación de una ley de transparencia y una ley reguladora del ejercicio del alto cargo, la reforma de la Ley de financiación de los partidos políticos, del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a efectos de endurecer las condenadas relacionadas con delitos de corrupción.

Dentro de esta nueva etapa en el ejercicio del poder se enmarca la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que, como dice su preámbulo, tiene un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–.

La Ley 19/2013 ha obligado a las Administraciones a adaptarse a la cultura de la transparencia, que pretende extenderse a todo el ámbito del poder público, superando así las previsiones sectoriales que existían hasta ahora (por ejemplo, en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, o la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos).

II. Fuentes

En lo que a los Parlamentos se refiere, el artículo 2.1 f) de la Ley 19/2013 incluye en su ámbito subjetivo de aplicación a «la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo». Por su parte, la disposición adicional octava dispone que «El Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas regularán en sus respectivos Reglamentos la aplicación concreta de las disposiciones de la Ley». La Mesa del Congreso, en su reunión de 20 de enero de 2015, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.1.1º del Reglamento, aprobó las Normas para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a derecho administrativo. En el Senado, el 5 de junio de 2014, el Pleno aprobó una reforma de su Reglamento para incluir entre las competencias de la Mesa las de «Aprobar las normas y adoptar las medidas que resulten precisas para garantizar la transparencia de la actividad de la Cámara y el derecho de acceso a la información pública

del Senado» (artículo 36.1 g)). En ejercicio de esta competencia, la Mesa del Senado, en su reunión del día 2 de diciembre de 2014, aprobó la Norma reguladora del derecho de acceso a la información pública del Senado.

En cuanto a los Parlamentos autonómicos, la disposición final novena de la Ley 19/2013 establece que los órganos de las Comunidades Autónomas dispondrán de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en la Ley. Transcurrido ya este plazo, las Asambleas, con mayor o menor amplitud, han procedido a adaptarse a las exigencias de la ley mediante la reforma de sus Reglamentos, mediante la aprobación normas de sus órganos de gobierno en desarrollo de los mandatos reglamentarios, o bien mediante la aplicación directa de la correspondiente ley autonómica de transparencia, en caso de que así lo disponga la misma.

En el siguiente cuadro se reflejan las fuentes de regulación de la transparencia en los Parlamentos autonómicos:

Parlamentos autonómicos	Referencias en la Ley autonómica de transparencia	Referencias en el Reglamento de la Cámara	Normas de desarrollo aprobadas por los órganos de la Cámara
Andalucía	Art.3.2 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía	Arts. 8, 13, 16, 20, 25, 28, 46, 49, 62, 67, 69, 70, 100, 125, 147, 183, 66 bis y 114 bis	Acuerdo de la Mesa de 25 de junio de 2014 por el que se aprueban las Normas relativas al derecho de acceso a la información
Aragón	Art.4.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.	Arts. 300 a 306	-
Principado de Asturias	No existe ley de transparencia	Arts. 280 a 285	-
Baleares	-	-	-

Canarias	Art.2.2 y disposición adicional cuarta de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública.	Arts.13.4, 16.3, 18.3, 206, 210 a 212.	Normas para la aplicación de la legislación sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública sobre la actividad de la Cámara, de 11 de febrero de 2016
Cantabria	Art.4 y disposición adicional décimo primera de la Ley de Cantabria 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública	-	-
Castilla-La Mancha	Disposición adicional primera de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.	-	— Acuerdo de la Mesa de 10 de febrero de 2014 por el que se amplía y refuerza la transparencia de la actividad parlamentaria. — Acuerdo de la Mesa de 9 de enero de 2017, relativo a las normas para la aplicación de la legislación sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública sobre la actividad de la Cámara
Castilla y León	-	-	Resolución de la Mesa de 8 de abril de 2015 por la que se aprueban las normas por las que se procede a la aplicación concreta de las disposiciones de la Ley 19/2013
Cataluña	Disposición adicional quinta de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno	Arts.208 a 232	-
Extremadura	Art.2 y disposición adicional tercera de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura	Arts.18, 21, 32 y 120 (referencias al Portal de Transparencia de la Cámara)	-

Galicia	— Art. 3.1 d) de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno — Ley 7/2015, de 7 de agosto, de iniciativa legislativa popular y participación ciudadana en el Parlamento de Galicia	Arts. 10.2 bis, 12, 15, 27, 30 y 66 bis	-
La Rioja	Art.2 de la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja	-	— Acuerdo de la Mesa de 9 de enero de 2017 sobre publicidad en el Portal de Transparencia — Acuerdo de la Mesa de la Cámara sobre solicitudes de acceso a la información — Acuerdo de la Mesa de la Cámara sobre la gestión de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública
Comunidad de Madrid	No existe ley de transparencia	-	— Acuerdo de la Mesa, de 20 de mayo de 2015, sobre los contenidos de la Sección de Transparencia de la Página Web Institucional — Normas para la aplicación de la Ley 19/2013 a la actividad de la Asamblea sujeta a Derecho Administrativo.
Región de Murcia	Art.5.2 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.	-	Normas reguladoras del derecho a la información pública de la Asamblea Regional de Murcia
Comunidad Foral de Navarra	-	-	-
País Vasco	No existe ley de transparencia	Arts. 108 a 110	-

Comunidad Valenciana	Art.2 y disposición adicional cuarta de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.	Arts. 110 bis y 110 ter	— Resolución de Presidencia de carácter general número 3/IX, por la que se desarrolla el artículo 110 ter del RC sobre el Portal de Transparencia y se establece el procedimiento de acceso a la información de Les Corts — Resolución de Presidencia de carácter general 2/IX, por la que se regula la participación en el procedimiento legislativo
----------------------	---	-------------------------	--

III. Tradicional modelo de publicidad y nuevo modelo de transparencia

Como refleja la normativa referida, los Parlamentos han sustituido el tradicional «modelo de publicidad» de sus actividades, centrado básicamente en la publicidad de las sesiones plenarias y la publicación de los actos, acuerdos e intervenciones en los Boletines y Diarios de Sesiones Oficiales (que hasta hace apenas veinte años eran prácticamente los únicos medios con los que se contaba para conocer lo debatido y aprobado por el Parlamento), por un «modelo de transparencia» mucho más exigente que, en cierto modo, «desnuda» a las Asambleas y pone a disposición de los ciudadanos toda una suerte de herramientas que no solo posibilitan su control, sino que también permiten la interacción de la sociedad con el legislador. Ello es así porque la transparencia va mucho más allá de la publicidad; no es una versión mejorada de la publicidad, sino un concepto totalmente nuevo en el que ésta es solo una pequeña parte.

Como decíamos, los elementos principales que conformaban el tradicional modelo de publicidad, eran la publicidad de las sesiones y las publicaciones a través de Boletines Oficiales y Diarios de Sesiones. Además, se incluyen también en ese modelo otras vías como el acceso de público y de medios de comunicación social debidamente acreditados a las sesiones que no tengan carácter secreto, los cauces de participación ciudadana limitados a la presentación

de iniciativas legislativas populares y al ejercicio del derecho de petición, la posibilidad de conocer físicamente las sedes mediante visitas organizadas o durante las jornadas de puertas abiertas y, más recientemente, el acceso de los ciudadanos a la información disponible en las páginas web que actualmente todos los Parlamentos tienen en las que, aparte de la publicación de información institucional y organizativa, existen canales para el envío de preguntas, quejas o sugerencias, así como para poder visualizar, en directo o en diferido, las sesiones de los Plenos y de las Comisiones.

Pues bien, el nuevo modelo de transparencia va más allá:

- a) impone obligaciones de publicidad activa, ampliando sustancialmente la información que debe ser publicada por los Parlamentos, que ya no queda limitada a descripciones superficiales sobre la institución, los órganos y el funcionamiento, sino que obliga, como veremos, a someter al escrutinio público prácticamente toda su actividad;
- b) concede a los ciudadanos el derecho a acceder a documentos y contenidos hasta ahora reservados para el uso interno y que sobrepasan el tradicional derecho de acceso a archivos y registros administrativos del artículo 105 de la Constitución, así como el derecho de los ciudadanos a conocer el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados del artículo 53 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas;
- c) amplía los cauces de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas y las vías de contacto de la sociedad y sus representantes, haciendo uso de las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías, y todo ello enmarcado en lo que se ha denominado «Parlamento Abierto» que, como veremos, incluye como elementos destacados preguntas, enmiendas y proposiciones no de ley de origen popular, aportaciones *on line*, audiencias ciudadanas y denuncias anónimas; y

- d) refuerza la fiscalización de la actividad de los parlamentarios, especialmente en lo que tiene que ver con el contacto de éstos con grupos de interés, e impone pautas y principios de carácter ético a través de Códigos de conducta que recogen en un mismo documento reglas de comportamiento que hasta ahora estaban diseminadas en distintas normas como la Constitución, los Reglamentos parlamentarios, resoluciones de las Cámaras, leyes electorales estatal y autonómicas (régimen de incompatibilidades, deberes de los parlamentarios como respeto del orden, la cortesía, deber de confidencialidad, prohibición de utilizar su condición para actividades mercantiles, etc), y todo ello en aras de la integridad que requiere el ejercicio de la representación de la soberanía nacional.

A continuación, examinaremos estas nuevas piezas que conforman la cultura de la transparencia en cuanto a los Parlamentos se refiere.

IV. Publicidad activa

Como vimos más arriba, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, incluye en su ámbito subjetivo de aplicación (artículo 2.1 f)) a los Parlamentos en lo que se refiere a «sus actividades sujetas a Derecho Administrativo». Lo cierto es que las Cámaras, de forma progresiva y generalizada, han ido más allá y no han limitado su publicidad activa a las actividades sujetas a derecho administrativo. La publicación de información que rebasa los aspectos administrativos, no solo se debe a que así lo pueda exigir la normativa autonómica sobre transparencia parlamentaria (ya sea por aplicación de la ley de transparencia, ya sea por acuerdo de la propia Cámara en ejercicio de su autonomía), sino que también ha influido de manera considerable, y no es ningún secreto, la evaluación a la que han sido sometidas las Asambleas por organizaciones que, a modo de «agencias de calificación», han expuesto ante la opinión pública el grado de transparencia de las

mismas, para sonrojo de unas y orgullo de otras. Destaca entre estas organizaciones, Transparencia Internacional, que se presenta como «la única organización no gubernamental a escala universal dedicada a combatir la corrupción, congregando a la sociedad civil, sector privado y los gobiernos en una amplia coalición global». Transparencia Internacional ha realizado dos evaluaciones a los Parlamentos españoles, en 2014 y 2016, mediante ochenta indicadores, que han servido a las Cámaras de modelo para estructurar la información publicada en sus respectivas páginas web.

La herramienta de publicación utilizada para dar cumplimiento a las obligaciones de publicidad activa ha sido el Portal de Transparencia alojado en las páginas web de los Parlamentos, que centraliza toda la información, facilitando así su consulta.

De acuerdo con los principios recogidos en el artículo 5 la ley básica, la publicación de la información ha de cumplir las siguientes condiciones: ha de ser periódica y actualizada; de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados, favoreciendo su comprensión por personas con discapacidad, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos; en formatos reutilizables, y de acceso fácil y gratuito.

En cuanto al propio contenido de la información, y como decía anteriormente, la mayor parte de los Parlamentos se han basado en los cuestionarios de Transparencia Internacional para determinar los datos objeto de publicación que, por otra parte, van más allá de lo exigido por la ley estatal. Se sigue el siguiente esquema general:

1. Información sobre el Parlamento: sobre cargos electos, personal y retribuciones del Parlamento; planificación, organización y patrimonio; órganos, normas e instituciones parlamentarias.
2. Información sobre el funcionamiento y la actividad parlamentaria: funcionamiento de los órganos parlamentarios y actividad parlamentaria.

3. Relaciones con los ciudadanos: características de la página web, información y atención al ciudadano y participación y compromiso con la ciudadanía.
4. Transparencia económico-financiera: información contable y presupuestaria y transparencia económico-financiera.
5. Transparencia en las contrataciones, convenios, obras y suministros.
6. Derecho de acceso a la información: visibilidad, canales y características del acceso a la información pública y reclamaciones y evaluación del derecho de acceso.

Por otra parte, es conveniente destacar que dentro de los ochenta indicadores que han servido para la evaluación, y también para estructurar gran parte de los Portales de Transparencia, existen ítems que, aunque puedan resultar aplicables a órganos de la Administración, no se corresponden con la propia naturaleza de la institución parlamentaria o simplemente no existen en la mayoría de las Asambleas, y aun así se penaliza su falta de publicación (por ejemplo, los relativos a altos cargos del Parlamento, a planes y programas plurianuales, dietas, informes externos, etc).

En cualquier caso, a pesar de haberse generalizado esta estructura, en la Memoria de cumplimiento de la Ley de Transparencia durante el ejercicio 2016 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se recomienda sistematizar la información publicada siguiendo el esquema de los apartados contenidos en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 19/2013, es decir, dividirla en tres grandes secciones: información institucional, organizativa y de planificación; información de relevancia jurídica, e información económica, presupuestaria y estadística. Y dentro de estas, el Consejo hace las siguientes recomendaciones:

- a) En cuanto a la información institucional, organizativa y de planificación e información de relevancia jurídica: aplicar un diseño claro, intuitivo y amigable de la información relativa a las funciones de la institución; enlazar las referencias a las normas con los textos de las mismas y completar los textos normativos con

enlaces activados para la explicación de términos normalmente desconocidos por la ciudadanía.

- b) En cuanto a la información económica, presupuestaria y estadística: separar claramente los datos e informaciones relativos a contratos, convenios y subvenciones; cuando la publicación de los datos se verifique a través de un enlace con una plataforma o base de datos centralizada (como la plataforma de contratación del sector público), establecer el mismo directamente con el portal de la institución, no con la página inicial de la plataforma; interpretar «ayudas» en sentido amplio (premios, becas, etc.); incluir en la información presupuestaria el suficiente material gráfico como para que el ciudadano no experto pueda comprender el contenido de las partidas y el destino de los fondos; incluir la antigüedad en el cómputo de las retribuciones y publicar las resoluciones concedentes de compatibilidades.
- c) Finalmente, y con carácter general, el Consejo de Transparencia recomienda que cuando no haya información que publicar por no haberse producido ninguna actuación, debería incluirse una mención expresa a que la falta de información obedece a la falta de actividad; mantener la información en la página web durante todo el período de vigencia o de producción de efectos del acto a que se refiere y, cesada la eficacia, dar de baja la información en un período de tiempo razonable o incorporarla a una apartado específico de «información histórica».

V. Derecho de acceso

1. Objeto

Mediante el ejercicio del derecho de acceso los ciudadanos pueden obtener información pública, cualquiera que sea su formato o soporte, que obre en poder del Parlamento y que haya sido elaborada o adquirida en el ejercicio de sus funciones.

En lo que se refiere al carácter de la información, recordemos, el artículo 2.1. f) de la Ley 19/2013 hace referencia únicamente a las actividades sujetas a Derecho Administrativo. No obstante, al igual que en el caso de la publicidad activa, son ya varios los Parlamentos que posibilitan el acceso tanto a la información administrativa como a la parlamentaria. Es el caso, por ejemplo, de las Cortes Valencianas, de Castilla y León y Castilla- La Mancha, el Parlamento Vasco, el de Cantabria y el de Cataluña, la Junta General del Principado de Asturias o las Asambleas de Madrid y de Murcia. Así, en las Normas reguladoras del derecho de acceso a la información de la Asamblea Regional de Murcia, del Parlamento de Canarias y de las Cortes Valencianas, en sus artículos 2, 4 y 3 respectivamente, se dice que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública que, en el ejercicio de sus funciones parlamentarias, y sobre sus actividades sujetas al Derecho Administrativo, obren en poder de la Cámara en los términos que estas mismas normas prevén. Por su parte, de forma más concreta, el artículo 210 del Reglamento del Parlamento de Cataluña establece «1. El derecho de acceso a la información parlamentaria comprende la documentación generada por el Parlamento y la que este tiene como consecuencia del ejercicio de sus funciones, incluida la que le deben suministrar el Gobierno, las administraciones, otras instituciones y terceras personas en cumplimiento de las leyes o del presente reglamento. 2. La información parlamentaria incluye, sin excepción, la documentación relativa a la actividad de los órganos parlamentarios y la documentación administrativa de los servicios que integran la Administración parlamentaria». Igualmente, en el artículo 108 del Reglamento del Parlamento Vasco se reconoce el derecho a acceder a los documentos parlamentarios a través de un registro de documentos parlamentarios de acceso público o a través de redes informáticas o electrónicas de comunicación, añadiéndose que los demás documentos parlamentarios que no sean directamente accesibles por estos medios se facilitarán previa solicitud por escrito. Finalmente, el nuevo Título XIX del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias,

dedicado a la transparencia, como señalaba el preámbulo de la reforma del Reglamento que lo introdujo, es de aplicación «no solo a las actividades sujetas al derecho administrativo, a las que, por lo que a las instituciones parlamentarias en particular se refiere, propiamente se limita la ley [la Ley 19/2013], sino también, y en uso de la autonomía de la Cámara, a todas las demás».

2. Sujetos

El derecho de acceso a información pública se reconoce, con carácter general, y de acuerdo con lo que dispone el artículo 12 de la ley 19/2013, a «todas las personas». A este respecto, existen en el ámbito autonómico algunas particularidades:

- a) El Parlamento de Andalucía reconoce el derecho a «Toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en Andalucía».
- b) El Parlamento de Cataluña (artículo 209. 1 del Reglamento) lo reconoce a «Todas las personas mayores de dieciséis años, a título individual o en nombre y representación de una persona jurídica legalmente constituida o de una organización o plataforma constituida para la defensa o promoción de intereses colectivos, aunque no tenga personalidad jurídica».
- c) En las Cortes de Aragón se exigen al menos catorce años.

3. Solicitud

La solicitud se cursará por cualquier medio que permita tener constancia de la identidad del solicitante, la información que se solicita, una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones, y la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada, en su caso. No se requiere que la solicitud de acceso esté motivada, pero en el caso de que se expongan los motivos por los que se solicita la información, éstos podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución.

El modo ordinario de presentación de la solicitud de acceso es mediante los formularios que a tales efectos están disponibles en las páginas web de los Parlamentos con el fin de facilitar su tramitación a los ciudadanos. No obstante, como señala la legislación básica, este acceso puede tener lugar por cualquier medio. En tal sentido, la Ley de Transparencia de Cantabria (que incluye en su artículo 4 al Parlamento de Cantabria como sujeto obligado en relación con sus actividades sujetas al Derecho administrativo) y también la Ley de Transparencia de Aragón, precisan que cuando la solicitud se formule de forma oral, sea mediante comparecencia o mediante comunicación telefónica, la misma será recogida en formato electrónico. Por su parte, la Norma parlamentaria de Andalucía exige, en su artículo 4, que la solicitud se formule necesariamente por escrito.

Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, se les concederá un plazo de quince días para realizar las alegaciones que estimen oportunas.

4. Límites

El derecho de acceso podrá limitarse, en lo que se refiere a la información sobre la actividad sujeta a derecho administrativo, en los casos previstos en el artículo 14 de la ley básica (cuando el acceso pueda suponer un perjuicio para la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, etc). En cuanto a la información parlamentaria, el acceso sólo podrá ser limitado en los supuestos regulados en el Reglamento y en las normas y resoluciones de los órganos de la Cámara.

Cuando alguno de los límites señalados no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial omitiendo la información afectada por el límite, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. De ello se informará al solicitante.

Además, en caso de que la información solicitada contuviese datos personales se estará a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 19/2013 sobre la disociación de datos que impida la identificación de las personas afectadas. En su defecto, para datos especialmente protegidos de los apartados 2 y 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, se requerirá el consentimiento de los afectados, y si la información solicitada no contiene datos especialmente protegidos, será necesario proceder a la ponderación del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados.

5. Inadmisión

El artículo 18 de la ley estatal de transparencia recoge las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso, aplicables también a los Parlamentos, y que, como señala Barrero Rodríguez, se han configurado a partir de conceptos jurídicos indeterminados, lo que dificulta su interpretación así como su aplicación. De ahí la importancia de acudir a los Criterios interpretativos y Resoluciones dictadas por el Consejo de Transparencia para su esclarecimiento. Veremos a continuación las causas de inadmisión y los criterios del Consejo sobre las mismas:

- a) Solicitudes referidas a información que esté en curso de elaboración o de publicación general. El Proyecto de Reglamento de desarrollo de la Ley 19/2013 entiende por información en curso de elaboración «aquella que resulte incorporada a documentos o soportes en tramitación o en proceso de finalización y que, en consecuencia, no cuente todavía con todos sus elementos o estos sean provisionales o sujetos a verificación o ratificación posterior». Se trata de información que no se tiene en el momento de la solicitud pero estará disponible en un corto plazo (Resoluciones 11/2015, de 25 de mayo, 198/2015, de 23 de septiembre, 192/2016, de 14 de julio o 28/2017, de 18 de abril). No debe confundirse con información de un proceso que aún no ha

finalizado, pues lo que debe de estar inacabo es la información, no el proceso (Resolución 84/2017, de 23 de mayo). Además, el Consejo de Transparencia considera que para que esta circunstancia pueda aducirse como causa de inadmisión, en la resolución habrá de indicarse la fecha aproximada de publicación y el lugar previsto para la misma (Resolución 101/2017, de 30 de mayo).

- b) Solicitudes referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas. El Consejo de Transparencia ha considerado que, con independencia de la denominación del documento, en este caso lo relevante es la medida en que el mismo haya podido influir en la formación de la voluntad del órgano, esto es, que constituya la *ratio decidendi* del correspondiente acuerdo. Asimismo, en el Criterio interpretativo 6/2015, de 12 de noviembre, el Consejo de Transparencia considera que «una solicitud de información auxiliar o de apoyo (...), podrá ser declarada inadmitida a trámite cuando se den, entre otras, algunas de las siguientes circunstancias:
- Cuando contenga opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición del órgano o entidad.
 - Cuando lo solicitado sea un texto preliminar o borrador sin la consideración de final.
 - Cuando se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud.
 - Cuando la solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento.
 - Cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final».
- c) Solicitudes relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. El Consejo de Transparencia, en el Criterio 7/2015, entiende que la reelaboración supone un nuevo tratamiento de la información y que ha de estar basada en elementos objetivables de carácter organizativo, funcional

o presupuestario, identificando estos en la correspondiente resolución motivada. Concreta en el Criterio referido que esta causa de inadmisión ha de entenderse aplicable cuando «la información que se solicita, perteneciendo al ámbito funcional de actuación del organismo o entidad que recibe la solicitud, deba:

- Elaborarse expresamente para dar una respuesta, haciendo uso de diversas fuentes de información, o
 - Cuando dicho organismo o entidad carezca de los medios técnicos que sean necesarios para extraer y explotar la información concreta que se solicita, resultando imposible proporcionar la información solicitada». Quedarían fuera del concepto de reelaboración de la información y, por tanto, no podría justificarse su inadmisión, aquellos casos en que ésta tenga que ser necesariamente manipulada debido a su volumen o complejidad, cuando deba ser disociada por contener datos protegidos o cuando se encuentre en poder de varias unidades responsables de su custodia pero su autor esté claramente definido (Criterio del Consejo de Transparencia 7/2015, de 12 de noviembre, y Resoluciones 123/2015, de 24 de octubre, 283/2016, de 23 de septiembre, 410/2016, de 15 de diciembre, entre otras). Además, algunas leyes autonómicas de transparencia, como la andaluza, aragonesa o valenciana, excluyen que exista reelaboración cuando la información sea objeto de tratamiento informatizado de uso corriente o habitual.
- d) Solicitudes dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente. El Consejo de Transparencia ha manifestado reiteradamente la necesidad de diferenciar este apartado d) del artículo 18, del artículo 19.1, en virtud del cual, si la solicitud se refiere a información que no obre en poder del sujeto al que se dirige, éste la remitirá al competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante. La causa de inadmisión del artículo 18.1.d) únicamente es de aplicación cuando, además de no obrar en poder del órgano, éste desconozca el competente para proporcionar la información, en tanto que

el artículo 19.1 requiere el conocimiento de aquel por parte del receptor de la solicitud (entre otras, Resoluciones 152/2016, de 4 de julio, 236/2016, de 29 de agosto, 315/2016, de 6 de octubre, 225/2017, de 8 de agosto).

- e) Solicitudes manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de la Ley. El Criterio interpretativo del Consejo de Transparencia 3/2016, de 14 de julio, diferencia los tres supuestos:
- Se considera manifiestamente repetitiva cuando la solicitud de información coincida de forma patente con otra u otras presentadas anteriormente por el mismo solicitante y hubieran sido rechazadas por afectar a los límites de los artículos 14 o 15 de la ley o a alguna de las causas de inadmisión del artículo 18, o bien, hubiera sido admitida y la información aportada no hubiese experimentado cambio alguno; cuando el solicitante conociera de antemano el sentido de la resolución por habersele comunicado en un procedimiento anterior por el órgano informante; cuando coincidan con otras dirigidas al mismo órgano en periodos de tiempo inferiores a los plazos de tramitación legalmente previstos, y cuando fueran de respuesta imposible.
 - Se considera abusiva la solicitud cuando pueda entenderse incluida en el concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código Civil; cuando para ser atendida se requiera la paralización del resto de la gestión de los sujetos obligados a suministrar la información; cuando suponga un riesgo para los derechos de terceros, y cuando sea contraria a las normas, las costumbres y a la buena fe.
 - Se considera justificada con la finalidad de la ley cuando se fundamenta en el interés legítimo de someter a escrutinio la acción de los responsables públicos, conocer cómo se toman las decisiones públicas, conocer cómo se manejan los fondos públicos y conocer bajo qué criterios actúan las instituciones públicas.

A estas causas de inadmisión, algunos Parlamentos han añadido dos más:

- f) aquellas solicitudes que contengan expresiones ofensivas contra personas o contra instituciones, así como meros juicios de valor u opiniones (en el Congreso, el Senado, las Asambleas de Madrid y Murcia, las Cortes Valencianas, de Castilla y León y Castilla-La Mancha); y
- g) que afecten a una pluralidad de personas cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición, en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución (en las Cortes de Castilla-La Mancha y el Parlamento de Canarias).

6. Órgano competente para resolver

La competencia para la resolución de las solicitudes de acceso se atribuye al Secretario General/Letrado Mayor o a la Mesa de la Cámara. Así, en el Congreso de los Diputados, las Asambleas de Madrid y Murcia, los Parlamentos de Andalucía y La Rioja y las Cortes Valencianas y de Castilla-La Mancha, al Secretario General o Letrado Mayor. En el Senado, las Cortes de Aragón y de Castilla y León, el Parlamento de Canarias y la Junta General del Principado de Asturias, a la Mesa de la Cámara.

No obstante, si la información ya estuviera publicada o la resolución de la solicitud no ofrezca dudas, en el Congreso de los Diputados resolverá la Dirección de Comunicación de la Secretaría General; en la Asamblea de Madrid, la Asesoría Técnica dependiente de la Secretaría General; en el Senado y Cortes Valencianas, las unidades información de la Secretaría General con competencia en la materia; y en las Cortes de Castilla y León y el Parlamento de Canarias, la Oficina de información.

7. Plazo

El plazo del que dispone el órgano competente para resolver es de un mes, excepto en el Parlamento de Andalucía que prevé veinte días.

En cualquier caso, si el volumen o complejidad de la información solicitada lo requiere, el plazo es prorrogable por el mismo tiempo.

Trascurrido el plazo para resolver sin que se haya dictado resolución, la solicitud se entenderá denegada. La regla general del silencio negativo se quiebra en las Cortes de Aragón (donde se entiende de aplicación el artículo 31.2 de la ley autonómica de transparencia), en las Cortes Valencianas (de acuerdo con el artículo 11 de la Resolución de la Presidencia 3/IX), y en el Parlamento de Cataluña (de acuerdo con el artículo 214 del Reglamento), en los cuales el silencio tiene carácter estimatorio, salvo que: a) la denegación total o parcial de la información viniera expresamente impuesta en una ley, en los tres casos; b) la información solicitada pudiera entrar en conflicto evidente con otros derechos protegidos, en la Cámara valenciana; c) se diera alguno de los límites que el Reglamento u otras leyes establecen para acceder a la información pública, en Cataluña.

En todo caso, las resoluciones habrán de ser motivadas si deniegan el acceso, conceden el acceso parcial o a través de modalidad distinta a la solicitada y permiten el acceso cuando haya habido oposición de tercero.

8. Impugnación

Frente a las resoluciones del Secretario General/Letrado Mayor o de la Mesa de la Cámara cabe, con carácter previo a la vía contencioso-administrativa, reclamación potestativa ante la Mesa (así se establece expresamente en el Congreso, el Senado, Asambleas de Madrid y Murcia, Cortes Valencianas, de Castilla y León y Castilla-La Mancha, Parlamento de La Rioja y de Cantabria y Junta General del Principado de Asturias). Sin embargo, en el Parlamento de Canarias, el artículo 15 de sus Normas sobre transparencia y derecho de acceso, señala que frente a la resolución en materia de acceso a la información solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo. Por su parte, en el Parlamento de Cataluña, el artículo 215 de su Reglamento, atribuye la competencia para

resolver las reclamaciones contra las denegaciones del derecho de acceso a la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública del artículo 39 de la ley de transparencia autonómica.

VI. Parlamento Abierto

Aparte de los medios tradicionales de participación, como son el derecho de petición, iniciativa legislativa popular o los buzones de sugerencias, la cultura de la transparencia en los Parlamentos ha supuesto todo un abanico de posibilidades para acercar a la sociedad a los representantes políticos en un intento de combatir la desafección experimentada en estos últimos años y de involucrar a los ciudadanos en el manejo de asuntos públicos. Examinaremos, a continuación, los elementos más destacables y novedosos que conforman el concepto de Parlamento Abierto.

1. Audiencias ciudadanas

Con ellas se abre la posibilidad de que representantes de colectivos sociales interesados en materias que se encuentran en tramitación comparezcan ante las Cámaras para dar su opinión. Existen dos modelos de participación ciudadana en función de los sujetos legitimados para solicitarlas:

- a) modelo de solicitud ciudadana, en virtud del cual son los propios ciudadanos los que formulan propuestas de comparecencias, correspondiendo a los Grupos Parlamentarios la decisión sobre su sustanciación o no. Es el caso de las Cortes Valencianas, que las ha previsto en el artículo 182 bis del Reglamento y en la Resolución de Presidencia de carácter general 2/IX, por la que se regula la participación en el procedimiento legislativo. De acuerdo con esta Resolución, las propuestas de comparecencia por los interesados deberán presentarse en el Registro de la Cámara, serán trasladadas a los Grupos Parlamentarios a fin de que indiquen cuáles son las

comparecencias que estiman oportuno sustanciar, pudiendo cada Grupo proponer un máximo de tres comparecencias y teniendo preferencia las que alcancen un mayor grado de consenso. Las comparecencias no incluidas por esta vía se realizarán por escrito dirigido a la Comisión Especial de Participación Ciudadana.

- b) modelo de solicitud parlamentaria, en el que son los Diputados o los Grupos Parlamentarios los legitimados para proponer las audiencias. Los Reglamentos del Parlamento de Andalucía (artículo 112) y de las Cortes de Aragón (artículo 163) exigen que quienes comparezcan tengan la consideración de representantes de colectivos sociales, sean estos públicos o privados, afectados por el contenido del proyecto de ley, y solo con carácter excepcional podrán ser llamadas a comparecer personas a título individual. En la Cámara catalana (artículo 115) se prevé que el trámite de audiencia se sustancie preferentemente por vía presencial o por videoconferencia, mediante comparecencia, o por escrito o por vía electrónica si así lo determina la comisión.

Este tipo de audiencias, tanto las de un modelo como las del otro, han de ser diferenciadas de las comparecencias de personas competentes en la materia de que se trate para asesorar sobre la misma, previstas en la mayoría de los Reglamentos parlamentarios. Las audiencias tienen de novedoso que se centran en la participación de representantes de colectivos ciudadanos. Ciertamente es que, en ocasiones, no es fácil diferenciar unas y otras, dado que en los Parlamentos en los que no están previstas las audiencias, en la práctica, éstas se sustancian por el trámite tradicional de comparecencias de expertos. Así ocurre, por ejemplo, en la Junta General del Principado de Asturias cuyo artículo 67.1 f) del Reglamento posibilita la comparecencia de personas o colectivos expertos o interesados en asuntos que se estén tratando en la Cámara al objeto de prestar asesoramiento o informe, a propuesta de los Diputados que sean miembros de la Comisión en que se vayan a sustanciar. A este respecto hay que hacer notar el notable aumento de solicitudes de comparecencias de este tipo que se ha producido en

el Parlamento asturiano en la X Legislatura, tanto en la tramitación de iniciativas legislativas como en planes, programas, memorias e informes, que ha llevado a la adopción del Acuerdo de la Mesa de 5 de junio de 2017 en virtud del cual se han limitado a dos las sesiones de las Comisiones dedicadas a estas comparecencias, pudiéndose ampliar a tres, excepcionalmente, con la autorización de la Junta de Portavoces.

2. Preguntas de iniciativa popular

Las Cortes de Aragón (artículo 266 del Reglamento) y los Parlamentos de Canarias (artículo 174 del Reglamento) y Galicia (artículo 17 de la Ley 7/2015, de 7 de agosto, de iniciativa legislativa popular y participación ciudadana en el Parlamento de Galicia) han introducido la posibilidad de que cualquier ciudadano residente en el respectivo ámbito territorial pueda formular preguntas al Gobierno autonómico mediante su presentación en el Registro de la Cámara o a través de la página web. Las preguntas habrán de cumplir los requisitos que los Reglamentos exigen para las preguntas de formulación parlamentaria, y la Mesa de la Cámara, una vez calificadas y admitidas, ordenará su publicación en el Boletín correspondiente. Publicadas las preguntas, para su tramitación se exige que sean asumidas por un Diputado, quien deberá advertir de su origen popular en el momento de su formulación. Las propuestas de preguntas admitidas a trámite por la Mesa que no hayan sido asumidas por ningún Diputado se considerarán decaídas.

3. Propositiones no de ley de iniciativa ciudadana

Dentro de las formas de participación de los ciudadanos en el impulso de la acción del Gobierno, las Cortes de Aragón y el Parlamento de Galicia son las únicas Cámaras que permiten la presentación de Propositiones no de ley de iniciativa popular. En el artículo 270 del Reglamento de las Cortes de Aragón, las propuestas de propositiones no de ley de iniciativa ciudadana se encuentran sujetas a requisitos

similares a los de las preguntas de iniciativa ciudadana: el proponente puede ser cualquier persona física o jurídica residente en Aragón, se presentarán por escrito en el Registro o a través de la página web, la Mesa procederá a su calificación y admisión, para su tramitación deberán ser asumidas por un Grupo Parlamentario y en su formulación deberá hacerse constar la autoría de la iniciativa.

En la Ley 7/2015, de 7 de agosto, de iniciativa legislativa popular y participación ciudadana en el Parlamento de Galicia, el procedimiento para su presentación es el previsto en esa norma para la tramitación de las iniciativas legislativas populares, con las siguientes particularidades: a) podrán promover su presentación personas jurídicas que representen intereses sociales, o cualquier ciudadano con su firma y la de otros nueve; b) La Mesa se pronunciará sobre su admisibilidad, y rechazará motivadamente, pero sin recurso, las que considere improcedentes con arreglo al Reglamento del Parlamento; c) El número requerido de firmas de personas legitimadas para suscribirlas es de 2.500; d) cualquier Grupo Parlamentario podrá asumirlas y si son varios, quedarán asignadas al primero que lo solicite, y e) la Junta Electoral de Galicia será competente para establecer los requisitos necesarios para que el procedimiento de recogida de firmas pueda realizarse a través del sistema de firma electrónica.

4. Enmiendas de iniciativa ciudadana

Previstas como tales en los Reglamentos de las Cortes de Aragón (artículo 165) y Valencia (artículo 113 bis) y en el Parlamento de Andalucía (artículo 114 bis), permiten a los ciudadanos presentar propuestas de modificación de iniciativas legislativas. Para ser tramitadas como enmiendas se requiere también que sean asumidas por algún Grupo Parlamentario, que igualmente queda obligado a hacer constar la autoría de las mismas. En las Cortes de Aragón, pueden presentarse por cualquier persona física o jurídica residente en Aragón; en las Cortes Valencianas, por la ciudadanía valenciana, directamente o a través de las asociaciones

más representativas inscritas en el Registro de Asociaciones de la Comunitat Valenciana, así como los ayuntamientos; y en el Parlamento de Andalucía, los ciudadanos andaluces, a través de asociaciones representativas de sus intereses inscritas en el Registro de Asociaciones de la Junta de Andalucía. Además, en este último caso, se establecen las siguientes limitaciones: a) solo pueden ser enmiendas al articulado; b) no caben en el caso de materias excluidas de iniciativa legislativa popular por el artículo 3 de la Ley 5/1988, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, y c) no podrán ser de exclusivo interés personal de quien las formula o de cualquier otra persona singularizada.

5. Opiniones, propuestas, sugerencias y aportaciones on line

Todos los Parlamentos, con mayor o menor desarrollo, cuentan en sus páginas web con foros, plataformas, buzones, redes sociales o espacios de participación que permiten a los ciudadanos dejar constancia de sus opiniones, propuestas, aportaciones o sugerencias relativas a proyectos o proposiciones de ley en tramitación y establecer contacto con los Diputados y Grupos Parlamentarios. Así, el espacio «Legisla con nosotros» del Parlamento de Galicia, con el que se da cumplimiento al artículo 15 de la Ley 7/2015, de 7 de agosto, de iniciativa legislativa popular y participación ciudadana en el Parlamento de Galicia; «Escó 136» en la Cámara catalana que, de acuerdo con el artículo 224 de su Reglamento, permite también la presentación de informes y documentos relacionados con la materia, destacando la memoria de evaluación del impacto que los procesos participativos tienen sobre la actividad parlamentaria que, según el artículo 226, el Parlamento debe elaborar una vez finalizada la tramitación y publicar en el Portal de la Transparencia; la «Plataforma de participación ciudadana» del Parlamento de Canarias, prevista en el artículo 174 de su Reglamento; las secciones «Parlamento abierto» de La Rioja, Cantabria o Navarra; o las tres herramientas que el Parlamento vasco dedicada a la participación ciudadana: «Parte Hartu», que permite establecer un diálogo directo

con los Grupos Parlamentarios, planteando cuestiones clasificadas por temáticas, «ADI!», donde se mantienen debates sobre temas de actualidad y sobre los proyectos y proposiciones de ley, pudiendo los participantes votar positiva o negativamente los comentarios e ideas, y publicándose, al finalizar el debate, un documento con las iniciativas y comentarios más respaldados, que será remitido a todos los Grupos Parlamentarios, y «ADI! Bakea», espacio específico dirigido a recoger las aportaciones y el sentir de la ciudadanía vasca en torno a la construcción de la paz y la convivencia.

Como iniciativa destacable en el ámbito de la participación, encontramos el «Consejo Extremeño de Ciudadanos» creado en el seno del Parlamento de Extremadura, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, y cuyo desarrollo reglamentario se llevará a cabo por la Mesa de la Cámara (artículo 271 del Reglamento). Se trata de un foro de consulta para el ejercicio de la participación ciudadana en cuya puesta en marcha se encuentra trabajando, desde finales de 2015, un grupo de expertos compuesto por representantes de distintos ámbitos y organizaciones de la sociedad civil extremeña. De acuerdo con la Ley de Gobierno Abierto, el Consejo incentivará y promoverá debates sobre cuestiones de actualidad e interés general, formulará propuestas ante las instituciones y autoridades públicas de la Comunidad Autónoma, velará por el respeto de la capacidad de iniciativa ciudadana en los distintos sectores de la acción pública y realizará el seguimiento de las distintas propuestas o sugerencias ciudadanas que se le formulen. El Consejo estará formado por todos los colectivos y ciudadanos que deseen formar parte del mismo y se inscriban, a tal efecto, en el Registro de Participación y Colaboración Ciudadanas. Anualmente, elevará a la Mesa de la Asamblea, para que esta lo dé a conocer públicamente y sea debatido en Pleno, un informe acerca del grado de satisfacción de la ciudadanía con el cumplimiento de los principios de participación ciudadana por parte de las instituciones que integran el sector público, estableciendo propuestas o sugerencias de mejora en dicho campo.

6. Denuncias anónimas

La probabilidad de uso indebido que conlleva el anonimato, hacen que los Parlamentos se hayan mostrado reacios a la implantación de canales de denuncia anónima, con la excepción de la Asamblea de Madrid y el Parlamento de Cantabria que, por otra parte, lo han implantado siguiendo modelos muy diferentes. En el Parlamento de Cantabria simplemente se requiere cumplimentar un formulario disponible en su página web, en el que ningún campo es obligatorio, que será contestado «a la mayor brevedad posible». Sin embargo, la Asamblea de Madrid impone ciertas exigencias: a) el objeto de la denuncia habrá de ser una irregularidad, incumplimiento o comportamiento contrario a las normas que rigen la Cámara regional relacionado con: incompatibilidades o conflictos de intereses, asuntos correspondientes a contrataciones públicas o convenios, apropiación indebida, malversación y desvío de recursos, aspectos económicos o contables, o seguridad de la información institucional; b) todas las denuncias requieren de soporte probatorio; c) serán recibidas por la Asesoría Jurídica de la Asamblea que, tras efectuar la valoración técnico-jurídica, puede optar por inadmitir aquellas que no se ajusten a la tipología antes referida, impulsar la investigación o archivar aquellas que no sean competencia de la Asamblea o carezcan por completo de fundamento, las que estén incompletas, las injuriosas y difamatorias, así como las que no guarden la consideración debida hacia cualquier persona.

Como anécdota, en la Junta General del Principado de Asturias, con éxito más que escaso, se abrió durante un mes un canal de denuncias anónimas limitado a comunicaciones relacionadas con asuntos de la Comisión de Investigación sobre las listas de espera en la sanidad asturiana, que no tuvo trascendencia alguna y cuyas comunicaciones fueron desechadas por la Comisión, que apenas entró en su valoración.

7. Códigos de conducta

La adaptación de los Parlamentos a la cultura de la transparencia también requiere la existencia Códigos de conducta aplicables a los

miembros de las Cámaras que impongan la necesidad de que éstos se guíen en sus actuaciones por una serie de valores éticos, convirtiendo así en auténticas normas jurídicas de carácter vinculante principios que antes eran meras declaraciones de intenciones.

El Informe correspondiente a la Cuarta Ronda de Evaluación del GRECO (Grupo de Estados Contra la Corrupción), iniciada el 1 de Enero de 2012, sobre la «prevención de la corrupción respecto a parlamentarios, jueces y fiscales» puso de manifiesto la necesidad de elaborar un Código de conducta uniforme para los miembros de las Cortes Generales en el entendido de que su existencia supondría un claro valor añadido tanto para los propios parlamentarios como para la imagen que los ciudadanos tienen de ellos y una demostración del compromiso del Parlamento con la integridad. Por ello, el Informe recomendaba la elaboración y aprobación de un Código de conducta con la participación de los miembros de las Cámaras, de fácil acceso para los ciudadanos y que se complementase con medidas *ad hoc* para su puesta en práctica, incluso a través de una fuente institucional de asesoramiento confidencial que proporcionase a los parlamentarios orientación y asesoramiento sobre cuestiones éticas y posibles conflictos de intereses, así como con actividades formativas especializadas. Sin embargo, en el Informe de Cumplimiento del GRECO publicado a finales del 2016 se señalaba que España seguía sin cumplir, entre otras, esta recomendación.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y las leyes autonómicas de transparencia recogen pautas de conducta y principios de buen gobierno, pero lo cierto es que, en el ámbito parlamentario, ni las Cortes Generales ni la mayor parte de Cámaras autonómicas cuentan todavía con un Código ético. En tal sentido, señala Mayor Gómez que las Asambleas «no pueden ser islotes ajenos a la implantación de los Códigos éticos (...), sino que deberían liderar este proceso con firmeza y determinación». Añade, «En un momento como el presente, los cargos electos deben ser conscientes de que su forma de actuar en el ejercicio

de su actividad parlamentaria tiene que ser un espejo de plenitud y conciencia ética, en la medida que será observada por la sociedad».

A tal fin, a principios de 2018, la Mesa del Congreso de los Diputados acordó remitir a la Comisión del Estatuto del Diputado el encargo de redactar un Código de conductas éticas y sobre posibles conflictos de intereses que no formaría parte del Reglamento. Entre las propuestas formuladas por los Grupos Parlamentarios, y que serán objeto de estudio y debate en el seno de la Comisión, se encuentran: el refuerzo de mecanismos de control y, en su caso, de sanción de conductas; la revisión del régimen de dedicación exclusiva; la comprobación de la veracidad de lo declarado sobre actividades privadas y datos académicos; el asesoramiento previo a los Diputados, o la incorporación, a parte de las declaraciones de bienes, intereses y actividades, de nueva información detallada sobre el valor de mercado de sus propiedades y vehículos, las empresas en las que tienen acciones o participaciones, el tipo de interés que pagan por los créditos obtenidos de instituciones financieras, e información sobre regalos, viajes y actividades complementarias.

Igualmente, la Mesa del Senado ha creado un Grupo de Trabajo encargado de redactar un Código de conducta a la vista de las recomendaciones del informe del GRECO.

En cualquier caso, a pesar de los pasos que se están dando en esta línea y de las repetidas afirmaciones sobre su necesidad para mejorar la confianza ciudadana en la institución parlamentaria, la realidad es que por el momento solo tres Cámaras autonómicas cuentan con Códigos éticos propiamente dichos: el Parlamento de Cataluña, aprobado por la Mesa, en sesión celebrada el día 28 de julio de 2016, en desarrollo del mandato del artículo 15 del Reglamento; el Parlamento de Canarias, aprobado por Resolución de la Mesa de 17 de enero de 2017; y el Parlamento de La Rioja, que cuenta con unas «Normas sobre Código ético institucional y buenas prácticas parlamentarias» aprobadas también por su Mesa. En las páginas web de otras Cámaras, bajo el título de Código ético, lo que se vuelcan son, o bien los artículos del propio Reglamento relativos a los deberes de los Diputados, o bien

los principios de buen gobierno de la ley estatal de transparencia o, en su caso, la ley autonómica de transparencia. Supuesto diferente es el de la Asamblea de Extremadura, cuyo Reglamento, en el artículo 34, impone expresamente la obligación de que los Diputados cumplan los principios éticos y de actuación y los deberes relativos a las declaraciones de actividades, bienes, derechos e intereses que se recogen en la Ley de Gobierno Abierto de Extremadura. Además, se dice que el incumplimiento de los mismos podrá conllevar la privación de alguno o de todos los derechos que le concede el Reglamento.

En cuanto al contenido de los Códigos, éstos cuentan con lo que podemos denominar pautas de comportamiento o de conducta, como son la exigencia de imparcialidad, integridad, dedicación, transparencia, trato respetuoso, gestión austera, honestidad, honorabilidad y conducta digna, ejemplar, constructiva, cordial y dialogante.

Se regulan, asimismo, cuestiones relativas a conflictos de intereses de los parlamentarios. Según el artículo 2 del Código de conducta del Parlamento canario, «Existirá conflicto de intereses cuando un diputado o diputada del Parlamento de Canarias tenga un interés personal directo o indirecto en un asunto que pueda influir de manera inadecuada en el cumplimiento de sus deberes como miembro de la Cámara. No existirá conflicto de intereses cuando el provecho personal que obtenga un diputado o diputada por su actuación beneficie al conjunto de la población, o a un amplio sector de la misma. Todo miembro de la Cámara que crea encontrarse ante un conflicto de intereses adoptará de inmediato las medidas necesarias para resolverlo de conformidad con los principios y disposiciones del presente Código de conducta. Si estima que no puede resolverlo por sus propios medios, deberá notificar esta circunstancia de forma inmediata a la Mesa mediante escrito motivado. En caso de duda sobre la existencia o el alcance de un conflicto de intereses, el diputado o diputada podrá dirigirse a la Mesa, que resolverá lo que proceda, pudiendo solicitar ésta, si lo estima oportuno, dictamen motivado a la Comisión del Estatuto de los Diputados y de Peticiones». El artículo 16 del Código de conducta

del Parlamento de Cataluña también prevé que el Diputado pueda, mediante la Mesa del Parlamento, pedir un informe a la Comisión del Estatuto de los Diputados si considera que puede incurrir en una situación de conflicto de intereses.

Los Códigos se ocupan igualmente de los regalos u obsequios que los miembros de las Cámaras puedan recibir, pudiendo aceptarlos solo en caso de que se trate de obsequios de cortesía cuyo valor estimado no supere ciertos límites (150 euros en el Parlamento de Cataluña y en el de La Rioja y 99 euros en el de Canarias). Si superasen esa cantidad deberán entregarlos al Parlamento, que los registrará y publicará en el Portal de la Transparencia.

Finalmente, los Códigos catalán y canario exigen la publicidad de las agendas de sus miembros a través de los Portales de Transparencia y prevén un régimen sancionador para el caso de incumplimiento de obligaciones impuestas por los mismos.

VII. Grupos de interés

Otro elemento que se puede incluir en la nueva cultura de la transparencia es el referido a la regulación y control al que se debe someter a los grupos de interés que actúan en los Parlamentos.

Señala Duverger que, a diferencia de los partidos políticos, que buscan conquistar el poder, los grupos de presión, no participan directamente en la conquista del poder y en su ejercicio, sino que actúan sobre el poder, pero permanentemente fuera de él, es decir, haciendo presión sobre él. Tratan de influenciar a los hombres que detentan el poder, pero no buscan entregar el poder a sus hombres.

Los grupos de interés se han asociado tradicionalmente a grandes multinacionales guiadas por intereses económicos que acuden a todo tipo de métodos de actuación para alcanzar sus objetivos, como el soborno, la coacción o la amenaza. Sin embargo, lejos de esta visión, los grupos de interés desempeñan hoy una importante función de intermediación entre ciudadanos y representantes políticos, llevando

a las instituciones preocupaciones sociales de carácter laboral, humanitario, cultural, medioambiental, etc. Constituyen, además, una vía para la obtención de información especializada y asesoramiento en sectores que pueden resultar ajenos a los miembros de las Cámaras. Al mismo tiempo juegan un importante papel en la formación de la opinión pública y, por ello, son igualmente un instrumento de politización y movilización social.

Precisamente por la influencia que pueden ejercer sobre los parlamentarios, se requiere que estén sometidos a ciertas reglas que garanticen la transparencia de su actividad y eviten negociaciones prohibidas, tráfico de influencias y otras actividades fraudulentas. Así pues, la regulación de los grupos de interés pretende determinar cómo y en qué condiciones se ha de llevar a cabo el acceso de los mismos a los miembros del Parlamento, de manera que la interacción de la sociedad civil con el poder Legislativo se produzca dentro de un marco jurídico seguro para unos y otros. No sólo se posibilita el contacto directo de los agentes sociales con los legisladores a los efectos de trasladar sus propuestas y opiniones, obtener información, defender sus intereses o solicitar cambios en la normativa que les afecte, sino que también supone un elemento de control con el que se trata de reducir la opacidad y eliminar cualquier tipo de actuación irregular de los representantes de la soberanía.

Este control ya se realizaba en EEUU desde 1946, donde la actividad de los *lobbys* en el Congreso está totalmente normalizada. En Europa, solo en tiempos recientes se ha empezado a asumir la necesidad de su regulación. De hecho, la Unión Europea cuenta desde 2011 con un Registro de grupos de interés, único para el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, regulado por un acuerdo institucional entre ambos. Por lo que se refiere a España, en el Informe de la Cuarta Ronda de Evaluación del GRECO también se recomendaba la introducción de reglas sobre cómo los miembros del Parlamento tratan a los grupos de presión y otras terceras partes que intentan influir en el proceso legislativo. Pero al igual que en el caso de los Códigos de

conducta, en el Informe de Evaluación de Cumplimiento de 2016 se puso de relieve que la medida no se había implementado.

Ha habido varios intentos de regular la labor de los grupos de interés en las Cortes Generales, como la Proposición de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados para la creación del Registro de los grupos de interés o lobbies, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Democràcia i Llibertat), tomada en consideración por el Pleno de la Cámara en abril de 2016 pero caducada con el fin de la XI Legislatura y la Proposición de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados para la regulación de los grupos de interés del Grupo Parlamentario Popular, también tomada en consideración por el Pleno, en marzo de 2017, y actualmente en tramitación en la Comisión de Reglamento.

Tampoco los Reglamentos autonómicos los incluyen, con la excepción del Reglamento de Cataluña, que dedica su Capítulo III del Título VI al Registro de grupos de interés, desarrollado por el Acuerdo de la Mesa del Parlament de 24 de enero de 2017. El Registro es accesible desde la página web del Parlament, donde, además, el ciudadano puede consultar el listado de grupos inscritos y los encuentros con los Diputados que consten en la agenda de cada parlamentario.

Existen tres leyes autonómicas de transparencia que han incorporado a los grupos de interés al objeto de reglamentar su actuación en el ámbito de la Administración, que son la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla La Mancha, así como el Decreto 8/2018, de 20 de febrero, por el que se crea y regula el Registro de grupos de interés de Castilla-La Mancha; la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, y el Decreto-ley 1/2017, de 14 de febrero, por el que se crea y se regula el Registro de grupos de interés de Cataluña; y la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón. En la Comunidad de Madrid, está previsto su régimen en el Proyecto de Ley de Gobierno Abierto,

Participación Ciudadana y Transparencia. En el Principado de Asturias, la ponencia de la Junta General que está estudiando el Proyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno ha previsto también su inclusión, si bien su desarrollo se llevará a cabo por vía reglamentaria.

Del conjunto de la normativa referida, vigente o en tramitación, se extrae lo siguiente:

- a) Se entiende por grupo de interés las personas físicas o jurídicas y las organizaciones, cualquiera que sea su forma o estatuto legal, que se dedican profesionalmente, como todo o parte de su actividad, a influir directa o indirectamente en los procesos de elaboración de las políticas o disposiciones normativas, en la aplicación de las mismas o en la toma de decisiones de la Administración, sus organismos y entes públicos. Se incluyen igualmente las plataformas, redes u otras formas de actividad colectiva que, a pesar de no tener personalidad jurídica, constituyan fuentes de influencia organizada. Además, la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón establece un listado, a título de ejemplo, de lo que se considera *Lobista*: las personas que desarrollen profesionalmente la actividad de *lobby*, tales como los consultores de relaciones públicas, representantes de organizaciones no gubernamentales, corporaciones, empresas, asociaciones industriales o de profesionales, colegios profesionales, sindicatos, organizaciones empresariales, talleres o grupos de ideas, despachos de abogados, medios de comunicación, organizaciones religiosas u organizaciones académicas.
- b) El acceso de los grupos de interés a los parlamentarios y al personal adscrito a los Grupos Parlamentarios queda condicionado a su inscripción en el correspondiente Registro, que tiene carácter público. En él deben figurar también las actividades realizadas por los grupos de interés en las Cámaras, como son los encuentros con Diputados y personal del Parlamento, información sobre actos a los que se invite a los Diputados, comparecencias y aportaciones hechas sobre iniciativas legislativas.

- c) La inscripción en el Registro conlleva la asunción de un conjunto de normas de conducta cuyo incumplimiento supone la imposición de una sanción que, en función de la gravedad de la infracción, podrá consistir en una amonestación, la declaración de incumplimiento y su publicación, la cancelación o suspensión de la inscripción y prohibición de acceso a la Cámara durante un tiempo determinado, llegando incluso a multas de hasta 12.000 euros.
- d) Por último, entre las propuestas existentes sobre la regulación de los grupos de interés (al menos en el Congreso de los Diputados para la propia Cámara y en la Junta General del Principado de Asturias para la Administración) se incluye la incorporación de la «huella legislativa» consistente en dejar constancia en el expediente de la ley de la participación o influencia que durante la tramitación hayan podido tener grupos de interés, de forma que todos los cambios de la ley introducidos durante su elaboración, así como las distintas versiones de la misma y documentos que hayan propiciado las modificaciones, queden reflejados en el expediente. Con ello se trata de garantizar la transparencia del procedimiento legislativo y permitir saber si se ha producido una influencia desproporcionada de algunos intereses sobre las decisiones políticas.

VIII. Bibliografía

- Alonso Timón, A. J.: «La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, 2016, pp. 77-102.
- García-Escudero Márquez, P.: «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana», *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 171-216.
- Llop Ribalta, M. D.: «Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en los Parlamentos», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 4, 2012, pp. 66-158.

- Martínez Santa María, P.: «El principio de la transparencia en el Parlamento», en Cosculluela Martínez, B. (coord.), *Bicentenario de la Secretaría y del Cuerpo de Letrados de las Cortes 1811-2011*. Madrid, Congreso de los Diputados, 2011, pp. 257-278.
- Mayor Gómez, R.: «Los Códigos éticos o Códigos de conducta en los Parlamentos o Asambleas Legislativas: la necesidad de su implementación», en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 18, Cortes de Castilla-La Mancha, 2017, pp. 125-126.
- Navarro Méndez, J. I.: «Los parlamentos en tiempos de pérdida de legitimidad: las tic como fundamento de un cambio de paradigma», en Tudela Aranda, J. (ed.), *Los parlamentos autonómicos en tiempos de crisis*, Colección actas 9. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado autonómico, Zaragoza, 2015.
- Perea Florencio, V.: «La legislación de transparencia y los parlamentos», en Pau i Vall, F. (coord.), *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación de Letrados de Parlamentos*. Madrid, Tecnos, 2015, pp. 33-66.
- Sarmiento Méndez, X. A.: «La información y transparencia en los parlamentos españoles», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 28, 2015, pp. 105-131.
- Sarmiento Méndez, X. A.: «¿Transparentan bien la información los parlamentos?: ideas sobre la calidad de los legislativos en el siglo XXI», en Pau i Vall, F. (coord.), *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación de Letrados de Parlamentos*. Madrid, Tecnos, 2015, pp. 19-34.

Los órganos parlamentarios auxiliares en materia de transparencia y acceso a la información pública en el sistema constitucional español

FRANCISCO MANUEL GARCÍA COSTA

Profesor Titular de Derecho constitucional.

Universidad de Murcia.

Resumen

En este trabajo se analizan los órganos parlamentarios auxiliares en materia de transparencia y acceso a la información pública: el Comisionado o Comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias; el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha; el Comisionado de Transparencia y la Comisión de Transparencia de Castilla y León; y el Comisionado de Transparencia y la Comisión de Transparencia de Galicia. En primer lugar, se estudiará el lugar de estos órganos parlamentarios en el entramado de órganos garantes de la transparencia y del derecho de acceso en el sistema constitucional español. Seguidamente, se examinarán tanto los diferentes modelos de este nuevo tipo de órganos parlamentarios como las causas involucradas en su aparición. Por último, se analizará la estructura, composición, funcionamiento y funciones de cada uno de los órganos parlamentarios auxiliares en estudio.

Palabras clave: Derecho Parlamentario, órgano auxiliar, transparencia, derecho de acceso, funciones parlamentarias no tradicionales.

Resum

En aquest treball s'analitzen els òrgans parlamentaris auxiliars en matèria de transparència i accés a la informació pública: el Comissionat o Comisionada de Transparència i Accés a la Informació Pública de Canàries; el Consell Regional de Transparència i Bon Govern de Castella-la Manxa; el Comissionat de Transparència i la Comissió de Transparència de Castella i Lleó, i el Comissionat de Transparència i la Comissió de Transparència de Galícia. En primer lloc, s'estudiarà el lloc d'aquests òrgans parlamentaris en l'entramat d'òrgans garants de la transparència i del dret d'accés en el sistema constitucional espanyol. A continuació, s'examinaran tant els diferents models d'aquest nou tipus d'òrgans parlamentaris com les causes involucrades en la seua aparició. Finalment, s'analitzarà l'estructura, la composició, el funcionament i les funcions de cadascun dels òrgans parlamentaris auxiliars en estudi.

Paraules clau: Dret parlamentari, òrgan auxiliar, transparència, dret d'accés, funcions parlamentàries no tradicionals.

Abstract

This paper analyses the supporting parliamentary bodies on transparency and access to public information (Commissioners and Commissions of Transparency): the *Comisionado or Comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias*; the *Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha*; the *Comisionado de Transparencia* and the *Comisión de Transparencia de Castilla y León*; and the *Comisionado de Transparencia* and the *Comisión de Transparencia de Galicia*. Firstly, the place of these parliamentary bodies will be studied in the framework of bodies that guarantee transparency and the right of access in the Spanish constitutional system. Next, we will analyse both different models of this new type of parliamentary bodies and the causes involved in their emergence. Finally, an examination will take place of the structure, composition, functioning and responsibilities of each one of these supporting parliamentary bodies.

Key Words: Parliamentary Law, Supporting body, Transparency, Right of access, Non-traditional parliamentary functions.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Los órganos de garantía de la transparencia.
en el sistema constitucional español.
- III. Los órganos parlamentarios auxiliares en materia de
transparencia y acceso a la información pública.
 1. ¿Un nuevo tipo de órgano de órgano auxiliar? Los
modelos de órganos parlamentarios auxiliares en materia
de transparencia y acceso a la información pública.
 2. La garantía de la transparencia de la actividad pública y del
derecho de acceso a la información como función parlamentaria
«no tradicional» precisada de su tutela por un órgano específico.
- IV. El Comisionado o Comisionada de Transparencia y
Acceso a la Información Pública de Canarias.
 1. Regulación y naturaleza jurídica.
 2. Elección, cese e incompatibilidades.
 3. Funciones.
 4. Informe.
- V. El Consejo Regional de Transparencia y Buen
Gobierno de Castilla-La Mancha.
 1. Regulación y naturaleza jurídica.
 2. Estructura.
 3. Elección, cese e incompatibilidades.
 4. Funciones.
 5. Informe.
- VI. El Comisionado de Transparencia y la Comisión
de Transparencia de Castilla y León.
 1. Regulación y estructura.
 2. Funciones.
- VII. El Comisionado de Transparencia y la Comisión
de Transparencia de Galicia.
 1. Regulación y estructura.
 2. Funciones.
- VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En los Derechos parlamentarios autonómicos de Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Galicia existen una serie de *órganos* auxiliares del Parlamento que, con diversas denominaciones («Comisionado o Comisionada», «Consejo Regional», «Comisión»), se encargan de garantizar el derecho de acceso a la información y de tutelar la transparencia de la actividad pública. En lugar de autoridades administrativas -independientes o tendencialmente independientes-, es a este nuevo tipo de órgano parlamentario auxiliar al que se le encomiendan las funciones de velar por la transparencia y de tutelar el derecho de acceso a la información pública, en la inteligencia de que este modelo de órganos, al depender del Parlamento, tiene asegurado, por definición, una plena autonomía orgánica, funcional, personal, presupuestaria y administrativa con respecto al complejo Gobierno-Administración pública, que es el sujeto pasivo primordial del derecho de acceso a la información pública.

En este trabajo analizaremos, de entrada, el lugar de los Comisionados, de los Consejos y de las Comisiones parlamentarias de la Transparencia en el entramado de órganos garantes del derecho de acceso y de la transparencia en el sistema constitucional español para, a continuación, examinar dos cuestiones generales de este nuevo tipo de órgano parlamentario auxiliar: sus modelos y su emergencia vinculada a la aparición de la tutela del derecho de acceso y de la transparencia como una de las «otras» funciones parlamentarias «no tradicionales». Una vez estudiadas estas cuestiones generales, necesarias para abordar con suficientes garantías de éxito el examen concreto del Comisionado o Comisionada de Transparencia de Canarias, de los Comisionados y Comisiones de Transparencia de Galicia y de Castilla y León y del Consejo de la Transparencia de Castilla-La Mancha, nos centraremos en el análisis de estas *últimas* instituciones.

II. Los órganos de garantía de la transparencia en el sistema constitucional español

Las legislaciones reguladoras del derecho de acceso a la información pública y de la garantía de la transparencia de la mayor parte de los Estados que consagran estos derechos prevén que estos sean tutelados, como así sucede también en relación con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, mediante la existencia de organismos independientes de control que se configuran, consecuentemente, como garantía específica de estos derechos, la cual opera adicionalmente a las que con carácter general se prevén para asegurar la eficacia del resto de derechos fundamentales.

Consiguientemente, cabe afirmar que el derecho de acceso a la información pública y la protección de la transparencia de la actividad pública gozan de garantías específicas y adicionales a las que presentan el resto de derechos constitucionales, sean o no fundamentales, merced a la existencia de organismos específicos de control, los cuales se configuran bien como autoridades administrativas independientes, bien como órganos parlamentarios auxiliares.¹

En coherencia con estos planteamientos, en el sistema constitucional español el derecho de acceso a la información pública y la transparencia aparecen, efectivamente, protegidos por órganos *ad hoc* encargados específicamente de su salvaguardia y, en este sentido, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LT) prevé en su Título III la existencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG) como autoridad administrativa independiente cuya finalidad es salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública

¹ Debemos recordar que el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 18 de junio de 2009 prevé en su artículo 8 la existencia de una «autoridad independiente e imparcial» ante la que se sustancien las reclamaciones en materia de derecho de acceso. Su tenor literal es el siguiente: «Artículo 8 - Procedimiento de reclamación 1) Un solicitante que pida un documento oficial y cuyo acceso le ha sido denegado expresamente o implícitamente, parcialmente o por completo, tendrá acceso a un procedimiento de reclamación antes de la apelación ante un tribunal u otra institución independiente e imparcial establecida por la ley».

mediante la resolución de la correspondiente reclamación que, con carácter potestativo y previa a su impugnación en vía contencioso-administrativa, pueda interponerse contra toda resolución expresa o presunta en materia de acceso. Junto con este primer cometido de defensa del derecho de acceso, el CTBG tiene encomendadas por su ley de creación otras tres funciones: la promoción de la transparencia de la actividad pública, el aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y la garantía de la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

Asimismo, y como consecuencia del modelo de distribución territorial de poder consagrado por la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, el CTBG no es el único órgano encargado específicamente de la tutela del derecho de acceso y la protección de la transparencia de la actividad pública, dado que la resolución de las reclamaciones en materia de acceso en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, corresponde al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas (art. 24.6 y D.A. 4ª de la LT). No obstante ello, también prevé la LT que esta competencia en materia de resolución de las reclamaciones en materia de acceso no la ejerzan organismos autonómicos, sino el propio CTBG, al que las Comunidades Autónomas podrán atribuir la competencia en estudio mediante la celebración del correspondiente convenio con la Administración General del Estado en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de la asunción de competencias por parte del CTBG.

De entrada, debemos señalar que las legislaciones autonómicas de La Rioja, Asturias, Cantabria, Madrid y Extremadura –e, incluso, la de Castilla-La Mancha–² han hecho uso de la previsión contenida

² El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha firmado convenios para la resolución de reclamaciones en materia de derecho de acceso con Castilla-La Mancha, el Principado de Asturias, Cantabria, Extremadura, Madrid y La Rioja. Si bien esta última Comunidad Autónoma ha aprobado la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja (BOR n.º 115, de 17/09/2014), en la misma no se contempla que la garantía del derecho

en el segundo inciso de la D.T 4ª de la LT, de forma que, en lugar de haber creado sus propios organismos autonómicos, han suscrito los respectivos convenios con el CTBG para la resolución de reclamaciones en materia de derecho de acceso. Consiguientemente, las legislaciones autonómicas que han creado organismos específicos de tutela del derecho de acceso son las siguientes:

- Andalucía. La Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (BOJA n.º 124, de 30/06/2014) regula en los artículos 43 a 49 el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, cuyo régimen jurídico se desarrolla en el Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (BOJA n.º 193, de 02/10/2015). Se configura, ex art. 43.1 de su Ley como «autoridad independiente de control en materia de protección de datos y de transparencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía».
- Aragón. El Consejo de Transparencia de Aragón se disciplina en el artículo 37 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón (BOA n.º 68, de 10/04/2015) que lo configura «como órgano destinado a promover la transparencia de la actividad pública en la Comunidad Autónoma, velando por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública» (art. 37.1). La regulación del artículo 37 aparece desarrollada por el Decreto 32/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de

de acceso a la información pública se encomiende a ningún organismo autonómico *ad hoc*. El Principado de Asturias, Cantabria, Extremadura y Madrid no han aprobado sus correspondientes leyes en materia de transparencia de la actividad pública. Supuesto singular es el de Castilla-La Mancha pues, como comentamos en el texto principal, su Derecho parlamentario autonómico ha previsto tanto la existencia del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, que aparece regulado en los arts. 61 ss de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, como la suspensión de su efectiva constitución. Vid, al respecto, el punto 5.1 de este trabajo.

- Organización y de Funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón (BOA nº62, de 01/04/2016).
- Canarias. La Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y Acceso a la Información Pública (BOIC nº5, de 9 de enero de 2015) regula en sus artículos 58 a 65 el régimen jurídico del Comisionado o Comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública que se configura como «órgano de fomento, análisis, control y protección de la transparencia pública y del derecho de acceso a la información pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias» (art.58) cuya organización y funcionamiento «se regirá por el reglamento aprobado por la Mesa del Parlamento, a propuesta del mismo» (art. 62).
 - Castilla-La Mancha. El Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno aparece regulado en los arts. 61 a 66 de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (DOCM nº252, de 20/12/2016) y se configura «como órgano adscrito a las Cortes de Castilla-La Mancha, con plena capacidad, autonomía e independencia, para garantizar los derechos de acceso a la información pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizar y promover la observancia de las disposiciones de buen gobierno en el ámbito de aplicación de esta ley o de aquellas otras que le puedan atribuir competencias» (art. 61.1).
 - Castilla y León. La Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León (BOCYL n.º 49, de 12/03/2015) crea las figuras del Comisionado de Transparencia (art. 11) y de la Comisión de Transparencia, la cual se encarga de resolver las reclamaciones en materia de derecho de acceso. La Comisión de Transparencia se configura «como órgano colegiado adscrito al Procurador del Común» (art. 12).
 - Cataluña. La Ley 19/2014, de 28 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (DOGC nº 6780, de 31/12/2014) crea en su art. 39 la Comisión de Garantía del

Derecho de Acceso a la Administración Pública, órgano encargado de velar por el cumplimiento y las garantías del derecho de acceso a la información pública (art. 39). Su régimen jurídico se desarrolla en el Decreto 111/2017, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (DOCG n.º 7446 de 20/07/2017).

- Galicia. La Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno crea las figuras del Comisionado de Transparencia (art. 32) y de la Comisión de Transparencia (art. 33), la cual se encarga de resolver las reclamaciones en materia de derecho de acceso (art. 28; art. 33.3). La Comisión de Transparencia se configura «órgano colegiado independiente adscrito al Valedor del Pueblo» (art. 33.1).
- Islas Baleares. La garantía del derecho de acceso a la información pública se encomienda a la Comisión para la resolución de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública de las Islas Baleares, la cual se regula por el Decreto 24/2016 de 29 de abril, de creación y de atribución de competencias a la Comisión para la resolución de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública (BOIB, n.º 054, de 30/04/2016).
- Región de Murcia. Los artículos 22, 28 y 38 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM nº 116, de 20/05/2014) regulan el Consejo de Transparencia de la Región de Murcia «como órgano independiente de control» que velará por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizará el derecho de acceso a la información pública (art. 38.1).
- Comunidad Foral de Navarra. El Consejo de Transparencia de Navarra se regula en los artículos 71 ss. de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto (BON n.º 125, de 28/06/2012), modificada por la Ley Foral 5/2016, de 28 de abril, de modificación de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto (BON nº 88, de 09/05/2016). Dichos preceptos configuran a esta autoridad

administrativa como órgano independiente de control en materia de transparencia en la Comunidad Foral de Navarra, que velará por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizará el derecho de acceso a la información pública (art. 71.1). El estatuto jurídico de esta autoridad se desarrolla por el Acuerdo de 26 de junio de 2017, del Consejo de Transparencia de Navarra, por el que se aprueban las normas de organización y funcionamiento del Consejo de Transparencia de Navarra.

- País Vasco. La Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública se regula por el Decreto 128/2016, de 13 de septiembre, de la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública (BOPV n.º 177, 16/09/2016) que la concibe «como órgano colegiado de carácter independiente» encargado de la tutela del derecho de acceso a la información pública.
- Comunidad Valenciana. El Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Valencia se regula en los arts. 39 a 42 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación ciudadana de la Comunidad valenciana (DOCV n.º 7500, de 08/04/2015), modificado por la Ley 2/2016, 4 marzo, de modificación de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana que se concibe como autoridad administrativa encargada de garantizar los derechos de acceso a la información, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad y garantizar y promover la observancia de las disposiciones de buen gobierno (art. 39). El régimen jurídico de esta autoridad administrativa se desarrolla en el Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

En atención a la descripción de las normativas autonómicas que regulan los organismos de control del derecho de acceso, podemos concluir que las legislaciones de Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León y Galicia conciben estos organismos como comisionados

parlamentarios, es decir, como órganos auxiliares de los respectivos Parlamentos: el Comisionado o Comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias, el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, el Comisionado de Transparencia y la Comisión de Transparencia de Castilla y León, y el Comisionado de Transparencia y la Comisión de Transparencia de Galicia. Sigue así el legislador autonómico de estos territorios el modelo acogido, entre otros, por el Derecho de la Unión Europea, en el que el Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento europeo confía la garantía no jurisdiccional del derecho de acceso a la información pública al Defensor del Pueblo Europeo.³

Por contra, las legislaciones autonómicas de Andalucía, Aragón, Cataluña, Islas Baleares, Murcia, Navarra, País Vasco y Valencia, atribuyen la garantía del derecho de acceso a la información pública y la garantía de la transparencia a autoridades administrativas, bien independientes, bien tendencialmente independientes, en la línea del CTBG y en la de otros ordenamientos jurídicos extranjeros: así, el francés, con la *Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA)⁴

³ Así, el considerando 13 del Reglamento establece que con objeto de garantizar el pleno respeto del derecho de acceso, debe aplicarse un procedimiento administrativo de dos fases, ofreciendo la posibilidad adicional de presentar recurso judicial o reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo. Coherentemente con este considerando, el artículo 8 del Reglamento, bajo la rúbrica de tramitación de solicitudes confirmatorias, prevé que las funciones encomendadas en las legislaciones nacionales europeas a organismos administrativos independientes se confían al Defensor del Pueblo: «las solicitudes confirmatorias se tramitarán con prontitud. En el plazo de 15 días laborables a partir del registro de la solicitud, la institución o bien autorizará el acceso al documento solicitado y facilitará dicho acceso con arreglo al artículo 10 dentro de ese mismo plazo, o bien, mediante respuesta por escrito, expondrá los motivos para la denegación total o parcial. En caso de denegación total o parcial deberá informar al solicitante de los recursos de que dispone, a saber, el recurso judicial contra la institución y/o la reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo, con arreglo a las condiciones previstas en los artículos 230 y 195 del Tratado CE, respectivamente». Idénticos términos son los utilizados por el artículo 8.3 en el que se prevé que «la ausencia de respuesta de la institución en el plazo establecido se considerará una respuesta denegatoria y dará derecho al solicitante a interponer recurso judicial contra la institución y/o reclamar ante el Defensor del Pueblo Europeo, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Tratado CE».

⁴ *Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.*

y la *Haute Autorité pour la transparence de la vie publique*;⁵ el belga, con la *Commission fédérale d'accès aux documents administratif* (CADA);⁶ el portugués, con la *Comissão de acesso aos documentos administrativos* (CADA);⁷ el italiano, con la *Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi* (CADA);⁸ el inglés, con el *Information Commissioner*;⁹

Su art. 20 estatuyó la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos como «autorité administrative indépendante» en materia de garantía del derecho de acceso, siguiendo el precedente que, en su ámbito, suponía la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades (*Commission Nationale de l'informatique et des Libertés*, CNIL en su acrónimo francés), órgano creado por la *Loi n° 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* como autoridad encargada de asegurar el derecho a la protección de datos de carácter personal y que compareció como la primera autoridad administrativa independiente en el ordenamiento jurídico francés. La *Loi n° 78-753* ha sido posteriormente modificada por el *Décret n°2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978* (que deroga el *Décret n°88-465 du 28 avril 1988 relatif à la procédure d'accès aux documents administratifs*) y por la *Ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives*. El Estatuto orgánico de la CADA francesa se desarrolla por la *Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques*.

5 Regulado en la Sección 4 (arts. 19-23) de la *Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique*.

6 En Bélgica, la *Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration* crea en su art. 8.1 la Comisión de Acceso a los Documentos administrativos (*Commission d'accès aux documents administratifs*, CADA en su acrónimo francés) estableciendo que su composición, organización y funcionamiento será disciplinada por Reglamento aprobado por el Consejo de Ministros (art. 8.2). Tal regulación se contiene actualmente en el *Arrêté royal du 29 avril 2008 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs*.

7 Esta autoridad se regula en el Capítulo III de la *Lei n° 46/2007, de 24 de agosto de 2007 Regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização*. Su Estatuto orgánico se contiene en la *Lei n° 10/2012, de 29 de Fevereiro Aprova o Regulamento Orgânico da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos*.

8 La CADA italiana se regula en la *Legge 7 agosto 1990, n. 241. Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* modificada por la *Legge 18 giugno 2009, n. 69*. Esta Ley ha sido desarrollada por *Decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 2006, n. 184 - Recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi* y por el *Decreto del Presidente della Repubblica 2 agosto 2007, n. 157 - Regolamento recante riordino della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi prevista dall'articolo 27 della L. 7 agosto 1990, n. 241, a norma dell'articolo 1, comma 1346, della L. 27 dicembre 2006, n. 296*.

9 El art. 47 de la *Freedom of Information Act 2000* confía al Comisionado para la Información funciones tanto en materia de transparencia y de acceso a la información pública como en materia de protección de datos (art. 47).

el esloveno, con el Comisionado para la Información;¹⁰ o, en fin, el mexicano, con el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos de México.¹¹

A continuación, centraremos nuestro estudio –conforme a su plan de exposición advertido en la Introducción de este trabajo– en el análisis de los órganos auxiliares en materia de transparencia y acceso a la información pública de los cuatro Parlamentos territoriales que han previsto su creación.

III. Los órganos parlamentarios auxiliares en materia de transparencia y acceso a la información pública

Como acabamos de señalar, las legislaciones autonómicas en materia de transparencia de Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León y Galicia otorgan la tutela del derecho de acceso a la información pública y la garantía de la transparencia de la actividad administrativa a órganos auxiliares de los respectivos Parlamentos, sumándose así, como sabemos, a los ordenamientos que encomiendan esta función de tutela a órganos parlamentarios auxiliares, como así sucede en el ámbito de la legislación comunitaria, que la encomienda al Defensor del Pueblo. Dos de estos órganos reciben la denominación precisa de «Comisionado» (Castilla-León y Galicia) y un tercero utiliza la etiqueta terminológica de «Comisionado o Comisionada» (Canarias); por su parte, el cuarto huye de esta denominación y asume la de «Consejo» (Castilla-La Mancha), la cual viene siendo utilizada como propia por las autoridades administrativas de transparencia y derecho de acceso: así, como hemos visto en el epígrafe 2 de este trabajo, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, el Consejo de Transparencia y Protección de

¹⁰ La Ley de 31 de diciembre de 2005 sobre el Comisionado para la Información (*The Information Commissioner Act, 16 December 2005*, en su traducción oficial al inglés) atribuye a este órgano competencias en materia de acceso a la información pública, así como en materia de protección de datos.

¹¹ Su regulación se contiene en los arts. 33 y ss de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información pública gubernamental de 27 de abril de 2012. Éste es un órgano de la Administración Pública Federal encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho a la información, así como de resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información.

Datos de Andalucía, el Consejo de Transparencia de Aragón, el Consejo de Transparencia de la Región de Murcia, el Consejo de Transparencia de Navarra o el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Valencia. A pesar, pues, de la denominación de «Consejo», más propia de las autoridades independientes que de los órganos auxiliares del Parlamento, el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha se configura plenamente como un órgano auxiliar de este Parlamento Territorial.

Seguidamente, analizaremos una serie de cuestiones de índole general que afectan a la institución en estudio y que ya hemos adelantado *supra*: los modelos de este nuevo tipo de órgano parlamentario auxiliar y su emergencia en el contexto de las «otras» funciones parlamentarias «no tradicionales».

1. ¿Un nuevo tipo de órgano de órgano auxiliar?

Los modelos de órganos parlamentarios auxiliares en materia de transparencia y acceso a la información pública

La pregunta con la que se encabeza este epígrafe resulta de todo punto relevante porque los Derechos parlamentarios autonómicos que contemplan los órganos auxiliares en materia de transparencia y derecho de acceso lo hacen con ciertas especificidades que determinan, consiguientemente, sus diferencias. Como tendremos ocasión de comprobar seguidamente, el Comisionado o Comisionada de la Transparencia de Canarias puede ser considerado propiamente como el único órgano de esta nueva especie dado que el Derecho parlamentario canario ha configurado a un comisionado específico que, existiendo en paralelo al Diputado del Común, se encarga con autonomía orgánica y funcional del ejercicio de las funciones de salvaguarda de la transparencia y de la tutela del derecho de acceso, incluida la resolución de las reclamaciones que se interpongan contra los actos expresos o presuntos resolutorios de las solicitudes de acceso a la información.

A diferencia del Comisionado Canario, los Derechos parlamentarios de Castilla-La Mancha, Castilla y León y Galicia, si bien prevén la existencia de los correspondientes órganos parlamentarios de transparencia, lo hacen de forma singular.

Efectivamente, el Consejo Regional de la Transparencia de Castilla-La Mancha, a pesar de que ha sido regulado en su estructura, composición, funciones y funcionamiento por la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, no ha sido creado todavía, por lo que este «órgano adscrito a las Cortes» no existe en el nivel de la eficacia del Derecho.

Por su parte, los Comisionados de Transparencia de Castilla y León y Galicia no se han concebido como órganos específicos, sino que se han fusionado, respectivamente, con el Procurador del Común y con el Valedor del Pueblo,¹² de forma y manera que estos últimos órganos ejercen las funciones de aquellos. Igualmente, las Comisiones de Transparencia de Castilla y León y de Galicia se conciben como meros órganos adscritos al Procurador del Común y al Valedor del Pueblo, con respecto a los cuales únicamente conservan su autonomía funcional.

Así las cosas, podemos afirmar que en el Derecho parlamentario español existen, al menos, tres modelos de órganos parlamentarios auxiliares en materia de transparencia (el canario; el castellano-manchego; y el gallego-castellano leonés), de los cuales únicamente uno de ellos (el canario) nos permite afirmar claramente y sin ambages la existencia de un nuevo tipo de órgano parlamentario auxiliar con autonomía orgánica y funcional similar a la que presentan las Defensorías del Pueblo o las Cortes de Cuentas.

Seguidamente, analizaremos las claves involucradas en la emergencia de este nuevo tipo de órgano parlamentario auxiliar.

12 Sobre los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, vid., en general, los siguientes trabajos: Bar Cendón, 1983; Díez Bueso, 1999; Ruiz-Rico Ruiz, 2010; Gálvez Muñoz y Ruiz González, 2013; Escobar Roca, 2013; Anguita Susi, 2014; Andrés Alonso, 2017.

2. La garantía de la transparencia de la actividad pública y del derecho de acceso a la información como función parlamentaria «no tradicional» precisada de su tutela por un órgano específico

A) LA GARANTÍA DE LA TRANSPARENCIA DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO FUNCIÓN PARLAMENTARIA «NO TRADICIONAL»...

Se ha convertido en un lugar común la afirmación de que la institución parlamentaria actual se halla en crisis. El decaimiento del Parlamento tiene diversas causas¹³ y se manifiesta en dos vectores: de un lado, en la pérdida de funciones-poderes;¹⁴ de otro, en la pérdida de eficacia en el ejercicio de sus funciones-poderes, es decir, en la sustitución, como método de formación de la voluntad parlamentaria, del debate público y libre entre diputados individuales por una votación que muy frecuentemente constituye el trasunto de la decisión ya predeterminada por los grupos parlamentarios fuera del Parlamento y que, precisamente por ello, difícilmente puede ser considerada como el resultado final de una discusión libre entre diputados.

Centrándonos en el primero de los dos vectores de la crisis del Parlamento, es decir, en el de las funciones-poderes encomendadas a la institución parlamentaria, debemos señalar que la evolución de esta institución en la última época nos obliga a advertir ciertos

13 Las causas de la crisis del Parlamento son las siguientes (Manzella, 1979: 300): —«el régimen de primer ministro», es decir, un «Gabinete omnipotente, dotado de la verdadera supremacía administrativa, legislativa y financiera», (Fraga Iribarne, 1951: 42); —las competencias de las Comunidades Autónomas; —la aparición de las Comunidades Europeas; —la configuración del Tribunal Constitucional. Junto a estas causas debemos citar una específica de los regímenes semi-presidencialistas: la pérdida de su monopolio de legitimidad democrática directa, pues ya no son «*les seuls élus de la Nation*» (Duhamel, 1993: 279).

14 El Parlamento actual ocupa una posición central en el sistema, pero ésta no lleva aparejada una plenitud competencial. El Parlamento Liberal podía «*confisquer pour lui même ce qui appartient au peuple ou la nation*» (Lascombe, 95: 2009) y por ello «la forma de defender los intereses de la sociedad a la que representa pas[ó] a consistir en ejercer directamente aquellas potestades que inciden de un modo más sensible sobre la libertad o propiedad de los ciudadanos» (Garrorena Morales, 1995: 4755). El Parlamento actual sigue ocupando una posición central en el sistema pero ello ya no lleva aparejado una plenitud competencial, sino que ésta ha desaparecido.

elementos que nos permiten entrever que dicha crisis, al menos en la hora actual, no es tan profunda como se ha podido venir afirmando. En este sentido, hemos de destacar la emergencia de las «otras» funciones parlamentarias, también denominadas como «no tradicionales», que en la hora actual vienen siendo encomendadas a la institución parlamentaria.

Las funciones parlamentarias «no tradicionales» presentan como rasgo esencial su delimitación por contraste con las clásicas competencias legislativa, presupuestaria y de control de la acción del gobierno que, a todas luces, conforman el núcleo básico de funciones-poderes del Parlamento, tal como se ha consagrado a nivel doctrinal¹⁵ y normativo.¹⁶ En efecto, todas esas competencias son «otras» y «no tradicionales», porque, sencillamente, no son las tres clásicas. No obstante ello, podemos caracterizar tipológicamente a estas funciones en estudio mediante la concurrencia de las siguientes tres características:

15 Estas últimas se recogen, precisamente, en la clásica taxonomía de las funciones parlamentarias establecida por Bagehot en *The English Constitution*. Según este autor, el Parlamento tiene asignadas las funciones legislativa («*the function of legislation*») y la de investidura del Gobierno («*the elective function*»), pero éstas las desarrolla de una manera privativa y específica a través de la cual se cumplen otras tres funciones enderezadas a controlar y limitar el poder de los gobernantes sobre los gobernados: la de manifestar la opinión política del pueblo («*is what I call an expressive function. It is its office to express the mind of the English people on all matters which come before it*»); la de adoctrinar a la Nación («*The third function of Parliament is what I may call [...] the teaching function. A great and open council of considerable men cannot be placed in the middle of a society without altewring that society. It ought to alter it for the better. It ought to teach the nation what it does not know*»); por último, la de informar a la Nación del contenido de sus decisiones («*that to some extent it makes us hear what otherwise we should not*») (Bagehot, 1968: 117).

16 No existe texto constitucional en el que no aparezcan encomendadas a la institución parlamentaria las funciones legislativa, presupuestaria y de control. Como ejemplo podemos citar la regulación de las Constituciones italiana y española. La Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 establece en su artículo 70 que «La función legislativa será ejercida colectivamente por entrambas Cámaras»; en su artículo 81 que «Las Cámaras aprobarán cada año los presupuestos y la Cuenta General del Gobierno presentados por el Gobierno»; y en su artículo 95 que «El Presidente del Consejo de Ministros dirigirá la política general del Gobierno y será responsable de ella [...] Los Ministros serán responsables solidariamente de los actos del Consejo de Ministros e individualmente de los actos de sus respectivos Parlamentos [...]». En esta misma línea se encuentra la Constitución española de 1978 en su artículo 66.

- a) se trata de facultades, en todo caso, residuales y menores que presentan escasa trascendencia en el cuadro de las funciones-poderes parlamentarias;
- b) se trata de facultades que se presentan con el carácter de *ius novum*, siendo su rasgo basilar es el de no haber sido asumidas por el Parlamento con anterioridad;
- c) se trata, asimismo, de facultades que no pertenecen a la esencia de las Asambleas parlamentarias y que, consecuentemente, no han de ser ejercidas forzosamente por ellas.

En este sentido, la garantía de la transparencia y del derecho de acceso ha emergido en la última época como una actividad asignada a algunos Parlamentos que puede ser perfectamente considerada como función parlamentaria «no tradicional» en consideración a que, efectivamente, concurren en ella los tres rasgos predicables de ellas. Así, se trata de una actividad parlamentaria, en principio, menor en tanto en cuanto, en última instancia, cabe considerarla como especificación de la función general encomendada a las Defensorías del Pueblo en materia de protección y salvaguarda de los derechos constitucionalizados en las partes dogmáticas de las Constituciones; en segundo lugar, comparece con el carácter de *ius novum*; y, por último, se trata de una actividad que no pertenece a la esencia de las asambleas representativas, como evidencia el hecho de que de la tutela de la transparencia y del derecho de acceso se vengán encargando, asimismo, autoridades administrativas.

La aparición de la garantía del derecho de acceso y de la transparencia como actividad parlamentaria y su condición de nueva función «parlamentaria» no tradicional descansan en una serie de causas que operan en un doble ámbito: en el de la propia fundamentación del Estado constitucional y en el de la eficacia de la tutela del derecho de acceso y de la transparencia.

- a) Desde la perspectiva de la alta teoría del Estado constitucional, cabe recordar que el derecho de acceso y la transparencia son, a la vez, exigencia y consecuencia de la condición representativa del Estado constitucional, es decir, son dos categorías que hacen posible y real

que el Estado constitucional sea, por primera vez en los dos siglos de su evolución, verdaderamente representativo.¹⁷ Por tanto, cabe considerar que la transparencia de la actividad pública y el derecho de acceso son, como la publicidad parlamentaria, «categorías legitimadoras del orden institucional»¹⁸ que entroncan con «la esencia del parlamentarismo como forma de Estado, que no es sino la deliberación pública de argumentos y contraargumentos».¹⁹

- b) Por su parte, y desde la perspectiva de la eficacia de la garantía del derecho de acceso y de la transparencia de la actividad pública, ha de subrayarse a que ambos principios/derechos del Estado constitucional han de asegurarse, fundamentalmente, frente al complejo Gobierno-Administración en tanto en cuanto este es el sujeto pasivo primordial del derecho de acceso a la información pública, y el ejercicio de sus funciones, a diferencia del modo de operar del Parlamento, nunca se ha fundamentado en la publicidad. Por consiguiente, es necesario, para garantizar su eficacia, que las funciones de tutela del derecho de acceso y de la transparencia se encomienden a organismos a los que se garantice la autonomía orgánica, funcional, financiera y personal frente al complejo Gobierno-Administración, siendo este organismo, por definición, la institución parlamentaria. Desde estas consideraciones se comprende perfectamente que las asambleas representativas asuman la garantía del derecho de acceso y de la transparencia.

B) ...PRECISADA DE SU TUTELA POR UN ÓRGANO ESPECÍFICO

Aceptada como hipótesis de trabajo la condición de la garantía de la transparencia y del derecho de acceso como nueva función parlamentaria «no tradicional», no puede desconocerse que la misma presenta una sustancialidad diferenciadora con respecto a otras de estas funciones

¹⁷ Vid., al respecto, las consideraciones que realizo en el siguiente trabajo: García Costa, 2017: 1123-1145.

¹⁸ De Vega García, 1995: 230.

¹⁹ Schmitt, 1990: 43.

«no tradicionales»: su ejercicio por parte del Parlamento ha implicado la creación *ex novo* de un específico órgano parlamentario auxiliar, dotado de plena independencia orgánica y funcional, como así sucede con el Comisionado o Comisionada de la Transparencia de Canarias. Todo ello aún a pesar de que –y este es un dato fundamental que conviene retener–, la garantía del derecho de acceso puede ser considerada como especificación de la función general encomendada a las Defensorías del Pueblo de tutela de los derechos fundamentales frente a conculcaciones provenientes del complejo Gobierno-Administración Pública.

En nuestra opinión, la explicación de ello descansa en la trascendencia de la función en estudio. Al igual que sucedió en los siglos XVIII y XIX cuando el debate sobre la composición, organización y funcionamiento de las Asambleas Legislativas se inspiró en el paradigma de que la función hace al órgano, el debate sobre cuál ha de ser el diseño institucional que realice de manera más adecuada las exigencias de la tutela del derecho de acceso y de la transparencia ha de estar presidido también por este paradigma. Y ello entraña, de entrada, partir de la comprensión de que la transparencia y el derecho de acceso son, volviendo a parafrasear la feliz expresión del profesor De Vega, «categorías legitimadoras» del Estado constitucional. Siendo ello así, su protección es tan esencial para la realización de la condición representativa de este tipo de Estado, que merece que su tutela se confíe a la institución parlamentaria mediante la creación de una estructura específica con la que se asegure que el Parlamento la desempeña plenamente: mediante un organismo parlamentarios auxiliar dotado de autonomía orgánica, funcional y personal.

La conclusión anterior aparece reforzada no sólo por la existencia del modelo canario de Comisionado de la Transparencia, sino –y sobre todo– por las razones por las cuales el modelo gallego-castellano y leonés y el modelo castellano-manchego se apartan del canario. Efectivamente, en la fusión de los Comisionados de Transparencia de Castilla y León y de Galicia con los respectivos Defensores del Pueblo y en la adscripción de las Comisiones de Transparencia de Castilla y León

y Galicia, asimismo, a sus Defensores subyacen razones exclusivamente de índole económico-presupuestarias, las mismas que se evidencian claramente en la legislación castellano-manchega al diseñar un Consejo Regional de la Transparencia cuya efectiva constitución no ha tenido lugar. Así, con respecto al Comisionado de Transparencia de Castilla-León, Martín Lorenzo (2016: 29) ha podido afirmar que su fusión con el Procurador del Común «sigue la senda iniciada o el modelo de actuación que proporcionó la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, al adscribir a otra de las instituciones propias de la Comunidad, en este caso al Consejo Consultivo de Castilla y León, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León».

Por todo ello podemos concluir afirmando sin ambages que el desempeño de la función de garantía del derecho de acceso por el Parlamento se realiza plenamente mediante la constitución de un órgano auxiliar específico al que se le reconozca no sólo autonomía personal y funcional, sino también –y sobre todo– orgánica.

IV. El Comisionado o Comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias

1. Regulación y naturaleza jurídica

El Comisionado o Comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias (en adelante, CTCAN) se regula en la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública (en adelante, LTCAN), concretamente en sus artículos 58 a 65, desarrollados, por su parte, en los artículos 211 a 212 del Reglamento del Parlamento de Canarias (en adelante, RPARCAN). Estos preceptos fueron introducidos en la reforma del Reglamento aprobada por el Pleno de la Cámara, en sesión celebrada los días 24, 25 y 26 de marzo de 2015 (Boletín Oficial de la Cámara núm. 135, de 1 de abril).

Tanto el art. 62.1 de su ley reguladora como el art. 211.1 del Reglamento del Parlamento de Canarias prevén que la organización y funcionamiento del CTCAN se disciplinen por su correspondiente Reglamento aprobado por la Mesa del Parlamento, a propuesta del propio Comisionado (art. 211.1 RPARCAN). A la fecha de elaboración de este trabajo,²⁰ dicho Reglamento no había sido aprobado, tras la emisión del Dictamen 21/2016 el 19 de enero de 2016 sobre la propuesta de Reglamento que presentó el Comisionado de la Transparencia el 28 de octubre de 2015.²¹

A diferencia del modelo que representan los Comisionados de la Transparencia de Castilla y León y de Galicia, en el cual la figura del Comisionado de la Transparencia se identifica con la del correspondiente Alto Comisionado para la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Comunidad Autónoma, el modelo que constituye el CTCAN se caracteriza –como hemos advertido anteriormente– porque el CTCAN no se integra en el Diputado del Común, órgano auxiliar del Parlamento Canario regulado en el artículo 13 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias²² y en la Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común.

20 Este trabajo fue concluido a finales de abril de 2018.

21 El Comisionado de la Transparencia de Canarias emitió propuesta de Reglamento de organización y funcionamiento, la cual fue trasladada al Secretario General del Parlamento de Canarias para su tramitación ante la Mesa del Parlamento. Este órgano parlamentario, en su reunión de 17 de diciembre de 2015, «estimó oportuno que por la Presidencia del Parlamento se solicitase dictamen facultativo» al Consejo Consultivo de Canarias. Correspondiendo a la Presidencia de la Asamblea legislativa, dado el contenido y trascendencia del tema, resolver sobre la conveniencia de solicitar dictamen, el mismo fue solicitado con fecha 17 de diciembre de 2015. Por su parte, el Consejo Consultivo de Canarias emitió el Dictamen 21/2016 el 19 de enero (Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Presidente del Parlamento de Canarias en relación con la Consulta parlamentaria sobre el Proyecto de Reglamento de Organización y Funcionamiento del Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública (EXP 516/2015CP)).

22 Su tenor literal es el siguiente: «El Parlamento podrá nombrar un Diputado del Común para la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos y supervisará las actividades de la Administración de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Una Ley del Parlamento de Canarias establecerá su organización y funcionamiento». El Diputado del Común se reguló por la Ley

El artículo 58 de la LTCAN regula la configuración del CTCAN disponiendo en su inciso primero que el mismo es el «el órgano de fomento, análisis, control y protección de la transparencia pública y del derecho de acceso a la información pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias». La LTCAN no proclama expresamente en este precepto la condición del CTCAN de órgano parlamentario auxiliar en materia de transparencia y, en todo caso, su Exposición de Motivos se limita a precisar que el CTCAN queda «configurado como autoridad independiente elegida por el Parlamento de Canarias», sin que explícitamente se le conciba como comisionado parlamentario en materia de transparencia.

No obstante ello, la naturaleza de órgano parlamentario auxiliar del CTCAN debe ser deducida implícitamente en atención a varias consideraciones: en primer lugar, no se le califica expresamente como autoridad administrativa, como así ocurre con relación a las autoridades administrativas de transparencia de Aragón²³ o Cataluña;²⁴ en segundo lugar, su elección se residencia única y exclusivamente en el Parlamento de Canarias, que lo designará por mayoría de tres quintas partes, y su cese, bien por incompatibilidad sobrevenida, bien por incumplimiento grave de las obligaciones propias de su cargo, también habrá de ser decidido por el Parlamento de Canarias por idéntica mayoría; en tercer lugar, la normativa específica del CTCAN habrá de ser aprobada por el Parlamento de Canarias, según disponen, como sabemos, el art. 62.1

1/1985, de 12 febrero, del Diputado del Común hasta su derogación por la actual Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común.

23 El Consejo actuará con independencia orgánica y funcional y estará adscrito al departamento competente en materia de transparencia. El departamento pondrá a disposición del Consejo los medios y recursos necesarios para el ejercicio de sus funciones (art. 37.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón).

24 La Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública debe ser adscrita al departamento de la Generalidad que el Gobierno determine por decreto. El Gobierno debe dotar la Comisión de los medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones, siempre respetando su independencia orgánica y funcional (art. 41 de la Ley 19/2014, de 28 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno).

LTCAN y el art. 211.1 del RPARCAN; en cuarto lugar, las retribuciones que haya de percibir el CTCAN serán fijadas por la Mesa del Parlamento (art. 211.3 del RPARCAN)²⁵ y esta proveerá al CTCAN del apoyo jurídico, técnico y administrativo, así como con los medios personales y materiales que sean necesarios (art. 211.2 del RPARCAN). En cualquier caso, cabe concluir, tal como afirma el Dictamen 21/2016, de 19 de enero, del Consejo Consultivo de Canarias, que el legislador autonómico canario «decidió situar orgánicamente al Comisionado, como garantía de esa autonomía e independencia, dentro del ámbito parlamentario como órgano dependiente del mismo».

El CTCAN, como órgano auxiliar del Parlamento de Canarias, goza de autonomía orgánica, personal, financiero-presupuestaria y funcional frente al complejo Gobierno-Administración Pública de Canarias, si bien depende tanto personal y financieramente del Parlamento de esta Comunidad Autónoma. No obstante ello, al CTCAN se le garantiza la independencia funcional, tanto en relación a la Administración Pública como al Parlamento canarios. En este sentido, el reconocimiento de la autonomía funcional del CTCAN aparece consagrado tanto en el preámbulo de la LTCAN como en su propio texto articulado, concretamente en el inciso segundo del art. 58, que dispone que el CTCAN, en ejercicio de sus funciones, «actúa con autonomía y plena independencia». Por consiguiente, la ley en examen reconoce plena autonomía funcional al órgano en estudio, atribuyéndole en exclusiva la función para la que ha sido creado, de modo que ejerce con carácter exclusivo y excluyente la totalidad de las competencias relacionadas con la garantía de la transparencia y la tutela del derecho de acceso a la información pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias; igualmente, la ley en examen asegura que, en el desempeño de tales funciones, el CTCAN en ningún caso solicitará o recibirá

²⁵ La Mesa del Parlamento de Canarias acordó en su sesión de 20 de mayo de 2015 fijar las retribuciones del Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información de Canarias en 64.421,58 €.

órdenes o instrucciones del Gobierno o del Parlamento de Canarias, así como de cualquier otro órgano público o ente privado.

2. Elección, cese e incompatibilidades

El CTACAN se configura como órgano único cuyo titular es elegido por el Parlamento de Canarias por mayoría reforzada de tres quintos de sus miembros, conforme al procedimiento que fije el RPARCAN, tal como señala el artículo 59.1 de la LTCAN.²⁶ Debe señalarse, de entrada, que el precepto en examen es respetuoso con la reserva de reglamento parlamentario para cuestiones de procedimiento fijada en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias.

En otro orden de cosas, repárese en que la ley autonómica encomienda al Parlamento la elección del CTCAN por una mayoría reforzada de tres quintos, de modo que con ello se respeta la esencia de la elección parlamentaria de Autoridades que, como hemos señalado en otros lugares,²⁷ es una forma de investidura de Autoridades reservada para el nombramiento de aquellas Magistraturas que tengan atribuidas funciones de especial naturaleza simbólica o que hayan de ser extraídas del ámbito de decisión del Gobierno, teniendo presente que el carácter simbólico o la exigencia de neutralidad de la función encomendada a un concreto órgano público debe estar previsto por la Constitución, bien expresamente, bien implícitamente, como así sucede con relación a las funciones de garantía de los distintos derechos fundamentales y libertades públicas. En estas previsiones encaja perfectamente la

²⁶ El Parlamento de Canarias designó, en su sesión de 21 de abril de 2015, a D. Daniel Cerdán Elcid, como Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Previamente, en la sesión de la Comisión de Gobernación, Justicia y Desarrollo Autonomico el Parlamento de Canarias de 16 de abril de 2015 se determinó la idoneidad de este candidato para el ejercicio del cargo, tras el correspondiente examen. Por Decreto 54/2015, de 8 de mayo, del Presidente, se nombra a D. Daniel Cerdán Elcid, Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública (BOC nº 91, de 14 de mayo de 2015).

²⁷ García Costa, 2006 :140.

elección del CTCAN por la mayoría reforzada de tres quintos de los miembros del Parlamento de Canarias.

La LTCAN dispone que el mandato del CTCAN es de cinco años improrrogables, medida enderezada a garantizar su autonomía funcional, y prevé como requisitos de elegibilidad el «reconocido prestigio» y la «competencia profesional». A diferencia de la vaguedad con la que define estos requisitos de elegibilidad, la LTCAN precisa que el cargo de Comisionado o Comisionada de la Transparencia de Canarias es incompatible con todo mandato representativo, con todo cargo político o actividad de propaganda política, con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública, con la afiliación a un partido político o sindicato, con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación y con el empleo al servicio de los mismos, con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal y con cualquier actividad profesional, mercantil o laboral.

El CTCAN cesa por expiración del mandato, en cuyo caso el art. 61.3 establece la *prorrogatio* de sus funciones hasta la toma de posesión de su sustituto; por renuncia; por condena por delito en virtud de sentencia firme; por muerte o por incapacidad permanente para el ejercicio de su función; incompatibilidad sobrevenida; y como último supuesto, por incumplimiento grave de las obligaciones propias de su cargo. Estas dos últimas causas habrán de ser apreciadas por el Parlamento de Canarias mediante acuerdo por mayoría de tres quintas partes, previa instrucción del procedimiento que se establezca en las disposiciones de desarrollo de la LTCAN aprobadas por la Mesa del Parlamento, las cuales no lo habían sido a la fecha de elaboración de este trabajo.

3. Funciones

El CTCAN se encarga únicamente de la tutela del derecho de acceso a la información pública y de la salvaguarda de las disposiciones de publicidad activa. A diferencia, pues, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal o del Consejo regional de Transparencia y

Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, al Comisionado canario no se le atribuye la protección de las disposiciones de buen gobierno. En ese entendido, sus funciones son las siguientes:

- a) En materia de derecho de acceso, la resolución de las reclamaciones que se interpongan contra los actos expresos o presuntos resolutorios de las solicitudes de acceso a la información de las entidades y organismos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley (art. 63.1a)).
- b) En materia de publicidad activa, el control del cumplimiento de la obligación de publicar la información que les es obligada a las entidades y organismos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley (art. 63.1b)), pudiendo, en el caso de que se verifique su incumplimiento, requerir su subsanación al órgano responsable (art. 63.2).
- c) Con respecto a ambos fines, la formulación de recomendaciones de cumplimiento e interpretación uniformes de las obligaciones establecidas en la LTCAN relativas al derecho de acceso y la transparencia (art. 63.1 c)), así como el asesoramiento en materia de acceso a la información pública y de transparencia (art. 63.1d)); y, por último, la evaluación del grado de aplicación y cumplimiento de la LTCAN (art. 63.1d)).

4. Informe

Por último, el artículo 65 de la LTCAN establece que el CTCAN elaborará anualmente un informe, que se publicará en el Boletín Oficial del Parlamento de Canarias, sobre el grado de aplicación y cumplimiento de esta ley, dentro del primer trimestre del ejercicio siguiente al que se refiera.²⁸ Según disponen, por su parte, los incisos

²⁸ Dicho informe deberá recoger, según dispone el art. 65.1 de la LTCAN, los siguientes extremos: a) Las denegaciones de solicitudes de acceso a la información acordadas por las entidades y organismos incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley y los motivos en que se han fundado; b) Las reclamaciones presentadas contra las denegaciones de solicitudes de acceso a la información, expresando su número, los motivos de la reclamación y los acuerdos

2º y 3º del art. 212 del RPARCAN, la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, decidirá si el informe anual será objeto de debate en el Pleno o en la Comisión de Gobernación, Justicia y Desarrollo Autonómico, en consideración a la importancia de las cuestiones recogidas en el mismo. Sea en Pleno o en Comisión, el debate comenzará con la presentación del informe por el comisionado, por tiempo de quince minutos. A continuación intervendrán, por tiempo de diez minutos, los representantes de los grupos parlamentarios para formular preguntas o aclaraciones al comisionado. Finalmente, el debate terminará con una última intervención de este, también por tiempo de diez minutos, para contestar a las cuestiones suscitadas por los grupos parlamentarios.

V. El Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha

1. Regulación y naturaleza jurídica

Como hemos señalado anteriormente, el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (en adelante, el Consejo), a pesar de la previsión legal de su existencia, no ha sido creado hasta el momento. No se trata, pues, de un órgano que haya sido suprimido tras su creación, sino, por el contrario, de un organismo auxiliar del Parlamento que no ha llegado a constituirse. Y en muy buena medida esa ha sido la voluntad del legislador

adoptados en las mismas por el comisionado o comisionada; c) Los incumplimientos de la obligación de hacer pública la información relacionada en el título II de esta ley y los requerimientos formulados para su subsanación; d) Los procedimientos disciplinarios y sancionadores incoados y resueltos por la comisión de las infracciones previstas en esta ley; e) Las recomendaciones emitidas relativas al cumplimiento e interpretación de la ley del derecho de acceso a la información pública y de transparencia administrativa; f) La actividad de asesoramiento realizada en materia de acceso a la información pública y de transparencia administrativa; g) La evaluación del grado de aplicación y cumplimiento de esta ley; h) Los demás datos, hechos o consideraciones que estime pertinentes el comisionado o comisionada y, específicamente, la designación de los órganos y autoridades que no han dado cumplimiento a las obligaciones establecidas en esta ley.

autonómico castellano-manchego que, de un lado, ha previsto tanto el régimen jurídico del Consejo, diseñando su estructura, composición, funcionamiento y funciones, y, de otro lado, ha previsto en su art. 61.3. que «la constitución efectiva del Consejo tendrá lugar conforme a lo que determine su reglamento, que será aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha y contendrá en todo caso su estructura, competencias, organización y funcionamiento».

Consiguientemente, la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (en adelante, LTBGC-M) diferencia entre el acto de creación del órgano y el acto de constitución efectiva del mismo, de forma y manera que son las propias Cortes de Castilla-La Mancha las que determinarán cuándo este órgano parlamentario empezará a ejercer las funciones que le encomienda la LTBGC-M. Mientras este evento no suceda, las reclamaciones ante el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha serán resueltas por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, en aplicación del correspondiente convenio.

A diferencia de lo que ocurre con el CTCAN, el Consejo castellano-manchego se configura expresamente como «órgano adscrito a las Cortes de Castilla-La Mancha», correspondiéndole a estas no sólo «su efectiva constitución» (art. 61.3), sino también facilitarle el apoyo jurídico, técnico y administrativo y los medios personales y materiales que sean necesarios (art. 61.4). Asimismo, las Cortes, como veremos seguidamente, se encargarán de elegir a las personas que hayan de ejercer la Presidencia y Adjuntías de la Comisión Ejecutiva, y de cesarlas en ciertos supuestos, así como de elegir a todos los componentes de la Comisión consultiva, cuatro de ellos a propuesta de las propias Cortes entre personas expertas en materia de transparencia y buen gobierno.

La ley en examen consagra, también expresamente, la autonomía del Consejo como organismo, señalando al respecto que el mismo goza de plena capacidad, autonomía e independencia (art. 61.1). Asimismo, la LTBGC-M asegura en su artículo 62.1 que los miembros de la Comisión Ejecutiva del Consejo deberán ejercer sus funciones con plena

independencia y objetividad, sin estar sujetos a instrucción o mandato alguno en el desempeño de aquellas. Contrasta esta previsión legal con la ausencia de otra similar referida a los miembros de la Comisión consultiva del Consejo, los cuales, en todo caso, gozan de independencia funcional en aplicación del propio art. 61.1 de la LTBGC-M.

2. Estructura

El Consejo, a diferencia del CTCAN, no se configura como un órgano único, sino como un órgano complejo que se estructura, a su vez, en una Comisión Ejecutiva, compuesta por una Presidencia y dos Adjuntías, y en una Comisión Consultiva, presidida por la persona titular de la Presidencia de la Comisión Ejecutiva, y compuesta por un número de catorce miembros.

Mientras la Comisión ejecutiva se encarga del ejercicio de las funciones encomendadas al Consejo en garantía de la tutela del derecho de acceso y de la transparencia, la Comisión consultiva se erige como órgano de apoyo y asistencia a la Comisión Ejecutiva del Consejo, así como órgano colegiado de participación y consulta en las materias de su ámbito de actuación.

La estructura compleja del Consejo castellano-manchego presenta ciertas similitudes con la del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal en tanto en cuanto ambos Consejos se componen de dos órganos, uno de naturaleza ejecutiva y otro de naturaleza consultiva, denominado este último, en ambos Consejos, como Comisión. No obstante ello, las diferencias entre ambos Consejos se encuentran en puntos tan fundamentales como que el Consejo Estatal se compone de un Presidente que ostenta la totalidad de las funciones ejecutivas, mientras que el Consejo Castellano-manchego se integra de una Comisión Ejecutiva conformada por tres miembros que actúan colegiadamente; por otra parte, la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno estatal se compone por ocho miembros elegidos por diferentes instancias de nominación, mientras que la Comisión consultiva castellano-manchega se nutre de 14

componentes elegidos todos ellos por las Cortes de Castilla-La Mancha, previa propuesta formulada por una serie de organismos que tienen la prerrogativa de presentarlos y que, además, son diferentes de las instancias de nominación que, por su parte, designan a la Comisión de Transparencia estatal.

3. Elección, cese e incompatibilidades

A continuación examinaremos la elección, cese e incompatibilidades de los titulares de los dos órganos en que se estructura el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha: (a) la Comisión Ejecutiva y (b) la Comisión Consultiva.

- a) En cuanto a la elección del Presidente y Adjuntos de la Comisión Ejecutiva, la LTBGC-M dispone que serán las Cortes de Castilla-La Mancha las que designen a estos cargos públicos, por mayoría de tres quintos en primera vuelta y por mayoría absoluta en segunda, estableciendo tres requisitos de elegibilidad: han de ser expertos de competencia o prestigio reconocido; en posesión de una dilatada experiencia profesional; y sin afiliación a partidos, federaciones de partidos, o agrupaciones de electores.

El cese de los miembros de la Comisión ejecutiva tendrá lugar por expiración de su mandato, que se fija en cinco años, pudiendo ser renovado por una sola vez por idéntico periodo; por renuncia; por muerte; por incapacitación judicial; y por separación, acordada por las Cortes de Castilla-La Mancha, a propuesta de la Comisión Consultiva, en los casos de incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función, incompatibilidad o condena penal firme de inhabilitación para el ejercicio de funciones o cargos públicos. No establece la ley en estudio la mayoría que precisan los acuerdos parlamentarios de separación de los miembros del Comité Ejecutivo. En nuestra opinión, y dado que el Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha (BOCCLM, núm. 133, de 16 de octubre de 1997) no fija

una regla general con respecto a las mayorías precisadas para la validez de los acuerdos parlamentarios como así hace el artículo 79.2 de la Constitución con respecto a los acuerdos de las Cortes Generales, cabe considerar que la mayoría requerida para acordar la separación de los miembros de la Comisión Ejecutiva de este órgano ha de ser la de la elección, es decir, de tres quintos en primera vuelta y absoluta en segunda.

Por último, debemos señalar que la Presidencia y las dos Adjuntías de la Comisión Ejecutiva ejercen su cargo bajo el régimen de dedicación exclusiva, teniendo el rango que se determine reglamentariamente y, en cuanto a sus incompatibilidades, quedan sujetos al mismo régimen establecido en la ley reguladora del régimen jurídico del Consejo de Gobierno y el de sus miembros.

- b) Por su parte, la Comisión Consultiva está integrada por la persona que ejerza la Presidencia del Consejo quien, asimismo, la preside, y por un máximo de 14 miembros designados por el Parlamento castellano-manchego, por un periodo de 4 años.

La Ley en examen encomienda la designación de los miembros de este órgano a las propias Cortes de Castilla-La Mancha, a propuesta de una serie de entidades entre las que figuran las propias Cortes de Castilla-la Mancha, que habrán de elegir a cuatro miembros. El resto de entidades que han de formular propuestas a las Cortes para la designación de los miembros del órgano en estudio son las siguientes:

-la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que designará a dos personas expertas, respectivamente, en materia de protección de datos y de transparencia y buen gobierno;
-el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; -la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha; -la Universidad de Castilla-La Mancha; -las entidades representativas de consumidores y usuarios; -las entidades representativas de los intereses económicos y sociales; por último, las corporaciones de derecho público. Asimismo, ejercerá la Secretaría, con voz pero sin voto, una persona funcionaria adscrita al Consejo.

Se plantea aquí no sólo la cuestión de hasta qué punto la ley autonómica castellano-manchega ha vulnerado la reserva de reglamento parlamentario para cuestiones de procedimiento, debiendo, consiguientemente, ser este instrumento normativo el adecuado para otorgar a las diversas instancias de nominación la capacidad para iniciar el procedimiento de elección de los miembros del Comité consultivo mediante la presentación de sus respectivas propuestas, sino también la problemática de hasta qué punto las Cortes de Castilla-La Mancha quedan vinculadas por las candidaturas que presenten las diferentes instancias de nominación. Pareciera desprenderse que la LTBGC-M confiere la potestad de designación de los componentes de la Comisión consultiva a estos órganos, de forma y manera que las Cortes se limitasen a su mero nombramiento formal, pero ello significaría, además de la ya señalada invasión de reserva de reglamento parlamentario, negar la *plenitudo potestatis* del Parlamento en el ejercicio de sus funciones, en este caso en el ejercicio de la designación de estos correspondientes cargos públicos. Consiguientemente, cabe considerar que el Parlamento castellano-manchego sólo puede elegir como miembros de la Comisión Consultiva del Consejo a aquellos candidatos que previamente hayan sido propuestos por las instancias de nominación concernidas, si bien ello no implica en modo alguno que no pueda rechazar tales candidaturas.

De difícil encaje en la legalidad estatutaria castellano-manchega se encuentra, por su parte, la previsión del art. 63.3 de la ley en examen, según la cual, antes de la expiración del mandato, los miembros de la Comisión consultiva podrán cesar, además de por las mismas causas de cese anticipado establecidas para las personas integrantes de la Comisión Ejecutiva, «a petición de la entidad o institución que les hubiera propuesto».

Prevé este precepto un supuesto específico de cese anticipado de los miembros de este órgano, consistente en que las instancias que únicamente tienen atribuidas por ley la capacidad para iniciar

en las Cortes de Castilla-La Mancha el procedimiento de elección mediante la presentación de sus respectivas propuestas, puedan cesar sin causa alguna y sin procedimiento a los miembros de este órgano. Se trata, pues, de una regulación defectuosa en un doble ámbito:

En primer lugar, porque otorga la facultad de cese a unas entidades que no han designado previamente a los titulares de este órgano, desconociendo que esta facultad corresponde únicamente a las Cortes de Castilla-La Mancha.

En segundo lugar, porque establece una causa de cese abstracta y general que puede ser apreciada libremente por las entidades anteriores, lo que contrasta con la regulación de los supuestos de cese de la Presidencia y Adjuntías de la Comisión Ejecutiva, que, asimismo, se contemplan para el cese de los miembros de la Comisión Consultiva.

Cabe concluir el análisis del estatuto de los miembros de la Comisión recordando que el artículo 63.4 de la LTBCC-M dispone, por su parte, que los miembros de la Comisión no percibirán retribución alguna como consecuencia de su participación en este órgano, declarándose su situación expresamente compatible con el desempeño de cualquier otra dedicación laboral o profesional, retribuida o no.

4. Funciones

En la regulación de sus fines, el Consejo en examen ha seguido el efecto imagen de la normativa del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, de modo que los fines del Consejo castellano-manchego son tres: garantizar los derechos de acceso a la información pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizar y promover la observancia de las disposiciones de buen gobierno en el ámbito de aplicación de la ley castellano-manchega.

En el ejercicio de estos fines, la LTBGC-M otorga al Consejo una serie de funciones que se distribuyen entre la Comisión Ejecutiva y la Comisión Consultiva en atención a la naturaleza de cada uno de estos dos órganos ya señalada en el punto 6.2 de este trabajo.

- a) Corresponde a la Comisión ejecutiva el ejercicio de forma colegiada de las funciones decisivas para la protección del derecho de acceso (resolución de las reclamaciones en materia de acceso del art. 62.3d) y 64), para el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, para la observancia de las disposiciones de buen gobierno (la creación, gestión y control de un registro sobre las declaraciones responsables de buen gobierno –art. 62.3b)–) o transversales (adoptar criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en la ley y formular recomendaciones para su mejor cumplimiento –art. 62.3a)–; informar preceptivamente los proyectos normativos del Gobierno regional en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno –art. 62.3c)–; responder a las consultas que, con carácter facultativo, se le planteen en materia de transparencia y buen gobierno –art. 62.3e)–; promover e impulsar campañas de divulgación en las materias propias de su competencia –art. 62.3 f)–.

La regulación del Consejo castellano-manchego se aparta de la del CTBG estatal, la cual encomienda las funciones anteriores al Presidente de este órgano determinando así una tendencial identificación entre CTBG y su Presidencia. Por el contrario, la LTBGC-M diseña una estructura en la que la Comisión Ejecutiva actúa colegiadamente y con respecto a la cual el Presidente comparece como un *primus inter pares* al que se le asignan, como funciones específicas, las de carácter representativo y protocolario (art. 62.4.a)) y otras que, si bien presentan naturaleza ejecutiva, tienen una trascendencia menor: – asesorar a los sujetos obligados y promover la elaboración de directrices y normas de buenas prácticas en materia de transparencia,

acceso a la información pública y buen gobierno (art. 62.4.b)); velar por la observancia de las obligaciones contenidas en la LTBGC-M, dando conocimiento al órgano competente de los posibles incumplimientos advertidos, e instando, en su caso, la incoación de expedientes disciplinarios o sancionadores (art. 62.4.c)); colaborar, en estas materias, con órganos de naturaleza análoga estatales o autonómicos (art.62.4.d)); requerir de oficio, a iniciativa propia o como consecuencia de denuncia, la subsanación de incumplimientos de las obligaciones recogidas en esta ley (art. 62.4.e)); custodiar las declaraciones responsables de buen gobierno (art. 62.4.f)).

- b) Por su parte, la Comisión consultiva tiene otorgadas funciones de apoyo, auxilio y asesoramiento a la Comisión Ejecutiva, especificando la ley en examen las siguientes: formular propuestas a la Comisión Ejecutiva en el ámbito de competencias del Consejo, (art. 63.5 b)); aprobar la propuesta del plan de trabajo anual de transparencia y buen gobierno (art. 63.5 c)); proponer a la Comisión Ejecutiva criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en esta ley (art. 63.5 d)). Más allá de estas funciones de asesoramiento, la Comisión ejerce una competencia de gobierno consistente en proponer la separación de las personas titulares de la Comisión Ejecutiva y de los miembros de la Comisión Consultiva, en los supuestos previstos para cada uno de ellos (art. 63. 5 e) en relación con el art. 62.2c).

5. Informe

La LTBGC-M dispone en su artículo 62.3b) que una de las funciones colegiadas de la Comisión Ejecutiva del Consejo es la de aprobar y remitir, en el primer trimestre de cada año, a las Cortes de Castilla-La Mancha y al Gobierno regional tanto un plan de trabajo anual como una memoria específica sobre su actividad durante el año anterior relativa al grado de cumplimiento de la normativa de transparencia y

buen gobierno, así como las recomendaciones o requerimientos que el Consejo haya estimado oportuno realizar en esta materia.

A pesar de que la naturaleza del Consejo de órgano auxiliar parlamentario, el informe anual no ha de ser publicado en el Boletín de las Cortes de Castilla-La Mancha, sino tan sólo en el Portal de Transparencia, y el mismo ha de ser remitido no sólo a la institución parlamentaria, sino también al Ejecutivo regional. Por último, debe indicarse que ni la ley en examen ni el Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha establecen el procedimiento para el debate del informe que ha de elevar el CTBGC-M.

VI. El Comisionado de Transparencia y la Comisión de Transparencia de Castilla y León

1. Regulación y estructura

El Derecho parlamentario autonómico de Castilla y León ha regulado la estructura, composición y funciones de dos órganos auxiliares de las Cortes en materia de transparencia y acceso a la información pública. Se trata, por un lado, del Comisionado de Transparencia y, por otro lado, de la Comisión de Transparencia de Castilla y León.

La ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León (en adelante LTCYL) configura al Comisionado y a la Comisión de Transparencia como dos órganos auxiliares del Parlamento que, a diferencia del CTCAN o del CTBGC-M, en modo alguno son independientes o autónomos, sino integrados en el Procurador del Común: en el caso del Comisionado, este aparece fusionado con el propio Procurador; en el caso de la Comisión, esta queda adscrita orgánicamente al Procurador, si bien manteniendo su autonomía funcional.

Efectivamente, tal como dispone el art. 11.1 de la LTCYL, el Comisionado de la Transparencia se fusiona con el Procurador del Común, de forma y manera que las funciones de aquel se atribuyen a

este último. Así, el Procurador del Común se convierte en Comisionado de la Transparencia y en calidad de tal ejerce las funciones del Comisionado en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y de la salvaguardia del ejercicio del derecho de acceso a la información pública (art. 11.2).

Por su parte, la Comisión de la Transparencia no se configura tampoco como específico órgano parlamentario auxiliar de las Cortes, sino como un órgano que se adscribe orgánicamente al Procurador del Común, manteniendo, en todo caso, su autonomía funcional, tal como establece expresamente el art. 15 de la LTCYL según el cual «el Comisionado y la Comisión de Transparencia actuarán con separación de sus funciones respecto de las que corresponden al Procurador del Común como comisionado de las Cortes de Castilla y León para la protección y defensa de los derechos constitucionales de las personas y de los derechos y principios reconocidos en el Estatuto de Autonomía de Castilla y León». Precepto, que, asimismo, se reproduce en el artículo 15 del Decreto 7/2016, de 17 de marzo, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en la Comunidad de Castilla y León.

La Comisión de Transparencia está formada por tres miembros: el Procurador del Común en su condición de Comisionado de Transparencia, que la presidirá; el Adjunto al Procurador del Común, cuando exista, y en su defecto por la persona al servicio de la Institución que designe el Procurador del Común; por último, el secretario, con voz y voto, que será designado por el Procurador del Común entre las personas al servicio de la Institución (art.12).

Debemos recordar que el Procurador del Común aparece configurado en el art. 18 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León como Alto Comisionado de las Cortes de Castilla y León designado por éstas para la protección y defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos y de los derechos y principios reconocidos en el Estatuto. Sus competencias, organización y funcionamiento se

disciplinan en la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla y León.²⁹

Para concluir, hemos de subrayar que el modelo del Comisionado de Transparencia y la Comisión de Transparencia de Castilla-León ha sido asumido, si bien no mediante una traslación indiscriminado, por el Derecho parlamentario autonómico gallego en la Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno.

2. Funciones

En el ejercicio de sus funciones, el Comisionado y la Comisión tienen reconocida expresamente por el art. 13.1 de la LTCYL plena autonomía e independencia, en coherencia con lo establecido en el art. 1.4 de la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla y León, que también la reconocen al Procurador del Común.

- a) Las funciones del Comisionado de la Transparencia están enderezadas a lograr el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa (velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley (art. 13.2 b)), así como otras de carácter transversal (evaluar el grado de aplicación de esta ley –art. 13.2 a)–; colaborar en las materias que le son propias con órganos de naturaleza análoga –art. 13. 2c)–; responder a las consultas que con carácter facultativo le planteen los órganos encargados de tramitar y resolver solicitudes de acceso (art. 13.2.d)).
- b) A la Comisión le corresponde la tutela del derecho de acceso mediante resolución de las reclamaciones en esta materia (art. 8 y art. 13.3 de la LTCYL).

Por último, debe señalarse que el Comisionado de la Transparencia presentará una memoria anual, que se hará pública en el Portal de

²⁹ Sobre el Procurador del Común, vid.: Biglino Campos, 1995.

Gobierno Abierto, ante la Comisión correspondiente de las Cortes de Castilla y León en la que incluirá información sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas en materia de publicidad activa y acceso a la información.

VII. El Comisionado de Transparencia y la Comisión de Transparencia de Galicia

1. Regulación y estructura

El modelo de Comisionado de Transparencia y Comisión de Transparencia de Castilla-León ha inspirado, en líneas generales, al Comisionado de la Transparencia y la Comisión de Transparencia de Galicia, órganos parlamentarios auxiliares cuyos elementos basilares relativos a su estructura, composición y funciones se disciplinan en los artículos 32 a 36 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno (LTGAL).

En esencia, la LTGAL crea en su artículo 32 al Comisionado de Transparencia atribuyendo sus funciones al Valedor del Pueblo, órgano con el que se fusiona. Este Alto Comisionado del Parlamento de Galicia, cuyo régimen jurídico se contiene en el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía de Galicia y en la Ley 5/1984, de 5 de junio, del Valedor del Pueblo, ejerce, pues, las funciones encomendadas al Comisionado de la Transparencia en materia de transparencia y buen gobierno.

Por su parte, y también siguiendo el esquema diseñado en el Derecho parlamentario autonómico de Castilla y León, la Comisión de la Transparencia se crea como órgano colegiado independiente adscrito al Valedor del Pueblo (art. 33.1) que se encarga, en esencia, de resolución de las reclamaciones frente a las resoluciones de acceso a la información pública (art. 33.3).

La Comisión está compuesta por 6 miembros, a diferencia de los 3 que componían el modelo castellano-leonés: el Valedor o Valedora del

pueblo, que ostentará la Presidencia y gozará de voto dirimente en caso de empate; el adjunto o adjunta a la institución del Valedor del Pueblo, que desempeñará la Vicepresidencia; y cuatro vocales, nombrados por el Valedor del Pueblo en su condición de Presidente de la Comisión de la Transparencia previa designación de la Comisión Interdepartamental de Información y Evaluación de la Xunta de Galicia, del Consejo Consultivo de Galicia, del Consejo de Cuentas y de la Federación Gallega de Municipios y Provincias.³⁰

Interesa destacar que la norma gallega explicita que, a pesar de la fusión del Comisionado con el Valedor y la adscripción orgánica de la Comisión al Valedor, existe una nítida independencia funcional entre Comisionado, Comisión y Valedor al disponer que «el Comisionado de la Transparencia y la Comisión de la Transparencia actuarán con separación de sus funciones respecto a las otras que corresponden al Valedor del Pueblo» (art. 34).

Es, precisamente, la necesidad de mantener la separación de funciones entre la institución del Valedor del Pueblo y las actividades que éste pueda desarrollar como Comisionado de Transparencia y como Presidente de la Comisión de la Transparencia la que ha justificado que la regulación de la LTGAL se haya desarrollado por la Resolución de 5 de julio de 2016 por la que se dispone la publicación del Reglamento interno de la Comisión de la Transparencia de Galicia (DOG núm 134, de 15 de julio de 2016).³¹ Efectivamente, tal como recuerda la Exposición de Motivos de este Reglamento interno, «la normativa de transparencia exige que la institución del Valedor del Pueblo y la Comisión de la Transparencia logren un equilibrio que permita

30 Los vocales de la Comisión de la Transparencia han sido nombrados por la Resolución de 15 de abril de 2016 por la que se nombran los miembros de la Comisión de Transparencia creada por la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno ; así como por la Resolución de 1 de junio de 2016 por la que se dispone la sustitución de un vocal de la Comisión de la Transparencia y por la Resolución de 1 de junio de 2016 por la que se dispone la sustitución de un vocal de la Comisión de la Transparencia.

31 Modificada por la Resolución de 1 de diciembre de 2016 por la que se dispone la publicación de la modificación del Reglamento interno de la Comisión da Transparencia de Galicia. (DOG núm. 234, 9 de diciembre de 2016).

mantener su independencia, a fin de garantizar que no se pervierta la percepción que la sociedad gallega debe tener del alto comisionado del Parlamento.» siendo su finalidad última la de «en establecer los mecanismos adecuados para que la lealtad institucional prevalezca y posibilite el correcto desarrollo de la Comisión de la Transparencia».

Este Reglamento Interno (en adelante RI) fija la sede de la Comisión (art. 4) así como su estructura orgánica, delimitando las funciones de la Presidencia (art. 7), Secretaría (art. 8) y Secretaría (art. 10) y concretando los derechos y obligaciones de sus miembros (art.12).

Igualmente, el RI regula los principios de funcionamiento de la Comisión de Transparencia (art. 5), la convocatorias (art. 15), la constitución (art. 16) y el desarrollo de sus sesiones (art. 17), así como las votaciones (art. 18) y la adopción de acuerdos (art. 16).

2. Funciones

El Comisionado de la Transparencia y la Comisión de la Transparencia de Galicia, en la línea del CTBGC-M y a diferencia del CTCAN y del Comisionado y Comisión de Transparencia de Castilla y León, tiene atribuidas funciones tanto en materia de acceso, como de transparencia y de buen gobierno.

A la Comisión, como hemos adelantado, le corresponde la resolución de las reclamaciones frente a las resoluciones de acceso a la información. Por su parte, el Comisionado se encarga de las funciones en materia de transparencia y de buen gobierno. Concretamente, sus funciones en estos dos ámbitos son las siguientes: adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones legales en materia de transparencia y buen gobierno, oída la Comisión de la Transparencia (art. 32.3 b)); emitir informe, con carácter previo a su aprobación, sobre proyectos de ley o de reglamentos en materia de transparencia y buen gobierno, oída la Comisión de la Transparencia (art. 32.2 d)); responder a las consultas que, con carácter facultativo, le sean formuladas por los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de

la presente ley (32.2a)).Específicamente en materia de transparencia, los cometidos del Comisionado son los siguientes: asesorar en materia de transparencia del derecho de acceso a la información pública y buen gobierno (art. 32.2c)) y efectuar, a iniciativa propia o a causa de denuncia, requerimientos para la subsanación de los incumplimientos que pudieran producirse de las obligaciones establecidas en materia de publicidad activa previstas en la LTGAL (art. 32.2 e))

El Comisionado y la Comisión de Transparencia de Galicia actúan en el desempeño de sus funciones con plena autonomía e independencia. Al igual que el CTCAN, el CTBGC-M y el Comisionado de la Transparencia de Castilla y León, el Valedor del Pueblo habrá de elevar al Parlamento de Galicia un informe relativo al grado de aplicación y cumplimiento de la LTGAL. Este informe, a diferencia del que han de presentar estos otros Comisionados parlamentarios, se integra como capítulo específico en el Informe que el Valedor del Pueblo ha de presentar anualmente al Parlamento de Galicia.³² El mismo deberá quedar a disposición de la ciudadanía para su consulta en el Portal de transparencia y Gobierno abierto y en la página web del Valedor del Pueblo.

VIII. Bibliografía

Andrés Alonso, F.L.: *Los defensores del Pueblo en España*. Madrid, Reus, 2017.

Anguita Susi, A.: *Derechos estatutarios y defensores del pueblo: teoría y práctica en España e Italia*. Barcelona, Atelier, 2014.

32 El informe, según el art. 36.1 de la LTGAL, comprende los siguientes contenidos: a) Los criterios interpretativos y las recomendaciones que haya formulado durante ese año; b) La relación de reclamaciones presentadas contra denegaciones de solicitudes de acceso y el sentido de su resolución; c) La actividad de asesoramiento realizada en materia de transparencia, del derecho de acceso a la información pública y buen gobierno; d) Los requerimientos efectuados de subsanación de los incumplimientos que pudieran producirse; e) La evaluación del grado de cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa por parte de los distintos sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, formulándose requerimientos expresos en el caso de cumplimiento insuficiente.

- Bagehot, W.: *The English Constitution*. London, Oxford University Press, 1968.
- Bar Cendón, A.: *La regulación jurídica de los Defensores del Pueblo Regionales: ¿cooperación o conflicto?* Madrid, UNED, 1983.
- Cotino Hueso, L.: «El voto electrónico o la casa por el tejado. La necesidad de construir la participación y democracia electrónica por los cimientos», en Cotino Hueso (ed.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*. Granada, Comares, 2006.
- De Vega García, P.: «La función legitimadora del Parlamento», en VV. AA., *Parlamento y Opinión pública*. Madrid, AELPA/Tecnos, 1995.
- Díez Bueso, L.: *Los defensores del Pueblo («Ombudsmen») de las Comunidades Autónomas*. Madrid, Senado, 1999.
- Duhamel, O.: *Droit Constitutionnelle et Politique*. París, Ed. du Seuil, 1993.
- Escobar Roca, G.: *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo: Actas del I Congreso internacional del PRADPI*. Madrid, Dykinson, 2013.
- Fraga Iribarne, M.: *La Reforma del Congreso de los Estados Unidos*. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1951.
- Gálvez Muñoz, L., Ruiz González, J. G.: «El defensor del pueblo autonómico, una figura en permanente debate», en Navarro Caballero, T. (ed.), *Estudios constitucionales y administrativos, con especial referencia a la administración local: homenaje al profesor José Antonio López Pellicer*. Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2013.
- García Costa, F. M.: «La elección de Autoridades por la Asamblea Regional de Murcia», *Anales de Derecho*, núm. 24, 2006.
- García Costa, F. M.: «Comentarios al artículo 33», en Troncoso Reigada, A. (dir.): *Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Civitas-Thomson Reuters, 2017.
- Garrorena Morales, A.: «Parlamento», en *Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo III*. Madrid, Civitas, 1995.

- Garrorena Morales, A.: *Representación política y Constitución democrática*. Madrid, Civitas, 1991.
- Hauriou, M.: *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid, Reus, 2016.
- Lascombe, M.: *Droit Constitutionnel de la Vème Republique*. París, L'Harmattan, 2009.
- Manzella, A.: «Las Cortes en el sistema constitucional español», en *La Constitución española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por los Profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría. Madrid, Civitas, 1979.
- Martín Lorenzo, B.: «Transparencia y participación ciudadana en Castilla y León. Análisis de la ley 3/2015, de 14 de marzo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 38, 2016.
- Ruiz-Rico Ruiz, G; Anguita Susi, A.: «La reforma estatutaria y legal de los Comisionados parlamentarios autonómicos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010.
- Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- Schmitt, C.: *La atmósfera espiritual del Parlamentarismo/Sobre el Parlamentarismo*. Madrid, Tecnos, 1990.

El control extrajudicial de la actividad normativa del Gobierno

VICENTE GARRIDO MAYOL

Catedrático de Derecho Constitucional.

Universitat de Valencia.

Resumen

La progresiva producción normativa, legislativa y reglamentaria ha comportado el establecimiento de una serie de principios de buena regulación que deben observarse en el proceso de elaboración de las normas proyectadas. Junto a ellos, una serie de reglas disciplinan la actividad normativa gubernamental que debe someterse a una serie de informes, en ocasiones innecesarios, y en otros elaborados por el propio órgano impulsor de la norma, lo que puede resultar ineficaz. La Ley procedimental administrativa y las nuevas previsiones de la Ley de Gobierno obligan incluso a una periódica revisión de la normativa vigente, a programar con inusitada anticipación la política normativa del gobierno y a evaluar el resultado de las normas aprobadas. Todos esos principios y reglas se erigen en un auténtico control extrajudicial para garantizar el acierto, la legalidad y la oportunidad de la producción normativa.

Palabras clave: Producción normativa, buena regulación, técnica normativa, elaboración de normas, memoria económica.

Resum

La progressiva producció normativa, legislativa i reglamentària ha comportat l'establiment d'una sèrie de principis de bona regulació que han d'observar-se en el procés d'elaboració de les normes projectades. Jun

amb ells, una sèrie de regles disciplinen l'activitat normativa governamental que ha de sotmetre's a una sèrie d'informes, de vegades innecessaris i altres vegades elaborats pel mateix òrgan impulsor de la norma, la qual cosa pot resultar ineficaç. La Llei procedimental administrativa i les noves previsions de la Llei de govern obliguen fins i tot a una revisió periòdica de la normativa vigent, a programar amb inusitada anticipació la política normativa del govern i a avaluar el resultat de les normes aprovades. Tots aquests principis i regles s'erigeixen en un autèntic control extrajudicial per a garantir l'encert, la legalitat i l'oportunitat de la producció normativa.

Paraules clau: Producció normativa, bona regulació, tècnica normativa, elaboració de normes, memòria econòmica.

Abstract

The progressive normative, legislative and regulatory production has led to the establishment of a series of principles about good regulation that must be observed in the process of preparing the projected standards. Together with them, a series of rules regulate the governmental normative activity that must be submitted to a series of reports, sometimes unnecessary, and in others elaborated by the organ that promoted the norm, which may be ineffective. The Administrative Procedural Law and the new provisions of the Government Law require even a periodic revision of the regulations in force, to program with unusual anticipation the policy of the government and to evaluate the result of the approved norms. All these principles and rules are erected in an authentic extrajudicial control to guarantee the success, legality and timeliness of normative production.

Key Words: Normative production, Good regulation, Normative technique, Elaboration of standards, Economic memory.

Sumario

- I. Introducción: la potestad normativa del Gobierno.
- II. El control de la actividad normativa gubernamental.
 - 1. Los principios y reglas que rigen el ejercicio de la iniciativa normativa gubernamental.
 - 2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley y de normas reglamentarias.
- III. Bibliografía.

I. Introducción: la potestad normativa del Gobierno

El Gobierno de la Nación, como los Gobiernos de las Comunidades autónomas ejercen una pluralidad de funciones entre las que destaca la normativa que, fundamentalmente se traduce en el ejercicio de la potestad reglamentaria, típica gubernamental; en la aprobación de los Decretos-Leyes (solo aquellas Comunidades autónomas que así lo tienen reconocido en sus Estatutos de autonomía); en la elaboración y aprobación de los Decretos-Legislativos (para refundir o articular normas con rango de ley); y mediante la iniciativa legislativa, en la elaboración –antecedente al proceso legislativo propiamente dicho– de los proyectos de ley para su remisión a las Cortes para su discusión y, en su caso, aprobación.

Conviene recordar por lo que más adelante veremos que, conforme a lo dispuesto en la Constitución (art.87) la iniciativa legislativa corresponde, además de al Gobierno, al Congreso (y concretamente a un Grupo parlamentario o a un diputado con la firma de otros 14); al Senado (a un Grupo parlamentario o a 25 senadores); a los parlamentos autonómicos; o al cuerpo electoral, con respaldo de no menos de quinientas mil firmas acreditadas.

En la Comunitat Valencina gozan de iniciativa legislativa, el *Consell*, les *Corts* (un grupo parlamentario o un diputado con la firma de otros diez; y los ciudadanos, con un mínimo de diez mil firmas de electores.¹

Hasta época reciente, una gran parte de las Leyes aprobadas por las Cortes Generales y por los Parlamentos autonómicos tenían su origen en la iniciativa legislativa gubernamental. Los datos estadísticos sobre su actividad legislativa nos ponían de manifiesto que alrededor del 90% de las normas que eran aprobadas provenían de proyectos de ley del Ejecutivo, lo que ha permitido a algún sector doctrinal indicar que «es el Gobierno quien legisla y el Parlamento quien lo impide o controla la regularidad de tal proceso» (Pérez Royo, 1985: 94-95).

¹ Ley de Iniciativa Legislativa Popular 10/2017, de 11 de mayo, que derogó la Ley 15/1993, y rebajó el número de firmas exigible de 50.000 a 10.000.

No es difícil constatar que el texto normativo finalmente aprobado coincide, en cuanto a su estructura y a su redacción, e incluso en su contenido, con el texto inicialmente elaborado por el Gobierno. De ahí la importancia del procedimiento de elaboración de los proyectos de ley –y de los reglamentos y otras normas gubernamentales– que da como fruto un texto que se ha ido conformando teniendo en cuenta los distintos informes, dictámenes, alegaciones y otros trámites esenciales que deben observarse en su elaboración.

Ciertamente, el Parlamento goza de absoluta libertad, dentro de los límites impuestos por la Constitución, en su función de legislar. Desde esta perspectiva, podría pensarse que lo importante no es el proyecto de ley sino la ley aprobada, y que los defectos e imperfecciones que aquéllos puedan presentar serán depurados a su paso por el Parlamento. Pero no hay que olvidar que el Gobierno cuenta con una información y un conjunto de medios técnicos importantísimos a la hora de elaborar un proyecto legislativo, que difícilmente será modificado en fase parlamentaria. Por ello, todas las cualidades que se predicán de las leyes para que éstas puedan gozar de la máxima calidad, también deben observarse en la elaboración del proyecto de ley (Garrido Mayol, 2010).

Como dijo Bentham (1822: 38), «el fin de las leyes es dirigir la conducta del ciudadano y para que esto se verifique son necesarias dos cosas: primero, que la ley sea clara, esto es, que ofrezca al entendimiento una idea que representa exactamente la voluntad del legislador; segundo, que la ley sea concisa para que se fije claramente en la memoria. Claridad y brevedad son pues las dos cualidades esenciales. Todo lo que contribuye a la brevedad contribuye también a la claridad».

Es posible que las palabras del ilustre autor, escritas hace casi dos siglos, sorprendan hoy, en una época de legislación precipitada, de abundancia de normas y de extensos textos legislativos, a veces prematuramente reformados por la rapidez con que fueron elaborado. Pero sirven –como también las reglas que en su opinión conforman el arte de redactar leyes– como pauta a seguir en la elaboración de

las normas jurídicas, desde el mismo momento en que comienza a alumbrarse el primer texto que ha de servir de base para la discusión que concluya con su definitiva aprobación.

Y por eso es necesario un depurado trámite de elaboración, pues la norma debe ser punto final de un proceso detenido de reflexión y análisis en el que se hayan valorado su oportunidad, las opiniones de los conocedores de la materia que trata de regular y, en ocasiones, las de sus principales destinatarios, y durante el que se hayan ido puliendo las imperfecciones del texto inicial, a fin de lograr claridad, precisión, rigor, exactitud, coherencia y armonía, predicables de toda norma jurídica.

Por ello, también es necesaria una observancia cuidadosa de la técnica legislativa, que no es más que un conjunto de reglas tendentes a lograr la mayor calidad técnica en la configuración formal de las leyes y demás normas de carácter jurídico.

Una ley correctamente escrita, con un lenguaje claro y conciso, constreñida a materias sobre la que el órgano emisor tiene competencia, debidamente estructurada y completa, tendrá calidad desde el punto de vista de la técnica legislativa. Y será constitucionalmente procedente si respeta el orden constitucional de competencias, y las normas y principios constitucionales, especialmente el de seguridad jurídica, que es presupuesto ineludible de la norma y corolario de su proceso de elaboración.

En este sentido es de destacar la aprobación por el Gobierno de la Nación de unas Directrices sobre Técnica Normativa, el 22 de julio de 2005. Y en la Comunitat Valenciana, el *Consell* aprobó el Decreto 24/2009, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat.

Hay que subrayar la innegable vigencia de los problemas de técnica normativa como lo pone de relieve el elenco de estudios doctrinales e incluso de pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, y la aprobación, tanto en la Unión Europea como en sus Estados miembros, y en las Comunidades autónomas españolas de directrices tendentes a obtener la mayor calidad posible en las normas, con el fin de coadyuvar

a hacer efectivo el principio de seguridad jurídica que debe inspirar todo ordenamiento jurídico.

La Técnica Normativa ha adquirido una gran importancia hoy día por la necesidad de contar con normas claras, bien escritas y bien estructuradas, y de evitar la inestabilidad constante a que están sometidas.²

II. El control de la actividad normativa gubernamental

Es sabido que las normas con rango de ley, ya provengan del Gobierno ya del parlamento, solo son controlables por el Tribunal Constitucional, quedando sustraídas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, con la salvedad de los Decretos-Legislativos, –por los excesos en la delegación– e incluso, en algún caso, de Leyes y Decretos-Leyes cuando colisionen con el derecho europeo, originario o derivado, en virtud del principio de primacía del ordenamiento comunitario sobre el nacional, sea del nivel, estatal o autonómico, que sea, de acuerdo con la asentada jurisprudencia del TJUE y de la de nuestros Tribunales Constitucional y Supremo, que han destacado la prevalencia –que no la superior jerarquía– de las normas europeas sobre las internas, naturalmente, en caso de contradicción insalvable.³

Y ello comporta que jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo deban inaplicar una norma estatal o autonómica que consideren contraria al derecho comunitario, sin tan siquiera tener que plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Hay que tener en cuenta, además, que el principio de primacía se reconoce, tanto de

2 La buena factura de las normas jurídicas en general y de las leyes en particular es una exigencia del principio de seguridad jurídica. Ahora bien, como ha advertido el Tribunal Constitucional –SSTC 341/1993, 164/1995 y 162/1996– «Cierto es que este Tribunal no es Juez de la calidad técnica de las Leyes».

3 Lo que conduce a la inaplicación de las leyes nacionales por contradicción con el derecho comunitario sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad: STC 145/2012 y 232/2015; y SSTs 29.6.2011 (recurso 252/2010); 7.2.2012 (419/2010); 9.2.2012 (3820 y 5288/2008); 15.2.2012 (5033/2004); 16.2.2012 (325/2006) y 22.2.2012 (127/2009), entre otras.

la norma comunitaria posterior, sobre la nacional anterior y contraria, como de la norma comunitaria anterior respecto de la nacional posterior y contraria y en ambos casos independientemente de cual sea el rango de la norma nacional.⁴

Pero al margen de ese control especial que la jurisdicción contencioso-administrativa puede ejercer en relación con normas de rango de ley, singularmente Leyes y Decretos-Leyes, ésta jurisdicción es la que tiene encomendado el control de los actos y disposiciones administrativas, ya por motivos de tipo formal, ya de fondo por contravención de la legalidad.

Es, sin duda alguna, el control más efectivo porque comporta, en su caso, la declaración de nulidad de actos y disposiciones y el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas o de medidas reparatorias o indemnizatorias en favor del ciudadano o de la Administración.

1. Los principios y reglas que rigen el ejercicio de la iniciativa normativa gubernamental

Pero dejando aparte ese control judicial que engarza con uno de los rasgos que caracterizan al Estado de Derecho –el sometimiento de las Instituciones públicas y de la Administración al Derecho y como consecuencia, su control externo por los tribunales–, un Estado de Derecho se configura en nuestros días, y cada vez más, como un haz de garantías que, frente al poder, o para limitarlo, se reconocen en favor del interés de los particulares, pero también del interés general.

Ello es perfectamente perceptible en el ejercicio de la potestad normativa del gobierno, que debe encauzarse por un procedimiento reglado y con una serie de trámites preceptivos, algunos de ellos insalvables con la consecuencia fatal que provoca su omisión en la

⁴ Vid. al respecto, mi trabajo «El acervo comunitario: primacía, técnica y estética», *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, núm. 60, vol. I, 2015, pp. 273 y ss., y López de los Mozos Díaz Madroñero, A.: *La directiva comunitaria como fuente del derecho*. Madrid, Edición Cuadernos del Congreso de los Diputados, 2010, p. 55.

norma que se produzca. Pues bien, ese conjunto de reglas y principios, la necesidad de contar con Informes –a veces internos y otras externos a la propia Administración actuante– y, desde luego, la posibilidad de participación ciudadana, comportan un control, también efectivo, sobre la actividad normativa del gobierno

Centrémonos en el ejercicio de la iniciativa legislativa del gobierno, que, como hemos visto, está prevista en la Constitución, concretamente en art. art. 87 que desemboca con la presentación en el Congreso, en el Senado –o en les Corts– de un texto articulado, para su ulterior estudio, enmienda, discusión y, en su caso, aprobación, desembocando en la ley pretendida.

Hasta época reciente la regulación del ejercicio de la iniciativa legislativa se hallaba, casi exclusivamente, en la Ley de Gobierno, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, concretamente en sus artículos 22 a 28. Ahora el panorama es más complejo – lo ha complicado el legislador– al haber procedido de forma torpe, absurda y atentatoria al principio de seguridad jurídica, a regular en tres leyes distintas la iniciativa legislativa del Gobierno:

- La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno: ejercicio de la iniciativa legislativa, entrada en vigor de las normas, plan anual normativo, procedimiento de elaboración e informe anual de evaluación (arts.5.1.a), y 22 a 28)
- La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: iniciativa legislativa, principios de buena regulación, evaluación normativa, publicidad, planificación y participación ciudadana (arts. 127 a 133)
- La Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público: cuya Disposición Adicional Tercera da nueva redacción a varios artículos de la Ley 50/1997, del Gobierno, entre ellos, a los artículos 22 a 26 que integran el Título V sobre la iniciativa legislativa. ¿Por qué en esta Ley?

Ello nos obliga a desbrozar la dispersión legislativa para poder centrarnos en la cuestión.

Simplemente adelantaré, que el art. 22 de la Ley de Gobierno proclama que «El Gobierno ejercerá la iniciativa y la potestad reglamentaria de conformidad con los principios y reglas establecidos en el Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».

Y hay que advertir que, como ya he indicado, a ese art. 22 de la Ley de Gobierno se le dio nueva redacción (junto a los demás artículos del Título V de la Ley) por la Disposición Adicional 3ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector público. Vamos a ver si nos aclaramos:

En la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, –que lleva en vigor apenas un año y medio– se indica, innecesariamente que

«El Gobierno de la Nación ejercerá la iniciativa legislativa prevista en la Constitución mediante la elaboración y aprobación de los anteproyectos de Ley y la ulterior remisión de los proyectos de ley a las Cortes Generales.

La iniciativa legislativa se ejercerá por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos por la Constitución y sus respectivos Estatutos de Autonomía» (art. 127).

He dicho innecesariamente, porque en el mismo sentido se pronuncian los arts. 5.1.a) y 22 de la Ley de Gobierno 50/1997, que es la sede debida de tal prescripción.

También esta Ley 39/2015 dispone en su art.129, intitulado «Principios de Buena Regulación», que «En el ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán conforme a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia», cuyo contenido va concretando en los artículos siguientes, y que deben quedar justificados en la Exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamentos, respectivamente.

Así, se exige que la iniciativa normativa responda a razones de interés general, identifique claramente los fines perseguidos y sea el

instrumento más adecuado para garantizar su consecución. Y además, la norma proyectada ha de contener «la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos o que impongan menos obligaciones a los destinatarios».

Son obligaciones impuestas, con carácter básico, a todas las Administraciones Públicas, singularmente al Gobierno de la Nación y a los Gobiernos autonómicos⁵. Pero se habrá observado que se utilizan, para ello, conceptos jurídicos indeterminados cuyo control es hartamente complejo. Y además, ¿se debe controlar el cumplimiento de tales prescripciones o su apreciación queda al arbitrio del Gobierno promotor de la norma? Más adelante volveré a esta cuestión al referirme a la función de los Consejos Consultivos al respecto.

En la Exposición de motivos de la Ley 39/2015, se resaltan la diversas novedades en relación con el ejercicio de la iniciativa legislativa gubernamental con el fin de incrementar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas, destacando la necesidad de recabar, con carácter previo a la elaboración de la norma, la opinión de ciudadanos y empresas acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa; la necesidad y oportunidad de su aprobación; los objetivos de la norma; y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Pero analicemos los llamados principios de buena regulación.

⁵ Como se indica en la Deposición Final de la Ley Procedimental, «Esta Ley se aprueba al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y competencia en materia de procedimiento administrativo común y sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas» Y respecto de lo dispuesto en el Título VI, sobre iniciativa legislativa y potestad reglamentaria también se invocan los artículos 149.1.14.^a, relativo a la Hacienda general, y 149.1.13.^a, que atribuye al Estado la competencia en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Pero téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional, en STC 55/2018, de 24 de mayo, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de algunos incisos del art. 129 y los artículos 130, 132 y 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en tanto inciden en el ejercicio de la iniciativa legislativa y en la elaboración de reglamentos por parte de las Comunidades autónomas. También se ha visto afectada la Disposición Final primera.

A) LOS PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN

a) *Necesidad*

Se impone que la iniciativa normativa esté justificada por una razón de interés general, y basarse en una identificación clara de los fines perseguidos. Se debe expresar y razonar tal necesidad para evitar esas normas, tan frecuentes, que vienen a constituir lo que el Consejo de Estado ha venido a denominar derecho gaseoso, inservible, inconcreto, programático, no prescriptivo...⁶

En un Estado de Derecho considero exigible que toda norma cuente, con la denominación que se quiera, con una parte expositiva, en la que el legislador –si se trata de una ley–, o el Gobierno –si de una norma reglamentaria, o en casos de Decretos Legislativos o de Decretos-Ley– justifique su producción, explice los motivos que han llevado a su aprobación y explique las medidas normativas adoptadas o proyectadas. Y es que toda actuación de los poderes públicos, singularmente la consistente en la producción normativa, debe estar motivada (Garrido Mayol, 2013: 61).

He dicho que toda norma debe contar con una parte expositiva con la finalidad apuntada. Sin embargo, conviene diferenciar lo que es una Exposición de motivos de un Preámbulo. La primera es exigible, según el art. 88 de la Constitución, en los proyectos de ley que, en ejercicio de su iniciativa legislativa, apruebe el Consejo de Ministros para someterlos al Congreso, junto con los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos. En el mismo sentido cabe citar el art. 109 del Reglamento del Congreso de los Diputados, e incluso su art. 124, que exige también la Exposición de motivos en las proposiciones de ley. E, igualmente, en las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, se indica que en los

⁶ «Todas las normas deben tener un componente de solidez y garantía que eviten su transformación en lo que se ha dado en llamar «derecho gaseoso, blando o borroso», lo cual no deja de constituir un elemento de degradación de las normas. O dicho de otra forma, toda norma debe ser, en lo posible, un punto final de un proceso detenido de reflexión y análisis y en la que se utilice una técnica normativa depurada y limpia, evitando la confusión y la farragosidad» (Dictamen Consejo de Estado 4490/98).

anteproyectos de ley, la parte expositiva se denominará «Exposición de motivos» y se insertará así en el texto correspondiente (Directriz 10).

En el ámbito de la Comunitat Valenciana, el Estatuto de autonomía prescribe en su art. 26.1 que la iniciativa legislativa corresponde a Les Corts y al Consell, en la forma que determina el propio Estatuto y el Reglamento de Les Corts. Éste, en su art. 112, en línea con el citado art. 88 de la Constitución, dispone que los proyectos de ley remitidos por el *Consell* irán acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos. Por su parte, el art. 10 del Decreto 24/2009, de 13 de febrero, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat, abunda también en que la parte expositiva de los anteproyectos de ley se denominará exposición de motivos, y la de los demás proyectos normativos, preámbulo.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que la Exposición de motivos es, en todo caso, exigible respecto de los proyectos de ley. Sin embargo, no es obligatorio que las leyes finalmente aprobadas cuenten con una parte expositiva con la denominación que se quiera (exposición de motivos, preámbulo...), lo cual es de todo punto disfuncional por cuanto que impide que el destinatario de la norma conozca los motivos de su dictado o impulso. Como ha señalado Tajadura (2006: 2-3), la Exposición de Motivos va dirigida a los titulares del poder legislativo, mientras que el Preámbulo, a todos los ciudadanos a los que la ley se dirige. Éstos últimos cumplen una función educativa y pedagógica que refuerza la legitimidad de la norma e incrementa su fuerza integradora.

Pero en ocasiones, desafortunadamente, la práctica de incluir preámbulos se ha convertido en simple rutina y salvo excepciones, contienen explicaciones sumarias e inexpresivas y frecuentemente reiterativas del contenido material de la norma (Martin Casals, 1989: 77).

En todo caso, la parte expositiva no solo debe declarar breve y concisamente los motivos que hayan dado lugar a la elaboración de la norma, sino también los objetivos y las finalidades que se pretendan

satisfacer. Y es conveniente, asimismo, que se haga referencia a los antecedentes y a las competencias en cuyo ejercicio se dictan y a las líneas generales de su contenido cuando sea preciso para su mejor entendimiento, haciendo referencia a la incidencia que pueda tener en la normativa en vigor, con especial mención a los aspectos novedosos, evitando, en todo caso, exhortaciones, declaraciones didácticas o laudatorias, u otras análogas.⁷

No es infrecuente, por último, que para innovar en una determinada materia regulada se impulse y apruebe ¡una ley nueva, completa!, que viene a sustituir a la anterior, siendo de todo punto innecesaria. Pondré dos ejemplos ocurridos en la Comunitat Valenciana. Para alterar la composición del *Consell Jurídic Consultiu* y reducir el número de sus miembros de 6 a 5 –¡por la crisis económica!–, el *Consell*, el 28 de junio de 2013, aprobó –y remitió a les *Corts*– un proyecto de ley de completa regulación de esta Institución, absolutamente innecesario porque hubiera sido suficiente reformar un par de artículos de la Ley de su creación de 1994. Por fortuna el proyecto no fue aprobado al no alcanzar la mayoría de tres quintos exigida por el art. 44,5 del Estatuto de autonomía. Suerte distinta corrió la regulación del ejercicio de la iniciativa legislativa popular, contenida inicialmente en la Ley 5/1993, de 27 de diciembre, que fue sustituida, innecesariamente –porque su principal objetivo era rebajar de 50.000 a 10.000 las firmas exigibles para impulsar tal iniciativa– por la ley 10/2017, de 11 de mayo.

Son recordadas las palabras de Rodríguez Zapatero –que suscribiría cualquiera de los otros presidentes de la democracia– cuando se quejaba de la obsesiva tendencia de sus ministros por aprobar proyectos de ley, que en muchas ocasiones no resultaban necesarios. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en toda alteración de normas son necesarias la razonabilidad y reflexión como sustrato último sobre el que la meditación y el procedimiento objetivado conduzcan a una mutación ordenada y ajustada a razones reales.⁸

⁷ Vid. art. 11 del Decreto 24/2009, de 13 de febrero, del *Consell*.

⁸ STC 71/1982.

b) Eficacia

La iniciativa, el texto en que se traduce, debe constituir y ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución de los fines pretendidos. Ello enlaza con su necesidad, de la que ya he dejado comentario. Solo apuntar que habrá que estudiar en cada caso si los fines pretendidos pueden conseguirse de otro modo menos complejo y gravoso.

c) Proporcionalidad

La iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios (art. 129.3). Volvemos a la necesidad de normas concisas y breves, huyendo del derecho innecesariamente farragoso y extenso. Por ello, la medida pretendida no debe ir acompañada de abundancia de motivación si ésta puede ser escueta.

d) Seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica, también ciertamente indeterminado en su alcance, está consagrado en la Constitución y ha sido frecuente parámetro de enjuiciamiento de normas legales y reglamentarias. Pero ahora se exige su observancia, más precisamente, «para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión» con el objetivo de que la iniciativa normativa sea coherente «con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea» –omite la referencia a los autonómicos–. Eso está muy bien, pero a quienes nos dedicamos al estudio y análisis de normas jurídicas, en especial de los proyectos normativos, tal proclamación puede recordarnos a aquella solemne de la Constitución de 1812, que obligaba a todos los españoles a amar a la patria, y asimismo, a ser justos y benéficos.

Porque en un momento en que no ya los ciudadanos sino desde luego los juristas, trabajamos con asfixiante agobio por la abundancia de normas que debemos manejar, invocar y aplicar, por la pluralidad de fuentes de producción normativa en su triple vertiente europea, estatal y autonómica; por la manifiesta inestabilidad de leyes y reglamentos, constantemente modificados o sustituidos; por el contenido eminentemente técnico de muchas normas; y por la obsesión gubernamental de querer regular cualquier faceta de la vida de las personas, en muchas ocasiones elaborando normas de marcado carácter programático, hablar de seguridad jurídica como exigencia puede resultar una quimera, un desiderátum, y explicar el desasosiego que nos produce la dificultad de conocer, no solo las normas vigentes sobre una materia determinada, sino también el contenido de aquéllas. Ciertamente, el aforismo latino *iura novit curia* se ha convertido en una cualidad del pasado imposible hoy de suponer.

Tanto el Tribunal Supremo como diversos sectores doctrinales se han hecho eco del «alarmante fenómeno de la proliferación de normas jurídicas», llegando a utilizar, incluso, la clásica expresión de «legislación motorizada» que Karl Schmitt acuñó a mediados del pasado siglo para referirse a la realidad que ya entonces originaba con frecuencia no pocas dudas respecto a la normativa aplicable a un determinado supuesto, con claro riesgo para las exigencias propias de la seguridad jurídica.⁹

En este sentido es elocuente la Lección que pronunció en la Universidad de Málaga el profesor García de Enterría, con ocasión de su investidura como Doctor *Honoris Causa* con el título «Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas».¹⁰ El ilustre profesor advertía que, efectivamente, la proliferación de leyes pone en serio peligro valores como el de justicia y el de seguridad jurídica. El Estado social ha abandonado los postulados liberales de *laissez faire – laissez*

⁹ Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de noviembre de 1987 –Sala de lo Contencioso-administrativo–, señaló que «La legislación motorizada característica de nuestro tiempo origina con frecuencia dudas respecto de los elementos normativos aplicables a un determinado supuesto de hecho, lo que da lugar a la formulación de consultas...».

¹⁰ Publicado en E. Civitas, Madrid, 1999.

passer. El Estado mínimo dejó paso a un Estado intervencionista con la consiguiente eclosión legislativa. A ello hay que añadir, en nuestro caso, la coexistencia de un legislador estatal con diecisiete autonómicos, con unas reglas confusas de distribución de competencias. Y sin olvidar el derecho europeo, cada vez más amplio y determinante.

El Consejo de Estado, en su Memoria de 1992 señaló que la seguridad jurídica que la Constitución garantiza significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos sepan a qué atenerse; lo cual supone, por un lado, un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. «Estas dos circunstancias, –certeza y estabilidad–, deben coexistir en un Estado de Derecho donde no cabe la posibilidad dialéctica de que se viva "sine lege certa, sine iure certo"». ¹¹ La estabilidad da confianza al ciudadano pues, sin caer en la petrificación del ordenamiento, exige que éste no sufra modificaciones sustanciales salvo cuando existan razones graves y suficientemente fundadas que lo justifiquen.

El principio de seguridad jurídica vincula a todos los poderes públicos. A la hora de dictar normas, el Tribunal Constitucional ¹² ha manifestado que obliga a perseguir la certeza y no la confusión normativa, procurando que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los aplicadores del Derecho y los ciudadanos a qué atenerse en todo momento, lo que exige huir de provocar situaciones objetivamente confusas como complicados juegos de remisiones normativas, y del uso de conceptos jurídicos indeterminados, advirtiéndolo que tal exigencia se hace mayor cuando, por razón del reparto de competencias, deben colaborar en la legislación el legislador estatal y el autonómico ¹³.

¹¹ Consejo de Estado, Memoria de 1992, p. 99.

¹² Vid. SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, 70/1988, de 19 de abril, 99/1987, de 11 de junio, 146/1993, de 29 de abril, 46/1990, de 15 de marzo y ATC 190/1983, de 27 de abril.

¹³ Al respecto vid. Muñoz Machado, 1986; Tudela Aranda, 1994: 83 y ss. Ponen de relieve estos autores las dificultades que desde la perspectiva de la seguridad jurídica encierra un Estado compuesto en el que coexisten un legislador estatal con diecisiete autonómicos.

Ello proscribió la utilización de fórmulas proclives a la arbitrariedad y consagra la certidumbre del ordenamiento jurídico.¹⁴

e) Transparencia

En virtud del de transparencia se ha de posibilitar el «acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración». Y en este sentido hay que destacar la buena práctica de publicar en el BOE los textos consolidados de cada vez más leyes y reglamentos que han sufrido múltiples y frecuentes modificaciones.¹⁵

Además, la Ley 39/2015 exige que los proyectos de ley definan claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibiliten que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas, como veremos más adelante.

f) Eficiencia

Por último, y de acuerdo con el principio de eficiencia, en las normas proyectadas se deben «evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos

14 El Tribunal Constitucional, en relación con el ámbito reglamentario administrativo ha señalado, en su Sentencia 71/1982, que:

«...la norma jurídica producida por la Administración, dentro de su actividad reglamentaria, ha de ser lo suficientemente clara y precisa, para que no dé lugar a que su aplicación por su ambigüedad, se pueda llegar a unos efectos y resultados no queridos ni contemplados en las leyes que dan cobertura jurídica a aquéllas o, puedan dar lugar a diversas y diferentes soluciones, en algunos casos contradictorios, según la ideología del sujeto que la interprete y aplique, así como la ocasión de que ello se realice.

La seguridad jurídica no es una cuestión que concierna solo a la técnica normativa pero sin duda la buena construcción del ordenamiento jurídico como un sistema capaz de dar respuesta precisa a los conflictos susceptibles de ser resueltos por el Derecho es una condición esencial para la existencia de seguridad jurídica, pero no es una condición suficiente».

15 Aunque, como nos recuerda Alonso Timón, la Ley 17/2009, de 23 de diciembre (Ley Paraguas) en sus arts. 17 y 20, y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Unidad del Mercado, en sus Disposiciones Adicionales sexta y novena, ya establecieron previsiones tendentes a la transparencia que están ahora previstas en la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno; en el art. 3.5 de la Ley 30/1992, tras su reforma por la Ley 4/1999 (Alonso Timón, 2016: 77).

públicos». En este sentido adquiere especial relevancia la cuantificación del coste de la aplicación de la norma proyectada que debe constar en una memoria económica que exige la Ley 50/1997, del Gobierno (art. 22.2) y también las correspondientes leyes autonómicas siendo incluso preceptivo y vinculante, un Informe del Departamento competente en Hacienda si de la Memoria económica se deduce que la aplicación de la norma proyectada va a comportar un aumento del gasto público o una disminución de los ingresos. Más adelante me ocuparé de tan importante cuestión más ampliamente.

La preceptividad de la memoria económica está íntimamente relacionada con lo que se conoce como «factibilidad de las normas», esto es, el estudio sobre el coste de su posible puesta en práctica, parámetro económico indisoluble de la viabilidad de la norma proyectada.

Este trámite esencial está encaminado al objetivo de garantizar la utilización eficaz de los recursos económicos del Estado o de las Comunidades Autónomas y, por ello, la Ley 39/2015 exige, a este respecto, el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 129.7).

Pues bien, todos estos principios se sitúan en el contexto del programa *Better Regulation* de la Unión Europea que desembocó en el Acuerdo Institucional sobre mejora de la legislación de 13 de abril de 2016 y, como ha señalado Ciriero Soleto (2017: 48), la crítica que se puede hacer es que no se han introducido mecanismos para exigir su observancia y cumplimiento, convirtiéndolos en una simple guía de uso para redactar de forma adecuada las normas jurídicas. Ello no obstante, vienen a constituir una forma de control de la actividad normativa gubernamental.

B) LAS REGLAS Y EXIGENCIAS EN LA ACTIVIDAD NORMATIVA DEL GOBIERNO

a) Periódica revisión de la normativa vigente

Seguramente por ello, y con buen criterio, en la Ley Procedimental se ha incluido la exigencia a las Administraciones Públicas de que revisen

periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar si se han alcanzado los objetivos previstos por la norma que se aprobó, así como si el coste que ha supuesto su aplicación estaba correctamente cuantificado (art. 130.1). Todo ello debe publicarse periódicamente para general conocimiento.

También por esa maraña de normas jurídicas de complejo manejo, los planes impulsados desde el Gobierno de España (creación de la CORA)¹⁶ y desde la Comunitat Valenciana (Planes SICRA)¹⁷ persiguen el objetivo de simplificar el ordenamiento jurídico revisando las normas en vigor, refundiéndolas, en su caso, elaborando textos consolidados y expulsando del ordenamiento aquellas que ya no tienen una efectiva vigencia.

b) El Plan Anual Normativo y el Informe Anual de evaluación

Como se indica en la Exposición de motivos de la Ley 39/2015 se apuesta por mejorar la planificación normativa *ex ante* –Plan Anual Normativo– y se fortalece la evaluación *ex post* –Informe Anual de Evaluación–.

Y quizás por ello, también, se exige a las Administraciones Públicas –art. 132 de la Ley 39/2015– que elaboren y hagan público –en el Portal de Transparencia– un Plan Normativo que contenga las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente, según se explica en la Exposición de motivos de la Ley 39/2015, en aras de una mayor seguridad jurídica, y la predictibilidad del ordenamiento.

Tal prescripción también se contiene –otra vez pésima técnica normativa que nos obliga a ir de una a otra ley– en el art. 25 de la Ley 50/1997, del Gobierno. En este caso, de forma más amplia se exige que el Plan Anual Normativo esté coordinado por el Ministerio de

¹⁶ Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, de la que depende la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración (OPERA), que emite periódicamente Informes al respecto.

¹⁷ Planes de Simplificación y Reducción de Cargas Administrativas de la Generalitat, el primero, de 2010, y el segundo, de 2013.

la Presidencia, con el objeto de asegurar la congruencia de todas las iniciativas que se tramiten y de evitar sucesivas modificaciones del régimen legal aplicable a un determinado sector o área de actividad en un corto espacio de tiempo.

Pero, ¿esto va a ser posible? ¿No ha sido consciente el legislador de la Ley Procedimental de la premura, la rapidez y a veces, ligereza, con que se producen las normas jurídicas, de forma insospechada, impetuosa e imprevisible? ¿Será posible, a partir de ahora, que se prevean de un año para otro las normas que el Gobierno piense impulsar o aprobar? Ojalá sea así, pero yo, sinceramente, lo dudo.

Quizás por ello, se prevé que cuando se eleve para su aprobación por el órgano competente una propuesta normativa que no figure en el Plan Anual Normativo será necesario justificar este hecho en la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo, lo que, imagino, no será infrecuente.

- De cualquier forma, en cumplimiento de estas previsiones legales, el Gobierno aprobó, el 7 de diciembre de 2017, por primera vez, el Plan Normativo para 2018, que prevé la aprobación de 287 normas, de las cuales 9 tendrán rango de ley orgánica, 38 de ley ordinaria y 240 de real decreto.
- A lo largo de 2018 se procederá a la transposición de 52 Directivas comunitarias en 4 leyes orgánicas, 17 leyes ordinarias y 23 reales decretos.¹⁸

Por otra parte, se exige en la Ley del Gobierno que el Consejo de Ministros, antes del 30 de abril de cada año, apruebe un Informe de evaluación en el que se refleje el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, así como las iniciativas adoptadas que no estaban previstas. Todo ello responde a la necesidad de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado.

¹⁸ Se puede consultar ese Plan Normativo en el Portal de Transparencia del Ministerio de la Presidencia

Este Informe adquiere especial importancia cuando, como ocurre en la actualidad, el Gobierno no cuenta con una mayoría parlamentaria que le asegure la prosperabilidad de sus iniciativas legislativas.

c) La Memoria del Análisis de Impacto Normativo

En el procedimiento prelegislativo se exige, desde 2009,¹⁹ que el órgano impulsor de la norma redacte una «memoria de impacto normativo», de forma simultánea a la elaboración de ésta, y que ha de contener, además, la motivación de la necesidad y de la oportunidad de la norma proyectada, una valoración de las distintas alternativas existentes, un análisis de las consecuencias económicas y jurídicas – especialmente sobre la competencia– que se derivarán de su aplicación, así como su incidencia, en el ámbito presupuestario, de impacto de género y en el orden constitucional de distribución de competencias. De forma detallada se regula en el art. 26.3 de la Ley del Gobierno, que también exige que se identifiquen las cargas administrativas que conlleve la propuesta, se cuantifique el coste de su cumplimiento para la Administración y para los obligados a soportarlas y con especial referencia al impacto sobre las pequeñas y medianas empresas.

También debe incluir un resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública al que me refiero a continuación.

d) La participación ciudadana

Cuestión que reviste especial interés es la oportunidad de someter el anteproyecto de ley a audiencia de organizaciones, entidades y colectivos a quienes, de forma singular, vaya a afectar la norma proyectada, pues ello permite obtener la más amplia visión del sector social que se pretende regular.²⁰

¹⁹ Anteriormente estuvo prevista en el Real Decreto 1083/2009, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo. Hoy, en los arts. 25 y 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno.

²⁰ Sobre esta cuestión vid. Aja Fernández, Larios Paterna, 1998: 79 y ss.; Marco Abato, 1998: 201 y ss.

Al respecto hay que indicar, de una parte, que, la Constitución solo exige –art. 105.a)– la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.²¹ Por tanto, no era obligatorio consultarles durante el procedimiento de elaboración de los proyectos de ley que, en todo caso, para que tengan virtualidad normativa han de ser aprobados por las Cortes Generales, esto es, por los propios representantes del pueblo al que la norma se dirige.

Mas desde la vigencia de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, con anterioridad a la elaboración de proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, ha de sustanciarse una consulta pública a través de la web de la Administración competente para recabar la opinión de los sujetos y organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma (artículo 133), acerca de:

- los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa
- la necesidad y oportunidad de su aprobación
- los objetivos de la norma
- las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Consulta que puede obviarse en supuestos de normas presupuestarias u organizativas de la Administración, o cuando concurren razones graves de interés público –concepto jurídico indeterminado– que lo justifiquen. Tampoco en casos de no apreciar un impacto significativo en la actividad económica o de no imposición de obligaciones relevantes a los destinatarios.

e) La publicación y entrada en vigor de las normas

La Ley 39/2015 prescribe –art. 131– que las normas con rango de ley –y también los reglamentos y disposiciones administrativas–

²¹ De cualquier forma, la audiencia prevista en el art. 105.a) de la Constitución, y por extensión, en el art. 24 de la Ley de Gobierno, lo es a los ciudadanos, a los particulares, directamente o a través de las asociaciones que los agrupan, y no a las Administraciones Públicas. Vid. STS de 26 de enero, 1 de febrero y 13 de noviembre de 2000.

se han de publicar en el diario oficial correspondiente para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos. Tal prescripción no es más que trasunto del principio de publicidad de las normas proclamado en el art. 9.3 de la Constitución.

Por cierto que la Ley prevé lo que hoy es una realidad: los boletines oficiales ya no se publican en papel sino en las sedes electrónicas de las Administraciones Públicas y, por ello, dispone que la publicación de tal manera, tendrá, en las condiciones y con las garantías que cada Administración Pública determine, los mismos efectos que los atribuidos a su edición impresa y que la publicación del Boletín Oficial del Estado en la sede electrónica del Organismo competente tendrá carácter oficial y auténtico en las condiciones y con las garantías que se determinen reglamentariamente, derivándose de dicha publicación los efectos previstos en el título preliminar del Código Civil y en las restantes normas aplicables.

Por su parte, la Ley de Gobierno, en su art. 23 contiene una prescripción realmente novedosa en relación con la entrada en vigor de las normas, que refuerza el principio de publicidad en relación con el de seguridad jurídica garantizados en la Constitución. Y es que las disposiciones de entrada en vigor de las leyes y reglamentos, cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros, y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de ésta, preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación.

O sea, altera el régimen previsto en el art. 2.1 del Código civil que, como es sabido, determina que las normas jurídicas entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado –o en el Diario Oficial autonómico correspondiente– si en ellas no se dispone otra cosa. Pues bien, ahora se establece una *vacatio legis* en una serie de normas que han de afectar directamente a quienes desempeñen una actividad económica o profesional que tengan que afrontar nuevas obligaciones establecidas en la nueva norma. Pero esa

vacatio legis puede ser muy breve –dos días– o hasta seis meses y un día como máximo. Pensemos en una Ley que se publique en el BOE el 31 de diciembre: podría establecerse su entrada en vigor el 2 de enero siguiente, con lo cual la finalidad pretendida por la Ley de Gobierno quedaría en papel mojado. Por el contrario, una norma publicada 1 de julio, entraría en vigor el 2 de enero siguiente, esto es, a los seis meses y un día de su publicación. Ha de entenderse que ese lapso de tiempo ha de contarse, por lógica, desde su «publicación», y no desde su «aprobación», que es lo que dice el art. 23.

La propia Ley exceptúa de este régimen de entrada en vigor a los Reales Decretos-Leyes –normas que se dictan en supuestos de extraordinaria y urgente necesidad– y a las normas que deban respetar el plazo de transposición de Directivas europeas. Siempre queda el recurso, no obstante, a otras razones justificadas que así lo aconsejen (art. 23 *in fine* de la Ley del Gobierno).

2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley y de normas reglamentarias

El procedimiento prelegislativo en la actualidad, está regulado en el art. 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Y el que ha de seguirse para el ejercicio de la potestad reglamentaria, en su art. 23.

Las Comunidades Autónomas también pueden regular su propio procedimiento, pues tal y como señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia 15/1989, «el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter General es un procedimiento administrativo especial, respecto del cual las Comunidades Autónomas gozan de competencia exclusiva cuando se trate de procedimiento de elaboración de sus propias normas de carácter general».

En la Comunitat Valenciana se halla regulado en la Ley 5/1983, del Consell (art. 42) y por lo que se refiere a la memoria económica, en la Ley 1/2015, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones.

La finalidad de los procedimientos prelegislativo como fase preparatoria del ulterior legislativo, y de elaboración de normas reglamentarias, no es otra que garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad de los proyectos normativos, tal y como ha tenido ocasión de proclamar el Tribunal Supremo (SSTS de 23 de mayo de 1985 y de 29 de diciembre de 1986, entre otras), y prescribe ahora el art. 26.1 de la Ley del Gobierno.

Se trata de contribuir adecuadamente a la construcción de un ordenamiento jurídico:

- bien estructurado en sus principios, e integrado por normas correctamente formuladas.
- un ordenamiento que haga efectivo el principio de seguridad jurídica en un momento de máxima complejidad normativa.
- un ordenamiento con normas bien escritas, con una estructura argumentativa y una exposición de su contenido que vaya de lo general a lo particular; de lo abstracto a lo concreto; de lo normal a lo excepcional; y de lo sustantivo a lo procesal.
- un ordenamiento con normas que gocen de calidad lingüística, con un léxico jurídico que se aproxime al lenguaje de la calle, huyendo de tecnicismos y de conceptos indeterminados, y observando las normas de la gramática y de la ortografía. Como ha dicho la STC de 20.2.2008, «el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios».
- un ordenamiento con normas prescriptivas –parece una redundancia– y no programáticas, pues lo propio de las normas jurídicas es que prohíban hacer algo, o faculden para hacerlo u obliguen a hacerlo.
- un ordenamiento con normas que alcancen la claridad, precisión, rigor, exactitud, coherencia y armonía y que eviten la ambigüedad, la oscuridad, la voluminosidad, la redundancia, la prolijidad, el embrollo y el desorden.

Como ya he advertido, hasta época reciente gran parte de las leyes aprobadas por los Parlamentos autonómicos tenía su origen en

la iniciativa legislativa gubernamental, y por ello es tan importante el procedimiento de elaboración de los proyectos de ley, que da como fruto un texto que se ha ido conformando teniendo en cuenta los distintos informes, dictámenes, alegaciones y otros trámites esenciales que deben observarse en la elaboración de aquéllos y también ahora, los principios y exigencias recogidos en la ley procedimental administrativa. E igualmente, por ello, es necesaria una observancia cuidadosa de la técnica legislativa, para lograr la mayor calidad técnica en las normas jurídicas.

No es infrecuente que se aprueben normas legales o reglamentarias mal redactadas, confusas, con lagunas e imprevisiones, etc.... A veces el vicio viene de origen; otras, de su paso por el Parlamento, en el caso de las leyes. Ejemplos curiosos de normas que causan perplejidad podríamos poner muchos, pero no es el momento.²²

El procedimiento prelegislativo, como el de producción reglamentaria, debe superar diversas fases, trámites e informes, muchos de los cuales –algunos ya los hemos visto– suponen un auténtico control de la iniciativa normativa gubernamental.

Hay que distinguir, como señala García-Escudero (2001:54), entre los informes iniciales para justificar la necesidad y oportunidad del proyecto, y los de una segunda fase que se refieren normalmente al contenido y orientación de la normativa a establecer.

Los primeros pueden ser internos al propio Ministerio o *Consellería*, entre ellos el preceptivo de la Secretaría General Técnica, o de la Subsecretaría, o externos, procedentes de otros organismos, instituciones, e incluso particulares. Entre los segundos cabe distinguir, como veremos, los que tienen carácter preceptivo de los que son meramente facultativos.

Pero cada vez son más los Informes que han de recabarse en el procedimiento que ha de seguir la iniciativa normativa, que han proliferado en los últimos años, quizás de forma desmesurada y exagerada.

22 Vid. más ampliamente Garrido Mayol, 2010: 49 y ss.

El objeto de esa pluralidad de informes y trámites es, en palabras del Tribunal Supremo, «...asegurar que los encargados de elaborar y aprobar los proyectos de disposiciones generales tengan la información necesaria que les permita estimar qué impacto tendrá en los ciudadanos y qué medios serán necesarios para su aplicación.

[...] Nuestro país atiende, así, la recomendación de la Comisión a los Estados miembros de la Unión Europea en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, sobre legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea, con la finalidad de «permitir a los responsables políticos adoptar decisiones a partir de análisis minuciosos de las posibles consecuencias económicas, sociales y medioambientales de las nuevas propuestas legislativas», planteamiento que exige «un estudio completo y equilibrado de todas las consecuencias y permite presentar un análisis exhaustivo y determinar, en su caso, el mejor término medio» (STS 488 / 2016, de 22 de febrero).

Y ello debe constar en la Memoria de Impacto Normativo a la que ya me he referido²³, y que ha de contener, además, la motivación de la necesidad y de la oportunidad de la norma proyectada, una valoración de las distintas alternativas existentes, un análisis de las consecuencias económicas y jurídicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán de su aplicación, así como su incidencia, en el ámbito presupuestario, de impacto de género y en el orden constitucional de distribución de competencias.

Téngase en cuenta, respecto de los Informes que deben emitirse en el procedimiento de elaboración de los proyectos de ley, que, además de los previstos en la normativa básica estatal, singularmente en la Ley 39/2015, y en otras leyes que, como las orgánicas, son de aplicación general, hay otros previstos en la normativa de cada Comunidad autónoma. Veamos, siquiera sea sintéticamente, qué informes deben emitirse:

²³ Y que, no lo olvidemos, anteriormente estuvo prevista en el Real Decreto 1083/2009, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

A) LA CUANTIFICACIÓN DEL COSTE DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA PROYECTADA: LA MEMORIA ECONÓMICA

Prescribe el artículo 26.3.d) de la Ley del Gobierno, y el art. 42.2 de la Ley del *Consell*, que el anteproyecto de ley y los proyectos de reglamento deben ir acompañados, además de por otros informes, por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

En el Estado, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo debe contener un Informe de Impacto económico y presupuestario, que evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos y agentes afectados por la norma.

Como ya he advertido, la preceptividad de la memoria económica está íntimamente relacionada con lo que se conoce como «factibilidad de las normas», esto es, el estudio sobre el coste de su posible puesta en práctica, parámetro económico indisoluble de la viabilidad de la norma proyectada.

Este trámite esencial está encaminado al objetivo de garantizar la utilización eficaz de los recursos económicos del Estado o de las Comunidades Autónomas y, por tanto, a satisfacer el principio constitucional de eficacia y eficiencia –artículo 103.1 de la Constitución–, o de contención del gasto público –art. 31–. Así, hay que destacar la importancia de la existencia de adecuados medios económicos para poder hacer frente de forma correcta a los derechos y obligaciones que establezcan las normas jurídicas. Si una norma carece de respaldo presupuestario necesario para su efectiva aplicación puede resultar, en la práctica, ineficaz y vacía de contenido.

El estudio económico debe abordarse teniendo en cuenta la relación entre el coste que puede comportar la aplicación de la norma proyectada y las disponibilidades presupuestarias de la Administración correspondiente. Sería absurda la aprobación de una norma que comportara un excesivo gasto que ni estuviera presupuestado, ni racionalmente pudiera estarlo. Por ello, en algún caso se exige también que, si de la memoria económica del anteproyecto se desprende que

la aplicación de la futura norma puede comportar incremento de gasto en el ejercicio de inicio de su eficacia o en cualquier ejercicio posterior, deberá recabarse un informe preceptivo y vinculante del Departamento competente en materia de Hacienda.

Tal ocurre en la Comunitat Valenciana en la que la Ley 5/83, de 30 de diciembre, de Gobierno, exige en su artículo 42 que todo anteproyecto de Ley –y en el art. 43.1.a) respecto de los proyectos de reglamento– vaya acompañado de una memoria económica sobre la estimación del coste previsto, y el artículo 26.1 de la Ley 1/2015, de Hacienda, Sector Público y Subvenciones que determina la obligatoriedad del Informe preceptivo y vinculante de la Conselleria competente en materia de Hacienda respecto a la adecuación de la norma proyectada a las disponibilidades presupuestarias e incluso a los límites de los escenarios presupuestarios plurianuales. Ahora bien, este Informe no será necesario siempre que en el texto que se someta a aprobación o autorización del *Consell* se incluya, a través de la incorporación de un apartado, artículo, disposición o cláusula específica, una referencia expresa a la no incidencia presupuestaria de la actuación en cuestión.

Dicho lo anterior, hay que indicar que la memoria económica no puede considerarse como una mera cláusula de estilo tal y como han advertido el Consejo de Estado y el *Consell Jurídic Consultiu* y ha señalado el Tribunal Supremo al exigir exposición detallada y completa²⁴

En ocasiones puede ocurrir que los gastos que pueda generar la aplicación de una norma puedan ser atendidos con cargo a las correspondientes partidas presupuestarias del presupuesto de un determinado Departamento, en cuyo caso así se debe hacer constar. En otras ocasiones, del expediente puede deducirse claramente que de la aplicación de la norma proyectada no va a derivar impacto económico alguno para el sector público, en cuyo caso puede considerarse innecesaria la memoria económica, como así ha tenido ocasión de

24 STS 31 enero 2017.

señalar el Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de 26 de enero y de 1 de febrero de 2000.

Cuestión distinta es la relación entre el coste y el beneficio de la norma que se pretende aprobar, de cuyo estudio se ha ocupado ampliamente López Jalle (1994:180-181), quien ha advertido que la forma en que el sector público ha de calcular los gastos y beneficios es diferente que la del sector privado.

Por último, hay que advertir que, respecto de las disposiciones reglamentarias, el incumplimiento de las normas relativas a la necesidad de la memoria económica y, en su caso, del Informe preceptivo y necesario del departamento competente en materia de hacienda, pueda dar lugar a la nulidad de la norma por motivo de tipo formal²⁵.

B) INFORMES DE IMPACTO SECTORIAL NECESARIOS

En los distintos ámbitos, estatal o autonómico, se exigen una serie de informes con la finalidad antedicha de lograr la legalidad y oportunidad de la norma proyectada. En la Comunitat Valenciana, entre otros, cabe hacer referencia a los siguientes:

a) Informe impacto de género

Así lo dispone el art. 19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y, actualmente, el art. 4-bis de la Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Sobre la preceptividad de tal Informe en las Comunidades autónomas, el Tribunal Supremo, en las Sentencias de 7 de febrero y 29 de mayo de 2012 (dictadas en recursos de casación contra Sentencias del TSJCV, que anularon sendos Decretos del *Consell*, por falta de informe sobre impacto por razón de género en base a la aplicación supletoria del artículo 24 de la Ley de Gobierno) señaló que Ley 5/1983, del Gobierno Valenciano, no contemplaba el informe de impacto de género

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 26/2005, de 14 de enero.

como trámite imperativo en el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas, que es la norma que ha de aplicarse por haber renunciado la entonces vigente Ley del Procedimiento Administrativo (la Ley 30/1992) a establecer un procedimiento común aplicable a todas las Administraciones para poder ejercer la actividad reglamentaria, sin que fuera procedente aplicar la cláusula de supletoriedad prevista en el artículo 149.3 de la Constitución.

Hoy en día la cuestión jurídica que antes era problemática ha quedado solucionada al haber dispuesto la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera y de Organización –art. 47– la modificación de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana –modificó su art. 6– y la Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, –añadió el art. 4-bis– con el fin de que los proyectos normativos que se elaboren por la Administración de la Generalitat, incorporen un informe de impacto por razón de género y en la Infancia y en la adolescencia, a elaborar por el departamento o centro directivo que propone el anteproyecto o proyecto de norma, desde el inicio de su tramitación, dado que la referencia a estos informes en la normativa valenciana reguladora de elaboración de proyectos normativos era inexistente hasta la fecha.

b) Informe de impacto sobre la familia

De acuerdo con la Disposición Adicional Décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, «Las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamentos incluirán el impacto de la normativa en la familia».

c) Informe de impacto sobre la infancia y adolescencia

Previsto en el art. 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, introducido

por la Ley 26/2015, de 28 de julio y en el art. 6 de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana.

C) INFORMES DE IMPACTO SECTORIAL EN FUNCIÓN DE LA MATERIA

- a) Informe sobre incidencia del texto proyectado en los objetivos estratégicos de competitividad de la Comunitat Valenciana Instrucción núm. 1/2015, de la Dirección General de Economía, Emprendeduría y Cooperativismo.
- b) Memoria en materia de inclusión y derechos sociales Acuerdo de 19/1/2016, de la Comisión Delegada del Consell de Inclusión y Derechos Sociales.
- c) Informe de análisis de administración electrónica, cuando afecta a procedimientos administrativos tramitados electrónicamente. Art. 94 del Reglamento de Administración Electrónica de la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto 220/2014, de 12 de diciembre, del Consell, que dispone que «La aprobación o modificación de toda normativa reguladora de un procedimiento administrativo competencia de la Generalitat, relativo a los sujetos referidos en el número 1 del artículo 2, –Presidencia y las consellerías de la Administración de la Generalitat, así como sus organismos autónomos– requerirá informe preceptivo de coordinación informática, emitido por el órgano directivo con competencias horizontales en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones de la Generalitat, con el fin de asegurar la regulación, la coordinación y la planificación de las consecuencias informáticas derivadas de dichos proyectos y actos».
- d) Informe de impacto en la salud Decreto 86/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se crea la Comisión de Evaluación del Impacto en Salud y se regula el procedimiento para la implantación de la Evaluación del Impacto en Salud en la Comunitat Valenciana

- e) Informes en procedimientos de aprobación de bases reguladoras de subvenciones

Intervención de la Generalitat y Abogacía de la Generalitat.

Art. 165 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público instrumental y de Subvenciones, que dispone que «Las bases reguladoras de la concesión de subvenciones serán aprobadas mediante orden de la persona titular de la conselleria competente por razón de la materia, debiendo publicarse en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana. Sólo será preceptivo el previo informe de la Abogacía General de la Generalitat y de la correspondiente intervención delegada...» .

Además, conforme al art. 164.b), «Los proyectos de bases reguladoras de subvenciones y sus modificaciones a los que resulte de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, deberán cumplir lo previsto en la normativa de la Generalitat relativa a la notificación, autorización y comunicación de ayudas públicas a la Comisión Europea».

El elevado número de informes que hay que emitir a lo largo del procedimiento de elaboración de normas suscita tres reflexiones que, sucintamente voy a exponer:

1. La primera se refiere, precisamente, a ese elevado número de Informes que, en algunos casos, supone un control de la iniciativa normativa pero que, en otros, su utilidad es cuestionable por lo que a continuación diré.
2. En ocasiones está justificada la emisión de tales Informes, pero no siempre. El Informe sobre impacto de género o de la familia, o de la infancia y adolescencia puede tener su lógica en determinadas normas que regulan situaciones o reconocen derechos susceptibles de menoscabar la protección que mujeres especialmente, familias o menores merecen, pero no en otras muchas en las que la exigencia de los mismos provoca, cuanta menos perplejidad. Una norma que

contenga medidas para evitar la proliferación del cangrejo rojo americano en los ríos valencianos o los periodos hábiles para la caza, no creo que requiera de tales informes.

3. La tercera reflexión hace referencia al órgano emisor de tales Informes. Si el promotor del proyecto normativo es un determinado Ministerio o Consejería no se entiende que el Informe sea emitido por un órgano o servicio del propio departamento, no especializado en la materia de que se trate (discriminación de la mujer, menoscabo de la infancia o adolescencia, informática...), convirtiendo en autoinforme lo que debiera ser una opinión cualificada y objetiva sobre el impacto de género, de la infancia o la administración electrónica. La ajenidad y la especialidad son requisitos lógicos y exigibles, que no se cumplen. El informe sobre impacto de género, por ejemplo, debe realizarlo el cargo institucional creado o con competencias para velar por las políticas de igualdad de género, tal como previene el art. 19 de la LO 3/2007, de 22 de marzo.²⁶ Esta práctica perversa ha sido denunciada por el CJC que presido en diversas ocasiones.²⁷

D) EL CONOCIMIENTO DEL ANTEPROYECTO DE LEY POR LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

Una vez se ha redactado el anteproyecto de Ley por el Ministerio o *Consellería* competentes y elaborados los estudios e informes sobre su necesidad y oportunidad, la memoria económica, el informe sobre el impacto de género y el de la Secretaría General Técnica, o Subsecretaría, el expediente integrado por todo ello se eleva al Consejo de Ministros, o al Consell, a fin de que sus miembros lo conozcan y decidan sobre los ulteriores trámites que resulten pertinentes.

Y es que la Ley del Gobierno y la Ley del *Consell*, han establecido el sistema de la doble lectura, de tal manera que el Consejo de Ministros

²⁶ Vid. Al respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, nº 3429/2014, de 1 de septiembre.

²⁷ Vid. Por todos, el Dictamen CJCCV 405/2016.

y el *Consell* van a estudiar los anteproyectos de Ley en dos momentos diferentes. Como ha señalado Dorrego (1998:301), este trámite de primera lectura es encomiable pues permite un pronunciamiento político sobre el anteproyecto. Una vez recibido el apoyo expreso del colegio ministerial, el texto se somete a los informes y consultas externas que sean procedentes, tanto si son preceptivos como facultativos.

La decisión del Consejo de interesar determinados informes o de someter el anteproyecto a consideración de determinados colectivos y entidades comporta, en todo caso, su asunción inicial por el Órgano que ha de aprobar el proyecto. De igual manera, la aprobación por el Consejo de Ministros de un proyecto de ley, háyase o no observado el trámite legalmente establecido de primera lectura, parece convertir a éste en superfluo, puesto que su previsión va dirigida precisamente al conocimiento previo de un texto que finalmente ha de aprobar el propio Consejo.

Puede estimarse que la omisión del trámite de primera lectura previsto en la Ley de Gobierno de 1997 –art. 26.4– puede quedar subsanado por la posterior aprobación del proyecto de ley por el Consejo de Ministros.

E) OTROS INFORMES PREVISTOS

Pero no solo se han de emitir los Informes antedichos. El Consejo de Ministros, y los Gobierno autonómicos, una vez han tenido conocimiento de un anteproyecto de Ley pueden determinar los informes que estime convenientes a los fines de la norma proyectada. Además, ha de interesar las consultas que sean preceptivas conforme a la Constitución y a las Leyes. Por ejemplo, los de:

- Consejo General del Poder Judicial en relación con los anteproyectos de ley sobre materias relativas a demarcaciones, plantilla orgánica de la Administración de Justicia, estatuto orgánico de jueces y magistrados y personal judicial, normas penales, procesales y de organización de Juzgados y Tribunales, y régimen penitenciario, por así establecerlo el artículo 561.1 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Ahora bien, la omisión de este trámite esencial, si bien supone una infracción de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, políticamente reprochable, no comporta la invalidez del proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros, como tuvo ocasión de declarar el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 108/1986, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- Consejo Económico y Social, y los órganos homólogos de las CCAA. El problema se plantea, en este caso, en qué hay que entender por «materias socioeconómicas y laborales», concepto excesivamente amplio que puede englobar un sinnúmero de proyectos normativos.
- Igualmente, y por citar otro supuesto, es preceptivo el informe del Consejo Nacional del Agua, –previsto en el artículo 17 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas–, en relación con el proyecto de Plan Hidrológico Nacional, antes de su aprobación por el Gobierno para su remisión a las Cortes, conforme dispone el artículo 18.1ª) de la citada Ley.
- En el ámbito del derecho local, la ley 7/1985, de 2 de octubre, de Bases del Régimen Local prevé la posibilidad de que las Comunidades autónomas puedan crear, modificar o suprimir mediante Ley, Áreas Metropolitanas, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos, y previa audiencia de la Administración del Estado y de los Ayuntamientos y Diputaciones afectados. Es éste otro supuesto en el que existe obligación de consultar, aunque como se ve, no afecta al Estado sino a las Comunidades Autónomas, que deben cumplir lo dispuesto en la normativa básica sobre régimen local.

F) LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS

He dejado para el final la intervención de los Consejos Consultivos, porque debido a la posición institucional que ocupan su dictamen es el último trámite del procedimiento,

inmediatamente anterior a la aprobación por el Gobierno del proyecto de ley o del reglamento correspondiente.

Todos deben intervenir en el proceso de elaboración de disposiciones de carácter general, pero solo algunos en el de elaboración de los proyectos de ley. Tal ocurre en las Comunidades autónomas de Canarias, Castilla y León, Extremadura, Illes Balears, Galicia, Comunidad Valenciana y Andalucía²⁸. En ocasiones, como en Canarias, también se dictaminan las proposiciones de ley.

La misión primordial de los Consejos Consultivos en el ejercicio de esta competencia consiste, esencialmente, en constatar la regularidad del procedimiento establecido para la elaboración de los proyectos normativos; en la comprobación de que el proyecto normativo no resulta contrario a ninguna norma de jerarquía superior y, consecuentemente, que se ajusta a la Constitución, al Estatuto de autonomía y, en su caso, a la legislación básica estatal y al derecho comunitario; que su rango es el adecuado, según la materia que pretende regular; que no producirá consecuencias contrarias a las pretendidas; que su forma y redacción se atienen a las normas habituales de técnica normativa y de la gramática; y que la norma proyectada guarda la coherencia interna necesaria en aras de hacer efectivo el principio de seguridad jurídica.

Y atención, a partir de hora, en la constatación de la observancia y cumplimiento de los principios de buena regulación establecidos en la Ley 39/2015, con todos los matices que ofrecen, muchos de los cuales ya venían siendo objeto de atención desde la función consultiva, pero otros quedaban al margen de ella al considerar que eran más propios de la oportunidad que de la legalidad.

Pero, en todo caso, los Consejos Consultivos, al dictaminar anteproyectos de ley, se erigen en órganos de garantía constitucional y estatutaria, ejerciendo un control preventivo –control de adecuación en el que no se impone la voluntad del controlador al controlado–, de

²⁸ En los casos de la Comunidad Valenciana y Canarias, con excepción del Anteproyecto de Ley de Presupuestos.

indudable importancia al ser la consultiva una función pública neutral que representa el interés por la legalidad por encima de cualquier condicionante político, económico o social.

Es el control específico de estatutoriedad de las leyes autonómicas por un órgano propio de las Comunidades Autónomas ante la ausencia de los que Font denomina *jurisdicción estatutaria*.

Es sabido que el artículo 153.a) de la Constitución reserva el control de la constitucionalidad de las leyes de las Comunidades Autónomas al Tribunal Constitucional, y no autoriza ningún otro tipo de control específico sobre el respeto y la adecuación de la legislación autonómica al respectivo Estatuto de Autonomía.

Esta circunstancia podría poner de manifiesto el carácter incompleto del ordenamiento de cada Comunidad Autónoma, ante la ausencia de un mecanismo interno de garantía de la supremacía del Estatuto sobre las leyes que aprueben los parlamentos de las distintas Comunidades Autónomas.

Pues bien, ante este estado de cosas emerge la que podríamos denominar solución posibilista, consistente en articular la garantía del Estatuto a través de un *órgano consultivo autonómico*. De esta forma se consigue que sea un órgano propio de la Comunidad Autónoma, y no el Tribunal Constitucional, quien ejerza en primera instancia la función de velar por la supremacía del Estatuto de Autonomía (Font, 1995: 37-ss).

Pedro Nevado-Batalla (2015: 24), presidente que fue del Consejo Consultivo de Extremadura –pasto de la inconsciencia cuando no de la temeridad– nos recordaba el viejo principio jurídico que afirma que «los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son». Y generalizando ese principio le lleva a afirmar que los Consejos Consultivos son lo que son y no lo que algunos dicen...

Esa puede ser la frase con la que concluir esta referencia a los Consejos Consultivos, que ha pretendido contribuir a clarificar y difundir, aun con evidente brevedad, lo que son y su trascendente papel. Qué pena –me lamento con Nevado– que la madurez cívica de nuestra sociedad no alcance para distinguir lo necesario de lo

contingente y que, en este contexto, los malos planteamientos políticos de algunos se abran camino sobre los buenos planteamientos técnicos de otros, y ante lo que sin duda es una efectiva garantía propia del Estado de derecho.

G) ELEVACIÓN AL CONSEJO DE MINISTROS PREVIO ESTUDIO POR LA COMISIÓN GENERAL DE SECRETARIOS DE ESTADO Y SUBSECRETARIOS

Una vez recabados los Informes antedichos y superados los trámites reseñados, el anteproyecto de ley ha de elevarse al Consejo de Ministros, previo estudio por la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, para su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompañándolo de una Exposición de Motivos y de la documentación propia del procedimiento, a fin de se inicie el procedimiento legislativo propiamente dicho.

H) EXAMEN DE CALIDAD TÉCNICA Y JURÍDICA POR EL MINISTERIO DE PRESIDENCIA

Ahora bien, tal y como prescribe el art. 26.9 de la Ley del Gobierno, antes de su remisión a la cámara parlamentaria correspondiente, el Ministerio de la Presidencia²⁹, con el objeto de asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno analizará los siguientes aspectos:

- a) La calidad técnica y el rango de la propuesta normativa.
- b) La congruencia de la iniciativa con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, con otras que se estén elaborando en los distintos Ministerios o que vayan a hacerlo de acuerdo con el Plan Anual Normativo, así como con las que se estén tramitando en las Cortes Generales.
- c) La necesidad de incluir la derogación expresa de otras normas, así como de refundir en la nueva otras existentes en el mismo ámbito.

²⁹ Vid. el Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece el régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, encargada de analizar los aspectos a que se refiere el art. 26.9 de la Ley del Gobierno.

- d) El contenido preceptivo de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y, en particular, la inclusión de una sistemática de evaluación posterior de la aplicación de la norma cuando fuere preceptivo.
El cumplimiento de los principios y reglas establecidos en este Título.
- e) El cumplimiento o congruencia de la iniciativa con los proyectos de reducción de cargas administrativas o buena regulación que se hayan aprobado en disposiciones o acuerdos de carácter general para la Administración General del Estado.
- f) La posible extralimitación de la iniciativa normativa respecto del contenido de la norma comunitaria que se trasponga al derecho interno.

Como se ha visto son muchos y esenciales los trámites que han de observarse en el ejercicio de la potestad normativa del Gobierno, y muchos de ellos suponen un auténtico control, prejudicial o extrajudicial, de tal actividad.

III. Bibliografía

- Alonso Timón, A. L.: «La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las leyes 39 y 40. Los principios de buena regulación», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, 2016, p. 77.
- Aja Fernández, A., Larios Paterna, M. J.: «Parlamentos autonómicos y participación popular», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 6, 1998.
- Bentham, J.: *Tratado de legislación civil y penal*. Trad. R. Salas, Madrid, 1822, Tomo IV.
- Ciriero Soleto, F. J.: «El procedimiento legislativo y la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 29, 2017.

- Dorrego de Carlos, A.: «Artículo 88. Iniciativa legislativa gubernamental», en Alzaga Villamil, O., *Comentario a la Constitución Española de 1978*. Madrid, EDESA, 1998.
- Font i Llovet, T.: «Función consultiva y Estado autonómico», *Revista de Administración Pública*, núm. 138, 1995, pp. 37 y ss.
- García de Enterría, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, Civitas, 1999.
- García-Escudero Márquez, P.: «Informes previos a la aprobación de proyectos de ley», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 11, 2001.
- Garrido Mayol, V.: *Las garantías del procedimiento prelegislativo: la elaboración y aprobación de los proyectos de ley*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Garrido Mayol, V.: «El Preámbulo del Estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana», en Garrido Mayol, V. (dctor.), *Comentarios al Estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Garrido Mayol, V.: «El acervo comunitario: primacía, técnica y estética», *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, vol. I, núm. 60, 2015, pp. 273 y ss.
- López Jalle, V.: «La elaboración de las normas: propuesta de la Administración de la Generalitat de Cataluña», en AA. VV., *La técnica legislativa a debate*. Madrid, Tecnos, 1994.
- López de los Mozos Díaz Madroñero, A.: *La directiva comunitaria como fuente del derecho*. Madrid, Edición Cuadernos del Congreso de los Diputados, 2010.
- Marco Abato, M.: «Una aproximación a la participación de los ciudadanos en la elaboración de la Ley», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 6, 1998.
- Martín Casals, M.: *Curso de Técnica Legislativa GRETEL*. Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Muñoz Machado, S.: *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*. Madrid, Civitas, 1986.

- Nevado-Batalla Moreno, P.: «Función consultiva y garantía del Estado de Derecho (A propósito de un debate desleal)», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 24, 2015, p. 24.
- Pérez Royo, J.: «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», en AA. VV., *El Gobierno en la Constitución y los Estatutos de Autonomía*. Barcelona, Diputación de Barcelona, 1985.
- Tajadura Tejada, J.: «Concepto y valor de los preámbulos de las leyes», *La Ley*, núm. 6511, 23/06/2006.
- Tudela Aranda, J.: «La legitimación competencial de las leyes y la técnica normativa», en Corona Ferrero, J. M., Pau Vall, F., Tudela Aranda, J., *La técnica legislativa a debate*. Madrid, Tecnos, 1994.

Nuevas perspectivas políticas ante las disfunciones de la organización autonómica después de cuarenta años de Constitución

JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ CENZANO

Prof. Dr. de Derecho Constitucional.

Universitat Politècnica de Valencia.

Resumen

El presente trabajo pretende ofrecer un breve análisis sobre la evolución del Estado de las Autonomías en España durante los cuarenta años de vigencia de la Constitución Española. Se pretende, desde cuatro ópticas diferentes, mostrar cuál ha sido la relación dialéctica entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Se estudia el problema del principio dispositivo y la progresiva transferencia de competencias hacia las CCAA. Se analiza la tendencia federalizante dentro de un sistema autonómico; las grandes fricciones que provoca el modelo financiero con el incremento de fondos especiales que terminan desequilibrando la fórmula de financiación autonómica. Por último, el estudio se centra en los cauces participativos, cooperativos y de coordinación entre el Estado y las CCAA, así como la confusión que se provoca por los criterios ideológicos o partidistas hasta llegar a dificultar la regularidad de las reuniones de las Conferencias de Presidentes u otros órganos de naturaleza interadministrativa.

Palabras clave: Estado de las autonomías, Comunidad Autónoma, Estatuto de Autonomía, Autonomía, financiación autonómica, valoración autonómica, evaluación autonómica, descentralización, desconcentración, transferencia de competencias, delegación de competencias, parlamento autonómico, situación autonómica, balance autonómico, distribución del poder, crisis autonómica, Título VIII de la CE.

Resum

Aquest treball pretén oferir una breu anàlisi sobre l'evolució de l'Estat de les autonomies a Espanya durant els quaranta anys de vigència de la Constitució espanyola. Es pretén, des de quatre òptiques diferents, mostrar quina ha sigut la relació dialèctica entre l'Estat i les comunitats autònomes.

S'estudia el problema del principi dispositiu i la progressiva transferència de competències cap a les comunitats autònomes. S'analitza la tendència federalitzant dins un sistema autonòmic; les grans friccions que provoca el model financer amb l'increment de fons especials que acaben desequilibrant la fórmula de finançament autonòmic. Finalment, l'estudi se centra en les vies participatives, cooperatives i de coordinació entre l'Estat i les comunitats autònomes, com també la confusió que es provoca pels criteris ideològics o partidistes fins a arribar a dificultar la regularitat de les reunions de les conferències de presidents o altres òrgans de naturalesa interadministrativa.

Paraules clau: Estat de les autonomies, comunitat autònoma, estatut d'autonomia, autonomia, finançament autonòmic, valoració autonòmica, avaluació autonòmica, descentralització, desconcentració, transferència de competències, delegació de competències.

Abstract

The present work intends to offer a brief analysis on the evolution of the State of Autonomies in Spain during the forty years of validity of the Spanish Constitution. It is intended, from four different points of view, to show what the dialectical relationship between the State and the Autonomous Communities has been.

The problem of the dispositive principle and the progressive transfer of competences towards the Autonomous Communities are studied. The federalizing tendency within an autonomous system is analyzed; the great frictions caused by the financial model with the increase of special funds that end up unbalancing the regional financing formula. Finally, the study focuses on the participatory, cooperative and coordination channels between the State and the Autonomous Communities, as well as the confusion caused by ideological or partisan criteria until it becomes difficult to regulate the meetings of Presidents' Conferences or other organs of an interadministrative.

Key Words: State of Autonomy, Autonomous Community, Statute of autonomy, Autonomy, autonomic financing, autonomic valuation, autonomous evaluation, decentralization, deconcentration, transfer of competencies, delegation of competencies, Autonomous Parliament, Court, autonomic situation, autonomous balance, distribution of power, autonomic crisis, title VIII of the Spanish Constitution.

Sumario

- I. A modo de introducción: objeto y objetivos del presente trabajo.
- II. El crecimiento competencial y las especificidades de nuestro sistema autonómico de tendencia federalizante.
- III. El principio dispositivo. El riesgo de la apertura competencial.
- IV. La utilización del art. 150.2 CE y la hiperplasia competencial en las comunidades autónomas.
- V. El deficiente sistema de financiación autonómica: una pluralidad de fondos de excepción.
- VI. La difícil y necesaria cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas; el interés general y la confusión ideológica.
 1. La cooperación al servicio del interés general.
 2. La Conferencia de Presidentes, su necesaria regularización funcional.
 3. Las Conferencias Sectoriales sobre materias concretas.
 4. El Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.
 5. La Comisión Parlamentaria para la Evaluación y la Modernización del Estado Autonómico.
- VII. Bibliografía.

I. A modo de introducción: objeto y objetivos del presente trabajo

La construcción de la España de las Autonomías no ha sido un proceso breve ni sencillo. De hecho, el modelo territorial y competencial de Estado autonómico no es un estado (participio), no está terminado, es un proceso dinámico que trata de adaptarse a las nuevas necesidades y va fijando nuevos marcos de relaciones de cooperación y nuevos horizontes competenciales.¹ El bloque de constitucionalidad, por su parte, va adquiriendo nuevos contornos y se configura para el TC como una referencia dinámica.

La parte positiva es que el Estado se va adaptando a las nuevas necesidades sociales, y la descentralización es una realidad viva en la articulación interadministrativa. Lo negativo, la falta de linderos claros, poca claridad a la hora de determinar las materias propias de orden público. Parece que en el presente cualquier materia puede ser objeto de negociación política. La inseguridad jurídica se ha instalado definitivamente en el Título VIII de la Constitución y el descontento hoy es generalizado.

Ello, ya se resaltó en el informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución Española de 16 de febrero de 2006; rezaba así: «Asimismo, el Estado de las Autonomías, inacabado en su diseño constitucional, se ha articulado, desarrollado, consolidado y convertido en una realidad. Ha arraigado en la conciencia colectiva, que ha asumido con naturalidad la intensa transformación de un Estado centralizado en otro profundamente descentralizado, en un proceso llevado a cabo en un breve período de tiempo y con un grado de consenso realmente ejemplares. Los ciudadanos han avalado ese cambio, apreciando las ventajas de la cercanía de los poderes y de la Administración».²

1 Bartolomé Cenzano, José Carlos (de), «La Comunidad Valenciana: Derecho autonómico e instituciones políticas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 21.

2 <http://www.consejo-estado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf>

Sin embargo, desde un punto de vista institucional, el proceso de descentralización en España puede dividirse en tres etapas que coinciden con cambios sustanciales en el reparto de las competencias, y que han estado precedidas de una cierta conflictividad política.

Estas distintas fases en el proceso de descentralización han tenido un cierto impacto en las preferencias ciudadanas. Así, se ha dicho que la primera fase de implantación y desarrollo de las CCAA inició un proceso de paulatina aceptación sobre la nueva organización territorial y se produjo, a la vez, una pérdida de apoyo a la idea del bien conocido modelo de Estado centralizado.³

La segunda fase, que se ha denominado de consolidación, asienta y generaliza definitivamente las tendencias apuntadas en la etapa anterior, a la vez que coincide con un ligero aumento en todo el territorio nacional de las demandas de mayores cuotas de autogobierno para las comunidades autónomas, si bien sin poner en riesgo el sistema constitucional.

Sin embargo, desde el inicio del nuevo milenio se ha iniciado una tercera etapa en la que se ha enrarecido mucho las iniciales demandas de mayor autogobierno, hacia la exigencia de una autodeterminación que se plantea –desde posturas de partidos radicales– incluso al margen de la propia Constitución (Cataluña).⁴

Como bien indica Armet, desde el punto de vista político, reconocer jurídicamente el derecho de autodeterminación es abrir la puerta que fomenta continuamente la reivindicación independentista. Y desde el punto de vista institucional es abrir una doble vía que deja el Estado de las autonomías literalmente sin resolver⁵. Por supuesto, sin entrar en este momento en los peligros que podrían acechar al resto de instituciones constitucionales.

3 Bartolomé Cenzano, J. C. (de): «La Comunidad Valenciana: Derecho autonómico e instituciones políticas», cit., p. 33.

4 Liñeira, R.: *El Estado de las autonomías en la opinión pública: preferencias, conocimiento y voto*. Madrid, CIS, 2014, p. 27.

5 Armet, Ll.: *Federalismo y Estado de las Autonomías*. Barcelona, Planeta, 1988, p. 130.

Este hecho, entraña mucho peligro, puesto que los procesos autonómicos son extraordinariamente delicados, en tanto se desenvuelven dentro de un equilibrio sistémico (institucional, jurídico y de poder), por lo que deben ser descargados del contenido demagógico y populista que les acecha.⁶

Las autonomías expresaron al final el respeto a la personalidad y el derecho al autogobierno de los diferentes pueblos que componen España.⁷

La pretensión del presente trabajo es analizar los nuevos cauces de participación, coordinación y colaboración dentro de nuestro ámbito jurídico-político y constitucional.

Las fricciones «Estado vs. Autonomías» van en aumento y parece oportuno realizar un estudio sobre el fenómeno y las medidas para paliar sus efectos, y, en su caso, evitarlas.

Se trata de revisar los instrumentos jurídicos y exponer cuál es el funcionamiento real de los procesos y mecanismos que se contemplan en normas o se utilizan a través de las convenciones políticas.

Son puntos trascendentes de este análisis, las transformaciones competenciales y materiales, las negociaciones políticas sobre dicho ámbito, el problema de los parámetros justos para la financiación y la proliferación de fondos autonómicos, como ítems de corrección y, por último, los nacionalismos y la defensa del criterio dispositivo frente al principio de unidad y los límites consustanciales a la autonomía.

En definitiva, analizar la evolución de nuestro Estado autonómico en estos 40 años de régimen constitucional.

II. El crecimiento competencial y las especificidades de nuestro sistema autonómico de tendencia federalizante

Desde un enfoque estructural constituyó un importante cimiento funcional al comienzo de la singladura autonómica, el

6 Martínez Sospedra, M.: «Cap. I, Aspectos generales», en VV. AA., *Instituciones Políticas de la Comunitat Valenciana*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 25-33.

7 *Ibidem*, p. 69

establecimiento de un doble listado de competencias, así como una auténtica puerta para poder afrontar en cualquier momento necesidades materiales, así como posibles disfunciones objetivas.

Se trataba además de dar vida a los principios de descentralización y desconcentración contenidos en el art. 103.1 CE.

El sistema competencial elegido por nuestra Constitución de 1978 se sitúa dentro del denominado sistema de «doble lista» o sistema germánico. En la vigente Constitución alemana se reserva el art. 70 a la distribución de las competencias legislativas entre la Federación y los Länder. A continuación, el art. 71 se destina al concepto de Legislación exclusiva de la Federación, el 72 a la Legislación concurrente de la Federación, el art. 73 a la Legislación exclusiva de la Federación y, por último, el art. 74, a la Legislación concurrente de la Federación.

«Mutatis mutandis», con menos profusión de conceptos, nuestra norma constitucional detalla en dos listas, por un lado, las competencias exclusivas del Estado, y por otro, aquéllas que podrán corresponder a los entes autonómicos (arts. 148 y 149 CE).

En un nivel territorial inferior, arts. 140 y 141 CE, se reconoce el principio de autonomía y la personalidad jurídica plena y propia de los municipios y provincias. Cierra el apartado tercero del art. 149 CE con una serie de principios de articulación competencial y del ordenamiento jurídico entre el Estado y las CCAA: «Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas». Se culmina así la distribución vertical del poder esbozada en el art. 137 CE.

Su embrión en las Actas de la ponencia constitucional se contenía con estas palabras: «Organización de la Administración Local sobre la

base del Municipio, cuya autonomía debe reconocer la Constitución y cuyo gobierno debe estar encomendado a Ayuntamientos integrados por concejales elegidos por sufragio universal. Describir la Provincia en términos análogos a los actuales, prever otras formas de organización territorial e incluso, por último, el principio de que las haciendas locales deben contar con medios suficientes».⁸

A diferencia de este esbozo básico, cabría hacer mención a otros sistemas donde, por un lado, se enumeran las competencias exclusivas del Estado, correspondiendo las demás a los otros entes territoriales (Estados Unidos, sistema federal clásico), y el sistema inverso que detalla las competencias de los entes atribuyéndose las residuales al Estado (Canadá).

Esto es, el acta fundacional del Estado canadiense, el Acta de América del Norte Británica de 1867 está repleta de disposiciones relativas a la gestión de la diversidad entre su población. Sin embargo, un rasgo particularmente interesante sobre la evolución de la Constitución canadiense es que contiene disposiciones constitucionales críticas que en ocasiones son asimétricas y otras veces son simétricas para permitir que prosperen las diferencias. He aquí algunos ejemplos: la garantía de 75 escaños para Quebec en el Parlamento canadiense (art. 37), una disposición asimétrica crítica; el afianzamiento de la jurisdicción simétrica de las provincias para la propiedad y los derechos civiles en el artículo 92, una disposición simétrica crítica que permite que prosperen diferencias entre las provincias; la protección de las escuelas confesionales en Ontario y Quebec (art. 93), y el uso oficial del inglés y el francés en las asambleas legislativas de Canadá y Quebec (art. 133), ambas disposiciones de carácter asimétrico muy importantes. Asimismo, el mantenimiento del régimen de Derecho Civil en Quebec es otro ejemplo de federalismo asimétrico arraigado en la historia constitucional del país.⁹

⁸ Revista de las Cortes Generales, núm. 2, Madrid, 1984.

<http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>

⁹ Mendes, E. P.: *La Constitución y la Carta de Canadá: ¿un modelo global emergente para conciliar diversidad, identidad y derechos?* Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, pp. 5 y ss.

Ahora bien, por más que el sistema competencial nos indique el grado de poder que ha alcanzado tanto el Estado como las Comunidades autónomas, en absoluto resulta un indicador válido para «calificar» a un Estado como Federal, Autonómico o Regional, dependiendo del mayor o menor grado de transferencia competencial. Dicho de otro modo, el grado de autonomía o autogobierno de los entes descentralizados, el «quantum» competencial asumido por éstos, es irrelevante para calificar de Federal a un Estado. De hecho, es fácil constatar como nuestras Comunidades Autónomas gozan de mayores competencias que las regiones italianas de estatuto ordinario, pero también que los Estados federados venezolanos, los mexicanos, o los länder austríacos o alemanes. Por otro lado, también puede considerarse que sólo los entes descentralizados canadienses y australianos gozan de mayores competencias que las Comunidades Autónomas españolas.¹⁰

En un sentido diferente pero complementario se ha manifestado el prof. Martínez Sospedra, cuando señala que en aplicación de las disposiciones del Título VIII de la Constitución de 1978 el Estado español ha devenido un Estado Complejo; –y continúa– desde una perspectiva pragmática el Estado Español que hoy existe es materialmente un Estado Federal, y la forma de Estado ha dejado de ser el objeto de la «curiosidad del jurista persa». A su juicio, el nuestro es un federalismo imperfecto, que padece, en particular, un fuerte déficit de multilateralidad debido al defectuoso diseño de las instituciones comunes, pero a la postre es un federalismo. No obstante desde la perspectiva propia del jurista el Estado español realmente existente (que no responde a un diseño previo, y, en este sentido, no puede hablarse de un «modelo constitucional») no es un Estado Federal propiamente hablando. Ello no se debe a que las Comunidades Autónomas cuenten con una esfera de competencia y/o unos recursos inferiores a los comunes en un Estado de forma federal (en todo caso la afirmación

10 <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo=2>

más aproximada a los hechos sería más bien la contraria), sino a que la estructura jurídica del Estado español difiere, y difiere radicalmente, de la propia de un Estado Federal.

La clave de la diferencia, según Martínez Sospedra, se halla en un dato previo, curiosamente ese no es exactamente el de la preexistencia de los Estados Particulares o Federados, cosa que no se da en los casos de un Estado de forma federal nacido por descentralización o por procedimientos mixtos (México o Brasil, pongamos por caso), más bien aquel dato fundamental radica en que mientras que en un Estado de forma federal existe una pluralidad de entes públicos territoriales dotados de poder originario de mando, y, en consecuencia, existe una pluralidad de Estados, en el caso nuestro el Estado es único y las Comunidades Autónomas carecen de propia estatalidad. Esa ausencia de estatalidad tiene por consecuencia que la Comunidad Autónoma, al carecer de poder originario de mando, carezca de poder constituyente y, por ende, de Constitución. En nuestro sistema no caben Constituciones particulares porque no caben Estados particulares (...). No obstante, nuestro Estado se asemeja fuertemente a un Estado de forma federal en que en el nuestro, al igual que en aquel, existe una pluralidad de entes públicos territoriales dotados de autogobierno, que tales entes territoriales cuentan para ello con una Legislatura, un Gobierno y una Administración con fines generales, que los mismos generan un ordenamiento jurídico propio y que sus relaciones con el Estado/Poder Central se rigen por normas jurídicas que efectúan entre uno y otras una determinada distribución de competencias, usando para ello, por cierto, de las técnicas de uso general en los Estados de forma federal. Y es en este sentido en el que la doctrina ha usado y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha asumido, la descripción de nuestro Estado como un «Estado Complejo». Desde la perspectiva que aquí interesa esa complejidad tiene un importantísimo impacto en la configuración del ordenamiento jurídico español. Este deja de ser rigurosamente unitario, siquiera sea tendencialmente, para pasar a ordenarse en cada territorio

en dos bloques: un ordenamiento general, que rige en el conjunto del territorio nacional, y un subordenamiento autonómico que rige en el territorio de cada Comunidad Autónoma, relacionándose uno con otro mediante el principio de competencia.¹¹

Nuestro modelo de Estado es autonómico por la definición constitucional que se contiene en el Título Preliminar: pueblo español titular de la soberanía nacional,¹² Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español y con el reconocimiento del derecho a la autonomía sin renunciar a los conceptos de indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles.

Como sabemos, inicialmente existían las Comunidades Autónomas llamadas de primer grado o, vulgarmente, de vía privilegiada, es decir, las creadas por la vía del art. 151 CE o al amparo de la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución, pues sólo para ellas el art. 149 CE constituía un límite a la posibilidad de asumir competencias.

El resto de las Comunidades Autónomas, es decir, las constituidas por la vía del art. 143 CE, debían ceñirse materialmente a la lista de competencias contenida en el art. 148 CE, de manera que su ámbito competencial era más restringido inicialmente. En otras palabras, las Comunidades de «primera» podían tener cualquier competencia, salvo las del art. 149 CE, mientras que las demás solo podían tener

11 Martínez Sospedra, M.: *Fuentes del Derecho en el Derecho Español, una introducción*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 93 y ss.

12 Sobre la soberanía del pueblo español, decía Tierno Galván: «Quizá a alguno de los colegas, compañeros ilustrados en el tema, les sorprenda la aplicación de la fórmula clásica «en uso de su soberanía, la voluntad de...». Aparte de que es una expresión clásica entre nosotros los españoles, pues Martínez de la Rosa, que se preocupó enormemente de estas cosas –basta leer sus papeles para saber lo que trabajó con el Estatuto–, ya decía que la soberanía tenía que vincularse a la voluntad con objeto de aclarar bien dónde estaba, como en el artículo correspondiente de la Constitución se dice que la soberanía reside en el pueblo, y como realmente a lo que se va en las democracias es a decir que el pueblo tiene la soberanía y evita ciertas ambigüedades que hay en la expresión «reside», me pareció mejor y más correcto añadir a la expresión «soberanía» la palabra «voluntad», que ya define con más concreción que la soberanía la tiene el pueblo, puesto que es un, acto voluntario y es un acto de decisión que hace que la soberanía no esté con carácter de residencia, sino de posesión. De ahí que haya aceptado la fórmula tradicional de «en uso de su soberanía, la voluntad de...». En *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas*, núm. 93, 1978, p. 3482.

las descritas en el art. 148 CE. No obstante, una vez igualadas todas las CCAA tras el periodo transitorio establecido en el art. 148 CE y los procedimientos utilizados (algunos poco ortodoxos, como la aplicación del art. 150.2 CE para acelerar el proceso), para todas ellas su posible ámbito competencial es el delimitado en el art. 149 CE.¹³

Las Leyes Orgánicas de Transferencia se sumaban a la tutela sustantiva que desde el ámbito constitucional realizaba el Tribunal Constitucional mediante la resolución de los posibles conflictos positivos y negativos de competencias.¹⁴

A este esquema, sólo aparentemente sencillo de funcionamiento, se añadían dos cláusulas de salvaguardia de la igualdad territorial y las posibles necesidades de completar la regulación general que se hubiere realizado por parte del Estado –que constituiría un verdadero título habilitante– en aquellas Comunidades que tuviesen necesidades de regulación derivadas de sus propias características materiales. Nos referimos a las Leyes Marco del art. 150.1 CE y las Leyes de Armonización previstas en el art. 150.3 CE.

Como bien han indicado Bassols Coma y Serrano Alberca, esta tesis no resiste, sin embargo, un análisis algo más profundo.¹⁵ En efecto, la Constitución española ha instaurado un sistema de

13 Muñoz Machado, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Madrid, Iustel, 2007 (2ª ed.).

14 El 31 de enero de 1978 se presentó una enmienda por parte del Grupo Socialista Catalán al anteproyecto de Constitución en este sentido: «La regulación en la Constitución del sistema de tres listas para la atribución y reparto de competencias entre los órganos centrales del Estado y los propios de los territorios autónomos es la que mejor garantiza la seguridad jurídica». Boletín Oficial, núm. 82, de 17 de abril de 1978. Sobre el sistema de tres listas: Comscuixuela Montaner, L.: «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*. Madrid, IEF, 1979, p. 33: «Sin embargo, la combinación del criterio horizontal con el vertical suele venir determinado con una mayor claridad del sistema denominado de tres listas. Según este sistema se establece la competencia exclusiva de cada uno de los entes, y una tercera lista señala las competencias que sobre una misma actividad han de ser consideradas como concurrentes. Este sistema es el seguido, por ejemplo, por el artículo 74 de la Constitución alemana, y tiene un gran predicamento en la doctrina».

15 Bassols Coma, M., Serrano Alberca, J. M.: «El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150.2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas», *Revista de Administración Pública*, núm. 97, enero-abril de 1982, p. 35.

reparto de competencias que se contiene en el artículo 149, artículo verdaderamente decisivo, el cual, siguiendo en cierta forma el precedente de la Constitución española de 1931, establece un sistema de reparto horizontal de competencias de una lista con tendencia federalizante (tal y como acabamos de ver en la tesis de Martínez Sospedra). El reparto de competencias establecido en este artículo viene completado además por lo establecido en el artículo 150 y matizado por el artículo 148, que puede ser considerado como una disposición transitoria (ya lo fue en algún momento del debate constitucional). En consecuencia, el artículo 149 más que una lista de materias de competencia exclusiva del Estado viene a establecer una lista de materias y de competencias. Constituye así, un techo o un marco constitucional en el cual se comprenden:

- Las competencias exclusivas del Estado cuando, por ejemplo, toda la materia y la actividad está atribuida al Estado, por ejemplo, artículos 149, 1, 2º, 3º, 4º, 5º, 20º, y 21º.
- Las competencias que pueden asumir las comunidades autónomas por debajo del techo constitucional. Cuando, por ejemplo, una materia se distribuye entre el Estado y las Comunidades Autónomas correspondiendo a cada ente una competencia de distinta naturaleza o alcance (también se denomina intensidad), dando lugar a las competencias concurrentes, por ejemplo: 149, 1, 9º, 17º y 25º.
- Como ya hemos recogido, de forma indirecta y según lo establecido en el artículo 149. 3, establece también una serie de competencias residuales, no atribuidas expresamente, que pueden corresponder a las Comunidades Autónomas, pero que de no atribuirse a éstas por el Estatuto serán competencias exclusivas del Estado.¹⁶ Se trata de principios de subsidiariedad y orden para evitar el conflicto.

¹⁶ Esta tesis es la mantenida también por Entrena, Rafael en «Comentarios a la Constitución», Madrid, Civitas, 1980, p. 1614, y Coscuixuela, Luis, en «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas» en la obra *La Constitución... cit.*, p. 543. Véase: Bassols Coma, M., Serrano Alberca, J. M.: «El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150, 2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas», *Revista de Administración Pública*, núm. 97, enero-abril 1982, p. 35.

A partir de esta nutrida y algo confusa distribución competencial y de que parece no estar nunca del todo concluido el proceso constituyente en este ámbito, como ha indicado, por todos, Alfonso Guerra, ¿caminamos hacia un modelo federal? ¿Estamos en una etapa postautonómica y vamos hacia un Estado federal? La respuesta a esta ya clásica cuestión la ha sintetizado con brillantez Álvarez Junco: «Creo que la fórmula que corresponde con las necesidades y las características de la sociedad española es la del federalismo. El federalismo es una fórmula inventada, a finales del siglo XVIII, por los padres constituyentes norteamericanos, que se encontraron con un problema muy grave, y era que había trece colonias, cada una de las cuales se autogobernaba, y querían formar algo superior, pero no querían perder su autogobierno. Entonces decidieron que iba a haber dos niveles de poder, que habría ciertas competencias que se cederían a un Estado superior, pero con esos dos niveles, manteniendo los Estados federales su autogobierno para las principales cuestiones de la vida diaria. Esa fórmula, que no existía en el mundo de una manera formal, porque los imperios eran ya de tipo confederal, creo que es la adecuada para nuestra situación.

Me pregunta si la lealtad es básica. Claro que sí, la lealtad es fundamental. El acuerdo al que se llegue no puede condicionarse a que en el momento en que se acaba de firmar y se sale de la habitación haya alguien que diga: Bueno, hemos conseguido algo que nos interesa, pero no es suficiente, no estamos contentos y seguiremos presionando para tener algo más. No, los que salgan de la habitación después de firmar el acuerdo tienen que decir: Hemos llegado a un acuerdo sustancial que va a durar por lo menos una generación, es decir, treinta años. No volveremos a plantear las cuestiones por lo menos hasta la generación siguiente. En eso consiste la lealtad, en que voy a ser fiel a lo que acabo de firmar, voy a ceder aquello en lo que he dicho que cedía, pero a cambio voy a exigir aquello en lo cual han cedido los demás. Esta es la lealtad».¹⁷

¹⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los diputados Comisiones, Núm. 424, 31 de enero de 2018, Pág. 9.

III. El principio dispositivo.

El riesgo de la apertura competencial

A diferencia de lo que sucede en los Estados federales o regionales, en España son los propios Estatutos de Autonomía, y no la Constitución u otras normas de idéntico rango, los que establecen el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, y por ello también contribuyen a delimitar el conjunto de competencias que, además de las que la Constitución le reserva en exclusiva, quedan en manos del Estado en relación con cada Comunidad.

Como se ha dicho, es esta, quizá, la peculiaridad más acusada de nuestro sistema de división territorial del poder. Este sistema otorga a nuestras Comunidades una potestad que les permite tanto impulsar el cambio a través de la reforma de sus Estatutos, como impedirlo, vetando aquello que no considere adecuado. Esto, obviamente, excede no solo de la potestad de auto organización de que disfrutaban muchos entes dotados de autonomía administrativa, va incluso más allá de la competencia que las Constituciones federales reconocen a los Estados miembros para la reforma de sus propias Constituciones.

El protagonismo que tienen las Comunidades Autónomas en cuanto a la fijación del marco competencial no es en absoluto desdeñable. Como se ha dicho, resulta cierto que esos Estados pueden acordar la reforma constitucional por sí mismos y que el único medio de que disponen las autoridades federales para oponerse a su decisión es el de impugnar la validez de la reforma por infracción de los límites establecidos en la Constitución federal, en tanto que nuestras Comunidades han de contar con el concurso de las Cortes Generales para la reforma de sus Estatutos (art.147.3 c) con el art. 81 CE). No obstante, de esa diferencia no cabe deducir que la facultad de autodisposición de las Comunidades Autónomas sea menor que la de los miembros de una Federación, por la buena y sencilla razón de que los Estatutos de aquellas tienen un alcance mucho más amplio que el de las Constituciones de estos, e inciden sobre relaciones que en las Federaciones están disciplinadas solo por la Constitución federal.

Las razones por las que se instauró nuestro sistema competencial con fundamento autodespositivo obedecen a que no se optó por un mapa territorial ni material prediseñado. Se inclinó nuestro constituyente por el establecimiento de un verdadero derecho a la autonomía con todas sus dimensiones, un derecho vivo y dinámico a la propia construcción territorial y material de las diversas Comunidades Autónomas. Un derecho con cuerpo jurídico y alma política, cuya realización requería del debate y de amplios consensos políticos. Al final de este trabajo se recogen una serie de reflexiones realizadas en la Comisión de evaluación del Congreso, muy interesantes sobre este extremo, de los padres de la Constitución.

Dicha iniciativa no quiso dejar en el olvido la experiencia autonómica republicana, de ahí las diferentes denominaciones, procesos y sus garantías. Creo que resulta oportuno además reseñar el carácter participativo en dichos procesos de las más variadas instituciones como: los Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, órganos autonómicos, el propio pueblo con una representatividad más que suficiente y las Cortes Generales (triple legitimidad: territorio, población e instituciones).

No obstante, la idoneidad del principio dispositivo para originar un sistema diferenciado de distribución territorial del poder, según las necesidades de cada Autonomía, tropezó desde el primer momento con un obstáculo condicionante: la evidente conveniencia de que la reorganización de la Administración propia del Estado unitario y el traspaso a las Comunidades de sus responsabilidades y recursos se hiciera de modo ordenado, moderado y homogéneo. Como sabemos, ello no fue posible del todo, y las instituciones legitimadas y los procesos propuestos para el acceso a la autonomía se pervirtieron de alguna manera por la financiación. Al final, los intereses políticos y algunos principios constitucionales cedieron ante el criterio de oportunidad.

En estas circunstancias, y una vez que los tres territorios, que habían plebiscitado en el pasado sus Estatutos de Autonomía, hicieron uso de su derecho y que sorprendentemente Andalucía pudo quedar constituida como una Comunidad del mismo nivel; la libre iniciativa

de las provincias para crear y definir nuevas Comunidades Autónomas quedó predeterminada por el acuerdo político que se plasmó en los Pactos Autonómicos de 1981.

Se respiraba entonces un ambiente de gran inestabilidad social y política. La dimisión de Adolfo Suárez y el intento de golpe de Estado del 23-F marcaron un punto de inflexión en la política autonómica que exigió actuar con gran agilidad y rigor para encauzar la situación. Fue entonces cuando se organizó una comisión de expertos dirigida por García de Enterría, con el firme propósito de analizar la situación y establecer los sucesivos pasos a seguir.

De este modo, el 31 de julio de 1981, Leopoldo Calvo-Sotelo, Presidente del Gobierno, y Felipe González, líder del PSOE, plasmaron las conclusiones de dicho informe en los denominados primeros pactos autonómicos; que proponían:

- El establecimiento de un nuevo mapa autonómico.
- Una estructura organizativa, para todos, semejante a la indicada en el artículo 151.
- Un plazo para fijar esta definición: 1 de febrero de 1983.
- La armonización de todo el proceso a través de una Ley Orgánica: la Ley del Proceso Autonómico.

Comenzó entonces una fase de traspaso de competencias y de financiación de los gastos asociados a su gestión marcada por continuos conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El año más conflictivo en este sentido fue 1985: el Tribunal Constitucional tuvo que resolver hasta 131 conflictos de competencia; cuya doctrina fue auténtica y básica para dotar de consistencia jurídica al armazón diseñado por el constituyente. Conceptos como el de «legislación básica», «intereses respectivos» o «bloque de la constitucionalidad» tuvieron su origen en Sentencias del Tribunal Constitucional quien, para muchos autores, se convirtió en un verdadero «intérprete-creador y legislador negativo» del actual Estado autonómico.

Como sabemos, a esta técnica se volvió a acudir curiosamente de nuevo en 1992, para atender el problema que planteaba el deseo de

estas mismas Comunidades de aumentar sus competencias, transcurrido ya el plazo de cinco años desde su creación.

El conflicto se resolvió, entonces en 1992, con el segundo gran pacto autonómico, firmado entre el PSOE y PP, siendo Presidente del Gobierno Felipe González. Entonces se estableció el nuevo marco para transferir 32 nuevas competencias, incluida la de educación, en un intento de igualar a las comunidades de «vía ordinaria» con las denominadas «históricas». Las diez reformas estatutarias pendientes recibieron luz verde del Congreso en 1993.

Los principales contenidos de los pactos autonómicos del 28 de febrero de 1992 fueron:

- Ampliación de competencias de las CCAA de vía más lenta, equiparándolas al artículo 151.
- Se aborda el problema general del Estado.
- Necesidad de homogeneizar el modelo con respeto a la igualdad territorial y solidaridad.
- Desarrollo del principio de cooperación. Los Acuerdos concretaron las técnicas y mecanismos mediante los que habrían de canalizarse las relaciones de cooperación (Conferencias Sectoriales, programas y planes conjuntos, convenios, etc.). Sobre la eficacia de estas técnicas se realiza un balance al final del presente trabajo.
- Creación de la figura de las ciudades autónomas (Ceuta y Melilla).

En los dos casos se hizo uso de un instrumento que, como el previsto en el artículo 150.2 de la Constitución, parecía ajeno al principio dispositivo. En el primero, para transferir a algunas Comunidades competencias que constitucionalmente no podían aún hacer suyas a través de los Estatutos; en el segundo, para poner a su disposición las competencias ofrecidas, antes de asumir su titularidad por la vía ordinaria de la reforma estatutaria.

No es, sin embargo, este poderoso obstáculo, que cabría llamar «objetivo», el que disminuyó hasta casi anularla la eficacia del principio dispositivo para ajustar la distribución territorial del poder a las

necesidades de cada autonomía, que se suponían diferentes en las distintas partes del territorio nacional.

Esas necesidades tuvieron un alto componente subjetivo y, si se nos permite la expresión, competitivo; y la creación de las Comunidades Autónomas avivó un cierto espíritu de emulación, que empujaba a unos a luchar por el mantenimiento de una singularidad que en la Constitución era solo temporal, y a los otros a oponerse a la concesión de mayores competencias o a reclamarlas también para sí mismos.

Se asentó en la conciencia colectiva de los ciudadanos las ventajas temporales que la Constitución atribuyó inicialmente a Cataluña, Galicia y el País Vasco¹⁸ y se asociaron inmediatamente con la distinción entre nacionalidades y regiones que la propia Constitución había establecido, aunque sin derivar de ella consecuencia explícita alguna. En el inicio resultaba transcendente el reconocimiento de la relevancia del Derecho Foral y su impronta en las nuevas Comunidades Autónomas, así lo dejó sentado en su intervención el Señor Benegas Haddad en 1978.¹⁹ Pero ese espíritu de emulación o después reivindicación del carácter único y diferente llevó a que otras Comunidades reclamasen para sí la condición de «nacionalidades», y algunas hayan logrado incluso llevar

18 Según el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 93, 1978: «Los Fueros de Guipúzcoa, Alava, Navarra y Vizcaya contienen una normativa, unos usos y unas costumbres referidas a los tipos de sociedad en que existieron, es decir, unas sociedades plurales, todavía no industrializadas y, por lo tanto, no sujetas esas sociedades en los Fueros que las regulaban a los propósitos de transformación de la sociedad que en todos los ámbitos de la misma se han producido desde el siglo pasado hasta la fecha.

Por consiguiente, para nosotros es preciso construir Euzkadi, el País Vasco, más que con una perspectiva de pasado con una perspectiva de futuro, adaptando lo que nuestro pueblo fue en el pasado a la realidad de nuestros días y a la realidad de una sociedad que no se puede comparar bajo ningún aspecto

a las sociedades del siglo XIX.

Desde este punto de vista, los Fueros para nosotros simbolizan la capacidad que en su día tuvo un pueblo para poseer poderes propios, para poseer instituciones propias y normas propias de regulación de su vida comunitaria. Para el pueblo vasco los derechos forales simbolizan la capacidad de autogobierno que las regiones vascas tuvieron en el pasado, pero para los socialistas los Fueros requieren una necesaria actualización, porque fueron pensados para unas sociedades rurales, incluso para unas sociedades que no podían prever el desarrollo posterior sociológico e industrial».

19 Diario de Sesiones del Congreso de 20 junio de 1978, núm. 93, p. 3498.

esa caracterización a sus propios Estatutos, al modificarlos, con la aprobación de las Cortes Generales.

Con el sólido apoyo del principio de igualdad y una cierta lógica de la dialéctica histórica, nuestras Comunidades Autónomas tienden por lo común a considerar que no deben existir entre los ámbitos competenciales respectivos más diferencias que aquellas que, como la lengua, los derechos forales o la insularidad, tienen reconocimiento explícito en la Constitución. Cualquier otra ampliación o mejora de competencias que una Comunidad pueda conseguir para sí, mediante la reforma de su Estatuto, se convierte de inmediato en objetivo obligado para todas las que aún no han llegado a ese nivel. Se trata de una simple lógica del sistema centrífugo.

Como consecuencia de todo ello, la eficacia del principio dispositivo para crear un sistema de distribución territorial del poder más diferenciado que el que cabría instaurar mediante la decisión directa del poder constituyente ha sido más bien escasa. Las diferencias organizativas entre las diversas Comunidades son pequeñas y fueron objeto de pacto autonómico, y las de los respectivos ámbitos competenciales, en razón de lo dicho, casi todas transitorias. Esta inoperancia del sistema abierto en relación con la que habría de ser su principal virtud hace más visibles los inconvenientes que su práctica ha puesto de relieve.²⁰

La mimetización ha dado un paso más y desde las instituciones ha llegado también a las fuentes formales autonómicas. Resulta posible llegar a confundir la regulación de muy variadas materias que se sustancian temporal y materialmente de manera idéntica en las 17 CCAA.

20 Informe sobre modificaciones de la Constitución Española, cit., p. 33: «Pero lo verdaderamente significativo de este apretado relato de nuestra historia más reciente es que pone inequívocamente de manifiesto cómo los poderes constituidos –especialmente, los Parlamentos territoriales, las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional–, asumiendo la tarea que el constituyente les había encomendado y haciendo suya su misma voluntad de consenso, han ido asentando, ordenando y racionalizando un modelo propio y específico de descentralización política que acostumbra a resumirse bajo la expresión «Estado de las Autonomías».

La reforma estatutaria es una posibilidad siempre abierta, y es frecuente que los distintos partidos la incluyan en sus programas electorales. Por lo común, con el fin de robustecer el poder de la respectiva Comunidad mediante la ampliación de sus competencias, pues, como es lógico, el proyecto de reforma se plantea desde la óptica de cada Comunidad, y solo desde ella pueden valorar sus autores, sea cual sea su altura de miras, el interés general del Estado. En este sistema, que no ha parado, parece a veces carecer de relevancia, para algunos, el hecho de que crecer hacia la autonomía, debilita la estructura estatal.

Cuando la reforma en cuestión sirve de hecho para formalizar acuerdos generales ya logrados, como en el caso de las operadas en virtud de los Pactos Autonómicos citados, ese enfoque localista no puede dar lugar a propuestas que no vayan a ser acogidas por las Cortes Generales. Cuando, por el contrario, la propuesta de reforma surge al margen de un acuerdo previo, el contraste entre la perspectiva particular y la general, que es la propia de las Cortes Generales, ha de dilucidarse en el curso de la tramitación parlamentaria, dando lugar a una relación dialéctica entre aquellas y los Parlamentos de las Comunidades,²¹ de la que pueden surgir tensiones perjudiciales para la vida del Estado y a veces, incluso, para la estabilidad de los partidos políticos.

En estos casos se suele truncar la teoría aceptada del interés general, dando lugar al desencuentro y falta de entendimiento, incluso de los partidos políticos de doble dimensión territorial, que suelen tener quiebras por la lógica de las fuerzas centrífugas de los intereses locales frente al carácter central del interés del Estado.

Los riesgos de crisis que la apertura del sistema genera se hacen, además, más graves, por razones obvias, cuanto más se acerca el ámbito competencial de las Comunidades al máximo admitido por la Constitución. En esta situación, muy cerca de la que nos encontramos

²¹ Bartolomé Cenzano, J. C. (de): «Las Cortes Generales (II)», en VV. AA., *Instituciones Políticas de la Comunitat Valenciana*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 101-116.

ya desde hace tiempo, cualquier propuesta de reforma que pretenda ampliar las competencias de la Comunidad respectiva puede dar lugar a acusaciones de que con ella se pretenden forzar o violentar, de manera deliberada o no, los límites constitucionales. Con ello, una cuestión estrictamente jurídica se lleva al debate político, con daño tanto para el Derecho como para la política.

Si a todo lo expuesto se añade el hecho innegable de que el uso que las Autonomías hacen de las facultades que el principio dispositivo les otorga está determinado por los partidos políticos que las gobiernan, como es lógico en una democracia moderna, parece razonable concluir que no carecen de fundamento las dudas que desde hace algún tiempo se manifiestan acerca de la conveniencia de mantener en vigor un principio organizativo que no produce efectos que no pudieran lograrse, de manera jurídicamente más simple y políticamente menos traumática, por el simple procedimiento de llevar a la Constitución todo el sistema de delimitación de competencias. Este procedimiento es el común en el Derecho comparado y, como bien muestra el ejemplo de nuestra propia Constitución, no implica la necesidad de una homogeneidad absoluta entre las distintas Comunidades, mientras que, de otra parte, tampoco cierra a estas la posibilidad de impulsar el cambio a través de la reforma constitucional, que todas tienen la facultad de proponer.

No obstante, el abandono del principio dispositivo, poniendo término a la apertura del sistema, es, sin embargo, una tarea compleja que no puede resolverse con fórmulas simplistas. No bastaría, como a veces se ha propuesto, reducir el contenido competencial de todos los Estatutos a una simple norma que atribuyese a la Comunidad correspondiente todas las competencias que la Constitución no reserva en exclusiva al Estado, o modificar, para lograr lo mismo, el apartado 3 del artículo 149 de la Constitución.²²

Debemos comprender que lo que sirvió para el ejercicio de un derecho hacia el autogobierno no puede suplir los cauces jurídicos

22 Informe sobre modificaciones de la Constitución Española, cit., p. 144.

que la propia Constitución establece. Ello supondría aceptar la concurrencia constitucional de procedimientos e iniciativas para la propia reforma constitucional. Lo más grave, sin embargo, sería que los grupos parlamentarios nacionales y autonómicos pudiesen negociar creando «porciones de soberanía» sobre la base de intereses partidistas, financieros o, incluso, territoriales.

Un asunto de naturaleza jurídica, constitucional y sustantiva requiere procedimientos escrupulosamente jurídicos, alejados de la política y de cualquier otro interés que no sea el interés general.

IV. La utilización del art. 150.2 CE y la hiperplasia competencial en las comunidades autónomas

Disposiciones con una finalidad muy parecida al artículo 150.2, de la Constitución Española, encontramos en el artículo 118 de la Constitución italiana y en los artículos 84.5 y 85 de la Ley Fundamental de Bonn.

Comenzando por la Constitución italiana, el artículo 118 establece:

«El Estado, mediante Ley, podrá delegar en las regiones el ejercicio de otras funciones administrativas».

El artículo 84.5 de la Ley Fundamental de Bonn, por su parte, señala que:

«Mediante una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, podrá conferirse al Gobierno Federal, a fin de asegurar la ejecución de leyes federales, la facultad de impartir instrucciones individuales (Einselweisungen) para casos especiales. Estas instrucciones deberán ser dirigidas a las autoridades supremas del Land, salvo que el Gobierno Federal considere que el caso es urgente».

Por su parte, el artículo 18 de la Constitución española de 1931 establecía:

«Todas las materias que no estén explícitamente reconocidas en su Estatuto a la región autónoma se reputarán propias

de la competencia del Estado; pero éste podrá distribuir o transmitir las facultades por medio de una ley».

Este breve análisis ratifica la existencia de estas formas de delegación de competencias ejecutivas, e incluso legislativas, que pueden ser consideradas como auténticas válvulas de escape de un sistema bastante rígido de competencias.

Puede decirse, además, que el texto de la Constitución italiana contenido en el artículo 118 es, y así se reconoce en los propios debates constitucionales, un precedente claro del artículo 150.2 CE., de forma que puede utilizarse como un criterio de interpretación del contenido de este último.

Nuestro anteproyecto de Constitución establecía en el art. 139.1 que: «Se podrá autorizar por ley la asunción por parte del territorio autónomo de la gestión o ejecución de los servicios y funciones administrativas que se deriven de las competencias que corresponden al Estado de acuerdo con la precedente relación».

Por su parte, el informe de la ponencia señalaba ya con más precisión en el art. 143 que «El Estado podrá delegar en las Comunidades autónomas mediante Ley Orgánica y previa solicitud de las mismas la ejecución de funciones de titularidad estatal. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserva el Estado».

En el texto aprobado por el pleno del Congreso se da la redacción definitiva; el art. 144 dispone: «El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza son susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserva el Estado».

En el debate constitucional se trataron los temas más importantes del precepto como la naturaleza y efectos del acto de delegación y las facultades y competencias transferibles o delegables.

En la Comisión Constitucional del Congreso, el señor De la Fuente defendió una enmienda que proponía la supresión del artículo o, en todo caso, la precisión de la naturaleza de las funciones delegables, decía:

«Lo cierto es que lo que dice esta Constitución es que la ejecución de cualquiera de las funciones (y la ejecución unas veces puede ser legislar y otras veces puede ser administrar) puede ser delegada en las entidades autónomas. Y si esta expresión se mantiene en estos términos, es evidente que resulta de alguna manera relativamente inútil todo lo que se ha dicho y se ha debatido acerca del artículo 141. Yo pienso más bien que tal vez lo que los redactores del precepto hayan querido manifestar –y no es que esté de acuerdo con ello– es que cabe la delegación de algunos actos ejecutivos o administrativos de esta materia de titularidad estatal (...), yo al menos querría llevar a la reflexión en un sentido totalmente constructivo de las funciones que más o menos han influido en la redacción de este precepto para que traten de perfeccionar esta redacción de tal forma que no tenga la amplitud que ahora tiene. Creo que más que referirse a la ejecución de funciones han querido decir funciones ejecutivas, pero no lo han dicho; tal vez simplemente el cambio terminológico sería suficiente para hablar de que lo que se trata es más bien de temas administrativos y ejecutivos que de la ordenación o de legislación».²³

Terminó su intervención el señor diputado aludiendo al artículo 118 de la Constitución italiana, que sólo permite la delegación de funciones administrativas «no de la ejecución de las funciones de titularidad estatal, sino de funciones administrativas de la materia cuya competencia corresponde al Estado».²⁴

El propio señor Arzallus Antia intervino en su turno en contra para precisar que en todo caso las funciones que podrían delegarse

23 Diario de Sesiones del Congreso, núm. 91, de 16 de junio de 1978.

24 Bassols Coma, M., Serrano Alberca, J. M.: «El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150, 2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas», *Revista de Administración Pública*, núm. 97, enero-abril 1982, p. 45.

serían funciones ejecutivas, con estas palabras: «en cuanto al tema de la delegación, francamente mis concepciones jurídicas no entran en que una delegación de funciones ejecutivas pueda ser legislativa». En el mismo sentido que el señor Arzallus se pronunció el señor Don Gregorio Peces-Barba Martínez, que completó: «Pero en todo caso la ejecución de funciones de titularidad estatal (y es muy importante que quede constancia de ello en el diario de sesiones) la entendemos como facultades reglamentarias (...). Para el grupo socialista el término funciones administrativas es sinónimo de ejecución de funciones». De cualquier forma, y con independencia de la interpretación dada a la primera redacción del precepto es preciso analizar cuál fue el origen de la modificación introducida por el pleno del Congreso y si esta modificación afecta a la naturaleza de la Delegación y de las materias que pueden delegarse. En efecto, si el primitivo texto que figuraba hasta el dictamen de la Comisión era un instrumento técnico para ofrecer una delegación de funciones administrativas, al estilo de ese artículo 118 de la Constitución italiana que hemos visto, las modificaciones introducidas en el Congreso complican el contenido del precepto, y es preciso desentrañar su origen para saber hasta qué punto afectará a su sentido originario.²⁵

En realidad el origen de la modificación fue fruto de una difícil negociación en la que el Partido Nacionalista Vasco aceptó presentar una enmienda «in voce» al artículo 144.2 (150.2) en la cual se recogieron algunos planteamientos de otra enmienda «in voce» a la Disposición adicional primera que se refiere al reconocimiento de los llamados derechos históricos de las provincias vascas.²⁶

Parece ser que el origen de la modificación se encuentra en una enmienda a la disposición adicional primera, pues ambos artículos, según manifestó el Señor Arzallus, estaban íntimamente ligados, ya que

25 Diario de Sesiones del Congreso, núm. 91, de 16 de junio de 1978.

26 Bassols Coma, M., Serrano Alberca, J. M.: «El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150, 2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas», *Revista de Administración Pública*, núm. 97, enero-abril 1982, p. 46.

se presentaba esta enmienda como una parte del pacto que debería completarse con el cumplimiento del compromiso de aceptación de la disposición adicional primera propuesta por su grupo.

Según se deduce del propio Diario de Sesiones, la enmienda «in voce» a la disposición adicional proponía el reconocimiento y garantía de los derechos históricos y añadía: «A estos efectos el Estado podrá transferir o delegar materias de su competencia».

Por otra parte, en otro párrafo se establecía una limitación a la transferencia de materias, con el fin de evitar la sospecha de que esta transferencia pudiese dejar totalmente abierta la transferencia de competencias del Estado a los entes autónomos. Se añadía por ello: «En ningún caso serán transferibles las señaladas en los apartados 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, etc., con lo que, según el grupo Vasco, se pretendía reflejar lo que realmente es esencial al Estado y lo que en ningún caso es objeto de transferencia»; un núcleo duro de Derecho necesario.

Esta limitación o frontera material pretendía recoger la enmienda presentada con el número 657 al anteproyecto, que establecía como competencias exclusivas del Estado tan sólo las siguientes: Relaciones internacionales y regulación de las interregionales, Defensa, Fuerzas Armadas y protección de la población, nacionalidad, ciudadanía, inmigración, emigración, extradición, derecho de asilo y extranjería, régimen aduanero, arancelario y comercio exterior, sistema cambiario y monetario, régimen de pesas y medidas y fijación de la hora oficial, ferrocarriles y transportes terrestres del Estado, navegación aérea, correos y telecomunicaciones, cables submarinos, abanderamiento de buques y aeronaves e iluminación de costa y señales marítimas, bases del régimen jurídico de la Administración pública y del régimen estatutario de sus funcionarios, legislación sobre propiedad intelectual e industrial, Hacienda general y Deuda del Estado, estadística para fines del Estado, cooperación del Estado y de los territorios autónomos en materia de policía criminal y de reforma de la Constitución.

Como puede deducirse del contenido de la enmienda su finalidad era clara: establecer un régimen singular para el País Vasco

de forma que, salvo las escasas competencias exclusivas, todas las demás materias les pudiesen ser transferidas. Pero del contenido de esta enmienda «in voce» pasó al artículo 144, junto al concepto de delegación, la idea de transferencia de facultades y la limitación de las materias intransferibles, mas no por el sistema de lista, sino de forma genérica, porque «otros grupos políticos entendieron que esta formulación, esta concreción, esta tercera lista suponía un obstáculo, por las razones que fueren, y que además debía de valer para todos los demás, para todos los territorios autónomos, por ello se decidió trasladar este último párrafo de las facultades intransferibles al cuerpo del artículo 144 (150.2), en su apartado 2, y al no parecerles conveniente esta nominación taxativa, que podría ser discutible, pero que era enormemente aclaratoria desde nuestro punto de vista, se recurrió a una fórmula más ambigua, menos clara («que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación»). Un cheque en blanco y al portador, una cláusula jurídica indeterminada susceptible de ser utilizada de manera política y sin contornos jurídicos claros. La semilla del desencuentro estaba sembrada para el futuro.

La enmienda aceptada no se refiere, como lo hacía la enmienda «in voce» de la disposición adicional, a materias de competencia del Estado; la fórmula ahora empleada es más restringida, se refiere a «facultades correspondientes a materias». El señor Pérez-Llorca precisó, en primer lugar, que la sustitución de la expresión ejecución de funciones por la de facultades correspondientes a materias pretende tan sólo que la prestación de determinados servicios administrativos, de carácter menos englobados en competencias exclusivas estatales, sean hechos en colaboración con las entidades autónomas, y esto es mucho menos importante que la expresión «ejecución de funciones», que por su propia terminología es omnicomprensiva.

Por otra parte, se elimina la expresa solicitud de los entes autonómicos, para evitar que las Comunidades Autónomas se encuentren legitimadas por la vía de este artículo para solicitar determinadas

atribuciones. Es el Estado, por medio de Ley Orgánica y en acto voluntario y libre, el que pueda utilizar esta nueva técnica descentralizadora.

Además, en tercer lugar, dice Pérez-Llorca, se trató de introducir la cautela fundamental que no existía en el previo artículo 144, de que sólo serán delegables o transferibles las funciones que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. Y es evidente que en su totalidad las funciones exclusivas del Estado no son susceptibles de transferencia o delegación. Nosotros añadimos que se trataría de una «*contradictio in terminis*». De cualquier forma, la apertura de criterios era absolutamente desbordada y tendente a producir un buen número de interpretaciones diversas, bajo nuestra forma de entender lo que es un marco jurídico. Si no se contiene jurídicamente lo que por naturaleza tiende a la expansión, se deja a la vía de los hechos lo que podría haberse regulado con rigor y el máximo rango normativo.

Se dijo que parecía evidente que así las cosas, la introducción de la palabra transferir con todas estas cautelas no suponía una agravación del precepto, sino que permitía la utilización de técnicas descentralizadoras yuxtapuestas, puesto que en cualquier caso se trataría de un acto de soberanía del Estado revocable mediante Ley Orgánica y al margen del problema de los estatutos que nada tenían que ver con esta cuestión. Se trataba, añadió una vez más, de un artículo de técnica de descentralización administrativa.

Sin embargo, ello no se ajusta del todo al sistema contemplado en los ordenamientos nacional y autonómico, toda vez que las reformas estatutarias terminan recogiendo las transferencias competenciales, al margen de cuál haya sido «*ab origine*» el procedimiento utilizado. Al realizarse posteriormente una absorción competencial autonómica por la vía de la reforma estatutaria, intervienen ya instituciones y procedimientos de naturaleza autonómica; por ello no rige en toda su extensión el principio de los «*contrarius actus*». Simplemente, las competencias inicialmente derivadas por la aplicación del art. 150.2 CE, requieren de un Ley Orgánica, pero en el momento en que dichas

competencias se actualizan estatutariamente se contagian de una naturaleza mixta (con los componentes autonómicos propios de la iniciativa o el procedimiento de reforma estatutario) que hace imposible revertir el procedimiento sin el concurso de las instituciones que intervinieron en la reforma estatutaria.

En síntesis, la interpretación que se deduce, a pesar de las modificaciones: el artículo no va más allá de la redacción dada por la comisión del Congreso, porque la palabra transferencia no tiene un sentido distinto del de delegación. Las facultades que pueden delegarse son meras funciones ejecutivas, y, por su propia naturaleza, toda la competencia exclusiva sobre una materia no es nunca delegable; sólo lo son facultades ejecutivas de algunas de las competencias estatales exclusivas (aquellas que previamente ya poseen una dimensión autonómica en su concepción constitucional).

No obstante, si la palabra transferencia equivalía a delegación, ¿por qué emplear las dos?, ¿qué quería decir facultades correspondientes a materias y cuáles eran las facultades no transferibles o delegables por naturaleza? Estos interrogantes dieron lugar a una reproducción del debate en el Senado. El voto particular del señor Sánchez Agesta ponía de manifiesto la preocupación por determinar qué competencias eran transferibles por naturaleza por medio de un sistema de lista: el Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante Ley Orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que no estén comprendidas en los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 10, 11, 12, 14, 20, 21, 26, 28, 29 y 30 del artículo 148 (hoy 149). La Ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserva el Estado.

En un sentido parecido se pronunciaba el voto particular del señor Ollero Gómez. A estas objeciones respondió el señor González Seara²⁷ con una interpretación que se aparta en cierta medida de

²⁷ Rodríguez-Arana Muñoz, J.: «Sobre los artículos 149.1 y 150.2 de la Constitución», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 16, 1993.

la interpretación del señor Pérez-Llorca.²⁸ En efecto, para el citado Senador había que distinguir entre transferencia y delegación por razón de su contenido. La transferencia era más limitada, y así habían de considerarse como transferibles las facultades que no hubiesen sido atribuidas por los Estatutos pudiendo serlo; de aquí que el contenido de las competencias exclusivas del Estado era intransferible por naturaleza.

La delegación, en cambio, podía entrar en el ámbito de las competencias exclusivas del Estado, siendo solamente indelegables algunas facultades inherentes a la soberanía. Esta interpretación, conceptualmente aceptable, olvida, no obstante, que lo esencial para distinguir entre transferencia y delegación no está tanto en las facultades que pueden ser transferidas o delegadas, sino en los efectos de tal acto, es decir, en si la transferencia supone atribución irrevocable o no. El intérprete en este caso quería dar a entender, sin manifestarlo, que la transferencia debía equipararse a atribución, olvidando, no obstante, que tal atribución sólo es posible, según la propia Constitución, en los Estatutos, y que a estos efectos lo mismo da que se trate de competencias no asumidas pero asumibles, que de competencias exclusivas del Estado.

Por otra parte, la interpretación dada por el señor González Seara podría hacernos pensar en que por medio de este artículo 150.2, se pueden transferir facultades estatales hasta el límite del artículo 149, con el posible efecto de violar el límite temporal del artículo 148.3 de la Constitución. Se debe señalar que el empleo de la expresión facultades

http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjvr6_L2JPZAhVGvxQKHUKzDH4QFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.navarra.es%2Fappsext%2FDescargarFichero%2Fdefault.aspx%3Ffichero%3DRJ_16_I_3.pdf%26codigoAcceso%3DPdfRevistaJuridica&usg=AOvVaw3vbkVRdGzOOVeyOijw4DjP.

²⁸ Véase: Diario de Sesiones del Congreso, núm. 116, de 21 de julio de 1978.

Meilán Gil, J. L.: «La Ordenación jurídica de las autonomías», Madrid, 1988, p. 100. El Profesor Meilán Gil, por su parte, formuló una precisión técnica subrayando que las facultades son una parte del título y que titularidad y ejercicio son disociables como es frecuente en el mundo del Derecho de modo que se puede afirmar la «exclusividad de una titularidad y también el ejercicio de una parte de ese todo que compone la titularidad».

correspondientes a materias restringe el ámbito de las posibles competencias a transferir, y que, aun cuando así no fuera, el artículo 148.3 es un límite absoluto a estos efectos.

Hoy, alejados ya del debate constituyente sobre los aspectos competenciales entre el Estado y las CCAA y con la perspectiva que da la historia de una democracia adulta y desarrollada, nos manifestamos partidarios de la modificación de este «precepto-válvula», objeto de negociación al margen de los cauces consensuales con rigidez constitucional.

El ex vicepresidente del Gobierno en 2008 ya se mostró, en una interesante entrevista, partidario de derogar el artículo que permite a las comunidades autónomas asumir nuevas competencias estatales, porque, en su criterio, mantiene permanentemente abierto el proceso constituyente.

Como sabemos, Alfonso Guerra estuvo unos cuantos años al frente de la Comisión Constitucional del Congreso. Desde ese puesto pretendió conciliar intereses de todos para que los Estatutos de Autonomía no se desviaran del camino marcado por la Ley Fundamental. Es cierto que se trabajó intensamente en la elaboración de ese texto de amplísimo consenso y ahora se debe exigir con razón un acuerdo similar para cualquier reforma.

Según Guerra, la Constitución es reformable. Sacralizar la Constitución, decir que no se puede tocar, es un absurdo. La Constitución se puede reformar y, de hecho, quizás debería reformarse. La cuestión según el ex vicepresidente es que la Constitución «significó la renuncia de una parte de las aspiraciones de todas las organizaciones políticas para lograr un texto que sirviera a la convivencia general de todos. No se trató de un proceso de adversarios, sí transaccional.

Si modificar algunos artículos ha de ser a costa de perder ese acuerdo general alrededor de un texto que sirve para todos, si es pagando ese precio, prefiere no hacerlo».²⁹

29 https://elpais.com/diario/2008/12/06/espana/1228518017_850215.html

Como sabemos, la Constitución establece un reparto del poder en el Título VIII. Ese reparto, obviamente, se puede modificar, reformando la Constitución. El problema, según Alfonso Guerra, es que algunos pretendían modificarlo sin reformar la Constitución, a través del texto de los Estatutos. La labor que hizo la Comisión Constitucional fue muy importante. En algunos estatutos se llegaron a modificar muchísimos artículos, lo cual a nadie escapa que es un cambio fundamental. Por otra parte, como acabamos de señalar de difícil reversión.

Sin duda, con Alfonso Guerra, pensamos que debería al menos modificarse el art. 150 CE (él habla de derogación). Su tesis es que puede convertirse en un instrumento para modificar la Constitución sin el procedimiento previsto en la propia «prima lex». Argumenta: «Me preocupó desde el primer instante este apartado, al que me opuse cuando lo acordaron en una reunión en Moncloa con el PNV. «Una Constitución no puede permitir que el proceso constituyente esté permanentemente abierto y, con ese párrafo segundo del artículo 150, el proceso constituyente no se ha cerrado. No hay ninguna constitución en el mundo que deje abierto el proceso constituyente; soy firme partidario de derogarlo pero ¿hay consenso? Los nacionalistas van a decir que no».³⁰

A nuestro juicio se trata además de una peligrosa puerta dispuesta en la propia Constitución y abierta a la negociación política. Pensamos que lo que en un momento dado pudo resultar coyuntural y necesario para flexibilizar los criterios de distribución de competencias entre el Estado y los entes autonómicos, no debe hoy servir para confirmar la posibilidad de negociación política (podría ser incluso partidista) de materias de orden público de rango constitucional, algunas de ellas de reforma especialmente agravada por su naturaleza sistémica.

Al igual que el art. 150.2 CE se utilizó durante la construcción del sistema autonómico para preservar la igualdad territorial, e incluso la

³⁰ *Ibidem*.

solidaridad, que son dos valores ligados en esencia; se corre el riesgo de que este mismo precepto pueda servir para constituir moneda de cambio político y conculcar dichos valores.

Los procesos jurídicos, y más los constitucionales, deben servir para establecer marcos garantistas. Resulta absolutamente claro que la política no puede sustraerse al debate y al progreso del modelo autonómico, pero supeditándose a dichos procedimientos que garantizan amplios consensos y participación social reglada mediante la norma; cualquier otro medio sería un fraude.

Por otra parte, tampoco debe olvidarse la dimensión financiera del reparto de competencias y facultades. Ello ha llevado, a nuestro juicio, a olvidar en muchas ocasiones el verdadero sentido teleológico de la disposición original de competencias y facultades. Algunas interpretaciones absolutamente abiertas han rebasado sistémicas limitaciones jurídicas y constitucionales definitorias del propio modelo. Las incoherencias han amenazado el sistema por la vía de los hechos de intentos de mutación constitucional. Esta amenaza suele provenir de sistemas absolutamente abiertos en los que termina confundiéndose el objeto de negociación política con las materias propias de orden público.

Una Constitución con altas dosis de ambigüedad por su naturaleza consensuada, ya estamos observando que constituye un terreno abonado para la más absoluta apertura de criterios interpretativos. La seguridad jurídica está en peligro y parece que una reforma estructural y pactada del Título VIII de la vigente CE es la única solución duradera para las nuevas generaciones. Resulta lógico que una nueva generación reivindique una nueva organización territorial. Si se desea renovar el sistema deberá consensuarse. Ahora bien, siempre desde la Constitución y con la Constitución. Cualquier otro camino tendría consecuencias nefastas para la sociedad y la duración de cualquier reforma.

V. El deficiente sistema de financiación autonómica: una pluralidad de fondos de excepción

Nuestro sistema de financiación debe relacionar de forma coherente tres de los principios constitucionales basilares del sistema autonómico: el derecho a la autonomía (art.2 CE), la igualdad territorial (art. 139 CE) y la solidaridad interterritorial (arts. 2, 138 y 158 CE).

Nuestra Constitución fijó un sistema de financiación de las Administraciones públicas basado fundamentalmente en los tributos, como se desprende, a nuestro modo de ver, de forma inequívoca, de preceptos tales como los artículos 31.1³¹ o 142³² CE.

La Constitución pretende optimizar además las relaciones entre el autogobierno y la descentralización (art. 103.1 CE), con las directrices de la igualdad y solidaridad territorial, tan presentes en nuestra Carta Magna.

Es realmente necesario que se opte por un sistema transparente en el que puedan visualizar los ciudadanos los criterios que relacionan los impuestos y los concretos servicios públicos. Ello no es solo una exigencia para la más elemental comprensión, sino un presupuesto para la rendición de cuentas a la comunidad civil y el posible control de la ejecución presupuestaria. Una exigencia de la democracia.

Como ha estudiado de La Fuente, existen básicamente dos subsistemas muy distintos (de hecho, dos y medio porque, como señala este autor, Canarias tiene peculiaridades importantes).

Hay un sistema foral, que se aplica en el País Vasco y en Navarra, y un sistema común, que se aplica en el resto de las Comunidades Autónomas. Son dos sistemas muy diferentes.³³

31 Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

32 La Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas.

33 De la Fuente, Á.: «El sistema de financiación regional: problemas y propuestas de reforma. The Spanish system of regional financing: shortcomings and proposals for reform», *Revista de Estudios Regionales*, vol. ext. VIII, 2009, pp. 19-31.

En el sistema foral, los territorios forales (que son de hecho las provincias y no otro tipo de regiones) recaudan prácticamente todos los impuestos, a excepción de las cuotas contributivas a la Seguridad Social, y luego pagan al Estado una cuota por los servicios que éste les presta en áreas no transferidas.³⁴

Con una excepción muy poco significativa (el Fondo de Compensación Interterritorial), el sistema exige a los territorios forales de participar en la redistribución territorial. Como se trata de territorios de renta alta, esto les permite quedarse con niveles de financiación muy superiores a los del resto de comunidades, en torno a un 60 o 70% (según Ángel de La Fuente) por encima de la media de las comunidades de régimen común a igualdad de competencias.

Para el funcionamiento del sistema común se plantea una fórmula de necesidades de gasto que asigna a cada comunidad una cantidad de recursos en función de sus características demográficas y territoriales (la población y su grado de envejecimiento, la superficie, la dispersión y la insularidad).³⁵

La pretendida razón que hay detrás de esta fórmula es una tendencia hacia la nivelación total. La idea es que, con independencia del nivel de renta de cada región, todos los Gobiernos regionales

34 En el régimen foral (aplicable a la Comunidad Autónoma del País Vasco y a la Comunidad Foral de Navarra) el sistema de financiación se caracteriza porque los Territorios Históricos del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra tienen potestad para mantener, establecer y regular su régimen tributario. Ello implica que la exacción, gestión, liquidación, recaudación e inspección de la mayoría de los impuestos estatales (actualmente todos, excepto los derechos de importación y los gravámenes a la importación en los Impuestos Especiales y en el Impuesto sobre el Valor Añadido) corresponde a cada uno de los tres Territorios del País Vasco y a la Comunidad Foral de Navarra. La recaudación de estos impuestos queda en poder de dichos territorios y, por su parte, la Comunidad Autónoma contribuye a la financiación de las cargas generales del Estado no asumidas a través de una cantidad denominada «cupo» o «aportación». En: http://www.agenciatributaria.es/AEAT.fisterritorial/Inicio_es_ES/_Menu/_Fiscalidad_Autonomica/Regimen_Foral/Regimen_Foral.shtml

35 El cálculo de las necesidades de gasto de las comunidades autónomas, by admin on 4 octubre, 2015. <http://www.fedea.net/el-calculo-de-las-necesidades-de-gasto-de-las-comunidades-autonomas/>

De la Fuente, Á.: «El cálculo de las necesidades de gasto regionales: notas para la discusión», FEDEA, *Policy Papers*, núm. 2015-07, Madrid, octubre de 2015.

deben disponer de los recursos necesarios para poder prestar servicios parecidos a sus ciudadanos.

No obstante, esta regla general se encuentra saturada de excepciones y matizaciones que condicionan el modelo: las modulaciones, las garantías de mínimos, los nutridos fondos especiales, las peculiaridades y la recaudación normativa por los impuestos cedidos son algunos de los condicionantes introducidos para relativizar el pretendido marco general.

Es cierto que el sistema nos recuerda lamentablemente a un buen número de situaciones jurídicas en las que las excepciones superan a la regla general contenida en la norma. Se trata a veces de aporías difíciles de explicar. De nada sirve establecer un patrón si se relativiza mediante variados ítems y se multiplican por tanto los subsistemas de carácter excepcional hasta hacer desaparecer la abstracción de la regla, garante de la igualdad.

Por lo que respecta a la financiación, el Estado procede a ceder a las comunidades ciertos tributos. La cesión es a veces total y a veces parcial, a veces con capacidad normativa (capacidad para subir o bajar tipos y fijar deducciones) y a veces sin ella, a veces con capacidad de gestión y a veces sin ella. Esta diferencia en el ámbito normativo y de gestión, curiosamente pretende garantizar la igualdad y la solidaridad.

El proceso se completa con financiación transferida por el Estado dado el rendimiento del paquete de tributos cedidos. El Estado suele completar lo que falta hasta llegar a la cantidad que corresponde a cada comunidad a través de una transferencia de nivelación, esto es, el denominado «Fondo de Suficiencia». Aunque esta cantidad podría ser negativa si la recaudación por tributos cedidos excediese de lo establecido para la Comunidad. En este caso se devolvería el excedente por la Comunidad Autónoma.³⁶

Como bien indica De la Fuente, Estos cálculos se realizan una sola vez en el momento en el que el sistema se pone en marcha para

³⁶ De la Fuente, Á.: «El sistema de financiación regional: problemas y propuestas de reforma», cit., p. 21.

un año ya pasado (el «año base») para el que se dispone de toda la información necesaria. A continuación, se aplican las normas de evolución del sistema, año a año. Los tributos cedidos se incrementan y las trasferencias de nivelación del Fondo de Suficiencia crecen a una tasa común para todas las comunidades (o al menos para todas aquellas en las que es positivo). Esta tasa está vinculada al incremento de los ingresos tributarios del Estado y no tiene en cuenta la evolución de los rendimientos de los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas ni el crecimiento de la población o de otros factores de coste.

A partir del modelo, sucintamente descrito, resulta que se pueden derivar tres problemas cuya solución es ciertamente acuciante.

En primer lugar, se plantea un problema de transparencia elemental. No es ajeno a ningún poder público el hecho de que resulta difícil de comprender y de asimilar por el ciudadano un sistema cuya fórmula general se condiciona y relativiza por múltiples factores que no responden a criterios de equidad, solidaridad o igualdad.

En segundo lugar, el Estado ha favorecido ciertamente un clima de irresponsabilidad fiscal para las CCAA, toda vez que ha controlado los elementos esenciales del modelo. Este no tiende en absoluto a la verdadera satisfacción de los servicios públicos, y a una relación armónica con el resto de territorios.

Recientemente hay una tendencia a corresponsabilizar a las CCAA con el Estado, incrementando su nivel de implicación en la gestión y administración de los medios para los servicios públicos. Ello puede resultar muy positivo si funcionan correctamente los medios de cooperación y coordinación interadministrativos; pero puede suponer un gran riesgo en caso contrario, por un mero problema de control del gasto.

El tercer problema ya se ha apuntado. Lamentablemente, no existe un criterio claro y primario que tienda a fomentar la solidaridad y la igualdad territorial. Con el actual sistema de financiación autonómica no resulta posible conseguir una equiparación en derechos o servicios públicos.

Da la impresión, aunque el cuadro económico y de los diversos fondos es muy complejo, de que el ajuste del modelo mediante la

creación de nuevos fondos, puede desajustar los elementos de cualquier otro subsistema financiero.

De hecho, todo el modelo se tuvo que modificar con la llegada de la gran crisis económica. El retocado sistema entró en vigor el 1 de enero de 2009, en plena recesión, pero con una dotación bastante generosa –que obviamente se financió por la vía del endeudamiento–.

El modelo (con año base en aquel año) se aplicó en todo el territorio del régimen común, incluidas Ceuta y Melilla, excepto en el País Vasco y Navarra, que, como hemos visto, tienen sus propios sistemas forales al amparo de la Constitución.³⁷

Este nuevo modelo pretendía (como acabamos de ver) una mayor corresponsabilidad fiscal, para lo cual se «aumentaron» los porcentajes de cesión de los tributos ya parcialmente cedidos a las comunidades autónomas, al tiempo que se incrementaron sus competencias normativas para reforzar su autonomía financiera mediante una mayor capacidad para decidir la composición y el volumen de ingresos de que disponen. Igualmente se refuerza la colaboración recíproca entre las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas y la Agencia Estatal de Administración Tributaria, así como se prevé de manera novedosa la posibilidad de delegar en las Comunidades Autónomas la revisión en vía administrativa de los actos de gestión dictados por sus Administraciones tributarias. Este aumento de la corresponsabilidad se compatibiliza con el respeto a la unidad de mercado.

De este modo, si con el modelo anterior el 70% de todos los recursos de las regiones procedía de los impuestos cedidos parcial o totalmente por el Estado, con el nuevo sistema, este porcentaje pasó a rondar el 90%. Se trata sin duda de un importante cambio del modelo de gestión.

Como sabemos, las CCAA gestionan en su totalidad los tributos de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, sucesiones y donaciones e impuestos sobre el juego y las tasas afectas a los

³⁷ Nació con 11.000 millones para asegurar la suficiencia del sistema. Algo que, solo en parte, se ha conseguido.

servicios transferidos. Pero, además, como ya dijimos, participan en la recaudación del resto de tributos. En concreto, recaudación del impuesto sobre hidrocarburos y del impuesto especial sobre determinados medios de transporte; además del 50% de la tarifa autonómica del IRPF; el 50% de la recaudación líquida del IVA (sin capacidad normativa) y el 58% de la recaudación líquida por los impuestos especiales que gravan la cerveza, el vino, las bebidas fermentadas, el alcohol, los hidrocarburos y las labores del tabaco. También el 100% de la recaudación líquida por el impuesto sobre la electricidad.

Esas cantidades, sin embargo, no se reparten de forma homogénea. Bien al contrario, se utilizan diversos criterios que vienen a ser «el pilar fundamental del sistema». De esta manera, las CCAA pueden atender sus necesidades de gasto en sanidad, educación o servicios sociales.³⁸

Los criterios adoptados son los siguientes: Población protegida equivalente: 38%; población: 30%; población en edad escolar (entre cero y 16 años): 20,5%; población mayor de 65 años: 8,5%; superficie: 1,8%; dispersión de la población: 0,6%, e insularidad: 0,6%.³⁹

Dividiendo la financiación de cada región por su población ajustada, se obtiene un indicador de financiación por unidad de necesidad o per cápita ajustada que suele utilizarse para valorar la equidad de la distribución de recursos entre regiones.

Como ha sostenido De la Fuente el sistema (que debía haber sido evaluado quinquenalmente) no intenta cuantificar el coste en términos absolutos de prestar los servicios públicos gestionados por las comunidades autónomas a algún nivel de calidad considerado deseable, pero sí intenta fijar un criterio de reparto para asegurar que las necesidades de todas las regiones se ven satisfechas de

38 https://www.elconfidencial.com/economia/2017-01-16/irpf-hidrocarburos-iva-financiacion-autonomica-regiones-ccaa-pais-vasco-sistemas-forales_1316668/

39 Así funciona la financiación autonómica. Ocho años después de la aprobación del actual modelo de financiación, la Conferencia de Presidentes comienza a revisarlo. Se trata de un sistema complejo y hasta opaco. En: El Confidencial, https://www.elconfidencial.com/economia/2017-01-16/irpf-hidrocarburos-iva-financiacion-autonomica-regiones-ccaa-pais-vasco-sistemas-forales_1316668/

manera proporcional.⁴⁰ No obstante el dinero no se reparte de forma homogénea.

El instrumento de nivelación por el que se ha optado es el llamado Fondo de Garantía (FG), que no existía en modelos anteriores. Este Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales pretendía que todas las CCAA recibieran los mismos recursos por habitante en términos de población ajustada, no solo durante el primer año de aplicación sino también en el futuro. Este fondo pretende canalizar el grueso de los recursos del sistema, y funciona como una especie de caja única que se distribuye entre las regiones en proporción a sus necesidades estimadas de gasto.

Por otra parte, el FG se nutre con un 75% de los ingresos tributarios estandarizados de las CCAA y con una aportación adicional del Estado. En 2014, los recursos totales del fondo ascendieron a 76.000 millones de euros (incluyendo una contribución del Gobierno central), lo que representaba el 80% de los recursos ordinarios del sistema.

Como ya hemos reflejado, cuenta, además, con otros fondos diseñados a la carta para satisfacer las necesidades singulares de cada región. Como el Fondo de Suficiencia Global, el Fondo de Convergencia,⁴¹ el Fondo de Competitividad, el Fondo de Cooperación o el viejo conocido Fondo de Compensación Interterritorial,⁴² que, como sabemos, es el

40 <https://www.bbvaesearch.com/publicaciones/series-largas-de-algunos-agregados-economicos-y-regionales-actualizacion-hasta-2016/>

41 El *refuerzo de la equidad* se instrumenta básicamente a través del nuevo Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, el cual garantiza que, en cumplimiento del artículo 158.1 de la Constitución y del decimoquinto de la LOFCA, todas las Comunidades Autónomas van a recibir los mismos recursos por habitante, en términos de población ajustada o unidad de necesidad, no sólo en el primer año de aplicación, sino también en el futuro. También contribuyen a incrementar la equidad en el sistema los Fondos de Convergencia, creados mediante fondos adicionales del Estado con los objetivos de reforzar la convergencia en financiación per cápita y la convergencia en los niveles de vida de los ciudadanos.

42 En cumplimiento del mandato constitucional, en los Presupuestos Generales del Estado se dotan todos los años los denominados Fondos de Compensación Interterritorial, que tienen las siguientes características:

Su importe no puede ser inferior al 35% de la inversión del Estado y sus Organismos Autónomos, ponderada por la población y renta relativa de las Comunidades Autónomas y Ciudades beneficiarias. Tampoco el importe puede ser inferior al Fondo del año 1992.

único que tiene garantía constitucional, pero que ha ido perdiendo peso a lo largo del tiempo por los continuos ajustes del sistema.

Por otra parte se ha pretendido dinamizar el sistema con el objetivo de favorecer su estabilidad. Para ello, se ha introducido mecanismos efectivos y explícitos de ajuste de los recursos a las necesidades de los ciudadanos mediante la actualización anual de las variables que determinan la necesidad de financiación a efectos de calcular la participación en el Fondo de Garantía de cada Comunidad Autónoma, además de preverse una evaluación quinquenal de los resultados del sistema sobre la base de los trabajos del Comité Técnico Permanente de Evaluación.

Como puede observarse, se aprecia una yuxtaposición de mecanismos económicos que pretenden corregir los defectos de una pretendida norma general. Ello, al final, pensamos que genera una pluralidad de criterios que consiguen alejar la situación de la pretendida convergencia en la igualdad territorial de cobertura de servicios públicos.

La experiencia indica que cuanto más complejo es un sistema, más complicado resulta su ajuste mediante medidas aisladas. Si se permite la expresión, un sistema complejo como el presente no debe admitir parches. Las medidas yuxtapuestas, que es lo que se ha venido haciendo hasta el momento, muchas veces mediante la negociación política, generan al final importantes desigualdades que afectan a los servicios públicos más importantes de los ciudadanos, tales como la educación o la sanidad.

Debemos tener muy presente que la autonomía financiera es una parte esencial de la autonomía política, y hay comunidades con mayor autonomía financiera que otras. A este respecto, el modelo de distribución del poder impositivo en España no fue precisado de un modo rígido, de tal manera que se puede decir que sus normas son lo suficientemente ambiguas como para que en su seno puedan

Se distribuyen entre las Comunidades Autónomas con menor renta y las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Los Fondos deben destinarse a financiar gastos de inversión. No obstante, hasta un máximo del 25% de los Fondos de cada año pueden destinarse a gastos de puesta en marcha de las inversiones financiadas con cargo a los mismos.

caber numerosas posibilidades de actuación, como por otra parte ha destacado la abundante doctrina del Tribunal Constitucional. Se puede decir entonces que, en cuestión; el legislador ordinario ha gozado, y goza todavía, de una gran discrecionalidad. Ello ha permitido que el modelo de financiación de las CCAA haya sufrido modificaciones importantes a lo largo de los años, sin que tales modificaciones hayan suscitado graves problemas de constitucionalidad (bien es cierto que si hay algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional).⁴³

Debemos señalar además que tal y como se ha insinuado alguna vez por algunos defensores de la uniformidad del sistema, tampoco parece razonable la generalización de un régimen de concierto o convenio, similar al que gozan las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra; no se encontraría de manera sencilla una motivación constitucional.

Este sistema algo peculiar, por diferente, de financiación territorial, ha recogido desde hace mucho tiempo pasiones de signo contrario. Ello, según Tejerizo López ha impedido hasta el momento su estudio y análisis desapasionados desde una perspectiva estrictamente jurídica. De momento, resulta posible afirmar que su existencia responde a razones de carácter histórico, más que de otra índole, por lo que no parece que sea posible concebirlo desgajado del momento en que nació y se desarrolló.⁴⁴

A todo esto debemos añadir con este autor que no resultaría constitucionalmente aceptable un sistema general de concierto o convenio, toda vez que ello conllevaría reservar al Estado un papel residual en la financiación pública. Ello no es acorde con el espíritu constitucional de esta materia.⁴⁵

Pensamos, si se permite la expresión, que resulta imprescindible devolver el camino jurídico a la financiación autonómica. Sustraerlo de

43 VVAA, «25 años de financiación autonómica», Tejerizo López, J.M., «La financiación de las Comunidades Autónomas». Notas para un balance, Universidad-Parlamento de Cantabria, 2005, pág. 25.

44 *Ibidem*.

45 *Ibidem*, p. 35.

cualquier clase de negociación política; se debe pensar que el sentido final de la financiación autonómica afecta directamente a los servicios públicos y por ende al modelo de Estado social establecido en nuestra Constitución; que ya está suficientemente huérfano de garantías por su sede constitucional. No debe convertirse en un objeto de transacción que pueda constituir una manera indirecta de retribución por apoyos parlamentarios concretos en otros ámbitos.

Como hemos visto, se ha producido un fuerte y continuado crecimiento de las necesidades de gasto en el tipo de competencias que tienen asumidas las comunidades autónomas. Según los análisis que pueden constatar en variados informes⁴⁶ esta tendencia no parece responder a que las comunidades gastan más, sino a la evolución a largo plazo de funciones de gasto público que han asumido las comunidades, como la sanidad, la educación o las inversiones en infraestructuras. Ello ha obedecido más a necesidades de corresponsabilidad que a cualquier otra causa.

VI. La difícil y necesaria cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas; el interés general y la confusión ideológica

1. La cooperación al servicio del interés general

La cooperación interadministrativa es absolutamente fundamental para la consecución de los intereses generales, que muchas veces van más allá de las propias competencias asignadas a cada Administración. La suma de esfuerzos suele ser de carácter geométrico en la consecución de finalidades públicas y cobra todo su sentido el principio de coordinación del art. 103.1 CE.

⁴⁶ Gill de Albornoz, B., Pérez, F., Cucarella, V.: «Informe sobre la problemática del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común», julio de 2008, Instituto valenciano de investigaciones Autonómicas.

En la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; dentro del capítulo III se regula las relaciones de cooperación.

En el art. 143 se establece la cooperación como medio al servicio del interés general. Además, se puede acordar de manera voluntaria la forma de ejercer sus respectivas competencias que mejor sirva a este principio.

Eso sí, La cooperación requiere la aceptación expresa de las partes, formulada en acuerdos de órganos de cooperación o en convenios.

Además, se puede dar cumplimiento al principio de cooperación de acuerdo con las técnicas que las Administraciones interesadas estimen más adecuadas, como pueden ser: la participación en órganos de cooperación, la participación en órganos consultivos de otras Administraciones Públicas, en organismos públicos o entidades dependientes o vinculados a otra Administración diferente, las prestaciones diversas a otras Administraciones Públicas, la cooperación interadministrativa para la aplicación coordinada de normativa, la emisión de informes expresivos de un criterio y otras actuaciones de cooperación en materia patrimonial.

En estos convenios se deben describir convenientemente las condiciones y compromisos que asumen las partes que los suscriben.

Por otro lado, en el art. 145 de la Ley 40/2015, se prevé que los órganos de cooperación sean órganos de composición multilateral o bilateral, de ámbito general o especial, constituidos por representantes de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades o Ciudades de Ceuta y Melilla o, en su caso, de las Entidades Locales, para acordar voluntariamente actuaciones que mejoren el ejercicio de las competencias que cada Administración Pública tiene.

2. La Conferencia de Presidentes, su necesaria regularización funcional

A pesar que las relaciones intergubernamentales en España no han constituido un objeto de interés científico en este siglo más que

de forma limitada para los estudios de Derecho Administrativo,⁴⁷ pensamos que hoy goza del máximo interés constitucional, toda vez que muchas competencias nacionales y territoriales solo pueden ser ejercitadas si las situamos en el marco de la negociación y cooperación de los gobiernos nacionales y autonómicos. Sin una fluida comunicación difícilmente podrá acometerse las nuevas necesidades sociales, cada vez más complejas y heterogéneas.

La Conferencia de Presidentes es el órgano de máximo nivel político de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y ocupa la cúspide del conjunto de órganos de cooperación multilateral. Deberíamos incluso decir que es un órgano necesario para el establecimiento del diálogo con la UE. Las necesidades territoriales solo pueden fijarse con rigor desde este órgano de coordinación y cooperativo. Cualquier intento de acercamiento desde el individualismo territorial, nos guiará hacia el fracaso.⁴⁸

El art. 146 de la Ley 40/2015 regula la Conferencia de Presidentes como un órgano de cooperación multilateral entre el Gobierno de la Nación y los respectivos Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Está formada por el Presidente del Gobierno, que la preside, y por los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Fue el 28 de octubre de 2004 cuando se constituyó en España la Conferencia de Presidentes como el máximo órgano de cooperación política entre el Gobierno de España y los gobiernos de las

47 Agranoff, R., Bañón Martínez, R.: «El Estado de las Autonomías ¿hacia un nuevo federalismo?», Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 9

48 La integración europea de la que habla Ortega no supone remoción de las fronteras para la creación de un Estado superior común. Ortega distingue, y a ello dedica especial empeño, entre conciencia cultural europea y unidad de Europa; y específica que ha existido siempre una conciencia cultural europea y sin embargo no ha existido nunca una unidad de Europa. Europa como cultura no es lo mismo que Europa como Estado. Nosotros añadimos que Europa es un proceso y que requiere de un continuo diálogo con el país miembro en cuestión, que deberá a su vez mantener canales de comunicación fluida con los entes territoriales que lo componen. Sólo de esta forma podrá hacerse políticas públicas reales y duraderas. Véase sobre este extremo: Bastida Freixedo, X.: «Miseria de la autonomía: una filosofía del Estado autonómico», Oviedo, Universidad de Oviedo, 1999, pp. 19 y ss.

Comunidades Autónomas. A pesar que esta Conferencia nació con vocación de continuidad mediante reuniones periódicas una vez al año; desde su constitución únicamente ha sido convocada en cinco ocasiones: el 10 de septiembre de 2005, el 11 de enero de 2007 y el 14 de diciembre de 2009 durante los Gobiernos de José Luis Rodríguez Zapatero; y el 2 de octubre de 2012 y el 17 de enero de 2017 con los Gobiernos presididos por Mariano Rajoy.

Este órgano es el foro adecuado para debatir sobre las grandes directrices de las políticas públicas, sectoriales y territoriales de ámbito estatal, sobre las actuaciones conjuntas de carácter estratégico, y sobre los asuntos de importancia relevante para el Estado de las Autonomías, que afectan a los ámbitos competenciales estatal y autonómico.

Se trata de un mecanismo imprescindible en el entramado institucional de un Estado descentralizado como el nuestro que precisa, de forma urgente, de impulsos significativos para incrementar los mecanismos de coordinación de cada una de las partes que configuran nuestro Estado de las Autonomías.⁴⁹

Nadie puede esperar que las reuniones de la Conferencia de Presidentes resuelvan todos los problemas que aquejan a los ciudadanos, aunque en ellas se aborden cuestiones importantes como la financiación sanitaria (Conferencia de Presidentes de 2005), la investigación, desarrollo tecnológico e innovación (2007), la violencia de género (2009), las cuestiones de estabilidad fiscal, situación económica y laboral de España (2012) o las políticas de empleo, la protección civil, la estrategia nacional frente al reto demográfico, el pacto social y político por la educación, el desarrollo y aplicación de la ley de garantía de la unidad de mercado, administración digital y empleo público, la tarjeta social, los mecanismos de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica, la sostenibilidad del Estado del bienestar y la reforma de la financiación autonómica; entre otros temas sobre los que se ha pronunciado la última Conferencia de Presidentes.

⁴⁹ http://www.eldiario.es/zonacritica/conferencia-presidentes-expresion-cultura-federal_6_603049731.html

No se trata, ni mucho menos, de hacer de la Conferencia de Presidentes un órgano ejecutivo. Simplemente creemos que habría merecido la pena su creación, si su convocatoria periódica permitiera incrementar progresivamente las dosis de confianza, buena fe, lealtad y respeto institucional con las que necesariamente las distintas administraciones propias de un Estado descentralizado deben articular su relación para el mejor desempeño de sus competencias.

Para que ello ocurra es imprescindible, sin embargo, que los dos componentes de nuestro Estado autonómico: Gobierno y Comunidades Autónomas asuman un comportamiento caracterizado por una exquisita cooperación leal y recíproca. De tal manera que, en lo que afecta a la Conferencia de Presidentes, quien tiene la responsabilidad de convocar las reuniones (Gobierno) debe sentirse obligado a hacerlo con carácter anual y, además, debe dotar a dicha convocatoria de un contenido adecuado al nivel de representación política que el órgano tiene.

No se puede ni debe comprender la Conferencia de Presidentes como una reunión de carácter ideológico. Este órgano trasciende este extremo y se debe situar en una zona neutral, tanto en cuanto nace para coordinar esfuerzos en competencias concurrentes o exclusivas que requieren cooperación y coordinación institucional.

Por su parte, quien está llamado a asistir a dicha reunión (Comunidades Autónomas) debe considerar su presencia una cita ineludible en la medida en que su representación en la Conferencia de Presidentes constituye una manifestación respetuosa del autogobierno que la Constitución reconoce a los distintos territorios. Como poder derivado debe un respeto a la norma marco y debe optimizar cualquier recurso para la consecución de ese interés general, que es la última razón de la política.

Nada de esto, sin embargo, se ha podido lograr durante la breve historia que acumula la Conferencia de Presidentes o, al menos, no en las dosis imaginadas en origen. Así lo acredita la imposibilidad de sostener la Conferencia de Presidentes en su configuración de reunión anual, la ausencia destacada de representantes de algunas Comunidades Autónomas en algunas de las reuniones, como ha sido el caso del País

Vasco y Cataluña en la última o el bajo perfil de alguno de los temas que han sido incluidos en el orden del día de estas convocatorias.

Con todo, nada de todo lo expuesto nos impiden renegar de nuestra obligación de reclamar la transcendencia de normalizar, consolidar y profundizar en el funcionamiento de mecanismos de coordinación territorial para garantizar un mejor funcionamiento del Estado, máxime cuando apreciamos pruebas evidentes –en el plano central y también en el autonómico– de cómo en España todavía no se han asumido plenamente las lógicas de funcionamiento de un Estado con pretendida vocación federal.

Este órgano tiene por objeto la deliberación de asuntos y la adopción de acuerdos de interés para el Estado y las Comunidades Autónomas. Se trata de analizar los asuntos macro-políticos para la proposición de soluciones coordinadas.

Como ya hemos dicho, no se debe olvidar la necesidad del ejercicio correcto y efectivo de multitud de competencias concurrentes y la necesidad de atajarlas mediante soluciones estratégicas de manera cooperativa.

La preparación de sus reuniones por un Comité preparatorio del que forman parte un Ministro del Gobierno, que lo preside, y un Consejero de cada Comunidad Autónoma debe ser pieza fundamental para componer una agenda con altura de miras y horizontes metapolíticos. Las competencias asumidas tienen que administrarse con rigor, por encima de cualquier ideología.

Este no es lugar para el debate o el reproche político, para ello ya están los parlamentos autonómicos. Se trata de un foro cooperativo para trazar y acometer las grandes líneas de las políticas públicas de año en año. Resulta evidente que se debe compartir los principales problemas derivados de la descentralización y financiación de los servicios más importantes de los ciudadanos.

Se debe advertir con la Constitución Española que el debate sobre los nacionalismos, la independencia territorial y las ideas federalizantes trasciende el ámbito material de la Conferencia de Presidentes. Por

afectar al Título Preliminar (art. 2 CE), debe encauzarse hacia un debate de reforma agravada de nuestra Constitución, si fuera el caso.

La aceptación de las reglas del juego, que son iguales para todos, debe primar por un elemental sentido de servicio público hacia los ciudadanos (art. 103.1 CE).

No acudir a una Conferencia de Presidentes por discrepancias ideológicas es un grave error que sólo puede provenir de la confusión en cuanto a órganos y a procedimientos.

3. Las Conferencias Sectoriales sobre materias concretas

Por su parte, en el art. 147 de la Ley 40/2015 se han recogido las Conferencias Sectoriales como órganos de cooperación, de «composición multilateral y ámbito sectorial determinado», que reúne, como Presidente, al miembro del Gobierno que, en representación de la Administración General del Estado, resulte competente por razón de la materia, y a los correspondientes miembros de los Consejos de Gobierno, en representación de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Las Conferencias Sectoriales pueden ejercer funciones consultivas, decisorias o de coordinación orientadas a alcanzar acuerdos sobre materias comunes.

Deberán ser informadas sobre los anteproyectos de leyes y los proyectos de reglamentos del Gobierno de la Nación o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas; establecer planes específicos de cooperación entre Comunidades Autónomas en la materia sectorial correspondiente, intercambiar información sobre las actuaciones programadas por las distintas Administraciones Públicas, fijar los criterios objetivos que sirvan de base para la distribución territorial de los créditos presupuestarios, así como su distribución al comienzo del ejercicio económico.

Corresponde al Ministro que presida la Conferencia Sectorial acordar la convocatoria de las reuniones por iniciativa propia, al menos una vez al año, o cuando lo soliciten, al menos, la tercera parte de sus miembros.

El sistema de Conferencias Sectoriales como garantía institucional de la cooperación debería haber culminado con la eficacia de la Conferencia de Presidentes. Resulta cierto que tenemos los instrumentos, las instituciones y los procedimientos adecuados para evitar solapamientos funcionales en el ámbito de la cooperación interadministrativa, sólo falta que la comprensión del sistema se aleje de cualquier pasión política ajena a la finalidad de estos órganos. Se trata a la postre de un instrumento ampliamente desarrollado y que ha probado su eficacia en otros países de estructura política compuesta.⁵⁰

4. El Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas

Por otra parte, el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas se creó en 1980 por la LOFCA, en su artículo 3, con el objetivo de adecuar la coordinación entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado.

El Consejo de Política Fiscal y Financiera está constituido por el Ministro de Hacienda y Función Pública y el Consejero de Hacienda de cada Comunidad Autónoma.

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, corresponde a la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local el desempeño de la Secretaría del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.

El Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, como órgano de coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en materia fiscal y financiera, tiene

⁵⁰ El vigente Reglamento interno de funcionamiento fue adoptado en la IV reunión celebrada el 14 de diciembre de 2009, modificado en la VI reunión celebrada el 17 de enero de 2017. http://www.eldiario.es/zonacritica/conferencia-presidentes-expresion-cultura-federal_6_603049731.html.

encomendadas las siguientes materias: la coordinación de la política presupuestaria de CCAA y Estado, la emisión de informes y la adopción de los acuerdos, el estudio y valoración de los criterios de distribución de los recursos del Fondo de Compensación, el estudio y la revisión de los métodos utilizados para el cálculo de los costes de los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas, la apreciación de las razones que justifiquen, en cada caso, la percepción por parte de las CCAA de las asignaciones presupuestarias, así como los criterios de equidad seguidos para su afectación, la coordinación de la política de endeudamiento, la coordinación de la política de inversiones públicas; en general, todo aspecto de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado que, dada su naturaleza, precise de una actuación coordinada⁵¹.

5. La Comisión Parlamentaria para la Evaluación y la Modernización del Estado Autonómico

Por último, en sede parlamentaria, se ha creado la Comisión para la Evaluación y la Modernización del Estado Autonómico del Congreso de los Diputados.

Este órgano ha diseñado ya los primeros trabajos que realizará en el futuro inmediato. Ha acordado realizar una primera fase de evaluación global de los 40 años de desarrollo constitucional en materia del Estado autonómico.

A continuación, habrá otra fase de análisis protagonizado por los Presidentes de las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias y el Gobierno de España. Se prevé también la valiosa participación de los expresidentes del Gobierno: Felipe González, José María Aznar y José Luis Rodríguez Zapatero, que había sido propuesta por el PP, el PSOE y Ciudadanos.

⁵¹ <http://www.minhfp.gob.es/esES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/Consejo%20de%20Politica%20Fiscal%20y%20Financiera.aspx>

El desarrollo de estas intervenciones por fases podrá permitir a la comisión finalmente «abordar una serie de puntos concretos en relación con lo que ha ocurrido hasta ahora con el Estado autonómico como respecto de su corrección y desarrollo futuro».

Otro acuerdo alcanzado por la comisión, también por unanimidad, ha sido comenzar con unas 20 comparecencias de diversos especialistas para la evaluación global.

La primera sesión de esta comisión que evalúa el modelo territorial de España ya contó con tres ponentes de excepción: los padres «vivos» que redactaron la Constitución: Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, José Pedro Pérez-Llorca y Miquel Roca. Estos tres miembros de la primera Constituyente coincidieron en su análisis en que todos, hace cuarenta años, renunciaron a parte de sus anhelos para que ganaran los españoles. Por ello, han pedido a los actuales parlamentarios que sean capaces de llegar, como hicieron ellos, a un pacto previo para actualizar cualquier palabra de la Carta Magna. España atraviesa un problema político que, según su punto de vista, debe ser solucionado con más política.

Los tres ponentes han reconocido que la Constitución ha podido quedar en algún punto obsoleta tantos años después de su redacción. Sin embargo, coincidieron en que no se dan las circunstancias para reformarla y apuntaron hacia modificaciones puntuales para resolver necesidades actuales. Los juristas, además, creen que el modelo federal que propone el PSOE no es mejor que el modelo autonómico actual y fueron tajantes ante el desafío secesionista: fuera de la legalidad no se puede negociar nada.

En su exposición, también apuntaron que la escritura de la Constitución fue ambigua, en cierto modo, para que pudiera ser interpretable a lo largo de los años. Como muestra de su éxito recordaron que durante este período los sucesivos gobiernos han podido gobernar sin necesidad de moldear la Ley fundamental a su antojo. Es evidente que una dosis de ambigüedad otorga elasticidad a la norma, y, con ello, se abre más posibilidades.

Herrero de Miñón, diputado de la UCD, Alianza Popular y el PP, reconoció que es «deseable» reformar la Constitución pero nunca de forma «extralegal». Además, pidió a los grupos políticos que fueran capaces de llegar a acuerdos concretos antes de abordar una reforma constitucional.

El segundo ponente, Pérez-Llorca, pronosticó que es «difícil» conseguir un nuevo «proyecto común» como el que alcanzaron ellos porque, a su juicio, «no es el momento» de embarcarse en un asunto tan complejo como cambiar algún punto de la Constitución. El compareciente trajo a la sesión una canción de la Transición que decía «libertad, sin ira» para reflexionar que en España «ahora hay mucha ira».

Para este ponente, habría que incorporar a la Carta Magna elementos de «lealtad federal» porque, a su juicio, ellos mismos fueron unos «ingenuos» al menospreciar las aspiraciones de los nacionalismos, como el catalán, al que calificó de «desleal». Por ello, cree que es imposible abordar ahora una reforma de esta envergadura. «Habría que procurar que la atmósfera se limpiara un poco», añadió.

Por su parte, Miquel Roca admitió que los constituyentes no estuvieron brillantes a la hora de redactar las Cortes en el texto constitucional. A su juicio, las funciones del Senado «no reflejan la distribución territorial» de España y confiesa que el texto final se cerró con «mucho rapidez» porque las negociaciones fueron «muy duras». Llevaban muchos días y muchas noches trabajando y, seguramente, había «cierta prisa por terminar».

El ponente de los nacionalistas catalanes presumió del consenso alcanzado en el referéndum que se celebró para respaldar la Constitución, un 88,5% en España, más del 90% en Cataluña. Y añadió: «Tienen un reto, igualar este porcentaje». Además, aprovechó la oportunidad que le brindó el Congreso para advertir que la norma fundamental del Estado debe respetarse en su totalidad. «No hay vías al margen de la Constitución».⁵²

⁵² https://www.elespanol.com/espana/politica/20180111/padres-constitucion-oponen-reforma-piden-actualice-vias/276223431_0.html

VII. Bibliografía

Libros, capítulos y revistas científicas

- Agranoff, R., Bañón Martínez, R.: *El Estado de las Autonomías, ¿hacia un nuevo federalismo?* Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- Armet, Ll.: *Federalismo y Estado de las Autonomías*. Planeta, 1988.
- Bartolomé Cenzano, J. C. (de): «Las Cortes Generales (II)», en VV.AA., *Instituciones Políticas de la Comunitat Valenciana*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Bartolomé Cenzano, J. C. (de): *La Comunidad Valenciana: Derecho autonómico e instituciones políticas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Bassols Coma, M., Serrano Alberca, J. M.: «El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150. 2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas», *Revista de Administración Pública*, núm. 97, enero-abril de 1982.
- Coscuixuela Montaner, I.: «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*. Madrid, IEF, 1979.
- De la Fuente, Á.: «El cálculo de las necesidades de gasto regionales: notas para la discusión», *FEDEA, Policy Papers*, núm. 7, Madrid, octubre de 2015.
- De la Fuente, Á.: «El sistema de financiación regional: problemas y propuestas de reforma. The Spanish system of regional financing: shortcomings and proposals for reform», *Revista de Estudios Regionales*, vol. ext. VIII, 2009.
- Entrena, R.: *Comentarios a la Constitución*. Madrid, Civitas, 1980.
- Gill de Albornoz, B., Pérez, F., Cucarella, V.: *Informe sobre la problemática del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común*. Instituto Valenciano de Investigaciones Autonómicas, julio de 2008.
- Liñeira, R.: *El Estado de las autonomías en la opinión pública: preferencias, conocimiento y voto*. Madrid, CIS, 2014.

- Martínez Sospedra, M.: «Cap. I, Aspectos generales», en VV. AA., *Instituciones Políticas de la Comunitat Valenciana*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Martínez Sospedra, M.: *Fuentes del Derecho en el Derecho Español, una introducción*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- Meilán Gil, J. L.: *La Ordenación jurídica de las autonomías*. Madrid, 1988.
- Mendes, E. P.: *La Constitución y la Carta de Canadá: ¿un modelo global emergente para conciliar diversidad, identidad y derechos?* Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad.
- Muñoz Machado, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Madrid, Iustel, 2007 (2º ed.).
- Rodríguez-Arana Muñoz, J.: «Sobre los artículos 149.1 y 150.2 de la Constitución», *Revista Jurídica de Navarra*, núm 16, Navarra, 1993.
- Tejerizo López, J. M.: «La financiación de las Comunidades Autónomas», en VV. AA., *25 años de financiación autonómica. Notas para un balance*. Universidad-Parlamento de Cantabria, 2005.

Fuentes parlamentarias

- Diario de Sesiones del Congreso, núm. 91, de 16 de junio de 1978.
- Diario de Sesiones del Congreso, núm. 116, de 21 de julio de 1978.
- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 93, 1978.
- Diario de Sesiones del Congreso de los diputados Comisiones, núm. 424, 31 de enero de 2018.
- Revista de las Cortes Generales, núm. 2, Madrid, 1984.

Webgrafía

- https://www.elespanol.com/espana/politica/20180111/padres-constitucion-oponen-reforma-piden-actualice-vias/276223431_0.html

<http://www.minhafp.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/Consejo%20de%20Politica%20Fiscal%20y%20Financiera.aspx>
http://www.eldiario.es/zonacritica/conferencia-presidentes-expresion-cultura-federal_6_603049731.html.
<https://www.bbvaresearch.com/publicaciones/series-largas-de-algunos-agregados-economicos-y-regionales-actualizacion-hasta-2016/>
https://www.elconfidencial.com/economia/2017-01-16/irpf-hidrocarburos-iva-financiacion-autonomica-regiones-ccaa-pais-vasco-sistemas-forales_1316668/
<http://www.fedea.net/el-calculo-de-las-necesidades-de-gasto-de-las-comunidades-autonomas/>
http://www.agenciatributaria.es/AEAT.fisterritorial/Inicio_es_ES/_Menu_/Fiscalidad_Autonomica/Regimen_Foral/Regimen_Foral.shtml
https://elpais.com/diario/2008/12/06/espana/1228518017_850215.html
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo=2>
<http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>
<http://www.consejoestado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf>

Los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español: el inestable binomio derechos-responsabilidades

VICENTE MORET MILLÁS

Letrado de las Cortes Generales. Profesor asociado IE Law School.

Resumen

La base cierta sobre la cual se asientan los Estados de Derecho occidentales en la actualidad está constituida por el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas recogidas en las distintas Constituciones. No obstante, al lado de estas declaraciones de derechos todos los sistemas constitucionales democráticos han incluido también declaraciones de deberes constitucionales. La existencia de estas obligaciones y responsabilidades constitucionales ha sido tradicionalmente una especie de nota a pie de página de los derechos hasta hace poco tiempo. Han recibido una menor atención tanto por los constituyentes y el Legislador como por la Doctrina, existiendo la percepción en la propia sociedad de que la única obligación constitucional que se integra en el estatuto de ciudadanía es la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. La otra gran obligación, la de defender a la Nación en caso de conflicto ya ni siquiera es percibida como tal deber constitucional por la sociedad. Esta percepción no se corresponde con la realidad de los textos constitucionales en general, ni con la realidad constitucional española actual en particular, demostrándose que derechos y deberes constituyen un binomio inescindible, especialmente en los Estados sociales y democráticos del Bienestar.

Palabras clave: deberes constitucionales, derechos y deberes fundamentales, Constitución española, deberes ciudadanos, deberes de los parlamentarios.

Resum

La base certa sobre la qual s'assenten els estats de dret occidentals en l'actualitat està constituïda pel reconeixement i la protecció dels drets fonamentals i les llibertats públiques recollides en les distintes constitucions. No obstant això, al costat d'aquestes declaracions de drets tots els sistemes constitucionals democràtics han inclòs també declaracions de deures constitucionals. L'existència d'aquestes obligacions i responsabilitats constitucionals ha sigut tradicionalment una espècie de nota a peu de pàgina dels drets fins fa poc de temps. Han rebut una menor atenció tant pels constituents i el legislador com per la doctrina, i hi ha hagut la percepció en la societat mateixa que l'única obligació constitucional que s'integra en l'estatut de ciutadania és l'obligació de contribuir al sosteniment de les despeses públiques. L'altra gran obligació, la de defensar la nació en cas de conflicte, ja ni tan sols és percebuda com a tal deure constitucional per la societat. Aquesta percepció no es correspon amb la realitat dels textos constitucionals en general, ni amb la realitat constitucional espanyola actual en particular, i es demostra que drets i deures constitueixen un binomi inseparable, especialment en els estats socials i democràtics del benestar.

Paraules clau: deures constitucionals, drets i deures fonamentals, Constitució espanyola, deures ciutadans, deures dels parlamentaris.

Abstract

The true basis on which the rule of law are based today is the recognition and protection of the fundamental rights and public liberties. However, along with these declarations of rights all democratic constitutional systems have also included declarations of constitutional duties. The existence of these constitutional obligations has traditionally been until recently a sort of footnote to rights. They have received less attention both by the Legislators and academy. Perception exist in society that the only constitutional duty integrated into the citizenship statute is contributing to the maintenance of public expenditures. This social opinion does not correspond with constitutional texts in general, nor to the current Spanish constitutional in particular. Rights and duties constitute an inseparable binomial, especially in the social and democratic Welfare States.

Key Words: Constitutional duties; Fundamental rights and duties; Spanish Constitution; Citizens rights and duties; Parliamentary duties.

Sumario

- I. Introducción.
 1. El binomio libertad-responsabilidad.
- II. Orígen de los deberes de los ciudadanos.
- III. El concepto del deber constitucional.
 1. Concepto de deber jurídico.
 2. Teorías sobre el concepto de deberes fundamentales regulados constitucionalmente.
 3. Concepto de Deber Constitucional.
- IV. Hacia una nueva teoría de los deberes públicos.
- V. Los deberes constitucionales y la ley.
- VI. Los deberes fundamentales en las declaraciones de derechos.
- VII. Los deberes fundamentales en el ordenamiento constitucional español y su virtualidad jurídica.
 1. Conceptos generales.
 2. El catálogo de deberes en la Constitución de 1978.
 3. El primero de los deberes: la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
 4. El derecho/deber de defender a España.
 5. El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.
 6. El derecho/deber de conocer y usar el castellano.
 7. El deber de educación.
 8. El derecho/deber de trabajar.
 9. Los deberes relativos a la salud pública.
 10. El deber de preservación del medio ambiente.
 11. El deber de cuidar del patrimonio histórico, cultural y artístico.
- VIII. Los deberes que se insertan en el sistema de representación política y en el ámbito parlamentario.
 1. El derecho a participar en los asuntos públicos y los deberes anexos.
 2. La obligación de comparecer ante las comisiones de investigación del Congreso de los Diputados y del Senado.

3. Las obligaciones de los parlamentarios en el ejercicio de su función.

4. El deber de cumplir las sentencias y las resoluciones de Jueces y Tribunales.

IX. Conclusiones.

«Un derecho no es efectivo por sí mismo, sino solo en relación con la obligación que le corresponde»

SIMONE WEIL, *L'enracinement* (1949)

I. Introducción

«Si tuviera que escribir un decálogo de Deberes del Ciudadano, el deber de respetar a los demás ocuparía el primer puesto»

NORBERTO BOBBIO¹

El reconocimiento de una serie de derechos fundamentales que son atributo de todo ciudadano, constituye la base sobre la cual se asientan los Estados de Derecho desde que estos fueron configurándose a lo largo de los Siglo XIX y XX. No obstante, adyacentes a estas declaraciones de derechos todos los sistemas constitucionales que crean Estados democráticos de derecho han incluido también declaraciones de deberes constitucionales, con mayor o menor claridad, con más o menos detalle, con mayor o menor extensión. Lo cierto es que estas referencias a la existencia de obligaciones y responsabilidades constitucionales han recibido una menor atención tanto por los Constituyentes como por el Legislador, existiendo la percepción en la doctrina y en la propia sociedad de que la única obligación constitucional que se integra en el estatuto de ciudadanía es la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, ya que la otra gran obligación, la de defender a la Nación en caso de guerra ya ni siquiera es percibida como tal deber constitucional por la sociedad. Esta percepción no se corresponde con la realidad de los textos constitucionales en general, ni con la realidad constitucional española actual en particular.

¹ Bobbio, N., Viroli, M.: *Diálogo sobre la República*.

http://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible_pdf.php?art=4015&t=articulos

No obstante, se está produciendo en los últimos años en la doctrina un intento de construir una nueva aproximación a la teoría de los deberes constitucionales, que permita dar un nuevo enfoque a estos no solo desde el punto de vista de las relaciones verticales de subordinación jerárquica al poder político, sino también desde el punto de vista de las relaciones horizontales de los ciudadanos entre sí como miembros de una sociedad. Se debe insistir en que no sólo existe una ética y una juridicidad de los derechos. También existe una ética y una juridicidad de los deberes que precisamente forma parte indisoluble de esa sociedad de los derechos que hemos construido. Si bien es cierto que el debate y la dinámica de los derechos tienen el monopolio en la consideración de las relaciones entre individuos y Estado, es el momento de considerar los deberes como parte de un binomio que hasta ahora no ha logrado encontrar su espacio en el debate social ni en sectores amplios de la Doctrina. Se asume así un postulado erróneo; el de que el único deber constitucional exigible para un ciudadano es contribuir con sus impuestos al sostenimiento del Estado. Esta visión carece de consideraciones axiológicas, e incluso impulsa un uso y abuso del derecho que es perjudicial para el marco de relaciones jurídico-políticas y sociales que constituye en definitiva una Constitución.

Superados los traumas que la II Guerra Mundial dejó en la conciencia colectiva global, y que asociaba deberes a totalitarismos, es la hora de encontrar un nuevo sentido, desarrollo y encaje a esos deberes constitucionales de muy variado tipo que se encuentran recogidos en las Constituciones en vigor, y en particular en la Constitución española vigente desde 1978, marco de convivencia de todos los españoles.

Se puede afirmar que la categoría de los deberes fundamentales constitucionalizados es una de las vías por las que emerge en una Constitución la raíz moral de Derecho,² y supone la existencia de determinadas situaciones de sujeción que se imponen a los ciudadanos

2 Alzaga Villaamil, Ó.: *Derecho Político Español. II*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

para proteger ciertos intereses colectivos por la especial relevancia de éstos como piezas esenciales del funcionamiento de una sociedad organizada y avanzada. La perspectiva desde la cual se va a abordar esta cuestión es eminentemente jurídica. No obstante lo cual sería erróneo no considerar de forma previa que existe una dimensión moral y ética de los deberes, tal y como señalaron Cicerón, Pufendorf o Kant. Por ello, el Estado de Derecho no supone desconocer la necesidad de que los individuos asuman en la sociedad deberes, obligaciones y responsabilidades para asegurar su funcionamiento, o que se desconozca la importancia de las convicciones, valores y creencias que existen en ella.³

Por otra parte, es necesario abordar la cuestión también desde el punto de vista de las obligaciones puramente jurídicas. Debe entenderse la existencia de deberes como el reverso necesario a la existencia de derechos. Sin deberes no hay derechos y por tanto tampoco hay Constitución, ya que exigir derechos tiene como consecuencia ineludible asumir deberes; de otra forma éstos no serían posibles. Esta debería ser la nueva óptica desde la cual podría construirse una teoría de los deberes constitucionales, entendiendo estos no como una especie de reverso oscuro, escondido entre las sombras que proyecta el poderoso foco de los derechos fundamentales en los Estados Sociales y democráticos de derecho, sino como una realidad complementaria e incluso homogénea a esos derechos. En caso contrario se entenderá, como ocurre en estos momentos, que ese correlato no es tal y que los derechos están ahí desde siempre y por sí mismos, sin ninguna responsabilidad adosada, y es una experiencia eterna ligada a la naturaleza misma del hombre que todo aquello que se da por supuesto y que no cuesta esfuerzo mantener no es valorado en su justa medida, ya que se tiene la percepción de que a cambio de ellos no se exige nada. Y esta es una visión de la realidad peligrosa para

³ Goig Martínez, J. M.: «La constitucionalización de deberes», *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011, p. 115.

los sistemas demo-liberales en los cuales se basa la convivencia y el desarrollo de las sociedades occidentales.

La formulación de una visión más abierta, jurídicamente completa e innovadora de nuestros sistemas de derechos fundamentales y libertades debería servirnos para entender el rol de los deberes en la comprensión de los derechos completa, aportando al conjunto su papel de categorías esenciales para la eficacia del sistema de derechos fundamentales y libertades públicas. Se trataría de buscar con todo ello una mejor comprensión del sistema de derechos fundamentales dotando de una dimensión sociológica, axiológica, e incluso podría decirse que humana, que articule las normas de coexistencia en el ámbito de una sociedad. Al fin y al cabo eso es una Constitución; un pacto social que permite establecer un sistema de gobierno como sostenía Locke⁴. La sociedad civil se transforma en sociedad política mediante la existencia de un poder político organizado. Ese poder ha de proceder del consentimiento voluntario de los que componen esa sociedad, consentimiento que se expresa mediante un pacto o acuerdo y que a su vez es la base legitimadora de todo el sistema.

1. El binomio libertad-responsabilidad

Es necesario insistir en la importancia del binomio libertad-responsabilidad para garantizar la viabilidad de nuestros sistemas de derechos fundamentales. Se basa en que además de los derechos, los ciudadanos también quedan obligados a hacer, a no hacer o

4 Locke, J.: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. «99. Quienquiera, pues, que saliendo del estado de naturaleza, a una comunidad se uniere, será considerado como dimitente de todo el poder necesario, en manos de la comunidad, con vista a los fines que a entrar en ella le indujeron, a menos que se hubiere expresamente convenido algún número mayor que el de la mayoría. Y ello se efectúa por el simple asentimiento a unirse a una sociedad política, que es el pacto que existe, o se supone, entre los individuos que ingresan en una república o la constituyen. Y así lo que inicia y efectivamente constituye cualquier sociedad política, no es más que consentimiento de cualquier número de hombres libres, aptos para la mayoría, a su unión e ingreso en tal sociedad. Y esto, y sólo esto, es lo que ha dado o podido dar principio a cualquier gobierno legítimo del mundo».

dar algo cuando así lo demanda un interés público; en definitiva, cuando así lo demanda la propia conservación de la Sociedad.⁵ Esta es la razón por la cual algunos derechos presuponen la existencia de un deber. El hecho de ingresar o de hallarse en convivencia en el seno de una colectividad, implica un deber primero al que pueden reconducirse todos los demás: la obediencia al mandato, la sumisión al *imperium*; en definitiva, el acatamiento del poder. Es lo que Jellinek⁶ denominó el status pasivo o *status subjectionis*, situaciones en las cuales el individuo mantiene con el Estado una relación de sumisión centrada en el deber individual que obliga a cumplir los mandatos o prohibiciones que legítimamente le impone el poder público. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los deberes fundamentales no son deberes del hombre en general, sino sólo deberes del miembro de la comunidad o del sometido al Estado, es decir, de las personas que se encuentran dentro de la esfera del poder del Estado.⁷

Esa reconstrucción del orden jurídico político internacional y estatal, se llevó a cabo mirado hacia atrás, al monstruo que había generado ese «mal absoluto» del que habló Hannah Arendt y pretendiendo superar el trauma global al que los totalitarismos habían sometido al mundo. Por esa razón las declaraciones de derechos y constituciones diluyen o evitan totalmente las referencias a los deberes fundamentales, que eran relacionados en ese momento con los totalitarismos ya que estos apelaban constantemente a la existencia deberes y no de derechos para sus ciudadanos sometidos a una tiranía absoluta del Estado. Por tanto, se potenciaba las sociedades basadas en los derechos como antídotos frente a la tiranía y la opresión.

Esta visión del Estado social y democrático de Derecho tiene también por otra parte su reflejo en el ámbito del Derecho Constitucional, en el cual, la doctrina en España se ha ocupado

5 Pérez Serrano, N.: *Tratado de Derecho Político*. Madrid, Civitas, 1984, p. 89

6 Alexy, R.: *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos, 1997, p. 61.

7 Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 57

escasamente de los deberes fundamentales o constitucionales, frente a la profusión en el análisis y estudio de los deberes fundamentales y las libertades públicas, dinámica por otra parte común a todas las democracias de nuestro entorno. Las razones de esto último son múltiples, pero debería destacarse entre ellas la mala imagen que han proyectado siempre los textos constitucionales con extensos catálogos de deberes que, normalmente, siempre han estado en vigor en Estados con regímenes autoritarios, mostrando así solamente la cara más oscura de las obligaciones ciudadanas, ya que las obligaciones no venían unidas a los derechos fundamentales sino a la ausencia de libertades.

II. Origen de los deberes de los ciudadanos

«Whatever is my right as a man is also the right of another; and it becomes my duty to guarantee as well as to possess»

THOMAS PAINE, *Rights of Man*

La existencia de deberes puede decirse que es tan antigua como la existencia de una sociedad humana.

A lo largo de la Historia se han insertado en la propia concepción de los deberes éticos y religiosos que tienen los individuos con respecto a los demás individuos, así como con respecto a la comunidad, entendida como comunidad jurídico-política. En concreto, ya desde el origen de las regulaciones jurídicas, se han reconocido vínculos lógicos entre las afirmaciones de derechos y las de deberes. En cualquier escrito jurídico, desde los tiempos de Hamurabí, se articulan diferentes relaciones entre lo que jurídicamente se permite y lo que jurídicamente se impone como obligatorio o se veda como prohibido. Esas relaciones se conciben como vínculos lógicos, de suerte que, al permitir ciertas cosas, se están

prohibiendo otras y viceversa, sin que quepa un ámbito jurídico en el cual no se siga lo uno de lo otro.⁸

Dentro de la cultura clásica griega, Sócrates y Platón son los primeros en preocuparse por los deberes del ciudadano hacia la *Polis*. En el diálogo *Critón* Platón establece que el cumplimiento de la ley es un deber siempre y para todos, incluso cuando se vuelve contra uno mismo.⁹ En la obra de este autor ya se encuentran afirmaciones que apuntan a la existencia de la obligación ciudadana de defensa de la *Polis*, y a la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Existe entre el Estado y cada uno de sus ciudadanos un convenio tácito por el cual, el ciudadano, debe obediencia a cambio de protección.

Siguiendo esta misma argumentación es Roma la que configura una teoría de los deberes públicos que ha tenido una gran influencia en el Derecho a lo largo de los Siglos. Cicerón, en su obra *De officiis*, configura un tratado sobre los deberes de honda raíz estoica. En él, se efectúa el trasladando de conceptos propios del ámbito de lo moral hacia el ámbito de lo jurídico.¹⁰ Esta tendencia se consagra definitivamente con el *iusnaturalismo* racionalista, especialmente en Grocio y Puffendorf. Para estos autores, un deber es una acción humana exactamente conforme a las leyes que imponen una obligación.

Fundando una línea de amplia repercusión en el tiempo, Hobbes hará pivotar todo el sistema político en el deber primero y principal de obediencia al derecho positivo. Pero es Locke en sus *Tratados del Gobierno Civil*, el que alumbra el origen del liberalismo político y, sobre todo, de la teoría del Pacto fundante de la sociedad política, que tanta influencia tuvo en el constitucionalismo norteamericano.¹¹ Con ello, dio origen a la formulación de las obligaciones del individuo, ya que este contrato supone una serie de obligaciones para el Poder, pero también

8 Peña Gonzalo, L.: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/19862/1/correlacion.pdf>

9 Truyol y Serra, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado I*. Madrid, Alianza editorial, 2004.

10 Peces-Barba, G.: «Los Deberes Fundamentales. Doxa», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1988, p. 329.

11 Russell, B.: *Historia de la Filosofía*. Madrid, RBA editores, 2009.

para los ciudadanos que acceden a dicho contrato social. Es por tanto la formulación de una concepción liberal de la realidad que se centra en los derechos y libertades del ciudadano, pero que también recoge la existencia de deberes. Esta visión del mundo impregna algunos de los textos constitucionales norteamericanos como la Constitución del Estado de Massachussets de 1780, una de las primeras, que recoge con claridad el deber de contribuir, e incluso el derecho y el deber de adorar a la divinidad: «It is the right as well as the duty of all men in society publicly, and at stated season to worship the Supreme Being» (art. II).¹²

Otras de las fuentes inspiradoras de la actual configuración de nuestros sistemas de derechos y deberes es la Ilustración. La *Enciclopedia*, en su descripción del concepto ciudadano, ya identifica los deberes fundamentales como aquellos que derivan de la relación de súbdito con el poder soberano, y los divide en tres grupos; los que relacionan a los súbditos con los gobernantes; los que lo relacionan con el cuerpo político en general, y los que lo relacionan con los individuos, que también son ciudadanos. En este contexto, hay que referirse a la obra de Bonnot de Mably «De los derechos y deberes del ciudadano» (1758) por la gran influencia que tuvo en esa época, al poner de manifiesto la relación entre los derechos y los deberes. Aunque también debe apuntarse que en su obra no hay una teoría sistemática de los deberes,¹³ que por otra lado fue muy denostada por los jacobinos durante los sucesivos procesos de redacción de las distintas constituciones revolucionarias en Francia. Por otro lado, y sirva como resumen del pensamiento de los ilustrados sobre los deberes ciudadanos, Rousseau en «El Contrato Social» afirma la existencia de deberes del súbdito en los términos más exigentes y afirma: «Cada individuo cuya existencia aislada e independiente puede hacerle mirar lo que debe a la causa pública como una contribución gratuita, cuya pérdida sería menos perjudicial a los demás de lo que le es onerosa su prestación; y considerando la persona moral que constituye el Estado como un ente

¹² <https://malegislature.gov/Laws/Constitution>

¹³ Pérez Serrano, N.: *Tratado de Derecho Político*. Madrid, Civitas, 1984.

de la razón, por lo mismo que no es un hombre, disfrutaría así de los derechos de ciudadanía sin cumplir los deberes de súbdito; injusticia que si progresase causaría la ruina del cuerpo político».

No obstante, hay que esperar hasta la Revolución Francesa para encontrar en los textos constitucionales, como correlato necesario a la codificación de amplios catálogos de derechos fundamentales, catálogos de deberes. Su objeto es siempre el interés general que, en su concepción primigenia es heredero del concepto cristiano de bien común. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 25 de agosto de 1789, ya hace una referencia en su artículo 13 a la obligatoriedad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

Es la Constitución francesa del Año III, de 1795, la primera que contiene una breve declaración de deberes, los cuales, afirma, deben ser conocidos y cumplidos por los ciudadanos si se quiere asegurar la conservación de la Sociedad. Frente al ardor revolucionario, los sectores más conservadores redactan una Constitución con un catálogo de deberes, ya que precisamente estos sectores atribuían a la ausencia de deberes en la Declaración de 1789, los años de terror que se habían vivido. Esta declaración de deberes, contenida en nueve artículos, parte de los principios de no «hacer a los demás lo que no queremos que nos hagan a nosotros, y hacer el bien que quisiéramos recibir» (artículo 2). Además, se incluyen los deberes de servir a la sociedad, vivir sometido a las leyes, respetar y mantener las propiedades, defender a la patria y sus principios de libertad, igualdad cada vez que se sea llamado para ello.

Con la aprobación de la Constitución francesa de 1795, los deberes fundamentales se incorporarán a los textos constitucionales que son sucesivamente redactados en distintos países. La Constitución francesa de 1848 es la que contiene una más extensa y acabada relación de deberes, pero, eso sí, incluidos en su Preámbulo, el cual carecía de carácter normativo. En esta Constitución también se plantean los deberes de la República respecto a los ciudadanos. El Estado deberá proteger al ciudadano, en su persona familia, religión y propiedad, así como proteger además su trabajo y ofrecerle educación.

A partir de ese momento, todo el constitucionalismo posterior incorporó deberes fundamentales de los ciudadanos, que básicamente se resumían en dos: el deber de defender a la Nación, y el deber de sostenimiento de las cargas públicas. A este respecto, es de destacar una de las Constituciones más definidas en el ámbito de los deberes; la Constitución de Weimar. En concreto, los artículos 132 a 134¹⁴ recogen los deberes de los ciudadanos sirviendo así de modelo a otras muchas constituciones nacidas después de la II Guerra Mundial. Es de destacar la redacción del artículo 155 que establecía: «El cultivo y explotación de la tierra es un deber de su propietario para con la comunidad».

En este recorrido histórico corresponde ahora tratar nuestro constitucionalismo, comenzando por la Constitución española de 1812, de gran influencia en el constitucionalismo europeo e hispanoamericano. La Constitución de Cádiz incluye los siguientes deberes constitucionales:

Art. 6º. El amor de la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos.

Art. 7º. Todo español está obligado a ser fiel a la Constitución, obedecer las leyes y respetar las autoridades establecidas.

Art. 8º. También está obligado todo español, sin distinción alguna, a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado.

Art. 9º. Está asimismo obligado todo español a defender la Patria con las armas cuando sea llamado por la ley.

Estos deberes se mantienen como constantes en los demás textos constitucionales, especialmente en lo referido a dos obligaciones: la de defender la Patria con las armas cuando sea llamado por la ley, y la de

14 «Artículo 132; Todo alemán tiene el deber de aceptar, con sujeción a las leyes, cargos no retribuidos.

Artículo 133 Todos los ciudadanos están obligados a prestar al Estado y al Municipio servicios personales, con arreglo a las leyes. El deber militar se regulará por los preceptos de la ley de Defensa Nacional del Imperio. Esta ley determinará también en qué medida han de limitarse algunos derechos fundamentales a los individuos pertenecientes a la fuerza armada, para el cumplimiento de su misión y el mantenimiento de la disciplina.

Artículo 134. Todos los ciudadanos, sin distinción, contribuirán a las cargas públicas en proporción a sus haberes y conforme a la ley».

contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado. Así se recoge en el art. 6 de la Constitución de 1837, y en el 28 de la de 1869.

Esta tendencia se repite en la Constitución de 1931: dentro del Título III, *Derechos y deberes de los españoles*, sólo unos pocos preceptos contienen deberes u obligaciones, si bien aquí se aprecia ya una mayor concreción, y se detectan contenidos reconocibles en la Constitución vigente. Así, el artículo 37 disponía que «El Estado podrá exigir de todo ciudadano su prestación personal para servicios civiles o militares, con arreglo a las leyes», y el artículo 43 establecía el deber de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a los hijos. El artículo 46 consideraba el trabajo como una obligación social, y el artículo 48 establecía el carácter obligatorio, además de gratuito, de la enseñanza primaria. Estas han sido las líneas generales en materia de deberes constitucionales del constitucionalismo español vigente en la Constitución de 1978.¹⁵

En definitiva, los deberes constitucionales son incorporados a las constituciones por una exigencia de solidaridad para la satisfacción de los intereses generales y comunes, muchas veces hecha efectiva mediante prestaciones, con los que el Estado pretende la implicación de todos, en régimen de igualdad, en la consecución de los objetivos estatales. Desde esta perspectiva, los deberes tienen una dimensión obligacional que viene exigida por el propio concepto de Estado social y democrático de Derecho.¹⁶

III. El concepto del deber constitucional

«The strength of the Constitution lies entirely
in the determination of each citizen to
defend it. Only if every single citizen feels

¹⁵ Alegre Martínez, M. Á.: «Los deberes en la Constitución española: esencialidad y problemática», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, p. 287.

¹⁶ Goig Martínez, J. M.: «La constitucionalización de deberes», *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011, p. 134.

duty bound to do his share in this defense
are the constitutional rights secure»

ALBERT EINSTEIN¹⁷

Las posiciones doctrinales sobre el concepto de deber fundamental han estado muy unidas al concepto que se haya elaborado de la categoría deber jurídico, siendo éste, por tanto, un ámbito que es obligado abordar desde la aproximación que se hace a la cuestión desde la Teoría General del Derecho.¹⁸

1. Concepto de deber jurídico

Se puede definir el deber jurídico en general, como aquel reconocido por una norma perteneciente al ordenamiento jurídico, emanada del órgano competente y por el procedimiento competente. Debe llevar aparejada una sanción en caso incumplimiento, aunque ello no es obligatorio en todas las situaciones. Desde un punto de vista jurídico-público, el concepto de deber jurídico está intrínsecamente unido al de situación de deber o situación pasiva, es decir, de sujeción. Es el correlato pasivo de la potestad, consistente en el deber de soportar el ejercicio de una potestad sobre un determinado ámbito jurídico. Es por ello una condición estática integrante de una situación jurídica de status y por ello, se encuentran en situación de sujeción las personas comprendidas en el ámbito subjetivo de una potestad.¹⁹ No se debe confundir esta situación con la de obligación, que es el correlato perfecto del derecho subjetivo en el plano positivo. Existe una necesidad jurídica de realizar una determinada conducta de hacer o no hacer que el sistema normativo establece en beneficio de

¹⁷ Recogida del libro Kamen, M.: *A machine that would go of itself. The Constitution in America Culture*. Transaction Publishers, 2009, p. 337.

¹⁸ Véase al respecto el artículo Peces-Barba, G.: «Los Deberes Fundamentales», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm 4, 1988.

¹⁹ Santamaría Pastor, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General I*. Iustel, 2006, p. 435.

una tercera persona, la cual ostenta el poder de exigirla. Tampoco con la de carga jurídica que supone la necesidad jurídica de realizar una determinada conducta positiva que se establece en interés del propio sujeto sobre el cual pesa, de forma tal que su incumplimiento no entraña ilicitud alguna sino la simple pérdida de una ventaja.

Ahora bien, desde el punto de vista de la Teoría del derecho la más problemática de las situaciones jurídicas es la de los deberes públicos.²⁰ Estos se pueden definir por contraposición a la obligación. Así, el deber será caracterizado como una obligación descrita de modo abstracto y genérico. Además, ese deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad, no existiendo como contrapartida a él un derecho subjetivo, tal y como si existe en la obligación.

Por tanto, los deberes en un ordenamiento jurídico dado se contemplan en las constituciones, en las leyes y en los reglamentos. Aunque también pueden ser el resultado del ejercicio de una potestad por parte de la Administración que coloca al ciudadano en una situación de sujeción, pudiendo consistir ésta en la realización de prestaciones de carácter personal incluso.

2. Teorías sobre el concepto de deberes fundamentales regulados constitucionalmente

Una corriente doctrinal muy consolidada mantiene posturas que niegan la existencia de los deberes fundamentales. El realismo escandinavo que el concepto de deber jurídico sólo tiene una función ideológica, un sentido ideal como afirma Hägerström. En definitiva, se trata de un espejismo que debe ser excluido del método científico en el que el Derecho debe consistir. Se trata de una visión negacionista de la existencia del deber jurídico.

Otros en cambio sí definen el deber jurídico. Bentham, define el deber jurídico de forma predictiva, utilizando así el método preferido

²⁰ Cosculluela Montaner, L.: *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas-Thompson Reuters, 2016, p. 474.

por los utilitaristas, que tanta influencia tiene en el ámbito anglosajón. Deber, significa para este autor que una persona en esta situación, si no se comporta como marca el deber, sufrirá un mal. Esta probabilidad de sufrir un mal si se omite una conducta, será jurídica cuando el sufrimiento es causado por un servidor público de acuerdo con el Derecho. Holmes señala, en la misma línea, que deber jurídico no es más que la predicción sobre si una persona realiza o deja de realizar ciertos actos, y en caso de no hacerlo, deberá sufrir la sanción de un Tribunal de Justicia. No obstante, esta aproximación al problema no explica porque muchas veces existe una obligación y no se sufre ningún mal si se incumple.

Un segundo modelo es el normativista propuesto por Kelsen, jurista tan influyente en el Derecho continental europeo del siglo XX. Propone este autor la relación necesaria entre obligación y sanción.²¹ Sólo existe deber si una norma jurídica imputa a la conducta contraria a la prescrita en la norma un acto coactivo sancionador. Por tanto, lo esencial es la idea de sanción. Existe un deber jurídico de realizar determinado comportamiento cuando el comportamiento contrario es condición de la sanción, establecida en la norma jurídica, que se dirige contra aquel sujeto. Así pues, sólo existe deber jurídico si existe norma jurídica que estatuye la sanción. En otras palabras, decir deber jurídico es decir norma jurídica en su relación con un individuo cuyo comportamiento es condición de la sanción expresada en la norma.²²

Otro modelo sería el propuesto por Hart. Para este autor, la existencia de un deber jurídico puede no coincidir con la existencia de sanción por la posibilidad de desobediencia al Derecho. Para poder hablar de deber jurídico, debe existir una norma que esté revestida de una exigencia general a favor de la conformidad a la conducta exigida por la norma, y una presión social contraria a las actitudes

21 Kelsen, H.: *Teoría General del Estado*. México, Editorial Nacional, 1979, p. 78.

22 Álvarez Gálvez, I.: «Sobre el concepto de deber jurídico de Hans Kelsen», *Boletín de la facultad de Derecho*, núm. 16, UNED, 2000. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-16-91B0E365/PDF>

que incumplen esa norma. Además, la norma debe ser considerada importante y necesaria para la preservación de la vida social, además de otorgar la competencia para la exigencia del cumplimiento del deber a los poderes públicos. Es decir, Hart hace una diferenciación entre tener una obligación y sentirse obligado. La diferencia entre uno y otro es que en el primer caso existe un conjunto de normas donde está regulada la conducta en cuestión. En cualquier otro caso, una persona puede sentirse obligada ya sea por cuestiones psicológicas, o por el temor de sufrir un daño, pero en estos casos no existe un deber jurídico. La característica más general y relevante del Derecho en todo tiempo y lugar, según este autor, es que su presencia indica que cierta conducta humana deja de ser optativa, convirtiéndose, así, en obligatoria.²³

3. Concepto de Deber Constitucional

Analizado el concepto de deber jurídico, corresponde entrar en el concepto de deber constitucional. En este análisis mantendremos el concepto amplio de deber constitucional, que entendería a éstos como todas las conductas o actuaciones que una constitución impone o dirige formalmente a los individuos o a los ciudadanos. Precizando un poco más, puede afirmarse que estas conductas serán meramente negativas o de abstención en el caso del genérico deber de acatamiento; en cambio, los deberes concretos enunciados en la Constitución conllevan normalmente una actuación positiva tras la necesaria intermediación legal.²⁴

Puede acogerse un concepto estricto de los deberes fundamentales, en el cual sólo serán deberes constitucionales aquellos que una Constitución dada impone expresamente como deberes frente al

23 Hart, H. L. A.: *El concepto del derecho*. México, Editora Nacional, 1978, p. 59.

24 Díaz Revorio, F.: «Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, p. 281.

Estado, como elementos del status general de sujeción al poder.²⁵ Ahora bien, tal concepto quedaría incompleto si no se tuviese en cuenta, como luego se verá, la perspectiva metajurídica que queda fundida a la perspectiva jurídica en la configuración de estos deberes constitucionales, especialmente en lo que se refiere al primero de ellos: el de obediencia al Derecho establecido en el ordenamiento de un Estado. Desde la perspectiva doctrinal debe señalarse que la mayoría de los autores sientan como punto de partida a la hora de abordar la cuestión de los deberes fundamentales la afirmación de que estos no expresan un conjunto de deberes en sentido jurídico; se trata más bien de conductas que se consideran exigibles o que son debidas por razones de orden metajurídico o moral. Un buen ejemplo de ello, como señaló Schmitt, era el artículo 163 de la Constitución de Weimar, que señalaba que «sin perjuicio de su libertad personal, todo alemán tiene el deber moral (*sittliche Pflicht*) de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas, conforme lo exija el bien de la comunidad». El deber constitucional, para una determinada concepción de los deberes como una obligación ética, se revela pues como una justificación del poder. En definitiva, la idea de deber constitucional no tiene otro significado más auténtico que el de encubrir las relaciones de poder. Es decir, que la vinculación o exigencia jurídica de una conducta siempre implica la mediación de un poder sancionador.

No obstante, en los Estados actuales y cambiando de perspectiva, es necesario añadir otro factor para entender el enfoque que desde el derecho constitucional hay que dar a esta materia. La incorporación de los deberes a un ordenamiento jurídico, cumple otro aspecto fundamental para un Estado que es social y democrático de Derecho. La existencia de deberes constitucionales, especialmente el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, aporta los medios para la realización de las exigencias de igualdad y de solidaridad en el seno de una sociedad avanzada. Su objeto será, precisamente, la satisfacción

²⁵ Rubio Llorente, F.: «Los deberes constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001.

de los intereses generales y comunes a los ciudadanos mediante la contribución con prestaciones de carácter personal o patrimonial. La cláusula del Estado social y democrático obliga a la implicación de todos los ciudadanos y poderes públicos en la consecución de los intereses generales,²⁶ y para ello es imprescindible la existencia de deberes, que son los medios para lograrlo. En caso contrario el sistema deviene insostenible.

Por todo lo anterior podemos definir los deberes constitucionales como aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan, en consecuencia, la esfera de su libertad personal. Las restricciones a la libertad general sólo pueden estar motivadas por fundadas razones que determine el legislador. En este sentido, los deberes consagrados en la Constitución comprenden una habilitación al Legislador para desarrollar y concretar la sanción por el incumplimiento de los parámetros básicos de la conducta social fijados por el constituyente. A las prestaciones que alude esta definición, agregaríamos las éticas, que implican obligaciones íntimamente relacionadas con el respeto a los derechos de los demás y la contribución al bien común²⁷.

IV. Hacia una nueva teoría de los deberes públicos

«El constitucionalismo, en el cuadro de
antaoño, era el mundo de los derechos, pero
ahora el mundo necesita los deberes»

GUSTAVO ZAGREBELSKY

²⁶ Häberle, P.: *Retos actuales del Estado Constitucional*. Vitoria, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

²⁷ Goig Martínez, J. M. «La constitucionalización de deberes», *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011.

Es una realidad fácilmente constatable el escaso desarrollo doctrinal de la teoría de los deberes públicos en nuestro país así como en la mayoría de los países de nuestro entorno. En general, especialmente tras la II Guerra Mundial y la traumática experiencia de los regímenes totalitarios los deberes incluso se han considerado como una cuestión *políticamente incorrecta* en nuestras sociedades postindustriales. Este hecho contrasta con la abundante investigación y estudio entorno a los derechos fundamentales. Esta es una tendencia que tiene su origen en la propia Revolución Francesa. Las declaraciones de deberes nunca tuvieron igual importancia que las de derechos, e incluso algún autor como Hauriou afirmó que éstas «muchas veces se omiten; casi nunca se sistematizan; su eficacia es nula y su lectura fastidiosa».²⁸

Como se ha señalado, los trabajos teóricos relativos a los deberes constitucionales son muy escasos aunque en los últimos años han visto la luz nuevas aproximaciones al tema a la luz de las sucesivas transformaciones de nuestros Estados Democráticos y Sociales de Derecho, con el telón de fondo del multiculturalismo como enfoque social imperante. Así, esta reciente sensibilidad por los deberes constitucionales en Italia y en Francia ha tenido como resultado diversos trabajos. Sin embargo, la desproporción respecto a la atención de los derechos es evidente. En Francia, a pesar de la monografía de Hanicotte, publicada hace más o menos diez años después de la de Madiot, a 151 títulos dedicados a los deberes fundamentales, corresponden 6.175 indicaciones relativas a los Derechos. Una situación parecida se puede encontrar en Alemania donde esa relación es de 89 a 1.873, y en el ámbito angloamericano 89 a más de 10.000 títulos.²⁹

A todo lo anterior hay que superponer una visión ideologizada de los deberes. Generalmente, se han considerado los deberes fundamentales como expresión del pensamiento conservador, o de los sistemas totalitarios, ya que éstos se distinguían por aprobar detalladas

28 Hauriou, A.: *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona, Ariel, 1980.

29 Lanchester, F.: «Los deberes constitucionales en el Derecho comparado», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, enero-junio 2010, Universidad de Granada.

y extensas declaraciones de deberes de los ciudadanos.³⁰ Esto se consideraba prueba de la desconfianza absoluta en el principio de libertad por parte de los regímenes autoritarios, primando los deberes sobre los derechos.

Además debe señalarse que en una dinámica revolucionaria como la que dio lugar a los primeros textos constitucionales y a las primeras declaraciones de derechos, la doctrina de los derechos adquiere preponderancia, puesto que no se hacen revoluciones hablando al pueblo de sus deberes, sino de sus derechos que deben ser conquistados por la fuerza. Ésta es la visión que predominó incluso en la redacción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, durante la cual hubo un amplio debate sobre la conveniencia de redactar también una declaración de los deberes de los ciudadanos. Unos, defensores de posturas moralistas, especialmente los representantes del clero y los pensadores dogmáticos, apostaban por la necesidad de redactarla. Otros, basándose en la sociabilidad natural de los hombres, también eran partidarios de aprobarla. No obstante, la postura que predominó, fue contraria a su redacción, motivada por la superioridad del individuo y su libertad frente a los deberes que buscan atarle³¹ y reducir ese ámbito de libertad.

La visión de los deberes fundamentales arriba enunciada es insuficiente. No para todos los individuos ni para todas las situaciones la visión antes descrita de los deberes constitucionales puede entenderse como cierta de forma categórica. Existen otros motivos para la obediencia al derecho distintos de la pura coacción y punición por parte del Poder, tales como el interés del individuo de pertenecer a una sociedad jurídicamente organizada. Bentham³² ya afirmó que la obediencia es una exigencia moral fundada en el interés y no en el

30 De Asís, R.: *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

31 Peces-Barba, G. *Los derechos del hombre en 1789. Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VI, Madrid, 1989.

32 Pendas, B. J.: *Bentham, Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.

derecho. Precisamente ese sometimiento voluntario al poder que nace de la propia libertad humana como una decisión libre, es algo que está en la misma base del régimen constitucional demo-liberal. No debe olvidarse nunca que el Derecho tiene siempre como presupuesto la vida social. En la ordenación de esta encuentra el Derecho su razón de ser y su finalidad. Por tanto las respuestas al problema de la obediencia al Derecho, y por ello, de la obligatoriedad en el cumplimiento de los deberes constitucionales no sólo se debe abordar desde el punto de vista del interés individual, sino más adecuadamente desde el interés público o social en la obediencia al Derecho. Además, la perspectiva desde la que se aborde la cuestión estará condicionada por dos ejes fundamentales: la concepción sobre la relación moral-política-derecho que se adopte; y la existencia de un poder democrático o no.³³ Puede decirse que aunque los deberes constitucionales presentan la característica común de ser formulados como proposiciones jurídicas incompletas, ya que no prevén sanción en caso de incumplimiento, su valor es esencialmente ideológico porque lo que se pretende con ellos es conseguir una actitud espontánea, y por ello totalmente voluntaria de obediencia la Derecho.³⁴ Ahí radica su fuerza y su razón de ser. Por ello, constituye un tópico a corregir la común afirmación acerca de los deberes como elementos jurídicamente irrelevantes.³⁵

De todo lo anterior se deduce que la Teoría General de los Deberes fundamentales descansa todavía hoy en los principios asentados por esta construcción racional, elaborada por las corrientes contractualistas, y defendida en la actualidad, con las modificaciones pertinentes, por autores como Nozick o Habermas. A esta visión, podría decirse que clásica, debe añadirse lo que se denomina el deber positivo de justicia. Como afirma Rawls,³⁶ si la estructura de la sociedad es justa, todos tienen un deber natural de hacer lo que se exige. Si el deber del poder

33 Peces-Barba, G., Fernández, E., De Asís, R. *Curso de Teoría del Derecho*. Marcial Pons, 2000.

34 Balaguer, F.: *Manual de Derecho Constitucional II*. Madrid, Tecnos, 2010.

35 Rubio Llorente, F.: «Los deberes constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001.

36 Rawls, J.: *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 23.

es lograr la justicia, y por ello, una sociedad justa, se genera un deber de obediencia de las normas propias de esa sociedad justa.

Esto en cuanto a la visión hoy vigente de los deberes constitucionales en el ámbito de los Estados demo-liberales actualmente asentados en el mundo occidental. No obstante, esta no ha sido la única perspectiva a través de la cual se ha producido una teorización sobre los deberes fundamentales. Los regímenes totalitarios también utilizaron y utilizan profusamente las declaraciones de deberes de los ciudadanos respecto al Estado siendo estos absolutamente prioritarios con respecto a las declaraciones de derechos³⁷. Arendt afirma que una de las características esenciales de los regímenes totalitarios es precisamente el intento de transformar la naturaleza humana y de aislar al hombre de la vida política, es decir, destruir sus capacidades como ciudadano.³⁸ Bajo este orden absoluto el ciudadano deja de serlo y pasa a tener, sobre todo, obligaciones hacia el Estado, convirtiéndose en súbdito sin derechos.³⁹ Un buen ejemplo de esta visión de los deberes se encuentra en las constituciones soviéticas. La de 1936 contiene un catálogo de deberes fundamentales, aunque es la de 1977 la que realmente enumera una gran cantidad de deberes y obligaciones del ciudadano soviético. El artículo 59 de dicho texto constitucional establecía la directa correlación entre el cumplimiento de las obligaciones y el disfrute de los derechos, además del deber de «respetar las normas de convivencia socialista» y «llevar con dignidad el alto título de ciudadano de la URSS». Estos deberes eran considerados como una obligación de obediencia que privaba, en caso de infracción, de cualquier protección por parte del ordenamiento jurídico-público en retribución a ese quebrantamiento. Además, se incluían otros deberes de carácter moral lo cual denota el carácter de instrumento educativo y de perfeccionamiento del ciudadano que el régimen soviético daba al Derecho.⁴⁰

37 Menéndez, M.: *Sobre el Poder*. Madrid, Tecnos, 2007, p. 67.

38 Arendt, H.: *Los orígenes del Totalitarismo*. Madrid, Taurus, 2004, p. 39.

39 Sartori, G.: *Homo videns*. Madrid, Taurus, 2005, p. 90.

40 Biscaretti di Ruffia, P.: *Introducción al derecho constitucional comparado*. Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1996.

V. Los deberes constitucionales y la ley

«El buen ciudadano es aquel que no puede tolerar en su patria un poder que pretende hacerse superior a las leyes»

MARCO TULIO CICERÓN

El principal rasgo normativo que define a los deberes constitucionales consiste en que su contenido y alcance exige el desarrollo posterior de la ley formal para su plena eficacia en el ámbito del derecho positivo, dado que se trata de limitaciones al libre desenvolvimiento de la personalidad. Los deberes sólo pueden serlo en el Estado de Derecho si aparecen delimitados, ya que deberes indefinidos, es decir, ilimitados en cuanto a su contenido, serían contrarios al Estado liberal de Derecho,⁴¹ el cual permite aceptar derechos de libertad sin límites preconcebidos, pero no podría admitir, por el contrario, deberes fundamentales ilimitados por ser contrarios al propio espíritu originario de la teoría del Estado de Derecho. Por ello, tras su proclamación constitucional, es necesario un desarrollo legal que respete la esencia de esos deberes y limite su potencial ámbito de aplicación.

Es por ello necesario atenerse a la normativa jurídica positiva para conocer el uso que el Estado ha hecho de su potestad y cuáles son los deberes que ha desarrollado de entre el catálogo de deberes constitucionalmente establecidos. Es exigible una cobertura a nivel de ley formal, ya que se trata de limitaciones al libre desenvolvimiento de la personalidad. Ello supone que las normas que establecen deberes constitucionales del individuo no tienen eficacia directa e inmediata contrariamente a lo que sucede con las normas que recogen los derechos fundamentales.⁴² El Poder Legislativo deberá concretar estos deberes en obligaciones. Así, el deber constitucional no sería más que la expresión de obligación/habilitación constitucional, para el poder público de crear

41 Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2001.

42 Balaguer, F.: *Manual de Derecho Constitucional II*. Madrid, Tecnos, 2010.

deberes individuales desde el respeto a ciertos principios, también constitucionales,⁴³ aunque por ser constitucionalmente exigibles también serán de aplicación a las relaciones entre particulares en el caso de que esté en juego la preservación de la virtualidad de ese deber en la realidad, en el marco de las relaciones horizontales entre ciudadanos.

En caso de no ser desarrollados por la ley los deberes constitucionales pueden ser caracterizados como principios que debe inspirar la actuación de los poderes públicos y también de forma más colateral las relaciones entre los ciudadanos, como declaraciones de principios o aspiraciones constitucionales que pertenecen al ámbito de las apelaciones al deber moral de los ciudadanos. Es imprescindible atenerse a la normación jurídica positiva para saber qué uso ha hecho el Estado de sus potestades al establecer obligaciones, las cuales pueden tener un carácter positivo exigiendo acciones, negativo imponiendo omisiones, o referirse a aportaciones de naturaleza personal o patrimonial. En este sentido en nuestro caso, la Constitución impone que el desarrollo de esos deberes mediante ley está regido por una especial garantía institucional en cuanto que las obligaciones impuestas por los correspondientes deberes constitucionales hacen surgir unas instituciones, de interés general, que el legislador ha de modelar, pero que, a la vez, debe proteger.⁴⁴

No obstante lo anterior, una parte importante de la doctrina sostiene que si se analizan con detalle los distintos deberes que se proclaman en las Constituciones se llegará a la conclusión de que los mismos pertenecen a lo que Kelsen denominó «elementos jurídicamente irrelevantes», como normas que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. De este modo se trataría de simples manifestaciones de deseos del Legislador sin alcance jurídico alguno, simples declaraciones que

43 Requejo, J. L.: *Deberes constitucionales*. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid, Civitas, 1994.

44 Goig Martínez, J. M.: «La constitucionalización de deberes», *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011

precisan ser completadas para convertirse en una verdadera norma jurídica con una sanción.⁴⁵ Incluso cabe concluir que en el caso de que la propia constitución guarde silencio sobre la obligatoriedad de desarrollo normativo mediante ley formal de estos deberes fundamentales, esa obligatoriedad se impone como necesaria.

Como se ha defendido antes, no puede entenderse que las normas constitucionales que fijen deberes fundamentales carezcan absolutamente de eficacia. Son eficaces en relación con los poderes públicos, y en particular frente al Legislador. Por ello, la proclamación de estos deberes lo que en realidad conlleva es una legitimación para la intervención de los poderes públicos en ciertos ámbitos de la autonomía personal. En caso de no entender así la teoría de los deberes constitucionales, se estaría defendiendo que los deberes constitucionales nacen realmente con la ley, ya que sólo con la regulación pormenorizada es posible hacer nacer las situaciones pasivas, y dando a entender que existen algunos preceptos constitucionales que no son auténticas normas jurídicas. De esta forma se estaría entronizando una visión de la Constitución como norma programática y no normativa que es incompatible con nuestra actual realidad constitucional que sostiene que la Constitución y toda la Constitución es auténtica norma jurídica.

Por todo lo anterior se puede afirmar que esa visión de los deberes en negativo es una aproximación a los deberes constitucionales susceptible de ser revisada⁴⁶ y corregida. Debe tenerse en cuenta en esta línea, que, precisamente, la inclusión de los deberes fundamentales no puede considerarse como un elemento irrelevante, sin perjuicio de su posterior desarrollo o no por ley que incluya una sanción por su incumplimiento. La obediencia al Derecho no sólo deriva del carácter coactivo del ordenamiento jurídico sino también de su dimensión

45 Varela Díaz, S.: «La idea de deber constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, Madrid, 1982.

46 Rubio Llorente, F.: «Los deberes constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, Madrid, 2000.

ética, ya que el derecho interioriza valores, como en el caso de los deberes especialmente. Ningún sistema jurídico-político puede fundarse sólo en la amenaza del uso de la punición y de la sanción. En una sociedad democrática el Derecho y la obediencia a él se apoya en el consentimiento general hacia el sistema jurídico, un consentimiento que se traduce en una obediencia al Derecho,⁴⁷ que se produce en muchos casos de forma espontánea por el ciudadano convencido de la necesidad de obedecer al Derecho establecido, sin necesidad de hacerlo única y exclusivamente por el castigo aparejado al incumplimiento.

VI. Los deberes fundamentales en las declaraciones de derechos

«La propia noción de sociedad lleva aparejada la noción de deber: Un hombre, considerado en sí mismo, sólo tiene deberes, entre los que se encuentran deberes hacia sí mismo. Tiene derechos, por su parte, cuando es considerado desde el punto de vista de los otros, que reconocen obligaciones hacia él. Un hombre que estuviera solo en el universo no tendría ningún derecho, pero tendría obligaciones»

SIMONE WEIL⁴⁸

La inclusión de catálogos de deberes fundamentales junto a las declaraciones de derechos es una característica común a los tratados y convenios internacionales. No obstante, en la mayoría de estos textos internacionales el tratamiento de los deberes fundamentales queda reducido a la mera mención de estos en los preámbulos. Destaca a este respecto, por el contrario, la Declaración Iberoamericana de

47 Peces-Barba, G., Fernández, E., De Asís, R.: *Curso de Teoría del Derecho*. Marcial Pons, 2000.

48 Weil, S. *L'enracinement, prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*. Gallimard, 1949.

los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, que contienen una descripción detallada de esos deberes, aunque ambos textos internacionales son la excepción.

Por su relevancia, la primera de las declaraciones a la que hay que referirse es la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, la cual proclama con rotundidad en su artículo 29.1 «Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad». Se trata de una reedición de la doctrina tradicional del Pacto, mediante el cual el hombre necesita de la sociedad para desarrollarse plenamente teniendo por ello, a cambio, obligaciones respecto a esa comunidad en la que vive y se desenvuelve como ser social. En un texto emblemático como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los deberes sólo son mencionados de forma muy genérica al principio y al final del texto. No obstante, es de resaltar esa sola y escasa referencia a la existencia de deberes ciudadanos, motivada quizá por el momento histórico en el cual fue aprobada esta Declaración tras la II Guerra Mundial, cuando hablar de deberes de los ciudadanos tras las recientes experiencias traumáticas no resultase oportuno.

Por otra parte, también en otros textos de Derecho Internacional de Naciones Unidas se pueden encontrar referencias a los deberes de las personas. Así, en los preámbulos del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*; y del *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos de 1966, se recoge expresamente: «Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a la que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.» Ninguna de estas tres normas de derecho internacional de Naciones Unidas, recogen el desarrollo de esos enunciados, en los cuales se hace simple mención a la existencia de deberes fundamentales.

También en la Unión Europea, existe una mención a los deberes fundamentales en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*

Europea, aprobada en Niza en 2000. También en el Preámbulo, se afirma «El disfrute de tales derechos conlleva responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás, como de la comunidad humana y de las generaciones futuras». No obstante, no se hace ninguna referencia adicional a los deberes en la parte dispositiva de esta norma jurídica de la Unión Europea.

Por el contrario, la declaración de derechos que regula más extensamente los deberes fundamentales es, sin duda, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en Bogotá en 1948, la cual, es el primer instrumento internacional relativo a la protección de los Derechos Humanos.⁴⁹

Ya en el propio Preámbulo, anuncia la importancia que va a atribuir al capítulo de los deberes:

«El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad».

«Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan».

«Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

«Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y las buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre».

Además, esta Declaración contiene un Capítulo segundo titulado expresamente «Deberes», el cual tiene diez artículos a lo largo de los cuales se establece que toda persona tiene el deber de convivir con los

⁴⁹ Bou Franch, V., Castillo Daudí, M.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

demás de forma tal que todos se puedan formar y puedan desenvolver integralmente su personalidad. A continuación, se establece el deber de los padres de asistir, alimentar, educar y amparar a los hijos menores de edad y, a su vez, los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y asistirlos cuando lo necesiten.

Se incluye el deber de instrucción, al menos en lo que se refiere a la educación primaria, y el deber de participar, votando, en los procesos electorales. Así mismo, se establece el deber de obediencia a la ley y los mandatos de las autoridades de su país y el deber de servir a la comunidad y a la nación mediante servicios civiles y militares.

También se recoge el deber de contribuir y el de trabajar, por otra parte, deberes comúnmente incluidos en las Constituciones de la mayoría de los Estados.

Por último, esta Declaración contiene una prohibición; se incluye el deber de abstenerse de actividades políticas en país extranjero. Toda persona tiene el deber de no intervenir en las actividades políticas que, de conformidad con la Ley, sean privativas de los ciudadanos del Estado en que sean extranjeros. Se extiende así el principio de no ingerencia en los asuntos de política interna, predicado respecto a los Estados, también a los ciudadanos. Un deber que debe ser revisado en la actualidad a la luz de la atribución por parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados de derechos de carácter político a los ciudadanos extranjeros residentes legalmente en su territorio.

Así mismo, también la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969, también conocida como *Pacto de San José*, hace una referencia en su artículo 32 a la «correlación entre los Deberes y Derechos», y señala que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Además, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

No obstante, en los últimos años se está observando un renovado interés por los deberes y responsabilidades individuales y colectivos en

una serie de iniciativas de carácter internacional que han supuesto un nuevo acercamiento a ese otro lado hasta ahora oculto de los deberes fundamentales. De entre estos esfuerzos merece la pena destacar la *Declaración de Responsabilidades y Deberes Humanos de la UNESCO*, también conocida como Declaración de Valencia, aprobada en 1998. Se aprobó en el marco de la UNESCO y con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, y fue proclamada en 1998 para conmemorar el 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El objetivo de esta declaración fue acentuar la relación entre derechos, deberes y responsabilidades y, de esta manera, fomentar el cumplimiento de los derechos humanos. Su principio inspirador es la relación intergeneracional entre los derechos y los deberes: Los derechos de esas generaciones futuras son los deberes de las actuales.

La Declaración es un buen ejemplo de lo que constituye el debate actual en relación con los deberes y responsabilidades en el contexto de los Estados de Derecho consolidados en los cuales los derechos fundamentales reinan de forma absoluta sin miedo a que puedan ser desconocidos o soslayados. El artículo 1 se define el «deber» como una obligación ética o moral, y la «responsabilidad» como una obligación dotada de fuerza legal conforme a lo establecido en las normas de derecho internacional.

Es el artículo 2 el que establece la relación entre derechos, deberes y responsabilidades. Todas las personas, pueblos y comunidades, en ejercicio de sus derechos y libertades, tienen la obligación y la responsabilidad de respetar los de los demás y la obligación de tratar de promover y observar tales derechos y libertades. En el resto del texto de la Declaración se definen específicamente los deberes y responsabilidades abordando un amplio y variado panorama de obligaciones y responsabilidades relativas al derecho a la vida y a la seguridad humana; tales como a obligación y responsabilidad de promover la seguridad colectiva y la cultura de la paz. (art.4); La obligación de promover el desarme en interés

de la paz (art. 5); la obligación de intervenir para impedir graves violaciones de los derechos humanos (art. 6); o la obligación y la responsabilidad de respetar el derecho humanitario internacional en tiempos de conflictos armados (art. 7); Y El deber y la responsabilidad de la ayuda humanitaria y la intervención (art. 8).

A continuación se van incluyendo una serie de obligaciones de contenido muy diverso tales como; la obligación y la responsabilidad de proteger y promover un medio ambiente seguro, estable y sano (art. 9); El deber y la responsabilidad de promover un desarrollo científico y tecnológico seguro, responsable y equitativo (art. 12); La obligación y la responsabilidad de erradicar la corrupción y establecer una sociedad ética (art. 15); El deber y la responsabilidad de conseguir una participación significativa en los asuntos públicos (art. 16). En otro orden de cosas incluye la obligación y la responsabilidad de respetar y asegurar la libertad de opinión, de expresión y de los medios de comunicación (art. 17); El deber y la responsabilidad de respetar y asegurar la libertad de religión, creencias y conciencia (art. 20); El deber y la responsabilidad de respetar y asegurar el derecho a la libertad personal y a la seguridad física (art. 22); o el deber de asegurar la ausencia de tortura, de tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes (art. 24).

Sería demasiado prolijo detallar todas las responsabilidades que la Declaración incluye, pero se puede decir que constituye un largo catálogo de obligaciones que derivan en la mayoría de los casos de la obligación de respetar derechos fundamentales reconocidos y de promocionar el desarrollo de la cultura, la educación y en general del progreso humano. Se trata de un intento sistemático y prolijo que por primera vez pretende reintroducir el discurso de los deberes desde una organización internacional como la UNESCO que goza del beneficio ser considerada defensora de los derechos y libertades fundamentales en todo el mundo y por esta razón este texto debe ser puesto justamente en valor, demostrando así que la dinámica de los derechos está incompleta sino se contempla en conjunto con la

dinámica de los deberes presentes y con respecto a las generaciones futuras.

VII. Los deberes fundamentales en el ordenamiento constitucional español y su virtualidad jurídica

1. Conceptos generales

Como primera consideración sobre los deberes constitucionales en nuestra Constitución vigente, se debe señalar que durante estos primeros cuarenta años de vigencia de la Constitución de 1978, resulta significativa la absoluta descompensación existente entre los estudios dedicados a los derechos fundamentales con respecto a los dedicados a los deberes fundamentales; tanto cuantitativa como cualitativamente.⁵⁰ Como ya se vio se trata de una tendencia común con respecto al constitucionalismo de nuestro entorno ya que la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado muy poco de esta materia. Las causas de ese fenómeno pueden ser diversas: el desprestigio de la noción de deber o la asociación de la misma con la idea de coacción, o su identificación con una limitación de la libertad o con regímenes políticos autoritarios podrían explicar esta desatención. Es evidente que este exclusivo cuasi monopolio de los derechos sobre las obligaciones tienen unas consecuencias sociales y culturales que contribuyen, entre otros factores, a explicar en buena medida cuales son las tendencias de la sociedad española actual, y occidental en general, y su opinión sobre la existencia de obligaciones ciudadanas. Se trata de una cuestión que entronca con algo mucho más profundo que es el sustrato sociológico de valores y tendencias que configuran una sociedad en cada momento histórico. En realidad, se trata de una manifestación más de una actitud hacia el cumplimiento de obligaciones legales y éticas en general.

⁵⁰ Alegre Martínez, M. Á.: «Los deberes en la constitución española: esencialidad y problemática», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, p. 271.

Pero centrándonos ahora en el ámbito de lo jurídico-político y en concreto del Derecho constitucional, debemos adentrarnos en la virtualidad jurídica de los deberes constitucionales en nuestro régimen constitucional vigente. En este sentido, el primer rasgo común a todos ellos es que la Constitución no establece en ningún caso sanciones o consecuencias por su incumplimiento. No obstante, en ocasiones se remite a la ley para el establecimiento de tales sanciones y en otros casos para el desarrollo de los deberes constitucionales mediante el establecimiento de concretas obligaciones o deberes. Esta ausencia de sanción constitucional ha supuesto que una parte de la doctrina haya defendido entender que los artículos que fijan deberes constitucionales no son aplicables directamente a los ciudadanos, sino a los poderes públicos.⁵¹ También se ha defendido que los deberes constitucionales en realidad son mandatos al Legislador, pero como estos no vienen acompañados de potestades sancionadoras en caso de incumplimiento deben ser entendidos como una posibilidad de establecimiento de concretos deberes ciudadanos pero siempre dentro del ámbito material que marca la Constitución.⁵²

De todo lo anterior se pueden establecer algunas conclusiones. La primera es que los deberes no obligan directamente a los ciudadanos a realizar ninguna actuación positiva, de manera que su sola proclamación constitucional no añade nada al significado del deber general de sometimiento proclamado en el artículo 9.1.⁵³ En definitiva, los deberes actuarán en la mayoría de los casos como meras habilitaciones para la actuación de los poderes públicos. En cambio, los derechos-deberes pueden ser, en su faceta de derechos, directamente exigibles por los

51 Así, entre otros han defendido esta postura Varela Díaz en «La idea de deber constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982. Entendió que, los deberes constitucionales son elementos jurídicamente irrelevantes, de forma que lo que suponen es una vinculación de los poderes públicos en sus actuaciones y no de la conducta de los particulares.

52 Requejo Pagés, J. L.: «Deberes constitucionales», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III. Madrid, Civitas, 1995.

53 Díaz Revorio, F.: «Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 28, México, julio-diciembre de 2011, pp. 284.

ciudadanos con las garantías que les correspondan según el artículo 53 de la Constitución, en la medida en que de su configuración constitucional deriven facultades determinadas. Por tanto, los deberes constitucionales suponen en general una habilitación al Legislador para los regule y desarrolle, dando el paso siguiente en el ámbito de lo jurídico y pasando así de deberes constitucionales a obligaciones jurídicas exigibles a los ciudadanos.

Frente a esta concepción de deberes constitucionales mayoritaria en la Doctrina española, caben otras posibles aproximaciones a esta cuestión. Al contrario de la opinión generalizada, no parece que los deberes constitucionales tengan que llevar aparejada una consecuencia de carencia de eficacia jurídica que es lo que se propone. Más bien se podría mantener lo contrario y unir a su mera existencia una serie de consecuencias jurídicas. La primera sería que los preceptos constitucionales que incluyen deberes constitucionales actúan como parámetro de la constitucionalidad de todas las normas de rango inferior, y por ello, una posible contravención de los mismos por otras normas inferiores podría suponer su nulidad.

Por otra parte, como es norma en un Estado de Derecho, el imperio del principio de *favor libertatis* hace que las posibles limitaciones a la libertad que se establezcan sobre la base de los deberes constitucionales, deberán llevarse a cabo mediante ley. Esta reserva de ley encuentra su razón de ser en que pueden constituir una limitación para el ámbito de libertad si esa actividad consiste en una limitación de la esfera de libertad del ciudadano, y que puede suponer según los casos que esa ley tenga el rango de orgánica. Además, no debe olvidarse que los deberes fundamentales también están protegidos frente a una hipotética regulación por parte del Ejecutivo mediante Decreto-Ley. El artículo 86.1 de la Constitución establece que: «En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las

instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I...».

Por otra parte, los deberes constitucionales suponen también un límite a la ley ya que la regulación del deber está incluida con unos concretos perfiles en su regulación constitucional, la cual no puede resultar ignorada o alterada libremente por el Legislador, con lo cual en este aspecto concreto el deber constitucional tiene el mismo grado de protección de su contenido esencial que los derechos fundamentales, limitando así las posibilidades de regulación del Legislador, gracias a la obligatoriedad de respeto de la garantía institucional de contenido mínimo que también es común a otras instituciones y construcciones jurídicas en la propia Constitución.

2. El catálogo de deberes en la Constitución de 1978

No es la intención de este trabajo abordar de forma exhaustiva la regulación de los deberes constitucionales en la Carta Magna de 1978: ni la constitucional ni el correspondiente desarrollo legislativo. No obstante, sí se debe señalar que la expresión *deberes fundamentales* recogida en el Título I y tomada del constitucionalismo alemán, convive en el mismo Título I, Capítulo Segundo, con la de *deberes de los ciudadanos* recogida en el título de la Sección 2ª, y con la de *deberes constitucionales* recogida en el artículo 149.1.1ª. Ello ya supone el uso de una terminología no muy definida al referirse a los deberes constitucionales.⁵⁴

Por otra parte, se va a intentar dar un recorrido breve pero completo del panorama de los deberes constitucionales, ya que la visión que a menudo se transmite de estos consiste en afirmar que los deberes se limitan a dos artículos, el 30 y el 31 que regulan el deber de defensa nacional y el de contribución a los gastos públicos. Ambos no agotan el catálogo de deberes constitucionales. Nuestra Constitución, recoge de

⁵⁴ Alzaga Villamil, Ó.: *Derecho Político Español. II*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

forma dispersa otros muchos deberes de los ciudadanos que se trataran a continuación.

3. El primero de los deberes: la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico

Sin embargo, el deber constitucional más importante de los contenidos en la Constitución es, sin duda, el primero de ellos porque fundamenta todos los demás: el deber de los ciudadanos de cumplir las leyes. Este deber cierra o incluye a todos los demás porque sin él no es posible fundar los Estados como estructuras organizadas de poder sobre un territorio.

El artículo 9.1 de la Constitución entroniza el principio de legalidad como piedra de toque del edificio jurídico que supone el Estado de Derecho: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Nada tan importante, nada tan relevante para el funcionamiento de un Estado como el cumplimiento de la ley por parte de los poderes públicos, ya que en ello consiste básicamente el principio de legalidad. Es el principio de legalidad en su doble vertiente; como límite a la acción del Poder respecto a los poderes del Estado; y como expresión máxima de Soberanía, respecto a todas las personas que viven en un determinado territorio incluido en un Estado.

Ahora bien, por lo que aquí interesa conviene resaltar que ese principio de legalidad tiene una doble vertiente, el sometimiento del poder a la ley, y también, la obligación de los ciudadanos de cumplir la ley. Es decir, que el primero de los deberes constitucionales que deben ser cumplidos por los ciudadanos es precisamente el acatamiento y cumplimiento de las normas establecidas en el ordenamiento jurídico.

Si bien es cierto que la atención preferente respecto al cumplimiento de este principio ha estado siempre centrada en su primera vertiente, es decir, el sometimiento del Poder al imperio de la Ley como no podía ser menos tratándose de un Estado de Derecho,

no debe dejarse de lado la relevancia, para que ese Estado de Derecho pueda funcionar como tal, de la segunda vertiente del principio: la del cumplimiento por los ciudadanos de las leyes. Sin ello, no es posible precisamente ese Estado de Derecho. La teoría de los deberes constitucionales debe partir de esa premisa que no siempre queda de relieve todo lo que sería deseable.

El respeto a los derechos de los demás como deber constitucional

El artículo 10.1, sienta las bases del Estado de Derecho, y de entre esos elementos que considera fundamentales nos interesa aquí específicamente el deber constitucional contenido en él de respeto a los derechos de los demás:

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

El respeto a la ley y a los derechos de los demás queda así consagrado como proyección y consecuencia de la proclamación de la dignidad de la persona que da sentido y unidad a todo el precepto. El reconocimiento de la dignidad humana se sitúa en el centro mismo del sistema jurídico-político en el contexto del Estado social y Democrático de Derecho. La dignidad de la persona se constituye en fundamento, base y razón de ser de los derechos fundamentales. Ahora bien, es también un límite de esos derechos fundamentales, ya que el respeto a los derechos de los demás, como establece el artículo 10, es a la vez en la Constitución un límite y un deber. Y ello precisamente por la consideración de la dignidad humana, reconocida en el art. 10.1 CE como fundamento del orden político y de la paz social, y como límite absoluto, imponiendo el deber de respeto a los derechos de los demás. Podría afirmarse incluso que la existencia de deberes constitucionales se deriva de la propia dignidad humana de la cual se extraerían de forma complementaria derechos y deberes, deberes que también son obligaciones nacidas de esa categoría total que es la dignidad de todos

los seres humanos por el hecho de serlo. Por ello derechos y deberes encontrarían un fundamento común: la persona y su dignidad.

Existe además una correlación lógico-jurídica entre derechos y obligaciones. La licitud de un hecho es correlativa con la obligatoriedad o la prohibición de ciertos hechos ajenos. Según las reglas de lógica deóntica existe de forma inseparable esa relación sin la cual no puede haber ordenamiento jurídico, sino a lo sumo un ilógico conglomerado de preceptos inservible para ordenar la convivencia social. La correlación se basa en las reglas de respeto a los derechos ajenos y de licitud de las conductas no prohibidas.

Es precisamente esta inclusión del deber constitucional de respeto a los derechos de los demás una de las constantes desde las primeras declaraciones de derechos que suponen la muestra más clara de inclusión de obligaciones de carácter moral, o éticas, que implican obligaciones íntimamente relacionadas con el respeto a los derechos de los demás y en último término de contribución al bien común. Así, la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en sus artículos 4 y 5 fijan las limitaciones a la libertad de cada individuo: «Garantizar a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos, y Prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad».

Ello además supone otra consecuencia esencial consistente en que los derechos constitucionales no son absolutos, y por ello son susceptibles de modulación en función de los derechos de los demás y del ordenamiento jurídico. En definitiva, en la esfera más práctica posible de la vida este deber se manifiesta en la obligación que toda persona tiene de convivir con las demás, de manera que todas y cada una de esas personas puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.

4. El derecho/deber de defender a España

El artículo 30 establece el derecho-deber de defender a España.

«1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.
3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.
4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública».

Se trata de un deber constitucional presente en todos los sistemas políticos y en todos los textos constitucionales desde el inicio de las revoluciones demo-liberales. Incluso se puede decir que es una obligación connatural a la propia existencia de sociedades políticamente organizadas. Así ya *Pericles* en su *Elogio fúnebre* incluía el deber de defensa como una de las obligaciones de cualquier ciudadano libre de Atenas.⁵⁵

En nuestro país, el establecimiento de deberes militares en la Constitución no es una novedad de la Constitución de 1978, por el contrario, tenemos antecedentes en la mayor parte de los textos históricos de nuestro país. El artículo 361 de la Constitución de 1812 establecía que «ningún español podrá excusarse del servicio militar cuando y en la forma que fuere llamado por la ley». Por su parte, las constituciones de 1837 (art. 6), de 1845 (art. 6), de 1856 (art. 7), de 1869 (art. 26), de 1873 (art. 30), y la de 1876 (art. 3), establecían con idéntica redacción que «todo español está obligado a defender la Patria con las armas, cuando sea llamado por la ley». Finalmente, la Constitución de 1931 en su artículo 37 establecía que «El Estado podrá

⁵⁵ «Así pues, estos, considerando justo no ser privados de esta ciudad, lucharon y murieron noblemente, y es natural que cualquiera de los supervivientes quiera esforzarse en su defensa. Consideraron más deseable el castigo a los enemigos, y estimando además que éste era el más bello de los riesgos decidieron con él vengar a los enemigos, optando por los peligros, confiando a la esperanza lo incierto de su éxito, estimando digno tener confianza en sí mismos de hecho ante lo que ya tenían ante su vista. Y en ese momento consideraron en más el defenderse y sufrir, que ceder y salvarse; y aguantaron el peligro de la acción al precio de sus vidas, y en breve instante de su Fortuna, en el esplendor mismo de su fama más que de su miedo, fenecieron».

exigir de todo ciudadano su prestación personal para servicios civiles o militares, con arreglo a las leyes».⁵⁶

Lo más destacable del artículo 30 actualmente en vigor en la Constitución de 1978 es la configuración de un derecho/deber de defender a España, figura por otra parte común en el constitucionalismo comparado. Es más, incluso se ha dicho que el servicio militar universal y obligatorio tenía una tradición liberal-democrática que se remonta a la Revolución francesa y su concepto de Nación en armas. En la Ley

Fundamental de Bonn artículos 4.3 y 12 a), en la italiana en el artículo 52, en la portuguesa, artículos 2 y 41.5, entre otras se recoge este derecho/deber de forma muy parecida a la Constitución española.

El apartado 2 de este artículo 30 establece que la Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará la objeción de conciencia y las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer una prestación social sustitutoria; el apartado 3 permite establecer un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general y, el apartado 4 permite regular, mediante ley, los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. Del texto del artículo se extrae que este derecho-deber permite entender que la defensa de España no se identifica en la Constitución exclusivamente con la defensa militar o mediante las armas siendo ésta una más de las formas de defensa nacional.

Evidentemente, el deber de defender a España es un concepto más amplio que las posibles obligaciones militares que se puedan imponer a los ciudadanos por el Legislador. Como se extrae con claridad, el servicio militar obligatorio no viene impuesto por la Constitución, y es sólo una de las posibles obligaciones que el Legislador puede establecer a establecer como instrumento para la defensa de España.⁵⁷

El artículo 30.1 configura la defensa de España, por primera vez en nuestra historia constitucional, no sólo como un deber sino también

⁵⁶ <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=30&tipo=2>

⁵⁷ Alzaga Villamil, Ó.: *Derecho Político Español II*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, p. 213.

como un derecho. En este caso el contenido del derecho parece tener una cierta dependencia respecto al propio deber y, dada la generalidad de su formulación, sus facultades concretas dependerán de la configuración legal de las obligaciones previstas en los diversos apartados del artículo 30, que serán al tiempo derechos de los ciudadanos.⁵⁸ De tal manera que desde la perspectiva constitucional, el derecho implicaría la imposibilidad de que ningún ciudadano sea discriminado en el ejercicio de las obligaciones derivadas de ese deber, y también la imposibilidad de discriminar a cualquier español en el acceso a las Fuerzas Armadas o a otros cuerpos que participan en la defensa de España, razón por la cual la mujer ha ido incorporándose sucesivamente a la Defensa nacional.

En definitiva, y no entrando más que en la superficie del contenido de este artículo 30, lo más importante de la regulación amplia del artículo 30.1 de la CE es que la Defensa nacional deja de entenderse un asunto exclusivo de las Fuerzas Armadas para convertirse en un derecho/deber de todos los españoles, mandato que alcanza su expresión más acabada en su vertiente de derecho/deber con la figura del Reservismo Voluntario nacida al amparo de la Ley Orgánica 5/2005, de Defensa Nacional. Esta ley en su artículo 29 establece que «de acuerdo con el derecho y el deber que los españoles tienen de defender a España, según lo establecido en el artículo 30 de la Constitución, la incorporación adicional de ciudadanos a la Defensa se apoyará en el principio de contribución gradual y proporcionada a la situación de amenaza que sea necesario afrontar, en la forma que establezca la ley, mediante la incorporación a las Fuerzas Armadas de los reservistas que se consideren necesarios». Se trata sin duda de la mejor de las expresiones de la contribución a la Defensa Nacional entendida como un derecho/deber ciudadano. La figura del reservismo voluntario supone la realización del derecho constitucional de contribuir a la defensa nacional de forma voluntaria permitiendo la participación activa y por períodos discontinuos de tiempo, de personas

58 Díaz Revorio, F.: «Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978», *Revista del instituto de ciencias jurídicas de puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, p. 288

que no son militares profesionales de carrera sino civiles los cuales durante los períodos en que son activados contribuyen a la Defensa nacional aportando así su experiencia en el ámbito civil a las Fuerzas Armadas, tal y como se recoge en la Ley 39/2007, de la carrera militar.

5. El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos

Así mismo, el artículo 31 regula el otro gran deber que es común a todas las constituciones, que es el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos:

- «1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.
2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.
3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley».

Desde los inicios del Estado demo-liberal, ya la propia Constitución norteamericana, de 1787, la primera en aprobarse, en su artículo 1º, recogió esta obligación: «The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defense and general Welfare of the United States». El deber de contribuir al sostenimiento económico de la Nación, es un deber obvio y evidente, puesto que sin él, no se pueden hacer ningún tipo de políticas públicas. El Estado social y democrático de Derecho se configura como un Estado que interviene en el ámbito social y económico de la comunidad con el objeto de conseguir las finalidades que constitucionalmente le vienen atribuidas, de manera que en este nuevo modelo de Estado, los poderes públicos asumen la función de proporcionar las prestaciones y servicios públicos necesarios para el pleno desarrollo de la personalidad, para lo que el fenómeno tributario

será el instrumento central para que se cumpla con el fin de distribuir la riqueza en aras a dar cumplimiento a la igualdad real.⁵⁹ El fundamento último teleológico que fundamenta este deber es el imperativo de solidaridad de todos a la hora de soportar las cargas públicas.

Las características más relevantes de este deber desde el punto de vista de su regulación constitucional son varias. Por un lado, la necesaria reserva de ley parlamentaria que recoge la herencia histórica del principio *No taxation without representation*. Por otro, la universalidad del deber, ya que todas las personas físicas y jurídicas, están sujetas a las obligaciones tributarias. Ahora bien, estas obligaciones vienen moduladas por la capacidad económica de cada sujeto. Con ello se quiere decir que cada uno tributa de acuerdo con su capacidad económica. Además, el sistema debe tener una base de igualdad y progresividad. El sistema tributario debe de ser un sistema justo, que se sostiene, simultáneamente, en la igualdad y en la progresividad, y que aspira en último término a llevar a cabo en lo posible una meta última de redistribución de las rentas.⁶⁰ La igualdad se concreta en la definición de la capacidad económica y el método para determinarla, y la progresividad se determina en función de la base imponible. No obstante, la progresividad tiene el límite absoluto de la prohibición de la confiscación de los bienes, la cual puede ser entendida como la prohibición de privar a un contribuyente de un bien, de sus rentas en su totalidad e incluso de la propiedad del mismo en beneficio del fisco.

6. El derecho/deber de conocer y usar el castellano

El artículo 3.1, regula el deber de conocer el castellano al ser lengua oficial del Estado: «El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el

⁵⁹ Goig Martínez, J. M.: «La constitucionalización de deberes», *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011, p. 141.

⁶⁰ Alzaga Villamil, Ó.: *Derecho Político Español II*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, p. 214.

derecho a usarla». Se debe destacar que esta referencia al deber de conocer el castellano está ubicada en el Título Preliminar. Ello supone darle el máximo relieve constitucional posible que se refleja en la reforma agravada de Constitución que supondría cualquier cambio en la redacción de este artículo y que el artículo 168 de la Constitución equipara con una reforma total de la Constitución.

Debe señalarse que los Estados que poseen una sola lengua no suelen proclamar en su norma fundamental el deber de conocerla, y las referencias constitucionales al idioma se suelen limitar a proclamar, en su caso, la oficialidad de dicha lengua.⁶¹ En cambio, cuando en el mismo Estado se hablan varias lenguas, se hace más necesaria una cierta regulación de las mismas, cuyos principios básicos pueden establecerse en la norma fundamental. Esta necesidad resulta aún más evidente cuando varias lenguas son oficiales, al menos en parte del territorio, como hace el apartado 2 del mismo artículo 3, que establece que las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas comunidades autónomas de acuerdo con sus Estatutos. En concreto, según el Derecho Comparado, encontramos algunos ejemplos de tratamiento constitucional de las lenguas, generalmente cuando se hablan diferentes lenguas (en los demás casos no se entiende necesaria esa declaración. De una parte encontramos algunos supuestos de reconocimiento de la lengua oficial en los textos constitucionales vigentes; el alemán en Austria, o el francés en Francia. En Portugal, el Estado tiene, entre sus misiones fundamentales, que asegurar la enseñanza y la promoción permanentes, defender el uso y fomentar la difusión internacional del idioma portugués. Por el contrario, en Bélgica, tras establecer en el artículo 4 la Constitución de 1994 cuatro regiones lingüísticas – la francesa, la neerlandesa, la bilingüe de Bruselas y la alemana–, señala que será facultativo el empleo de las lenguas usadas en Bélgica, que no podrá ser regulado sino mediante ley, y solamente

61 Díaz Revorio, F.: «Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011. p. 288

para actos de la autoridad y para los asuntos judiciales. Finalmente, hay también cláusulas de protección a las minorías lingüísticas en Austria, Italia y Suecia.

El precedente de esta redacción contenida en el artículo 3.1, es la Constitución de 1931, cuyo artículo 4 establecía que: «El castellano es el idioma oficial de la República. Todo español tiene obligación de saberlo y derecho de usarlo, sin perjuicio de los derechos que las leyes del Estado reconozcan a las lenguas de las provincias o regiones. Salvo lo que se disponga en leyes especiales, a nadie se le podrá exigir el conocimiento ni el uso de ninguna lengua regional».

Los principios constitucionales sobre el idioma, contenidos en el texto vigente hoy en esta polémica y discutida materia, han sido fijado por el TC tras numerosas sentencias en las cuales ha ido fijando una serie de criterios que referidos al deber de conocer el castellano por lo que aquí interesa, son resumidamente los siguientes.⁶² El primero es que el castellano es medio de comunicación normal de los poderes públicos y ante ellos en el conjunto del Estado español.⁶³ Sólo del castellano se establece constitucionalmente un deber individualizado de conocimiento, y con él la presunción de que todos los españoles lo conocen.⁶⁴ El Tribunal Constitucional ha seguido un criterio estrictamente territorial a la hora de delimitar los ámbitos de la cooficialidad lingüística, afirmando que la cooficialidad existe respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración central y de otras instituciones estatales en sentido estricto.⁶⁵

Una posible consecuencia del deber de conocer el castellano sería el deber de los poderes públicos de facilitar este conocimiento, implicando la necesidad de enseñarlo en los distintos niveles educativos. No obstante, según la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional,

62 Delgado-Iribarren García-Campero, Manuel. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=3&tipo=2>

63 STC 46/1991.

64 STC 84/1986.

65 STC 82/1986.

esta consecuencia deriva de su carácter oficial, y no tanto de su carácter de deber constitucional. Así, el TC ha negado que el deber de conocimiento del castellano justifique un derecho a recibir enseñanzas única y exclusivamente en castellano, si bien durante los niveles básicos de la enseñanza se ha de garantizar la enseñanza en ambas lenguas para asegurar su conocimiento.⁶⁶ Por ello, las consecuencias hasta ahora apuntadas derivan más bien del carácter oficial del idioma español que del deber constitucional de su conocimiento.

El deber de conocimiento del castellano es el contrapunto de la facultad de los poderes públicos de utilizarla como medio de comunicación normal con los ciudadanos, sin que éstos puedan exigirle la utilización de otra; de ahí la especial naturaleza de este deber, que no es equiparable al que un Estatuto pueda establecer respecto a la lengua cooficial.⁶⁷ El deber del ciudadano se corresponde con: «el correlativo derecho o facultad del poder público, no teniendo la administración derecho alguno a dirigirse exclusivamente a los ciudadanos en la lengua catalana, tampoco puede presumir en éstos su conocimiento y, por tanto, formalizar esa presunción como un deber de los ciudadanos catalanes».⁶⁸ Además, no existe un deber constitucional de conocimiento de una lengua cooficial.⁶⁹

En definitiva, según la regulación constitucional y de los Estatutos de Autonomía, la única que lengua oficial en todo el Estado y para todos los ciudadanos y poderes públicos es el castellano, lo cual justifica la necesidad de un deber de conocimiento del mismo, siendo la única cuyo conocimiento se impone. Las demás lenguas cooficiales, nunca exclusivas, no pueden marginar al castellano o excluirlo directamente de ninguno de los ámbitos sociales, jurídicos o institucionales.

66 STC 337/1994.

67 Díaz Revorio, F.: «Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, p. 308.

68 STC 31/201.

69 STC 84/1986.

7. El deber de educación

Por la relevancia constitucional que en un Estado social y democrático de derecho tiene el derecho fundamental a la educación merece una atención especial. La obligatoriedad de la enseñanza básica contenida en el artículo 27.4. de la Constitución es sin duda uno de los derechos fundamentales más emblemáticos que atribuye facultades y derechos pero que también impone obligaciones de una forma bidireccional.

«Artículo 27 1. Todos tienen el derecho a la educación.

Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes».

El apartado 4 de este artículo establece la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica y gratuita. Por ello se establece un auténtico deber constitucional que además se reviste del carácter de deber fundamental. Este apartado 4 se debe entender en el conjunto de lo reconocido en el apartado 1 que recoge el derecho a la educación con lo cual cursar la enseñanza básica forma parte también de este derecho fundamental. Con todo, hay que tener en cuenta que el contenido del derecho es más amplio que el del deber, ya que éste se refiere sólo a la enseñanza básica, mientras que el derecho a la educación es predicable en todos los niveles del sistema educativo.

Se trata de un deber fundamental que requiere un desarrollo legal para generar obligaciones jurídicas concretas. Así, la concreción del periodo educativo que se considera obligatorio y gratuito requiere de

la intervención de la ley para definir qué se entiende como enseñanza básica. Esta es definida en el artículo 3.3 y 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, como aquella que comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad, es decir, la educación primaria y la educación secundaria obligatoria.

El deber de seguir la enseñanza básica debe entenderse que recae sobre menores de edad que están sujetos a patria potestad o tutela, por lo que en realidad la obligación jurídica va a recaer sobre los mayores de edad o instituciones que desempeñen estas instituciones jurídicas que suponen protección y autoridad sobre el menor.

Por lo que interesa a este trabajo corresponde ahora analizar si los destinatarios de esas políticas públicas educativas, es decir los titulares del derecho a la educación básica también están sometidos a obligaciones ligadas a ese derecho. Y al respecto se puede concluir, que existe en este derecho fundamental una unidad interna que subyace bajo el aparente binomio derechos/deberes.⁷⁰ Nuestro sistema constitucional se basa en la preponderancia del derecho fundamental a la educación como básico para poder construir una sociedad justa e igualitaria sobre la base del principio de igualdad y con el mandato taxativo a los poderes públicos de proporcionar a los ciudadanos un sistema educativo que permita el libre desarrollo de la personalidad tal y como establece el artículo 10. Se puede decir que el desarrollo de la capacidad humana mediante la educación es una de las tareas fundamentales del Estado.⁷¹

Por ello, todo lo anterior debe tener un correlato que en ocasiones no se pone de manifiesto como correspondería y es la evidente existencia de un deber ciudadano de esfuerzo en la consecución de esa obligación de elevar el nivel educativo de la Nación. Un nivel de

70 Alegre Martínez, M. Á.: «Los deberes en la constitución española: esencialidad y problemática», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, p. 283.

71 Alzaga Villamil, Ó.: *Derecho Político Español II*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, p. 120.

implicación personal que supone sacar ventaja de las oportunidades otorgadas por el sistema político y administrativo en favor de esos ciudadanos y que además se sufraga con las aportaciones de todos los ciudadanos vía impuestos. De otra forma se trataría de un Derecho sin continuidad, que no podría lograr los legítimos objetivos marcados por el Constituyente y que no es otro que el progreso económico y social, meta que no es posible sin el esfuerzo individual y colectivo de los titulares de ese derecho a la educación. Sólo mediante el esfuerzo educativo de toda una Nación es posible alcanzar los objetivos colectivos que esa misma Nación se autoimpuso en el Preámbulo de la Carta Magna en 1978: «Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, y establecer una sociedad democrática avanzada». Por ello, la propia dinámica del proceso educativo, obliga a que sea el sujeto de ese derecho fundamental, es decir el estudiante en cualquiera de los niveles educativos, sea consciente de que su condición de estudiante lleva aparejada una serie de obligaciones que permitan hacer realidad ese derecho.

8. El derecho/deber de trabajar

El artículo 35.1 recoge el derecho-deber de trabajar:

«Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

El derecho/deber de trabajar es sin duda el derecho fundamental cuyos concretos perfiles y conceptualización más debate ha generado en la doctrina, la cual ha afirmado de él que posee una exclusiva dimensión metajurídica o moral; o que es una mera declaración de principios; o que incluso que es un absurdo, en cuanto impone un deber jurídicamente inexigible. Es evidente, y así lo ha afirmado el

TC en diversas sentencias que no se trata de derecho de prestación que implique la facultad de exigir un puesto de trabajo ni, por tanto, su faceta como deber puede implicar que el Estado pueda obligar a nadie a trabajar en un puesto determinado, ya que se reconoce el derecho a la libre elección de profesión u oficio en el mismo artículo 35.1. El contenido del derecho al trabajo se debe entender referido a la posibilidad de acceso y permanencia a un determinado puesto de trabajo conforme a unos requisitos objetivos y sin que pueda producirse discriminación alguna.⁷²

Se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una causa justa.⁷³

Por lo que respecta al deber de trabajar, debe tenerse en cuenta que supone la sombra en el molde del derecho a trabajar, es decir, la contrapartida a este derecho, suponiendo en definitiva el cumplimiento de las cargas y prestaciones inherentes a un puesto de trabajo que ya se desempeña una vez se ha accedido a él. Por ello, el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD Legislativo 2/2015 establece como deber laboral básico el de «cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia», o «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas»; o «contribuir a la mejora de la productividad», entre otras.

9. Los deberes relativos a la salud pública

Así mismo, el artículo 43 recoge unos deberes respecto a la salud pública de todos, tanto poderes públicos como ciudadanos, mediante una referencia incluida en el apartado 2.

«1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

⁷² STC 22/1981, y 54/1986, entre otras.

⁷³ STC 109/2003.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.»

Este artículo se ubica en el capítulo III del Título I dedicado a los Principios Rectores de la Política Social y Económica. Por ello, dispone de todas las garantías que ello supone, y que se recogen a su vez en el artículo 53, siendo estos principios objeto de reconocimiento respeto y protección informando la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Debe señalarse que la Constitución no establece expresamente los criterios o principios a los que debe someterse la ley que regule los deberes que son citados. En todo caso, siempre actuarán como límites algunos principios y valores constitucionales, como el respeto al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la persona, así como derechos fundamentales como la integridad física y moral, con la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes, y la libertad de ideología y religión.⁷⁴ En relación con la materia sanitaria, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece en su artículo 11 las obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario.

«Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario:

1. Cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios Sanitarios.

74 Díaz Revorio, F.: «Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, p. 304.

2. Cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad de las Instituciones Sanitarias.
3. Responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, fundamentalmente en lo que se refiere a la utilización de servicios, procedimientos de baja laboral o incapacidad permanente y prestaciones terapéuticas y sociales».

No obstante, es la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la que recoge una serie de medidas que pueden adoptar las autoridades sanitarias en situación de urgencia o necesidad, que suponen correlativamente el deber de obedecerlas por los ciudadanos, y que tienen carácter excepcional cuando las circunstancias impongan especiales obligaciones.

10. El deber de preservación del medio ambiente

También se establece el deber ciudadano de preservar el medio ambiente en el artículo 45.1: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».

La protección del medio ambiente y el cambio climático constituye una de las prioridades en la agenda de todos los Estados y de las organizaciones internacionales a nivel global. Se trata de una amenaza real que debería formar parte de las preocupaciones esenciales de los Gobiernos. El Derecho y la Constitución no pueden ser ajenos a esta materia y por ello, nuestra Constitución de 1978 sentó las bases de las políticas públicas de cuidado del medioambiente, recogiendo el derecho a medioambiente en el artículo 45 es decir como un Principio Rector de la Política Social y Económica con todas las garantías que ello supone. Esto se recogen a su vez en el artículo 53, siendo estos principios objeto de reconocimiento respeto y protección e informando «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». A este respecto, hay que decir que esta regulación constitucional fue una de las primeras que incorporaron el derecho al medio ambiente.

El artículo 45.1 de nuestra Constitución reconoce así a «todos» el «derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». El apartado 2 encomienda a los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales para proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. En fin, el apartado 3 impone a la ley el establecimiento de sanciones penales o administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior.

Por todo lo anterior se puede decir que el deber de conservar el medio ambiente se establece de forma anexa al derecho a disfrutarlo, y ese deber se manifiesta según lo que concreten las leyes incluyendo las potestades de policía necesarias mediante sanciones penales o administrativas u otras formas de actuación administrativa que supongan limitación de derechos de los particulares, o que supongan por ley también obligaciones de carácter positivo con el objeto de promover la conservación del medioambiente mediante acciones de fomento.

11. El deber de cuidar del patrimonio histórico, cultural y artístico

Así mismo, en el artículo 46.1 se recoge una obligación de abstenerse, un deber negativo, de todo acto que atente contra el patrimonio histórico, cultural y artístico:

«Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio».

El progreso de la cultura como valor central de los sistemas sociales occidentales ha sido una constante también en los sistemas políticos contemporáneos. Históricamente, es necesario un sustrato cultural para el funcionamiento real de la democracia. Ello es especialmente

cierto en el caso de los Estados democráticos actuales, en los cuales, es entendido como un principio esencial de actuación de los poderes públicos y como una obligación de estos, ya que el progreso cultural de los ciudadanos es inseparable del progreso social, democrático y económico. La realización de los valores superiores del ordenamiento jurídico libertad, igualdad y pluralismo político contenidos en el artículo 1 de la Constitución, exige una acción positiva de los poderes públicos, siendo la realización de estos valores superiores condición radical para el pleno respeto a la dignidad de la persona y para el libre desarrollo de su personalidad, valores jurídicos fundamentales de nuestro Estado de Derecho como sostiene el artículo 10.1 de la Constitución.⁷⁵

España es una gran potencia cultural, somos una de las Naciones que más ha aportado a la civilización occidental en materia cultural y por ello, el Constituyente no podía dejar de incluir entre los Principios Rectores de la Política Social y Económica del Capítulo III una referencia a este legado cultural y a las manifestaciones materiales e inmateriales de este.

Sin perjuicio de las concretas obligaciones que a los ciudadanos particulares que sean propietarios o titulares de bienes protegidos establecidas en la propia Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español, es de reseñar que existe una auténtico deber de proteger el patrimonio histórico y cultural en el cual se expresa con absoluta claridad la obligación de preservar y proteger para que pueda ser legado a las generaciones venideras. Esta obligación queda reforzada especialmente mediante la inclusión expresa de la cláusula de protección penal al final del artículo 46, «La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio». La fuerza de esta inclusión viene a reflejar la importancia que a esta materia dio el propio constituyente.

La existencia de un deber ciudadano de preservación de este legado cultural ha sido reforzada por el legislador ordinario que ha incluido en el artículo octavo de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español, la cual dispone que:

⁷⁵ <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=46&tipo=2>

«1. Las personas que observen peligro de destrucción o deterioro en un bien integrante del Patrimonio Histórico Español deberán, en el menor tiempo posible, ponerlo en conocimiento de la Administración competente, quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta Ley se dispone.

2. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español».

Esto significa que el Legislador atribuye a todos los ciudadanos el deber de proteger y preservar ese patrimonio, y para ello dota a estos de instrumentos jurídicos, la acción popular, e impone un deber legal con absoluta rotundidad, el de poner en conocimiento de la Administración cualquier daño que sufra.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el patrimonio cultural protegido también incluye el patrimonio cultural inmaterial protegido por la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, la cual define este como la consideración de bienes del patrimonio cultural inmaterial los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.

VIII. Los deberes que se insertan en el sistema de representación política y en el ámbito parlamentario

1. El derecho a participar en los asuntos públicos y los deberes anexos

El artículo 23.1 recoge el derecho fundamental sobre el que se basa nuestro sistema democrático que es el de participación política. Este artículo establece que:

Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

Si bien en muchos países de nuestro entorno el voto se convierte en un deber exigible jurídicamente y cuyo no cumplimiento tiene consecuencias jurídicas, (Bélgica, Grecia, o Luxemburgo), nuestro Constituyente no optó por esta posibilidad. El voto no es jurídicamente exigible según este artículo 23 a los ciudadanos y por ello la no participación en procesos electorales mediante el sufragio activo no conlleva consecuencias jurídicas. En este sentido, la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General no establece la obligatoriedad de participar en los procesos electorales. Ahora bien, la Jurisprudencia se ha referido al sufragio como un derecho fundamental pero también en su dimensión de función pública esencial en un Estado democrático, es una obligación ciudadana sobre cuyo ejercicio descansa la entera arquitectura del sistema democrático.

La ley electoral sí impone la obligación jurídica de participar en los procesos electorales como miembro de mesa electoral, imponiendo en caso de no concurrir a realizar esta tarea una serie de sanciones. Así pues,, el artículo 27.1 de la LOREG establece que: los cargos de Presidente y Vocal de las Mesas electorales son obligatorios. A este respecto el TS ha sentenciado que la incorporación ciudadana a la Mesa electoral coadyuva a su propio desenvolvimiento y desarrollo y para evitar su parálisis, es la propia sociedad la que puede con toda legitimidad establecer sanciones para los incumplidores. Además sirve para evitar interferencias partidistas en el desarrollo de los comicios y por ello todo ciudadano integrado en un conglomerado humano llamado a gobernarse a sí mismo en un sistema democrático no puede sin causa legal sustraerse a su presencia solicitada en las estructuras a cuyo través la voluntad popular de un país se patentiza.

En concreto, el artículo 143 de la LOREG dispone la tipificación del Delito por abandono o incumplimiento en las Mesas electorales: El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus

respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

2. La obligación de comparecer ante las comisiones de investigación del Congreso de los Diputados y del Senado

En el ámbito parlamentario, se fija, en el artículo 76.2 la obligación de comparecer a requerimiento del Congreso o del Senado ante las Cámaras: «Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación».

Se trata en este caso de un auténtico deber constitucional de perfiles muy concretos. El objeto que persigue es garantizar que las Cámaras puedan llevar a cabo su función de control al Gobierno y de estudio de todas las cuestiones que sean de interés para los Grupos parlamentarios. Como establece la propia Constitución es la Ley la encargada de regular y desarrollar este deber constitucional mediante la Ley. Es la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de Comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso, Senado o ambas Cámaras, modificada por Ley Orgánica 10/1995, estableciendo la correspondiente obligación y los límites a dicho deber constitucional en su artículo primero:

- «1. Todos los ciudadanos españoles y los extranjeros que residan en España están obligados a comparecer personalmente para informar, a requerimiento de las Comisiones de Investigación nombradas por las Cámaras Legislativas.
2. Las Mesas de las Cámaras velarán por que ante las Comisiones de Investigación queden salvaguardados el respeto a la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales».

Las sanciones por incomparecencia se encuentran recogidas en el Código Penal, dándoles así el mayor tipo de reproche sancionador en un Estado de Derecho. En concreto, se establece el delito de incomparecencia ante una Comisión de investigación en el artículo 502 dentro de los delitos *contra las Instituciones del Estado y la división de poderes*.

Este artículo 502.1 dispone que: «Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia. Si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

Ahora bien, este deber no sólo abarca el hecho de comparecer ante estas Comisiones sino también de decir la verdad ante ellas, ya que el apartado 3 de este artículo 502 dispone que: «El que convocado ante una comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses». Por tanto, se regula un deber de comparecer y un deber de decir la verdad y no incurrir en falso testimonio. Por otra parte, debe señalarse que las Mesas de las Cámaras velarán por que en estas comparecencias queden salvaguardados el respeto a la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales.

3. Las obligaciones de los parlamentarios en el ejercicio de su función

Si bien la Constitución regula los derechos de los parlamentarios tales como recibir una asignación constitucional que compense el ejercicio de su función, así como las prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad, no fija expresamente otras obligaciones en el ejercicio mismo de su función. Estas vienen recogidas en los textos de los distintos reglamentos que regulan la actividad de las distintas cámaras. No obstante, se podría afirmar la existencia de una

obligación constitucional implícita que nace de la propia esencia de la institución parlamentaria y sin cuyo concurso no se puede desarrollar la actividad parlamentaria. Así, por ejemplo, es evidente que existe una obligación constitucional de asistir a las actividades convocadas por los órganos de las cámaras, ya que de otro modo sería imposible dar cumplimiento al artículo 79 que exige que para la adopción de acuerdos estas deben estar reunidas reglamentariamente y con la asistencia de la mayoría de sus miembros. También forma parte de este núcleo de obligaciones para los parlamentarios otras como cumplir el reglamento, respetar la disciplina parlamentaria, mantener el secreto de las actuaciones parlamentarias cuando se haya determinado, así como cumplir la normativa en materia de incompatibilidades. En definitiva, si bien no se puede decir que la Constitución establezca de forma expresa una serie de deberes a los parlamentarios, estas implícitamente derivarían de la propia Constitución sin perjuicio de su inclusión en los reglamentos parlamentarios correspondientes, los cuales contemplan sanciones aplicables en caso de incumplimiento. Se transforma así lo que son deberes en obligaciones exigibles. Y ello es así porque al derecho fundamental a la participación política se le debe como correlato reconocer el nacimiento de una serie de deberes tales como desempeñar las funciones para las que fueron electos de forma acorde con la relevancia de ese derecho fundamental. No se trata de un derecho más sino del fundamento mismo del todo sistema democrático. Por ello es evidente el nacimiento de un deber de ejercer la actividad política como representante electo en el seno de la institución parlamentaria que va más allá de un puro cumplimiento formal del reglamento. Existe una mayor responsabilidad derivada precisamente de la posición absolutamente central del parlamento en la vida democrática y que conlleva una carga profunda de ejemplaridad y de compromiso ético con los ciudadanos a los que se representa. En definitiva, esos deberes del parlamentario con respecto a sus representados son el reverso de los derechos al ejercicio de la representación política que establece la propia Constitución.

4. El deber de cumplir las sentencias y las resoluciones de Jueces y Tribunales

Así mismo, existen otros deberes constitucionales, en este caso obligaciones, como la incluida en el artículo 118 de la Constitución: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

En definitiva, se incluye aquí otra obligación de gran calado constitucional que es una exigencia objetiva del sistema jurídico. La ejecución de las sentencias se configura además como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al contenido al contenido del art. 24.1 de la CE. La virtualidad de este derecho quedaría comprometida si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes quedara al albur de la voluntad de alguna de las partes condenadas o, convirtiéndose así las sentencias en mandatos meramente dispositivos. Por ello, los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, incluyen la obligación de todas las Administraciones Públicas, autoridades y funcionarios, Corporaciones, entidades públicas y privadas y particulares, de respetar y cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes. Se trata por tanto de un mandato directo a los particulares-ciudadanos que constituye una auténtica obligación constitucional que se convierte en deber si se observa en conjunto con la obligación también fijada en ese artículo de colaborar con la Justicia en términos amplios. En caso de que no se cumpla este deber constitucional, no debe olvidarse que el ordenamiento penal prevé consecuencias jurídicas de reproche mediante distintos tipos penales incluidos en el *Título XX*: «Delitos contra la Administración de Justicia» del Código Penal.

Así, serían delitos los actos ilícitos penales que atentan contra la Administración de Justicia entorpeciendo su correcto y buen funcionamiento, tales como el tipo penal de obstrucción a la justicia, incluido en el artículo 463 del Código Penal. También se incluirían en

esta categoría la acusación y denuncia falsas; el encubrimiento o el falso testimonio. El sujeto que comete estos actos tiene como finalidad evitar que la justicia funcione correctamente, ya sea para su propio beneficio o para un tercero.

IX. Conclusiones

Como ha afirmado Bobbio, derecho y deber son como la cara y la cruz de una moneda cuya cara y cruz depende de la posición de quien la mira.⁷⁶ Siguiendo esta afirmación se puede decir que la supervivencia de una sociedad exige que aquellos que la componen conozcan y ejerzan sus derechos pero que también conozcan y cumplan igualmente sus deberes. El logro principal históricamente hablando de los Estados creados bajo los principios del *rule of law* ha consistido en garantizar el sometimiento del poder al Derecho y convertir así a los súbditos sin derechos ni libertades en ciudadanos con todos los derechos y libertades protegidos por la Constitución y la Ley. Esos ciudadanos están sometidos a la Constitución y las leyes como fruto de la voluntad democrática de una sociedad, disfrutando de libertades como nunca antes se había conocido. Pero esos derechos y libertades tienen un reverso.

Es precisamente el respeto a la ley, y a los derechos de los demás, y no sólo por la posible sanción penal o administrativa, si no por el propio deber que existe de cumplirla y respetarlos, lo que posibilita la existencia del propio Estado de Derecho. Ahora bien, el cumplimiento de las leyes también es un deber ciudadano con un contenido axiológico, en el sentido más kantiano, el cual no puede quedar huérfano de cumplimiento por las expectativas de los sujetos relativas a eludir las consecuencias de su incumplimiento. El Estado de Derecho se basa en la libertad y la igualdad de sus ciudadanos,⁷⁷ y ambas son imposibles si el cumplimiento de las leyes queda al albur de las circunstancias de

⁷⁶ Bobbio, N.: *Teoría General de la Política*. Trotta, 2003, p. 513.

⁷⁷ Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2001

cada persona y cada momento. En el Estado de Derecho, los deberes no se fundamentan por la sujeción a la voluntad divina, al soberano, al líder incontestado o al Estado omnipresente. En el Estado de Derecho, el ejercicio de los derechos supone el cumplimiento también de obligaciones a ellos inherentes y en ese sentido los deberes encuentran su explicación y límites en la existencia de derechos.⁷⁸

Ahora bien, esta realidad de derechos y deberes como manifestación del binomio subyacente libertad/responsabilidad, no es percibida en la actualidad en las sociedades occidentales como realidades complementarias y necesarias. El prestigio de la idea de derechos fundamentales y el desprestigio inverso de los deberes nos ha llevado a esta situación de absoluta desproporción entre los derechos constitucionales y los deberes ciudadanos. Incluso se podría decir que es políticamente incorrecto salirse de ese monólogo de los derechos para poner el foco, aunque sólo sea de forma tangencial en los deberes.⁷⁹ De hecho, una parte de la doctrina propone abandonar la expresión deberes, cargada de connotaciones negativas, por la de responsabilidades que no está ligada en el imaginario colectivo a los fantasmas del pasado encarnados en los totalitarismos.

No obstante, se percibe un cambio de tendencia, aunque todavía es incipiente, respecto a una revalorización de los deberes constitucionales y las responsabilidades ciudadanas en todos los países de nuestro entorno. Se apuntan algunas razones de este relativo cambio de tendencia. Una razón podría ser la pulsión hacia el universalismo de los derechos, que ha conllevado también el replanteamiento de algunos aspectos de la cultura jurídica y política occidental, especialmente en unas sociedades europeas en las cuales se optó decididamente por el multiculturalismo, con todas las consecuencias que ello ha supuesto.

⁷⁸ Goig Martínez, J. M.: «La constitucionalización de deberes», *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011.

⁷⁹ Ost, F., Drooghenbroeck, S. van: «La responsabilidad como cara oculta de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 5, 2004, p. 790.

Existe un último factor que está siendo decisivo en este nuevo replanteamiento que es la preocupación por la sostenibilidad de los múltiples compromisos de gasto que ha ido adquiriendo el Estado social, así como los sacrificios que se han ido asumiendo para poder mantener ese nivel de gasto, especialmente vía impuestos. Ello ha hecho que se vuelva a replantear las funciones, poderes y competencias de las Administraciones Públicas. Todo ello en el contexto mucho más amplio de una auténtica revolución digital que en realidad es una cuarta revolución industrial, la cual está desmontando muchos de los paradigmas económicos, sociales y hasta políticos en los cuales se han asentado las sociedades occidentales hasta hoy.

Por otra parte, toma fuerza el análisis de esta cuestión desde una nueva aproximación al factor temporal. Es necesario ser consciente de que la categoría del derecho subjetivo, en todas sus variantes de significado está incompleta si no se contempla conjuntamente con la categoría del deber. Y es que existe un deber de solidaridad de cara al futuro. Debe evitarse que exista una separación total en el tiempo de los beneficios anticipados respecto a los costes postergados. No se puede lograr la felicidad, el bienestar, el poder de las generaciones actuales a cambio de propiciar la infelicidad, el retroceso, el malestar, el conflicto, o la imposibilidad de modificar el sistema petrificándolo, para las futuras generaciones.⁸⁰ Las generaciones futuras no tienen derechos de reclamación frente a las precedentes, pero éstas tienen deberes frente a ellas. El constitucionalismo de los derechos, sin renunciar a su aspiración central de estar al servicio de la resistencia frente a la injusticia, debe redescubrir los deberes, no simplemente en cuanto reflejos, es decir, en cuanto contraparte de los derechos, sino como posiciones jurídicas autónomas que tienen virtualidad propia.

Esta fuerte carga hace que se empiecen a tener en cuenta las exigencias de desarrollo sostenible también con respecto a las generaciones futuras y por ello se apunta a la necesidad de definir y

⁸⁰ Zagrebelsky, G.: *Constitucionalismo. Derechos y Libertades*, núm. 29, época II, junio 2013, pp. 19-38.

establecer un compromiso generacional. Ello pasa indefectiblemente por definir una dinámica e incluso una definición normativa más afinada de los deberes y responsabilidades ciudadanas en aspectos económicos, administrativos, culturales, educativos, medioambientales de seguridad, y otros muchos aspectos. En definitiva se trata de asegurar la sostenibilidad de los sistemas jurídico-políticos, de los sistemas que hemos denominado Estados sociales y democráticos de derecho, sistemas que se definen por su establecimiento en normas y especialmente por su entronización en la ley de leyes que es la Constitución de cada Estado.

Por esta razón se está hablando de la formulación de Declaraciones de Derechos y Responsabilidades. No se trata tanto de fijar una serie de nuevos deberes legalmente exigibles, sino de expresar mediante el poder de la norma, aunque sea sucintamente, las responsabilidades clave que todos tenemos como miembros de la sociedad con miras a reforzar el imperativo de observarlas. Tales responsabilidades podrían incluir aspectos relativos al Sistema Nacional de Salud; la promoción del bienestar de los menores; o estableciendo responsabilidades ambientales, culturales o educativas. También la participación ciudadana en los procesos políticos y sociales o una colaboración total con la Justicia denunciando los delitos cuando se tiene conocimiento de ellos. No basta sólo con cumplir con los deberes más generales tales como pagar impuestos y obedecer la ley.⁸¹

Algunos autores están defendiendo que es necesario elaborar una nueva teoría de los deberes públicos globales, distinta y complementaria de la hiperdesarrollada teoría de los derechos.⁸² Norberto Bobbio dijo que el último esfuerzo intelectual que debía emprender consistiría en construir una teoría del Estado de los deberes dado que ya estaba todo dicho sobre el Estado de los derechos, y

⁸¹ *Rights and Responsibilities: developing our constitutional framework*. Ministry of Justice, UK Government, 2009.

⁸² Spadaro. *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali»*. *La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*. Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 96.

que «si la Declaración de los Derechos Humanos no quiere reducirse, como se ha afirmado tantas veces, a una relación de deseos piadosos, tiene que existir una declaración equivalente de los deberes y responsabilidades de quien debe hacer valer esos derechos».⁸³ En definitiva, existe una indivisibilidad entre los derechos y los deberes del ser humano, que solo será aceptable si no es a costa de sacrificar los derechos y si se toma en consideración que el principio de indivisibilidad apela a un corolario: el deber de solidaridad.⁸⁴

Desde hace algún tiempo, sin embargo, se está intentando una rehabilitación del lenguaje de los deberes, sobre todo porque se tiene la conciencia de que la retórica y la práctica se han centrado exclusivamente en los derechos legales y no se ha sido capaz de asegurar algunos bienes fundamentales de una sociedad ordenada. Se ha insistido en algunas de las consecuencias de la proliferación de los derechos: conflicto, fragmentación, ineficacia sustancial de los derechos reconocidos formalmente; Por otro lado, además se ha apuntado la incapacidad de lograr un sistema que funcione bien basado en la ausencia de una cultura adecuada del deber que conviva con la del derecho.⁸⁵

Sin un esfuerzo por redefinir, depurar, renovar y desarrollar esos deberes y responsabilidades desde una nueva óptica que supere la óptica unidireccional en favor de los derechos que nació tras la II Guerra Mundial, es muy probable que esa magnífica construcción humana que son los Estados de derecho, democráticos y sociales no puedan pervivir. Se percibe en ocasiones una ausencia de motivación y sentido de la responsabilidad, que se encuentra a menudo en una sociedad que invita a sus miembros a tener una visión del Estado y en general de la realidad que coloca en primer lugar, si no exclusivamente, la titularidad

83 http://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=4015&t=articulos

84 Bea Pérez, E.: «Derechos y Deberes: El horizonte de la responsabilidad», *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos humanos*, junio de 2013, núm. 29, p. 72.

85 Greco, T.: «Il ritorno dei doveri», *Cultura e diritti per una formazione giuridica. Scuola superiore dell'avvocatura fondazione del consiglio nazionale forense*, Pisa University Press, año I, núm. 1, enero-marzo 2012.

de derechos propios, sin ninguna otra consideración o cortapisa. Es necesario un mayor compromiso con esa realidad que tantos éxitos ha traído a la convivencia entre ciudadanos en Estados estables y que tiene la ley como fundamento de su organización interna y de acción en la esfera de las relaciones internacionales. De otro modo el deterioro de estos podría suponer una vuelta a tiempos peores en el devenir del género humano.

Constituyó un giro copernicano el paso de una sociedad de deberes a una sociedad de los derechos, el cual propició el establecimiento de las sociedades políticas actuales. No obstante, es necesario dar un paso más. Y ese paso debe consistir en comprender y asumir que la teoría de los derechos subjetivos no se puede entenderse como aislada de la concepción del respeto a los derechos de los demás. No se puede concebir cualquier posición jurídica relativa a los derechos de las personas, independientemente de la relación con otras partes. Lo que se propugna en estas líneas no es una vuelta a los deberes y obligaciones propia de una sociedad cerrada jerarquizada o autoritaria ni mucho menos. Este cambio de paradigma contempla el constitucionalismo en ocasiones como un terreno incluso hostil. En nombre de los derechos, no de los deberes, se lleva luchando desde hace dos siglos. Los deberes han sido y son aún hoy lema de los regímenes autoritarios y de los totalitarios. Por ello esta nueva visión se debe basar en la diferencia que existe entre los deberes de obediencia a la autoridad y al Estado, y los deberes de responsabilidad frente a los seres humanos, presentes y futuros.⁸⁶

Lo que se propugna es una nueva visión de los deberes y obligaciones no sólo con respeto al Estado o al Poder sino con respecto a los demás miembros de la colectividad, a los demás ciudadanos, en forma de vínculo social que impide una visión egoísta de los derechos e impone visión en el contexto social de los derechos de los demás. Y esta visión para ser real y efectiva debe plasmarse en las normas jurídicas, empezando por la primera de ellas que es la Constitución.

⁸⁶ Zagrebelsky, G.: «Constitucionalismo», *Derechos y Libertades*, núm. 29, época II, junio 2013, pp. 19-38.

Cualquier Declaración de Derechos y Responsabilidades debe tratar de articular lo que debemos, tanto como lo que esperamos. Las responsabilidades y los derechos son igualmente necesarios para una democracia saludable y deberían ayudar a fomentar un sentido más fuerte de ciudadanía compartida. Lejos de socavar los derechos, una declaración clara de la relación adecuada entre derechos y responsabilidades podría fomentar una mejor comprensión de esos derechos. Es probable que, todavía durante mucho tiempo, los deberes y responsabilidades queden ocultos bajo la sombra de los derechos. Pero, al menos, el hecho de tamizar un poco la cegadora luz de estos derechos debería permitir discernir poco a poco los contornos de las responsabilidades que les acompañan⁸⁷. La democracia de Atenas fue una gran inspiración tenue y breve que proporcionó a la humanidad un espejo en el que mirarse. Del mismo modo las democracias occidentales enmarcadas en el Estados del bienestar han sido y son el ejemplo en el que se inspiran el resto de países del mundo, donde los valores y principios que fundamentan nuestros Estados todavía no han triunfado. Ese ejemplo debe seguir siendo un referente poderoso, que con vigor ilumine a todos aquellos que quieren perseverar en aquello que ha proporcionado al ser humano los mejores éxitos de su Historia, especialmente en estos momentos en los cuales se cuestiona en el entorno geopolítico la superioridad de los modelos democráticos liberales. En definitiva, se trata de perseverar en la voluntad de mejorar la vida de todos los seres humanos en el marco de los derecho humanos y las libertades fundamentales, logrando relaciones pacíficas y de cooperación entre las Naciones.

⁸⁷ Ost, F., Drooghenbroeck, S. van: «La responsabilidad como cara oculta de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 5, 2004, p. 842.

III. NOTAS, DICTÁMENES E INFORMACIONES



CORTS VALENCIANES

El derecho a participar en elecciones libres según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO

Catedrático de Derecho Constitucional.

Universidad de Granada.

Resumen

Se estudia en este artículo la amplia jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a participar en elecciones libres, recogido en el artículo 3 del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos como un mandato a los poderes públicos, pero que el TEDH ha transformado en un auténtico derecho subjetivo. Al realizar este estudio sistemático se ha procurado huir tanto de la recopilación exhaustiva sin opiniones personales como de la crítica acerba que olvida que la función de un tribunal es interpretar los textos legales y no sustituirlos. La sólida jurisprudencia del TEDH en favor del derecho de voto lleva a una importante conclusión para la calidad de la democracia: un auténtico voto libre no es solo aquel que se ejerce sin coacción (dimensión subjetiva) sino aquel que se ejerce dentro de una sociedad con un grado de libertad y de opciones plurales que permite a los votantes formarse su propia opinión individual (dimensión objetiva).

Palabras clave: derecho de permanecer en el cargo, derecho de voto, elecciones generales, elecciones libres, elecciones locales, elecciones presidenciales, margen de apreciación nacional, sistema electoral, sufragio activo, sufragio pasivo.

Resum

S'estudia en aquest article l'àmplia jurisprudència del TEDH sobre el dret a participar en eleccions lliures, recollit en l'article 3 del Primer Protocol del Conveni Europeu de Drets Humans com un mandat als poders públics però que el TEDH ha transformat en un autèntic dret subjectiu. En realitzar aquest estudi sistemàtic s'ha procurat fugir tant de la recopilació exhaustiva sense opinions personals com de la crítica acerba que oblida que la funció d'un tribunal és interpretar els textos legals i no substituir-los. La sòlida jurisprudència del TEDH en favor del dret de vot porta a una important conclusió per a la qualitat de la democràcia: un autèntic vot lliure no és només aquell que s'exerceix sense coacció (dimensió subjectiva) sinó aquell que s'exerceix dins d'una societat amb un grau de llibertat i d'opcions plurals que permet als votants formar-se la pròpia opinió individual (dimensió objectiva).

Paraules clau: dret de romandre en el càrrec, dret de vot, eleccions generals, eleccions lliures, eleccions locals, eleccions presidencials, marge d'apreciació nacional, sistema electoral, sufragi actiu, sufragi passiu.

Abstract

This article examines the extensive case law of the ECtHR on the right to vote, as set out in Article 3 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights as a mandate to the public authorities but which the ECtHR has transformed into a genuine subjective right of citizens. In conducting this systematic study, care has been taken to avoid both the exhaustive collection of the ECtHR and the acerbic criticism that forgets that the function of a court is to interpret legal texts and not to replace them. The robust jurisprudence of the ECtHR in favour of the right to vote leads to an important conclusion for the quality of democracy: a truly free vote is not only one that is exercised without coercion (subjective dimension) but which is exercised within a society with a degree of freedom and plural options that allows voters to form their individual opinion (objective dimension).

Key Words: Active Suffrage, Passive Suffrage, Electoral System, Free Elections, National Margin of Appreciation, General Elections, Local Elections, Presidential Elections, Right to Vote, Right to Maintain the Office of Representative.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La naturaleza jurídica de un derecho pretoriano.
 - 1. Las elecciones libres se configuran en el texto del Protocolo Adicional del CEDH como un compromiso de los Estados.
 - 2. La jurisprudencia transforma el artículo 3 del Protocolo en un derecho subjetivo.
- III. Los límites de actuación del artículo 3.
 - 1. Un derecho subjetivo con un contenido esencial limitado por el margen de apreciación nacional.
 - 2. Un derecho subjetivo que solo se proyecta sobre las elecciones legislativas.
- IV. El contenido esencial controlable por el TEDH.
 - 1. El derecho de sufragio activo.
 - 2. El derecho de sufragio pasivo.
 - 3. El derecho a mantenerse en el cargo representativo.
 - 4. Las obligaciones generales de los Estados.
- V. Conclusiones.
- VI. Bibliografía.

«J'aurais bien des réflexions à faire sur le simple droit de voter dans tout acte de souveraineté, droit que rien ne peut ôter aux citoyens».

JEAN-JACQUES ROUSSEAU,
Du Contrat Social (1762).

I. Introducción

Los juristas vemos con cierta sorpresa como cada vez más se publican en la prensa generalista noticias referentes al Tribunal Europeo de Derecho Humanos, como la muy reciente sentencia condenando a España debido a que dos presuntos etarras habían sido sometidos a tratos inhumanos en su detención porque sufrieron lesiones estando bajo custodia policial y el Estado español no probó que esas lesiones fueran «compatibles con un uso necesario y proporcional de la fuerza» (STEDH de 13 de febrero de 2018, caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*). Este ejemplo llama la atención sobre la importancia que tiene ya en nuestra vida cotidiana la jurisprudencia del TEDH y la necesidad de conocerla con cierto detalle, muy especialmente en un campo tan delicado como es el derecho de voto.

Precisamente, el objetivo de este trabajo es el de estudiar la amplísima jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a participar en elecciones libres, recogido en el artículo 3 del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para hacerlo he procurado huir tanto de la recopilación exhaustiva sin opiniones personales –que termina convirtiendo el trabajo en un mero centón– como de la crítica acerba que olvida que la función de un tribunal es interpretar los textos legales y no sustituirlos. Por eso, mi navegación entre esos Escila y Caribdis ha estado orientada por el deseo de sistematizar la jurisprudencia y realizar una crítica *uti valeat*, constructiva, cuando me ha parecido oportuno.

II. La naturaleza jurídica de un derecho pretoriano

1. Las elecciones libres se configuran en el texto del Protocolo Adicional del CEDH como un compromiso de los Estados

Como es de sobra conocido, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 3 noviembre de 1950, se concibió como una forma de convertir la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 en un texto jurídicamente vinculante, capaz de proteger en Europa los derechos proclamados *urbi et orbi* mediante un procedimiento judicial. Por eso, es fácil observar una correlación entre los derechos recogidos en la DUDH y en el CEDH. Si bien rápidamente se advierte que en el Convenio se dejaron fuera los derechos sociales que comienzan en la DUDH en su artículo 22: derecho a la seguridad social, al trabajo, al descanso, etc. Sin duda, esta escisión se debió a la dificultad de tutelar judicialmente estos derechos, cuya eficacia depende, más que de los tribunales, de la actividad del legislativo y el ejecutivo para lograr el desarrollo social, razón por la cual cuando la ONU decidió en 1966 avanzar en la conversión de la DUDH en derecho positivo, dividió su contenido en dos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; como por lo demás había defendido desde los primeros momentos René Cassin, uno de los padres redactores de la DUDH.¹

Sin embargo, sorprende mucho que el derecho de participación política esté entre los derechos relacionados en la DUDH y excluidos en 1950 del CEDH no ya porque todos los Estados parte celebraran elecciones libres, sino porque en el mismo Preámbulo del Convenio se señala que los Gobiernos signatarios consideran que la justicia y la paz en el mundo se basan «esencialmente, de una parte, en un régimen

¹ Cassin, R.: «La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tomo 79, 1951, p. 240.

político verdaderamente democrático, y de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos». Lógicamente, el motivo de esta (en principio) extraña exclusión hay que buscarlo en los trabajos preparatorios donde la inicial propuesta de incluir el derecho de elecciones libres y de organizar una oposición democrática encontró el rechazo de algunas delegaciones –especialmente del Gobierno del Reino Unido– que negaron su inclusión alegando las dificultades «prácticas» de definir el sufragio universal, dada la diversidad de legislaciones estatales sobre el derecho de voto y sus restricciones. Por eso, se decidió no incluir en el articulado del Convenio el derecho a elecciones libres e introducir en el Preámbulo (a propuesta del Gobierno danés) que las instituciones democráticas son una garantía de los derechos humanos, de tal forma que el derecho a elecciones libres se convertía en una condición política previa para pertenecer al Consejo de Europa.² Así las cosas, se llegó a una curiosa paradoja, que uno no se puede imaginar al leer el CEDH: la referencia del Preámbulo del CEDH a la existencia de un régimen democrático es la consecuencia de no haber recogido en su articulado el derecho a elecciones libres.

Además, como el deseo de aprobar sin más demora el Convenio era unánime, en la reunión del Comité de Ministros del 5 de noviembre de 1950 en Roma se aprobó firmar el borrador del CEDH que ese Comité había aprobado en agosto con la inclusión de un preámbulo, así como –a propuesta del Gobierno belga– discutir un protocolo adicional en el que se incluyeran los tres derechos sobre los que no se había producido acuerdo todavía: propiedad, educación y elecciones.³ A pesar de que la tramitación de ese protocolo fue inmediata, el acuerdo no llegó hasta un año y cuatro meses después. Así que en marzo de 1952 se firmó en París el Protocolo Adicional que incorporaba al CEDH los derechos de

² Council of Europe (ed.): *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Right*. Brill– Nijhoff, Amsterdam, 1985, *in totum* y en especial pp. 34–41 (Se cita por: [www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTavaux-P1-3-Cour\(86\)36-BIL1221606.pdf](http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTavaux-P1-3-Cour(86)36-BIL1221606.pdf)).

³ Vid. Council of Europe (ed.): *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Right*. Cit., p. 38.

propiedad, de educación y la celebración de elecciones libres, protocolo que –ratificado con cierta rapidez– entró en vigor solo ocho meses después que el texto principal del CEDH: éste lo hizo el 3 de septiembre de 1953 y el Protocolo el 18 de mayo de 1954.

Ahora bien, la redacción empleada para incluir las elecciones libres en el Protocolo merece señalarse con cierto detalle: a diferencia del artículo 1 y 2, en los que se usa la palabra «derecho» al referirse a la propiedad y la educación, en el artículo 3 se evita este término y su dicción literal es claramente la de un mandato para los Estados miembros: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». Si se compara este artículo con el artículo 21 de la DUDH, se observa como en el Protocolo faltan los dos primeros apartados de ese artículo 21 en el que se considera que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país y solo se ha recogido el tercero, que tiene la estructura de un compromiso de los Estados. En fin, el estudio de los antecedentes demuestra que la redacción lejos de ser casual se buscó a propósito para evitar que las elecciones libres fueran un derecho subjetivo individual protegible por el TEDH y quedaran en una garantía institucional, un compromiso de los Estados firmantes con la celebración de elecciones periódicas democráticas.⁴

2. La jurisprudencia transforma el artículo 3 del Protocolo en un derecho subjetivo

Así las cosas, no sorprende que se rechazara la inmensa mayoría de los recursos que se presentaron en los primeros años de vida del CEDH alegando la violación del artículo 3 del Protocolo

⁴ Cfr. el detallado estudio que realiza Goy, R.: «La garantie européenne du droit à des libres élections législatives: l'article 3 du premier Protocole Additionnel a la Convention de Rome», *Revue du Droit Public*, núm. 5, 1986, pp. 1.278-1.290.

Adicional porque el Comité consideraba que el derecho de voto no se encontraba recogido en dicho artículo (así en la Decisión de 4 de enero de 1960, caso X contra Alemania y otros muchos casos posteriores). Y si el artículo 3 fue operativo en los primeros treinta años de vida del Convenio fue sobre todo para respaldar la demanda interestatal que Dinamarca y otros Estados presentaron contra Grecia cuando el golpe de Estado de los coroneles de 1967 suprimió el Parlamento, demanda que transcurrió paralela a una petición de diez Estados de la Asamblea para que el Comité de Ministros expulsara a Grecia, lo que originó que éste aprobara su Resolución 51 de 1969 que supuso, de facto, el único caso hasta la fecha de suspensión de derechos de un Estado del Consejo de Europa.⁵

Sin embargo, y como ha estudiado María Reyes Pérez Alberdi con un detalle que no se puede repetir aquí, en los años siguientes el Comité fue evolucionando en su opinión hasta considerar en su Decisión de 30 de mayo de 1975, en el caso W, X, Y y Z contra Bélgica, que una interpretación finalista del artículo 3 obligaba a admitir que garantizaba dos derechos: «el derecho de voto y el derecho a presentarse como candidato».⁶ Por su parte, el propio TEDH no tuvo ocasión de dar su opinión hasta una década después; pero cuando la tuvo, no solo hizo suyos los argumentos interpretativos de la Comisión (aunque curiosamente su fallo fue desestimatorio, en contra de la opinión de la Comisión), sino que dando lo que Lorenzo Martín-Retortillo ha llamado «un salto colosal»⁷ consideró que nada en los trabajos preparatorios demostraba la voluntad de negar al artículo

5 Cfr. Úbeda de Torres, A.: *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: estudio comparado de los sistemas europeo e iberoamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid, Reus, 2007, p. 104.

6 Cfr. Pérez Alberdi, M. R.: «La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 88, septiembre-diciembre 2013, pp. 341-343.

7 Martín-Retortillo Baquer, L.: «Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Pascua Mateo, F., *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 26.

3 su carácter de derecho subjetivo; por el contrario, defendió que «la apariencia interestatal de la redacción del artículo 3 no refleja ninguna diferencia de fondo con las demás disposiciones normativas del Convenio y de los Protocolos . Más bien parece explicarse por el propósito de dar más solemnidad al compromiso contraído y por el hecho de que, en el ámbito de que se trata, la obligación primordial no supone una abstención o no injerencia, como acaece en la mayoría de los derechos civiles y políticos, sino la adopción por el Estado de medidas positivas para «celebrar» elecciones democráticas».⁸

Si no es porque pudiera parecer irreverente, diría que esta conclusión me recuerda –como dijera Goethe– que los juristas interpretan las normas con mayor libertad que los poetas la realidad. Desde luego, es cierto que no hay en los trabajos preliminares una declaración expresa de evitar el recurso individual, pero también es verdad que no hay ninguna declaración expresa ni de aplicar ese recurso al artículo 3 ni de redactarlo de una forma más solemne. Es más, el contexto general –con la expresa omisión de la palabra «derecho» y la inexistencia de unos apartados similares al primero y segundo del artículo 21 de la DUDH– hacen pensar en una voluntad implícita de negar el recurso individual. Echemos un vistazo, por ejemplo, al informe que realiza el Comité de Expertos sobre la propuesta del Gobierno británico, que finalmente sería aceptada: «después de las explicaciones de la delegación del Reino Unido, según las cuales el texto propuesto por ella tiene el objetivo de evitar que el Convenio pueda ser interpretado como que impone a los Estados miembros la obligación de introducir un sistema determinado de representación parlamentaria [...]».⁹ Otros textos similares pueden ser alegados como prueba de que los redactores del Protocolo estaban pensando en obligaciones de los Estados, ninguno, como prueba de que tenían en mente dar más solemnidad al derecho de voto; como, por lo demás, entendió desde el

⁸ STEDH de 2 de marzo de 1987, caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, § 50.

⁹ Council of Europe (ed.): *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Right*. Cit., pp. 58-59.

primer momento la Comisión, formada por personas que conocían de primera mano los trabajos preparatorios.

Por todo ello, me parece muy acertada la idea de Javier García Roca de considerar que el artículo 3 ha sufrido una «mutación convencional» pues el TEDH ha producido una modificación de la norma «que deja indemne el texto de la disposición sin cambiarlo formalmente».¹⁰ Por mi parte, añado que los Estados, lejos de protestar por la interpretación del artículo 3 que realizaba el TEDH, la asumieron y la acabaron respaldando claramente cuando en 1994 usaron el Protocolo núm. 11 del CEDH para titular ese artículo «Derecho a elecciones libres», una forma sutil de reconocer su eficacia vertical, de derecho subjetivo, similar al resto de derechos del CEDH. Si bien tampoco han querido ir mucho más allá, como podrían haber hecho codificando detalladamente los derechos electorales, como en 2006 le pidió la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, propuesta que fue rechazada por el Comité de Ministros en su Decisión de 11 de junio de 2008.

Una vez normalizado, el contenido del artículo 3 se ha ido perfilando a base de las sentencias del TEDH, como el resto de artículos; si bien el TEDH ha hecho unas precisiones generales que merecen que le dediquemos un epígrafe propio.

III. Los límites de actuación del artículo 3

1. Un derecho subjetivo con un contenido esencial limitado por el margen de apreciación nacional

En la misma STEDH de 2 de marzo de 1987, en la que se afirmaba audazmente que de forma deliberada y consciente los redactores del artículo 3 del Protocolo Adicional quisieron consagrar solemnemente

¹⁰ García Roca, J.: «Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3 P1 CEDH)», en García Roca, J., Santolaya, P. (dirs.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed. corr. y aum. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 927.

los derechos de sufragio activo y pasivo, el TEDH añadía un par de párrafos después que esos derechos no eran absolutos. Curiosamente, para argumentar esa afirmación leía el artículo 3 de una forma poco congruente con su afirmación previa sobre la solemnidad de su consagración: «El artículo 3, al reconocerlos sin enunciarlos expresamente ni mucho menos definirlos, deja abierta la puerta para limitaciones implícitas» (§52). Y esa puerta de las limitaciones la pueden abrir o cerrar los Estados en virtud del «amplio margen de apreciación» que disfrutaban en esta materia, si bien el TEDH se reserva su control: «pero corresponde al Tribunal resolver, en última instancia, sobre el cumplimiento de las exigencias del Protocolo núm. 1; y ha de asegurarse de que los requisitos establecidos no disminuyen los derechos de que se trata hasta afectarles en su propia esencia y hacerlos totalmente ineficaces; y de que persiguen una finalidad legítima con medios que guardan, a este respecto, la debida proporción» (§52). A lo largo de los años el TEDH ha ido perfilando los límites del margen de apreciación nacional: la decisión no puede afectar a la esencia del derecho, debe estar fijada en la ley y ser proporcional para alcanzar un fin legítimo, etc.¹¹ Recientemente, incluso lo ha usado para admitir la diferente protección de las minorías en el interior de un Estado federal.¹² Sin duda, como han notado algunos autores, el abuso de la doctrina del margen de apreciación puede ser peligroso porque afectaría a la uniformidad del derecho de sufragio, incluso podría dar lugar a dictar sentencias contradictorias,¹³ pero creo que los beneficios superan a los inconvenientes porque permite que el Tribunal tenga en cuenta las

11 Cfr. Sánchez-Molina, P.: «El margen de apreciación nacional en las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos relativas al derecho a elecciones libres», *Estudios de Deusto*, enero-junio de 2014, pp. 381-383.

12 STEDH de 28 de enero de 2016, caso *Die Friesen c. Alemania*. Cfr. Pieter Cannoot, «Partei Die Friesen v. Germany: Federalism trumps uniform protection of national minority rights», *Blog Strasbourg Observers*, febrero de 2016. <https://strasbourgothers.com/2016/02/16/partei-die-friesen-v-germany-federalism-trumps-uniform-protection-of-national-minority-rights/>.

13 Por toda la doctrina que ha advertido del riesgo del margen de apreciación, vid. Jacquemot, F.: «Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt Zdanoka», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 73, 2008, p. 195.

circunstancias históricas y políticas específicas de cada país. Lógicamente y como ya sabían los clásicos cuando recomendaban la epiqueya, se trata de un instrumento que es necesario usar con sabiduría y moderación.

Ya se ha adelantado que en el caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica* el TEDH concluyó –en contra del criterio de la Comisión– que Bélgica no había violado el derecho de voto de los demandantes. Así que el TEDH estableció la regla general de considerar que el artículo 3 configura un derecho subjetivo cuya vulneración él puede controlar y luego en el caso concreto señaló que no se había producido esa vulneración. Por eso, llegados a este punto, se me ocurre comparar –*mutatis mutandis*– esta STEDH con la famosísima Sentencia *Marbury v. Madison* del Tribunal Supremo americano, en la que como es sabido, el juez John Marshall y los suyos fallaron en 1803 a favor del Secretario de Estado Madison (con un alambicado razonamiento que les llevó a declarar la inconstitucionalidad de una ley, en el que ahora no es posible detenerse), mientras establecían el principio de la revisión judicial de las decisiones de los poderes legislativo y ejecutivo, no declarado expresamente en la Constitución de 1789. Hilando un poco más fino, incluso podríamos decir que mientras en *Marbury v. Madison* el Tribunal Supremo crea la teoría de los actos políticos (*political question doctrine*) que le permite evitarse tener que controlar todos los actos de los otros poderes, en *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica* el TEDH usa su teoría del margen nacional de apreciación con una amplitud que no le había dado desde su *descubrimiento* en la STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. el Reino Unido* permitiendo así una menor presión sobre los Estados en un tema tan sensible como el Derecho electoral.

2. Un derecho subjetivo que solo se proyecta sobre las elecciones legislativas

El artículo 3 del Protocolo proyecta los derechos electorales «en la elección del cuerpo legislativo», lo que inmediatamente lleva a pensar qué tipo de elecciones pueden ser controladas por el TEDH, empezando lógicamente por las elecciones a los Parlamentos de

cada uno de los Estados firmantes. Precisamente, en la primera y multicitada sentencia sobre el artículo 3, la STEDH de 2 de marzo de 1987, caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, el Tribunal tuvo ocasión de hacer una primera interpretación extensiva del concepto «cuerpo legislativo» («the legislature», en la versión inglesa del Protocolo) ya que razonó que no incluye únicamente al Parlamento nacional, sino que hay que interpretarlo «a la vista de la estructura constitucional del Estado de que se trate» (§ 53) y en el caso concreto de Bélgica, no había duda de la capacidad legislativa de los Consejos flamenco, de la comunidad francesa y del regional valón. Me parece importante señalar que esta visión del poder legislativo fue plenamente admitida por el Gobierno belga, lo que sin duda facilitó la interpretación del Tribunal. En fin, la propia Comisión había mantenido previamente en varias decisiones una interpretación similar del poder legislativo con relación a las regiones belgas después de la reforma constitucional de 1980 (DCEDH de 12 de julio de 1983, caso *Serge Moureaux c. Bélgica*) y los Länder austriacos (DCEDH de 12 de julio de 1976, caso *X c. Austria*).

Lógicamente, una vez establecida la regla de que los entes subestatales con capacidad legislativa se incluyen dentro del poder legislativo del artículo 3 del Protocolo, el TEDH ha ido admitiendo recursos en los que se discutían decisiones relacionadas con este tipo de poderes de los Estados compuestos europeos como por ejemplo contra España (DTEDH de 7 de junio de 2001, caso *Federación Nacionalista Canaria c. España*) y contra Italia (STEDH de 1 de julio de 2004, caso *Vito Sante Santoro c. Italia*). En sentido contrario, ha considerado que los Consejos regionales franceses no gozan de poder legislativo, por lo que las elecciones a esos entes administrativos no están amparadas por el CEDH (DTEDH de 5 de septiembre de 2000, caso *Malarde c. Francia*); pero sí –en contra de la opinión del Gobierno francés– las elecciones al Congreso de Nueva Caledonia porque éste tiene atribuidas funciones legislativas (STEDH de 11 de enero de 2000, caso *Py c. Francia*).

Y una vez que se ha considerado que el artículo 3 no se refiere exclusivamente al Poder legislativo general de los Estados sino que incluye también los poderes legislativos subestatales, no es extraño que el TEDH haya considerado que también el Parlamento Europeo forma parte del «cuerpo legislativo» de un Estado, si bien esa interpretación no gozó del mismo consenso doctrinal, empezando por el voto particular de la sentencia en la que formuló esa interpretación, la STEDH [GC] de 18 de febrero de 1999, caso *Matthews c. el Reino Unido*. Crítica que además en España se vio reforzada por el hecho de que el asunto giraba sobre el derecho de voto de los gibraltareños, lo que para algunos autores debería de haber llevado al Tribunal a tener en cuenta que se trataba de una colonia y a haber incluido en su interpretación el artículo 56 del CEDH, pensado para estos territorios.¹⁴ Quince años después, y algunas otras sentencias en las que se vuelve a incluir al Parlamento Europeo dentro del campo del artículo 3 (como la STEDH de 12 de noviembre de 2013, caso *Occhetto c. Italia*) me parece que no hay dudas de la validez del argumento central del TEDH para su conclusión: el Parlamento Europeo tiene competencias legislativas que afectan a los ciudadanos de los Estados miembros, que tienen la obligación de garantizar los derechos electorales de sus ciudadanos. Por mi cuenta y riesgo añado una razón secundaria: las elecciones al Parlamento Europeo todavía se rigen por leyes nacionales y no por una norma europea por lo que los distintos derechos electorales se regulan, en principio por esos Estados miembros y no por la Unión.¹⁵

En sentido contrario, el TEDH ha negado que el artículo 3 pueda aplicarse a las elecciones locales ya que las normas que aprueban los municipios de los Estados miembros no tienen rango de ley (STEDH de 15 de junio de 2000, caso *Xuereb c. Malta*; DTEDH de 12 de octubre

¹⁴ Vid. el resumen de la STEDH y sus críticas en Lasagabaster Herrarte, I.: «Artículo 3: derecho a elecciones libres», en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 933 y ss.

¹⁵ Ruiz Robledo, A.: «La creación de un sistema electoral uniforme para el Europarlamento», *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 8 extraordinario, 1999, *in totum* y en especial p. 305.

de 2000, caso *Salleras Llinares c. España*). Interpretación que no ha dejado de plantear dudas y críticas doctrinales, más cuando algunos autores han considerado que en la STEDH de 6 de abril de 2000, caso *Labita c. Italia*, el TEDH entra a discutir si en unas elecciones locales concretas se ha violado o no el artículo 3. Sin embargo, en mi particular opinión en esa sentencia –en el que el derecho de sufragio ocupa un papel secundario– el Tribunal no se centra en unas elecciones locales, de hecho ni se mencionan en los fundamentos jurídicos (párrafos 198-203) sino en los antecedentes cuando se explica la decisión de excluir al demandante del censo electoral (ciertamente por un Comité Electoral Municipal, párrafos 77-82) lo que suponía privarle del derecho de sufragio en todas las elecciones. No está de más señalar que aunque la democracia local no esté protegida por el artículo 3 del Protocolo, el TEDH ha encontrado otros artículos para defender el derecho de los ciudadanos «a participar en las decisiones de los procedimientos administrativos».¹⁶

En cualquier caso, la propuesta más interesante para aplicar el artículo 3 a las elecciones locales es la realizada por Javier García Roca: teniendo en cuenta que en la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 del Consejo de Europa se señala en su preámbulo que los municipios son unos de los principios fundamentales del régimen democrático y en su texto se afirma que la autonomía local se ejerce por asambleas integradas por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal, habría que realizar «una interpretación evolutiva que incluya con claridad a las asambleas locales en la garantía»¹⁷. Sin embargo, me parece que la Carta no enmienda a la CEDH: una cosa es que los municipios sean un pilar de la democracia y que sus órganos de gobierno sean democráticos y otra que aprueben normas con rango de ley. Olvidarse de esa diferencia

¹⁶ Sobre estas otras vías, cfr. Flauss, J.-F.: «L'apport de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative», *Revue française d'administration publique*, 1/2011, núms. 137-138, pp. 51 y ss.

¹⁷ García Roca, J.: «Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3 P1 CEDH)», cit., p. 911.

e incluir a los municipios dentro del poder legislativo es forzar las categorías y puede llevar al TEDH a un activismo judicial mayor del que ya tiene. Personalmente, me inclino por no difuminar los límites entre la creación del Derecho y su interpretación, lo que me lleva en este punto a defender que debería redactarse un nuevo protocolo del CEDH en el que se amplíe el ámbito de actuación del derecho a participar en elecciones libres, incluso con el detalle que pretendía la Comisión de Venecia en su Código de Buenas Prácticas Electorales y que –como ya he comentado antes– fue rechazado por el Comité de Ministros en 2007. Dicho esto, también es conveniente señalar que el TEDH ha utilizado en algunas sentencia ese Código, que con otros textos de la Comisión de Venecia (cuyo nombre oficial es el de Comisión Europea para la democracia por medio del Derecho: European Commission for Democracy through the Law) y de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa forman un *soft law* que puede servir para apoyar los razonamientos del TEDH e interpretar «el campo exacto de actuación de los derechos y libertades garantizados por el Convenio».¹⁸

Por las mismas razones de respetar el contenido del artículo 3 y evitar que su interpretación lo haga irreconocible, me parece acertada la jurisprudencia del TEDH en la que se niega que las elecciones presidenciales sean elecciones a un «cuerpo legislativo» (SSTEDH de 6 de enero de 2011, caso *Paksas c. Lituania* y de 4 de julio de 2013 *Anchugov c. Rusia*). Sentencias, por cierto, que venían precedidas por un par de decisiones en las que no se descartaba *a priori* que las elecciones presidenciales pudieran ser elecciones legislativas, si bien en los dos casos concretos analizados, de Macedonia y Portugal, se consideraba que no lo eran (DDTEDH de 2 de septiembre de 2004, caso *Boskoski c. la ex-República yugoslava de Macedonia* y de 17 de junio de 2008 caso *Brita Da Silva Guerra c. Portugal*), lo que había dado pie a cierta doctrina a reflexionar sobre la posibilidad de considerar al Presidente de Francia

¹⁸ Golubok, S.: «Right to free elections: Emerging guarantees or two layers of protection?», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 27, 2009, pp. 383 y ss.

un poder legislativo.¹⁹ Igualmente, los referendos no están protegidos por el artículo 3 del Protocolo Adicional, ni siquiera en el caso de que se trate de un refrendo abrogativo (DTEDH de 20 de junio de 2002, caso *Borghi c. Italia*).

IV. El contenido esencial controlable por el TEDH

1. El derecho de sufragio activo

En una sociedad democrática todas las personas que la componen deben tener en principio el derecho de participar en las elecciones legislativas, si bien para que las elecciones sean serias las legislaciones electorales deben de establecer una edad mínima para votar, sin que el TEDH haya precisado cual es la edad en la que se adquiere la «madurez suficiente» para tener criterio propio en los asuntos públicos, que queda dentro del margen de apreciación de cada Estado (STEDH [GS] de 6 de octubre de 2005, caso *Hirst c. Reino Unido*, § 62).

Por otra parte, el derecho a votar se contempla como un elemento de la ciudadanía por lo que se le puede conceder exclusivamente a los nacionales del Estado y excluir a los extranjeros que residan permanentemente en él sin violar el artículo 3. Sí que se viola si se establece una prohibición general de votar a los ciudadanos que tengan una segunda nacionalidad, medida que únicamente podría adoptarse en una situación de excepción que pusiera en riesgo la seguridad del Estado (STEDH de 27 de abril de 2010, caso *Tanase c. Moldavia*). O cuando se priva a una minoría de la capacidad de votar, bien de forma absoluta como sucedía con los pocos más de mil turco-chipriotas residentes en la parte griega de Chipre que estaban privados del derecho de sufragio (STEDH de 22 de septiembre de 2004, caso *Aziz c. Chipre*), bien de forma relativa y sutil, estableciendo un confuso sistema

¹⁹ Cfr. Duarte, B.: «Le chef de l'État: un "corps législatif" au sens de l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ?», *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/3, núm. 79, pp. 495 y ss.

electoral que en la práctica hace que una minoría no pueda elegir a su representante, como le sucedió a la minoría italiana en Rumanía que vio como en las elecciones legislativas de 2000 la Comisión Electoral no proclamó diputado al candidato más votado de esa minoría, sino a otro (STEDH de 2 de marzo de 2010, caso *Grosaru c. Rumanía*).

Igualmente, el Tribunal ha estimado que no viola el artículo 3 exigir la residencia en el territorio nacional, quedando dentro del margen de apreciación de los Estados decidir si se les garantiza o se les priva del derecho de voto a los ciudadanos que lleven un determinado número de años residiendo en el extranjero (DTEDH de 7 de febrero de 2007, caso *Doyle c. el Reino Unido* y STEDH de 7 de mayo de 2013, caso *Shindler c. el Reino Unido*). Como tampoco lo viola que una Constitución nacional prevea el derecho de voto de los residentes en el extranjero y sin embargo el Estado no haya tomado ninguna medida concreta en ese sentido, obligando por tanto a desplazarse al territorio nacional a los que quieran hacer efectivo su derecho (STEDH [GC] de 15 de marzo de 2012, caso *Sitaropoulos y Giakoumopoulos c. Grecia*). Con cierto sector doctrinal,²⁰ me parece que en este caso no estuve especialmente acertado el TEDH porque un Estado que reconoce el derecho de voto a los nacionales que estén en el extranjero debería de verse compelido a arbitrar medidas para hacer efectivo ese derecho, primero por el derecho mismo que queda muy debilitado y después por la diferencia de trato entre ciudadanos: no es lo mismo desplazarse de un país vecino en el que se resida (digamos desde Italia a Grecia) que desde otro que esté lejos (en Australia, donde hay una importante comunidad griega).

El TEDH ha admitido que incluso en casos excepcionales se puede exigir a los nacionales un plazo de residencia en el territorio en el que se realicen las elecciones, de tal forma que se impida que los recién llegados pueda alterar el resultado electoral. Por eso, no viola el artículo

20 Por toda la doctrina crítica con el TEDH vid. Besson, S., y Graf-Brugère, A.-L.: «Le droit de vote des expatriés, le consensus européen et la marge d'appréciation des Etats (Cour eur. dr. h., arrêt *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, 15 mars 2012)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 25e année, núm. 100, octubre de 2014, p. 957.

3 del Protocolo 1, la exigencia de diez años de residencia en Nueva Caledonia a los franceses que quisieran votar en las elecciones al Congreso de ese territorio autónomo, interpretación a la que ayuda tanto que el Gobierno francés firmó el Convenio y el Protocolo advirtiendo que estos se aplicarían en los territorios de Ultramar teniendo en cuenta «las necesidades locales» como que el Comité de Derechos Humanos de la ONU había avalado el plazo de diez años, producto de un pacto político entre el Gobierno y las fuerzas independentistas (STEDH de 11 de enero de 2000, caso *Py c. Francia*). Sí que se viola si se descalifica a un candidato alegando que su residencia real estaba en el extranjero, cuando la residencia oficial era su país y la estancia en el extranjero lo era como refugiado político, dado el peligro que corría su vida (STEDH de 30 de marzo de 2005, caso *Melnychenko c. Ucrania*).

Si la nacionalidad y la edad son requisitos generales que establecen todos los Estados, además las legislaciones nacionales prevén determinadas circunstancias que implican la pérdida del derecho de voto. Así, por ejemplo, en España el artículo 3.1 de la LOREG establece que carecen del derecho al sufragio los condenados por sentencia judicial firme a la pena de privación del derecho de sufragio, los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme y los internados en un hospital psiquiátrico siempre que así lo estime la resolución judicial autorizando el internamiento. El primer requisito que deben cumplir este tipo de privaciones del derecho de voto es el de responder a un fin legítimo relacionado con el artículo 3, otro concepto de creación pretoriana del que el TEDH ha hecho un amplio uso.²¹ No lo es, por ejemplo, privar del derecho de voto a los demandados por concurso de acreedores en los procesos civiles, como establecía la ley italiana (SSTEDH de 23 de marzo de 2006, caso *Albanese c. Italia* y 3 de julio de 2006 *Campagnano c. Italia*). Una vez superado ese primer test del fin legítimo, lo decisivo para que estas restricciones no violen

²¹ Sobre el fin legítimo que permite restricciones al derecho de voto, cfr. Natale, V.: «Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 68/2006, pp. 951 y ss.

el derecho de sufragio activo es que las leyes las prevean de forma individual, decididas judicialmente caso a caso –como dice ahora la LOREG– y no sean privaciones con carácter general y automático, como establecía la legislación húngara para todas las personas con discapacidad mental (STEDH de 20 de mayo de 2010, caso *Alajos Kiss c. Hungría*) o la inglesa para todos los condenados a penas de prisión sin tener en cuenta la gravedad del delito cometido ni las circunstancias personales de los delincuentes (STEDH [GS] de 6 de octubre de 2005, caso *Hirst c. Reino Unido*), decisión por cierto que supuso una gran tensión entre el Tribunal y uno de los *founding fathers* del Convenio, todavía no resuelta, hasta el punto de que el Reino Unido no ha modificado su legislación penal. Especificando todavía más, el Tribunal consideró después que fijar la privación del derecho de voto para todos los condenados a una pena superior a un año, también viola el artículo 3 del Protocolo porque no es proporcional (STEDH de 8 de abril de 2010, caso *Frodl c. Austria*); lo mismo que mantener la prohibición de votar después de haber cumplido la condena de prisión (STEDH de 17 de septiembre de 2013, caso *Söyler c. Turquía*). Posteriormente, el Tribunal estimó que no se viola el derecho de sufragio cuando la ley establece ella misma los casos en los que los condenados pierden ese derecho: para determinados delitos (básicamente contra el interés del Estado) y cuando la pena excede de tres años (STEDH [GC] de 22 de mayo de 2012, caso *Scoppola c. Italia*), decisión que tiene cierto aire de rectificación implícita de su anterior jurisprudencia, buscando una sentencia salomónica que conserve el núcleo de *Hirst* pero evitando sus aspectos más expansivos para los Estados miembros.²²

2. El derecho de sufragio pasivo

El derecho a presentarse candidato a las elecciones legislativas puede ser limitado por las legislaciones nacionales, que según el TEDH,

²² Sobre este giro jurisprudencial cfr. Baade, B.: «Eine "Charta für Kriminelle"? Zur demokratietheoretischen Kritik am EGMR und dem aktiven Wahlrecht von Strafgefangenen», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 51, núm. 3, septiembre de 2013, pp. 367 y ss.

tienen aquí un margen de decisión más amplio que en el caso del sufragio activo (STEDH de 20 de junio de 2009, caso *Etxeberria y otros c. España*), siempre teniendo en cuenta que ni la decisión puede ser arbitraria ni puede usarse para violar otros derechos, como el derecho de igualdad. Así, por ejemplo, la prohibición de presentarse a las elecciones que pesaba sobre los católicos y los judíos bosnios que establecía la ley electoral de Bosnia-Herzegovina fue declarada una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 3 del Protocolo 1 (STEDH [GC] 22 de diciembre de 2009, caso *Sejdi c. Bosnia-Herzegovina*). En sentido contrario, es conforme con el CEDH el rechazo de una candidatura que se considera la continuación de un partido ilegalizado judicialmente por su apoyo al terrorismo (el ya citado caso *Etxeberria y otros c. España*) o por haber respaldado un golpe de Estado en una democracia frágil y todavía no consolidada (STEDH [GC] de 16 de marzo de 2006, caso *Ždanoka c. Letonia*). No está de más señalar que la propia ilegalización de un partido puede ser controlada por el TEDH –y así lo ha hecho en diferentes ocasiones– atendiendo a la libertad de asociación que consagra el artículo 11 del CEDH (por todas, STEDH [GC] de 13 de febrero de 2003, *Refah Partisi y otros c. Turquía*). También ha admitido el Tribunal que, atendiendo a razones históricas y dentro del margen de apreciación nacional, un Estado exija el conocimiento de la lengua oficial de trabajo del Parlamento siempre y cuando el órgano que tome la decisión de exclusión de los candidatos sea un órgano imparcial (STEDH de 9 de abril de 2002, caso *Podkolzina c. Letonia*, en donde se condena a Letonia porque no garantizaba la objetividad del órgano encargo de controlar el nivel de conocimiento del letón de los candidatos). En cualquier caso, un Estado viola el derecho de ser candidato cuando el Parlamento destituye al Presidente de la República y le priva del derecho de postularse candidato de por vida (STEDH [GC] de 6 de enero de 2011, caso *Paksas c. Lituania*) o cuando se priva a un antiguo miembro del KGB de la posibilidad de ser candidato cuando la democracia ya está suficientemente consolidada y no consta que la persona en cuestión haya ejercido ninguna actividad

contra la independencia del país (STEDH de 24 de junio de 2008, caso *Damsons c. Letonia*) o cuando establece unos desproporcionados requisitos formales para poder ser proclamado candidato (STEDH de 17 de julio de 2007, caso *Krasnov y Skuratov c. Rusia*).

Igualmente los Estados pueden declarar inelegibles unos determinados cargos públicos en unas determinadas circunscripciones con el objetivo de evitar que el electorado pueda ser presionado por ellos, teniendo en cuenta que los casos dudosos que pueda originar la norma (en el caso concreto, la Constitución griega) deben ser resueltos por un tribunal independiente (STEDH de 1 julio 1997, caso *Gitonas y otros c. Grecia*). Es más, la legislación electoral puede declarar inelegibles a los funcionarios locales (STEDH de 2 de septiembre de 1998, caso *Ahmed y otros c. el Reino Unido*), incluso a todos los funcionarios como forma de garantizar la independencia de la función pública (STEDH de 29 de junio de 2000, caso *Brike c. Letonia*).

No es inusual que las legislaciones nacionales establezcan ciertas medidas para dificultar la dispersión de ofertas electorales, dificultando la presentación de candidaturas muy minoritarias o poco serias y evitar gastos excesivos en la organización de las elecciones, como exigir el pago de un depósito o reunir un determinado número de firmas de electores; medidas que en general el TEDH ha considerado que son compatibles con el artículo 3 del Protocolo núm. 1 siempre que no sean ni arbitrarias ni desproporcionadas. Así, ha declarado que no viola este artículo la exigencia de un depósito de una cantidad razonable y no discriminatoria, incluso aunque no se prevea el reembolso para los candidaturas que obtengan un determinado número de votos (STEDH de 28 de marzo de 2006, caso *Sukhovetsky c. Ucrania*). Tampoco viola el artículo 3 exigir 100.000 firmas de votantes que representan el 0,55% del censo electoral (STEDH de 6 de marzo de 1994, caso *Miahela Mihau Neagu c. Rumania*). Por eso, ni siquiera fue admitido a trámite un recurso contra España porque la LOREG exigía, a partir de 2011, que aquellos partidos que no hubieran obtenido parlamentarios en las elecciones anteriores necesitarían un mínimo de 0,10% de firmas de los

electores inscritos en el censo electoral de cada circunscripción en la que quisieran presentarse (DTEDH 26 de mayo de 2015, caso *Soberanía de la Razón c. España*). Ahora bien, un Estado sí viola el derecho a ser candidato cuando el ente encargado de verificar esos requisitos no es un ente autónomo del Gobierno y no se prevé un recurso judicial contra su decisión (STEDH de 11 de junio de 2015, caso *Tahirov c. Azerbaiyán*).

También hay muchas legislaciones que establecen mecanismos para evitar la excesiva fragmentación de las Cámaras legislativas, empezando por el sistema mayoritario, que ya hemos visto más arriba cómo fue uno de los problemas para que se incluyeran los derechos electorales en el CEDH porque el Gobierno británico quería evitar que el Convenio pudiera usarse contra su sistema mayoritario. Precisamente, el TEDH ha afirmado reiteradamente desde su STEDH [GC] de 18 de febrero de 1999, caso *Matthews c. el Reino Unido*, que los sistemas electorales son reflejo de la historia particular de cada Estado y pueden responder a distintos fines por lo que el artículo 3 no consagra un sistema electoral concreto. Lo que exige —y no es poco— es que el sistema adoptado respete la libre expresión de la opinión del pueblo sobre la elección del poder legislativo.²³ Dicho esto, no puede extrañar que no considere una violación del Convenio ni las listas electorales cerradas (DTEDH de 13 de marzo de 2012, caso *Saccomanno c. Italia*), ni las barreras electorales sea cuál sea el porcentaje que se exija: el 5% en el total nacional (DTEDH de 29 de noviembre de 2007, caso *Partija «Jaunie Demokrati» y Partija «Musu Zeme» c. Letonia*), 6% en el total territorial o, alternativamente, 30% en una isla (DTEDH de 7 de junio de 2001, caso *Federación Nacionalista Canaria c. España*) o incluso del 10% (STEDH [GC] de 30 de enero de 2007, caso *Yumak y Sadak c. Turquía*), si bien en esta última sentencia se parte de considerar en general excesivo ese porcentaje para terminar afirmando que en ese caso concreto, en el que se permiten las

23 Cfr. Levinet, M.: «Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. La confirmation de l'autonomie des États en matière de choix des systèmes électoraux. Brèves réflexions sur l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Yumak et Sadak c/Turquie (Gr. Ch., 8 juillet 2008)», *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/2, núm. 78, pp. 423-430.

coaliciones, no se ha vulnerado el derecho de sufragio, conclusión que – en las atinadas palabras de Martín-Retortillo– «está llena de matices y no puede dejar de traslucir una cierta sensación de insatisfacción».²⁴

3. El derecho a mantenerse en el cargo representativo

Los derechos electorales serían una burla si, una vez conseguido el escaño, el electo pudiera perderlo por una decisión arbitraria del Gobierno o de la mayoría parlamentaria. Por eso, se viola el artículo 3 del Protocolo si el propio Parlamento aprueba un régimen de incompatibilidades no anunciado antes de las elecciones y se pretende aplicar a los miembros del Parlamento elegidos previamente cuando no estaba vigente el nuevo régimen. Es más, el TEDH considera que esa nueva ley –en el caso concreto la incompatibilidad absoluta entre ser diputado y el ejercicio de la abogacía– aplicada retroactivamente «vuelve ilusorios» no solo los derechos de los candidatos sino también la de los electores (STEDH de 15 de junio de 2006, caso *Lykourazos c. Grecia*, § 56), jurisprudencia que posiblemente tuvo en cuenta la polémica Ley andaluza 9/2011 de modificación de la Ley Electoral que creaba la incompatibilidad de los alcaldes y presidentes de diputación ya que su disposición final ordenaba que esa incompatibilidad solo se aplicaría a los electos en los procesos electorales posteriores a la entrada en vigor de la norma; por lo que no triunfó el recurso de inconstitucionalidad que el Gobierno central interpuso (STC 155/2014, de 25 de septiembre). Igualmente el TEDH no admite que se respete el artículo 3 cuando se priva de forma automática de su condición a los diputados afiliados a un partido político que posteriormente a las elecciones ha sido ilegalizado por defender la ruptura del territorio nacional (STEDH de 11 de junio de 2002, caso *Sadak y otros c. Turquía*).

El derecho de permanecer en el cargo es un derecho individual, de cada uno de los parlamentarios electos según enseña la teoría

²⁴ Martín-Retortillo Baquer, L.: «Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit., p. 94.

del mandato representativo y la idea del Parlamento como el centro decisorio del Estado en el que se elabora la ley por el libre debate de los representantes del pueblo. Y estas ideas se siguen manteniendo en los Estados europeos actuales, con la contundencia del artículo 67.2 de la Constitución española: «Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo». Sin embargo, en la vida diaria muchos operadores políticos tienen el convencimiento de que los escaños son de los partidos y no de los individuos que lo ocupan hasta el punto de hacerles firmar a sus diputados un escrito de renuncia con la fecha en blanco para que los jefes de los partidos puedan ponerla cuando crean conveniente. Pues bien, esa práctica ha llegado al TEDH, que la ha considerado contraria al artículo 3 del Protocolo y ha exigido que la dimisión solo puede ser presentada por el propio parlamentario, sin que sea suficiente su firma (STEDH de 24 de mayo de 2016, caso *Paunovic y Milivojevic c. Serbia*). No hay violación si un diputado dimitió debido a un pacto previo entre partidos –o por cualquier otro motivo– y después cambia de opinión y quiere recuperar su escaño (DTEDH de 12 de noviembre de 2013, caso *Occhetto c. Italia*).

4. Las obligaciones generales de los Estados

Haciendo honor al tenor literal del artículo 3 («Las Altas Partes Contratantes se comprometen a...») y siguiendo su doctrina de las obligaciones positivas que crea el CEDH para los Estados,²⁵ el TEDH considera que para garantizar los derechos electorales de los ciudadanos no basta con que los Estados adopten la tradicional posición abstencionista de respetar el ámbito de actuación de los ciudadanos, sino que tienen una serie de obligaciones positivas, empezando, lógicamente, por la celebración de las propias elecciones libres; si bien dada su complejidad y las distintas tradiciones históricas,

²⁵ Por todos los estudios sobre las obligaciones positivas, vid. Mowbray, A.: *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, Hart Publishing, 2004.

los Estados tienen un amplio margen de decisión para organizarlas. Lo cual no implica que en ciertos supuestos no se puedan violar los derechos electorales, como por ejemplo creando un complicado sistema para que los ciudadanos se inscriban en el censo electoral o diseñando una Administración electoral que no sea independiente (STEDH de 8 de julio de 2008, caso *Partido Laborista Georgiano c. Georgia*; aunque tras la reflexión general, la sentencia considera que teniendo en cuenta sus circunstancias históricas Georgia no había violado el Convenio). Sí que consideró que se había violado el artículo 3 en un caso un tanto enrevesado: unos delegados gubernamentales alteraron algunos votos de unas circunscripciones, pero sin llegar a cambiar el resultado, favorable a la oposición; sin embargo, la Administración electoral, basándose en esas alteraciones anuló las actas, sin además prever ningún tipo de repetición de las elecciones. Es decir, que lo que realmente hizo la Administración electoral fue ayudar a los delegados gubernamentales a lograr su objetivo de obstruir las elecciones para que los candidatos opositores vencedores no pudieran ser proclamados diputados (STEDH de 30 de septiembre de 2010, caso *Kerimova c. Azerbaiyán*). También si la Administración electoral calcula de forma diferente el resultado de unas elecciones, tomando en cuenta los votos en blanco en unas circunscripciones y en otras no (STEDH de 10 de abril de 2008, caso *Paschalidis, Koutmeridis y Zaharakis c. Grecia*, donde da la razón a estos tres diputados del PASOK que habían perdido su escaño debido a una sentencia del Tribunal Supremo que afectaba únicamente a su circunscripción).

En la organización de las elecciones, el Estado debe mantenerse neutral de tal forma que si se ponen a disposición de los candidatos medios estatales –como la televisión pública– el reparto de los tiempos de uso no puede ser arbitrario, como sucede si se permite que unos partidos puedan emitir sus mensajes en la televisión pública mientras se le prohíbe a otros sin ninguna razón admisible (DTEDH de 29 de noviembre de 2007, caso *Partija «Jaunie Demokrati» y Partija «Musu Zeme» c. Letonia*). Por el contrario, no hay violación si

la diferencia de trato tiene un fin legítimo y es proporcional, como el caso de exigir un determinado nivel de representatividad para que los partidos reciban fondos públicos con el objetivo de evitar la excesiva fragmentación política (STEDH de 10 de mayo de 2012, caso ÖDP c. Turquía).

La obligación del Estado de ser neutral también implica que los medios públicos de comunicación deben informar de todos los partidos de una forma neutral y garantizando dar noticias de los partidos de la oposición (STEDH de 19 de junio de 2012, caso *Partido Comunista y otros c. Rusia*). También se rompe esa neutralidad y se viola el derecho al voto libre si se organiza el voto de los militares en sus cuarteles sin que haya ninguna situación excepcional que lo justifique, colocando a los mandos militares en una situación en la que pueden influir sobre el sentido del voto de sus subordinados (STEDH de 25 de septiembre de 2014, caso *Karimov c. Azerbayán*).

En fin, en la interrelación entre los derechos consagrados en el CEDH (como hemos visto más arriba que sucedía en un par de casos en la que el derecho al sufragio se relacionaba con el derecho a la igualdad y con la libertad de asociación), el TEDH a veces ha analizado legislación electoral desde la perspectiva de otros derechos convencionales, muy especialmente de la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del CEDH ya que –en palabras del propio TEDH– esta libertad es una condición necesaria para «asegurar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo» (STEDH de 19 de febrero de 1998, caso *Bowman c. el Reino Unido*, § 42), doctrina que le llevó en esa sentencia a condenar al Reino Unido por violación del artículo 10 al haber sancionado a un grupo antiabortista por superar el límite legal de gasto en periodo electoral. De igual forma, la prohibición de emitir publicidad política en las campañas electorales en Noruega ha sido considerada por el Tribunal una violación de la libertad de expresión porque dejaba al pequeño partido demandante sin posibilidad de hacer llegar a los electores sus propuestas (STEDH de 11 de diciembre de 2008, caso *TV Vest AS y Rogaland Pensjonistparti c. Noruega*).

V. Conclusiones

La interpretación que ha realizado el TEDH del artículo 3 del Protocolo Adicional ha supuesto la transformación de lo que, en principio, parecía un mandato general a los Estados que no debería de tener excesiva implicación práctica –dado que todos los miembros del Consejo de Europea eran Estados democráticos– en una norma eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y que ha servido para mejorar las legislaciones y prácticas electorales, incluso en los países de gran raigambre democrática, como el Reino Unido. Pero muy especialmente de los Estados del Este de Europa, cuya incorporación al Consejo de Europa en los años noventa ha supuesto –en el brillante símil de Carrillo Salcedo– que éste haya pasado de ser un club de democracias a una escuela de democracia²⁶; aunque en el caso concreto de los derechos electorales uno está tentado de escribir que más que en una escuela con alumnos deseosos de aprender se ha convertido es un reformatorio donde el Tribunal ha tenido que esforzarse para corregir las trampas y triquiñuelas que algunos Gobiernos, sin ninguna ingenuidad juvenil, organizan para conservar el poder y reducir todo lo que pueden el papel de la oposición, quizás porque en el subconsciente de algunos se mantiene viva la cínica afirmación atribuida a Stalin: «lo importante no es quién vota, sino quién cuenta y cómo lo hace».

En el ámbito de la interpretación doctrinal, la gran diversidad de casos que han sido confrontados con el artículo 3 del Protocolo –reiteradamente calificado por el TEDH como crucial para asegurar las bases de la democracia– han dado lugar a una sólida jurisprudencia que traspasa la justicia concreta de cada caso, donde inevitablemente las opiniones no siempre coinciden, sobre todo a la hora de precisar si una determinada decisión puede incluirse o no dentro del margen de decisión estatal. Resumiendo en forma telegráfica –y espero que no grotesca– este cuerpo doctrinal se puede decir que para el TEDH el derecho de voto no es un privilegio, sino un derecho individual del que solo muy excepcionalmente

²⁶ Carrillo Salcedo, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 2003, p. 14.

–y siempre por resolución judicial– puede privarse a los ciudadanos. Este derecho debe ejercerse en libertad, lo que significa tanto que los poderes públicos no pueden condicionar arbitrariamente la elección de candidatos como que los votantes no pueden ser «inducidos a votar por un partido u otro» (STEDH de 11 de enero de 2007, caso *Partido Conservador Ruso de Empresarios c. Rusia*, § 71). Por eso, un auténtico voto libre no es solo aquel que se ejerce sin coacción (dimensión subjetiva) sino aquel que se ejerce dentro de una sociedad con un grado de libertad y de opciones plurales que permite a los votantes formarse su propia opinión individual (dimensión objetiva). Para alcanzar este grado de libertad es esencial que el Estado sea neutral y de un trato igual a las diversas candidaturas, muy especialmente debe crear procedimientos tanto para declarar inelegible a un candidato como para controlar el escrutinio electoral que garanticen una «justa, objetiva y suficientemente razonada decisión» que impida cualquier abuso de las autoridades (STEDH de 7 de febrero de 2008, caso *Kovach c. Ucrania*, § 54).

VI. Bibliografía

- Besson, S., Graf-Brugère, A.-L.: «Le droit de vote des expatriés, le consensus européen et la marge d'appréciation des Etats (Cour eur. dr. h., arrêt *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, 15 mars 2012), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 25e année, núm. 100, octubre de 2014, pp. 937-958.
- Baade, B.: «Eine «Charta für Kriminelle»? Zur demokratietheoretischen Kritik am EGMR und dem aktiven Wahlrecht von Strafgefangenen, *Archiv des Völkerrechts*», vol. 51, núm. 3, septiembre de 2013, pp. 339-368.
- Cannoot, P.: «Partei Die Friesen v. Germany: Federalism trumps uniform protection of national minority rights», *Blog Strasbourg Observers*, febrero de 2016, disponible en <<https://strasbourgobservers.com/2016/02/16/partei-die-friesen-v-germany-federalism-trumps-uniform-protection-of-national-minority-rights>>.

- Cassin, R.: «La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tomo 79, 1951, pp. 240-367.
- Carrillo Salcedo, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 2003.
- Council of Europe (ed.): *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Right*. Amsterdam, Brill–Nijhoff, 1985.
- Duarte, B.: «Le chef de l'État: un "corps législatif" au sens de l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme?», *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/3, núm. 79, pp. 477-511.
- Flauss, J.-F.: «L'apport de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative», *Revue française d'administration publique*, 1/2011, núms. 137-138, pp. 49-58.
- García Roca, J.: «Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3 P1 CEDH)», en García Roca, J., Santolaya, P. (dirs.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed. corr. y aum. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 897-927.
- Golubok, S.: «Right to free elections: Emerging guarantees or two layers of protection?», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 27, 2009, pp. 361-390.
- Goy, R.: «La garantie européenne du droit à des libres élections législatives: l'article 3 du premier Protocole Additionnel a la Convention de Rome», *Revue du Droit Public*, núm. 5, 1986, pp. 1.275-1.326.
- Jacquemot, F.: «Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt Zdanoka», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 73, 2008, pp. 195-222.
- Lasagabaster Herrarte, I.: «Artículo 3: derecho a elecciones libres», en Lasagabaster Herrarte, I. (dir), *El Convenio Europeo de Derechos*

- Humanos. Comentario sistemático*. Thomson– Civitas, Madrid, 2004; pp. 928-949.
- Levinet, M.: «Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. La confirmation de l'autonomie des États en matière de choix des systèmes électoraux. Brèves réflexions sur l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Yumak et Sadak c/Turquie (Gr. Ch., 8 juillet 2008)», *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/2, núm. 78, pp. 423-430.
- Martín-Retortillo Baquer, L.: «Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Pascua Mateo, F.: *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 17-114.
- Mowbray, A.: *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, Hart Publishing, 2004.
- Natale, V.: «Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 68/2006, pp. 939-972.
- Pérez Alberdi, M. R.: «La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm 88, septiembre-diciembre 2013, pp. 337-366.
- Ruiz Robledo, A.: «La creación de un sistema electoral uniforme para el Parlamento», *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 8 extraordinario, 1999, pp. 303-323.
- Sánchez-Molina, P.: «El margen de apreciación nacional en las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos relativas al derecho a elecciones libres», *Estudios de Deusto*, enero-junio de 2014, pp. 371-386.
- Úbeda de Torres, A.: *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: Estudio comparado de los sistemas europeo e iberoamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid, Reus, 2007.

Sobre la tramitación del procedimiento de intervención autonómica del artículo 155 de la Constitución Española

ALEJANDRO RASTROLLO RIPOLLÉS

Letrado de las Cortes Generales.

Profesor Asociado de Derecho Constitucional.

Resumen

Esta nota aborda el procedimiento de aplicación de la intervención territorial prevista en el artículo 155 de la Constitución. El análisis, de carácter estrictamente jurídico, se centra en tres momentos: el primero, pre-parlamentario, que corresponde a la iniciativa del Gobierno de la Nación y el requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma; el segundo, parlamentario, recoge el procedimiento seguido en el Senado para autorizar la intervención y la aplicación las medidas propuestas por el Gobierno; y el tercero, de carácter mixto, gubernamental y parlamentario, con la ejecución por parte del Gobierno de las medidas autorizadas por el Senado y su control por la Cámara Alta.

Palabras clave: Estado autonómico, autonomía política, intervención territorial, Senado, cámara territorial.

Resum

Aquesta nota aborda el procediment d'aplicació de la intervenció territorial prevista en l'article 155 de la Constitució. L'anàlisi, de caràcter estrictament jurídic, se centra en tres moments: el primer, preparlamentari, que correspon a la iniciativa del Govern de la nació i el requeriment al president de la comunitat autònoma; el segon, parlamentari, recull el

procediment seguit en el Senat per a autoritzar la intervenció i l'aplicació les mesures proposades pel Govern, i el tercer, de caràcter mixt, governamental i parlamentari, amb l'execució per part del Govern de les mesures autoritzades pel Senat i el seu control per la cambra alta.

Paraules clau: Estat autonòmic, autonomia política, intervenció territorial, Senat, cambra territorial.

Abstract

This commentary refers to the territorial intervention regulated in section 155 of the Constitution. The review, strictly carried out from a legal viewpoint, differentiates three different phases: first, the pre-parliamentary one, deals with the State Government's initiative and the corresponding requirement lodged with the President of the Self-governing Community to perform its constitutional duties; secondly, the procedure followed in the Senate in order to authorise the said intervention; lastly, the Government's implementation of the measures authorised by the Senate and their monitoring by the Upper House.

Key Words: Regional State, Political autonomy, Territorial intervention, Senate; Territorial House.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La fase pre-parlamentaria de la intervención autonómica.
- III. La fase parlamentaria: la autorización del Senado.
- IV. La fase post-parlamentaria.
- V. Bibliografía.

I. Introducción

Se ha dicho que los elementos que construyen un Estado territorialmente compuesto, sea federal, confederal u otros modelos intermedios como el integral de la II República española, el regional italiano conforme a la Constitución de 1947, o el autonómico español de la Constitución de 1978 son, desde una perspectiva estructural: i) una Cámara territorial, como foro de debate parlamentario entre sujetos territoriales y el Estado, bien en un modelo parlamentario estricto, bien en un modelo Consejo, como el Bundesrat alemán; ii) un Tribunal Constitucional que dirima los conflictos interterritoriales e interorgánicos, además de otras posibles competencias sobre el control de la constitucionalidad de las leyes o, como en nuestro caso, el recurso de amparo y otros procesos constitucionales. Desde el punto de vista competencial el Estado compuesto se articula sobre repartos territoriales de competencias y sobre una serie de principios que articulan las relaciones entre los distintos sujetos territoriales, tales como el de cooperación –en el plano de la equiparación de los territorios– y el de coordinación –en el plano de la supremacía del Estado o Federación–. Cierra este modelo la última ratio o regla de la excepción que es la cláusula de intervención territorial en circunstancias excepcionales, cuando la respuesta haya de ser también excepcional, como prevén, en el ámbito comparado, el art. 37 de la Constitución alemana, el 126 de la Constitución italiana, el 52 de la Constitución de la Confederación suiza y, en nuestro país, el 155 de la Constitución española.

La Constitución del Estado (o Federación) es la Norma que determina el presupuesto habilitante para la intervención territorial. Así, en el caso alemán consiste en el incumplimiento por un estado (miembro de la federación) de *las obligaciones federales que le imponga la Ley Fundamental u otra ley federal*; en el italiano, supone la realización de *actos contrarios a la Constitución* o haber *incurrido en violaciones graves de la ley y, asimismo, por razones de seguridad nacional*; en el suizo, la *alteración o amenaza del orden constitucional en un cantón que no esté en condiciones de preservarlo*; y, en fin, en el español, por incumplimiento

por parte de una Comunidad Autónoma de las *obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan* o cuando *actúe de forma que atente gravemente al interés general de España*.

El órgano competente en cada caso para instar y decidir la intervención, o «coerción federal» (Bundeszwang) es, en el caso alemán, el Gobierno federal con el consentimiento del Bundesrat (Cámara Alta o Consejo Federal); mientras que en el italiano es el Presidente de la República mediante decreto razonado oída una comisión de diputados y senadores constituida para las cuestiones regionales, según las normas establecidas por ley de la República; o, en el caso suizo, simplemente la «Confederación» o Estado. En España compete al Gobierno de la Nación, previo requerimiento al Presidente de la CC.AA y, en el caso de no ser atendido éste, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado.

El alcance de la intervención territorial también varía de uno a otro sistema constitucional, y si en Alemania supone facultar al *Gobierno federal o sus comisionados para impartir instrucciones a todos los Estados y a sus respectivas autoridades*; en Italia implicaría *la disolución del Consejo regional y la remoción del Presidente de la Junta*; mientras que en Suiza, su Constitución de 1999 no determina el alcance de dicha intervención, al limitarse a habilitar a la Confederación para «intervenir»; en España la Constitución habla de *medidas necesarias para obligar al cumplimiento forzoso de las obligaciones constitucionales y legales*, cuya ejecución supone que el Gobierno *podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas*.

Conforme a la Constitución, corresponde al Senado un papel relevante en la aprobación de la intervención autonómica que deriva de su naturaleza como Cámara de representación territorial ex art. 69.1 CE, intervención cuyas características son las siguientes:

En primer lugar, el artículo 155 ha de considerarse una norma constitucional de aplicación directa, sin más norma de desarrollo o interpuesta que el propio Reglamento del Senado, cuyo artículo 189 aborda esta materia.

En segundo lugar, la intervención autonómica se ha considerado por la academia como un precepto prácticamente en desuso precisamente por su excepcionalidad, que no encaja con el normal y ordinario desenvolvimiento del sistema autonómico, lo que es seguramente razón de su escaso análisis doctrinal, sólo reservado a comentarios generales a la Constitución y alguna otra excepción. De ello deriva que su aplicación se haya efectuado *ex novo*, al menos en lo que supone el proceso completo, porque alguna suerte de requerimiento parece que sí hubo en los años ochenta, sin llegar a la solicitud gubernamental de aprobación del Senado de esta intervención.

En tercer lugar, este carácter novedoso llevaba a especulaciones en medios como la referente a la –larga– duración del proceso que, como se ha visto, y precisamente por su carácter de emergencia, ha sido todo lo contrario, más bien breve, pues desde el Consejo de Ministros extraordinario de 11 de octubre de 2017 en el que se acordó requerir al Presidente de la Generalitat de Cataluña para que cumpliera sus obligaciones constitucionales y cesara de actuar gravemente contra el interés general de España, hasta la publicación en el BOE de la Resolución de 27 de octubre de 2017 de la Presidencia del Senado por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución, median tan sólo 15 días, de los cuales once se corresponden con la fase gubernamental (o pre-parlamentaria) de requerimiento –desde el Consejo de Ministros del 11 de octubre al nuevo Consejo de Ministros del 21, por el que se tiene por no atendido el requerimiento y se acuerda solicitar la autorización del Senado–, y seis con la fase parlamentaria del Senado– del 21 al 27 de octubre–.

En otro orden de cuestiones, cabe preguntarse acerca de la naturaleza que la participación del Senado tiene en la intervención autonómica. La Constitución habla de la *aprobación* de las medidas necesarias que propone el Gobierno ante supuestos de incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por una CC.AA o actuación gravemente atentatoria contra el interés general de España. Y no existe,

porque la Constitución no lo contempla, una norma de rango legal de desarrollo de este precepto, excepción hecha del citado artículo 189 del Reglamento del Senado.

En términos parlamentarios se puede entender por aprobación una declaración de voluntad favorable a la aceptación de una propuesta, pero ¿de qué índole? ¿es una propuesta normativa, de control, o una actuación de otro tipo?

Parece difícil considerar el artículo 155 como una modalidad de control político del legislativo estatal respecto de las instituciones autonómicas, en tanto en cuanto este control se circunscribe a ámbitos territoriales de competencia y, por otro lado, el artículo 153 de la Constitución tampoco incluye dicha modalidad de control respecto de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas.

Descartado, pues, el control de naturaleza política, la cuestión reside en determinar si, desde la perspectiva del artículo 66.2 de la Constitución, la intervención autonómica a que se refiere el artículo 155 se inserta en el ámbito de *la potestad legislativa del Estado* o si, por el contrario, forma parte de *las demás competencias* que el primero de los preceptos atribuye a las Cortes Generales.

Pues bien, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece decantarse por la primera de las opciones, habida cuenta de que en su Auto 7/2012, de 13 de enero y en Sentencia 83/2016, de 28 de abril, el Alto Tribunal sostiene una tesis que, sintéticamente, considera que en la medida en que un acto parlamentario incide en situaciones derivadas de una ley, de algún modo tiene un cierto *valor de ley*. En efecto, serían subsumibles en la categoría de actos y resoluciones con valor de ley *aquellas decisiones o actos parlamentarios que, sin ser leyes o fuentes equiparadas a la ley* (en sentido formal), *sí pueden, conforme a la propia Constitución, afectar a aquellas normas legales o asimiladas, esto es, excepcionarlas, suspenderlas o modificar su aplicabilidad legítimamente*. Tal sería el caso de los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de cada uno de los tres estados de emergencia ex art. 116 CE, en la medida en que

suponen... excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas... determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria.

A resultas de dicha jurisprudencia constitucional, el acto de autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma, el de declaración y prórroga del estado de excepción, así como el acto parlamentario de declaración del estado de sitio, no constituyen meros actos de carácter autorizatorio, pues tienen un contenido normativo o regulador que lleva a calificarlos como decisiones con rango o valor de ley. De lo que se infiere una conclusión obvia: que el ámbito constitucional para residenciarlos no es el recurso de amparo, sino el recurso o, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad.

Doctrina que, en relación con la materia que aquí analizamos, se confirma con la reciente admisión a trámite de sendos recursos de inconstitucionalidad –interpuestos respectivamente por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, y por el Parlamento de Cataluña– contra el Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del artículo 155 de la Constitución (Autos de 10 de enero y de 7 de febrero de 2018). Es reseñable que el segundo de los recursos se extiende a todas las disposiciones dictadas en desarrollo o como complemento o adición de las medidas mencionadas, «por constituir una unidad normativa».

Pues bien, este trabajo aborda el iter del procedimiento de intervención autonómica conforme al artículo 155 de la Constitución que pasa por tres momentos: el pre-parlamentario, o momento gubernamental/autonómico, entre el Gobierno de la Nación y el autonómico afectado; el segundo, que es propiamente parlamentario, concretamente una manifestación relevante de la naturaleza territorial del Senado; y el tercero, de ejecución a cargo del Gobierno estatal, con la correspondiente dación de cuentas al Senado.

II. La fase pre-parlamentaria de la intervención autonómica

Excede a este comentario toda la narración de vicisitudes que desembocaron en la aprobación del artículo 155 respecto de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Baste recordar que el largo proceso de desencuentros, jurídicos, institucionales y políticos, parece tener su origen inmediato en la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 8045/2006, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, declarando inconstitucionales 14 de los 223 artículos de la norma.

A partir de aquella circunstancia se suceden las elecciones al Parlamento de Cataluña de septiembre de 2015 en las que la coalición electoral *Junts pel Sí*, formada por Convergència Democràtica de Catalunya (CDC), Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), Demòcrates de Catalunya y Moviment d'Esquerrers, asume como objetivo la declaración de independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, hasta dar paso a la investidura del Sr. Puigdemont, con el voto favorable de *Junts pel Sí* y el apoyo de algunos diputados de la CUP.

Desde ese momento se produjo una aceleración del tiempo histórico por parte de los partidos secesionistas con hitos como las leyes catalanas 19/2017 de referéndum de autodeterminación y 20/2017 de transitoriedad jurídica y fundacional de la República (ambas suspendidas por el Tribunal Constitucional), la creación de infraestructuras pro-estatales, la convocatoria de referéndum ilegales, las pseudo declaraciones de independencia en el Parlamento, teóricamente no formalizadas, los continuos desacatos a las Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional y, como final, la celebración, contraria al sistema constitucional y legal, de un referéndum al margen de cualquier norma y de las reglas de jerarquía, competencia y sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Estos elementos se sitúan en la base de la iniciación del proceso de intervención autonómica, cuya primera fase fue, por disposición constitucional, la gubernamental.

El primer momento de esta fase fue la reunión del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2017, cuyo acuerdo, del que da traslado el Presidente del Gobierno a la autoridad requerida, acompañado de la certificación adjunta firmada por la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia y para las Administraciones territoriales, comprende una parte expositiva integrada por nueve puntos y otra dispositiva con tres apartados. La primera parte fundamenta *el requerimiento que precede a la aplicación del artículo 155 de la Constitución, a fin de que por la Comunidad Autónoma de Cataluña se proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales, habida cuenta las graves actuaciones desarrolladas por la misma en el denominado proceso de transición nacional... perjudicando además gravemente al interés general.* Se incorpora el razonamiento de que *el Estado democrático no puede ser tal si no es un Estado de Derecho, que cumpla con la exigencia de que todos los poderes públicos se sometan al ordenamiento jurídico.* Como tercer razonamiento se expresa que *la aplicación del artículo 155 requiere de un presupuesto de especial gravedad, cuya aplicación determina una modificación relevante del funcionamiento ordinario de los poderes públicos,* de forma que como quiera que el Presidente y el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y la mayoría no cualificada del Parlamento se han apartado de sus obligaciones constitucionales, concluye este razonamiento que *es deber del Gobierno de la Nación ...proceder a activar la aplicación del procedimiento para la aplicación del artículo 155 de la Constitución, en caso de que no se atienda este último requerimiento planteado por el presente Acuerdo.*

El cuarto razonamiento alude a los antecedentes de no acatamiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional por la Generalitat de Cataluña contraponiendo, como matizara la STC 259/2015, *el supuesto alcance del mandato democrático recibido por*

el Parlamento de Cataluña, que para los secesionistas justificaría un proceso constituyente unilateral, con la legalidad y legitimidad de las instituciones del Estado, en particular de este Tribunal Constitucional.

En el quinto razonamiento se alude a la aplicación inconstitucional de las leyes 19 y 20/2017, ambas declaradas suspendidas por el TC, junto con las demás disposiciones ejecutivas de referéndum y sindicatura electoral.

En el sexto razonamiento se recuerda que las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas sobre derecho de autodeterminación no lo admiten en ningún caso cuando se trata de autodeterminación de una parte de un territorio en que impere el Estado de Derecho. Otro tanto, se recoge, respecto de la Comisión de Venecia –órgano consultivo del Consejo de Europa– que en carta al Presidente de la Generalitat de 2 de junio de 2017 señalaba que reiteradamente se ha subrayado la necesidad de que todo referéndum se convoque y celebre con completo cumplimiento de la Constitución y la legislación aplicable.

El argumento VII incide en el desacato de la Generalitat al incumplir todas las resoluciones judiciales respecto del referéndum, frente a las suspensiones acordadas, y al impulsar materialmente su celebración. El octavo razonamiento refiere todas las irregularidades que acompañaron al referéndum: falta de censo de administración electoral independiente, de control judicial, de no respeto a los derechos de los ciudadanos por la utilización de sus datos personales al margen de cualquier garantía, etc. En fin, el noveno razonamiento justifica la concurrencia de circunstancias para la aplicación del artículo 155, advirtiendo que en caso de no ser atendido el requerimiento, se solicitará del Senado la aprobación de las medidas necesarias para la preservación del interés general de España, al amparo del citado precepto constitucional.

La parte dispositiva del Acuerdo contiene tres puntos: el primero formalmente con el requerimiento al Presidente de la Generalitat de Cataluña con dos partes, sobre *si alguna autoridad de la Generalidad*

de Cataluña ha declarado la independencia de Cataluña y/o si en su declaración del 10 de octubre de 2017 ante el pleno del Parlamento implica la declaración de independencia al margen de que esta se encuentre o no en vigor»; y que comunique de forma fehaciente al Gobierno de la Nación su respuesta afirmativa o negativa antes de las 10.00 horas del próximo 16 de octubre. El segundo, en el caso que respuesta sea afirmativa y a estos efectos la ausencia de contestación y/o cualquier contestación distinta a una simple respuesta afirmativa o negativa se considerará confirmación, se le requiere a fin de que se revoque u ordene la revocación de dicha declaración de independencia , a fin de restaurar el orden constitucional y estatutario, ordenando el cese de cualquier actuación dirigida a la promoción, avance o culminación del denominado proceso constituyente ...con cumplimiento íntegro de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, y otro tanto se comunique a la Sra. Presidenta y Mesa del Parlamento de Cataluña, requiriéndoles igualmente la restauración del orden constitucional y estatutario, y que se comunique de forma fehaciente al Gobierno de la Nación el cumplimiento íntegro de este requerimiento por el Gobierno de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña antes de las 10.00 horas del próximo 19 de octubre . Por último y en tercer lugar se comunica al Presidente de la Generalitat en su doble condición de más alto representante de la misma y de representante ordinario del Estado en la misma que en caso de no atenderse el presente requerimiento, el Gobierno de la Nación...propondrá al Senado la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento por parte de la CA de sus obligaciones constitucionales y para la protección del interés general , amparo de lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución española para restaurar el orden constitucional y estatutario vulnerado.»

El segundo momento tuvo lugar en el Consejo de Ministros extraordinario de 21 de octubre de 2017, que se expresó con la forma jurídica de Orden PRA 1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de

la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M.H. Sr. Presidente de la Generalitat de Cataluña, para que la Generalitat de Cataluña proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general.

El Acuerdo, que figura como anexo a la Orden de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de P y AT, comprende una parte expositiva con cuatro largos apartados referidos respectivamente : A) el artículo 155 como garantía del cumplimiento de las obligaciones constitucionales por los entes territoriales de un Estado compuesto, principio que se nutre de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, centrada en las Sentencias 215/2014, 4/1981, 25/1981, 49/1988 y 27/1987, de las que se infiere una doctrina que lo conceptúa como un precepto garantista, consecuencia del principio de unidad, garantía de los derechos fundamentales de todos los españoles y decisivo para la configuración de un orden democrático; medio de control excepcional de las CC.AA por parte del Estado y, en fin, último recurso del Estado ante situaciones de incumplimiento, *manifiesto y contumaz por una Comunidad Autónoma*. Asimismo, refiere similares mecanismos en Derecho Comparado en los Estados compuestos. B) Este apartado se refiere al cumplimiento de los presupuestos habilitantes para la aplicación del artículo 155 de la Constitución que se constata en tanto en cuanto hay incumplimiento manifiesto, contumaz y deliberado de las obligaciones constitucionales por la puesta en marcha de un proceso de secesión de la CC.AA *con desobediencia rebelde, sistemática y consciente* de los reiterados requerimientos del Tribunal Constitucional, *afectando de manera grave al interés general de España*, con contravención de los artículos 1.2 y 2 CE. Y la constatación igualmente de un importante deterioro de la convivencia social y del bienestar social y económico en la Comunidad Autónoma de Cataluña. C) La exposición se refiere en

este apartado al requerimiento previo desatendido al no responder ni afirmativa ni negativamente a lo expresamente solicitado, recogiendo las cartas del Presidente de la Generalitat de 16 y 19 de octubre obviando la contestación expresa solicitada en el requerimiento para señalar, no obstante, que *«el pueblo de Cataluña el día 1 de octubre, decidió la independencia en un referéndum con el aval de un elevado porcentaje de los electores»*, así como una declaración extra-parlamentaria de independencia. Como, se recoge, tampoco consta la transmisión del requerimiento a la Presidenta y Mesa del Parlamento de Cataluña. Y el último apartado D) relativo al objetivo y necesidad de las medidas del artículo 155, tras expresar la demostrada conculcación del orden constitucional, precisa que las medidas que se proponen *se plantean de forma garantista* y respondiendo a cuatro grandes objetivos: i) restaurar la legalidad constitucional y estatutaria, asegurando el respeto a la ley y su cumplimiento, incluyendo el autogobierno en el marco de la Constitución y el Estatuto; ii) asegurar la neutralidad institucional, que las instituciones de autogobierno actúen con neutralidad y normalidad atendiendo al conjunto de los ciudadanos; iii) mantener el bienestar social y el crecimiento económico, con medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios públicos esenciales, y iv) asegurar los derechos y libertades de todos los catalanes, que las leyes les otorgan y las instituciones deben hacer efectivos.

Las medidas propuestas se agrupan en: A) medidas dirigidas al Presidente de la Generalitat de Cataluña y al Vicepresidente y al Consejo de Gobierno, que son cesados y sustituidos por los órganos o autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la Nación; B) medidas dirigidas a la Administración de la Generalitat, que continuará funcionando como tal en los términos del artículo 71 del Estatuto de Autonomía, *bajo las directrices de los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la Nación en sustitución* del Consejo de Gobierno, a cuyo fin mantendrán la potestad reglamentaria para el ejercicio de las competencias asumidas, con sometimiento a un régimen de comunicación o autorización previa de sus actuaciones y pudiendo

ser constitutivo de responsabilidad disciplinaria el incumplimiento de disposiciones, actos y resoluciones, instrucciones u órdenes de servicio dictadas por órganos o autoridades designados por el Gobierno de la Nación; C) medidas singulares sobre determinados ámbitos de actividad administrativa, como son i) la seguridad y orden públicos, materia en que los órganos designados por el Gobierno de la Nación podrán dictar instrucciones directas y de obligado cumplimiento a los Mossos d'Esquadra; ii) el área de gestión económica, financiera, tributaria y presupuestaria, en la que se garantiza que todos los fondos que el Estado deba transferir a la Comunidad Autónoma y que los ingresos de la misma no se destinen a actividades o fines vinculados o relacionados con el proceso secesionista; iii) medidas en el ámbito de las telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas y audiovisuales, en el que corresponderá a los órganos y autoridades designados por el Gobierno el ejercicio de las funciones de la Generalitat respecto de esta materia, en particular del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y del Centro de la Seguridad de la Información en Cataluña, garantizando una información objetiva, veraz, equilibrada y plural por parte del servicio público autonómico de comunicación audiovisual; D) las medidas respecto del Parlamento de Cataluña se refieren a limitaciones en punto a la investidura de un nuevo Presidente de la Generalitat, la improcedencia de las funciones de control e impulso político; la procedencia de la potestad legislativa y organizativa, si bien no podrán tramitarse *iniciativas contrarias a las presentes medidas, ni a su presupuesto, objeto y finalidad*.

Y por último el apartado E) se refiere a las medidas de carácter transversal, como la vigencia de las normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación; el ordinario funcionamiento jurisdiccional; la falta de validez o vigencia de aquellas publicaciones en los boletines oficiales contra lo acordado por los órganos o autoridades que designe el Gobierno; exclusión de la potestad auto-organizativa; los protocolos y disposiciones de actuación a cargo de los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la Nación; seguridad jurídica de los empleados públicos en Cataluña *sin perjuicio de la posibilidad de poner*

los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos de la posible exigencia de responsabilidad penal. Y, finalmente, la previsión de que todas las medidas del Acuerdo se mantendrán vigentes hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno de la Generalitat, resultante de la celebración de las correspondientes elecciones al Parlamento de Cataluña, si bien el Gobierno de la Nación podrá anticipar el cese de las medidas si cesasen las causas que las han motivado, dando cuenta de esta decisión al Senado, Cámara a la que asimismo informará del estado de aplicación y ejecución cada dos meses.

III. La fase parlamentaria: la autorización del Senado

La tramitación parlamentaria del procedimiento previsto en el artículo 155 de la Constitución se inicia con la remisión por el Gobierno al Senado del Acuerdo del Consejo de Ministros proponiendo la aprobación de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales por parte de la Generalitat de Cataluña, y para la protección del interés general (en adelante, «requerimiento» –del Gobierno–). Acuerdo que se acompañaba de la documentación complementaria que se ha mencionado en el apartado anterior.

La Mesa del Senado, en su reunión del día 21 de octubre, admitía a trámite el requerimiento –con el voto en contra de la Secretaria Tercera–, al constatar que el mismo cumplía los requisitos establecidos en el artículo 189 del Reglamento del Senado, que exige que el escrito manifieste el contenido y alcance de las medidas propuestas, así como la justificación de haberse realizado el correspondiente requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y la de su incumplimiento por parte de éste.

Se acordaba la constitución, a los efectos de la tramitación del requerimiento y conforme a lo establecido en los artículos 189.2 y 58 del Reglamento del Senado, de una Comisión Conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional

(en adelante, Comisión Conjunta), integrada por 27 miembros con arreglo a la siguiente distribución: 15 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, 6 del Grupo Parlamentario Socialista, 2 del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, 1 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, 1 del Grupo Parlamentario Vasco en el Senado (EAJ-PNV), 1 del Grupo Parlamentario Nacionalista Partit Demòcrata (PDeCAT-CDC)-Agrupación Herreña Independiente-Coalición Canaria (AHÍ/CC-PNC) y 1 del Grupo Parlamentario Mixto.

Asimismo, la Mesa aprobaba una serie de acuerdos complementarios recogidos en un Anexo I en los que: 1) declaraba como admisibles únicamente los votos particulares presentados a la propuesta de la Comisión Conjunta que efectivamente alterasen la misma; 2) delegaba en el Presidente del Senado la calificación de los votos particulares; y 3) modificaba el horario del Registro General de la Cámara para la tramitación del requerimiento. El Anexo incorporaba también el siguiente calendario de tramitación de la iniciativa:

«Entrada y publicación: sábado, 21 de octubre de 2017.

Plazo de designación de los miembros de la Comisión conjunta: hasta las 11 horas del lunes, 23 de octubre de 2017.

Constitución de la Comisión conjunta: martes, 24 de octubre de 2017, a las 13:00 horas.

Reunión de la Ponencia para la formulación de la propuesta sobre el requerimiento del Gobierno: jueves, 26 de octubre de 2017, a las 12:00 horas.

Reunión de la Comisión para el debate y votación de la propuesta sobre el requerimiento del Gobierno: jueves, 26 de octubre de 2017, a las 17:00 horas.

Plazo de presentación de votos particulares: hasta las 9:30 horas del viernes, 27 de octubre de 2017.

Tramitación en el Pleno: sesión plenaria del viernes, 27 de octubre de 2017, a las 10:00 horas

Del Acuerdo y su Anexo se dio traslado al Gobierno, a la Generalitat de Cataluña y a los Portavoces de los Grupos Parlamentarios,

ordenándose su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales» (Boletín nº 162, de 21 de octubre de 2017).

En los días siguientes y dentro del plazo establecido al efecto por la Mesa, los Grupos Parlamentarios comunicaron los Senadores integrantes de la Comisión Conjunta y procedieron a designar a los Portavoces ante la misma.

El 23 de octubre se presentaron sendas solicitudes de reconsideración del Acuerdo de la Mesa de 21 de octubre por los Grupos Parlamentarios Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de Esquerra Republicana y Nacionalista Partit Demòcrata (PDeCAT-CDC)-Agrupación Herreña Independiente-Coalición Canaria (AHÍ/CC-PNC), y por el Senador Iñarritu García (GPMX). Los argumentos esgrimidos por los Grupos citados en sus respectivos escritos, pueden resumirse del siguiente modo:

Los tres Grupos recurrentes consideraban omitido el trámite consistente en la convocatoria de la Junta de Portavoces con carácter previo a la reunión de la Mesa, al entender aplicable lo dispuesto en el artículo 44.c) del Reglamento del Senado, conforme al cual *«La Junta de Portavoces será oída para fijar: (...) c) Los criterios que contribuyan a ordenar y facilitar los debates y tareas del Senado.»*

Los Grupos Parlamentarios de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (GPPOD) y de Esquerra Republicana (GPER) mostraron su desacuerdo con la opción de una Comisión conjunta de la Comisión General de las Comunidades Autónomas y Constitucional, reclamando, respectivamente, la creación de una Comisión conjunta de otras Comisiones (GPPOD), o directamente la convocatoria de la propia Comisión General (GPER).

Ambos Grupos consideraban aplicable a la Comisión conjunta creada algunos de los preceptos que el Reglamento del Senado prevé específicamente para la Comisión General de las Comunidades Autónomas.

Finalmente, el GPPOD estimaba contrario a Reglamento limitar la admisibilidad de los votos particulares a aquellos que implicasen

modificaciones o condicionamientos de la propuesta que hubiese de formular la Comisión conjunta, así como la delegación de la función de calificación de los votos particulares en el Presidente del Senado.

La Mesa, en su reunión del día 24 de octubre, acordó por mayoría desestimar íntegramente las solicitudes de reconsideración formuladas por los Grupos Parlamentarios antedichos, ratificando en sus términos el Acuerdo de 21 de octubre. El órgano rector de la Cámara fundamentó su decisión en la apreciación de que había actuado plenamente conforme a Reglamento, tanto en lo concerniente a su función de calificación de escritos parlamentarios, función exclusiva de la Mesa que le faculta asimismo para decidir su tramitación, como en lo relativo a la opción, *legal y legítima*, de crear una Comisión conjunta como órgano competente para la tramitación del requerimiento. Tal posibilidad contaba con expreso acomodo en las previsiones del artículo 189.2 del Reglamento, *precepto taxativo y de aplicación preferente* al tratarse de un procedimiento especial, por lo que no se requería ningún trámite de audiencia previa de la Junta de Portavoces. En cuanto a la pretendida aplicación de los preceptos específicos previstos en el Reglamento para la Comisión General de las Comunidades—*o una suerte de selección de los mismos*— la Mesa resolvió que no resultaba pertinente, habida cuenta de que la constitución de una Comisión conjunta supone la creación de un órgano distinto de aquélla, que se rige por las reglas comunes al conjunto de las Comisiones del Senado. Respecto de la alegación atinente a los votos particulares, la Mesa reiteró que únicamente podrían admitirse los que efectivamente entrañasen una modificación o condicionamiento de la propuesta de la Comisión (de acuerdo con la interpretación del artículo 189.4 del Reglamento), ya que el rechazo global de la misma debía manifestarse *a través de los cauces expresamente previstos en el artículo 189.5, que son el debate... y la votación, a través del voto negativo a la propuesta de la Comisión*. Por último, nada impedía que la calificación de los votos particulares se delegase en el Presidente de la Cámara, por cuanto constituía una facultad meramente instrumental. En suma, la Mesa del Senado

concluyó que la tramitación del requerimiento acordada en su reunión de 21 de octubre, así como las medidas facilitadas a los distintos sujetos en el procedimiento, cumplían escrupulosamente con la letra del artículo 189 del Reglamento y resultaban plenamente garantistas respecto de sus derechos.

Por su parte, el Senador Iñárritu (GPMX, EH Bildu) argumentaba en su escrito de reconsideración que i) el requerimiento remitido por el Gobierno no había seguido el procedimiento establecido en el artículo 155 CE, por cuanto no precisaba en qué consistía el incumplimiento por el Presidente de la Generalitat de ninguna obligación constitucional, ni tampoco especificaba la forma en que se había atentado contra el interés general de España, y ii) que existía incongruencia entre lo requerido inicialmente al Presidente de la Generalitat por el Gobierno y el contenido de las medidas cuya aprobación solicitaba del Senado. Al respecto, la Mesa resolvió que, en tanto en cuanto su función de calificación se limita a un examen formal de los requisitos exigidos respecto de las iniciativas sometidas a su consideración, del artículo 189.1 del Reglamento del Senado tan solo se desprenden dos requisitos formales cuya concurrencia había sido constatada: que el escrito del Gobierno manifieste el contenido y alcance de las medidas propuestas y que justifique la realización del correspondiente requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma en cuestión. Todo lo demás, esto es, pronunciarse sobre consideraciones ajenas a la verificación de los requisitos formales de la iniciativa, supondría realizar un juicio de fondo que excedería *de un modo evidente* de las funciones de calificación de la Mesa ex art. 36.1.c) del Reglamento del Senado. En consecuencia, la solicitud sería desestimada por mayoría de los miembros del órgano rector, ratificando en sus términos el Acuerdo de 21 de octubre.

También solicitaron reconsideración del Acuerdo de la Mesa de 21 de octubre los Senadores Mulet García y Navarrete Pla (GPMX, Compromís) alegando que: i) el requerimiento remitido por el Gobierno al Presidente de la Generalitat no había seguido el procedimiento

establecido en el artículo 155 CE en tanto en cuanto obedecía a *un interés político* del Gobierno más que al de restablecer el orden constitucional; ii) el presupuesto que el Gobierno esgrimía para la aplicación del artículo 155, la supuesta independencia de hecho de Cataluña, no concurría, habida cuenta de que el propio Gobierno negaba la celebración del referéndum que la legitimaría y que el Tribunal Constitucional había suspendido la vigencia de la Ley 19/2017, de referéndum de Cataluña; y iii) la falta de congruencia entre lo requerido por el Gobierno y las medidas propuestas, que además resultarían *desproporcionadas*. La solicitud se examinó en la reunión de la Mesa del Senado del día 31 de octubre, resultando desestimada –por mayoría– en términos idénticos a la presentada por el Senador Iñarritu.

El día 24 de octubre, a las trece horas, tuvo lugar la sesión constitutiva de la Comisión conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional. Tras procederse a la elección de su Mesa, cuya presidencia recayó en el Presidente del Senado, el Sr. García-Escudero Márquez, se aprobó por asentimiento la propuesta de modificación del orden del día consistente en la introducción de dos nuevos asuntos: 1) la fijación del plazo para que el Presidente de la Generalitat remitiese cuantos antecedentes, datos y alegaciones considerase pertinentes y para que designare a la persona que hubiere de asumir la representación a estos efectos (artículo 189.3 del Reglamento), acordándose, por 22 votos a favor y 5 en contra, que dicho plazo terminaría a las 10.00 horas del jueves 26 de octubre; y 2) se procedió a la designación de la Ponencia encargada de formular la propuesta sobre el requerimiento del Gobierno al Senado, integrada, conforme a la práctica habitual de la Cámara, por 3 miembros del GPP, 2 del GPS y 1 miembro de cada uno de los restantes Grupos Parlamentarios.

Mediante escrito fechado el 26 de octubre (publicado en el BOCG nº 165 de 27 de octubre) formulaba alegaciones el Presidente de la Generalitat al amparo de lo dispuesto en el artículo 189.3 del Reglamento del Senado, encomendando su representación al Sr. Ferran Mascarell i Canalda, delegado del Gobierno de la Generalitat en

Madrid y, subsidiariamente, a los Senadores Cleries i Gonzàlez (GPN) y Estradé Palau (ERC). Los argumentos consignados en su escrito por el Presidente de la Generalitat pueden resumirse sintéticamente en:

- a) que la lectura conjunta de los apartados 1 y 2 del artículo 155 de la Constitución permite afirmar que las medidas a adoptar –y autorizar por el Senado– sobre la base de dicho precepto se limitan únicamente a la facultad del Gobierno del Estado de dar instrucciones a las autoridades autonómicas;
- b) en ningún caso las medidas que se acuerden pueden alterar o dejar sin efecto la organización institucional que el artículo 152 de la Constitución establece respecto de las Comunidades Autónomas;
- c) toda medida propuesta debe ser congruente con el requerimiento efectuado por el Gobierno y respetar los principios de necesidad y proporcionalidad;
- d) dada la excepcionalidad del procedimiento, las medidas que en su caso se acuerden deben tener estrictamente carácter transitorio o provisional.

Concluía el escrito afirmando que, en el supuesto de que el Senado autorizase la adopción de las medidas propuestas por el Gobierno en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre, *estaría imponiéndolas sin una ponderada causa justificante, e incurriendo en un exceso notorio respecto del objeto del requerimiento previo, con una clara falta de congruencia respecto del mismo y con manifiesta desproporción entre la finalidad perseguida y las alteraciones impuestas al sistema institucional de la Generalitat*. En definitiva, el alcance de las medidas propuestas por el Gobierno iría, a juicio del Presidente de la Generalitat, *más allá del concepto de «medidas necesarias»* a que se refiere el artículo 155, en tanto en cuanto tendrían *como directa e inmediata consecuencia desposeer al pueblo de Cataluña de sus instituciones*, lo que a la postre supondría *arrebatar a Cataluña su autonomía política*.

El jueves 26 de octubre se reunía (12.00 horas) la Ponencia de la Comisión conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional para formular Propuesta respecto del requerimiento del Gobierno. Tras constatar, en su punto primero, *la extraordinaria gravedad en el incumplimiento de las obligaciones*

constitucionales y la realización de actuaciones gravemente contrarias al interés general por parte de las Instituciones de la Generalitat de Cataluña, así como la realización del preceptivo requerimiento por parte del Gobierno al Presidente de la Generalitat y su ulterior desatención por parte de éste, en su punto segundo declaraba procedente la aprobación de las medidas propuestas por el Gobierno en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, introduciendo una serie de condicionamientos y modificaciones –recogidos en tres apartados (a, b y c)– respecto de concretas medidas contempladas en el apartado E. de dicho Acuerdo. Asimismo, se añadía –apartado d)– que el control y seguimiento de las medidas contenidas en el Acuerdo se atribuirían a la Comisión conjunta, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 66.2 de la Constitución. El Informe contó con el voto favorable de los Ponentes del Grupo Popular, del Grupo Mixto (UPN) y del Grupo Socialista, si bien estos últimos dejaron constancia de la posibilidad de proponer modificaciones adicionales en el debate del Informe ante la Comisión; votaron en contra los Ponentes del Grupo Vasco, Nacionalista en el Senado, Esquerra Republicana y de Unidos Podemos.

A las diecisiete horas del jueves 26 se reunía la Comisión conjunta para debatir y votar la Propuesta elevada por la Ponencia, presentada por la Sra. San Damián Hernández (GPP). El debate subsiguiente comenzó con la intervención, en nombre del Gobierno, de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, al que siguieron sendos turnos a favor (GPS y GPP), en contra (GPN, GPV, GPER y GPPOD) y de Portavoces. Acto seguido se suspendió momentáneamente la sesión a los efectos de que la Ponencia se reuniese para analizar las modificaciones derivadas del debate, y formular, en su caso, nueva Propuesta; reunión en la que asimismo se examinaron los escritos presentados, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos proponiendo la suspensión de la tramitación de las medidas propuestas por el Gobierno al Senado y la apertura de un diálogo entre el Gobierno de España y la Generalitat de Cataluña, y por el Grupo Parlamentario Nacionalista de «devolución

del Informe de la Ponencia». El nuevo texto elevado por la Ponencia añadiría, respecto del anterior, un nuevo apartado e) que, en relación con las medidas recogidas en el apartado E.9. del Acuerdo del Consejo de Ministros sobre «Duración y revisión de las medidas», preveía que el Gobierno, *atendiendo a la evolución de los acontecimientos y de la gravedad de la situación, llevará a cabo una utilización proporcionada y responsable de las medidas aprobadas por el Senado, modulando su aplicación si se produjeran cambios en la situación u otras circunstancias así lo aconsejen*. La propuesta se sometía a votación por llamamiento nominal público, resultando aprobada por 22 votos a favor y 5 votos en contra.

En su reunión del mismo día 26, la Mesa del Senado, previa audiencia de la Junta de Portavoces y sobre la base de la solicitud formulada por los Grupos Parlamentarios Popular en el Senado y Socialista, acordaba modificar parcialmente el acuerdo adoptado en su reunión del día 21 de octubre de 2017, en relación con el calendario de tramitación del requerimiento del Gobierno, ampliando el plazo de presentación de los votos particulares a la Propuesta formulada por la Comisión conjunta (inicialmente fijado a las 09:30 del viernes 27) hasta el momento anterior a su votación por el Pleno de la Cámara.

El viernes 27 de octubre, con carácter previo al inicio de la sesión plenaria, la Presidencia del Senado, en ejercicio de la delegación conferida por la Mesa de la Cámara en su reunión de 21 de octubre de 2017, procedió a la calificación de los votos particulares presentados a la Propuesta de la Comisión conjunta, admitiendo a trámite los presentados por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular, así como los presentados por los Grupos Nacionalista Partit Demòcrata (PDeCAT-CDC)-Agrupación Herreña Independiente-Coalición Canaria (AHI/CC-PNC) con n°s de registro 65433 y 65462, de Esquerra Republicana con n°s de registro 65461 y 65468 y de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, con n°s de registro 65463, 65465 y 65466. El resto de votos particulares de los Grupos Parlamentarios Nacionalista, de Esquerra Republicana y Unidos Podemos, así como los presentados por los Senadores Iñarritu García (GPMX, EH Bildu) y por los Senadores

Mulet García y Navarrete Pla (GPMX, Compromís), fueron inadmitidos en la medida en que excedían las previsiones contenidas en los acuerdos complementarios de la Mesa del Senado del 21 de octubre, ya que no implicaban modificaciones o condicionamientos de la Propuesta sino que entrañaban una oposición global a aquélla.

El Grupo Parlamentario Unidos Podemos solicitaba la reconsideración del Acuerdo de la Presidencia de inadmisión a trámite de su voto particular nº 65438, argumentando i) que la inadmisión vulneraba el derecho de participación pública previsto en el artículo 23 CE al carecer de la más mínima motivación, ii) que los distintos apartados del voto particular implicaban una modificación parcial y concreta del resultado total de la Ponencia aprobada por la Comisión conjunta, iii) que el acuerdo de inadmisión venía a cercenar la posibilidad de que el Senado pudiera debatir la posición planteada por el Grupo Parlamentario a los efectos de poder modular o limitar el alcance de las medidas acordadas, y iv) en fin, la inadmisión suponía una aplicación contraria al artículo 23 CE del Acuerdo adoptado por la Mesa el 21 de octubre, en la medida en que la presentación de enmiendas que cumplen con los requisitos exigidos por los acuerdos de la Mesa integra el «ius in officium» o núcleo de la función representativa de los Senadores. En suma, consideraba el Grupo Parlamentario que la Mesa habría realizado, una *interpretación extensiva de lo que significa manifestar el rechazo global, inadmitiendo cualquier voto particular de sustitución o supresión*, lo que supondría una *interpretación contraria al Acuerdo de la Mesa de 21 de octubre*.

La solicitud fue desestimada –por mayoría– al estimar el órgano rector que el acuerdo de inadmisión se limitó a examinar si el voto particular de referencia cumplía los requisitos establecidos en el Acuerdo de la Mesa de 21 de octubre y reiterados en el acuerdo de la Mesa de 24 de octubre, siendo así que del examen puramente formal del voto particular se infería con claridad un rechazo absoluto a la totalidad de la Propuesta formulada por la Comisión conjunta, excediendo manifiestamente la mera alteración que pudiera entrañar

una modificación concreta y parcial y, en consecuencia, contraviniendo con ello lo acordado por la Mesa el 21 de octubre. Por lo demás, no resultaba aceptable la afirmación de que se cercenara la posibilidad de que el Senado pudiera debatir la posición planteada por el Grupo Parlamentario en cuestión, habida cuenta de que éste pudo expresar su rechazo y oposición a la Propuesta en el curso de la sesión plenaria a través del turno en contra y con el debate y votación de sus tres votos particulares que, por contener modificaciones parciales, sí fueron admitidos a trámite.

A las 10 horas y 5 minutos del día 27 de octubre daba comienzo la Sesión nº 24 del Pleno del Senado de la XII Legislatura, cuyo único punto del orden del día versaba sobre la tramitación de la Propuesta de la Comisión conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional en relación con el requerimiento del Gobierno al Senado de aprobación de las medidas a las que se refiere el artículo 155 de la Constitución. El debate de totalidad se ajustó al formato establecido en el artículo 189.5 del Reglamento, comenzando con la presentación que de la Propuesta de la Comisión hizo la Sra. Dan Damián Hernández (GPP), a la que siguió la intervención del Presidente del Gobierno. Hicieron uso del turno a favor los Sres. Barreiro Fernández (GPP), Gil García (GPS) y Alegre Buxeda (GPMX, Ciudadanos) y del turno en contra el Sr. Guardingo Martínez (GPPOD), la Sra. Cortès Gès (GPER) y los Sres. Bildarratz Sorron (GPV), Cleries i Gonzàlez (GPN), Mulet García e Iñarritu García (GPMX). Seguidamente tuvo lugar el turno de defensa de los votos particulares, incluidos los presentados en el curso de la sesión plenaria –tras su pertinente calificación y admisión a trámite–, haciendo uso la representante del Grupo Popular del turno en contra. Concluida su defensa se procedió a la votación, resultando aprobado el primer apartado del voto particular nº 65433, presentado por la Sra. Julios Reyes y el Sr. Rodríguez Cejas, del Grupo Parlamentario Nacionalista (GPN, AHÍ/CC-PNC), con arreglo a la votación separada solicitada con anterioridad, y los nºs 65449, del Grupo Parlamentario Socialista y 65471, del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, rechazándose

el resto. Acto seguido se sometió a votación la Propuesta formulada por la Comisión conjunta con la incorporación de los votos particulares aprobados, que fue aprobada por la requerida mayoría absoluta de los artículos 155.1 de la Constitución y 189.5 del Reglamento del Senado, con el siguiente resultado: 214 votos a favor, 47 en contra y 1 abstención. A las 18 horas y 15 minutos se levantaba la sesión.

Del Acuerdo del Pleno del Senado se daría traslado al Gobierno, al Congreso de los Diputados y a la Generalitat de Cataluña, publicándose en el BOCG nº 166, de 28 de octubre de 2017.

Concluía así la tramitación parlamentaria del requerimiento del Gobierno solicitando la autorización del Senado que, como se indicaba al inicio de este comentario y se desprende de los hechos y Derecho mencionados, se trató de un procedimiento «rápido» pero escrupulosamente garantista. A la vez, se ha de destacar que, si bien la aplicación de las medidas autorizadas por el Senado al Gobierno recaen en este último, conforme al propio Acuerdo de la Cámara Alta, su control y seguimiento corresponde a la Comisión conjunta de las Comisión General de las Comunidades Autónomas y Constitucional, de lo que se infiere que estas medidas excepcionales por las circunstancias determinantes de su aplicación, no por ello son ajenas al control parlamentario que corresponde al Senado en cuanto Cámara de representación territorial.

IV. La fase post-parlamentaria

El BOE nº 160, de 27 de octubre de 2017 publicaba la Resolución de la misma fecha de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución. Esta Resolución tras constatar, en su punto I, a) *la extraordinaria gravedad en el incumplimiento de las obligaciones constitucionales y la realización de actuaciones gravemente contrarias al interés general, por parte de las Instituciones de la Generalitat de*

*Cataluña», y b) que el Presidente del Gobierno requirió al Presidente de la Generalitat para que procediera al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y a la cesación de actuaciones gravemente atentatorias al interés general y tal requerimiento *no ha sido atendido*, expresa, en su punto II, que *el Senado considera que procede la aprobación de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección el interés general... incluidas en el Acuerdo ...del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, con los siguientes condicionamientos y modificaciones...**

Tales modificaciones, fruto del debate acaecido en el Senado en las fases de Ponencia, Comisión y en Pleno, con la aprobación de varios de los votos particulares presentados, afectan:

En cuanto al apartado A, referido a las medidas dirigidas al Presidente de la Generalitat de Cataluña y al Vicepresidente y al Consejo de Gobierno, en el párrafo 3º se incluye la mención del «Gobierno de la Nación» como primer titular de las funciones, además de los órganos o autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la Nación.

En el apartado C.3, sobre medidas en el área de las telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas y audiovisuales, se excluyen de la aprobación del Senado las previsiones del último párrafo respecto del ejercicio de las facultades de la Generalitat en el ámbito del servicio público autonómico de comunicación audiovisual.

En el apartado D, medidas respecto del Parlamento de Cataluña, se suprimen los párrafos 2º y 3º del subapartado D.4 relativos a la remisión a una autoridad gubernativa estatal de los actos del Parlamento de Cataluña, por ser contrarios a la Constitución.

En el apartado E, sobre normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación, se efectúa una corrección de estilo suprimiéndose el primer párrafo, por repetición, y se redacta el segundo párrafo incorporando, con más depurada técnica jurídica la previsión de que *la revisión jurisdiccional de los actos y disposiciones dictados por sustitución en las funciones o competencias de los órganos de la Administración de la Generalitat de Cataluña se sujetará a las*

previsiones de la legislación procesal. La revisión jurisdiccional de los actos y disposiciones dictados en aplicación de las medidas previstas en este Acuerdo corresponderá a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en atención al rango de los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la Nación.

En el apartado E.4 relativo a la organización administrativa de la Generalitat de Cataluña, se incorpora también una primera referencia al Gobierno de la Nación, antes de la relativa a *los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la Nación, en sustitución de aquéllos.*

En el apartado E.8, referente a la potestad disciplinaria con respecto a funcionarios y personal del Parlamento y administración de la Generalitat de Cataluña, se añade la expresión in fine en el párrafo 1: *sin necesidad de recurrir a informes previos sobre los expedientes disciplinarios.* Asimismo, se contempla que el seguimiento y control de las medidas se efectúe por la Comisión conjunta del Senado.

Por último, respecto del apartado E.9 se añade que *El Gobierno, atendiendo a la evolución de los acontecimientos y de la gravedad de la situación, llevará a cabo una utilización proporcionada y responsable de las medidas aprobadas por el Senado, modulando su aplicación si se produjeran cambios en la situación u otras circunstancias que así lo aconsejen.*

El Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, ponía en marcha la ejecución de las medidas de intervención autonómica designando los órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las mismas, siendo tales: el Presidente del Gobierno, que asume las funciones del Presidente de la Generalidad previstas en el Estatuto de Autonomía, en la Ley catalana 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno, y demás disposiciones aplicables; la Vicepresidenta del Gobierno, que asume las propias del Vicepresidente de la Generalitat de Cataluña, en los mismos términos; el Consejo de Ministros que asume las funciones y competencias del Consejo de Gobierno de la Generalitat; y los Ministros como

titulares de sus respectivos Departamentos, que quedan habilitados para el ejercicio de las funciones y para la adopción de los acuerdos, resoluciones y disposiciones que correspondan a los Consejeros, conforme a la legislación autonómica de aplicación, en la esfera específica de su actuación. En el Anexo que acompaña al Real Decreto se recogen pormenorizadamente los órganos encargados de cada una de las funciones administrativas autonómicas.

El Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, disolvía el Parlamento de Cataluña elegido el 27 de septiembre de 2015 y convocaba elecciones autonómicas el 21 de diciembre de 2017.

En paralelo a la aplicación de las medidas propuestas, se ponía en marcha su respectivo control por parte de la Comisión conjunta del Senado, competente para este extremo conforme al propio acuerdo de autorización de la Cámara Alta. Así, en la sesión de 4 de diciembre de 2017, comparecía en Comisión el Secretario de Estado para las Administraciones Territoriales, «para informar acerca del desarrollo y ejecución de las medidas aprobadas por el Senado al amparo del artículo 155 de la Constitución»; y en la sesión de 18 de diciembre de 2017, tenía lugar la comparecencia, con idéntico objeto, de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales. Control que se complementa con el ejercicio de las iniciativas previstas a tal efecto en el Reglamento del Senado –preguntas escritas y orales (en la Comisión conjunta y en Pleno), interpelaciones y mociones–.

V. Bibliografía

- Gil Robles y Gil-Delgado, J.M., Gil-Robles Casanueva, L.: «El control extraordinario de las Comunidades Autónomas», en VV. AA., *Comentarios a la Constitución de 1978*. Madrid, Ed. Cortes Generales, 1996-1999.
- Gómez Orfanel, G.: *La prehistoria española del artículo 155 de la Constitución de 1978*. València, Tirant lo Blanc, 2013.

Gómez Orfanel, G.: «Alcance del artículo 155 de la Constitución», *Diario La Ley*, núm. 9049, 2017.

Portal de la Constitución en www.congreso.es: Sinopsis del artículo 155 CE elaborada por Mariano Bacigalupo –diciembre 2003– y actualizada por José María Codes –febrero 2018–.

Ripollés Serrano, M. R.: «Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional», en *La Constitución española 1978-2018*. Madrid, Ed Lefebvre/El Derecho, 2018.

Virgala Foruria, E.: «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005.

Boletín Oficial del Estado.

Boletín Oficial Cortes Generales-Senado.

Diario de Sesiones. Senado.

Respuesta jurídico-penal ante nuevos escenarios de acoso escolar, en particular, los contenidos en la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral de reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género en la Comunitat Valenciana

DR. JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ

Prof. Titular Acred. Universidad Cardenal Herrera CEU.

Resumen

A pesar de los esfuerzos realizados hasta ahora, el acoso escolar sigue siendo un problema social relevante. En general, la mayoría de los casos podrán ser solucionados en el mismo centro escolar, a través del equipo directivo, gracias al plan de convivencia y/o por aplicación del reglamento de régimen interno. Pero en algunas ocasiones, las más graves, será necesaria una intervención judicial. En ese escenario, el Código penal español contiene diversos delitos con los que poder sancionar a los responsables de esa conducta. Tomando como referencia la Ley 8/2017 de reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género de la Comunidad Valenciana, en este trabajo se analizan cuatro supuestos concretos: el acoso escolar, el acoso como expresión de violencia de género y el acoso por motivos de orientación sexual. También se hace referencia al nuevo delito de acecho u hostigamiento, como forma agravada de acoso. Por último, se comenta el protocolo de actuación que han de seguir los centros escolares ante un posible acoso por homofobia o transfobia, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

Palabras clave: acoso escolar, ciberacoso, LGBTIQ+, odio, acecho.

Resum

A pesar dels esforços realitzats fins ara, l'assetjament escolar continua sent un problema social rellevant. En general, la majoria dels casos podran ser solucionats en el mateix centre escolar, a través de l'equip directiu, gràcies al pla de convivència i/o per aplicació del reglament de règim intern. Però en algunes ocasions, les més greus, serà necessària una intervenció judicial. En aquest escenari, el Codi penal espanyol conté diversos delictes amb què poder sancionar els responsables d'aquesta conducta. Prenent com a referència la Llei 8/2017, de reconeixement del dret a la identitat i a l'expressió de gènere de la Comunitat Valenciana, en aquest treball s'analitzen quatre supòsits concrets: l'assetjament escolar, l'assetjament com a expressió de violència de gènere i l'assetjament per motius d'orientació sexual. També es fa referència al nou delicte d'aguait o fustigació, com a forma agreujada d'assetjament. Finalment, es comenta el protocol d'actuació que han de seguir els centres escolars davant d'un possible assetjament per homofòbia o transfòbia, en l'àmbit de la Comunitat Valenciana.

Paraules clau: assetjament escolar, ciberassetjament, LGBTIQ+, odi, aguait.

Abstract

In spite of the efforts realized till now, the school harassment continues being a social relevant problem. In general, the majority of the cases will be able to be solved in the same school center, across the management team, thanks to the plan of conviviality and / or for application of the Rules of Procedure. But in some occasions, the most serious, a judicial intervention will be necessary. In this stage, the penal Spanish Code contains diverse offences with which to be able to sanction the persons in charge of this behaviour. Taking as a reference the Law 8/2017 of recognition of the right to the identity and to gender identity and expression of the Valencian Community, in this work four concrete suppositions are analyzed: the bullying, the harassment like expression of violence of gender and the harassment for sexual orientation. Also one refers to the new crime of stalking, as form aggravated of harassment. Finally, is commented the protocol that the school centers have to follow before a possible harassment for homophobia or transfobia, in the area of the Valencian Community.

Key Words: Bullying, Cyberbullying, LGBTIQ+, Hate Speech, Stalking.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La respuesta penal ante nuevos escenarios de acoso escolar.
 - 1. Acoso escolar.
 - 2. Acoso en un contexto de violencia de género.
 - 3. El hostigamiento como forma de acoso agravado.
 - 4. Acoso en un contexto de discriminación por la orientación sexual.
- III. Breve referencia al Protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad.
- IV. Bibliografía y fuentes consultadas.

I. Introducción

El acoso escolar ha sido y es una de las grandes preocupaciones en los últimos años. Durante ese tiempo son muchas las iniciativas parlamentarias que se han presentado y defendido en la Comunidad Valenciana para dar una respuesta adecuada a este problema que, bien podría catalogarse de estructural, por estar presente en cualquiera de los niveles del sistema educativo no universitario, con independencia de la titularidad del centro en cuestión (público, privado o concertado).

Como consecuencia de esa actividad legislativa, contamos con diversas normas que persiguen, todas ellas, mejorar la convivencia en el centro escolar y erradicar cualquier tipo de conducta agresiva, exclusiva o discriminatoria, sin importar la modalidad concreta en la que pueda exteriorizarse.

Además, nuestros representantes sociales y políticos siguen insistiendo para mejorar esa normativa de modo que incorpore aquellos supuestos que o bien inicialmente no estaban contemplados o que, por diversos motivos, merecían una mayor individualización y/o reseña específica. Un buen ejemplo de ello sería el acoso sufrido por homofobia o transfobia, como luego veremos.

Lo dicho hasta ahora resulta lógico, ya que los datos disponibles siguen mostrando la relevancia y la gravedad de este comportamiento en las aulas. Así, la Fundación ANAR, en su I Informe sobre bullying (ANAR, 2016) denuncia cómo se ha incrementado el número de casos atendidos desde 2009 hasta 2015, pasando de 154 a 574. Registrándose, además, una subida del 75% en el año 2015 respecto del año anterior.

Por su parte, la Memoria anual sobre la convivencia escolar en la Comunidad Valenciana (GVA, 2017) también ofrece datos relevantes sobre este particular. Antes de exponerlos, téngase en cuenta que hay diversos niveles de intervención y reacción de la propia comunidad educativa, según sea la gravedad de los hechos. De tal forma que algunos supuestos se resuelven conforme las previsiones del plan de convivencia de cada centro, otros pueden provocar la propia

intervención de las Unidades de Actuación e Intervención (UAI) de cada provincia y, finalmente, los más graves pueden comunicarse a las autoridades policiales y/o judiciales pertinentes.

Así, durante el curso 2015/2016, se parte de un total de 3414 incidencias registradas, correspondiendo un 9,71% al acoso escolar (331 casos, de ellos, 266 se catalogan como ciberacoso) y un 3,10% a violencia de género (105 casos, aunque la Memoria insiste en que no todos los implicados suelen pertenecer al centro escolar, por regla general).

A su vez, de esa cantidad, las incidencias que fueron atendidas por las Unidades de Actuación e Intervención durante ese mismo curso fueron las siguientes: la UAI de Valencia recibió 1650 incidentes y actuó en 524 de ellos. De ellas, el 11,50% de dichas intervenciones (60 casos) estaban relacionadas con acoso escolar y el 3,90%, con violencia de género (20 casos). En cuanto a la UAI de Alicante, registró un total de 1270 incidentes, interviniendo en 491 de ellos. Dentro de estos, el 36% corresponden a presunto acoso escolar (176 casos) y un 3% a violencia de género (15 casos). Esta Unidad ha comunicado a Fiscalía 73 casos, habiendo generado diligencias en 33 de ellos, aunque no se especifica el motivo concreto o el detalle de esos hechos. Por lo demás, la Memoria no desglosa estos datos respecto de la UAI de Castellón.

En cuanto a la evaluación de los planes de convivencia de los centros escolares, durante ese mismo curso 2015-2016, la Memoria anual sobre la convivencia escolar en la Comunidad Valenciana nombra nuevas tipologías de acoso. Así, se dice que hubo 189 casos por motivos raciales o xenofobia; 89 por motivos de homofobia o transfobia, y 515 por acoso escolar por motivos distinto a los anteriores. También indica que registraron 98 casos de violencia de género y 779 por uso inadecuado de móviles y redes sociales. Es de destacar que la inmensa mayoría de estas incidencias fueron resueltas con relativa facilidad, en palabras de la propia Memoria (con porcentajes de éxito superiores al 84%), frente a otros problemas también habituales en algunos centros, como es el absentismo (cuyo porcentaje de resolución alcanza el 43,28%).

En similares términos, el Plan Estratégico sobre Convivencia Escolar 2016-2020 (MEC, 2016) apoyándose en el estudio *Hidden in plain sight*, realizado por UNICEF, confirma la incidencia global del *bullying*. Según este documento, de los 106 países analizados, España ocupa una posición intermedia, pero los datos que muestra ratifican que es una problemática que no cesa. En este estudio también se nombra a los «espectadores»: citando a Serrano e Iborra el informe señala que casi un 49% del alumnado de 12 a 16 años había presenciado algún tipo de acoso emocional. En este mismo sentido, el Observatorio Estatal de la Convivencia Escolar apuntaba que un 14% del alumnado de esta franja de edad no intervenía ante cualquier tipo de agresión.

Volviendo a la investigación internacional, ese trabajo afirma que existen algunos grupos más vulnerables a este tipo de situaciones, como son estudiantes Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales, Intersexuales, Queen u otros (en adelante LGBTIQ+), inmigrantes, minorías étnicas y personas con discapacidad, además de las mujeres.

Y así lo confirma, según ese mismo Plan Estratégico, la Encuesta EU-MIDIS realizada por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De ella se desprende cómo las personas pertenecientes a minorías étnicas, culturales o religiosas se enfrentan a situaciones de discriminación en diferentes ámbitos, siendo el escolar uno de ellos. En concreto, los datos muestran que, por ejemplo, el 10% del colectivo gitano declaraba haber sufrido algún tipo de discriminación por parte del personal de las escuelas, o de los centros durante el último año, seguidos por el 8% de personas norteafricanas y el 6% de las subsaharianas.

La propia Agencia europea también subraya la incidencia de la violencia entre personas con algún tipo de discapacidad, como uno de los más relevantes, a tener en cuenta. A pesar de que no hay cifras oficiales, prosigue el Plan Estratégico, recientemente se ha publicado un informe en el cual se denuncia la situación de vulnerabilidad de estos niños y niñas, que puede llevar a situaciones de aislamiento social, estigmatización o dependencia de los apoyos o de los servicios especializados. De hecho, UNICEF, a partir de un meta-estudio, apunta

que la incidencia de la violencia hacia niños y niñas con algún tipo de discapacidad puede ir del 26,7% de acciones violentas combinadas, hasta el 20,4% que sufre violencia física o el 13,7% que declaran haber sido víctimas de violencia sexual. Y por ello, concluye que estos chicos y chicas tienen casi cuatro veces más probabilidad de ser víctimas que sus compañeros y compañeras.

Retomando ahora el colectivo LGBTIQ+, cabe igualmente afirmar que se trata de un grupo cuyos derechos son vulnerados habitualmente en el ámbito escolar. Siguiendo con el Plan Estratégico, se indica que diversos registros oficiales sostienen que cuatro de cada diez casos se producen por la orientación sexual de la víctima.

En este mismo sentido, la encuesta realizada por *Save the Children* en 2015 nos indica cómo un 9,3% de los estudiantes encuestados considera que ha sufrido acoso tradicional en los dos últimos meses y un 6,9% se considera víctima de ciberacoso. El 3,2% de las víctimas de acoso y el 4,2% de las que han padecido ciberacoso consideran que lo han padecido debido a su orientación sexual. Un 5,1% y un 5% declaran que el motivo fue su color de piel, cultura o religión.

A su vez, citando el informe *EU LGTB Survey* de 2013, la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales afirma que más de 8 de cada 10 participantes en una encuesta especializada han sido testigos de algún tipo de comentario o conducta negativa hacia algún integrante del colectivo LGBTIQ+ durante su escolarización, llevando a la gran mayoría a adoptar estrategias de ocultación que deterioran significativamente la autoestima y el desarrollo de la identidad de las víctimas. Dentro de este colectivo, las personas transexuales y, en concreto, las mujeres, son consideradas especialmente vulnerables. Y reiteran esta afirmación según otro informe sobre este colectivo (Agius, 2012), según el cual, el 79% de las personas encuestadas han experimentado algún tipo de acoso público que incluye comentarios transfóbicos, abusos físicos o sexuales. Las cifras en las mujeres son mucho más elevadas que en el caso de los hombres. Todo ello, es información contenida en el citado Plan Estratégico.

Por otra parte, los evidentes avances tecnológicos corroboran que la convivencia escolar ya no se puede entender como un proceso suscrito exclusivamente dentro de los muros de los centros educativos, siendo el ciberespacio una dimensión clave en la configuración de la misma. La atención y cuidado del uso de las tecnologías de la información y la comunicación resulta fundamental para ayudar a las niñas y niños a desenvolverse adecuadamente en esta sociedad de la información. En este sentido, la investigación que sustenta el Plan Estatal sobre Convivencia Escolar 2016-2020 ha ratificado que, cuando se producen situaciones de acoso escolar, estas van más allá del centro educativo y se reproducen y se expanden a través de la red. De hecho, uno de los estudios más recientes sobre la temática, el desarrollado por Microsoft – *Online Bullying Survey* – señala que el ciberacoso afecta a cerca de uno de cada cuatro jóvenes de 8 a 17 años, considerando la muestra de 25 países de todo el mundo.

Por lo demás, la actualidad y vigencia del problema analizado sigue ocupando titulares en diversos medios de comunicación. Sirva de ejemplo el amplio tratamiento periodístico dado a los datos ofrecidos en el Seminario Jurídico, Policial y Social sobre la figura del menor que organizaron diversas entidades en Valencia. Así, en los primeros nueve meses de ese año, se recibieron 98 denuncias por acoso escolar, 240 por ciberacoso y 85 por violencia de género. Frente a las 87, 254 y 62 del año anterior (Periódico Levante, 10/03/2018, entre otros).

En definitiva, son evidencias que reiteran la necesidad de intervenir, desde todos los niveles y agentes sociales, para lograr la erradicación o disminución de cualquier tipo de acoso o comportamiento violento, discriminatorio y/o excluyente de las aulas.

En esta línea cabe destacar la actividad parlamentaria desarrollada en la Comunidad Valenciana,¹ en particular el Protocolo de

¹ Entre otras, Preguntas nº 1049 a 1051, sobre el acoso escolar en los centros educativos, formuladas por la diputada Mercedes Ventura del GP Ciudadanos (BOC nº 19, de 7 de octubre de 2015) Pregunta nº 315, sobre medidas para combatir el acoso escolar, formulada por la diputada Marian Campello del GP Compromís (BOC nº 52 y nº 33, de fecha 5 y 17 de febrero de 2016); Preguntas nº 7323 y nº 7324 sobre el acoso escolar homofóbico y sobre el protocolo

acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad (DOGV de 27 de diciembre de 2016) y la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral de reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género.

Por todo ello, en adelante se desarrollan dos tareas concretas. En primer lugar, identificar y agrupar las diversas conductas que se consideran 'acoso escolar' en los distintas intervenciones parlamentarias, documentos y normativa consultadas. Para posteriormente diferenciarlas respecto a su tratamiento jurídico penal. Esto es, para determinar qué delito podría aplicarse en caso de que tal comportamiento revistiera la suficiente gravedad, por más que –en una primera fase– todas ellas pudieran entenderse como acoso.

En segundo lugar, se analiza el citado protocolo de acompañamiento, destacando las cuestiones jurídicas que se consideran de mayor interés para los responsables de la comunidad educativa, por ser ellos quienes están obligados a aplicarlo.

II. La respuesta penal ante nuevos escenarios de acoso escolar

Como es sabido, el Derecho penal se rige por el principio de mínima intervención, de modo que solo se recurre a esta rama del ordenamiento jurídico ante los supuestos más graves y, dentro de estos, solo cuando no exista otra solución jurídica menos contundente capaz

de intersexualidad, respectivamente, formuladas por la diputada Covadonga Peremarch, diputada no adscrita (BOC nº 78, de 18 de mayo de 2016); Preguntas nº 1494 a 1497, sobre el ciberacoso a menores, formulada por los diputados Antonio Subiela y Alexis Frederic Marí, del GP Ciudadanos (BOC nº 33, de 17 de febrero de 2016); Preguntas nº 24077 y 24078, sobre el Programa de intervención de educación sexual y sobre la elaboración de un plan de convivencia, respectivamente, formuladas por la diputada Covadonga Peremarch, diputada no adscrita (BOC nº 176, de 10 de mayo de 2017); Preguntas nº 24210, a 24215, sobre acciones para erradicar el acoso escolar, formuladas por la diputada Mercedes Ventura del GP Ciudadanos (BOC nº 176, de 10 de mayo de 2017); Preguntas nº 24079 a 24082 sobre el responsable de convivencia en los centros, formuladas por la diputada Covadonga Peremarch, diputada no adscrita (BOC nº 176, de 10 de mayo de 2017); Preguntas nº 35855 a 35859, 35862 y 35863, sobre el acoso escolar a alumnos LGTBI, formuladas por el diputado Emilio Argüeso del GP Ciudadanos (BOC nº 224, de 8 de noviembre de 2017).

de resolverlos. En consecuencia, la mayoría de comportamientos de acoso que puedan tener lugar en un centro educativo no serán objeto de enjuiciamiento penal, siendo resueltos a través de las medidas administrativas vigentes y, en particular, gracias al plan de convivencia del centro, al reglamento de régimen interno y a la intervención del equipo directivo, del responsable de convivencia escolar, el conjunto de docentes y demás organismos e instrumentos previstos a tal fin, como pueden ser las Unidades de Atención e Intervención, el Observatorio para la Convivencia Escolar, el Plan de Prevención de la Violencia y Promoción de la Convivencia o los Servicios Sociales, llegado el caso.

Pero lo anterior no impide que alguna de estas conductas pueda alcanzar la gravedad o relevancia suficiente como para justificar una intervención penal. En esos supuestos, además de seguir las indicaciones contenidas en los diversos protocolos de actuación,² el comportamiento ya será analizado bajo los criterios propios de un procedimiento judicial y, en especial, conforme lo dispuesto por el Código penal. Sin olvidar las indicaciones específicas de Fiscalía ante el acoso escolar.³ Por tal razón, en adelante, vamos a analizar exclusivamente aquellos tipos penales a los que podría recurrirse para castigar tales comportamientos, haciendo especial hincapié en la diferenciación que el propio código establece entre situaciones de acoso genérico (subsumibles generalmente en el art. 173.1 CP, aunque no de forma exclusiva), acoso en un contexto de violencia de género (con diversos preceptos aplicables, siendo de destacar el art. 172 ter CP) y acoso en un contexto de discriminación por su orientación sexual (siendo aquí relevante lo previsto en el art. 510 y 22.4º CP).

² Vid Orden 62/2014, de 28 de julio, de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, por la que se actualiza la normativa que regula la elaboración de los planes de convivencia en los centros educativos de la Comunidad Valenciana y se establecen los protocolos de actuación e intervención delante de supuestos de violencia escolar. Y el Protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad (DOGV 27 de diciembre de 2016), Instrucción del 15 de diciembre de la Conselleria de Educación, investigación, cultura y deporte.

³ Instrucción 10/2005, del 6 de octubre, sobre el Tratamiento del acoso escolar desde la justicia juvenil.

1. Acoso escolar

Como es sabido, el Código penal no incluye el concepto de acoso escolar ni de ciberacoso entre su articulado. No obstante, nada impide castigar estas conductas siempre que tengan suficiente relevancia (carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal) y que el autor sea mayor de 14 años. Lo determinante para una actuación penal no será, pues, la denominación que reciba. Bastará que la conducta examinada tenga una importancia tal como para que la intervención del ministerio fiscal sea factible. De ser así, atendiendo al bien jurídico lesionado o amenazado, se tendrá que identificar y aplicar el tipo penal que mejor convenga para la defensa de la víctima (lesiones físicas o psicológicas, amenazas, coacciones, acecho...), si bien, lo habitual en estos casos será recurrir al art. 173. 1 CP.

Este artículo castiga a quien ocasione a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, con una pena de prisión de seis meses a dos años. No existe consenso entre la doctrina y la jurisprudencia a la hora de acotar el significado de tales expresiones y, por ende, sobre el alcance real de este delito. Aunque todos los autores aceptan que se refiere a ataques contra la integridad moral, de forma que provoquen en la víctima una sensación de humillación, vejación y/o una reducción de dicha víctima a la categoría de cosa (Tamarit, 2016: 244). A su vez, las resoluciones judiciales que aprecian la existencia de ese trato degradante, castigan los supuestos de acoso escolar (desde las mal llamadas 'novatadas' aisladas hasta comportamientos reiterados de tratos crueles y humillantes de un estudiante por sus compañeros).

Esta misma postura mantiene la Fiscalía: el tipo penal contenido en el art. 173.1º CP es el más adecuado –a priori– para sancionar situaciones que puedan tildarse de acoso escolar, siempre que tengan suficiente relevancia para ello (Instrucción 10/2005 FGE).

Por tanto, a falta de mayor concreción, para saber qué se entiende por acoso escolar y, en consecuencia, qué podemos considerar

como trato degradante, tenemos que recurrir a la doctrina y a la normativa aplicable. Así, se define el bullying como exposición repetida y sostenida en el tiempo a acciones negativas por parte de sus compañeros, que se caracteriza por la intencionalidad de agredir a esa víctima, la reiteración de ese comportamiento y por la existencia de un desequilibrio de poder entre agresor y víctima (Miró, 2013: 63, citando a Olweus y Calmaestra).

Por su parte, el protocolo de acoso escolar contenido en la Orden 62/2014 lo califica como el maltrato psicológico, verbal o físico sufrido por un alumno o alumna en el ámbito escolar, derivado de factores personales (físicos, psicológicos, de orientación y/o identidad sexual) o colectivos (factores étnicos, grupo social, religioso), de forma reiterada y a lo largo de un periodo de tiempo determinado.

Mención aparte merece el ciberacoso. De nuevo, siguiendo a Miró, podemos definirlo como el abuso de poder continuado de un menor sobre otro realizado por medio del uso de las TIC. Esta conducta también se caracterizará por buscar el tormento, amenaza, humillación, hostigamiento y/o causar molestias al menor, si bien estas ya no estarán encuadradas en la escuela o en el entorno físico del menor, sino que se realizará a través del ciberespacio (Miró, 2013: 64).

De igual modo, el citado protocolo de acoso describe el cyberbullying como acoso entre iguales en el entorno de las tecnologías de la información y de la comunicación, e incluye actuaciones de chantaje, vejaciones e insultos entre alumnos/as. Supone difusión de información lesiva o difamatoria en formato electrónico y, prosigue la Orden, constituye un fenómeno de gran relevancia por su prevalencia, la gravedad de sus consecuencias y las dificultades que presenta para su prevención y abordaje.

En todo caso, ambas modalidades de acoso –cuando superen el umbral de relevancia penal– podrán ser calificadas como trato degradante (art. 173.1º CP) sin mayor complejidad legal que la propia de un procedimiento penal. Motivo por el que no se desarrolla más

este apartado, remitiéndome a trabajos anteriores y a la bibliografía allí disponible (García et al., 2015: 107 y 146).

Para terminar, tan solo añadir que estas conductas de acoso y ciberacoso no deben confundirse con otras similares o relacionadas pero que, en verdad, constituyen delitos específicos distintos al de trato degradante, como podrían ser el acecho sexual a menores por medios electrónicos (el denominado '*grooming*', contemplado en el art. 183 bis CP) y/o la difusión de contenidos sexuales que se han producido y grabado en la intimidad, con el consentimiento de los partícipes pero que son distribuidos o compartidos en red por uno de los implicados, pero sin contar con la aquiescencia del resto de los que allí aparecen, (art. 197, 7º CP).

2. Acoso en un contexto de violencia de género

Esta variante se caracteriza por combinar un comportamiento de acoso junto con una relación de afectividad, vigente o no, entre las dos personas implicadas, siempre que la víctima sea mujer y que el acosador sea hombre.

Resulta evidente que si la conducta de acoso y dominio realizada se materializa en lesiones (físicas o psíquicas), amenazas o coacciones, entre otras posibles situaciones, serán resueltas conforme prevé el Código penal, aplicando los artículos correspondientes a esas figuras penales.

Pero si dicha posición de dominio se ejerce bajo una modalidad de acoso y/o control mediante medios electrónicos, por ejemplo, nada impide que también pueda apreciarse un delito de acoso escolar realizada sobre la pareja sentimental del acosador, siendo de aplicación el citado art. 173.1 CP (o incluso el art. 172 ter CP, siempre que concurrieran los requisitos establecidos en este último precepto).

Por tal razón se afirma que «las acciones constitutivas de ciberacoso y violencia de género virtual tienen unas características comunes: la inmediatez en recibir la información, el posible anonimato del autor del ciberacoso, la facilidad en su viralidad por la multitud de

usuarios de la red, la falta de control de la información compartida, puesto que intervienen usuarios conocidos y desconocidos por ella y, el gran impacto en su salud; debido a la viralidad e inmediatez en recibir los comentarios humillantes e insultantes de terceros sin poder desconectar ni en su propia casa siempre que esté conectada a internet, provocándole revictimización constante» (Palop, 2018: 431).

En suma, lo que se pretende señalar es la posibilidad real de que la víctima (mujer, en este caso) pueda sufrir acoso por parte de su pareja (hombre, en este caso) que, al mismo tiempo, es su compañero en el centro escolar donde ambos estudian.

En sentido contrario, quedan excluidas aquellas conductas de acoso y dominio que se realicen sin mediar relación de afectividad alguna entre acosador y persona acosada, así como aquellas en las que la conducta o trato degradante se realice por parte de una mujer (aunque la víctima/ pareja sea otra mujer) o por parte de un hombre (cuando la víctima/ pareja sea otro hombre). Tales situaciones serían resueltas conforme al acoso genérico (art. 173.1º CP) o conforme a otras figuras penales (delito de odio o agravante de discriminación, como veremos luego).

El motivo de esta diferenciación de trato viene dado por la propia legislación vigente en materia de violencia de género y la interpretación jurisprudencial que se ha hecho de ella.

De ahí la importancia de manejar correctamente la terminología jurídica en esta materia puesto que no todo acto de violencia que tenga por víctima a una mujer obtendrá el mismo grado de respuesta penal, ni la consideración de violencia de género, en el contexto de acoso escolar. Esta obviedad, bien conocida en el contexto jurídico penal, causa verdadera confusión en otros ámbitos sociales, como ya advertimos en otros trabajos (García y Esteve, 2015: 2 y ss). De hecho, no son pocas las ocasiones en que los medios de comunicación identifican violencia de género con hechos concretos que serán calificados como violencia contra la mujer. Y lo mismo podría ocurrir en el ámbito docente, puesto que no existe ninguna obligación de conocer estas diferencias técnicas, ni mucho menos.

Quizá la citada Ley de Protección Integral haya generado, en buena medida, esta confusión terminológica. O lo sea la falta de adecuación del texto punitivo a dicha ley. El caso es que en esa norma, se enumeran diversas formas de violencia que no encuentran una correlación directa en el código penal. En concreto, se pueden identificar tres variantes de ataques que recaigan sobre una mujer.

Primer grupo. Delincuencia específica que tiene como víctima a quien ha sido o es pareja sentimental del agresor, con o sin convivencia en el momento de producirse los hechos. Estos comportamientos tendrían un carácter aislado o puntual, serían castigados de forma individualizada y suelen denominarse *violencia de género*. El agresor siempre será un varón. Tienen su reflejo inmediato en los arts. 148.4º; 153.1º; 171.4º; 172.2º; y 173.2 CP. No obstante, también serán de aplicación en otros delitos, que *a priori* pudiera parecer que no guardan relación con conductas típicamente constitutivas de violencia de género, como ocurre con los incorporados en el art. 197 *in fine* CP, referente de los delitos de revelación de secretos, siendo una agravante que entre autor y víctima exista o haya existido unión sentimental (en este caso, por tanto, la agravante se puede aplicar tanto al hombre como a la mujer, dependiendo de quién haya sido el sujeto activo de la conducta delictiva) y el art. 172.ter CP, que incorpora una nueva forma de acoso como conducta típica, y sanciona tal conducta de manera más gravosa cuando la víctima sea alguna de las personas que recoge el art. 173 CP, como luego veremos con mayor detenimiento.

La mención expresa relativa a que se trate de 'hechos aislados' permitirá diferenciar estos comportamientos de aquellos otros que suelen denominarse violencia doméstica.

Todo ello asumiendo que los Tribunales de Justicia utilizan una interpretación muy amplia de lo que se debe entender por pareja sentimental, englobando todas aquellas relaciones que trascienden los lazos de amistad, afecto y confianza, como una manifestación más de las relaciones de afectividad *more uxorio*, considerando que sólo podrán excluirse aquellas que se mantienen de modo esporádico u

ocasional. El Código penal las engloba en la expresión de 'esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad' (Magro, 2015: 2).

La sala segunda del Tribunal Supremo se pronunció en estos mismos términos hace ya mucho tiempo,⁴ reconociendo la dificultad de dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de los tipos penales relativos a la violencia de género. Para el Alto Tribunal lo decisivo para que esta equiparación se produzca es que «exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro». Por tanto, sólo quedarán excluidas de este concepto las relaciones «puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo no ha tenido, ni siquiera, la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del sujeto activo de la violencia sobre la mujer».

Lo mismo cabe decir de la posición mantenida por la Fiscalía General del Estado. En su Circular 6/2011, afirma que el noviazgo como relación análoga que puede justificar, de igual modo, la aplicación de los tipos penales previstos para violencia de género.

En ella se dice que el «noviazgo es una relación afectiva socialmente abierta y sometida a un cierto grado de relatividad en cuanto a los caracteres que la definen, porque, entre otras modalidades, puede tratarse de una persona que mantiene relaciones amorosas con fines matrimoniales, o puede aludir a una persona que mantiene una relación amorosa con otra, sin intención de casarse y sin convivir con ella».

Siguiendo con la argumentación de la Fiscalía, para afirmar la existencia de esa análoga relación de afectividad a la que alude el Código, bastaría cualquier relación que trascienda los lazos de amistad, afecto y confianza y que cree un vínculo de complicidad estable, duradero y con cierta vocación de futuro. Con todo, se distinguiría de

4 Entre otras, STS nº510/2009, de 12 de mayo.

la relación matrimonial y de las uniones de hecho porque en éstas, a su vez, se despliegan una serie de obligaciones y derechos que no afectan a los novios. Y de las relaciones ocasionales o esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación de pareja.

Ahora bien, la Circular también sostiene que tal relación de noviazgo mantiene su plena vigencia por mucho que sus integrantes carezcan de proyecto de vida en común; o ésta se mantenga mientras se convive con los padres y se depende económicamente de ellos; o por haber existido una ruptura transitoria en la relación; o por cualquier otra causa que la norma (en referencia al Código penal) no requiere para entender cumplido el requisito de que el agresor tuviera o hubiera tenido una relación sentimental con la víctima.

Así las cosas, podríamos acotar este primer grupo que he denominado 'violencia de género' como aquella que presenta estas características:

1. la realiza un hombre sobre una mujer que, necesariamente, ha sido o es pareja sentimental del agresor.
2. puede concurrir, o no, la nota de convivencia entre ambos, en el momento de producirse los hechos.
3. siempre que dicha violencia pueda subsumirse en los tipos penales antes citados.
4. siempre que dicha violencia no sea habitual.

Y, como se ha dicho, podrían acompañar o conformar en parte conductas propias de acoso escolar, no existiendo impedimento legal alguno en castigar ambas mediante el correspondiente concurso de delitos.

Segundo grupo. Delincuencia específica que tiene como víctima a una mujer (que ha sido o es pareja sentimental del agresor) o a cualquier otro miembro de la unidad familiar (hombre o mujer) a la que pertenece esa mujer. Suele denominarse *violencia doméstica* aunque también podría incluirse en este grupo los casos de *violencia intrafamiliar*. Las principales diferencias con el grupo anterior (violencia

de género) serían estas tres: 1) se amplía el círculo de posibles sujetos activos (hombre o mujer) y sujetos pasivos (cualquier miembro de la unidad familiar, sin importar si es mujer o no); 2) el carácter reiterativo o sostenido en el tiempo que necesariamente ha de concurrir en estas agresiones, aunque no siempre sea sobre el mismo sujeto pasivo; y 3) la exigencia de convivencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, salvo si este último es la pareja o expareja del agresor.

En este caso, la relación con un escenario de acoso escolar es inimaginable por lo que solo se incluye para facilitar la diferenciación entre las tres modalidades de violencia antes nombradas.

Tercer grupo. Delincuencia común, que tenga por víctima a una mujer, sin que exista ni haya existido nunca una relación sentimental ni familiar entre ella y el agresor.

Dentro de este grupo, podemos diferenciar a su vez dos situaciones. La primera de ellas tendría como único dato relevante que la víctima del delito cometido sea una mujer, sin que conste relación sentimental alguna con el agresor y sin que este haya cometido tal conducta movido por su afán de atentar contra una mujer, por ser tal. En definitiva, se trataría de aquellas manifestaciones de delincuencia común que recaigan sobre víctimas de sexo femenino, sin más. Razón por la que no podría incluirse, realmente, como una forma expresa de violencia contra la mujer sino, más bien, como un filtrado de estadística criminal en función del sexo de la víctima. Por supuesto, no tiene ninguna relevancia en el contexto de acoso escolar, más allá de la diferenciación por sexo, como la realizada por la Memoria de Memoria anual sobre la convivencia escolar en la Comunidad Valenciana (GVA, 2017), citada en la introducción.

La segunda modalidad engloba los ataques realizados expresamente contra esa víctima por su pertenencia al género femenino. La víctima es indiscriminada por cuanto no es necesario que mantenga lazo alguno de familia, amistad, afectividad y/o convivencia con el agresor; el único requisito es que ha sido elegida por ser mujer. De hecho, la idea criminal tendrá su origen, precisamente, en buscar esa discriminación

o móvil subjetivo de desprecio hacia las mujeres y lo que ellas representan. Esto es, el dolo del autor abarcará, necesariamente, ese desprecio hacia el sexo femenino, y así lo materializará mediante actos lesivos sobre su víctima-mujer.

Esta modalidad de violencia englobaría aquel comportamiento criminal que revele una manifestación de discriminación, situación de desigualdad o relaciones de poder y/o sometimiento de los hombres sobre las mujeres. Y de nuevo es compatible con comportamientos de acoso escolar: el acosador, en esta ocasión, elige a la víctima y centra su ataque hostil y reiterado, principalmente, por ser mujer y por querer dominar/discriminar/constreñir/humillar a esa persona, por su género y por lo que ella representa.

Sin embargo, el comportamiento típico aquí descrito no sería subsumible dentro de los preceptos que regula la L.O. 1/2004 y que se han descrito anteriormente, dado que se exige como requisito imprescindible la unión sentimental entre el hombre y la mujer, requisito no cumplido en esta ocasión.

En este supuesto, la protección que se da a la mujer en este contexto es la misma que se otorga igualmente a otros colectivos, víctimas de acoso escolar o de cualquier otro delito, siempre que tenga su origen y razón de ser en razones étnicas, de raza o nación, por su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad. Esto es, el posible acoso escolar (art. 173.1º CP) se castigaría aplicando la agravante específica prevista para estas situaciones (art. 22, 4ºCP), salvo que se tratase de un delito de odio (510 CP), como luego veremos. A no ser que pudiera reconducirse a un supuesto de acecho, analizado más adelante.

Y esta misma tutela penal sería la que cabría aplicar cuando el delito (de acoso agravado o de odio) se cometa contra una víctima que ha sido elegida o seleccionada por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su

discapacidad, como relata el tenor literal de la agravante ya citada del art. 22.4º CP. En otras palabras, sería la normativa a utilizar en casos de acoso escolar por homofobia o transfobia o, en definitiva, en aquellos que tengan por víctima a una persona del colectivo LGTBI, precisamente por su pertenencia a tal grupo y por lo que representan. Cuestión que se desarrolla más adelante.

Volviendo al escenario de un acoso escolar en el contexto de la violencia de género (y al supuesto antes nombrado de acecho u hostigamiento) quisiera detenerme en una figura penal de reciente incorporación al código que bien pudiera solventar comportamientos de difícil encaje en los preceptos hasta ahora nombrados. Me refiero al art. 172 ter (delito de hostigamiento o acecho).

3. El hostigamiento como forma de acoso agravado

Como se viene diciendo, la mayoría de supuestos de acoso escolar no alcanzan una gravedad suficiente para que no se puedan resolver desde los centros escolares, gracias al buen hacer de sus docentes. Pero la realidad también nos recuerda que –puntualmente– se producen situaciones extremas que pueden terminar, incluso, con el suicidio de la persona que lo sufre.⁵ Esto justificaría la referencia hecha a la violencia de género (compatible, en mi opinión, con un hipotético caso de acoso escolar, por mucho que su incidencia cuantitativa sea baja o inexistente hasta ahora) y lo mismo podría decirse de situaciones de acoso que –combinadas con otros comportamientos reprochables– logre alterar el desarrollo de la vida cotidiana de esa persona acechada.

En estos supuestos, la víctima, no solo sufre una situación de acoso (trato degradante y reiterado, de tal entidad que pueda dar lugar a la aplicación del art. 173.1 CP) antes citado, sino que –además– tiene que soportar otras conductas molestas que, de forma reiterada e insistente,

⁵ La revista *Journal of Adolescent Health* dedicó un número monográfico sobre esta cuestión: vid. vol. 53, julio 2013 (disponible en internet en el siguiente enlace: [http://www.jahonline.org/issue/S1054-139X\(13\)X0015-1](http://www.jahonline.org/issue/S1054-139X(13)X0015-1)).

realiza el acosador, de forma tal que se ve obligada a modificar su rutina para evitarlas. Por ejemplo, el cambio de la ruta utilizada para acudir al colegio, alterar los horarios aunque sean inadecuados para sus necesidades reales, tener que ir acompañado en todo momento, no usar medios públicos de transporte, solicitar traslado a otro colegio... o cualquier otro de similar naturaleza.

En otras palabras, la víctima lo es de un acoso permanente que excede el ámbito de lo que venimos entendiendo por acoso y ciberacoso escolar hasta el punto de forzar el abandono de rutinas o hábitos plenamente instaurados en esa persona.

Este escenario recibe el nombre de acecho, hostigamiento, acoso o stalking, entre otros muchos, y está castigado desde 2015 por el artículo 172 ter del Código penal (vid. Villacampa, 2015).

Nada impide que este delito lo sufra un menor en edad escolar, aunque se hace difícil imaginar que el autor no sea un adulto ajeno al ámbito educativo. Por lo demás, la previsión legal incluye una referencia expresa por si esta conducta tiene lugar entre personas que hubieran mantenido/o mantengan una relación de afectividad (violencia de género) y/o recae sobre personas especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o situación.

La incorporación de este delito ha sido muy criticado por el conjunto de la doctrina. Varios autores sostienen que estas conductas de acoso personal no dejan de ser actividades y actitudes cotidianas inocuas por sí solas y que, por tanto, no llegan a superar el umbral mínimo de relevancia penal para fundamentar su criminalización. En su opinión, ni siquiera la exigencia de que tales hechos sean idóneos para 'alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana', como reclama el art. 172 ter CP, sería suficiente para respetar el principio de intervención mínima.

En el otro lado de la balanza se encuentran quienes –entendiendo criticable la incorporación de este delito al código penal– aducen que este precepto permitirá solventar aquellos (pocos) supuestos de acoso que no pueden ser reconducidos a los delitos ya existentes

y que, sin embargo, son de gran relevancia. Por ejemplo, ciertos comportamientos realizados a través de internet (como el 'escrache digital') o determinadas conductas recurrentes en el ámbito de la violencia de género (como el uso del nombre de la víctima en redes sociales ofreciendo servicios sexuales).

Por mi parte, reconozco que los actos aislados que se proponen como una forma de acoso son –individualmente considerados– acciones irrelevantes, cotidianas, inocuas..., como se ha dicho antes. Y que existe el riesgo hipotético de que la persona hostigada pueda denunciar estos hechos pudiera hacerlo por ser exagerada y/o sin capacidad de resistir la más mínima presión, en un momento dado.

Pero no debe olvidarse el contexto en que todo esto ocurre: esas acciones son mensajes cifrados entre víctima y agresor, de gran efecto sobre la primera y de nimio coste para el segundo. Todo ello acompañado de un incompleto diseño y/o adecuación de los tipos penales tradicionales (amenazas y coacciones, principalmente) para solventar esta problemática que, lógicamente, no encuentra respuesta penal alguna, ni siquiera ante los casos más relevantes.

Así las cosas y dado que el tenor literal del art. 172 ter CP limita la intervención penal a los casos de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, junto con la necesaria denuncia de los hechos (salvo en los supuestos mencionados en el número 2 de este mismo artículo), considero acertado que esta figura complete el Código penal actual. Y la considero útil, igualmente, en el contexto de acoso y ciberacoso escolar, por mucho que su uso sea residual o secundario respecto de otros delitos, como es de imaginar.

De hecho, no siempre será fácil diferenciarlos entre sí. A tal fin, podría decirse que «el trato degradante busca humillar o envilecer a la víctima (en referencia al art. 173 CP), mientras que el acoso no busca producir en la víctima dichos sentimientos, sino los de preocupación, temor, inseguridad o desasosiego, entre otros (en referencia al 172 ter CP)» (Alonso de Escamilla, 2013: 4).

El umbral de relevancia de los actos a considerar viene marcado por un doble requisito: deben ser varios (de forma insistente y reiterada, dice el art. 172 ter CP) y deben ser idóneos para lograr que la víctima altere su manera cotidiana de vivir el día a día. Se configura así como un delito de resultado, aunque no por ello queda acotado con nitidez el comportamiento típico: acosar a una persona.

La conducta típica constituye, ciertamente, un concepto jurídico indeterminado. Alonso de Escamilla, citando a Meloy y Gothard, habla de «patrón de conducta, una suerte de estrategia de hostigamiento anormal, de larga duración y que está dirigida específicamente a una persona», teniendo que consistir en más de un acto manifiesto de persecución, no querida por la víctima y que esta perciba como intimidatoria. Esta misma autora afirma que el acoso predatorio, como ella lo denomina, es un 'concepto poroso' de difícil concreción, lo que le lleva a enumerar sus características principales, que ahora resumimos: 1) patrón de conducta insidioso y disruptivo; debe tratarse de una serie de actos concatenados, aunque no existe acuerdo sobre el periodo o la frecuencia que estos deben tener. Pueden ser actos de muy distinta naturaleza y, como regla general, socialmente aceptados, de ser singular o aisladamente analizados. 2) estas conductas se realizan sin consentimiento de la víctima, al margen de su voluntad; 3) la comunicación o aproximación asfixiante y no querida tiene que ser susceptible de generar algún tipo de repercusión si bien existe disparidad de criterio a la hora de fijar la naturaleza de ese efecto: o bien causa un efecto de desasosiego o temor, o bien debe implicar una irrupción en la vida privada del afectado.

Por lo demás, este delito no puede derivar de cualquier comportamiento, sino que se concreta por disposición legal en la realización de alguna de las (cuatro) conductas que de forma abierta enumera el 172 ter CP. Aunque con ello no queden zanjados, ni mucho menos, los problemas de indefinición del comportamiento prohibido ya mencionados. Así: vigilar, perseguir o buscar la cercanía física; contactar o intentar ese contacto a través de cualquier medio de comunicación

o terceras personas; usar indebidamente los datos personales de una persona para adquirir productos, contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella; y atentar contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

En suma, como decía al principio, lo normal será que la figura penal utilizada para castigar supuestos graves de acoso escolar sea el art. 173. 1 CP. Pero también se podrá recurrir a este nuevo delito de acecho cuando determinadas conductas de acoso escolar, por sí solas o combinadas con otras circunstancias, superen las previsiones de ese precepto, por más que el agresor no pertenezca a la comunidad educativa, como cabe imaginar.

4. Acoso en un contexto de discriminación por la orientación sexual

En este apartado se analiza un concreto supuesto de acoso escolar que tiene su origen o razón de ser en la orientación sexual de la víctima, en el sentido más amplio del término.

Se trata de valorar la respuesta penal ante situaciones como las descritas en el protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad (Instrucción de 15 de diciembre de 2016), así como en la Ley 8/2017, integral del reconocimiento de derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana. Estos documentos engloban diversas posibilidades bajo la expresión «realidad trans», siendo que todas ellas no se ajustan a las normas de género binarias establecidas tradicionalmente. Así, se habla de persona transexual, transgénero, expresión de género divergente..., o personas con un desarrollo sexual diferente (DSD), o cualquier otra situación de las identificadas con el colectivo LGBTIQ+.

Por su parte, la Memoria anual sobre la convivencia escolar en la Comunidad Valenciana Curso 2015-2016, al evaluar los planes de convivencia de los centros, refleja que hubo 89 casos de acoso

por homofobia o transfobia de entre los remitidos a las Unidades de Actuación e Intervención. De igual modo, afirma que de los 2484 presuntos casos de acoso escolar en los intervinieron los equipos directivos, 134 podían tener origen homofóbico y/o transfóbico.

Nos encontramos, pues, ante una conducta de *bullying* o *ciberbullying* que agrega un claro componente de discriminación basado en el rechazo a la orientación sexual y/o a la expresión que de la misma pueda hacer la víctima. Y aunque nada impide que podamos hablar, también aquí, de acoso escolar sancionable a través del art. 173.1 CP, lo habitual será que el reproche penal se complete con la aplicación de la agravante genérica de discriminación (contenida en el art. 22.4º CP) y/o con la posible apreciación de un delito de odio, descrito en el art. 510 CP. Todo ello, siempre que concurra la suficiente gravedad para superar el umbral de relevancia penal y dando por hecho que se lleva a cabo la conducta penal descrita en tales preceptos. En especial, en este último artículo, siempre que se cumpla la exigencia de difusión pública y de un claro componente de incitación o expresión al odio hacia estas personas.

Comenzando por la agravante genérica del art. 22,4º CP, cabe recordar que su aplicación implica la presencia de dos elementos, uno objetivo (característica especial que posee la víctima, de entre las enumeradas en el texto penal) y otro subjetivo (que sea tal característica el móvil principal del agresor para elegir a su víctima). Entre tales rasgos se encuentra el sexo y la orientación sexual, como es sabido. Y a ellos se suma ahora razones de género. Con esta modificación se quiere ampliar la protección penal de cualquier persona, abarcando sin importar el concreto ámbito de discriminación que pueda motivar el comportamiento ilícito del agresor.

Esta agravante, más allá de la mala redacción técnica que presenta y, con ella, la dificultad de diferenciar entre sí alguna de los supuestos que recopila, sería la normativa aplicable en casos de acoso escolar por homofobia o transfobia o, en definitiva, a aquellos que tengan por víctima a una persona del colectivo LGTBIQ+, que lo sufren precisamente por su pertenencia a tal grupo y por lo que representan.

La otra posible respuesta penal a estos comportamientos claramente discriminatorios podría ser el denominado delito de odio, contenido en el art. 510 CP. En él, se castiga a quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Para alcanzar esta calificación jurídica, lo que empezó siendo un acoso escolar (castigado como trato degradante, del art. 173.1 en relación con la agravante por discriminación del art. 22.4º CP), tiene que llegar a conformar un discurso público que provoque o incite al odio contra alguno de los grupos que antes se mencionaban. Esto sería posible aunque los comportamientos lesivos estén dirigidos a una sola persona, siempre que esta haya sido elegida por representar o «personalizar» los ataques a ese colectivo. Bien entendido que esta «evolución» de una figura penal a otra no será, ni mucho menos, automática, debiendo apreciarse todos y cada uno de los requisitos típicos exigidos por la ley.

En otras palabras, si un individuo está siendo objeto de acoso, recibiendo todo tipo de tratos vejatorios o humillantes, motivados por su pertenencia al colectivo LGTBIQ+ y, al mismo tiempo, de tales ataques puede inferirse o constatarse que el agresor, con ello, está incitando o fomentando el odio de terceras personas contra ese mismo colectivo (ya sea de forma directa o indirecta), la conducta excederá el mero trato degradante agravado (art. 173.1º en relación con el art. 22.4 CP) y conformará un delito de odio.

Abundando en esta idea, el art. 510.2º letra a) establece pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de cualquier

persona determinada por razón de su pertenencia a un grupo o por su sexo o por su orientación o identidad sexual, por razones de género, entre otros. Comportamiento que debe hacerse, de forma directa o indirecta, pero en público. Entendiendo por tal su realización ante una concurrencia de personas o por algún medio que garantice tal publicidad.

Es obvio que «la publicidad se dará también en las manifestaciones divulgadas mediante las tecnologías de la información y la comunicación, no solo por su exposición en una web o blog de acceso abierto, sino también a través de las redes sociales con acceso restringido a usuarios registrados, siempre que el mensaje pueda ser transmitido a un amplio y relativamente indeterminado número de personas». Todo ello, bajo un móvil discriminatorio y un ánimo de provocación al odio contra el grupo o colectivo al que pertenece (y representa) la víctima concreta (Tamarit, 2016: 1982).

En consecuencia, un supuesto de ciberbullying que cumpliera las premisas descritas generaría, un concurso aparente de normas entre el art. 173.1 CP y el art. 510 CP que, en mi opinión, debería ser resuelto a favor de este último, en aplicación del art. 8.4º CP.

III. Breve referencia al Protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad

Dejando aparte la posible respuesta jurídico penal que pueda corresponder ante los casos más graves de acoso, en los escenarios antes descritos, se hace ahora una breve mención a este protocolo por cuanto completa los ya existentes en la Orden 62/2014 de 28 de julio de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, reguladora de los planes de convivencia en los centros educativos de la Comunidad Valenciana.

En esa Orden se establecían pautas de actuación e intervención que debía seguir el personal docente ante supuestos de violencia escolar. Los procedimientos de intervención previstos son: acoso escolar y

ciberacoso; conductas que alteran la convivencia de forma grave y reincidente; maltrato infantil; violencia de género; y agresiones hacia el profesorado y/o el personal de administración y servicios.

Por otra parte, la Generalitat acaba de aprobar la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana. En ella, entre otras, se prevén determinadas medidas de atención que han de servir para garantizar el respeto a estas identidades o expresiones de género por parte de la comunidad educativa, así como el desarrollo personal del individuo, todo ello desde el máximo respeto a su intimidad. Esa norma también insta a que las administraciones competentes en la protección de la infancia se ocupen de detectar, prevenir y solucionar situaciones de acoso o violencia que puedan sufrir estas personas como consecuencia de la expresión de una identidad de género no normativa o durante el proceso de transición de género.

En concreto, en su art. 22, se define como acoso discriminatorio «cualquier comportamiento o conducta que por razones de identidad o expresión de género, se realice con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una o varias personas y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, ofensivo o segregado».

Por último, se establece que el profesorado del centro actuará siguiendo los pasos establecidos por la Instrucción del 15 de diciembre de 2016 (DOG 27 de diciembre de 2016), que contiene el citado protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad, que establece las actuaciones de prevención, inclusión, protección, sensibilización, acompañamiento y asesoramiento al alumnado trans e intersexual y a sus familias.

Al igual que ocurría con la Orden 62/2014, de 28 de julio, esta Instrucción establece los pasos que el profesorado y equipo directivo deberán seguir ante estas situaciones. Como ya se hizo en su momento con el resto de protocolos citados (García et. al., 2015), con estas líneas se pretende resaltar los aspectos legales más relevantes.

Tal y como se indica en el texto, se aplica a los centros públicos de la Generalitat Valenciana, invitando al resto a que lo hagan suyo igualmente.

Incluye un glosario de términos que facilita su uso (se definen los conceptos de sexo biológico, género, identidad de género, identidad de género divergente, rol de género, orientación sexual, persona trans, persona transexual, proceso de transición o de tránsito, persona transgénero, persona intersexual, con intersexualidades o con un desarrollo sexual diferente, persona cisgénero y transfobia), aunque a efectos legales, el posible acoso (art. 173.1º CP) y/o el posible delito de odio (art. 510 CP) existiría de igual modo, siempre que tuviera su razón de ser en alguna de las situaciones o estados enumerados.

La instrucción dispone que los integrantes del claustro tienen la obligación de intervenir ante cualquier conducta negativa derivada de la expresión de género o de una identidad de género que se aleje del estándar, o por motivo de un desarrollo sexual diferente. En concreto, prosigue el texto, el equipo docente tendrá, entre otras obligaciones, que observar indicios de acoso sobre quien exprese una identidad de género diferente a la asignada socialmente así como informar o investigar seriamente actitudes de rechazo, comportamientos anómalos, posibles casos de acoso, quejas o denuncias.

Por otra parte, al conjunto de la comunidad educativa le pide no ignorar ningún comportamiento constitutivo de acoso por estos motivos, así como informar a las autoridades educativas ante posibles situaciones de acoso.

Resulta muy acertado que ambas peticiones se hagan con la misma rotundidad con la que se les reclama máxima discreción y celo profesional, para así proteger la intimidad y la dignidad de las personas afectadas. Sin duda, este debe ser uno de los principales ejes que guíen cualquier actuación desde el centro.

Pasando ya a la instrucción, a la comunidad educativa también se le solicita que cooperen con el posible expediente disciplinario por acoso por transfobia, así como en informar adecuadamente a

la familia sobre la posibilidad de presentar una denuncia de forma complementaria, si los hechos fueran constitutivos de algún delito.

Esta última previsión debe acogerse con prudencia ya que el personal docente puede, con ello, adentrarse en un contexto extraño y en el que matices o conceptos jurídicos tales como qué es delito y qué no, el umbral de relevancia, tipicidad y conductas delictivas, la titularidad del bien jurídico protegido, posibles acciones legales disponibles, delitos privados y públicos, posición de garante..., entre otros muchos, pueden ser determinantes para tildar su actuación de adecuada o de inadecuada.

Además de ese riesgo, el profesorado asume la carga de tener que contactar (y revelar) información eminentemente personal a la familia del estudiante. Ciertamente es que el protocolo menciona de forma expresa que, previamente, habrá que estudiar, mediante entrevistas al estudiante y a su familia, si en el ámbito familiar existen indicadores de transfobia o de no aceptación de la situación, para evitar un conflicto añadido a la persona víctima de acoso. Pero aun así, se trata de una comunicación, desde mi punto de vista, muy comprometida –y comprometedora– para todos los implicados, dado que se refiere a datos personales sometidos a la máxima protección, por parte de la legislación aplicable.

A su vez, podría tratarse de un conflicto que afecte a derechos personalísimos en los que se dé prioridad a las decisiones del estudiante frente a la de sus progenitores. Si así fuera y concurrieran opiniones familiares enfrentadas entre sí, el esfuerzo de confidencialidad y prudencia deberá ser mayor.

De ahí la conveniencia de contar con asesoramiento jurídico antes de tomar una decisión. Máxime cuando no estamos hablando de hechos indubitados (no tanto por el acoso existente, que será claro y evidente, sino por el motivo que lo genera: la condición sexual concreta que presenta la víctima, en los términos antes expresados).

Insistiendo en las hipotéticas diferencias de opinión entre el estudiante y sus familiares, conviene destacar que, aun siendo menor de edad (por cuanto está escolarizado), le asisten todos sus derechos

fundamentales y, en consecuencia, mantiene la capacidad de ejercerlos conforme mejor considere, como no podría ser de otro modo. Entre ellos se incluye la intimidad, el honor, la propia imagen, o la libertad sexual.

Como es sabido, cuando estamos hablando de derechos de carácter fundamental o «personalísimo», los tribunales tienden a reducir al máximo la participación de los padres y potenciar, correlativamente, la del menor que ostenta esos derechos. En suma, se pretende que sea el titular de esos derechos quien decida, de forma libre, cómo ejercerlos. La asistencia y consejo que pueda obtener de sus progenitores o tutores no dejará de ser eso. Y el criterio para inclinar la balanza cuando exista un conflicto entre ambos será el grado de madurez que tenga el menor en cuestión.

Por eso, ante conflictos graves de acoso transfóbico, la comunicación que se haga a la familia y/o la información que se ofrezca sobre las posibles acciones legales tiene, como decía, gran carga jurídica y debe ser sopesada por los equipos directivos antes de actuar. En mi opinión, esta parte del texto debe interpretarse en términos restrictivos. Si se ha llegado a ese punto es porque el equipo directivo ya ha informado a la Inspección y ésta a su vez puede haber solicitado la intervención de la UAI territorial para decidir si se trasladan esos hechos al ministerio fiscal, para que los valore. Por tanto, el problema en sí ya está encauzado. En ese contexto, no parece adecuado que sea la dirección del centro la que tenga que valorar la conveniencia o no de que la familia realice una denuncia ante las fuerzas de seguridad.

Quizá el equipo docente podría limitarse a informar a la familia afectada sobre los pasos que ha dado el centro en la protección del agredido ante el acoso sufrido, en la averiguación de los hechos y en la decisión final sobre la denuncia de lo ocurrido ante las autoridades. Pero sin asumir ninguna labor de asesoramiento sobre la conveniencia de que la familia, finalmente, denuncie o no los hechos.

Por todo ello, entiendo que el recurso a las Unidades de Actuación e Intervención será, en estos casos, lo más conveniente, sin perjuicio de que los docentes asuman las funciones descritas en la aludida Instrucción.

IV. Bibliografía y fuentes consultadas

- Alonso de Escamilla, A., «El delito de stalking como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades», *La ley penal*, núm. 105, 2013, pp. 1-9.
- Esteve Mallent, L.: *Violencia de género en el código penal español. Análisis del art. 172 ter*. Valencia, 2017.
- Fundación ANAR Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo. *I Informe sobre Bullying*. 2016.
- García González, J.: «Oportunidad criminal, internet y redes sociales: especial referencia a los menores de edad como usuarios más vulnerables», *Indret*, núm. 2, 2015.
- García González, J. (coord.): *El reto de la convivencia escolar*. GVA, 2015.
- García González, J.: «La violencia en el noviazgo: el delito de violencia de género entre adolescentes», en VV. AA., *La violencia de género en la adolescencia*. Aranzadi, 2012, pp. 51-89.
- García, J., Esteve, L.: «La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo código penal español», en Abril, R. (dir.): *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*. Barcelona, Huygens, 2015.
- Generalidad Valenciana, Consellería de Educación: *Memoria anual sobre la convivencia escolar en la Comunidad Valenciana*. Curso 2015-2016.
- Magro Servet, V.: «¿Cómo debe interpretarse la expresión "análoga relación de afectividad aun sin convivencia" en los delitos de violencia de género?», *Revista La Ley Penal*, núm. 112, 2015, pp. 1-11.
- Ministerio de Educación: *Plan estratégico de convivencia escolar*. Centro nacional de Innovación e investigación educativa, 2016.
- Miró Llinars, F.: «Derecho penal, cyberbullying y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 16, 2013, pp. 61-75.
- Palop Belloch, M.: *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género a través de internet. Vulnerabilidad de la menor en sus relaciones de pareja, ciberacoso y derecho al olvido*. Castellón, 2018.

- Tamarit Sumalla, J. M.: «De las torturas y otros delitos contra la intimidad moral», en Quintero, G. (dir.): *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Aranzadi, 2016, pp. 237-256.
- Villacampa Estiarte, C.: «El delito de stalking», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*. Aranzadi, pp. 379-398.

Normativa

- Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana.
- Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios.
- Orden 1/2010, de 3 de mayo, de la Conselleria de Educación y de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se implanta la hoja de notificación de la posible situación de desprotección del menor detectada desde el ámbito educativo en la Comunidad Valenciana y se establece la coordinación interadministrativa para la protección integral de la infancia.
- Orden 62/2014, de 28 de julio, de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, por la que se actualiza la normativa que regula la elaboración de los planes de convivencia en los centros educativos de la Comunidad Valenciana y el establecimiento de los protocolos de actuación e intervención ante supuestos de violencia escolar.
- Instrucción del 15 de diciembre de la Conselleria de Educación, investigación, cultura y deporte sobre Protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad (DOGV 27 de diciembre de 2016).
- Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana

IV. CRÓNICA PARLAMENTARIA



CORTS VALENCIANES

Crónica parlamentaria de les Corts Valencianes

(julio-diciembre 2017)

JOSÉ CARLOS NAVARRO RUIZ

Doctor en Derecho.

Letrado de les Corts Valencianes.

Profesor de Derecho Constitucional
de la Universitat de València.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El Tribunal Constitucional y Les Corts Valencianes: sentencias dictadas y recursos de inconstitucionalidad interpuestos.
- III. Composición de la cámara.
- IV. La función normativa.
 - 1. Leyes aprobadas.
 - 2. Proyectos de ley presentados.
 - 3. Propositiones de ley presentadas.
 - 4. Decretos-leyes convalidados.
- V. La función de control.
 - 1. Preguntas de interés general formuladas al President de la Generalitat.
 - 2. Preguntas con respuesta oral en Pleno.
 - 3. Preguntas con respuesta oral en Comisión.
 - 4. Preguntas con respuesta escrita.
 - 5. Interpelaciones.
- VI. La función de dirección política.
 - 1. Propositiones no de ley de tramitación inmediata.
 - 2. Propositiones no de ley de tramitación especial de urgencia.
 - 3. Propositiones no de ley de tramitación ordinaria.
 - 4. Mociones.
 - 5. Resoluciones aprobadas.
- VII. Instrumentos de información.
 - 1. Comparecencias.
 - 2. Solicitudes de documentación.
- VIII. Conclusión.

I. Introducción

Durante este segundo semestre de 2017 nuestro Parlamento ha seguido la senda de la intensa actividad que le ha caracterizado desde el inicio de la Legislatura: se han celebrado nada menos que sesenta y nueve (69) sesiones de Comisión; y dieciocho (18) sesiones plenarias, incluido el importante (y extenso) Debate de Política General celebrado los días 13 y 14 de septiembre.

Como puede apreciarse en los datos concretos que después se detallan, no sólo se han reunido en un gran número de ocasiones los órganos de trabajo de la Cámara, sino que también si algo ha caracterizado a nuestro Parlamento ha sido su vitalidad en todos los ámbitos de la actividad parlamentaria. Tal vez sí puede apreciarse un matiz diferenciador respecto del inicio de la Legislatura dentro de la referida actividad: una mayor incidencia en su rol de legislador (en su función legislativa), frente a un inicio de Legislatura en que las iniciativas legislativas ni eran tantas ni se tramitaron con tanta celeridad.

Así, en el año 2016 (el primero completo de esta IX Legislatura) se aprobaron 14 leyes (entre los dos periodos de sesiones). Sin embargo, sólo en el primer periodo de sesiones de 2017 se aprobaron 11 leyes, y en el segundo otras 11, con lo que el año concluyó con 22 leyes aprobadas. Normas con rango de ley aprobadas por el Parlamento a las que hay que añadir la convalidación de cinco Decretos-leyes emanados del Consell (que presentó un sexto pero ya se convalidó en enero de 2018). De modo que el año 2017 ha concluido con 27 nuevas normas con rango de ley, y 22 de ellas lo han sido en ejercicio directo de la función legislativa de nuestra Cámara.

Si adoptamos una perspectiva complementaria de la referida función parlamentaria, la conclusión también es la de la extraordinaria vitalidad parlamentaria anteriormente referida: durante el segundo semestre de 2017 se presentaron once (11) Proyectos de ley y cuatro (4) Propositiones de ley. Nótese que en dicho semestre no sólo se incluye el mes de agosto (tradicionalmente de escasa actividad), sino que

también conlleva la tramitación del Proyecto de ley de Presupuestos y del de «acompañamiento»,¹ que tienden a monopolizar la actividad parlamentaria del segundo semestre de todos los años.

Por otra parte, y también como elemento que podemos resaltar como diferenciador de este periodo de sesiones respecto de otros ha sido el crecimiento de la interrelación de nuestro Parlamento con el Tribunal Constitucional. En efecto, en este segundo semestre de 2017 se han dictado nada menos que cuatro sentencias del referido Tribunal (SSTC) relativas a normas con rango de ley aprobadas por nuestra Cámara: las SSTC 103, 123, 141 y 145/2017.

Y también durante dicho periodo se han interpuesto dos recursos de inconstitucionalidad contra dos leyes aprobadas por Les Corts: la de pobreza energética y la de la función social de la vivienda.

Hecha la reflexión general que antecede con carácter introductorio, procede detallar la actividad desarrollada por les Corts durante el periodo objeto del presente trabajo, comenzando por la referida actividad del Tribunal Constitucional que afecta a nuestro Parlamento.

II. El Tribunal Constitucional y les Corts Valencianes: sentencias dictadas y recursos de inconstitucionalidad interpuestos

1. Por lo que se refiere a las sentencias dictadas en este segundo semestre de 2017 que ahora se analiza, y siguiendo su orden cronológico, la primera que se dictó fue la Sentencia 103/2017, de 6 septiembre, por la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados contra el Decreto-ley del

¹ Dicha expresión o la de Proyecto de ley de «medidas» es la forma abreviada de denominar esos Proyectos de ley que se presentan en nuestros Parlamentos conjuntamente con el de Presupuestos (por eso se dice que lo «acompañan») y que aprovechan para modificar un gran número de leyes (a veces más de un par de docenas) y que estrictamente suelen denominarse de «Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera y de Organización de la Generalitat».

Consell de la Generalitat Valenciana 5/2013, de 7 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la prestación del servicio público de radio y televisión de titularidad de la Generalitat. El fallo fue desestimatorio del recurso interpuesto, habiendo formulado voto particular discrepante la magistrada D^a. M^a Luisa Balaguer Callejón.

2. El segundo pronunciamiento del Alto Tribunal en este periodo de julio a diciembre de 2017 fue la Sentencia 123/2017 de 2 noviembre, por la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Popular contra los apartados uno, tres, cuatro, cinco y siete del artículo único y la disposición transitoria única de la Ley valenciana 10/2016, de 28 de octubre, de Modificación de la Ley 9/2010, de 7 de julio, de la Generalitat Valenciana, de Designación de Senadores en representación de la Comunitat Valenciana.

El fallo, de carácter estimatorio, es del siguiente tenor literal:

«...declarar la inconstitucionalidad y nulidad, total o parcial según a continuación se dispone, de los siguientes apartados del artículo único de la Ley 10/2016, de 28 de octubre, «de modificación de la Ley 9/2010, de 7 de julio, de Designación Senadores o Senadoras en Representación de la Comunitat Valenciana»:

1. Apartado uno, en cuanto al inciso «y revocación, en su caso, por el Pleno de Les Corts» que se introduce en el artículo 1 de la Ley 9/2010.
2. Apartado tres, en cuanto al número 3 que se introduce en el artículo 13 de la Ley 9/2010
3. Apartado cuatro, en cuanto al número 5 que se introduce en el artículo 14 de la Ley 9/2010.
4. Apartado cinco, en su integridad (nuevo artículo 14 bis de la Ley 9/2010)
5. Apartado siete, en cuanto a los números 2 y 3 que se introducen en el artículo 16 de la Ley 9/2010».

3. La Sentencia 141/2017 de 30 noviembre, tiene por objeto la misma Ley 10/2016, de 28 de octubre, que se acaba de citar, sólo que en este caso fue el Presidente del Gobierno el recurrente. A pesar de que la representación letrada de Les Corts solicitó la acumulación de este recurso con el anteriormente referenciado, el Tribunal resolvió los recursos independientemente sin pronunciarse siquiera sobre aquella solicitud de acumulación. En concreto, esta STC 141/2017 tiene por objeto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los apartados uno, tres, cuatro, cinco y siete del artículo único y la disposición transitoria única de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2016, de 28 de octubre, de modificación de la Ley 9/2010, de 7 de julio, de la Generalitat Valenciana, de designación de senadores o senadoras en representación de la Comunitat Valenciana.

Y el fallo es el de «Declarar la pérdida de objeto del presente recurso de inconstitucionalidad» por haber declarado nulos los preceptos impugnados en la STC 123/2017. Obvia el Tribunal, sin embargo, que al no haber acumulado los recursos relativos a los mismos preceptos de la Ley autonómica, las alegaciones que formuló la representación letrada de les Corts al primer recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta senadores (como las que formuló la Abogacía de la Generalitat) no fueron las mismas que las que se formularon en relación con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, habida cuenta que los argumentos empleados en uno y otro recurso no fueron los mismos, con lo que quedaron sin respuesta los argumentos adicionales que defendían la constitucionalidad de la ley autonómica y que se detallaron con ocasión del segundo recurso de inconstitucionalidad que, como se ha expuesto, no se resolvió en cuanto al fondo del asunto.

4. La cuarta y última sentencia dictada en este periodo es la Sentencia 145/2017 de 14 diciembre, por la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno contra el Decreto-ley del Consell de la Generalitat 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana. El fallo fue estimatorio, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, citado. A dicha Sentencia se formularon dos votos particulares: uno suscrito por los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón; y otro firmado por el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez.

5. Por lo que se refiere a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra leyes aprobadas por nuestro Parlamento, en este periodo de julio a diciembre de 2017 se han formulado dos, y en ambos casos por el Presidente del Gobierno por razones competenciales.

Así, mediante Providencia de 28 noviembre 2017 el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno y, en su representación y defensa, por el Abogado del Estado, contra los arts. 5.3 (letra b); 6.1, en la medida en que establece la acción pública frente a los a los órganos jurisdiccionales; 12; 13; 14; 15; 16; 18; 19; 23, en relación exclusivamente con el suministro de gas y electricidad (apartados 3 y 5); 30; 31; 33 (apartado 2 y apartado 3, letras b y g); Anexo I y Anexo II de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, de función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana.

La representación Letrada de esta Cámara, al igual que la Abogacía de la Generalitat, formuló alegaciones en dicho procedimiento defendiendo la constitucionalidad de la norma autonómica impugnada.

6. Y mediante otra Providencia del Tribunal Constitucional de la misma fecha (28 de noviembre de 2017) se admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra el artículo 3, en lo relativo al suministro de electricidad y gas de la Ley valenciana 3/2017, de 3 de febrero, para paliar y reducir la pobreza energética en la Comunitat Valenciana.

Cabe significar que los motivos aducidos por la Abogacía del Estado para fundamentar la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 2/2017 en el recurso reseñado en el apartado II.5 anterior son reproducción literal de los contenidos en el recurso al que ahora nos referimos contra la Ley 3/2017.

La representación letrada de Les Corts formuló alegaciones detallando los motivos por los que estima constitucional la Ley 3/2017, de pobreza energética, al haber respetado la distribución competencial con el Estado en materia de energía eléctrica y de gas, remitiendo dicho escrito de alegaciones no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la Abogacía de la Generalitat por si estimaba útil emplear dichos argumentos.

III. Composición de la cámara

Por lo que respecta a la composición de la Cámara debemos destacar la baja de una diputada del Grupo Parlamentario Podemos-Podem: D^a. Sandra Mínguez Corral, que presentó su dimisión como parlamentaria, y la entrada en su lugar de D. Jordi Alamán Tabero. Cambio que afectó lógicamente al Pleno de la Cámara, pero que comportó también ciertos reajustes en las Comisiones de las que aquélla formaba parte.

Además de aquella baja en el Pleno se ha producido la baja de veintiocho (28) diputados en diversas Comisiones de les Corts, de cuatro (4) parlamentarios en la Diputación Permanente y de tres (3) en la Junta de Síndics durante este segundo semestre de 2017.

Y, correlativamente, se ha producido, además de aquella alta en el Pleno, un total de cuarenta y tres (43) altas en diversas Comisiones Parlamentarias, de cuatro (4) parlamentarios en la Diputación Permanente y de tres (3) en la Junta de Síndics en este periodo.

IV. La función normativa

Dentro de esta función de la Cámara podemos distinguir, con la finalidad de dar detallada cuenta de la actividad que ha desplegado en el periodo analizado las Leyes aprobadas; los Proyectos de ley remitidos por el Gobierno durante dicho periodo; las Propositiones de ley presentadas por los Grupos Parlamentarios y cuya tramitación se ha iniciado durante él; y, finalmente, los Decretos leyes aprobados por el Consell que han precisado su convalidación parlamentaria durante este segundo semestre de 2017.

1. Leyes aprobadas

En cuanto a las leyes aprobadas a las que anteriormente nos hemos referido, su detalle es el siguiente:

- Ley 12/2017, de 02.11.2017, de modificación de las leyes reguladoras de las instituciones de la Generalitat para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en sus órganos. (DOGV 8166/09.11.2017)
- Ley 13/2017, de 08.11.2017, del Taxi de la Comunitat Valenciana. (DOGV 8167/10.11.2017)
- Ley 14/2017, de 10.11.2017, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana. (DOGV 8168/16.11.2017)
- Ley 15/2017, de 10.11.2017, de políticas integrales de juventud. (DOGV 8168/16.11.2017)
- Ley 16/2017, de 10.11.2017, de modificación de la Ley de la Generalitat Valenciana 6/1985, de 11 de mayo, de Sindicatura de Comptes. (DOGV 8169/14.11.2017)

- Ley 17/2017, de 13.12.2017, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana. (DOGV 8191/15.12.2017)
- Ley 18/2017, de 14.12.2017, de cooperación y desarrollo sostenible. (DOGV 8191/15.12.2017)
- Ley 19/2017, de 20.12.2017, de renta valenciana de inclusión. (DOGV 8196/22.12.2017)
- Ley 20/2017, de 28.12.2017, de la Generalitat, de tasas. (DOGV 8202/30.12.2017)
- Ley 21/2017, de 28.12.2017, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat. (DOGV 8202/30.12.2017)
- Ley 22/2017, de 29.12.2017, de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2018. (DOGV 8202/30.12.2017).

Algunas de esas Leyes son fruto de la aprobación, durante el propio periodo de sesiones, de Proyectos de ley remitidos por el Consell o de Propositiones de ley presentadas por los Grupos Parlamentarios, aunque algunos de estos Proyectos o Propositiones serán, en su caso, aprobados en el siguiente periodo de sesiones (febrero-junio de 2018) o ulteriores, por lo que procede dar cuenta ahora, para tener un cabal conocimiento de las iniciativas legislativas habidas, proceder a detallarlas:

2. *Proyectos de ley*

Respecto a los proyectos de ley presentados desde julio hasta diciembre de 2017, han sido los siguientes:

- Proyecto de ley, de la Generalitat, de la Huerta de Valencia
- Proyecto de ley, de la Generalitat, de renta valenciana de inclusión
- Proyecto de ley, de la Generalitat, de Tasas
- Proyecto de ley, de la Generalitat, de modificación de la Ley 10/2014, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana
- Proyecto de ley, de la Generalitat, de Seguridad Ferroviaria
- Proyecto de ley de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera y de Organización de la Generalitat

- Proyecto de ley, de la Generalitat, de creación del Consejo del Audiovisual de la Comunitat Valenciana (CACV)
 - Proyecto de ley, de la Generalitat, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana
 - Proyecto de ley, de la Generalitat, de gestión, modernización y promoción de las áreas industriales de la Comunitat Valenciana
 - Proyecto de ley, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social
 - Proyecto de ley, de la Generalitat, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida
 - Proyecto de ley, de la Generalitat, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida
- Algunos de dichos Proyectos de ley, como puede cotejarse con la relación anteriormente reseñada, han sido aprobados durante el mismo periodo de sesiones, otros lo han sido ya en el momento de redactar estas líneas (abril de 2018), y otros están aún tramitándose.

3. Proposiciones de ley

Por lo que respecta a las proposiciones de ley presentadas, la relación es la que sigue:

- Proposición de ley de modificació de la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el estatuto de las personas con discapacidad
- Proposición de ley por la que se regula y promueve el plurilingüismo en el sistema educativo valenciano
- Proposición de ley de reforma de los artículos 6, 7 y 8 y la inclusión del título V de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias
- Proposición de ley de modificación de la Ley 7/2015, de 2 de abril, de participación y colaboración institucional de las organizaciones sindicales y empresariales representativas en la Comunitat Valenciana

4. Decretos-leyes

Y, finalmente, en relación con la función normativa, cabe reseñar que los decretos-leyes convalidados durante el referido periodo julio-diciembre de 2017 han sido los siguientes:

- Decreto ley 2/2017, de 14 de julio, del Consell, por el que se modifica la Ley 14/2016, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para 2017.
- Decreto ley 3/2017, de 1 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la aplicación, durante el curso 2017-2018, de los proyectos lingüísticos de centro.
- Decreto ley 4/2017, de 8 de septiembre, del Consell, por el que se modifica la Ley 14/2016, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para 2017.
- Decreto ley 5/2017, de 20 de octubre, del Consell, por el que se establece el régimen jurídico de cooperación entre la Generalitat y las administraciones locales de la Comunitat para la construcción, ampliación, adecuación, reforma y equipamiento de los centros docentes públicos de la Generalitat.
- Decreto ley 6/2017, de 1 de diciembre, del Consell, para la constitución de dos fondos sin personalidad jurídica para la gestión de los instrumentos financieros de los programas operativos FEDER y FSE de la Comunitat Valenciana 2014-2020.

V. La función de control

La función de control² se ejerce mediante diversos instrumentos: preguntas (que pueden ser con respuesta escrita, con respuesta

² Es conocida la discrepancia doctrinal respecto al concepto de «control parlamentario». Sin que sea éste el lugar para entrar a analizar dicho debate, basta significar que empleamos dicha expresión como control parlamentario «ordinario», distinto del que algunos autores denominan «extraordinario» y otros, entre los que nos encontramos, como «mecanismos de exigencia de responsabilidad política», y que se diferencian de aquéllos porque son los únicos que llevan aparejada una consecuencia jurídica: la caída del Gobierno: nos referimos a la moción de censura y la cuestión de confianza. Esta fue la tesis que en nuestro país comenzó defendiendo con más insistencia el malogrado Prof. Joaquín García Morillo: cfr. *El control parlamentario*, 1984, *pássim*.

oral en comisión, con respuesta oral en pleno y, dentro de éstas, las que se formulan de interés general al President de la Generalitat) e interpelaciones. No podemos desconocer que en algunas ocasiones las Propositiones no de ley, o incluso las comparecencias se emplean con una finalidad de control, pero que se utilicen con dicho fin no hace que, estrictamente, se diseñaran para ello, por lo que no las incluiremos en este apartado.

1. Preguntas de interés general formuladas al President de la Generalitat

Desde julio a diciembre de 2017 se han formulado en total 16 preguntas de interés general al President de la Generalitat. Como es sabido, el Grupo Parlamentario socialista renunció en esta Legislatura a hacer uso de este instrumento de control, por lo que, pudiendo formularlas sólo los Grupos Parlamentarios han correspondido cuatro a cada uno de los restantes: Popular, Compromís, Podemos y Ciudadanos.

2. Preguntas con respuesta oral en Pleno

Se han presentado en total 167 preguntas al Gobierno en sesión plenaria, de las que fueron contestadas 46, 2 fueron retiradas y 119 decayeron. El detalle de las presentadas es el siguiente:

GP Popular	34
GP Socialista	40
GP Compromís	38
GP Podemos-Podem	15
GP Ciudadanos	15
No adscritos	25

3. Preguntas con respuesta oral en Comisión

En cuanto a las preguntas con respuesta oral en Comisión se formularon 30. Una de ellas fue retirada. Y las 29 restantes fueron respondidas pero por escrito, al reconvertirse en preguntas con respuesta escrita al finalizar el periodo de sesiones sin haberse sustanciado (artículo 156.5 del Reglamento de les Corts).

El detalle de los Grupos Parlamentarios que las formularon es el siguiente:

GP Popular	20
GP Socialista	1
GP Compromís	3
GP Ciudadanos	2
No Adscritos	4

4. Preguntas con respuesta escrita

El total de preguntas que se formularon en el periodo del que se da cuenta en este trabajo fue de 4.166, de las que fueron contestadas 2.157. El detalle es el siguiente:

GP Popular	2339
GP Socialista	67
GP Compromís	81
GP Podemos	111
GP Ciudadanos	1479
No adscritos	89
Contestadas	2157
Retiradas	6
Caducadas	2001
No admitidas a trámite	2

5. Interpelaciones

Desde julio a diciembre de 2017 se formularon 21 interpelaciones, de las que se sustanciaron 6 y las otras 15 decayeron al finalizar el periodo de sesiones.

El detalle de los Grupos Parlamentarios que las formularon es el que sigue:

GP Popular	10
GP Ciudadanos	3
GP Podemos-Podem	8

VI. La función de dirección política

Son diversos los instrumentos de dirección política de que dispone el Parlamento, y aunque reciben diversos nombres (y, correlativamente, se articulan a través de diversos procedimientos), tienen todos ellos la misma finalidad: la fijación de la posición de la Cámara respecto a una materia concreta. El detalle del uso de los instrumentos de dirección política de que disponen les Corts durante el periodo julio-diciembre 2017 es el siguiente:

1. Propositiones no de ley de tramitación inmediata

En este periodo de sesiones se ha presentado una (1) Proposición no de ley (PNL) de tramitación inmediata que, como dispone el Reglamento de les Corts (art. 161.5), deben ir firmadas por todos los Grupos Parlamentarios, siendo, en buena lógica, aprobada.

2. Propositiones no de ley de tramitación especial de urgencia

El total de PNL de este tipo presentadas ha sido de 44, habiendo sido aprobadas sólo dos (2). Una de estas PNL se transformó en la PNL de

tramitación inmediata que se ha reflejado en el apartado anterior, y que también se aprobó, aunque con tal carácter. Otras dos (2) fueron retiradas, dos (2) fueron rechazadas y treinta y seis (36) caducaron.

El detalle de los Grupos Parlamentarios que las presentaron es el que se refleja en el cuadro que sigue:

GP Popular	14
GP Socialista	13
GP Compromís	4
GP Podemos-Podem	3
GP Ciudadanos	6
No Adscrito	1
GP Podemos-Podem + GP Compromís	1
GP Socialista + GP Compromís – GP Podemos-Podem + GP Ciudadanos + No Adscritos	1
Todos	1

3. Proposiciones no de ley de tramitación ordinaria

Las PNL de este tipo que se han presentado en el periodo analizado ha sido de ochenta (80), habiendo quedado aprobadas 13, 62 decayeron al finalizar el periodo de sesiones, fueron rechazadas 2, y una fue retirada. Los GG. PP. que las presentaron fueron los siguientes:

GP Popular	19
GP Socialista	17
GP Compromís	17
GP Podemos	7
GP Ciudadanos	11
No adscritos	7
GP Compromís+GP Socialista+GP Podemos Podem	1
Todos	1

4. Mociones

Se presentaron un total de ocho (8) mociones, aprobándose la mitad (4) y decayendo las restantes (4). El detalle de qué GG.PP. las presentaron es el siguiente:

GP Popular	2
GP Ciudadanos	1
GP Podemos-Podem	5

5. Resoluciones aprobadas

Como consecuencia de la aprobación de alguno de los instrumentos de dirección política anteriormente referenciados (sea PNL ó mociones) se han aprobado un total de 290 Resoluciones, con el siguiente desglose:

- 235 Resoluciones fueron aprobadas en Pleno
- Y 55 Resoluciones lo fueron en Comisión

VII. Instrumentos de información

Aunque las preguntas parlamentarias también pueden utilizarse en ocasiones con una finalidad de información,³ incluiremos en este apartado los instrumentos parlamentarios que comúnmente suelen encuadrarse en dicho apartado: las comparecencias y las solicitudes de documentación.

1. Comparecencias

Durante el periodo julio-diciembre 2017 se han solicitado 110 comparecencias del Gobierno, de las que se han sustanciado 16

³ De hecho, algunos autores como Fernando Santaolalla las incluye entre los instrumentos de información: cfr. *Derecho Parlamentario Español*, 2ª. ed., pp. 441 y ss.

(todas ellas en Comisión), 6 fueron retiradas, 9 no fueron admitidas a trámite y 79 quedaron caducadas al finalizar el periodo de sesiones.

El detalle de los GG. PP. que las solicitaron es el siguiente:

GP Popular	36
GP Socialista	15
GP Compromís	5
GP Podemos-Podem	11
GP Ciudadanos	18
Petición propia	25

2. Solicitudes de documentación

Durante el periodo que ahora analizamos se formularon 3.358 solicitudes de documentación, habiéndose cumplimentado dichas solicitudes en 3.093 casos

VIII. Conclusión

Los datos que anteceden dan buena prueba, como anticipábamos al inicio de este trabajo, de la intensa actividad que nuestro Parlamento ha desarrollado durante el segundo semestre de 2017. Y que, tal vez como rasgo diferenciador respecto del inicio de la Legislatura, puede apreciarse un incremento de la tarea legislativa. Como también puede constatare una mayor interrelación con el Tribunal Constitucional, habida cuenta las cuatro Sentencias dictadas durante este periodo, así como los dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos ante él por el Presidente del Gobierno contra dos leyes aprobadas por Les Corts.

V. LIBROS



CORTS VALENCIANES

Recensión a

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio: El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio, Madrid, Iustel, 2017, 494 páginas (prólogo de Santiago Muñoz Machado).

MARTA PÉREZ GABALDÓN

Profesora Adjunta de Ciencia Política.

Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas de la
Universidad CEU-Cardenal Herrera. CEU Universities.

A principios de 2018 cayó en mis manos la obra *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, del Prof. Ignacio Astarloa, y a las pocas semanas ya me hallaba hablando sobre ella en un aula, invitando a los alumnos y a las alumnas allí presentes a reflexionar sobre el papel del Parlamento en las democracias representativas. Esto es solo una muestra de cómo lo contenido en la citada obra se trata de una cuestión de necesario conocimiento por académicos, *practitioners* y, por supuesto, ciudadanía en general.

En este nuevo trabajo, el autor hace un verdadero llamamiento a la cordura a fin de afrontar la realidad de la institución parlamentaria: entierra tópicos, descubre y sistematiza los verdaderos problemas de la institución, y plantea la solución más adecuada a los mismos que no es otra que la introducción de reformas para adecuarla a las necesidades de la actual democracia representativa. Somos conscientes de que este proceso de cambio no va a ser nada fácil dado que, como se ve a lo

largo de la obra, requiere de la capacidad para aunar esfuerzos y de la toma de conciencia por parte de todos los actores políticos y sociales implicados sobre su carácter necesario, profundo e inaplazable.

Tras esta mínima presentación, resulta imprescindible por mi parte realizar una tarea no solo necesaria sino también de todo punto interesante y gratificante como es la de incidir en los motivos que, desde mi más que humilde punto de vista, hacen de esta una más que recomendable lectura. Esto es debido, esencialmente, a la confluencia de una serie de factores o motivos que paso a exponer, siquiera someramente, a continuación:

En primer lugar, y como no escapa al lector o lectora de estas líneas, estamos ante una obra de indudable idoneidad y oportunidad social, política y jurídica. Esto es así, no solo por cuanto era necesario un análisis objetivo, realista y minucioso que acercase a todos los sectores sociales una realidad en muchos casos desconocida, sino por el momento en el que llega esta obra. Sí, ahora. Ahora cuando hemos visto tambalear los cimientos de nuestra democracia representativa; cuando la crisis ha traspasado la realidad económica para afectar a las estructuras políticas y sociales; cuando la ciudadanía ha exteriorizado hasta la saciedad su descontento con las instituciones democráticas a través del famoso «no nos representan»; cuando la institución parlamentaria parece en muchas ocasiones funcionar a unos ritmos inadecuados para responder a las necesidades y demandas de la sociedad a la que sí representa; y cuando los numerosos casos de descrédito político han acabado por dañar y perjudicar también la imagen de esta institución, aun cuando en muchos casos tales malas prácticas se realizaban al margen de la sede parlamentaria. En medio de todo esto es cuando más necesaria se torna una exposición cabal, razonada y sincera, planteada desde el conocimiento y no desde las ideologías o desde los sentimientos; en medio de todo esto es cuando más cabe reclamar y llamar la atención sobre la necesidad de robustecer la figura del Parlamento como depositario de la soberanía del pueblo y como encargado de garantizar el marco legal de convivencia de la comunidad política.

Ante tal contexto, el autor hace una más que necesaria reivindicación de la institución parlamentaria, siendo capaz de detectar sus problemas y de proponer soluciones pues «sin un buen diagnóstico es imposible que haya tratamiento» (p. 24). De ahí lo oportuno que resulta este un minucioso y sesudo análisis del estado actual del Parlamento, huyendo de sucumbir a los tópicos que imperan en el imaginario colectivo.

En segundo lugar, estamos ante un estudio muy bien trabajado y documentado, lo que evidencia un trabajo sumamente metódico y cuidadoso por parte de su autor. En este sentido, la obra presenta un manejo de fuentes y documentación abrumador. El Profesor Astarloa se desenvuelve con total soltura manejando una ingente cantidad de documentación que evidencia su gran conocimiento no solo de la historia política y constitucional y de los grandes autores del pensamiento político clásico (Sieyes, Locke, Burke, Tocqueville, Montesquieu, Bentham, etc.), sino también de los autores de referencia del Derecho Constitucional español (Aragón Reyes, Torres del Moral, Jiménez de Parga, etc.) o de la Ciencia Política contemporánea (Sartori, Pasquino, Linz, Vallespín, Villoria, García Guitián, etc.). Asimismo, todas esas fuentes se combinan con los textos primarios de naturaleza jurídica, tanto de Cortes Generales como de los Parlamentos Autonómicos, ámbito en el que también muestra un más que amplísimo conocimiento y dominio, como no podría ser de otra forma.

Además, el autor no solo maneja una pluralidad de fuentes inmensa con una más que palmaria solvencia, sino que muestra tener una capacidad titánica para analizar, clasificar, clarificar y sistematizar ideas, realidad esta que ayuda a que su obra sea apta para un público sumamente variado. De un lado, facilita que los lectores noveles puedan entender su argumentario de una manera bastante sencilla. De otro lado, guía a lectores con amplios conocimientos en la materia a poder ordenar un cúmulo de ideas que, probablemente, tenga de forma dispersa y un tanto caótica en su mente, facilitando con ello si se quiere una transmisión de las mismas mucho más sencilla. Como

bien sabemos todos aquellos que dedicamos ímprobos esfuerzos a la docencia –incluido el propio autor–, esta es una capacidad hoy a veces poco reconocida y valorada, pero que precisa ser ensalzada.

El tercer motivo pivota en torno al amplísimo conocimiento que el Prof. Astarloa tiene de la institución. Como es bien sabido, estamos ante una persona que ha sido Letrado del Parlamento Vasco y Diputado del Congreso de los Diputados durante la VIII, la IX y la X Legislatura, y que actualmente ejerce como Letrado de Cortes Generales y como Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pontificia de Comillas, actividades que siempre ha compaginado con su labor investigadora. Todo esto da muestras de los motivos por los que se trataba de la persona idónea para realizar el análisis que presenta su obra, por cuanto cuenta con el conocimiento de la institución tanto desde dentro (por su antigua condición de Diputado y su actual posición como Letrado) como desde fuera (por su perfil académico), haciendo con ello factible un análisis objetivo y profundo.

El último motivo para recomendar esta obra, y por ello no menos importante, refiere a la calidad de la propia obra en la que el autor realiza un minucioso estudio de la situación actual en la que se encuentra la institución parlamentaria, sin pasar por alto la evolución histórica de la misma, a fin de poder diagnosticar los principales problemas y retos del Parlamento y, una vez Astarloa realiza esa magnífica foto del *status quo* actual, procede a plantear las posibles reformas que se podrían acometer en la institución. A tal fin, la obra tiene una estructura perfectamente ordenada, compuesta por un total de 8 capítulos en los que el autor desgana no solo las vicisitudes que han marcado el devenir de la institución, sino también aquellos intentos de reforma que se han sucedido desde los años 80 del siglo XX. Todo ello orientado a plantear aquellas reformas que, desde el rigor académico y profesional que le acompañan, considera que pueden mejorar la organización y el funcionamiento del Parlamento.

El capítulo I realiza una maravillosa introducción al propósito de la obra, logrando fidelizar al lector con la idea de que la pretensión de

la obra no es la de difamar o desacreditar al Parlamento, sino construir los mimbres teóricos necesarios para una reforma en la práctica. Precisamente por ello, y partiendo de los datos que evidencian la progresiva pérdida de confianza que los ciudadanos tienen respecto de la institución, potenciada por la reciente crisis política e institucional, el Profesor Astarloa plantea la necesidad de realizar una crítica constructiva orientada a detectar aquellos elementos necesitados de mejora y cuya reforma permitirá robustecer al Parlamento dentro de la democracia representativa y, a su vez, mejorar la percepción de la misma por parte de la ciudadanía.

Por su parte, el capítulo II centra su atención en desterrar los grandes mitos que planean sobre el Parlamento y para ello comienza afirmando que «ni cualquier tiempo pasado fue mejor ni nuestras Cortes son un caso perdido en comparación con los demás Parlamentos. De la crisis del Parlamento se viene hablando desde sus orígenes y las opiniones públicas de todos los países tienen idénticamente a sus Parlamentos en el punto de mira y de crítica» (p. 37).

En consecuencia, su primera afirmación es que cualquier tiempo pasado no fue mejor. Para sustentar la misma, el autor hace un magnífico recorrido por la teoría política liberal y la historia del Parlamento, así como de dicha institución en la historia del constitucionalismo español, para evidenciar que, ciertamente, no hay un modelo canónico o ideal imperante que pueda ser trasladado a cualquier contexto y que tampoco hay una edad de oro del Parlamento.

Sea como fuere, lo cierto es que el Parlamento jamás ha sido considerado a la altura de las expectativas puestas en él, de modo que siempre ha sido criticado en basa a la insatisfacción generada en torno a él. Críticas al Parlamento español vertidas también en la que algunos consideran su época dorada y que, como bien señala Astarloa recurriendo a lo expresado por Azcarate en 1885, bien podrían ser traídas a nuestros días cuando apunta a los vicios y corruptelas que han pervertido el parlamentarismo en la praxis, llevándolo al descrédito (pp. 83 a 86).

Sin embargo, y a pesar de los constantes ataques que la opinión pública y los expertos vierten sobre el Parlamento, el autor quiere dejar patente que, a pesar de todos los lastres y problemas de la institución a lo largo de la historia, el balance de la evolución de la institución en los últimos doscientos años es más que positivo. Esto se debe

1. a que ha habido una mejora sustancial en lo relativo a la representación, la legitimidad y la responsabilidad;
2. a que hay factores que históricamente habían sido problemáticos y que a día de hoy se han solventado (la continuidad, la frecuencia de las sesiones, el autogobierno, la organización del trabajo, la publicidad, aumento de las funciones, etc.);
3. a que incluso Estados alejados del ideal de la democracia representativa cuentan con un Parlamento que facilite una cierta fachada; y
4. a que se produce una cierta parlamentarización de la actividad de todas las instituciones públicas y privadas del mundo Occidental.

La segunda afirmación que plantea es que el Parlamento español no desmerece en los análisis comparados. Para demostrar esta hipótesis, el autor recurre al Derecho Comparado y analiza minuciosamente la situación en Reino Unido, Francia e Italia, así como también aporta información relevante sobre los casos de Bélgica, Alemania y Estados Unidos. De dicho estudio se desprende que

1. aunque cada Parlamento es hijo de su tiempo y lugar, todos los Parlamentos tienen una serie de problemas en común (la partidocracia y la disciplina de partidos, la transparencia, la comunicación, la falta de autonomía del diputado, etc.), que son el foco de la crítica, sin que en muchas ocasiones se ponga el acento en cómo hacer frente a dichos problemas; y
2. la fuerza o debilidad del Parlamento es independiente de la forma de Gobierno pues en un sistema parlamentario hay que hallar el equilibrio entre la estabilidad gubernamental y el control parlamentario, mientras que en el sistema presidencial hay que

buscar el apoyo parlamentario a las propuestas legislativas del Presidente e incorporar el control del Gobierno.

En definitiva, de este capítulo se desprende la necesidad de profundizar en los problemas y los retos del Parlamento despojándonos de las creencias populares en torno a la institución. Si y solo si somos capaces de ello, podremos entrar a analizar la realidad de la institución sin el tamiz negativo que lleva aparejado la tenencia de prejuicios infundados.

El capítulo III entra de lleno a exponer los principales problemas y retos que el Parlamento tiene en la actualidad. Con el objetivo de sistematizar y clarificar la comprensión de los mismos por parte del lector, Astarloa tiene a bien organizar el capítulo en torno a tres grandes ejes:

- lo que denomina «los problemas heredados del pasado», para hacer referencia a aquellas grandes encrucijadas históricas para el Parlamento, donde destaca: la instrumentalización del Parlamento al entender que las fuerzas políticas acuden a sede parlamentaria para defender lo propio y no para defender el interés general o preocuparse por fortalecer el Parlamento como institución; las debilidades de la representación que hacen que se planteen propuestas alternativas a la democracia representativa; el excesivo protagonismo de los partidos dado que «Parlamento moderno no es posible sin partidos, pero estos han transformado radicalmente su organización, procedimientos, debates y funciones» (p. 31), lo que puede tener efectos positivos y negativos (por ejemplo, destaca el autor, cómo la existencia de los Grupos Parlamentarios facilita el trabajo en la institución pero, a su vez, anula la voz del diputado individual); la dictadura de la mayoría que, ligada a la disciplina de voto imperante, puede llegar a anular el papel de las minorías cuando no hay tendencia a la búsqueda de consensos e, incluso, a debilitar la función de control del Gobierno que tiene atribuida el Parlamento; la preeminencia del ejecutivo sobre el legislativo dado el papel del primero en las políticas del Estado social; la escasez de medios y las reducidas dimensiones del Parlamento para hacer

frente a todas sus funciones; y la impronta de la presencia de los medios de comunicación en el devenir de la actividad parlamentaria y la información política.

- los llamados «desafíos del siglo XXI», donde el autor incluye los principales retos que las sociedades democráticas contemporáneas plantean a los Parlamentos: la creciente complejidad social y de los asuntos públicos, que hacen que la transitoriedad y la inestabilidad de las decisiones estén a la orden del día, en contraste con la imagen de lentitud y falta de agilidad del Parlamento, llevando a las instituciones a actuar en base al sistema de ensayo-error; la globalización y la integración que, ligadas a la idea de gobernanza multinivel, hacen que la interdependencia y la cooperación entre los Estados sean uno de los grandes retos mundiales; la revolución tecnológica y la posibilidad de contacto directo con los ciudadanos a través de las redes sociales, sin necesidad de intermediario, está modificando y simplificando la forma del discurso político, así como también dando pie a que aparezcan alternativas como la democracia electrónica y el activismo digital; lo que Pasquino denominó la democracia exigente, esto es, la demanda de respuestas rápidas y satisfactorias por parte de las instituciones a los problemas y necesidades que plantean sus ciudadanos, pues en caso de no darse se genera en estos una sensación de insatisfacción; los excesos de la racionalización del parlamentarismo que lleva a garantizar una mayor estabilidad del Gobierno a costa de debilitar a la institución parlamentaria; el control judicial del Parlamento, a través tanto del Tribunal Constitucional como de los tribunales ordinarios; el predominio de la cantidad sobre la calidad de la actividad parlamentaria; la pérdida del valor social y político de la deliberación, pues la ciudadanía precisa de respuestas y soluciones rápidas que deben huir de grandes debates que las retrasen, y además hay una tendencia del discurso político a la simplicidad y a la priorización de las emociones para llegar al electorado;

la presencia de conductas reprobables de sus miembros y la corrupción, lo que daña la imagen de la institución.

- los problemas relacionados con la devaluación de la función legislativa que, tanto en lo relativo al procedimiento como al fondo, van a venir marcadas por el contexto del Parlamento al que el autor ha aludido en los apartados relativos a los problemas heredados y los retos del siglo XXI.

En el capítulo IV, llamado «Una apuesta por la reforma del Parlamento», el autor pone las cartas sobre la mesa. De esta forma, en lugar de ahondar en la crítica a la institución, apuesta por «la opción reformadora, que plantea la necesidad de dejar de insistir en una descripción tópica que no lleva sino a la inautenticidad y a la frustración, y la conveniencia de resituarse al Parlamento como institución operativa de la democracia sobre unas nuevas bases, adaptadas a las características de este tiempo histórico y a las perspectivas deseables de futuro de la democracia. La alternativa, el inmovilismo institucional, sería letal, sin que sirva para nada una autoafirmación institucional de resistencia» (p. 197). Con esta afirmación, el autor hace una clara apuesta por huir de las opciones destructivas de las instituciones democráticas y se muestra partidario de reformar y adaptar el Parlamento en aquellos aspectos necesitados de mejora, asumiendo a su vez que la institución cuenta igualmente con innumerables elementos positivos que deben permanecer en la organización y funcionamiento de la misma, aunque deban sufrir algunos retoques.

Para llegar a este punto, Astarloa no duda en analizar y rechazar las opciones reformadoras de corte populista orientadas a la creación de un nuevo orden, por considerarlas simplistas y emocionalistas; las que abogan por una vuelta a la democracia directa, por considerarlas poco realistas teniendo en cuenta la realidad de las comunidades políticas actuales; y las que optan por una democracia digital, debido a las características de la red (ciberataques, *fake news*, brecha digital, etc.). Una vez hecho esto, se reafirma en la apuesta por la democracia representativa apoyada en un Parlamento fuerte, revitalizado y

reactualizado. Esto es esencial para la buena salud de un sistema democrático pues, como se desprende de lo expuesto por el autor, el Parlamento significa una garantía para la limitación del poder y evitar su concentración, para la formación de la voluntad de la comunidad política y como expresión del pluralismo político, para la deliberación de los asuntos públicos y para garantizar la discusión sobre los mismos dando voz a las mayorías y a las minorías, para la representación, para la legitimidad de las decisiones políticas, etc. Por ello, como bien señala, «se trata de podar el árbol, no de talarlo» (p. 198).

El autor acaba por plantearse, llegado a este punto, qué es lo que se debe reformar para tener un Parlamento mejor y plantea que tiene que darse un cambio de fondo, que afecte tanto al contenido como al método o forma de proceder. En cuanto al contenido, considera esencial hallar un cierto equilibrio entre el Grupo Parlamentario y el parlamentario individual, que el Parlamento haga lo que le corresponde y lo haga de manera adecuada (lo que conlleva, obviamente, la necesidad de un rediseño de la organización, procedimientos y métodos de trabajo), y que el Parlamento conecte con el ciudadano, siendo esencial para todo ello que los cambios se produzcan no solo a nivel normativo sino también a nivel conductual. En cuanto al método, considera esencial que la actividad parlamentaria se reformule de manera planificada y con visión integral, desde una perspectiva realista que atienda al momento en el que nos encontramos actualmente. Estas reformas necesitan pues de un cambio cultural, lo que es difícil, entre otros motivos, por la necesidad de voluntad política para que se produzca.

El capítulo V centra la atención en aquellas propuestas de reforma del Congreso de los Diputados que, desde la elaboración de su Reglamento en 1982, han culminado con éxito. El análisis de las mismas que hace Astarloa parte de una merecida puesta en valor de los textos reglamentarios del Congreso y del Senado, pues ambos han servido para, con las sucesivas reformas que se han producido, lograr el desarrollo del modelo parlamentario existente. Compartimos,

sin duda alguna, la necesidad de destacar y de poner de relieve algunos elementos altamente positivos de la actual conformación del parlamento que se derivan de dichos textos, desde la racionalización y modernización de la organización interna en base al principio de división del trabajo hasta la autonomía financiera, pasando por los derechos y deberes de los parlamentarios.

Una vez apuntado esto, el autor realiza un arduo esfuerzo para exponer de manera clara y sistemática aquellas reformas sobre la organización, funcionamiento y funciones del Congreso de los Diputados, ordenándolas en base al instrumento empleado. En primer lugar, presenta las doce reformas al Reglamento del Congreso de los Diputados, la mayoría de las cuales son «de escasa entidad a efectos de trazar caminos de futuro para nuestro Parlamento» (p. 212), haciendo también una oportuna explicación de las veintidós reformas al Reglamento del Senado. En segundo lugar, expone aquellas reformas que se han realizado mediante leyes, incluyendo desde aquellas primeras Leyes Orgánicas cuya regulación afectaba a dicha cámara, hasta las leyes sectoriales que implican a las Cortes Generales en la formación, seguimiento y control de una política pública o un organismo, ampliando así sus funciones. En tercer lugar, aquellas producidas mediante Resoluciones presidenciales (cuarenta y dos en el caso de la Cámara Baja y treinta y dos en el caso de la Cámara Alta). En cuarto y último lugar, expone las reformas introducidas gracias a los Acuerdos de los órganos de gobierno, con las diferentes denominaciones que estos pueden recibir. En todos los casos, Astarloa explica con mimo y detalle las circunstancias de cada una de las reformas producidas y las consecuencias de las mismas, lo que ayuda al lector a conocer las vicisitudes de la vida parlamentaria.

En el capítulo VI, por el contrario, se plantean todas aquellas propuestas de reforma del Congreso de los Diputados que no llegaron a buen puerto, dejando de lado aquellas reformas del Senado que fracasaron. Para realizar la explicación de las propuestas, su contenido y las causas de su fracaso, Astarloa recurre en este caso a la exposición

cronológica, llegando en muchos casos o establecer paralelismos con las reformas que sí tuvieron éxito –y que, como hemos dicho, explica en el capítulo V– a fin de dotar al lector de todas las herramientas necesarias para comprender qué se pretendía con cada una de las propuestas y los beneficios que en su caso pueden aportar a la cámara (explicando a su vez si se pretendía reformar el Reglamento o si, por el contrario, se trataba del uso de proposiciones de ley de los Grupos Parlamentarios orientadas a cambiar las funciones, el funcionamiento y la organización de la cámara), los motivos por lo que las propuestas no llegaban a buen puerto, particularizar las situaciones y contextualizar las posturas de los distintos Grupos Parlamentarios en cada momento.

De entre las razones que el autor encuentra detrás de estos fracasos, y que argumenta sobradamente a lo largo del sexto capítulo, consideramos esencial destacar una de ellas que guarda una clara relación con la posición que adoptan los Grupos Parlamentarios ante las reformas según la posición política que coyunturalmente tengan en el hemisiciclo. En relación con esto, tiene sentido traer al caso la afirmación rotunda, clara y totalmente cierta que hace el autor cuando apunta que «lo que en todo caso salta inmediatamente a la vista es que los partidos políticos españoles, todos ellos sin distinción, no piensan lo mismo sobre el Parlamento cuando están en el Gobierno que cuando están en la oposición. Cuando tienen mayoría en las Cámaras rechazan lo mismo que propusieron cuando eran minoría (...). Cabe decir entonces que ha faltado durante todo este tiempo generosidad para perseguir el interés general y mayor responsabilidad institucional. Peor aún se ha hecho política partidista con los Reglamentos parlamentarios» (p. 300). Esto es, el autor demuestra cómo las fuerzas políticas han optado por mirar por sus intereses particulares en todo momento en lugar de velar por la mejora y el robustecimiento de la institución, actitud esta de todo punto reprochable. Esta idea, sin lugar a duda, enlaza con la necesidad de un cambio cultural en el que el interés general, de verdad, prime ante los intereses de las facciones, pues de otro modo difícilmente se puede cambiar una institución cuya mejora depende de la existencia

de voluntad política para hacer prosperar aquellas reformas que sean adecuadas para el devenir de la misma.

Sea como fuere, no queremos dejar de destacar otro elemento importante y es que todas estas propuestas fallidas cuyo contenido podría resultar positivo para la institución son recuperables, tal y como el propio devenir de los años ha demostrado cuando el Grupo de Trabajo o la Ponencia dentro de la Comisión de Reglamento retomaba los trabajos anteriores como punto de partida, llegando a plantear de nuevo algunas de las propuestas que cayeron en el olvido, bien por el rechazo de la propuesta, bien por el decaimiento de la actividad parlamentaria que conlleva la convocatoria de unas nuevas elecciones. Es por ello que Astarloa volverá más adelante en el libro sobre estas mismas propuestas para tratar de rescatar de ellas todos los elementos que, desde su experiencia y profundo conocimiento de la institución, pueden servir para la mejora del funcionamiento y la organización de la misma. En este sentido, llegará a afirmar en el último capítulo que el Parlamento español necesita reformas y «las cámaras tienen un buen número de ideas útiles sobre la mesa, que sumadas a las provenientes de otros ordenamientos –tanto extranjeros como nacionales– constituyen un material valioso para avanzar en la modernización de la institución» (p. 405)

En el VII y penúltimo capítulo, Astarloa plantea las reformas de la institución parlamentaria que se han planteado en las dos últimas legislaturas. Así pues, en primer lugar analiza las reformas que se incluían en el Acuerdo de Gobierno de Ciudadano y PSOE, firmado en febrero de 2016, bajo el título de «Acuerdo para un Gobierno reformista y de progreso» y, en segundo lugar, estudia el Acuerdo de Gobierno entre Ciudadanos y PP. El primer caso, como bien muestra el autor, presentaba un programa reformista más amplio, más ambicioso y de mayor calado, influencia y profundidad en relación al Parlamento, llegando a tratar multitud de cuestiones (el estatuto de los parlamentario, periodo y calendario de sesiones, procedimiento y tiempo en los debates, incremento de la participación ciudadana a través de varios instrumentos, nuevo procedimiento legislativo,

huella legislativa, etc.). Por su parte, en el segundo caso la mayoría de iniciativas van orientadas a mejorar la imagen ciudadana del Parlamento (se comprometen a la celebración de un Pacto de Estado por la Regeneración y la Calidad de la Democracia, a la separación de los cargos públicos investigados, mayor fiscalización de los partidos políticos, etc.).

Una vez presentadas estas propuestas provenientes de las fuerzas políticas, en tercer lugar, el autor también expone las siete propuestas de Reforma del Reglamento del Congreso e los Diputados presentadas en la XII Legislatura, para presentar a continuación las líneas de modernización de los parlamentos autonómicos que pueden servir de ejemplo (regulación de los lobby, instrumentos de participación ciudadana, cambios en el estatuto de los parlamentarios, procedimientos de revisión y evaluación de las reformas, etc.), así como también plantea, en base al documento de la Ponencia de la Comisión de Reglamento del Congreso de 2005, aquellas propuestas sobre las que había cierto consenso en el pasado y que pueden ser retomadas. En este último caso, explica fundamentalmente aquellos elementos que deberían ser traídos de nuevo al debate parlamentario en torno a la reforma de la institución, que son los relativos al nuevo procedimiento legislativo, a las vías de refuerzo de los mecanismos de control parlamentario y a los mecanismos de modernización del funcionamiento del Congreso de los Diputados.

Por último, en el capítulo VIII y a modo de conclusión, el autor hace una magnífica reflexión en la que valora aquellas propuestas de cambio del Parlamento que pueden resultar más positivas: cuáles deberían ser esas reformas y cómo deberían acometerse. El autor llega a esta conclusión guiado por la argumentación, el análisis, el razonamiento y el amplísimo conocimiento práctico y teórico que tiene –y demuestra constantemente– de la institución, evitando moverse en cualquier momento por las pulsiones o las pasiones que el haber formado parte de la misma pueden generar en el individuo. Precisamente por ello, lo que se plantea en esta obra no se trata de una catarsis, ni de que la

institución parlamentaria se practique el haraquiri, sino más bien de recuperar su esencia, así como también mejorar y actualizar aquellos elementos que la práctica ha evidenciado.

A tal efecto, como bien apunta, las reformas han de ser afrontadas con realismo y de forma rigurosa, pero sin perder de vista la necesidad de la presencia de la voluntad política. Sin voluntad de desvelar por el completo al lector el contenido de este brillante e interesantísimo capítulo, no podemos dejar de señalar los siete ejes principales de dicha reforma:

1. reforzar el prestigio de los parlamentarios
2. pedir al Parlamento que haga lo que está en condiciones de hacer, teniendo en cuenta que la pluralidad de funciones del mismo va más allá de las funciones clásicas (legislativa, presupuestaria y de control), para abarcar también, al menos, las funciones de representación, deliberación, publicación, integradora, de magisterio, codecisión, seguimiento de procesos de la gobernanza, integración y estudio.
3. reformar el procedimiento legislativo
4. reforzar los procedimientos de control
5. establecer vías para agilizar y modernizar el trabajo
6. crear vías de conexión con la sociedad (participación y comunicación)
7. facilitar cambios conductuales

Con todo ello, el propio autor asume que el cambio pretendido por el estudio que él firma no es sencillo de llevar a cabo y que va a necesitar «no solo de acierto a la hora de reformar sino también un gran compromiso, una gran determinación y una gran constancia» (p 479). Esto es así por cuanto no es un cambio simple pero sí necesario para dotar al Parlamento de la condición que le corresponde dentro de la democracia representativa y, con ello, mejorar la visión de la opinión pública sobre su funcionamiento y su actividad.

No puedo dejar de confesar que la argumentación planteada en este último capítulo y que viene a desprenderse de lo planteado en

los capítulos anteriores es, sin lugar a duda, una de las partes de la obra con las que más he disfrutado, que he leído con mayor gusto y más enriquecedoras me han resultado, por cuanto viene a sintetizar las ideas principales de la obra con la calidad y el rigor que caracterizan a su autor.

Es por todo ello que, desde mi más sincera opinión de ávida lectora y apasionada de las temas parlamentarios, no puedo más que recomendar la lectura de la última obra del Profesor Astarloa, una muestra más de su solvencia y rigor académico, que llega en el momento perfecto para incentivar una profunda reflexión sobre la necesidad de la reforma del Parlamento al objeto de modernizar y robustecer la institución. Estamos, en definitiva, ante un libro no solo útil, sino que debe aspirar a convertirse en obra de referencia en la materia y que debería ser leído por aquellos que quieran conocer la institución pero también por aquellos que, desde la academia, se vanaglorian de conocerla.



CORTS VALENCIANES