Anuari de Dret Parlamentari

núm. 31, any 2018

CORTS 31

número extraordinari
40 aniversari de
la Constitució Espanyola

CORTS VALENCIANES

CORTS 31

Anuari de Dret Parlamentari

núm. 31, any 2018

número extraordinari
40 aniversari de
la Constitució Espanyola

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 Mombrú, 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

11 *Enric Morera i Català*

Título preliminar

17 Los partidos políticos: una institución claudicante
Manuel Martínez Sospedra

Título I. De los derechos y de los deberes fundamentales

39 Cuarenta años de Derechos Fundamentales. Un ejemplo de culminación de su eficacia: el derecho a la información como fundamento del deber de transparencia de la actuación pública
Remedio Sánchez Férriz

59 El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor del contenido esencial del artículo 18.4 de la Constitución
Rosario García Mahamut

81 Derechos, Constitución y lenguaje
Julia Sevilla Merino

Título II. De la Corona

105 Cuarenta y tres años de Monarquía
Antonio Torres del Moral

125 Cuarenta años de Constitución: la Corona
Francisco J. Visiedo Mazón

Título III. De las Cortes Generales

147 Parlamento, Gobierno, Ley y Reglamento, cuarenta años después
Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa

173 La autonomía parlamentaria en el marco constitucional: una mirada crítica
Juan Antonio Martínez Corral
197 El juego entre la mayoría y las minorías parlamentarias en la elaboración de las leyes
Catalina Escuin Palop
213 De las Cortes Generales. Cuarenta años de Parlamento y parlamentarismo en el régimen constitucional de 1978
Maria Rosa Ripollés Serrano
255 Los senadores de designación autonómica como instrumento de articulación de las relaciones entre Parlamentos
Raquel Marañón Gómez
279 El artículo 77 de la Constitución. Las comisiones de peticiones de las Cortes Generales y las de los Parlamentos autonómicos
Ángel L. Sanz Pérez
303 El sistema electoral a debate
Javier Guillem Carrau
317 Las normas con rango de Ley emanadas del Gobierno estatal desde la aprobación de la Constitución Española de 1978
José Carlos Navarro Ruiz

Título IV. Del Gobierno y de la Administración

345 A vueltas con la investidura del Presidente del Gobierno y el artículo 99 de la Constitución Española
Jesús María Corona Ferrero
367 Una reflexión sobre la regulación constitucional del Derecho administrativo
Juan Francisco Mestre Delgado
387 L'Administració pública al Títol IV de la Constitució espanyola de 1978: perfils constitucionals i declinació aplicativa després de quatre dècades de vigència
Andrés Boix Palop

411 La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho
Gabriel Doménech Pascual

Título V. De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales

431 XL años de relación constitucional entre Gobierno y Parlamento
Xosé Antón Sarmiento Méndez

455 La moción de censura
Mª Cristina Duce Pérez-Blasco

Título VI. Del poder judicial

475 El título VI de la Constitución, «Poder judicial», desde una mirada en el siglo XXI
Silvia Barona Vilar

497 La evolución de la planta judicial en el ámbito contencioso-administrativo y de la impugnación de las resoluciones de sus órganos
Alfonso Arévalo Gutiérrez

Título VII. Economía y Hacienda

519 Autonomía local, autonomía financiera y estabilidad presupuestaria
Francisco Javier Ciriero Soleto

Título VIII. De la organización territorial del estado

543 La financiación autonómica y la gestión tributaria como cuestión constitucional
Germán Orón Moratal

563 El fracaso de la nivelación territorial de los servicios públicos fundamentales
Carmelo Lozano Serrano

591 La via valenciana a l'Autonomia i la Constitució
Lluís Aguiló Lúcia

Título IX. Del Tribunal Constitucional

605 La autonomía procesal del Tribunal Constitucional: una oscilación entre exacerbada y exasperante
Juan Fernando Durán Alba

Título X. De la reforma constitucional

627 Una reflexión crítica sobre la regulación de la reforma constitucional
José Tudela Aranda
651 Las reformas de la Constitución Española de 1978
Mª Josefa Ridaura Martínez

I. PRESENTACIÓN

CORTS VALENCIANES

Presentació de *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*
Número 31 (extraordinari)

Enric Morera i Català
President de les Corts.

Quan es complixen 40 anys de l'aprovació i entrada en vigor de la Constitució espanyola de 1978 –norma que va possibilitar la creació de les comunitats autònomes i, conseqüentment, els seus òrgans i institucions d'autogovern–, des de les Corts Valencianes hem volgut contribuir al coneixement i reflexió sobre esta norma fonamental mitjançant l'edició d'un número extraordinari de *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*, el primer d'estes característiques en la legislatura actual.

El número trenta-u d'esta publicació no trenca la línia tradicional del que han estat els números precedents, però va una mica més enllà, tant en la quantitat de col·laboracions que recull, assolint la xifra de vint-i-nou, com en la temàtica, pel fet que incorpora treballs directament vinculats amb l'activitat parlamentària, juntament amb altres que tracten continguts més distants, però que són del màxim interés i, per suposat, emmarcats en l'efemèride que ens ocupa.

De la mateixa manera, se supera la tradicional distinció entre «Estudis» i «Notes», per la qual cosa els vint-i-nou treballs s'integren en un *contínuum* l'ordenació dels quals respon al número d'article o títol de la Constitució al qual fa referència. A més a més, en tractar-se

d'un número extraordinari, no s'inclou la «Crònica parlamentària» ni la «Recensió bibliogràfica», continguts habituals en els números ordinaris.

La pretensió ha estat que les visions sobre la Constitució que integren l'Anuari tinguen una representativitat àmplia i plural, per la qual cosa hem invitat a participar en esta publicació lletrats/des de tots els parlaments d'Espanya i professors/es de diverses universitats. Sense que resulte possible individualitzar cada un dels participants, sí que voldria fer constar la meua satisfacció per poder comptar entre l'elenc de col·laboradors, amb lletrats/des de les Corts Generals, de les Corts d'Aragó, del Parlament de Canàries, del Parlament de Cantàbria, de l'Assemblea d'Extremadura, del Parlament de Galícia i de l'Assemblea de Madrid, a més a més, òbviament, de lletrats d'estes Corts Valencianes. D'altra banda, entre el professorat, es troben docents que representen a la Universitat de València, la Universitat Jaume I de Castelló, la Universitat CEU Cardenal Herrera, la Universitat de Valladolid i l'UNED.

Finalment, només em resta agrair la col·laboració dels autors i autores que van acceptar la nostra invitació, agraïment que faig extensiu a totes les persones que han fet possible l'edició i publicació de la revista.

Presentación de *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*
Número 31 (extraordinario)

Enric Morera i Català
President de les Corts.

Al cumplirse 40 años de la aprobación y entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, norma que posibilitó la creación de las Comunidades Autónomas y, con ellas, de sus órganos e instituciones de autogobierno, desde les Corts Valencianes hemos querido contribuir al conocimiento y reflexión sobre dicha norma fundamental mediante la edición de un número extraordinario de *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*, el primero de estas características en la presente legislatura.

El número treinta y uno de esta publicación, sin romper la línea tradicional de la misma, va un poco más allá, tanto en la cantidad de colaboraciones que recoge, que alcanzan la cifra de veintinueve, como en la temática de las mismas, al incorporar trabajos directamente vinculados con la actividad parlamentaria, junto a otros que versan sobre contenidos un tanto más distantes a la misma, pero del máximo interés y, por supuesto, enmarcados en la efeméride que nos ocupa.

De igual modo, se supera la tradicional distinción entre «Estudios» y «Notas», integrándose los veintinueve trabajos en un continuo cuya ordenación responde al número de artículo o título de la Constitución al

que hacen referencia. Además, al tratarse de un número extraordinario, no se incluye la «Crónica Parlamentaria» ni la «Recensión Bibliográfica», contenidos que sí son habituales en los números ordinarios.

La pretensión ha sido que las visiones sobre la Constitución que se recogen en el Anuario tengan una representatividad amplia y plural, por lo que hemos invitado a participar en esta publicación a letrados/as de todos los Parlamentos de España y a profesores/as de varias Universidades. Sin que resulte posible individualizar a cada uno de los participantes, sí querría hacer constar mi satisfacción por poder contar, entre el elenco de colaboradores, con letrados/as de las Cortes Generales, de las Cortes de Aragón, del Parlamento de Canarias, del Parlamento de Cantabria, de la Asamblea de Extremadura, del Parlamento de Galicia y de la Asamblea de Madrid, además, obviamente, de letrados/as de las propias Cortes Valencianas. Por su parte, entre el profesorado, se encuentran docentes que representan a la Universitat de València, la Universitat d´Alacant, la Universitat Jaume I, la Universidad CEU Cardenal Herrera, la Universidad de Valladolid y la UNED.

Finalmente, solo me resta agradecer su colaboración a los autores y autores que aceptaron nuestra invitación, agradecimiento que hago extensivo a todas las personas que han hecho posible la edición y publicación de la revista.

TÍTULO PRELIMINAR

CORTS VALENCIANES

Los partidos políticos: una institución claudicante

Manuel Martínez Sospedra
Catedrático de Derecho Constitucional UCH-CEU.

Resumen

El artículo aborda el sistema de partidos en España y la crisis de confianza que sufren los principales actores de nuestro sistema democrático, sugiriendo mejoras en su funcionamiento interno, así como en el sistema electoral y la financiación que permitirían un mejor funcionamiento de los partidos políticos.

Palabras clave: partidos políticos, democracia representativa, crisis de confianza, sistema de partidos, sistema electoral, financiación.

Resum

L'article aborda el sistema de partits a Espanya i la crisi de confiança que pateixen els principals actors del nostre sistema democràtic, i suggereix millores en el seu funcionament intern, i també en el sistema electoral i el finançament que permetrien un millor funcionament dels partits polítics.

Paraules clau: partits polítics, democràcia representativa, crisi de confiança, sistema de partits, sistema electoral, finançament.

Abstract

The article analyzes the party system in Spain, as well as the crisis of confidence suffered by the main actors of our democratic system, suggesting improvements in its internal functioning, as well as in the electoral system and financing that would allow a better functioning of the parties.

Key Words: Political parties, Representative democracy, Crisis of confidence, Party system, Electoral system, Financing.

Sumario

I. Partidos políticos y democracia representativa.
II. El sistema de partidos.
III. La crisis de confianza.
IV. Partidos políticos y Constitución.
V. Elecciones y partidos.
VI. Nota bibliográfica.
VII. Bibliografía.

Pero si la crisis tiene su origen en el ejercicio
de la representación, la única alternativa coherente,
y por lo tanto, eficaz, consiste en mejorar esta última.

P. Biglino.

I. Partidos políticos y democracia representativa

1. Me parece claro que una democracia sin pluralismo y, en consecuencia, sin partidos es sencillamente imposible. Sin pluralismo legítimo, sin debate público, sin concurrencia y sin votaciones libres y competidas es imposible que pueda surgir algo que pueda llamarse «voluntad del pueblo». La razón última por la que la «democracia aclamatoria», propuesta por Schmitt y defendida por sus seguidores, puede ser lo segundo pero está incapacitada para ser lo primero, radica precisamente en la necesidad del pluralismo organizado para que pueda hablarse con un mínimo de base de voluntad popular. Sin partidos no puede haber gobierno constitucional, sin gobierno constitucional no puede haber democracia alguna. Lo primero exige libertades públicas y elecciones en las que, además de votar, se escoge. Lo segundo exige controles sobre el poder al efecto de mantener un circuito de poder abierto y, por ello, reclama potentes instituciones contramayoritarias. En la misma medida en que no cabe otra forma de democracia que la democracia constitucional, el «absolutismo democrático» entraña una *contradictio in natura*. Una parte nada escasa de la razón por la que las estrategias populistas, basadas en la primacía incondicional de la «voluntad del pueblo», de un pueblo previamente unificado frente a las élites, son un camino seguro al desastre se halla precisamente aquí.
2. Como la democracia directa es impracticable en las sociedades modernas, tanto por razones de tamaño, como por razones de complejidad, no cabe otra posibilidad de democracia constitucional que la democracia representativa. Es cierta la observación según

la cual al menos algunos de los inconvenientes de la democracia representativa pueden paliarse mediante la introducción y uso de los institutos de democracia semidirecta. Precisamente por ello me parecen acertadas las críticas dirigidas a la disciplina constitucional de tales institutos, caracterizada por la cicatería y la prevención, de tal modo que dicho régimen debería ser objeto de reforma y, en este sentido, un modelo similar al italiano tendría su razón de ser. Pero es asimismo cierto, y debe tenerse en cuenta, que los institutos de democracia semidirecta tienen la desagradable propiedad de dualizar el debate público, que por ello inducen la polarización política, dificultan la expresión del pluralismo realmente existente y, constitutivamente, son poco favorables a los acuerdos transversales, al indispensable consenso sin el cual el Estado Constitucional quiebra. Pueden ser un instrumento de uso puntual y excepcional, pero en modo alguno pueden sustituir a la representación política organizada.

3. La democracia moderna se basa en la representación. Esta no es producto espontáneo, antes bien la representación es un constructo que hay que diseñar, implementar, reproducir y conservar. Para que la democracia moderna merezca tal nombre la representación debe ser la representación del demos. Para que esta última sea posible aquella debe ser producida: la representación debe ser generada y, además, una vez generada debe ser reproducida. Esa es la razón de fondo por la que la democracia constitucional exige elecciones periódicas en intervalos de tiempo de moderada o escasa duración, toda vez que no cabe representación del demos que sea al tiempo activa, regular, cambiable y sostenible sin pasar por el proceso electoral. De lo dicho se sigue que la representación esta condenada a serlo de la totalidad del cuerpo político, a ser plural, dado que el cuerpo político lo es y que requiere de actores sociales que la produzcan. Ese es el rol primario de los partidos políticos y, en consecuencia, sin partidos políticos sólidos y dotados de la capacidad de producir representación, todo el edificio de la

democracia constitucional se debilita, o, directamente, se falsea. Dicho lo cual se entiende fácilmente que nuestra Constitución ubique a los partidos, y a su función representativa, en el pórtico de su edificio, en el título preliminar.

4. La representación no es un estado, la representación es un proceso. La razón de fondo del fracaso de las interpretaciones del fenómeno de la representación política que se remiten a la idea de mandato y, en su consecuencia, tratan de explicar la relación entre las partes en el proceso en términos de instrucciones o directrices de acción de los representados a los representantes, radica precisamente en la omisión de ese dato crucial. La representación surge de la interacción entre las formaciones que comparecen en las elecciones y el pluralismo que existe realmente en el seno del demos. Lógicamente desaparece si esa interacción se rompe y se modifica si esa interacción varía. Los principales actores de ese proceso, conviene insistir, son los partidos.
5. Es cierto que los partidos son necesarios a la hora de satisfacer otras necesidades del sistema político en una democracia constitucional, y la literatura politológica abunda en ello, con razón.Empero, no se debe perder de vista que las demás funciones que dichas formaciones satisfacen, desde la procura de personal gobernante a la orientación de ese personal, reposan sobre su capacidad de generar representación. En otras palabras, el tópico según el cual los procesos de generación de representación sirven para proporcionar personal, orientar las instituciones de gobierno, conectar a estas con el demos, y a este con aquellas, etc., son correctas. Pero todas ellas reposan sobre una pared maestra, aquella que viene a sostener el edificio: la capacidad de producir representación, que resulta central, antes que nada, porque de su satisfacción depende que el gobierno que de aquella surja pueda pretender con fundamento ostentar un justo título de mando, sea, pues, un gobierno legítimo. La primera función de la representación es genera legitimidad. Lo demás es importante, pero secundario.

6. Como consecuencia de nuestra historia, en la que los períodos de intensa movilización política han concluido siempre, hasta 1977, en fracasos, casi siempre violentos (1822, 1834, 1844, 1854, 1868, 1931), la cultura política de la población se asemeja mucho a la cultura «de súbdito» de la tipología de Almond. Sigue siendo una cultura política muy fuertemente estatista (como acreditan los periódicos sondeos del CIS sobre política fiscal), asociada a una percepción negativa de la política y, en consecuencia, de quienes la hacen. No debe extrañar, por tanto, que la opinión sobre políticos y partidos sea negativa. De hecho, si asociamos los dos ítems que figuran en el cuestionario de los barómetros del CIS sobre partidos, política y gobierno, sistemáticamente aparecen como problema o preocupación de los ciudadanos en una posición muy elevada (la tercera tras el paro y la corrupción). Hubiera podido esperarse que la creciente experiencia de un régimen democrático cuyo balance es contundentemente favorable hubiera introducido cambios en aquella y mejorado la percepción de la institución «partido». No ha sido así, no solo por la sostenida ausencia de cualquier clase de educación cívica, que también, sino por el descontento creciente que los partidos políticos han generado. Ingresamos así en un escenario paradógico : en una sociedad donde carecen de base las propuestas de organización política no democráticas, una institución democrática primaria, cual son los partidos, tiene una pésima imagen.

II. El sistema de partidos

7. La citada mala imagen no es consecuencia del sistema de partidos existente. Este ha pasado por al menos cuatro formatos distintos desde 1977 al día de hoy: contamos primero con un sistema de dos partidos y dos semipartidos, que desapareció con la elección de 1982; le sustituyó un sistema de partido dominante que duró once años, hasta que las elecciones de 1993 alumbraron un sistema

claramente bipartidista, sistema que se hunde con las elecciones de 2015 y 2016 para dar lugar a uno de multipartidismo moderado, en el que la mitad de las formaciones relevantes son partidos de nuevo cuño y reciente creación. La raíz del problema no esta, pues, en el sistema, cuanto en sus actores.

8. Sintéticamente, los partidos realmente existentes se ajustan a un modelo similar: Primero. Se trata de partidos de ideología sumamente difusa, lo que comporta debilidad de los «incentivos de identidad» y la dificultad de satisfacer adecuadamente la «función programática». Segundo, se trata de partidos con muy baja afiliación efectiva y, por ende, con un número real de militantes muy bajo (en noviembre de 2017 el 92,4 de los encuestados contestaba que ni pertenecía, ni había pertenecido nunca a un partido y solo el 2,1 reconocía afiliación, más o menos un millón de personas de algo más de 46 millones largos), lo que, por si mismo, hace difícil la satisfacción de la «función comunicativa» electorado/instituciones que los partidos están llamados a satisfacer. Tercero. Como consecuencia, la afiliación efectiva está sesgada en el sentido de los «incentivos selectivos»,y, como resultado, del peso excesivo del afiliado oportunista respecto del creyente.Cuarto.Unos partidos de baja afiliación, y con una escasa motivación de buena parte de esta, no pueden «vivir de lo suyo», no pueden ni sostenerse a sí mismos, ni mucho menos afrontar los costes de la competencia electoral. El resultado es la dependencia de la financiación exterior, sea público o privada: los recursos que el trabajo político honorario de los afiliados y simpatizantes no da hay que buscarlos fuera de la organización. Quinto: La dependencia de los recursos externos debida a la debilidad de los internos produce, como consecuencia, la autonomización de los cuadros y dirigencia del partido respecto de los afiliados: el partido pasa a ser controlado por un conjunto de burócratas de partido y profesionales de la política; como la tarea tiene escaso prestigio social y en nuestro país las remuneraciones de cargos públicos son bajas y no resisten la comparación con las que

pueden ofertar tanto las Administraciones Públicas como el sector privado, reclutar personal político de altas cualificaciones se torna en algo a la vez episódico y difícil, de ahí la extendida percepción de la pérdida de calidad del personal político.

9. Sexto. En un contexto en el que los afiliados creyentes son escasos, y abundantes los que buscan incentivos selectivos, la oligarquía partidaria carece de incentivos tanto para procurar mayor afiliación, como para aumentar los recursos propios. El sostenimiento con fondos ajenos lo hace posible. Como los ingresos de origen público son regulares y ciertos y los fondos privados no, no debe extrañar que se genere una fuerte dependencia de las subvenciones públicas. El que estas incluyan, no solo la financiación de gastos electorales, sino también la del sostenimiento de la organización se explica así fácilmente. Cuando esta financiación no es suficiente la tentación de obtener financiación privada mediante aportaciones empresariales deviene muy fuerte, por lo que hay que esperar que haya una propensión estructural a la colusión público/privada en torno a los contratos públicos. Propensión tanto más fuerte cuanto más concentrado este el poder institucional y más débil sea la estructura administrativa pública. No es casual que, tras el paro, sea la corrupción lo que mas preocupa a los españoles.

III. La crisis de confianza

10. Si lo que antecede es correcto, se entiende sin dificultad que quepa esperar como resultado una crisis de confianza: los ciudadanos escogemos a nuestros gobernantes con la mediación de los partidos, los votamos, pero luego no nos reconocemos ni en los resultados de nuestros votos, ni en la acción de quienes hemos votado. Esta crisis se ve reforzada porque, en términos globales, estamos atravesando una fase de transición: el diseño básico de nuestro sistema político reposa sobre una determinada criatura política principal: el Estado Nacional, que ha venido siendo el que define al

demos y su pertenencia, el que determina el ámbito de aplicación de las políticas públicas, el que establece el marco regulatorio, y aquel que es el escenario principal de la actividad económica. Es lógico que ese sea el marco en el que actúan los partidos. Pero vivimos en un tiempo en el que los cambios tecnológicos, el triunfo del libre comercio, la segmentación de las cadenas de valor, la irrupción de una economía supranacional apenas regulada, tornan crecientemente obsoleto el Estado Nacional. Este deja de ser el marco adecuado para imponer la primacía del logro de los fines (la política), sobre la procura de los medios (la economía). Cuando la tecnología hace posible que un volumen monetario que más que decuplica el PIB español se mueva libremente y sobre el mismo no haya regulación efectiva, solo una criatura política de gran tamaño puede estar en condiciones de subordinar los medios a los fines, pueda «resistir a los mercados». Estamos en la situación en la que el marco tradicional ya no sirve y el nuevo todavía no se ha implantado. Y si bien apenas contamos con actores políticos que nos permitan avanzar, debemos contar que sí los hay que se empeñan en que no avancemos.

11. Por lo que toca a la institución »partido», cuyo rol ha sido clave en el pasado y verosímilmente lo será asimismo en el provenir, es claro que no cumple satisfactoriamente el rol que le atribuye el art.*6* CE. En otras palabras, vamos a seguir necesitando partidos, pero ciertamente a quienes no necesitamos son precisamente a los partidos del tipo que tenemos. Partidos, si, pero no estos. Para ser exactos, partidos sí, pero partidos bien distintos a los hasta la fecha realmente existentes. Ciertamente crearlos, bien sea *ex novo*, bien sea mediante reforma de alguno o algunos de los hoy en presencia es algo que no está al alcance del legislador y, por ello, esa es tarea que no se puede encomendar al Derecho. Ese es trabajo al que el ordenamiento jurídico puede dificultar o facilitar, pero que queda fuera del alcance del mismo. Si se me permite recordar a Montesquieu: esta es no tanto una cuestión de leyes, cuanto una

cuestión de espíritu y costumbres. El Derecho puede, no obstante, hacer algo : puede incentivar la reforma de la institución al efecto de obtener mejores partidos. Confesando la modestia veamos que podemos hacer.

12. Si no nos reconocemos en quienes elegimos es claro que tenemos un problema de representación. Después de lo dicho se sigue que ese problema tiene dos componentes interdependientes: la propia del modelo de partido de un lado, y la correspondiente a la regulación de los procesos de creación de representación: la electoral. Los trataremos por ese orden.
13. En lo que toca a la primera parte, me parece claro que debemos pasar de un modelo de «partido de electores» o «catch-all» a otro de «partido de afiliados». Aquí la posibilidad de acción del legislador es secundaria por una razón principal: la existencia de partidos con fuerte y comprometida afiliación, capaces de aportar por si mismos el personal, los medios y recursos y el trabajo político honorario necesario para ello depende de un refuerzo considerable de los «incentivos de identidad»: en otras palabras, de partidos que cuenten con un discurso ideológico propio dotado de la potencia adecuada para generar compromiso y adhesión fuertes (que el partido liberal tenga un proyecto liberal, el conservador uno de ese signo o el socialista tenga socialismo) y esa es tarea que queda fuera del alcance del legislador, eso solo pueden hacerlo los partidos mismos. A lo sumo podemos establecer regulaciones que primen a los partidos que cuenten con aquellos incentivos, pero muy poco más. En este punto debemos huir de un vicio nacional: el de creer que la realidad material se cambia simplemente por publicar nuevas normas en un periódico: el BOE.
14. Como los partidos realmente existentes dependen para su financiación en gran medida del dinero público, cabría la posibilidad de actuar en el plano del sostenimiento de los partidos vinculando la financiación de sostenimiento no a los resultados electorales, como hasta ahora, sino a la afiliación. En este sentido la ley podría establecer la

existencia de un sistema común de pago de cuotas susceptible de verificación y vincular el importe de la subvención de sostenimiento al volumen de afiliados al corriente del pago de cuotas, la exigencia de pago mediante domiciliación (que ya emplean varios partidos) podría proporcionar la base de cálculo. Adicionalmente, una técnica de este corte permitiría, además, combatir la existente subrepresentación femenina otorgando financiación adicional en función del porcentaje de mujeres tanto en la afiliación como en los órganos de representación y dirección del partido. Una regulación de este tipo podría complementarse con medidas adicionales, entre las cuales me parecen dignas de mención al menos dos: de un lado prohibir la práctica existente (y legal) de destinar los fondos consignados a los grupos parlamentarios para su sostén y funcionamiento a la financiación del partido, con lo que la dependencia de la afiliación ganaría peso; del otro distribuir los fondos de sostenimiento de forma descentralizada a fin de evitar la concentración del poder que el control de aquellos proporciona a la dirección central que el sistema actual favorece. De este modo, se potenciaría el interés de las organizaciones de base de los partidos por aumentar su afiliación.

15. Como ya se ha señalado, la percepción centralizada de las subvenciones públicas induce a una determinada dinámica de funcionamiento de los partidos. Así, antes que nada, la financiación de percepción centralizada permite a la cúpula de la organización prescindir, si lo desea, de los afiliados toda vez que hace posible que aquella controle y mantenga la organización con el mínimo indispensable de miembros (que si, además, son «creyentes» presentarán exigencia de identidad con capacidad para limitar la capacidad de acción de aquella). No me parece precisamente aventurada la observación frecuente según la cual el «aparato» del partido ejerce un control absoluto del mismo porque tiene el del dinero. Ya lo dijo un destacado dirigente de uno de los partidos históricos cuando el vigente modelo estaba en formación: «Prefiero diez minutos de televisión a diez mil militantes».

IV. Partidos políticos y Constitución

16. El precepto constitucional señala que los partidos deben tener una estructura y un funcionamiento democráticos.Para nadie es un secreto que las normas internas de los partidos tienen muy poco de lo primero y adolecen de lo segundo. La vigente ley de partidos se limita a establecer que el órgano principal tiene que estar formado, bien por el conjunto de los afiliados, bien por representantes electos por los mismos, que por regla general los cargos del partido se deben proveer mediante elección (bien sea directa o indirecta), que los electos deben tener mandato temporal y que los órganos de dirección son responsables ante los afiliados o sus representantes. La práctica tradicional nos enseña que la regla es que el órgano principal del partido sea una asamblea electa en su totalidad o casi totalidad (no es infrecuente que los estatutos privilegien a los parlamentarios y/o a algunos dirigentes del partido que forman parte de algunos órganos de gobierno por razón del cargo), pero también nos enseña que la asamblea resultante esta integrada en su práctica totalidad por afiliados que, o bien ostentan cargo público, o bien ostentan cargos del partido, o bien ostentan simultáneamente unos y otros, al punto que el delegado o compromisario mero afiliado es una rareza, que las elecciones internas dependen de las decisiones de los cargos del partido en orden a su celebración, que los congresos partidarios se celebran de modo irregular y mediando intervalos temporales muy largos, que en los casos en los que entre el congreso y la dirección existe una suerte de «parlamento del partido» este arrastra una vida lánguida y casi siempre esta compuesto por personas políticamente dependientes de los miembros de la dirección, que dispone del orden del día y del calendario. Es más, en los casos –muy recientes– en los que se ha introducido la elección por afiliados (o estos y simpatizantes) del cargo principal y/o de los candidatos a los ejecutivos nacional y regionales, el proceso electoral tienes escasas garantías y que, cuando la elección es auténtica, se introduce una

dualidad estructural entre el organigrama tradicional, que persiste, y el novedoso, que se introduce, con la consiguiente posibilidad de existencia de mayorías distintas y, con ella, del conflicto interno de difícil salida regular. Y que el peso del llamado «aparato» en las elecciones internas es poco menos que determinante. El resultado más común es la formación de una oligarquía espontánea, en ocasiones moderada por técnicas plebiscitarias.Me parece claro que la presente es una regulación mejorable.

17. Una mejor regulación de la organización interna de los partidos exigiría, antes que nada, que la ley obligara a celebrar congreso o asamblea general en plazos fijos, predeterminados y con intervalo reducido. Una obligación de sesión anual –como se practica en el Reino Unido– o bianual, a lo sumo, me parece pertinente. Al efecto de dificultar la colonización del congreso por los afiliados con cargo seria menester el fijar en la ley un catálogo mínimo de incompatibilidades, de tal modo que al menos quienes ocupan cargos de responsabilidad en el organigrama de la formación tuvieran dificultado, y aun vedado, ser delegado al congreso. A renglón seguido la ley debería establecer condiciones al organigrama de la formación al efecto de reducir el riesgo de duplicidad de mayorías, al menos para el caso en el que el partido optare por la elección directa del líder por los afiliados. Del mismo modo, seria conveniente que, al igual que sucede en Chile o Argentina, la ley obligara a la celebración de elecciones internas o primarias cuanto menos para la selección de los candidatos de mayor relevancia en cada tipo de elecciones. No oculto que el modelo que me parece mejor a la hora de regular la nada fácil relación electos/partido pasa por establecer una separación radical entre unos y otro (como entre nosotros practica el PNV, no por casualidad una de las pocas organizaciones que conserva una importante vivacidad interna). Empero, aun cuando un modelo así me parece deseable es probablemente excesivo que se imponga por ministerio de la ley una tan fuerte restricción de la autonomía

organizativa del partido. Adicionalmente la ley debería establecer la obligación de reunión frecuente del «Parlamento del Partido» así como la posibilidad de convocatoria del mismo por parte de organizaciones distintas de la dirección nacional, incluyendo la iniciativa de un número significativo de afiliados. Un conjunto de medidas como las descritas facilitaría una mejor expresión de la voluntad de los afiliados, contribuiría a difundir el poder en el seno de la organización y facilitaría y canalizaría el pluralismo interno que, en contra de la imagen eclesial de los partidos tan difundida, existe siempre. Vivificaría las organizaciones partidarias, en una palabra. En conjunto no es muy original, pero convendría pensarlo.

V. Elecciones y partidos

18. La otra faceta de la cuestión tiene que ver con la capacidad de representación del demos. Como en una democracia constitucional el proceso principal de producción de representación viene dado por las elecciones, se torna preciso, aquí y ahora, determinar que reformas habría que introducir en la regulación de las elecciones al efecto de hacer frente al déficit de representación a la hora existente. Una de las consecuencias imprevistas de la regulación electoral introducida en 1977, y que conserva la vigente LOREG, es la producción en la sociedad de una cultura proporcionalista. De hecho una de las críticas recurrentes al sistema vigente de mayor aceptación social es aquella que señala la «injusticia» del sistema, entendiendo por tal la falta de adecuación entre la cuota electoral y la de representación de los partidos concurrentes, en unos casos por exceso y en otros por defecto. Con independencia de otros motivos (entre los cuales no es el menor el que, en Europa al menos, parece existir una fuerte correlación entre sufragio universal efectivo y representación proporcional) en la España de hoy no cabe otra regulación electoral con capacidad para mejorar la representatividad

que alguna variante de una representación proporcional efectiva (y digo efectiva porque la vigente ley electoral configura un sistema electoral de rendimiento mayoritario tras una fachada proporcional, cosa que ya advirtió Colliard a principios de los ochenta). Si de lo que se trata es de establecer unas reglas electorales que tengan la virtualidad de inducir a los partidos a adoptar estrategias destinadas a aumentar la afiliación efectiva y, con ella, aumentar su capacidad comunicativa, tanto ascendente como descendente, es claro que interesaría un método de elección en distrito uninominal, porque en esos casos la regulación otorga una prima importante a los partidos que son capaces de contar con una potente y nutrida organización local en el distrito, amen de que hace posible que los electos ganen autonomía respecto del aparato del partido y, además, facilita la expresión organizada del pluralismo interno. Sin embargo esta salida nos es vedada porque una elección en distrito uninominal es intrínsecamente mayoritaria, en consecuencia «injusta» y por ello, aquí y ahora, de dudosa legitimidad.

19. Sentado que necesitamos un sistema de representación proporcional (de representación y no solo de escrutinio) las posibilidades de reformar el sistema electoral al efecto de incentivar partidos más abiertos y de mayor consistencia asociativa pasan por la adopción, en todo o en parte, de al menos tres clases de medidas. En primer lugar contaríamos con una posibilidad ya señalada, la de adoptar un sistema de elecciones primarias para la provisión de al menos los cabezas de lista en cada unidad electoral; claro que se trataría de primarias, esto es : de elecciones públicas, regladas por la ley, controladas por una administración electoral independiente y con supervisión judicial. Una solución de este tipo conlleva un problema adicional: el de la financiación de la campaña de las primarias, es cierto que la selección de candidatos en primarias tiene la capacidad de inducir la movilización de al menos afiliados y simpatizantes, con el consiguiente trabajo político honorario, al tiempo que incita la búsqueda de afiliados, pero también lo es que presenta flanco

a la influencia del dinero político y, en su caso, de los donantes correspondientes.

20. En segundo lugar, habría que introducir un cambio radical en la financiación pública de campañas electorales. Sentado que la misma va a permanecer su disciplina debería cambiar cuanto menos en tres puntos: antes que nada la financiación pública debería incluir la de las formaciones políticas sin representación parlamentaria pero con un mínimo de respaldo social, ello evitaría barreras de acceso no justificadas y alentaría la competencia electoral. A renglón seguido la financiación pública debería atribuirse de forma descentralizada, en lugar del sistema vigente en el que la organización central del partido es el perceptor de la subvención a título de compensación de gastos electorales. La subvención en cuestión debería asignarse al nivel organizativo del partido que opera en el ámbito de cada unidad electoral, de tal modo que en el caso de las elecciones locales el destinatario sería la organización local, cada organización local, y lo mismo sucedería en el caso de las elecciones regionales y nacionales, en las que el importe se destinaría en cada caso al nivel organizativo del partido coincidente con la unidad electoral. Finalmente, en los supuestos en los que hubiere elección unipersonal (si se eligiera el alcalde por voto directo, por ejemplo) la financiación debería ir dirigida al candidato y no a la formación.
21. Con todo, el cambio que me parece más importante es el del sistema electoral. En este punto me parece que las condiciones en las que tenemos que operar aconsejan adoptar una fórmula similar a la «representación proporcional personalizada» germana. Una solución de este tipo es sumamente respetuosa con la demanda proporcionalista, toda vez que la composición política de la Asamblea se fija a partir del total nacional de votos que han obtenido la suma de las listas electorales regionales presentadas por los partidos y, al configurar las listas como cerradas y bloqueadas, se facilita la incorporación a la representación parlamentaria de la *expertise* que tanto se hecha en falta en las actuales, pero, al mismo

tiempo, al exigir que al menos la mitad de los escaños se elijan en distrito uninominal y decisión por mayoría simple, se obtienen buena parte de las ventajas que tiene la elección en tal tipo de unidad electoral, y que ya se han señalado. Es cierto que una solución de este tipo tiene al menos dos inconvenientes: el primero radica en que, para ser funcional, la elección en distrito uninominal exige distritos pequeños, con la consecuencia de aumentar el tamaño de la Asamblea a elegir, de tal modo que, por citar un ejemplo, el Congreso debería aumentar su tamaño hasta situarse en el entorno de los 500/540 escaños (por cierto el tamaño que se correspondería si se hubiere conservado la ratio electores/ diputado existente cuando se configuró el sistema actual en 1977), al efecto de poder elegir en distrito uninominal al menos 250/270 escaños (una ratio electores/diputado en el entorno de 1/130.000), lo que en línea de salida no sería muy popular (sobre todo si no se explica, claro); el segundo tiene que ver con el diseño de los distritos toda vez que en una elección que en todo o en parte se efectúa en distrito uninominal es estrictamente necesario un organismo neutral que diseñe y revise el mapa de distritos al efecto de prevenirse del riesgo de *gerrymandering*.

22. A lo ya dicho cabría agregar que el déficit de representatividad que a la fecha partido y asambleas arrastran, también tiene que ver con la insuficiencia material de la dotación de estas últimas. Insuficiencia en órganos de apoyo, en medios materiales (los nuestros llevan camino de ser los últimos diputados de la UE que carecen de oficina parlamentaria en su circunscripción, por ejemplo) y, como no, de retribuciones. Si pagamos cicateramente los cargos públicos no debemos esperar que estos atraigan personal cualificado. En esto las instituciones de la UE ofrecen un buen ejemplo de cómo atraer talento. Es claro que lo dicho no es popular, lo que no obsta en absoluto para que sea cierto, como tampoco obsta a que no se le ponga remedio porque nuestros representantes no se sienten legitimados para ello.

23. El artículo 6 de la Constitución necesita y exige partidos. Pero no estos.

VI. Nota bibliográfica

Los problemas que plantea la regulación de los partidos políticos son muchos y de muy variado tenor. Una buena introducción, que tiene además la virtud de usar con juicio de técnicas comparativas, se puede hallar en la lectura de los dos documentos principales que ha elaborado sobre la cuestión la Comisión de Venecia, un órgano incardinado en el Consejo de Europa.

Por lo que toca a los partidos sigue siendo de utilidad la lectura del libro de Panebianco, cuya influencia reconozco; aunque no comparto una buena parte de sus posiciones me parece de sumo interés el trabajo póstumo de Mair. En la doctrina española pueden verse como panoramas generales la publicación dirigida por Montero o, si se prefiere algo más reciente el trabajo de Garrido y Saenz. Aún es pronto para considerar los problemas que se siguen del cambio radical del formato del sistema de partidos emergido a partir de las europeas de 2014, una reflexión politológica interesante puede verse en Rama. Desde la perspectiva constitucional resulta muy ilustrativo el conjunto de opiniones que se encuentran en la encuesta sobre partidos de 2015. Para una visión desencantada del panorama se puede leer a Blanco Valdés y para la siempre compleja relación partidos/sistema electoral puede verse a Guillem y a Presno. Para los problemas de legitimación las respectivas obras de Díaz Revorio y Biglino, siendo interesante desde una perspectiva politológica Camacho-Ávila. En la literatura sobre la democracia interna y las primarias, que es considerable, me parecen destacables Garrido López y Giménez Gluck. Observaciones atinadas sobre el muy descuidado tema de la financiación de los partidos, con acertados juicios sobre la ley orgánica de financiación se pueden ver en Sanchez Muñoz. Y, por último, una panorámica reciente del conjunto de problemas en Rodríguez Blanco.

VII. Bibliografía

Biglino Campos, P.: «Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad», *RDP*, 100, Madrid, UNED, 2017, pp. 482 y ss.

Blanco Valdés, R. L.: «La caída de los dioses. De los problemas de los partidos a los partidos como problema», *Teoría y Realidad Constitucional*, 35, Madrid, UNED, 2015, pp. 149 y ss.

Camacho-Ávila, B.: «Del estilo a la dirección: la representación política en el Congreso de los Diputados y en los Parlamentos autonómicos», *REIS*, 162, 2018, pp. 129 y ss.

Comisión de Venecia: *Líneas directrices sobre la reglamentación de los Partidos Políticos,* octubre 2010 (en francés).

Comisión de Venecia: *Código de Buena Conducta en materia de Partidos Políticos e Informe explicativo. 2008/09* (en francés).

Díaz Revorio, F. J.: «Democracia, representación y participación ciudadana, a la búsqueda de un equilibrio que la Constitución no logró», *RDPo*, 101, 2018, pp. 241 y ss.

«Encuesta sobre los partidos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 35, Madrid, UNED, 2015, pp. 15 y ss.

Garrido López, C. y Sáenz Royo, E. (coord.): *La reforma del Estado de Partidos*. Madrid, Marcial Pons, 2016.

Garrido López, C.: «El dilema de la democracia en el interior de los partidos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, Madrid, UNED, 2017, pp. 317 y ss.

Giménez Gluck, D.: «El derecho de asociación de los partidos políticos y la regulación de las elecciones primarias», *REDC*, 102, Madrid, 2014, pp. 211 y ss.

Guillem Lopez, E.: «El sistema electoral del Congreso de los Diputados. Principios constitucionales y reciente propuestas de reforma», *REDC*, 92, Madrid, 2011, pp. 195 y ss.

Mair, P.: «Gobernando el vacío. La banalización de la democracia occidental», *AE,* Madrid, 2013.

Montero, J. R. *et alii*: *Partidos Políticos .Viejos conceptos y nuevos retos*. Madrid, Trotta, 2007.

Panebianco, A.: *Modelos de partido. Organización y poder en los partidos políticos*. Madrid, Alianza ed., 1982.

Presno Linera, M. A.: «Régimen electoral (maquiavélico) y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)», *REDC*, 104, Madrid, 2015, pp. 13 y ss.

Rama, J.: «Crisis económica y sistema de partidos .Síntomas de cambio político en España», *WP*, 344, Barcelona, ICPS, 2016.

Rodríguez Blanco, V.: «Algunas reformas necesarias en el funcionamiento de los Partidos Políticos», *Corts*, 29, Valencia, 2017.

Sánchez Muñoz, O.: «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *REDC*, 99 Madrid, 2013, pp. 161 y ss.

Sánchez Muñoz, O.: «La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo», *REDC,* 104, Madrid, 2015, pp. 49 y ss.

TÍTULO I.
DE LOS DERECHOS Y DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES

CORTS VALENCIANES

Cuarenta años de Derechos Fundamentales. Un ejemplo de culminación de su eficacia: el derecho a la información como fundamento del deber de transparencia de la actuación pública

Remedio Sánchez Ferriz
Catedrática de Derecho Constitucional.
Universitat de València.

Resumen

Reflexionamos aquí sobre la incidencia de la aplicación de los Derechos Fundamentales en la organización y actuación de los poderes públicos. Se toma como ejemplo el derecho a la información cuya formulación es bien reciente y que no es el más estudiado ni mejor comprendido de los que se contienen en el sistema del Título I de la Constitución española. Y, sin embargo, las nuevas normas de transparencia pueden ser muy efectivas si se vinculan al derecho a la información como fundamento de toda democracia avanzada.

Palabras clave: parte dogmática y orgánica, derecho a la información, transparencia, efectividad.

Resum

Reflexionem ací sobre la incidència de l'aplicació dels drets fonamentals en l'organització i actuació dels poders públics. Es pren com a exemple

el dret a la informació, de formulació ben recent i que no és el més estudiat ni el més ben comprès dels que es contenen en el sistema del títol I de la Constitució espanyola. I, no obstant això, les noves normes de transparència poden ser molt efectives si es vinculen al dret a la informació com a fonament de tota democràcia avançada.
Paraules clau: part dogmàtica i orgànica, dret a la informació, transparència, efectivitat.

Abstract

Reflections on the impact of the application of Fundamental Rights over the organization and action of public authorities. Take as an example the right to information whose constitutional formulation is very recent and which is not the most studied or best understood of those contained in the system of Title I of the Spanish Constitution. And yet, the new rules of transparency can be very effective if they are linked to the right to information as the foundation of all advanced democracy.
Key Words: Dogmatic and organic part of the Constitution, Right to information, Transparency, Effectiveness.

Sumario

I. Introducción.
II. Supremacía de la parte dogmática sobre la orgánica en todo régimen democrático.
III. La dificultad de estructurar el derecho de todos los ciudadanos a ser informados por los poderes públicos .
IV. Un ejemplo de evolución completa. El derecho a la información como base y fundamento del deber de transparencia.
V. Sobre la fundamentalidad del derecho de acceso a la información pública.
VI. La aportación de las leyes de transparencia depende de su conexión constitucional con el derecho a la información.
VII. Conclusión.
VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En el régimen constitucional de 1978 los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas constituyen su eje, la parte más esencial del mismo que condiciona el funcionamiento de todos los órganos constitucionales (y de todo servidor público) que, no en vano, deben orientarse a la efectividad de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, así como de los pronunciamientos del Preámbulo constitucional.

Ello es así con carácter general, y aun sin reconocimiento expreso, para todos los órganos públicos por tratarse de la esencia del orden democrático que ya Schmitt advertía cuando, al exponer las posibles relaciones entre las dos grandes partes de toda constitución, la dogmática y la orgánica, subrayaba el hecho de que en la democracia la primera se superpone a la segunda. Pero, además, en algunos casos lo explicita el propio texto constitucional para concretos órganos; así, para las fuerzas y cuerpos de seguridad (art. 104.1), la fiscalía (art. 124.1) o el Defensor del Pueblo (art. 54), amén de la consideración de los miembros de la justicia como garantes natos de los derechos (art. 24.1 y 53.2), y hasta la Jefatura del Estado cuyo titular jura expresamente, al acceder a la más alta institución estatal, su respeto a los derechos de los ciudadanos (art. 61.1), así como su sucesor al cumplir la mayoría de edad (art. 61.2).

II. Supremacía de la parte dogmática sobre la orgánica en todo régimen democrático

La imbricación, por tanto, entre una y otra parte del texto constitucional es general. Por ello podríamos rastrear para cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas las normas jurídicas con que se han ido desarrollando, sin perjuicio de la inmediata eficacia directa de su reconocimiento constitucional; así como los más destacados pronunciamientos jurisprudenciales con que, especialmente el Tribunal Constitucional, ha ido delimitando y determinando el contenido de cada uno de tales derechos y su incidencia en la actuación de los poderes públicos.

En efecto, en algunos casos tal relación se advierte con resultados más llamativos cuando la fuerza expansiva de los derechos promueve y logra cambios en los órganos estatales, básicamente en su funcionamiento. Tal es el caso del ejemplo en el que me voy a centrar que resulta especialmente llamativo por varias razones. En primer lugar, por tratarse del derecho a la información que es el más reciente en su formulación constitucional;[1] en segundo lugar, porque no ha sido fácil determinar su contenido público aunque sí se le hubiera reconocido en formas muy sectoriales y accesorias en el derecho privado, y en tercer lugar y de modo muy fundamental, porque llegar a aceptar la significación y contenido público de tal derecho habiendo llegado a regular el comportamiento de los poderes públicos a través del deber de transparencia, comporta una nueva concepción del orden democrático superadora de la consabida concepción liberal y superadora también de la tradicional distinción entre derechos autonomía y derechos de prestación.

La imbricación entre las diferentes categorías no ofrece dudas, respecto de cualquier rama jurídica[2] y en especial sobre los derechos prestacionales:

> «Más bien en el moderno estado de prestaciones sociales la realización de determinadas tareas por el Estado y la esfera de la vida individual están entrelazadas de muchas maneras, de modo que la libertad personal debe organizarse disponiendo de formas adecuadas de actuación estatal…» (Schneider, 1979: 14).

En el caso que ahora nos ocupa ha de precisarse que no estamos ante un simple derecho de prestación (de los que en general, y con la excepción del art. 27 que reconoce el derecho a la educación, se ocupa el Cap. III del Tit. I de nuestra Constitución). Las prestaciones sociales atienden a la realización del valor de la igualdad (de oportunidades,

1 Corredoira y Sánchez, 2017.

2 Holmes, S. y Sunstein, C. R., 2011, *passim*, demuestran cómo los derechos civiles (en concreto la propiedad) requieren de mayor estructura que los prestacionales. Sobre los efectos de la teoría de los derechos fundamentales en el Derecho Civil, Viglione, 2016: 112 y ss.

estrechamente vinculado a la dignidad de todo ser humano)[3] y suelen traducirse en la disposición de medios materiales o de carácter organizativo. En cambio, el deber de informar (y el correspondiente derecho a ser informado) conforma el régimen democrático en una avanzada fase de consolidación y, por consiguiente, no es propiamente un derecho individual a una esfera de autonomía personal o a una concreta prestación material. Se trata del reflejo positivo que ha de tener sobre la ciudadanía el deber que obliga a todos los poderes públicos a informar, en general, de cuanto afecte al interés común y en particular a cada ciudadano sobre cuánto le afecte.

En otras ocasiones,[4] a lo largo de estos 40 años, he sostenido que más que un derecho, el de ser informado era un presupuesto de todas las libertades públicas y los derechos de participación ciudadana. Visto desde esta última fase de consolidación, a través del deber de transparencia, sobre la que ahora reflexionamos, cabe decir que es una garantía global del sistema en toda democracia avanzada o, como diría Burdeau, «gobernante».[5] Una garantía que otorga a tal derecho un valor y carácter fuertemente institucional, de compromiso con los valores democráticos cuya realización práctica pende del respeto que a tal derecho otorguen los poderes públicos y la actitud participativa y exigente de la ciudadanía. Sin duda a través de la realización de tal presupuesto se contribuye decididamente en la imbricación de los tres elementos del Estado social y democrático de Derecho.

III. La dificultad de estructurar el derecho de todos los ciudadanos a ser informados por los poderes públicos

En efecto, el derecho a la información se hallaba perfectamente formulado en términos filosóficos, y estructurado en diversas ramas

3 Sobre la especial aplicación del principio de igualdad en el desarrollo e interpretación de los derechos prestacionales, vid. Porras Ramírez 2017: 229 y ss.

4 Sánchez, 1974, 1995 y 2003, entre otras.

5 Burdeau, 1959, *passim*.

del derecho privado (y, también en aspectos muy concretos del público); extraído de un ámbito jurídico concreto, el derecho a la información podía analizarse en profundidad y, sobre todo justificarse, en su naturaleza íntimamente vinculada a la condición social del ser humano y hasta configurarse como núcleo constitutivo de la propia idea de comunidad;[6] pero todo ello iría formando parte de una teoría general de difícil acomodo en su realización práctica si no iba referida, a modo de derecho relacional, tan solo a concretos elementos como sus soportes mediáticos o sus efectos respecto de derechos fundamentales que pudieran verse afectados (de ahí las múltiples sentencias del TC en que lo iba determinando respecto de la intimidad, honor e imagen o en su uso profesional por los medios de comunicación).

Sin embargo, en tal estudio, la relación poderes públicos-sociedad resultaba tan fluida como incierta hasta que se fueran consolidando nuevas técnicas constitucionales; porque faltaba la regulación del derecho como tal en su acepción más general y política, en su función de fundamento o instrumento esencial de una democracia avanzada. Faltaba que llegara a ser entendido como exigencia a los poderes públicos del deber de informar y que paralelamente se estableciera por el legislador la concreta relación jurídica, con determinación de los concretos contenidos o ámbitos a los que se tendría el «derecho de conocer» o el derecho de informarse la ciudadanía.

Por ello, en las diversas ocasiones en que, durante estos 40 años, hube de reflexionar sobre el derecho a la información se hizo siempre presente la aporía del más fundamental (fundante, en realidad) de los derechos democráticos: la carencia de elementos en su estructura (que podríamos denominar «jurídico-práctica»), o de técnicas, capaces de medir su cumplimiento o no.

No es de extrañar por ello que incluso los más completos estudios del derecho a la información constituyan, o bien rigurosas monografías con gran trasfondo iusnaturalista[7] o bien estudios de sus

6 Cfr. González Casanova, 1968 o Villaverde, 1994, *passim*.
7 Desantes, 1992 y 2004, entre otras de sus obras.

más diversas manifestaciones en concretas parcelas del derecho y en sus manifestaciones a través de los medios de comunicación social reenviando el núcleo del derecho a la garantía institucional de la opinión pública, o a la defensa de principios como el pluralismo o la función social de la información. Es decir, el derecho a la información seguía conformando una nebulosa a partir de la cual evolucionar hasta extraer sustanciosas consecuencias que supuestamente darían lugar a la realización democrática pero necesitando contar con técnicas jurídicas que hicieran posible la completación de tal evolución.

Dando por sentado el derecho de la ciudadanía para conocer todo cuanto tenga relevancia pública (y, por consiguiente, también los actos de los principales representantes políticos y sus consecuencias) la cuestión siempre irresuelta era ¿cómo sabe la ciudadanía que se le oculta información, o que la proporcionada no es la realmente necesaria, o que está recibiendo un exceso de información aparentemente de interés público para enmascarar otra que se le oculta?, etc., etc. Cabe siempre, lógicamente, la duda, o el rumor, o la sistemática desconfianza de la oposición (política y parlamentaria); pero ninguno de estos elementos tiene entidad ni objetividad suficiente para estructurar una relación jurídica con consecuencias reales, hecho absurdo en el ámbito de la supremacía constitucional, sobre todo porque se trata de un derecho fundamental o, más aún, como es el caso del que hablamos, del presupuesto sobre el que se cimentan los derechos democráticos.

Una última precisión ha de hacerse, antes de seguir, para confirmar que hablamos del derecho a la información (art. 20.1,d CE) y no de la libertad de expresión del art. 20.1, a. Sobre sus notables diferencias en estructura y funcionalidad, y por consiguiente en sus respectivos conceptos, también me he pronunciado a lo largo de estos años pero resulta curioso ver cómo aun hoy se construye incluso el más reciente derecho de acceso tomando como fundamento la libertad de expresión, a partir del art. 19 de la Declaración Universal. Tal parece

el hilo conductor de Medel y también Corredoira[8] afirma que en el art. 19 DUDH se contienen todos los elementos para deducir hasta los más recientes derechos; desde otra perspectiva, Moreno (entre otros) trata de justificar la fundamentalidad del derecho de acceso en España (regulado por la Ley de 2013) en los contenidos de los documentos internacionales (ex art. 10.2 CE). Ello tendría sentido si en nuestra Constitución no se hubiera contemplado expresamente (aunque no se haya hecho con toda la claridad posible) el derecho a la información.

Sin embargo, respecto de todo ello he de precisar que nuestro sistema constitucional se separó de la concepción monista de los grandes documentos internacionales (DUDH y CEDH, básicamente) para acoger una concepción dualista como el TC ha cuidado de confirmar desde el caso Crespo de 1988. Es decir, la libertad de expresión, que según los documentos internacionales comprende todas las manifestaciones del fenómeno informativo, incluso el derecho a la información, en nuestro ordenamiento resulta de dudosa aplicación si se confunde con el derecho a la información pues el régimen jurídico de una y otro son distintos como también lo es su estructura y funcionalidad.

IV. Un ejemplo de evolución completa. El derecho a la información como base y fundamento del deber de transparencia

La Ley 9/2013 de transparencia, del derecho de acceso a la información pública y del buen gobierno, con todas las insuficiencias que han podido señalar los expertos, representa, sin embargo, una primera reconstrucción de la relación jurídica entre poderes públicos y ciudadanía que fue incapaz de proporcionar la insuficiente regulación del art. 37 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común derivado del

8 Corredoira, 2006.

derecho constitucional (que no fundamental) reconocido por el art. 105, b CE. La nueva Ley de 2013 representa una nueva construcción que, por más que expresamente quiera conectar con el art. 105, b de la Constitución, y no con el 20.1,d,[9] excede con mucho el ámbito secundario del art. 105, b, salvo que este precepto se considere una derivación del art. 20.1,d., cosa que la Ley 9/2013 ha descartado. Cabe por ello decir que no se ha dado el paso definitivo pero sí se ha dado un paso importante, siempre que la interpretación se vaya decantando hacia el marco de los derechos fundamentales.

La lentitud con que se ha llegado a este punto (en que se asumen deberes reales por los poderes públicos) nos confirma la dificultad con que se va estableciendo el cambio de paradigma en los regímenes democráticos en la medida en que afecta al núcleo mismo de la idea de democracia que solo puede ser participada si la ciudadanía se halla bien informada (¿y formada?). Y no cabe duda de que en este largo proceso sí se ha dado un paso muy importante cuyos efectos, más que en la regulación y aplicación de la Leyes de transparencia, han de buscarse en el cambio de paradigma político que todas ellas representan.[10] En este sentido, también concluye Mendel su estudio sobre la reciente legislación en todos los países americanos recordando que el primer paso se ha dado:

> «A menudo se señala que la adopción de una ley progresista sobre el derecho a la información es apenas el primer paso y de cierta manera el más fácil, hacia la realización del derecho a la información en la práctica... La realización efectiva requiere voluntad política, una sociedad civil activa y al menos algunos otros rasgos democráticos clave, como el respeto por el estado de

9 Lamenta Cotino (2014: 252) con razón que la Ley vigente extraiga su legitimidad constitucional del art. 105, b), expresamente citado en la exposición de motivos, y no del (silenciado) art. 20.

10 Obsérvese que las ideas fuerza más citadas en las exposiciones de motivos de las leyes de transparencia autonómicas son participación ciudadana, profundización democrática, legitimación y responsabilidad… Cfr. INAP. *La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*. Madrid, Col. Estudios y documentos, 2016, p. 30.

derecho. Si bien una buena ley no es suficiente para garantizar el derecho a la información, es al mismo tiempo una condición previa imprescindible…» (Mendel, 2009: 191).

V. Sobre la fundamentalidad del derecho de acceso a la información pública

Se advierte en los estudiosos de la transparencia la preocupación por asentar tal derecho en nuestro sistema con toda la fuerza y eficacia propia de un derecho fundamental; así puede verse, a modo de constante y en torno a argumentaciones bien trabadas, en el caso de Cotino Hueso,[11] entre tantos. Suelo manifestarme en contra de la fácil y a veces innecesaria fundamentalidad de tantas nuevas facultades y derechos para los que se invoca a veces en exceso su condición de fundamentales. Sin embargo, en este caso no puedo sino sumarme a tal pretensión doctrinal de fundamentalidad, por lo demás innecesaria desde mi posición[12] y la de quienes (aun con terminología algo diversa) sitúan la significación política y jurídica del derecho de acceso, en el más amplio marco del derecho a la información.

Por ello, considero innecesario este debate; en el sentido de que no me ofrece duda alguna la relevancia del reciente derecho de acceso a la información pública y de que ello, además, es coherente con cuanto años atrás ya he afirmado respecto del no siempre bien entendido derecho a la información al que siempre he considerado, como acabo de recordar, no solo un derecho fundamental, sino, en realidad, el presupuesto de todos los derechos fundamentales (y de las libertades públicas) más directamente relacionados con el sistema democrático; en particular, el derecho a la información es la precondición del libre ejercicio de los que conocemos como derechos de participación política.

11 Cotino, 2014: 242 y ss.
12 Sánchez, 2004, *passim*.

Cuestión distinta es que, desde una perspectiva meramente procesal, el derecho de acceso previsto en la citada Ley de 2013 carezca de la protección del recurso de amparo[13] y que dicha ley reguladora no sea orgánica, por razones sin duda más políticas que jurídicas.[14] Naturalmente, la lectura de Moreno (a que he aludido supra, por la que trata de extraer la fundamentalidad de este derecho del art. 10.2) parte de la literalidad de la Ley reguladora y la conclusión por tanto es lógica. Pero si tomamos como punto de partida la Constitución y el sistema de derechos de su Título I, la perspectiva cambia. Tanto más si consideramos el sentido material de los derechos fundamentales, vinculado a su función legitimadora y no solo su aspecto formal, de concreta protección jurídica.[15]

Sin perjuicio de las concretas técnicas de protección vinculadas a la naturaleza de tal derecho de acceso, su carácter democrático exigía para su eficacia real la previa maduración del régimen democrático y la experiencia de la propia ciudadanía por lo que ha sido el más tardío en incorporarse a las exigencias ciudadanas pero sobre todo el más tardío en que se establecieran las formulaciones técnicas con las que se busca su eficacia. Y sin duda alguna el derecho de acceso a la información tal como se está reconociendo en las recientes leyes de transparencia, principalmente por el reconocimiento de la publicidad activa,[16] es una de tales técnicas que permiten reconocer por vez primera una estructura jurídica positiva al derecho fundamental más reciente y también más complejo de nuestro sistema: el derecho a la información.[17]

---

13 Moreno, 2015: 99.

14 Cabe entender las reticencias y dificultades políticas para aceptar la publicidad activa (como deber de los poderes públicos) con todas sus consecuencias, por más que hubiera sido deseable dar el paso definitivo aceptando su vinculación al art. 20.1,d de la Constitución. Pero no cabe un reproche académico tan generalizado por cuanto el derecho a la información tampoco había merecido, antes de la Ley y su supuesta minusvaloración, ser reconocido y defendido en todas sus virtualidades.

15 Diez Picazo, 2008: 37 y ss.

16 Entre tantos, Cotino, 2014a: 247.

17 Corredoira y Sánchez, 2017, *passim*.

VI. La aportación de las leyes de transparencia depende de su conexión constitucional con el derecho a la información

Llegados a este punto, he de detenerme algo también en la naturaleza del derecho a la información y la positivación de sus contenidos públicos en la vigente Ley 9/2013, de transparencia, del derecho de acceso a la información pública y del buen gobierno (así como en las leyes autonómicas de contenido similar). El hecho de no ser Ley orgánica pese a la insistencia con que se solicitó desde la academia y en sede parlamentaria ha sido criticado por cuanto supone descartar su condición de fundamental. Es cierto en este sentido que la vinculación que la propia Ley establece entre su regulación y el art. 105, b de la Constitución resulta reduccionista; pero no lo es menos que la desvinculación entre este derecho constitucional y el fundamental (y matriz) del art. 20. 1, d procede de atrás y sin duda de una falta de comprensión de las virtualidades del derecho a la información.

Si ahora se discute (y se lamenta) sobre la estrechez con que la Ley vincula el derecho de acceso al art. 105, b, ello no es sino la consecuencia del desapego con que se interpretó este precepto respecto del art. 20.1,d.[18] Diré antes de seguir que he insistido en estos años de vigencia constitucional en que los derechos fundamentales reconocidos como tales en el texto constitucional se hallan bien determinados y no se refuerzan por un imparable aumento cuantitativo de los mismos sino por su debida comprensión y por la aplicación a su defensa de las técnicas jurídicas constitucionalmente previstas.[19] El caso del derecho de acceso que ahora se comenta es un buen ejemplo de los que en estos 40 años se han ido desgranando pero es también un buen ejemplo de la necesidad de entender cabalmente cada uno de los derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución, y de que en muchos casos estos

18 En defensa de la relación entre ambos preceptos y con referencias a las divergencias doctrinales sobre ello, Villaverde, 1995: 117 y ss.

19 Sánchez, 2005, *passim*.

pueden cubrir las necesidades que el progreso social (en este caso concreto el progreso político) va generando.

En lo que se refiere al art. 105,b, ya en su día el derecho «constitucional», que no fundamental, de acceso a los documentos públicos que en él se reconoce, fue valorado como pionero al contemplarse en un texto de rango constitucional y, pese a sus limitaciones, ya se consideró positivamente destacándose «su potencial democratizador y su incidencia sobre la mejora de la transparencia de la Administración» (Castellá, 2001: 268).

Sin embargo, tal como ya he apuntado solo excepcionalmente[20] vio la academia relación directa entre el art. 20 y el 105 y sin embargo, con la sola literalidad constitucional, ya se percibía la potencialidad del art. 105 y sus vínculos con el derecho a la información del art. 20. Villaverde lo afirmaba sin ambages:

> «El art. 105. b, no es una reserva de ley de la regulación de la posición jurídico-subjetiva del administrado…, sino que se trata también de una concreción del derecho a recibir información del art. 20.1,d) frente al Estado. Si la Administración pública de la que dependen esos archivos y registros impide al individuo acceder a la información que contienen, sin fundar su comportamiento en alguna de las excepciones establecidas por la CE en el citado precepto, o en la ley que debe concretarlas, está vulnerando el derecho a recibir información del art. 20.1 d y no el art. 105 b)» (Villaverde, 1995: 118).

Visto así, desde la perspectiva de la aludida dificultad de la estructuración del derecho a la información del art. 20.,1 d, de una parte, y de los estrechos límites del derecho del art. 105, b, de otra, la actual normativa, con todas sus deficiencias, se nos antoja un punto de partida extraordinariamente útil para ampliar las esferas o ámbitos jurídicos de eficacia del primero de ellos de cuya fundamentalidad nadie

20 Relación entre uno y otro precepto constitucional que no ofreció dudas a Villaverde, 1994 y 1995.

duda; es el primer paso, pero es importantísimo, en la búsqueda de la eficacia del derecho a la información.

Podríamos decir que la Ley de Transparencia, derecho de acceso a la información pública y buen gobierno viene a ser una especie de instrumento ortopédico útil a partir del cual ya es posible reconstruir una mínima estructura por la que el derecho a la información (de la que son acreedores los ciudadanos frente a los poderes públicos), si no deviene tan «positivo» como el que ha construido el Tribunal Constitucional en torno a la información «publicada» en relación (o en conflicto) con los derechos del art. 18 CE, al menos sí se entra en la vía de su positivación en esta faceta pública que hemos considerado más democrática o más constitutiva de una democracia avanzada, entre otras razones, por «transparente».

Es cierto que estamos ante una Ley con diversas almas (contenidos y funcionalidad), como de su propio título se desprende. Pero en lo que ahora nos afecta, en esta Ley de 2013, por primera vez, es posible construir la relación jurídica que queda directamente establecida entre el poder público y la ciudadanía (con clara enumeración en la ley de sujetos activos y pasivos y con determinación de derechos y deberes en cada parte de dicha relación) sin necesidad[21] de interposiciones de los medios dedicados a la difusión de la información. Con la aparición de dicha técnica alcanza su mayor virtualidad el derecho a la información que ha debido esperar a la consolidación de una ciudadanía participativa y activa, interesada en las cuestiones públicas que ya no se reduce al interés de las elites; solo así podemos hablar del derecho a la información propio de un sujeto universal, como todos los fundamentales, y más allá, por consiguiente, del que los profesionales de la información podían invocar. Por ello diría Voyenne que

> «es sorprendente constatar que la noción del derecho a la información, aunque coextensiva al conocimiento y, por tanto, a la Humanidad desde sus orígenes, no haya emergido más que

21 Cotino, 2014a.

con una sorprendente lentitud en la conciencia social» (Voyenne, 1970: 109).

VII. Conclusión

Para concluir, aún he de hacer alguna precisión. La maduración del derecho a la información en la forma en que se observa a través de la publicidad activa regulada, e impuesta, por las recientes leyes de transparencia exige de su cabal comprensión y distinción respecto de la libertad de expresión.

Nuestra Constitución no siguió el camino abierto en este sentido, dos años antes, por la Constitución portuguesa[22] que no deja lugar a dudas sobre esta distinción de la que también me he ocupado en estas décadas[23] por cuanto las diferencias trascienden a todos los elementos esenciales de tal libertad y tal derecho (fundamentación, estructura, funcionalidad…) aunque coincidentes en su titularidad universal.

En efecto, nuestra Constitución fue mucho más tímida que la portuguesa pero, con todo, sí se separó, como ya he dicho supra, del monismo presente en los principales documentos internacionales

22 Con ser el art. 48 de la Constitución portuguesa el caso más claro y más logrado de reconocimiento del derecho a la información, no es ello lo más importante sino lo que de su ubicación en el texto cabe deducir a través de una interpretación sistemática. Pues dicha Constitución dedica al reconocimiento de las libertades informativas y sus diversos aspectos, los arts. 37 a 40. Sin embargo, el art. 48 en que se formula con claridad, no se halla entre tales preceptos dedicados a las libertades informativas. El Título II de la Constitución portuguesa lleva por epígrafe «De los derechos, libertades y garantías» y en él se distingue perfectamente el Capítulo I («De los derechos, libertades y garantías personales» que comprende los arts. 24 a 47) del Capítulo II («De los derechos, libertades y garantías de participación política», arts. 48 a 52) y este, justamente se inicia con el art. 48 que lleva por epígrafe «De la participación en la vida pública» y su párrafo 2 contiene el que consideramos mejor reconocimiento constitucional del derecho a la información que nos atreveríamos a apostillar de «bien entendido»: «el derecho de ser esclarecidos objetivamente sobre los actos del Estado y demás entidades públicas...», a «ser informados por el Gobierno y otras autoridades acerca de la gestión de los asuntos públicos». Por lo tanto, el párrafo 2 del art. 48 se sitúa en la Constitución que comentamos en un marco estrictamente democrático, al margen de la detallada regulación que también se contiene en la misma Constitución para las libertades informativas y sus múltiples medios de manifestación y difusión. Cfr. Corredoira y Sánchez, 2017: 38 y ss.

23 Sánchez, 2004: 75 y ss.

estableciendo por tanto dos derechos diferentes. Además, la interpretación llevada a cabo durante 37 años por el Tribunal Constitucional[24] viene a confirmar la necesidad del reconocimiento de las diferencias entre la libertad de expresión y el derecho a la información por cuanto inciden en regímenes jurídicos bien diferentes. Siendo ello así, y sin perjuicio de la puntual restricción legal de la vigente Ley 9/2013, las posibilidades de evolución del deber de transparencia hacia su eficacia real y su directa incidencia en la vivencia de una democracia avanzada, exigen un cambio de perspectiva en su análisis, y de paradigma, que permitirá conclusiones menos pesimistas que las lamentadas por la doctrina. La condición, en mi opinión, es retomar como eje y motor de estas nuevas técnicas al derecho a la información consagrado en el art. 20.1,d, de la Constitución.

VIII. Bibliografía

Burdeau, G.: *La Democracia*. Barcelona, Ariel. Una síntesis (publicada como texto de conferencia) en *Revista del Derecho de la Universidad de Concepción*, 109, 1959, disponible en <http://www.revistadederecho.com/main.php>.

Castellá Andreu, J. Mª.: *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*. Barcelona, Cedecs, 2001.

Corredoira, L.: «Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva Sociedad de la Información. Estudio específico del artículo 19», en Cotino Hueso, L., *Libertad en Internet. La Red y las libertades de expresión e información*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 57 y ss.

Corredoira Alfonso, L., Sánchez Ferriz, R.: «La compleja configuración de un derecho-libertad poliédrico, el derecho a la información. Referencias históricas», *Revista de Derecho Político (UNED)*, 99, mayo-agosto 2017, pp. 11-48.

24 Cfr. Sánchez, 2008: 39-70.

Cotino Hueso, L.: «La nueva Ley de transparencia y el acceso a la información», en *Anuario Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá VII, 2014a, pp. 241-256.

Cotino Hueso, L.: «El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el gobierno abierto. Retos y oportunidades» en Valero Torrijos, J., Fernández Salmerón, M. (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de la información*. Thomson Reuters Aranzadi, 2014b, pp. 37-71.

Desantes Guanter, J. M.: *El derecho a la información en cuanto valor constitucional*. Universidad de Piura, 1992.

Desantes Guanter, J. M.: *Derecho a la información. Materiales para un sistema de la comunicación.* Valencia, COSO, 2004.

Díez-Picazo Giménez, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales.* Madrid: Thomson Civitas, 2008.

González Casanova, J. A.: *Comunicación humana y Comunidad política*. Madrid, Tecnos, 1968.

Holmes, S., Sunstein, C. R.: *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Madrid, Siglo XXI, 2011.

INAP: *La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*. Madrid, Col. Estudios y documentos, 2016.

Mendel, T.: «El derecho a la información en América Latina, Comparación jurídica». UNESCO, 2009. www.unesco.org/webworld/en/foi.

Moreno González, G.: «El Derecho de acceso a la Información Pública en la Ley de Transparencia: Una aproximación constitucional», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* 8, 2015, pp. 93-125, disponible en <http://hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/EUNOM/article/viewFile/2478/1361>.

Porras Ramírez, J. Mª.: «Significado y Alcance de la Apelación al Principio Constitucional de la Dignidad de la Persona en España», *RDU, Porto Alegre*, 13(75), 2017, pp. 218-237, mayo-junio 2017.

Sánchez Ferriz, R.: *El derecho a la información*. Valencia, Cosmos, 1974.

Sánchez Ferriz, R.: *Estudio sobre las libertades*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995.
Sánchez Ferriz, R.: *Delimitación de las libertades informativas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
Sánchez Ferriz, R.: «Ordenación sistemática de los Derechos y Libertades en la Constitución», en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional (Libro homenaje al Prof. Gumersindo Trujillo*). Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 745-772.
Sánchez Férriz, R.: «Treinta Años de Información constitucionalmente protegida. La labor del Tribunal Constitucional en la fijación de Límites y Garantías», en *El derecho a la información judicial.* Valencia, COSO, 2008, pp. 39-70.
Schneider, H. P.: «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *Revista de estudios políticos*, 7, 1979, pp. 7-36.
Viglione, F.: «Disciplina delle successioni mortis causa e diritti fondamentali: analisi comparatistica di una relazione controversa», *Rivista di Diritto Privato*, 1/2016, pp. 112 y ss.
Villaverde Menéndez, I.: *Estado democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución española de 1978*. Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994.
Villaverde Menéndez, I.: *Los derechos del público*. Madrid, Tecnos, 1995.
Voyenne, B.: *Le Droit à l'Information*. París, Aubier-Montaigne, 1970.

El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor del contenido esencial del artículo 18.4 de la Constitución[1]

Rosario García Mahamut
Catedrática de Derecho Constitucional.
Universitat Jaume I de Castellón.

Resumen

Este trabajo aborda la evolución experimentada por el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de los datos de carácter personal amparado en el artículo 18.4 de la Constitución, así como la transformación que experimentará el contenido esencial, el ejercicio y su sistema de garantías. Derecho fundamental que, desde el 25 de mayo de 2018, se ejercerá con arreglo a lo que establece el Reglamento de la UE 2016/679, norma directamente aplicable que no exige transposición alguna por parte de los Estados miembros. Las características y naturaleza del Reglamento exigen la adaptación de nuestra normativa interna sobre el derecho fundamental de la protección de los datos al contenido del mismo

1 Este trabajo tiene su origen en el marco del proyecto de investigación sobre «El impacto del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos: análisis nacional y comparado» –Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2015-63635-R)– y del que la autora es investigadora principal.

y, en consecuencia, entre otros, exige la derogación de la vigente ley por una nueva ley que está en la última fase de tramitación parlamentaria. A ello dedicaremos nuestro análisis.
Palabras clave: derecho fundamental a la protección de datos personales, Reglamento Europeo de protección de datos, Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, artículo 18.4 de la Constitución española.

Resum

Aquest treball aborda l'evolució experimentada pel dret fonamental de les persones físiques a la protecció de les dades de caràcter personal emparat en l'article 18.4 de la Constitució, així com la transformació que experimentarà el contingut essencial, l'exercici i el sistema de garanties del dret. Dret fonamental que, des del 25 de maig de 2018, s'exercirà d'acord amb el que estableix el Reglament de l'UE 2016/679, norma directament aplicable que no exigeix cap transposició per part dels Estats membres. Les característiques i naturalesa del reglament exigeixen l'adaptació de la nostra normativa interna sobre el dret fonamental de la protecció de les dades al seu contingut i, en conseqüència, entre altres, exigeix la derogació de la llei vigent per una nova llei que està en l'última fase de tramitació parlamentària. A això dedicarem la nostra anàlisi.
Paraules clau: dret fonamental a la protecció de dades personals, Reglament europeu de protecció de dades, Llei orgànica de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals, article 18.4 de la Constitució espanyola.

Abstract

This research approaches the development of the fundamental rights of natural persons to their right to protection of personal data under article 18.4 of the Spanish Constitution, as well as the how the transformation of the exercise and the system of guarantees will affect the core content of this fundamental right. This right that, from May 25, 2018, shall be exercised with the stipulations stated in the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR), which is directly applicable under the national legislation of the Member States without transposal. The nature and characteristics of the GDPR call for a revision of the Spanish legislation in the field of the fundamental right to data protection. Among

other factors, this requires the repeal of the existing legislation and the replacement by a new Data Protection Act, which is currently in the final stage in the parliamentary procedure.
Key Words: Fundamental Right to Personal Data Protection, General Data Protection Regulation (GDPR), Organic Law on the Protection of Personal Data (LOPD), Guarantee of Digital Rights, Article 18.4 of the Spanish Constitution.

Sumario

I. Introducción.
II. Una visión holística del derecho fundamental a la protección de los datos personales en España.
III. El Reglamento europeo de protección de datos y su impacto en el contenido esencial del art. 18.4 CE.
IV. El proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales.

I. Introducción

El constituyente español adelantándose a su tiempo emplazó expresamente al legislador en el art. 18.4 CE a limitar por ley «el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

Si en un primer momento el legislador orgánico (1992) desarrolló el mandato constitucional del art. 18.4 CE como «la articulación de garantías contra la posible utilización torticera de ese fenómeno de la contemporaneidad que es la informática»[2] limitando los tratamientos automatizados de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales», veintiséis años más tarde de la aprobación de aquella, en la exposición de motivos del actual proyecto de ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGD)[3] se pone en valor, y cito textualmente, que: «Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea».[4]

Y es que, como bien expresa el legislador, Internet se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en la vida personal como colectiva.

---

2 Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LOTARD).

3 A fecha de la revisión de las pruebas de este artículo se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

4 Preámbulo (IV) del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (*DS*. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 157, de 18/10/2018). La cita se ajusta a lo que recoge el Preámbulo (IV) en la ya vigente LOPDGD.

Sin duda, gran parte de la actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y ello adquiere una importancia vital tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de la vida en sociedad. De ahí que sean perfectamente identificables los riesgos y oportunidades que el mundo de las redes ofrece a la ciudadanía. Corresponde a los poderes públicos impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet promoviendo la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital de una sociedad digitalizada, globalizada y de una evolución tecnológica absolutamente imparable que afecta transversalmente a todos los ámbitos de las personas.

En nuestro país, en estos cuarenta años de vigencia de nuestra Carta Magna hemos avanzado vertiginosamente en el desarrollo el contenido del derecho fundamental de la denominada libertad informática (art. 18.4 CE) al servicio del derecho a la intimidad personal,[5] en un primer momento, precisando, seguidamente, el carácter instrumental de un derecho fundamental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales. Se da un paso de envergadura constitucional cuando se afirma como un derecho autónomo con un contenido esencial que «amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado».[6] Para, finalmente, tras la aplicación el 25 de mayo de 2018 del Reglamento (UE) de protección de datos 2016/679 (RGPD) delimitar su contenido no solo como adecuación a lo que regula ley orgánica sino, y principalmente, a

5 Resultan absolutamente necesarias para comprender el alcance de tal evolución las obras de Peréz Luño, A. E.: «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1979, pp. 59-72, y Lucas Murillo De La Cueva, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid, Tecnos, 1990.

6 STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

lo que regula el propio RGPD y que en sí mismo supone la revisión de las bases del modelo europeo de protección de datos.

Solo basta subrayar el tenor literal de lo que dispone lo que será la nueva LOPDGD en su art. 1:

«La presente ley orgánica tiene por objeto:

a) Adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones.

El derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, *se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica*.

b) Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el art. 18.4 de la Constitución».[7]

El paso cualitativo que se produce en la afectación del desarrollo y contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales resulta más que evidente. No solo, y con el respectivo margen nacional, el Reglamento Europeo define el desarrollo y contenido esencial del derecho a la protección de datos, sino que, por lo demás constituye objeto concreto de la ley orgánica garantizar una serie de derechos digitales de la ciudadanía (Título X, arts. 79 a 97 del Proyecto de LOPDGD).

II. Una visión holística del derecho fundamental a la protección de los datos personales en España

Tras la aprobación de la Constitución y la ratificación del Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981,[8] la jurisprudencia constitucional que

7 La cursiva es nuestra.

8 Véase los arts. 5, 6, 8 y 9 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.

fue asentándose tras la STC 254/1993, de 20 de julio, y que partió de un recurso de amparo que demandaba la aplicación directa del derecho fundamental, en 1992 se aprobó la primera ley que desarrollaba expresamente el art. 18.4 dela CE, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD).

La LORTAD *ex art*. 1, tenía por objeto «limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos».

Efectivamente, como se señalaba en su exposición de motivos «delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor una frontera que sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas. La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 18.4 de la Constitución, y al cumplimiento de ese objetivo responde la presente Ley».

En un primer momento, el Tribunal Constitucional (TC) –STC 254/1993, de 20 de julio– en palabras de I. Villaverde, «concibe el art. 18.4 CE como la sede de un derecho fundamental de configuración legal, lo que él llama la libertad informática, para acabar argumentando que esa libertad forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE».[9] Efectivamente, el TC acaba reconduciéndolo al contenido esencial del derecho a la intimidad.

El reconocimiento del derecho fundamental de la protección de los datos personales como derecho autónomo, independiente al de la intimidad, y con un contenido esencial propio vino de la

9 Villaverde Menéndez, I.: «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 1994, pp. 188. Véase en relación con la LORTAD, Lucas Murillo de la Cueva, P.: *Informática y protección de datos de carácter personal*, Madrid, CEC, 1993.

mano, básicamente de dos Sentencias del TC del año 2000. Las SSTC 290/2000 y la 292/2000, de 30 de noviembre, fueron paradigmáticas,[10] consolidando un camino que comenzó a pergeñarse tras la STC 254/1993 y que siguieron otras sentencias del TC.[11] La primera,[12] señalaba que el art. 18.4 CE contenía un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos «además de ser en sí mismo un derecho fundamental (…)». La segunda,[13] amén de definir el contenido esencial del derecho, precisaba que «la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de los datos respecto del derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran». Este derecho, «persigue garantizar a la persona el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado, *y que no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo*, cuyo conocimiento o empleo por tercero pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales (…)».

---

10 Véase, entre otros, Alguacil González Aurioles, J. «La libertad informática: aspectos sustantivos y competenciales», *Teoría y Realidad Constitucional*, 7, 2001, pp. 365-385.

11 Por ejemplo, en la STC 11/1998, de 13 de enero, el TC afirma con absoluta nitidez que el art. 18.4 CE «no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona –a la privacidad según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos» (FJ 5). Un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales. En esta misma línea resulta de enorme interés, entre otras, la STC 94/1998, de 4 de mayo.

12 Recordemos que la STC 290/2000, resolvía recursos de inconstitucionalidad acumulados y planteado contra determinados artículos de la LORTAD.

13 La STC 292/2000 resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo planteados contra incisos de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la LOPD por vulneración de los art. 18.1 y 4 y 53.1 CE. El TC estimó el recurso y declaró inconstitucionales un inciso del apartado 1 del art. 21, un inciso del aparatado 1 del art. 24 y todo el apartado 2 del art. 24 de la LOPD.

Tales sentencias se ven acompasadas en el marco del Derecho de la Unión, muy especialmente, por la Directiva 95/46, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta a al Tratamiento de Datos Personales y la libre circulación de los mismos. Esta Directiva obligó a adaptar nuestra legislación a lo allí mandatado, entre otras, no se olvide, que la misma extendió el ámbito de protección del derecho «a todo tipo de tratamiento de datos personales, automatizados o no». De ahí la derogación de la LORTAD por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (LOPD).

En esta línea secuencial no cabe en modo alguno obviar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000, consagra en su artículo 8 el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal de forma completamente autónoma rompiendo así el cordón umbilical con el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido expresamente en el art. 7 de la Carta. Este derecho se consagra en los siguientes términos: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente».

Sin duda, la LOPD y sus reformas, así como el Reglamento de desarrollo de 2007,[14] han constituido un paso decisivo en la regulación de ese derecho fundamental. Ambos instrumentos normativos se han visto complementado tanto por normativa nacional como europea así como por una vasta jurisprudencia tanto del TC como del Tribunal Supremo en el orden interno. Ello sin mencionar el enorme impacto que han tenido las Sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo

14 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

de Derechos Humanos en la interpretación y aplicación de la normativa interna.[15] Solo basta recordar, dada la extensión de este trabajo, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de mayo de 2014, C-131/12 Google Spain, SL y Google Inc vs AEPD y Mario Costeja González en relación con el derecho al olvido digital.

III. El Reglamento europeo de protección de datos y su impacto en el contenido esencial del art. 18.4 CE

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46, es directamente aplicable desde el 25 de mayo de 2018 (artículo 99 RGPD).[16]

El RGPD deroga la Directiva 95/46/CE[17] porque, como establece el propio considerando 8, aunque los objetivos y principios de la citada Directiva, siguen siendo válidos, « ello no ha impedido que la protección de los datos en el territorio de la Unión se aplique de manera fragmentada, ni la inseguridad jurídica ni una percepción generalizada entre la opinión pública de que existen riesgos importantes para la protección de las personas físicas, en particular en relación con las actividades en línea. Las diferencias en el nivel de protección de los

15 Remitimos, por todos, al análisis que de las mismas realizan López Aguilar, J.F.: *Parlamento y Derechos. Paisajes tras la gran recesión*. Valencia. Tirant Humanidades, 2017, pp. 179-212, y Rallo Lombarte, A.: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet», *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 2017, pp. 583-610.

16 Sobre los antecedentes del mismo remitimos a la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea», COM (2010) 609 final, Bruselas, 4/11/2010 y, entre otros trabajos, a Rallo Lombarte, A. y García Mahamut, R. (eds.): *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos. Towards a new European Data Protection Regime*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

17 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos.

derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la protección de los datos de carácter personal, en lo que respecta al tratamiento de dichos datos en los Estados miembros pueden impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión (…)». De ahí que, para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros. Debe garantizarse en toda la Unión que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea (…).[18] Y, al objeto de garantizar un nivel coherente de protección de las personas físicas en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior, tal y como pone de manifiesto el considerando 13, «es necesario un reglamento que proporcione seguridad jurídica y transparencia a los operadores económicos, incluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, y ofrezca a las personas físicas de todos los Estados miembros el mismo nivel de derechos y obligaciones exigibles y de responsabilidades para los responsables y encargados del tratamiento, con el fin de garantizar una supervisión coherente del tratamiento de datos personales y sanciones equivalentes en todos los Estados miembros, así como la cooperación efectiva entre las autoridades de control de los diferentes Estados miembros (…)».

Reglamento que supone una auténtica revisión de las bases legales del modelo europeo de protección de datos, como tendremos ocasión de comprobar someramente.

En el marco del art. 16 del TFUE y al amparo del art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales, se adopta el RGPD, cuya regulación se

18 Considerando 9 del RGPD.

completa con la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Dada la limitada extensión de este trabajo, conviene de forma muy sinóptica distinguir cuando abordamos el análisis del Reglamento, por un lado, cuestiones de orden formal y de técnica legislativa que condicionan la aplicación material del mismo en los distintos ordenamientos de los Estados miembros cuando adaptan su normativa interna y, de otro lado, las principales novedades que aporta el RGPD desde una perspectiva material en el reconocimiento del ejercicio y garantías del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Desde una perspectiva formal, y en virtud de lo dispuesto en el art. 288 del TFUE, el Reglamento tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. Se integra en el ordenamiento jurídico nacional desplegando su eficacia directa a partir de la fecha que en él se fije y a falta de la misma a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la UE.

Es una norma que no necesita de incorporación mediante otra norma de naturaleza interna y tiende a excluir particularidades y «limitar la intervención de los Estados, en principio, a la aplicación material de norma europea, sin perjuicio de la labor de depuración normativa y de los eventuales desarrollos de los que aquella pueda ser objeto».

La depuración del ordenamiento interno, como ha puesto de relieve el Consejo de Estado,[19] implica, entre otras acciones, la derogación de

19 Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de octubre de 2017, relativo al anteproyecto de Ley Orgánica de protección de Datos de carácter personal (http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV08L0-20172401&lang=ca&fcAct=2017-09-26T16:40:17.271Z).

las normas nacionales que sean incompatibles con el mismo – y ello debe realizarse a través de disposiciones que tengan el mismo valor jurídico que las disposiciones internas que deban modificarse–, así como eliminar cuantas disposiciones puedan resultar redundantes como consecuencia, en expresión del Consejo de Estado, del efecto directo de aquél en la medida que pueden poner en cuestión la aplicación directa del Reglamento.

No obstante, tal adaptación puede exigir la adopción de nuevas disposiciones que complementen o aclaren la regulación europea. De hecho, debemos precisar «que la aplicabilidad directa de un Reglamento no se opone a que el mismo "faculte a una institución comunitaria o a un Estado miembro para dictar medidas de aplicación"».[20] Y, sin duda, los Estados miembros tienen la obligación de hacer cuanto sea necesario para asegurar el efecto útil del conjunto de las disposiciones del Reglamento. Si bien no es menos cierto que las medidas nacionales de aplicación de un Reglamento están sujetas a estrictas limitaciones, entre ellas, a las de no inducir a error sobre la naturaleza y aplicabilidad directa del mismo.

Sin embargo, el RGPD permite que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios.

Pero a más, como también recuerda el Consejo de Estado, el RGPD contiene al menos 56 remisiones de diverso alcance al Derecho de los Estados miembros, permitiendo a estos adaptar la regulación, en distintos casos, al contexto nacional, o a fijar exenciones, derogaciones o condiciones específicas para determinadas categorías de tratamiento de datos, incluso, en algunos supuestos puntuales el Reglamento confiere carácter preceptivo a esa labor normativa de desarrollo.

Teniendo presente lo anterior, no cabe soslayar que, desde una perspectiva sustantiva, el Reglamento es una norma compleja que,

20 Dictamen del Consejo de Estado…, *op.cit*., p. 30.

por lo demás, obliga a acudir a sus considerandos (173), no ya como ayuda para interpretar el texto articulado, sino que, incluso, en ocasiones, llega directamente a innovarlos.[21] Digamos que se produce, en expresión de López Calvo,[22] una ósmosis y retroalimentación entre la parte dispositiva y un preámbulo que desborda su papel habitual, lo que acarrea serios desajustes. Por si ello no fuera suficiente, en el Reglamento abundan referencias imperativas vinculadas a conceptos jurídicos indeterminados. De hecho, tal y como ha contabilizado el mismo autor, aproximadamente, se recogen 127 referencias condicionadas a lo que sea «necesario», 91 referencias a que resulte «adecuado», 15 a «oportuno» y 30 a «razonable». Por ello no puedo menos que compartir con él la afirmación, de que el Reglamento es una norma que «está edificada sobre pocas certezas, una norma que debe ser suficientemente versátil como para sortear el riesgo de convertirse en un paradigma *de obsolescencia jurídica programada* que adoleciera de similares efectos y defectos que la obsolescencia tecnológica: incorporar un producto que quede desfasado en poco tiempo».[23]

Si el Reglamento ya de por sí no deja de ser una norma que reviste una enorme complejidad y que desde la perspectiva de las fuentes del derecho es norma directamente aplicable por los Estados –que cuando regulan el margen de apreciación que les confiere no pueden, entre otras muchas consideraciones, contener reiteraciones innecesarias del Reglamento que pueda suscitar dudas sobre la aplicabilidad directa del mismo o puedan modificar el alcance o su efecto útil– no cabe duda, que la técnica legislativa resultante, al menos en el ordenamiento español, puede acarrear una seria falta de seguridad jurídica.

En lógica coherencia con los objetivos que persigue el RGPD, de su contenido material debemos destacar algunas de sus principales novedades. Entre ellas destacaremos:

---

21 Como también ha puesto de relieve López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Madrid, Sepín, 2017.

22 López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo…, op. cit.,* pp. 52-60.

23 *Ibidem*, p. 19.

– La incorporación de nuevos derechos, amén del derecho de supresión –al olvido, por ejemplo, se reconoce el derecho a la portabilidad de los datos. La transparencia de la información al ciudadano, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado en el tratamiento de los datos permea todo el sistema de garantías del ejercicio del derecho. Ello redunda directamente en un fortalecimiento sin precedentes del proceso a través del que se obtiene el consentimiento.
– Se amplía el ámbito de aplicación territorial del Reglamento. Ello adquiere una enorme trascendencia dado que, tal y como expresamente prevé su art. 3, el Reglamento se aplica: 1. Al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no. 2. Al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado *no establecido en la Unión*, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión. 3. Al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público.
– Se introduce toda una serie de medidas que conecta con lo que se conoce como responsabilidad activa y que afecta al sistema de prevención por parte de las organizaciones que tratan los datos. Se parte de la idea de que actuar solo cuando se ha cometido infracciones en el tratamiento de los datos por parte de los encargados o responsable de los datos resulta insuficiente. Estos deben adoptar medidas que aseguren que están en condiciones de cumplir con los principios, derechos y garantías que el RGPD determina.

– En conexión con lo anterior se establecen una serie de medidas de responsabilidad activa que afectan al responsable y encargado del tratamiento y que van desde la determinación de sus obligaciones (incluidas la adopción de medidas técnicas y organizativas – protección de datos desde el diseño y por defecto–), mecanismos de certificación, registro de actividades del tratamiento, cooperación con la autoridad de control, notificación de una violación de la seguridad de los datos a la autoridad de control y al interesado así como una evaluación de impacto y la obligación de designar un delegado de protección de datos en determinados supuestos. En coherencia con esto último se regula la posición y funciones que cómo mínimo deben desempeñar el delegado de protección de datos y de entre ellas conviene destacar la de cooperar con la autoridad de control. En este ámbito cobran especial relevancia los códigos de conducta y de certificación, así como la previsión de supervisión de los códigos de conducta y los organismos de certificación.
– La transferencia de los datos personales a terceros países u organizaciones internacionales constituye otra de las novedades de mayor calado que aporta el RGPD.
– Se regulan las autoridades de control independientes (competencias, funciones y poderes) así como la competencia de la autoridad de control principal y sus funciones así como el régimen de cooperación entre la autoridad de control principal y las demás autoridades de control interesadas así como la asistencia mutuas, operaciones conjuntas de las autoridades de control y los mecanismos de coherencia. En línea con lo anterior se crea el Comité Europeo de Protección de Datos que está compuesto por el director de una autoridad de control de cada Estado miembro y por el Supervisor Europeo de Protección de Datos o sus representantes respectivos. La Comisión tiene derecho a participar en las reuniones y actividades del Comité a través de la designación de un representante pero sin derecho a voto. Se regula la composición

organizativa del mismo y se prevén las funciones a desempeñar tanto de sus órganos como las del Comité.

- No menos importante resulta la regulación de los procedimientos –dado que el modelo establecido por el RGPD establece un sistema complejo en lo que se ha venido a denominar el modelo «de ventanilla única» al existir una autoridad de control principal y otras autoridades interesadas–, el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control y el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva contra una autoridad de control o contra un responsable o encargado del tratamiento. La imposición de multas administrativas por la autoridad de control. Los Estados pueden, en virtud de art. 84 del RGPD, establecer normas en materia de otras sanciones aplicables por infracción del Reglamento, en particular aquellas que no se sancionen con las multas administrativas previstas en el art. 83 y que, en todo caso, deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.
- Finalmente, se prevé una serie de disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento (libertad de expresión y de información; acceso del público a documentos oficiales; al número nacional de identificación; en el ámbito laboral; garantías y excepciones aplicables al tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos; obligaciones de secretos y normas vigentes sobre protección de datos de las iglesias y asociaciones religiosas).

Sin género de dudas, los desafíos que introduce el RGPD son múltiples y las legislaciones de los distintos Estados miembros han adaptado y/o siguen adaptando sus legislaciones; y, ello, a pesar de que han contado con dos años para adaptar sus normativas al mandato directo del Reglamento.

El reto no está resultando fácil, como tampoco lo es el cambio de paradigma que se está imponiendo en la dogmática de los derechos fundamentales, al permear y afectar el derecho a la protección de los datos personales, si bien con distinta intensidad, en el ejercicio de la

mayoría de los derechos constitucionales en los diversos ordenamientos nacionales, con sus propias peculiaridades, sus distintas tradiciones jurídicas y sus más o menos acertadas técnicas de sistematización legislativa en un contexto de completa europeización de los derechos.

En fin, qué duda cabe que el derecho fundamental reconocido en nuestro art. 18.4 CE, como recuerda el Consejo de Estado, va a ser una norma directa y principalmente regulada por una norma europea y, amén de otras consideraciones, ello implica, «un traslado parcial del canon constitucional de protección el derecho fundamental, que, en cuanto se refiere a actividades regidas por el Derecho de la Unión, deberá regirse por la Carta de Derecho Fundamentales de la UE y por la interpretación que realice el Tribunal de Justicia de la Unión (STJUE de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11)».[24]

IV. El proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales

Dada la limitada extensión del trabajo, me centraré, básicamente, en el *iter* legislativo del proyecto de ley orgánica que hasta la fecha de presentación de este trabajo se tramitaba en el Senado.[25]

El proyecto de ley orgánica de protección de datos de carácter personal –título original– presentado por el Gobierno, en noviembre de 2017,[26] responde al objetivo de adaptar el ordenamiento español a lo contenido en el RGPD y complementarlo regulando el ejercicio del margen de apreciación que el Reglamento confiere a los Estados.

El antecedente del proyecto de ley orgánica presentado por el Gobierno parte de una propuesta de anteproyecto de ley orgánica encargada a la Ponencia que, por Orden del Ministro de Justicia, de 2 de noviembre de 2016, se constituyó en el seno de la Sección tercera de Derecho Público de la Comisión General de Codificación con el objetivo

24 Dictamen del Consejo de Estado…, *op.cit*.
25 *BOCG*. Senado, apartado I, núm. 289-2209, de 23/10/2018.
26 *BOCG*. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 13-1, de 24/11/2017.

expreso de presentar una propuesta de anteproyecto de ley orgánica de adaptación del RGPD. La propuesta «o propuestas de anteproyectos» debía contar con una Exposición de motivos y un texto articulado a los que se debía adjuntar una memoria explicativa (apartado segundo de la Orden de 2 de noviembre). El día 1 de mayo de 2017 se fijó como plazo final de entrega.

El anteproyecto de ley orgánica de protección de datos de carácter personal se publicó el 28 de junio de 2017, plazo en el que se abrió el Trámite de Audiencia e Información pública que finalizó el 19 de julio de 2017.[27] Este constaba de 78 artículos articulados en 8 títulos, 13 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 4 disposiciones finales.

El anteproyecto fue informado, amén de por los distintos ministerios, por la Agencia Española de Protección de Datos, por el Consejo Fiscal y por el Consejo General del Poder Judicial. El Consejo de Estado emitió su Dictamen el 26 de octubre de 2018.

Con todo ello se elaboró y el Gobierno presentó el proyecto de ley orgánica de protección de datos de carácter personal (PLOPD) el 14 de noviembre de 2017 ante el Congreso de los Diputados. Proyecto que teniendo presente todo lo anterior mejoraba, aunque con serias lagunas, la propuesta del anteproyecto. El proyecto de ley a diferencia del anteproyecto elaborado por la ponencia constaba de 78 artículos estructurados en 9 títulos, 17 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 5 disposiciones finales.

En el Congreso de los Diputados se presentaron 368 enmiendas al articulado[28] del PLOPD afectando a más de dos tercios de los 78 artículos.

Tras la fase de discusión de enmiendas y aprobado el Dictamen de la Comisión, finalmente, el Pleno del Congreso aprobó el proyecto de

27 Trámite en el que el equipo investigador que coordino presentamos un informe de más de 130 pp. Aceptándose algunas de las consideraciones al articulado allí contenidas (por ejemplo, la redacción del art. 3.1, del art. 6.3 o del art. 7.3).

28 *BOCG*, Congreso de los Diputados, 18 de abril de 2018, n. 13-2, pp. 1-254.

ley orgánica de protección de datos y garantías de los derechos digitales que ha mejorado ostensiblemente el proyecto de ley remitido por el Gobierno. Actualmente se halla en el Senado en fase de presentación de enmiendas propuestas de veto, cuyo plazo finaliza el 5 de noviembre de 2018.[29]

Lo primero que debe subrayarse es que se añade al Título de la ley la rúbrica de «y garantía de los derechos digitales». No en vano, en la tramitación parlamentaria, la nueva ley añade, fruto de una enmienda parlamentaria, un nuevo título, el X, referido a la garantía de los derechos digitales (art. 79 a 97). Amén de que algunos de los derechos ya vienen regulados en el RGPD, se reconoce expresamente, entre otros, el derecho de acceso universal a Internet (art. 81), el derecho a la seguridad digital (art. 82) el derecho a la educación digital (art. 83), o el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88). Debe añadirse, no obstante, que los art. 81, 82 y 88 de lo que, en principio, será la LOPDGD tienen carácter de ley ordinaria.

Amén de todas las dudas que genera muchos de los aspectos sustantivos que regula la nueva ley y de los problemas a los que los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de enfrentarse, no cabe duda, que la misma constituye un paso sin precedentes no solo en lo que afecta al contenido esencial del art. 18.4 de la CE sino de forma transversal al ejercicio y garantías de otros derechos fundamentales o no en nuestro ordenamiento interno.

29 *BOCG*. Senado, apartado I, núm. 289-2209, de 23/10/2018.

Derechos, Constitución y lenguaje

Julia Sevilla Merino
Profesora Honoraria de Derecho Constitucional.
Universitat de València.

Resumen

Al hilo de las recientes (julio 2018) declaraciones de la Vicepresidenta del Gobierno de España en las que solicitaba a la Real Academia Española un estudio sobre la adecuación de la Constitución española a un lenguaje inclusivo, correcto y verdadero a la realidad de una democracia que transita entre hombres y mujeres, el texto analiza el uso del lenguaje en la Constitución de 1978, el derecho de la mujer a ser sujeto de derechos, la evolución legislativa al respecto y, sobre todo, la necesidad de incorporar a la mujer como sujeto constitucional en nuestra Carta Magna.
Palabras clave: Constitución, lenguaje, mujer.

Resum

Pel que fa a les recents (juliol 2018) declaracions de la vicepresidenta del Govern d'Espanya en què sol·licitava a la Real Academia Española un estudi sobre l'adequació de la Constitució espanyola a un llenguatge inclusiu, correcte i verdader a la realitat d'una democràcia que transita entre homes i dones, el text analitza l'ús del llenguatge en la Constitució de 1978, el dret de la dona a ser subjecte de drets, l'evolució legislativa respecte d'això i, sobretot, la necessitat d'incorporar la dona com a subjecte constitucional en la nostra carta magna.
Paraules clau: Constitució, llenguatge, dona.

Sumario

I. Introducción.
II. El derecho de la mujer a ser sujeto.
III. Inclusión del femenino en los textos legales.
IV. Conclusión.
V. Bibliografía.

La utilización del masculino universal abre simbólicamente
camino de los pactos entre varones al espectáculo intolerablemente mafioso
de que aparezcan copados por varones todas las instancias importantes
en las que se toman decisiones que configuran nuestras vidas.

Celia AMORÓS, *Tiempo de feminismo*

I. Introducción

El 10 de julio de este año (2018), *Europa Press* publicaba una noticia que, como vulgarmente se dice, iba a traer cola: «La vicepresidenta del Gobierno ha encargado a la Real Academia Española (RAE) un estudio sobre «la adecuación» de la Constitución española a un lenguaje «inclusivo, correcto y verdadero a la realidad de una democracia que transita entre hombre y mujeres». Carmen Calvo dio esta noticia en sede parlamentaria, en el transcurso de una comparecencia en la Comisión de Igualdad en el Congreso de los Diputados, añadiendo que este estudio era «independiente de una reforma sobre el articulado».

Al día siguiente un titular de *El Mundo* «La RAE rechaza el lenguaje inclusivo de la Constitución pedido por el Gobierno: No cabe ninguna sorpresa… No se puede pretender adaptar la realidad del lenguaje a los intereses políticos. La lengua es un ecosistema, que puede cambiar, pero con unos equilibrios que se pueden alterar si no se tiene cuidado». Siguiendo con la anécdota, quien si se alteró fue uno de los miembros de la RAE (Arturo Pérez Reverte) quien aseguró que «dejará esta institución en caso de que esta se pliegue a modificar la Constitución española para adecuarla al lenguaje inclusivo» (La Vanguardia12/07/2018).

Esta polémica, renovada por las declaraciones de la número dos del Gobierno, viene de lejos. Nuestra Constitución se elaboró por unas Cámaras en la que la presencia de las mujeres era la anécdota: 22 en el Congreso y 6 en el Senado, 4 presentadas por los partidos políticos y 2 de nombramiento real (recordemos que la Ley para la Reforma Política confería al Rey la capacidad de nombrar 40 miembros del Senado). Es conocida la anécdota de Camilo José Cela, también Senador

por designación real, en la que se dirige a la Cámara llamando a las Senadoras «senatrices»: «Senador Presidente, Senatrices y Senadores». En todo caso, y pese a que su labor en esta legislatura fue provechosa e interesante para los derechos de las mujeres, maestros y maestras de la República, enseñanza, viudas de militares…su número no permitía que su influencia costase en los grandes debates de la Constitución como la redacción del artículo 14 en el que no se consideró la pertenencia al sexo femenino como la primera de las discriminaciones y que además dio lugar a que los hombres presentasen demandas en base a este artículo que tuvieron que ser resueltas por el Tribunal Constitucional.

De este modo, la polémica sobre el lenguaje forma parte de la lucha de las mujeres por la igualdad, en este caso, en la representación política a la que también se une a la demanda de la presencia de mujeres en todos los espacios de poder en donde la desigualdad aún persiste. Este hecho ha sido ampliamente comentado: «Las relaciones de poder presentes en nuestras sociedades están siempre marcadas por el predominio masculino y son los hombres los que están situados en la cima del aparato que supervisa la producción cultural y científica… en concreto, las ciencias sociales y jurídicas, nacen condicionadas por las perspectivas, los intereses y las experiencias de los protagonistas –las clases dominantes y sus aparatos de gestión– de las instituciones que rigen la sociedad: empresas, gobiernos, partidos, sindicatos, etc., todos ellos sólidamente en manos masculinas» (Biglino: 2014).

Lo cierto es que desde hace tiempo las referencias al lenguaje han sido constantes tanto por especialistas en lingüística como por profesoras de la Red Feminista de Derecho Constitucional que en los encuentros anuales realizados en Biar también hemos acometido esta materia que se relaciona muy directamente con el concepto de sujeto.

II. El derecho de la mujer a ser sujeto

El primer obstáculo que nos encontramos es la dificultad mantenida a lo largo de la Historia de considerar a las mujeres objeto del Derecho

creado y elaborado por los hombres sin que las mujeres pudieran participar. La negación de la ciudadanía como revela la historia del derecho al sufragio activo y/o pasivo ha sido una constante en todo el mundo que se suma al resto de las discriminaciones por el hecho de ser mujer y que, en la práctica, la convertía en objeto y no sujeto de derechos. Los debates en la Segunda República sobre este derecho dan vergüenza ajena al pensar cómo sujetos con ese concepto de las mujeres podían arrogarse la facultad de decidir sobre cómo debía organizarse un Estado.

¿Y qué papel ha jugado el Derecho? La Revolución Francesa se puede considerar una gran ocasión perdida para que rompiera no solo con las desigualdades de clase sino también con la inferioridad de las mujeres que atravesaba todos los estamentos de la sociedad. Y no solo por este argumento válido por sí mismo, sino porque las mujeres también participaron: porque fueron las mujeres quienes dieron «el puntapié «inicial a la Revolución con una marcha sobre Versalles para protestar por la carestía del pan, porque también existían mujeres ilustradas y porque era el nacimiento del Estado moderno que no debería haberse iniciado con una contradicción tan flagrante de uno de sus principios, la igualdad. Y ese vicio de partida aún no ha sido erradicado.

Condorcet fue quien intentó introducir algo de coherencia en el significado de una palabra: «Revolución», nueva ella también para nombrar un proceso menos innovador de lo que se pretendía, que también debería ser crucial. Como en otros casos, la expresión «cherchez la femme» ha conducido a explicar también lo acontecido en este caso. Unirse a una mujer sabia, Sophie de Grouchi, ya arroja alguna pista sobre la persona, en una época en que la autoridad marital podía ser un yugo para la mujer. Se conocieron reivindicando justicia para salvar la vida de tres campesinos condenados a morir por una acusación de robo con violencia que resultaba infundada (Biglino P. 2014). Por su procedencia no era el lugar habitual para él y menos aún para ella. Y por el resultado parece que eran personas extraordinarias.

Defender la igualdad de las mujeres comporta una cierta coherencia de pensamiento revolucionario que excedía del practicismo de otros autores como Rousseau quien (¿coincidencia?) llamó Sofía a su modelo de mujer sumisa y complemento del marido. Condorcet abogaba por el reconocimiento de los derechos humanos, de los derechos sociales como la educación. Murió en extrañas circunstancias, nada sorprendente en la época, y gracias a su mujer nos ha llegado su obra.

Rousseau fue el que impuso su modelo de hombre «blanco, propietario y padre de familia» y también el de las mujeres a las que calificaba de incapaces para controlar por sí mismas sus deseos ilimitados, por lo que no podían desarrollar la moralidad requerida para ser parte de la sociedad civil.

Este modelo tuvo éxito porque conectaba con revolucionarios del «algo cambie para que todo siga igual». Lo peor fue el legado de Rousseau: ser considerado padre de la pedagogía moderna que llevó a que se implantase su modelo de hombre, Emilio, su educación se basa en la experiencia y en el respeto a su personalidad, para que sea un sujeto con criterios propios, libre y autónomo, a diferencia de la de Sofía, que debe reunir las virtudes opuestas: dependiente y débil.» (Astola, 2014).

Pero la Revolución también modificó el concepto mismo de lo que hasta entonces se entendía con esta palabra con la apertura de una nueva época de la historia, con el significado de ruptura, que era producto de una iniciativa intelectual «súbita, abrupta, bruscamente cumplida»… No es extraño –en palabras de Garcia Enterría– que la Revolución Francesa tuviese efectos inmediatos sobre la lengua. Todo cambio político implica por sí solo un necesario cambio de léxico de mayor o menor extensión. Eligió para su discurso de entrada en la Academia «La lengua de los derechos» que va precedido de una cita de Montesquieu de «El espíritu de las leyes»… «Yo he tenido ideas nuevas: ha habido necesidad, por tanto, de encontrar nuevas palabras o de dar a las antiguas nuevas significaciones». Nada más pertinente para entrar en la institución que cuida nuestro lenguaje.

Sin embargo, este cuidado no está exento de ideología y el machismo/patriarcado también puede entrar en la Academia. También en «L'ami des patriotes», una revista de los partidarios de la Revolución, se dice expresamente: «Al introducir en un pueblo ideas nuevas, nuevos hábitos, es obligado introducir palabras nuevas». Y en otro lugar una cita de Maille en la «Langue de povoir: Langage politique et langage juridic pendant la Revolution de 1789»: Quien gana la batalla de las palabras puede ganar normalmente la posición política dominante, puesto que su discurso pasa a ser el discurso autorizado, o más propiamente, el que tiene autoridad» (Maille, 381), discursos por la apropiación de la legitimidad. Sus líderes no hacen otro oficio que el de la acción; son intérpretes de la acción… la palabra ocupa toda la escena

Las mujeres perdieron la guerra de las palabras y la de los derechos, se tardaron muchos años –aún estamos en ello– en desterrar la huella del Código de Napoleón que consolidaba la reducción de las mujeres a minoría de edad permanente, trasladando al lenguaje jurídico la posición de la mujer en la sociedad sin permitir que la revolución modificara su estatus. Toda aquella magnificencia verbal sirvió para que ser mujer fuera un estigma.

No solo esto fue lo que ocurrió, sino que constituir al hombre como titular de los derechos y excluir a las mujeres perdió la palabra *hombre* el poder de representar al género humano. El primer artículo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano dice: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos…». Nada más patente para desmontar el sentido de representación genérica que se quiere atribuir a la palabra *hombre,* como equivalente a género humano, que la lectura de la historia de los derechos o la jurisprudencia de los órganos judiciales que velan por el respeto al ejercicio de los derechos.

En este contexto, con algo de tiempo transcurrido, cobra significado la reflexión de Bengoechea que considera indispensable para adquirir la plena ciudadanía política «el ser nombradas como sujetos con cuerpo, es decir, en femenino». El efecto de poseer el propio cuerpo a través de la existencia en el lenguaje como ser femenino sería revelar que

el sujeto político y lingüístico es sexuado en masculino y acabar con la falacia de una supuesta neutralidad del sujeto. Ello es necesario porque, siguiendo el razonamiento de esta autora, en el orden político, legislativo y simbólico patriarcal el masculino ha usurpado el neutro constituyéndose en referencia universal única y convirtiéndose en la única categoría pensable y decible del universal. Para acceder a la posición de sujetos, las mujeres tienen que identificarse con la forma universal, que es la de lo masculino y negar, por tanto, lo específico de su género invalidando la diferencia (Violí, 1991).

Desde esta perspectiva las consecuencias de la usurpación del neutro por el masculino son: 1ª) Que se ha borrado a las mujeres del imaginario colectivo haciendo muy difícil caer en la cuenta que hay mujeres 2ª) Consolida el lenguaje y el pensamiento de los hombres como instrumentos de buscar, resaltar y trabar únicamente relaciones de semejanza masculina. Cuando se habla de todos, los españoles, los ciudadanos, para los hombres la identificación es inmediata y la mutua identificación suscita el desarrollo de vínculos de semejanza 3ª) Al excluir a las mujeres del discurso las deja huérfanas de semejantes. Uno de los efectos más perversos del lenguaje androcéntrico, es decir, de considerar al hombre la medida de todas las cosas y utilizar el masculino, es que las mujeres son la excepción a la regla universal y en consonancia se convierte el femenino en algo degradado o inferior; y 4ª) El discurso en neutro masculino ayuda a esconder la desigualdad de trato que pasa más desapercibida al permitir la inclusión o la exclusión de las mujeres del término masculino. Al permitir la oscilación entre estáis/no estáis esconde la desigualdad de trato. El hecho, por ejemplo, de la violencia de género, algunos problemas y consecuencias de la maternidad, discriminación laboral por razón de sexo, doble jornada laboral… ha sido ignorado por leyes y políticas de tal forma que con frecuencia «la igualdad de todos ante la ley a menudo enmascara que para requisitos, prioridades y normas se piensa en los hombres». Para que las mujeres ocupen un lugar en el pensamiento deben ocupar un lugar en la lengua, solo así ocuparán un lugar en la realidad política.

Con algo de antelación, las Academias redactaron las normas en provecho de los académicos en una época, bien es cierto, en la que el saber pertenecía a unos pocos. En la actualidad son reductos masculinos en los que las mujeres apenas están representadas y que, a partir de la primera elección que puede corresponder a las Asambleas legislativas, se convierten en órganos de dudosa democracia ya que se representan a sí mismos y son ellos los que deciden la entrada de nuevos miembros.

La Real Academia Española (RAE) mantiene estas directrices: en relación con los géneros gramaticales, considera el masculino como genérico e incluyente y el femenino como marcado lo que equivale a decir que vale para todo, y, en cambio, el femenino es género marcado que solo se puede utilizar para hablar del sexo femenino. Esta decisión respecto a la definición de los géneros además de ser arbitraria, o precisamente por ello, no tiene en cuenta la abundante investigación tanto sobre el género gramatical como sobre el sistema sexo/género que se ha producido en el ámbito científico y lo que las instituciones que velan por los derechos de las personas han expuesto y recomendado.

Así, podemos recordar el informe que elaboró la RAE ante el anuncio de la presentación por el Gobierno de España del Proyecto de ley integral contra la violencia de género sobre el aspecto lingüístico de la denominación, reconociendo que ya había sido incorporada de forma equivalente en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. La RAE en el informe defiende que el único significado correcto de la palabra *género* es el gramatical masculino/femenino, con una ignorancia, extraña en tan letrados señores, haciendo caso omiso de la doctrina y de la Unión Europea.

En primer lugar, recuerdan que la expresión de origen inglés fue difundida a partir del Congreso de Naciones Unidas en Beijing para identificar «la violencia, tanto física como psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su

tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal».

En segundo lugar, analizan la conveniencia de su uso en español, afirmando que el sentido de la palabra género en español es el conjunto de seres que se agrupa en función de características comunes de clase o tipo. Así se dice: «Hemos clasificado sus obras por géneros; ese género de vida puede ser pernicioso para la salud». En gramática significa «propiedad de los sustantivos y de algunos pronombres por la cual se clasifican en masculinos, femeninos y, en algunas lenguas, también en neutros», reduciendo género a su sentido gramatical: «las palabras tienen género y no sexo y los seres vivos tienen sexo», por lo que se decantan por sexo para «designar la condición orgánica y biológica de los seres vivos» que, en su opinión, no tiene solamente un significado biológico, como lo muestra la expresión: «sexo fuerte/sexo débil».

En tercer lugar, exponen una estadística sobre el uso de las expresiones: «violencia doméstica, violencia intrafamiliar, violencia de género, violencia contra las mujeres, violencia familiar, violencia de pareja, discriminación por razón de sexo», y se decantan por la expresión *violencia doméstica* para el título de la ley, en el apartado 4º del Informe, y por la sustitución de «la expresión «impacto por razón de género» por la de «impacto por razón de sexo», en línea con lo que la Constitución establece en su artículo 14 al hablar de la no discriminación «por razón de nacimiento, raza, sexo…»», apoyándose en las denominaciones usadas en otros países.

También en la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas se invita a los Gobiernos y a los demás agentes a «integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias para las mujeres y los hombres, respectivamente, antes de tomar decisiones».

Precisamente es en esta Conferencia donde se empieza a utilizar la palabra *género* refiriéndose a los roles sociales construidos para la mujer y el hombre asentados en base a su sexo, aunque el término en

sí se refiere a las características biológicas y físicas. Los roles de género dependen de un particular contexto socioeconómico, político y cultural y están afectados por otros factores como la edad, raza, clase y etnia. Los roles de género son aprendidos y varían ampliamente dentro de las diferentes culturas. «A diferencia del sexo los roles de género pueden cambiar. Estos deben ir orientados a permitir el acceso de las mujeres a los derechos, recursos y oportunidades».

De esta forma se introduce un concepto reconocido en los estudios feministas que diferencian entre sexo, y género. Reflexionan sobre el género gramatical y el sexo de las personas de la siguiente forma: Hay palabras en las que no tiene relación el masculino o femenino con el sexo de las personas (tierra, mundo, mar…), pero hay otras en las que coincide el sexo con el género (ciudadanos/ciudadanas). Teniendo en cuenta esta relación –dicen– se observa que la utilización del masculino, ya sea singular para referirse a una mujer, o en plural para denominar a un grupo de mujeres o un grupo mixto, es sin lugar a dudas un hábito que, en el mejor de los casos, esconde o invisibiliza a las mujeres y, en el peor, las excluye del proceso de representación que pone en funcionamiento la lengua.

Al igual que en español hay genéricos que incluyen hombres y mujeres por igual (vecindario, personaje, persona…), la utilización del masculino para referirse a los dos sexos no consigue representarlos «se basa en un pensamiento androcéntrico que considera a los hombres como sujetos de referencia y a las mujeres seres dependientes o que viven en función de ellos». Desde esta perspectiva defienden que no es una repetición nombrar en masculino y femenino cuando hablamos de grupos mixtos, ni tampoco es duplicar decir ciudadanos y ciudadanas, como no lo es hablar de blanco y azul, puesto que «duplicar es hacer una copia igual a otra y no es el caso».

Lo que en el fondo podemos plantearnos a la vista de los textos aportados es si lo que refleja el lenguaje de subordinación de lo femenino como género gramatical marcado es un trasunto de la exclusión de las mujeres como sujetos políticos.

III. Inclusión del femenino en los textos legales

También encontramos referencias al lenguaje en los textos legales: La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) recoge en su articulado referencias al lenguaje no sexista. En primer lugar, lo hace el apartado 11,del artículo 14, que trata de los «criterios generales de actuación de los poderes públicos» para implicarlos en la «implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas» En segundo lugar, tres artículos relacionados con la sociedad de la información en el ámbito público se garantizará que su lenguaje y contenidos sean o no sexistas.

La Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León se refiere en tres artículos al lenguaje no sexista. En primer lugar, al regular las competencias en materia de promoción de la igualdad (art. 9), dispone como una de las directrices de promoción de la igualdad «el desarrollo de las actuaciones necesarias para que en los documentos elaborados por las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma se utilice un lenguaje no sexista»; en segundo lugar, entre las medidas de acción positiva en favor de la mujer, propone como objetivos «eliminar el lenguaje sexista en todas sus manifestaciones» (art. 13.8) y «utilizar el masculino y el femenino en todos los documentos públicos, con el objeto de hacer visible la presencia de las mujeres en todos los ámbitos de la sociedad» (art. 13.9); y, en tercer lugar, que en los escritos administrativos se compromete a respetar en su redacción «las normas relativas a la utilización de un lenguaje no sexista».

La Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat Valenciana, para la igualdad entre mujeres y hombres, en su artículo 48, dicta que «las administraciones públicas valencianas pondrán en marcha los medios necesarios para que toda norma o escrito administrativo respete en su redacción las normas relativas a la utilización de un lenguaje no-sexista».

La Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres, en su artículo 13, que regula el «fomento de la igualdad en los medios de comunicación», en su apartado e) indica que garantizará

«la utilización no sexista del lenguaje y/o de las imágenes especialmente del ámbito de la publicidad», yendo más allá al definir en su artículo 17 el uso no sexista del lenguaje como «la utilización de expresiones lingüísticamente correctas sustitutivas de otras, correctas o no, que invisibilizan el femenino o lo sitúan en un plano secundario respecto al masculino» y en el siguiente artículo, 18, se compromete la Junta de Galicia, a erradicar «en todas las formas de expresión oral o escrita el uso sexista del lenguaje en el campo institucional tanto frente a la ciudadanía como en las comunicaciones internas. A estos efectos informará y se formará al personal al servicio de las administraciones públicas gallegas». Y, en su apartado segundo, se dice que procurarán «la erradicación del uso sexista del lenguaje en la vida social y a estos efectos se realizarán campañas de sensibilización y de divulgación pública».

La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres del País Vasco, se refiere al lenguaje en distintos artículos. El primero de los artículos que incide en los efectos del lenguaje en relación con la igualdad es el artículo 18 que abre el capítulo de medidas para promover la igualdad en la normativa de actividad administrativa, una de sus disposiciones generales es que los poderes públicos vascos deben hacer «un uso no sexista de todo tipo de lenguaje en los documentos y soportes que produzcan directamente o a través de terceras personas o entidades», como vemos en relación parecida a la que se utiliza en la Ley Orgánica de Igualdad estatal. Las referencias concretas se refieren, en primer lugar, a los medios de comunicación social y publicidad (artículo 26) en el que entre otras cosas se dice que «los medios de comunicación social, en la elaboración de sus programaciones han de hacer un uso no sexista del lenguaje…».

En segundo lugar, la referencia en la sección dedicada a la enseñanza universitaria (artículo 33), en el que se implica a las universidades para que velen porque entre otras cosas «se haga un uso no sexista del lenguaje y se incorpore el saber de las mujeres y su contribución social e histórica al desarrollo de la humanidad».

Y, por último, en la sección segunda del capítulo IV, dedicada al empleo, en el artículo que regula la negociación colectiva se dice que «la administración de la comunidad autónoma ha de velar para que los convenios colectivos… hagan un uso no sexista del lenguaje e incorporen medidas específicas contra el acoso sexista…».

En la Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer de las Islas Baleares, la primera referencia en relación con el lenguaje la encontramos en el capítulo dedicado a la educación para la igualdad y en el artículo que trata de la formación para la igualdad en donde se dice que «se ha de velar para que en toda normativa educativa se utilicen términos que puedan servir para designar a grupos formados por personas de ambos sexos, y, en todo caso, se ha de evitar la invisibilidad de las mujeres por medio del lenguaje». También al igual que lo hacen otras leyes en el capítulo dedicado a los medios de comunicación en el último artículo del capítulo que trata de la igualdad en medios de comunicación (artículo 39) se dice que «los poderes públicos deben velar por la no realización del uso sexista del lenguaje en los medios de comunicación social. A estos efectos se deben realizar campañas de formación e información del personal de dichos medios».

Finalmente, en el Título IV dedicado a la igualdad y la administración pública en el artículo 58 se obliga a las administraciones públicas «a establecer los medios necesarios para que la redacción de cualquier norma o texto administrativo respete las normas relativas a la utilización del lenguaje no sexista».

La Ley 12/2007, de promoción de la igualdad de género en Andalucía, también sitúa entre sus principios generales «la adopción de las medidas necesarias para eliminar el uso sexista del lenguaje», dedicando tres artículos más para que la Administración garantice «un uso no sexista del lenguaje y un tratamiento igualitario en los contenidos e imágenes que utilicen en el desarrollo de sus políticas» (art. 9), para que en los convenios colectivos se «haga un uso no sexista del lenguaje» (art. 28.3.b) y para que en los proyectos desarrollados

en el ámbito de las nuevas tecnologías se garantice «que su lenguaje y contenido no sean sexistas» (art. 51.2).

La referencia al contenido sexista del lenguaje en las leyes cuenta con precedentes en los planes de igualdad de oportunidades (PIOM) y en algunas normas dictadas para la Administración, por ejemplo en la Comunidad Valenciana en el PIO entre mujeres y hombres figura como uno de los objetivos, el punto 3.1, que corresponde al área de cultura, «fomentar la utilización de las lenguas oficiales de nuestra Comunidad de manera que no contengan actitudes discriminatorias o expresiones de contenido sexista», aunque no equivale exactamente a utilizar un lenguaje de contenido no sexista, se comprometían a elaborar una guía de recomendaciones para eliminar la terminología y los contenidos sexistas de los textos legales…

Es cita obligada al hablar de la influencia del lenguaje en la transmisión de ideas la definición que da la UNESCO en sus Recomendaciones (1991) para un uso no sexista del Lenguaje, que considera que: «El lenguaje no es una creación arbitraria de la mente humana, sino un producto social e histórico que influye en nuestra percepción de la realidad. Al transmitir socialmente al ser humano las experiencias acumuladas de generaciones anteriores, el lenguaje condiciona nuestro pensamiento y determina nuestra visión del mundo».

Igualmente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de forma temprana, expresó su preocupación por la transmisión del sexismo por medio del lenguaje aprobando, el 21 de febrero de 1990, una Recomendación sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje. En ella se parte de que la igualdad de la mujer y del hombre se inscribe en el marco de los ideales y principios que unen a los países miembros del Consejo de Europa y, aunque se afirma que el principio de igualdad de sexos se está aplicando progresivamente de hecho y de derecho por todos los estados miembros, sin embargo, también se aprecia, dice, que «la implantación de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres se encuentra aún con obstáculos, especialmente de tipo cultural y

social; subrayando el papel fundamental que cumple el lenguaje en la formación de la identidad social de los individuos y la interacción existente entre lenguaje y actitudes sociales».

En esta Recomendación también se señala que el sexismo que se refleja en el lenguaje utilizado en la mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa –que hace predominar lo masculino sobre lo femenino– constituye un estorbo al proceso de instauración de la igualdad entre mujeres y hombres porque oculta la existencia de las mujeres, que son la mitad de la humanidad y niega la igualdad entre hombre y de la mujer. Igualmente, se afirma que la utilización del género masculino para designar ambos sexos crea en la actualidad incertidumbre respecto a las personas, hombres o mujeres, de que se habla, y de esta forma además de señalar la importante función que cumple la educación y los medios de comunicación, recomienda a los gobiernos de los estados miembros que fomenten el empleo de un lenguaje que refleje el principio de igualdad entre hombre y mujer y que con tal objeto adopten cualquier medida que consideren útil para ello.

El texto recomienda a los gobiernos que tomen medidas para: «1) promover la utilización, en la medida de lo posible, de un lenguaje no sexista que tenga en cuenta la presencia, la situación, y el papel de la mujer en la sociedad, tal como ocurre con el hombre en la práctica lingüística actual; 2) hacer que la terminología empleada en los textos jurídicos, la administración pública y la educación esté en armonía con el principio de igualdad de sexos; y 3) fomentar la utilización de un lenguaje libre de sexismo en los medios de comunicación».

En la Recomendación sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje[1] se parte de que la igualdad de la mujer y del hombre se inscribe en el marco de los ideales y principios que unen a los países miembros del Consejo de Europa y, aunque se afirma que el principio

1 Recomendación número R (90) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje (adoptada por el Comité de Ministros el 21/02/1990 en la 434 reunión de los Delegados de los Ministros).

de igualdad de sexos se está aplicando progresivamente de hecho y de derecho por todos los estados miembros, sin embargo, también se aprecia, dice, que «la implantación de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres se encuentra aún con obstáculos, especialmente de tipo cultural y social; subrayando el papel fundamental que cumple el lenguaje en la formación de la identidad social de los individuos y la interacción existente entre lenguaje y actitudes sociales».

En esta Recomendación también se señala que el sexismo que se refleja en el lenguaje utilizado en la mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa –que hace predominar lo masculino sobre lo femenino– constituye un estorbo al proceso de instauración de la igualdad entre mujeres y hombres porque oculta la existencia de las mujeres, que son la mitad de la humanidad y niega la igualdad entre hombre y mujer. Igualmente, se afirma que la utilización del género masculino para designar ambos sexos crea en la actualidad incertidumbre respecto a las personas, hombres o mujeres, de que se habla, y de esta forma además de señalar la importante función que cumple la educación y los medios de comunicación, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que fomenten el empleo de un lenguaje que refleje el principio de igualdad entre hombre y mujer y que con tal objeto adopten cualquier medida que consideren útil para ello.

El texto recomienda a los gobiernos que tomen medidas para: «1) promover la utilización, en la medida de lo posible, de un lenguaje no sexista que tenga en cuenta la presencia, la situación, y el papel de la mujer en la sociedad, tal como ocurre con el hombre en la práctica lingüística actual; 2) hacer que la terminología empleada en los textos jurídicos, la administración pública y la educación esté en armonía con el principio de igualdad de sexos; y 3) fomentar la utilización de un lenguaje libre de sexismo en los medios de comunicación».

El Consejo General del Poder Judicial, en 2009, publicó un texto titulado «Normas mínimas para evitar la discriminación de la mujer en el lenguaje administrativo del CGPJ» porque constataba la irregular

aplicación por los diferentes Servicios y Secciones del Consejo de un lenguaje no sexista». Lo hace en base al art. 14 de la LOI sobre la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas». Destaca la importancia que tiene en la formación de la identidad social de las personas… motivado por la necesidad de erradicar el sexismo lingüístico, para que el lenguaje no sexista sea la norma y no la excepción».

IV. Conclusión

Es difícil encontrar en la Constitución española una referencia a la mujer como sujeto de derechos, como uno de los dos sujetos constitucionales. Y también es evidente que las Cortes Constituyentes no pensaron en lo que significaba de futuro la integración de la mujer como un sujeto constitucional, en que era el correlato lógico para que las mujeres fueran ciudadanas y titulares en igualdad de los derechos que la Constitución consagra.

No fue así, casi desaparecida incluso del lenguaje constitucional, difícil que apareciera el lenguaje inclusivo que todavía hoy cuenta con la oposición del órgano que controla qué es lo correcto en este ámbito.

Sus derechos fueron reconocidos en la legislación posterior de las Comunidades Autónomas: leyes de igualdad, Estatutos de Autonomía. Y en las leyes estatales, contra la violencia de género y la ley de igualdad. En relación a la primera, el número de asesinatos cuestiona su verdadera eficacia.

La L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres recoge en su articulado referencias al lenguaje no sexista. En primer lugar lo hace el apartado 11, del artículo14, que trata de los «criterios generales de actuación de los poderes públicos» para implicarlos en la «implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas»

En segundo lugar, tres artículos relacionados con la sociedad de la información en el ámbito público se garantizará «que su lenguaje y contenidos sean o no sexistas». También hace algo más importante al desarrollar la igualdad real y efectiva aplicada a las mujeres no tiene más alternativa que visualizarlas como sujetos jurídicos supliendo las deficiencias del texto constitucional, que lo hace en el artículo 1: «Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana e iguales en derechos y obligaciones». Significa un cambio de paradigma en el que las mujeres pasan a ser sujetos no solo en esta ley concreta sino en todo el ordenamiento (Esquembre: 2018).

¿El lenguaje transforma la sociedad o es transformado por ella? Ambas cosas. La división en lenguas vivas y muertas es expresiva de lo que sucede. Una lengua hablada tiene también que ser vivida y por tanto sentir la influencia de los cambios que se producen. Es lo que ocurre con el reconocimiento de las mujeres como sujetos. Es nuestra revolución y, como tal, tiene que provocar una logomaquia, un cambio como el que describe García de Enterría. No pueden decir ahora que ese masculino «hombre» tan exclusivo en sus derechos ahora se nos puede aplicar, así sin más.

La resistencia de la Academia y de parte de la ciudadanía a aceptar la exigencia del cambio de lenguaje como consecuencia de la emergencia de las mujeres como sujetos constitucionales en el fondo es también la resistencia al reconocimiento de la igualdad de las mujeres.

A todas las personas que se resisten a la renovación del lenguaje les recomendaría que vieran «Bola de fuego», una película que relata como un grupo de profesores se reúnen para revisar el lenguaje.

V. Bibliografía

Astola, J.: «Mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico vasco», en Freixes, T. y Sevilla, J. (coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía.* Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, Estudios Goberna, 2005, pp. 318 y ss.

Balibar, R.: *L'instituion du français. Essai sur le colinguisme des Caroligiens à la République.* París, 1985, p. 414, citado en García de Enterría, E., *op. cit*.

Bengoechea Bartolomé, M.: «Necesidad de poseer cuerpo y nombre para acceder plenamente a la ciudadanía», en Freixes, T. y Sevilla, J. (coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Madrid, INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, 2005, pp. 37-44.

Biglino Campos, P.: «La república de Condorcet, una república de ciudadanas», en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*. València, Corts Valencianes, 2014.

Comisión Europea: *Guía para la evaluación del impacto en función del género*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1999.

Esquembre Valdés, Mª. M.: «Género y ciudadanía, mujeres y Constitución», *Feminismo/s,* 8, Centro de Estudios sobre la Mujer, Universidad de Alicante, 2006 (ejemplar dedicado a *Mujer y Derecho,* coord. Mª del Mar Esquembre y Nieves Montesinos).

García Amado, J. A.: «¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho», *Anuario de filosofía del derecho, 9*, 1992, pp. 13-42.

García de Enterría, E.: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa,* Madrid, Civitas, 2001, p. 15.

Lledó Cunill, E.: «Las profesiones de la A a la Z», Serie *Lenguaje,* núm. 4, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

Marrades, A., Salazar, O., Sevilla, J.: «La supuesta neutralidad del lenguaje constitucional y las nuevas propuestas de lenguaje constitucional inclusivo», en Gómez, Y. (coord.), *La reforma de la Constitución española de 1978 en su 40 aniversario*, Aranzadi, 2018.

Roger, Ph.: «La Révolution française comme "logomachie". Jalons pour una lecture sémiotique de l'événement», en *Bologna Nationes. Atti della natio francorum.* Bolonia, 1993, I, pp. 281 y ss.

Roger, Ph.: «Le débat sur la langue révolutionnaire», en Bonnet, J. C. (dir.), *La carmagnole des muses. L'homme des lettres et l'artiste dans la Révolution française.* París, 1988, pp. 157 y ss., citado en García de Enterría, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa.* Madrid, Civitas, 2001.

Rousseau, J. J. dedica dos de sus obras a fundamentar la diferencia entre hombres y mujeres *«Emilio o la educación»* y *«Sofía»,* destinando el primero a la creación de ciudadanos pensando únicamente en el género masculino. Cuando habla de Emilio se está construyendo un sujeto social, mientras que cuando se refiere a Sofía, la educación debe estar en relación con los hombres pero no en una relación de igual sino de subordinación, consistirá en agradarlos y serles útiles.

Sevilla Merino, J.: «Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria», *Col·lecció Quaderns Feministes*, 4, Institut Universitari d'Estudis de la Dona. Universitat de València, 2004, pp. 20 y ss.

VV. AA.: «Informe emitido por la Real Academia Española relativo al uso genérico del masculino gramatical y al desdoblamiento genérico de los sustantivos», *Revista Española de la Función Consultiva, 6* (julio-diciembre 2006), Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, p. 307.

VV. AA.: *Liberación y utopía.* Madrid, Akal, 1982, citado en Careaga, P.: *El libro del buen hablar: una apuesta por un lenguaje no sexista*. Madrid, Fundación Mujeres, 2002, p. 38.

VV. AA. «Nombra. La representación del femenino y el masculino del lenguaje», Serie *Lenguaje,* núm. 1, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

VV. AA.: «Recomendación número R (90) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje», adoptada por el Comité de Ministros el 21/02/1990 en la 434 reunión de los Delegados de los Ministros.

TÍTULO II.
DE LA CORONA

CORTS VALENCIANES

Cuarenta y tres años de Monarquía

Antonio Torres del Moral
Catedrático de Derecho Constitucional.

Resumen

Este artículo expone la evolución de la actual monarquía española desde la opción de Franco Bahamonde por esta forma política hasta a actualidad. La nota distintiva de esta exposición radica en que se hace siguiendo los mensajes y discursos de los protagonistas (Franco Bahamonde, Conde de Barcelona, Juan Carlos I y Felipe VI), lo cual presta a este escrito una singular certeza interpretativa. Y acaba con los recientes mensajes de Felipe VI pronunciados en unos momentos históricos extremadamente graves. La opinión pública española está muy sensibilizada con esta evolución desde el juancarlismo hasta una posición ciertamente crítica con el anterior monarca.

Palabras clave: abdicación, reforma política, ruptura política, franquismo, instauración, restauración, legitimidad.

Resum

Aquest article exposa l'evolució de l'actual monarquia espanyola des de l'opció de Franco Bahamonde per aquesta forma política fins a l'actualitat. La nota distintiva d'aquesta exposició radica en que es fa seguint els missatges i discursos dels protagonistes (Franco Bahamonde, comte de Barcelona, Joan Carles I i Felip VI), cosa que li aporta a aquest escrit una singular certesa interpretativa. I acaba amb els recents missatges de Felip VI pronunciats en uns moments històrics extremadament greus. L'opinió pública espanyola està molt sensibilitzada amb aquesta evolució des del joancarlisme fins a una posició certament crítica amb el monarca anterior.

Paraules clau: abdicació, reforma política, ruptura política, franquisme, instauració, restauració, legitimitat.

Abstract

This article expose the evolution of the current Spanish monarchy from the option of Franco Bahamonde for this political form to the present. The distintive note of the exhibition lies in using as milestones of that evolution the messages and speeches of the protagonists (Franco, the Count of Barcelona, Juan Carlos I, and Felipe VI), which lends to this writing a unique interpretative certainty. And it ends with a recent message from Felipe VI delivered at extremely grave historical moment. Spanish public opinion is very sensitive whit this evolution from the juancarlismo to a position certainly critical of the previous king.
Key Words: abdication, political reform, political rupture, Francoism, instauration, restoration, legitimacy.

Sumario

I. Introducción.
II. Una instauración monárquica «bien atada».
III. Sucesión de Franco Bahamonde. El problema de la legitimidad.
IV. Ley para la reforma política y legalización de los partidos políticos.
V. Monarquía, constitución y opinión pública.
VI. Abdicación de Juan Carlos I y proclamación de Felipe VI.
VII. Los mensajes regios.

I. Introducción

Aunque Fernando Savater recomienda que de la monarquía, como de la salud, cuanto menos se hable, mejor, no es posible eludirla en el cuadragésimo aniversario de la Constitución pues una y otra van indisolublemente unidas. Estamos ante una Constitución monárquica y una monarquía constitucional parlamentaria. Por la obvia razón de encontrarnos en una efeméride tan señalada, este año se están prodigando libros, artículos, seminarios y mesas redondas para comentar y celebrar el hecho insólito de tan dilatada vigencia constitucional en España. Problemas no han faltado; disgustos tampoco, pero se han saldado aplicando la Constitución, no suspendiéndola.

Se trata de una Constitución que ha transformado la cultura política española haciéndola pasar del monismo al pluralismo; de la rigidez a la tolerancia; del dogmatismo a la permeabilidad; de las dos Españas a la España de todos; de la represión al libre desarrollo de la personalidad; de la censura a la libertad de expresión; de la unidad e irresponsabilidad del poder a su distribución horizontal y vertical, su institucionalización jurídica y su responsabilidad y control; del nacionalcatolicismo a la libertad religiosa; de la soberanía personal de un autócrata a la soberanía popular; del plurisufragio pseudocorporativo censitario al sufragio universal; del desamparo de los derechos a la Justicia constitucional.

No es mal comienzo evocar la reunión que celebraron los ponentes constitucionales para reflexionar en voz alta sobre los diez primeros años de vigencia constitucional. Solé Tura, tras destacar que «celebrar el décimo aniversario de una Constitución de signo democrático es en nuestro país un acontecimiento histórico», añadió que «el consenso era… la respuesta a un problema políticamente muy importante y nada teórico»; y en otro momento de su intervención destacó que durante la transición se dejó a un lado el problema de las formas políticas y se le antepuso la primacía de la democracia.

Ese prudente pragmatismo facilitó la consagración de la monarquía en el texto constitucional, que, por lo demás, venía impuesta por las circunstancias. Sencillamente se optó por la única solución posible y

menos costosa, seguramente la más ajustada al momento histórico en que se hacía.

Son frecuentes dos posiciones distintas pero convergentes respecto de la actual monarquía española. Según la primera, no gozando del prestigio varias veces secular de la británica, que está muy presente en el consciente y muy metida en el inconsciente de los ciudadanos, necesitaba llegar todos los españoles porque, de lo contrario, en breve tiempo no faltarían quienes la presentaran como algo irracional y antidemocrático. La segunda es la que hace unos cuatro años me comentaba Rubio Llorente, verdadero prócer del Derecho Constitucional español, que, aun siendo de convicciones republicanas, no veía ningún político con predicamento suficiente para ser un buen Presidente de la Republica, ni ningún partido que pudiera ganar la plena confianza de la nación, o que pudiera alcanzar tanta confianza de los españoles como la actual monarquía. Contesté brevemente: «Esto le pasa a mas de uno, o, mejor dicho, nos pasa a más de uno».

¿Está extendida esta perplejidad entre nuestros conciudadanos? ¿Es cierto que en España existe una monarquía sin monárquicos? ¿O es más cierto aquel dictamen de Ortega de que lo que nos pasa es que no sabemos lo que nos pasa? ¿O es que ni siquiera nos preguntamos por lo que nos pasa? A mi parecer, hay de todo un poco.

II. Una instauración monárquica «bien atada»

Se ha discutido, y se sigue haciendo, sobre la conceptuación apropiada del paso del franquismo a la monarquía. No pocos lo califican como *restauración* de la monarquía tradicional española, que rigió durante más de dos siglos, porque finalmente recayó en Don Juan Carlos de Borbón, descendiente directo de Alfonso XIII, último Rey reinante. Otros entienden –o entendemos-– que fue una *instauración* o creación nueva, aun contando con dicha dinastía, porque el dictador era libérrimo para dar a su régimen la salida política que deseara; cuestión diferente es la suerte que, con el tiempo, hubiera tenido otra fórmula.

A principios de 1969, muy próxima ya la designación de Don Juan Carlos, el Conde de Barcelona le escribió en unos términos en los que puede apreciarse el temor de ser desplazado de la sucesión por su propio hijo:

> «Sería imperdonable que en este momento, conscientes de nuestra responsabilidad y deber, tú y yo no hubiéramos llegado, de común acuerdo, a un concepto de lo que en esa coyuntura es mejor para España». (Carta de Don Juan de Borbón a Don Juan Carlos de Borbón, 15 de enero de 1969).

Seguramente pesaron no poco en la solución adoptada por Franco Bahamonde las muchas diferencias y enojos personales habidos entre él y Don Juan de Borbón. Lo cierto es que el dictador quiso imprimir a dicha instauración un apodíctico carácter adánico. En efecto, al comunicar a las Cortes su decisión de designar a Don Juan Carlos de Borbón y Borbón, aclaró lo que no necesitaba aclaración:

> «… el Reino que nosotros… hemos establecido nada debe al pasado; nace de aquel acto decisivo del 18 de julio… que no admite pactos ni condiciones. Se trata, pues, de una instauración, no de una restauración». *(Mensaje de Franco a las Cortes Españolas designando a Don Juan Carlos de Borbón como sucesor, a título de Rey, en la Jefatura del Estado: 22-VII-1969).*
>
> «Dije y lo he cumplido que todo quedaría atado y bien atado» *(Franco a las Cortes Españolas: 1-X-1971).*

Tal designación recibió la siguiente votación en las Cortes: 491 votos a favor, 19 en contra (provenientes de los sectores falangista y sindical) y 9 abstenciones.. Y, fuera del hemiciclo, Don Juan Carlos tenía la oposición de su padre, Conde de Barcelona, que reclamaba su mejor derecho.

La máxima habitual entre los políticos franquistas significados era «después de Franco, las instituciones», lo que venía a significar que el Rey habría de atenerse al régimen establecido, pues de lo contrario no le faltarían los problemas. Es decir: el sucesor «heredaba» un régimen aconstitucional regido por unas Leyes Fundamentales que disponían una Jefatura del Estado autoritaria, controlada por un partido único:

el Movimiento Nacional, de signo inicialmente fascista. Aunque algo atemperado el régimen con el paso de los años, no dejó de convocar magnas concentraciones fascistas en sus últimos meses y ejecutó varias sentencias de muerte en medio de una formidable presión internacional favorable a su conmutación. El designado sucesor manifestó su inclinación a dicha *ortodoxia*:

> «…Mi aceptación incluye mi promesa firme… velando por que los Principios de nuestro Movimiento y Leyes Fundamentales del Reino sean observados.» *Discurso de Don Juan Carlos, de 22-VII-1969 aceptando su designación como sucesor a título de Rey).*
>
> «He jurado lealtad a los principios Fundamentales del Movimiento… Sobre estos ideales tenemos que basar el desarrollo del país» *(Discurso de Don Juan Carlos, Príncipe de España, a los alféreces provisionales, 1970).*

A la muerte del Caudillo a fines de 1975, Don Juan Carlos fue proclamado Rey con una escenificación penosa: ante unas Cortes nulamente democráticas que lo aceptaban únicamente por haber sido impuesto por el dictador; con un vacío casi absoluto de dignatarios extranjeros y con las fuerzas políticas ilegales y clandestinas manifestándose abiertamente contra la monarquía y a favor de la III República.

Si, como escribió Fernández Almagro, los legisladores de Cádiz no pensaron en ningún momento romper con Fernando VII, pero tampoco que este volviese como se fue, la sociedad española del tardofranquismo no pensó prescindir de Juan Carlos I, pero tampoco que este fuera un simple continuador de la dictadura. El conflicto parecía más que probable.

III. Sucesión de Franco Bahamonde. El problema de la legitimidad

Franco Bahamonde mantuvo durante ocho años la ambigüedad acerca de la forma política (monarquía o república) que se instauraría al

término de su mandato. La despejó a medias en la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado (1947) en favor de un reino (art. 1º), pero seguía alimentando una cierta ambigüedad por cuanto en el articulado eran utilizadas otras expresiones, como Jefatura del Estado y Regencia. Y, aunque hoy parezca sorprendente, el sector falangista especuló, hasta penúltima hora con una posible serie ininterrumpida de regencias (opción preferida como más parecida a una república), lo cual habría sumido España en una provisionalidad permanente.

A la muerte del dictador, uno de los problemas más evidentes y complejos que quedaron pendientes fue una Monarquía y un Rey «atados y bien atados» a un régimen aconstitucional regido por unas Leyes Fundamentales no democráticas que disponían una Jefatura del Estado autoritaria, controlada por un partido único (Movimiento Nacional), todo ello de difícil aceptación en la nueva etapa por parte de las fuerzas políticas opositoras que pretendían una «salida» plenamente democrática del régimen. Aunque tales partidos y grupos opositores eran ilegales, comenzó a practicarse una cierta permisividad por necesidades propias del diálogo político y por las buenas relaciones que dichos partidos y sus internacionales mantenían con los Estados europeos.

Evidentemente la Monarquía española necesitaba ser reconocida por Estados Unidos y por los Estados democráticos europeos, especialmente por los miembros de la entonces llamada Comunidad Económica Europea, en la que España deseaba integrarse, que no querían ver repetida en España una revolución como la portuguesa de 1974. Su apoyo era para una evolución controlada, que no subvirtiera el modelo de sociedad que se había gestado durante la última fase de franquismo, similar, aunque a distancia, del europeo. Y así se hizo con resultado favorable.

También, según la opinión de algunos monárquicos autoconsiderados legitimistas pesaba sobre Juan Carlos I la mácula de haber desplazado a su padre, Don Juan de Borbón, a quien Alfonso XIII había designado heredero de la Monarquía española. Pero este grupo

monárquico era muy poco nutrido y en su mayor parte aceptaron de modo realista la «solución juancarlista».

No gozaba Don Juan de Borbón, como sabía él mismo y era de general conocimiento, de las simpatías de Franco Bahamonde, el cual decidió, con buena dosis de engaño, acoger a Don Juan Carlos desde la infancia con el propósito de, en su momento, marginar a su padre de la sucesión. Pero fue claro e insistente, al menos desde la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 1947, aclarándole a Don Juan por escrito que la sucesión monárquica a su régimen no sería una restauración, sino una instauración.

Por su parte, el Conde de Barcelona, llamado despectivamente por la prensa falangista «El Pretendiente», esgrimía el argumento del legado imprescriptible de su padre, Alfonso XIII, último Rey de España, e insistió frecuentemente en que la sucesión no podía desembocar en la Monarquía del 18 de julio, sino en la que había venido reinando en España desde el siglo XVIII.

> «[D]esde que acepté la sucesión de mi padre y la irrenunciable jefatura de la Dinastía, soy el titular de deberes y derechos imprescriptibles que… no puedo en conciencia abandonar porque nacen de muchos siglos de historia y están directamente ligados a cuanto demanda el presente y el porvenir de España» *(Discurso de Don Juan de Borbón de 14 de mayo de 1975).*

Aun con algunos altibajos, mantuvo el pulso hasta el 14 de mayo de 1977, tan solo un mes antes de la celebración de las elecciones a Cortes Constituyentes. Después ha sido enterrado en El Escorial con honores de Rey.

En cambio, Don Juan Carlos, conocedor del talante irreductible del dictador, creía que la solución no pasaba por el reinado de su padre y, seguramente por estrategia, se mostraba adicto a la llamada Monarquía del 18 de julio:

> «Quiero expresar, en primer lugar, que recibo de Su Excelencia el Jefe del Estado y Generalísimo Franco la *legitimidad política* surgida el 18 de julio de 1936 en medio de tantos sacrificios, de

tantos sufrimientos, tristes, pero necesarios, para que nuestra Patria encauzase de nuevo su destino» *(Discurso del Príncipe de España ante las Cortes Españolas, de 23 de julio de 1969 al jurar como sucesor).* «Habéis jurado servir a España; yo también. Habéis jurado fidelidad a los Principios del Movimiento y a las leyes Fundamentales; yo también. Habéis jurado lealtad a Franco y a lo que Franco significa; yo también…» *(Discurso del Príncipe de España en la clausura del Consejo General de la Guardia de Franco, 1970).*

IV. Ley para la reforma política y legalización de los partidos políticos

A pesar de lo jurado y dicho con reiteración, el Rey supuestamente atado y bien atado no se plegó a la herencia recibida y utilizó los amplios poderes que el franquismo le otorgaba (que no eran todos) para producir, o al menos facilitar, un cambio profundo en el sistema político, lo que le costó no pocos insultos de traidor y perjuro.

Una primera decisión había de ser el relevo de los presidentes del Gobierno y de las Cortes. El nombramiento para este segundo cargo no presentó dificultad, recayendo en Torcuato Fernández Miranda, exVicepresidente del Gobierno, exSecretario General del Movimiento y de conocida vinculación personal con el Rey, del que había sido profesor.

El relevo del Presidente del Gobierno se presentó más difícil porque el titular, Carlos Arias Navarro, pese a los estímulos indirectos del Rey, tardó siete meses en dimitir y después había que contar con el acuerdo del Consejo del Reino. Finalmente fue nombrado Adolfo Suárez ante la sorpresa general y opinión adversa. Inmediatamente comenzó el estudio del procedimiento de cambio de régimen político.

En este momento de nuestro comentario debemos recordar que, iniciados los años setenta, se publicaron dos obras que explicaban las posibilidades jurídicas de rápida evolución hacia una democracia sin poner en peligro la convivencia. Herrero de Miñón, en *El principio*

monárquico, abogó por una democratización del régimen franquista de la mano del Rey aprovechando el poder que le conferían las Leyes Fundamentales. Un año más tarde, J. de Esteban coordinó un dictamen sobre las posibilidades de una evolución acelerada hacia la democracia aprovechando resquicios del ordenamiento vigente. Aunque diferentes entre sí, las dos obras preferían la vía evolutiva a partir del sistema vigente antes que la revolucionaria o cuasirrevolucionaria de un proyecto constituyente genuino.

Esta fue la vía seguida por el Rey, asistido por los mentados presidentes del Gobierno y de las Cortes. El muy amplio poder heredado del franquismo fue utilizado para su demolición y construcción de un sistema democrático. El instrumento jurídico utilizado fue la *Ley para la Reforma Política*, un texto legal de nuevo cuño, ley-puente breve, aparentemente clara y sencilla, pero de alto potencial de cambio, que debe ser leída y releída del derecho, del revés y en diagonal por los muchos guiños y zonas de penumbra que tenía. En efecto:

- Profesaba un tanto subrepticiamente el principio de soberanía nacional (la expresión utilizada fue la de «voluntad popular»).
- Aparecía como octava Ley Fundamental, esto es, como una más del régimen franquista, del cual no derogaba expresamente ninguna norma.
- Hablaba de reforma, no de proceso constituyente.
- Utilizaba señuelos buscando el voto favorable de los sectores franquistas, como, por ejemplo, el nombramiento, por el Rey, de una quinta parte de senadores, cifra coincidente con los consejeros nacionales del Movimiento vitalicios, que constituían una «aristocracia del franquismo».
- Contenía una inconcreta referencia a los sistemas electorales del Congreso y del Senado pues hablaba, sin detallarlos, de criterios de proporcionalidad para el Congreso y de mayoría en el Senado.

Curiosamente, el Consejo Nacional del Movimiento, que había de informarla, solo criticó con dureza el preámbulo, excesivamente democrático, ante lo cual el Gobierno, en lugar de modificarlo, decidió

suprimirlo y así, sin preámbulo, fue aprobada la ley por las Cortes y publicada. En palabras del prócer franquista José Antonio Girón de Velasco, el día en que aquellas Cortes aprobaron dicha Ley se suicidó el Régimen con la pistola que le sirvió en bandeja de plata Adolfo Suárez.

El siguiente paso consistía en someter la ley a referendo, que se celebró sin un mínimo de las garantías habituales en democracia. En efecto:

a) No estaban legalizados los partidos políticos, por lo que no pudieron nombrar oficialmente delegados ni observadores propios para control de la votación y del escrutinio. Si los hubo, fueron extraoficiales.
b) No había libertad de comunicación pública (solamente la que cada cual se tomaba) para un debate plural sobre la ley.
c) Al final, el Gobierno dio un resultado y nadie tuvo interés en objetarlo.

Arreciaba el terrorismo. Unos días antes del referendo de la Ley para la Reforma Política GRAPO secuestró a Antonio Oriol, Presidente del Consejo de Estado. Y poco después ETA perpetró el asesinato múltiple de abogados de un bufete de la madrileña calle de Atocha.

Estas dificultades no mermaron la iniciativa política del Gobierno y sí la capacidad opositora de los partidos políticos recién legalizados, que no podían oponerse abiertamente a la Ley puesto que significaba un claro avance y podía ser una puerta abierta a la democracia; pero tampoco podían regalar el triunfo al Gobierno. Finalmente se inclinaron por una vía media: recomendar a sus seguidores, sin mucho eco, la abstención en el referendo.

Una vez aprobada dicha ley en referendo y con vistas a la convocatoria de elecciones a Cortes, fueron adoptadas dos medidas cruciales:

1. El Decreto-ley de 17 de marzo de 1977 aprobando las normas por las que habían de regirse las elecciones consistentes en un desarrollo de los criterios que había incorporado la Ley para la Reforma Política.

2. La legalización de los partidos políticos, como también de los sindicatos propiamente dichos (los oficiales no lo eran).

Los partidos debieron inscribirse en el Registro de Asociaciones Políticas, de reciente creación. Inicialmente se rechazó la inscripción del Partido Comunista, de la Organización Revolucionaria de Trabajadores y del Partido del Trabajo. El primero fue legalizado un mes más tarde, pero no los otros dos, que, por tanto, no pudieron participar en las elecciones convocadas y se disolvieron poco después.

La legalización del Partido Comunista suscitó la oposición del sector más franquista de las Fuerzas Armadas, que se tradujo en una crisis del Gobierno con la dimisión del Ministro de Defensa y en lo que se dio en llamar «ruido de sables» y «movimientos en los cuartos de banderas», que habrían de tener triste epifanía en el golpe de Estado de 1981.

El resultado de la elecciones significó una importante renovación de la clase política así como una incorporación parcial del personal político del régimen anterior a la incipiente democracia. El Movimiento Nacional fue desmantelado en pocos meses.

El resto significo el triunfo del posibilismo: entre la reforma auspiciada por el Gobierno de Suárez y la ruptura reclamada por las fuerzas opositoras, se desembocó en lo que se dio en llamar una *ruptiforma*; esto es una mezcla de reforma y ruptura. Hernández-Gil, a la sazón Presidente de las Cortes Constituyentes, lo explicó cumplidamente: reforma y ruptura no se oponen entre sí; la ruptura es un resultado y la reforma un método; el método reformista tuvo al final, como desembocadura de transformaciones acumuladas, un resultado rupturista llegando a soluciones más allá de lo previsto en un principio.

V. Monarquía, constitución y opinión pública

Ya con las elecciones convocadas, el Conde de Barcelona, en una ceremonia familiar celebrada en el palacio de La Zarzuela, dijo renunciar a sus (supuestos) derechos dinásticos:

«Por todo ello, instaurada y consolidada la Monarquía en la persona de mi hijo y heredero Don Juan Carlos, que en las primeras singladuras de su reinado ha encontrado la aquiescencia popular claramente manifestada y que en el orden internacional abre nuevos caminos para la patria, creo llegado el momento de entregarle el legado histórico que heredé».

A mi juicio, no obstante, hablando en términos jurídicos estrictos, Alfonso XIII no abdicó en el Conde de Barcelona porque no se puede abdicar lo que no se tiene. Aceptar que la Dinastía conservaba intactos sus derechos legítimos de reinado en España significaba que la instauración de la II República había sido ilegítima, lo cual, además de ser manifiestamente falso, habría provocado denuncias y resistencias. A partir de este enunciado, hemos de interpretar todas las referencias de los miembros de la Familia Real a Alfonso XIII y a su legado, a través del Conde de Barcelona, etc., como manifestaciones de solidaridad familiar éticamente respetables, políticamente polémicas y jurídicamente vacías.

En el discurso pronunciado por Juan Carlos I con ocasión de la inauguración de las Cortes Constituyentes, dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

«(…) [E]ste solemne acto de hoy tiene una significación muy concreta: el reconocimiento de la soberanía del pueblo español (…) Como Rey de España, al tener la soberanía popular su superior personificación en la Corona, quiero convocarles… La democracia ha comenzado (…) [l]a Corona… permanecerá en estrecho contacto con el pueblo y con los representantes legítimos del pluralismo de nuestra sociedad (…) Como monarca constitucional que hablo… no me incumbe proponerles un programa de tareas concretas que únicamente a ustedes y al Gobierno corresponde decidir, ni ofrecer orientaciones para llevarlas a buen término, pues ése es el cometido de los poderes políticos. Pero sí quiero señalar la función integradora de la Corona y su poder arbitral…» *(Discurso de Juan Carlos I en la apertura de las Cortes Constituyentes: 22-VI-1977).*

Es visible en el párrafo transcrito cierto vestigio de la fraseología habitual de las Leyes Fundamentales del régimen anterior, concretamente de la Ley Orgánica del Estado (1967); así, cuando el Rey dijo: «Al tener la soberanía nacional su superior *personificación* en la Corona…»; también al hablar de *poder arbitral*. Pero ciertamente se mostró muy receptivo de su ubicación como *monarca constitucional* en el nuevo organigrama nacional que comenzaba a dibujarse.

Pronto se presentaría la ocasión de que la Monarquía instaurada (y obviamente poco atada) rindiera otro muy serio servicio a la democracia. Aquel ruido de sables y aquellos movimientos en los cuartos de banderas cristalizaron en un golpe de Estado el día 23 de febrero de 1981, cuando un contingente de militares uniformados y armados entraron en el Congreso de los Diputados y sometieron y retuvieron por la fuerza a los representantes de la soberanía nacional. El Rey emitió un mensaje dando cuenta de las medidas adoptadas para controlar la situación, devolviendo así la tranquilidad al país:

> «… [h]e cursado a los capitanes generales de las regiones militares, zonas marítimas y regiones aéreas la orden siguiente: Ante la situación creada por los sucesos desarrollados en el Palacio del Congreso, y para evitar cualquier posible confusión, confirmo que he ordenado a las autoridades civiles y a la Junta de Jefes de Estado Mayor que tomen todas las medidas necesarias para mantener el orden constitucional dentro de la legalidad vigente. Cualquier medida de carácter militar que en su caso hubiera de tomarse deberá contar con la aprobación de la Junta de Jefes de Estado Mayor» *(Mensaje del Rey emitido con ocasión del golpe de Estado de 23 de febrero de 1981).*

La asonada, no por burda fue menos preocupante porque efectivamente pudo ser desarticulada con rapidez, pero evidenció que aún quedaban piezas por encajar en la incipiente democracia española.

La actuación del Rey en tal ocasión disparó hacia arriba una opinión publica que ya le era favorable generándose un *juancarlismo* de larga duración. Toda España se hizo juancarlista. No era infrecuente oír, tanto en privado como en público, que se era más juancarlista que

monárquico, fenómeno sociológico que tenía una doble lectura: la monarquía se benefició de él, pero consistía en un prestigio personal más que de la Institución. Aun así, durante muchos años las encuestas de opinión favorecían a la Monarquía, que se erigió como la institución española mejor valorada.

España había ingresado en el Consejo de Europa en 1977; en 1982, en la OTAN y más adelante (1986) en la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea. Juan Carlos I vio exponencialmente incrementado su crédito nacional e internacional, recibiendo el premio Carlomagno en 1982, todo lo cual contribuyó a engrosar su ya considerable prestigio.

Nuestro país quedó inmunizado por mucho tiempo frente a intentonas similares, aunque hubo tres conatos rápidamente desarticulados, siendo la Monarquía, durante años, la institución mejor valorada por los ciudadanos. Por lo demás, funcionaba un pacto de silencio entre Palacio y los medios de comunicación, conforme al cual estos no publicaban noticias sobre la Casa y la Familia regias que no fueran las informaciones acordadas o servidas desde Zarzuela.

Todavía en marzo de 2004, casi treinta años después del acceso de Don Juan Carlos al Trono, el rotativo inglés *The Independent* publicó una separata dedicada a la Familia Real de España con el siguiente titular: «Soberanos modelo. Lo que los Reyes de España pueden enseñar a los Windsor».

Así que, aunque no han faltado ni faltan juicios descalificadores sobre la transición, sobre la Constitución y sobre la Monarquía, resulta difícil creer que todos los organismos internacionales y supranacionales que le fueron favorables y lo siguen siendo se pusieran de acuerdo para equivocarse y que este error haya logrado durar tanto tiempo.

Si Ortega escribió en *La rebelión de las masas* que no se puede gobernar contra la opinión pública porque antes o después se resiente la gobernación, y, según Bertrand de Jouvenel, el poder actúa con un crédito y un plazo (un crédito para hacer algo y un plazo para cumplirlo), ambos dictámenes, no muy alejados entre sí, le eran favorables al Rey.

Sin embargo, los comportamientos comenzaron a relajarse, cambió el panorama y bajó el índice de satisfacción. Acaso fuera por un cierto cansancio de la ciudadanía; seguramente también por algunas conductas impropias; puede que por el relevo de aquella clase política por otra menos complaciente con la transición; también por el ambiente generalizado de corrupción y por la lentitud de la justicia. Todo ello fue favoreciendo un clima de desconfianza generalizada, que alcanzó lógicamente a la monarquía. Cualquier parecido con los ilusionados años del principio era ahora una quimera o un autoengaño.

Acaso mejor que conductas impropias sería decir episodios de escasa calidad ética y estética, protagonizados no solo por Juan Carlos I, sino también por el matrimonio Urdangarín-Borbón, que desembocó en el encausamiento penal de los dos cónyuges por delitos económicos. A estos factores se unieron circunstancias de salud de Don Juan Carlos, que le hicieron pasar reiteradamente por el quirófano evidenciando un declive poco acorde con la responsabilidad de la Jefatura del Estado. El resultado fue que, de ser la monarquía la institución mejor valorada por la opinión publica, pasó a un claro suspenso de 3,5. En términos de Jouvenel, el plazo de Juan Carlos I se había cumplido y su crédito se había agotado.

Del pacto de Zarzuela con los medios de comunicación se pasó a hacer de la Monarquía pasto de telediarios y programas de bajo estilo. El 3 de mayo de 2013 Efe distribuyó la siguiente noticia: «Los españoles sitúan la monarquía por primera vez entre sus preocupaciones». La opción republicana creció en las encuestas. Como dijo Quevedo, «cuando el pueblo se queja, el Rey le duele».

VI. Abdicación de Juan Carlos I y proclamación de Felipe VI

Ya en 2005, en la segunda edición de mi libro *El Príncipe de Asturias,* escribí un tanto oblicuamente en favor de la abdicación. En síntesis decía que la abdicación del Rey facilitaría una renovación más rápida de la Monarquía y su conexión generacional con la sociedad, como había

sucedido con las abdicaciones habidas en las monarquías europeas en los últimos cincuenta o sesenta años. La abdicación comporta además la pervivencia de la figura del Rey-padre (o Reina-madre), como imagen de *auctoritas* y de continuidad dinástica. En todo caso, la sucesión por abdicación es menos traumática que la debida a la muerte (acaso con una prolongada agonía) del titular de la Corona.

Se sucedieron declaraciones de la Familia Real, tales como «no se contempla esta eventualidad», «los Reyes mueren como tales en la cama» y otros tópicos históricamente desacreditados. Antes al contrario: la abdicación de Juan Carlos I fue la última de varias habidas en las monarquías europeas, ninguno de cuyos titulares esperó a morir en la cama.

El Rey reprodujo en su mensaje de Navidad de 2013 su firme resolución de continuar al frente del Estado. Sin embargo, como dijo Paul Preston, ya el principal problema de la monarquía había pasado a ser asegurar la sucesión del Príncipe.

El 5 de enero del año entrante, durante la celebración de la Pascua Militar, el Rey fue incapaz de leer el texto que traía preparado y tampoco supo hacerse con la situación. Era la viva imagen de «fin de época», de inmediata abdicación. Pero acaso nada de esto habría vencido la resistencia regia a la abdicación si los resultados de las elecciones al Parlamento Europeo celebradas el 25 de mayo de 2014 no hubieran reflejado un descenso grave de los dos partidos principales hasta quedar en minoría a manos de formaciones políticas de juvenil empuje y republicanas en ejercicio. Una extrapolación de tales datos a las elecciones nacionales dejaría a la Monarquía española sin la mayoría de apoyo que había tenido durante casi cuarenta años. Juan Carlos I abdicó unos días más tarde.

En el texto remitido al Presidente del Gobierno decía haber considerado hacía ya varios meses que había llegado el momento de preparar el relevo. Después de manifestar su orgullo y gratitud hacia el pueblo español y de reivindicar a su padre, Conde de Barcelona, «de quien heredé el legado histórico de la monarquía española», mencionó

las causas que motivaron su decisión, entre las que contrapesó los errores con el orgullo de lo realizado. Apeló después a la nueva generación, que merecía estar en primera línea, e hizo un elogio de la madurez y sentido de la responsabilidad del Príncipe, muy necesarios para asumir la Jefatura del Estado.

Por su parte, Felipe VI, en la ceremonia de su proclamación ante las Cortes, describió el papel de la Corona, como

> «informada por las notas de independencia, neutralidad política y vocación integradora a fin de «contribuir a la estabilidad del sistema político, facilitar el equilibrio con los demás órganos constitucionales y territoriales, favorecer el ordenado funcionamiento del Estado y ser cauce para la cohesión entre los españoles…».

Y resumió su intervención diagnosticando «una monarquía renovada para un reinado nuevo»:

VII. Los mensajes regios

Hemos seguido este casi medio siglo a través de los discursos y mensajes pronunciados por los principales protagonistas, los cuales pueden enmarcarse en una función que, aunque silenciada por la Constitución, sea acaso la más importante que ejerce el Rey: el derecho de mensaje, que le corresponde por su condición de símbolo de la unidad y permanencia del Estado.

Ciertos discursos y mensajes regios son seguidos con interés porque en ellos la ciudadanía ve, oye y siente al Rey como tal y le agradece que esté al frente del Estado. Es en el ejercicio de esta función cuando los españoles se sienten más identificados con la monarquía. Pero de ahí a que el Rey tome las riendas de la política y «arregle» los problemas del Estado a base de discursos va un trecho considerable y sería contraproducente porque equivaldría a hacer de él un político activo con el correspondiente desgaste de su persona y de la institución que encarna.

Los discursos y mensajes reflejados en este ensayo están dotados de un relevante simbolismo. Todavía se recuerda el mensaje e Juan Carlos I con ocasión del golpe de Estado de 23-F, mensaje del cual ha vivido la monarquía durante casi 40 años.

Y con renovada esperanza vimos y escuchamos el mensaje pronunciado por Felipe VI el día 3 de octubre de 2017, en plena crisis secesionista catalana. Ante el inexplicado silencio del Gobierno de la Nación, el Rey asumió el problema constitucional y se dirigió por televisión a los españoles con sobriedad, firmeza e incluso severidad, marcando la línea entre lo jurídicamente lícito y lo absolutamente inaceptable:

> «Desde hace ya tiempo, determinadas autoridades de Cataluña han venido incumpliendo la Constitución y el Estatuto de Autonomía (…) han quebrantado los principios democráticos de todo Estado de Derecho… y la sociedad catalana está fracturada y enfrentada (…) Sé muy bien que… hay mucha preocupación y gran inquietud… A quienes así lo sienten, les digo que no están solos, ni lo estarán; que tienen el apoyo y la solidaridad del resto de los españoles y la garantía absoluta de nuestro Estado de Derecho (…) Termino… para subrayar una vez más el compromiso de la Corona con la Constitución, con la democracia… y mi compromiso personal como Rey con la unidad y la permanencia de España».

Son estas algunas muestras de una función regia «olvidada» por el constituyente y, sin embargo, tan importante. Pero de ahí a que el Rey tome las riendas de la política y «arregle» los problemas del Estado a base de discursos televisivos va un trecho considerable. Eso equivaldría a hacer del Rey un político activo con el correspondiente desgaste de su persona y de la institución que encarna. Porque el Rey, con el referido discurso, se situó sobre la circunferencia misma que limita el círculo de la constitucionalidad, pero por dentro, no por fuera como algunos señalan con clara intención descalificadora.

Cuarenta años de Constitución: la Corona

Francisco J. Visiedo Mazón
Letrado Mayor de Corts Valencianes. Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat de València y Universidad CEU Cardenal Herrera.

Resumen

Esta colaboración supone un acercamiento a lo que ha supuesto la Corona en las últimas cuatro décadas de la historia de España, reconociendo la existencia de luces y sombras en nuestra Monarquía, pero también la inestimable contribución que Juan Carlos I prestó a la democracia desde su coronación en noviembre de 1975, motivo por el cual se afirma que no resulta posible contraponer monarquía y democracia. De igual modo, se analiza la nueva fase que ha supuesto para la monarquía parlamentaria española la proclamación de Felipe VI.

Palabras clave: Corona, monarquía, Transición, Constitución, democracia.

Resum

Aquesta col·laboració suposa un acostament al que ha suposat la Corona en les últimes quatre dècades de la història d'Espanya, reconeixent l'existència de llums i ombres en la nostra monarquia, però també la inestimable contribució que Joan Carles I va prestar a la democràcia des de la seua coronació al novembre de 1975, motiu pel qual s'afirma que no resulta possible contraposar monarquia i democràcia. De la mateixa manera, s'analitza la nova fase que ha suposat per a la monarquia parlamentària espanyola la proclamació de Felip VI.

Paraules clau: Corona, monarquia, transició, Constitució, democràcia.

Sumario

Nota previa
I. Introducción.
II. La Monarquía de España y Juan Carlos I: transición política, legitimidad democrática y dinástica.
III. El Rey y la Constitución española de 1978.
IV. Un largo reinado de Juan Carlos I (1975-2014): abdicación y proclamación de Felipe VI.
V. Valoración, balance de cuarenta años de Monarquía parlamentaria.
VI. Bibliografía.

Nota previa

Cuando el Secretario del Anuario «Corts» me comentó la idea de dedicar un número extraordinario al cuarenta aniversario de la aprobación de la Constitución española de 1978, me pareció una idea estupenda, pese a considerar que no serían pocas las conferencias, jornadas, simposios, seminarios, publicaciones, etc., que se organizarían, prepararían o publicarían sobre este gran acontecimiento que venía a romper con una larga tradición de inestabilidad constitucional en nuestro país. Posteriormente, me habló de la necesidad de procurar que en este número extraordinario se abordasen todos los Títulos –desde el Preliminar al de la Reforma constitucional–, siquiera fuera de una forma muy genérica y sin, por supuesto, tratar todos los preceptos constitucionales. En este sentido, los comentarios deberían abarcar el Título Preliminar; los Derechos y Deberes Fundamentales del Título I; los diez preceptos que vienen a regular la Jefatura del Estado, la Corona; el resto de la organización institucional del Estado: las Cortes Generales, el Gobierno y la Administración, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional; y también el Título dedicado a Economía y Hacienda, así como el referido a la Organización Territorial del Estado, culminando con alguna referencia a la Reforma Constitucional.

A la vista de esta previsión, se trataba de invitar a un importante número de colaboradores, que se comprometieran a una breve extensión de sus trabajos, que, además, no deberían ser estudios completos de cada una de las partes de nuestra Carta Magna, sobre las que ya existe mucho escrito por la doctrina, sino más bien textos que hicieran un balance, incluso una valoración, cuarenta años después de lo que significó ese precepto, ese Capítulo, o ese Título comentado.

Poco después de esta conversación descubrí, que el Título II, la Corona, no era algo que apeteciera comentar a nadie, ya que no han sido pocos los constitucionalistas que han considerado la institución de la Jefatura del Estado como una institución irracional, irrelevante para el sistema político y constitucional de las democracias parlamentarias, y

una auténtica anomalía histórica que no puede explicarse racionalmente. Si además, la Jefatura del Estado recae en el Rey, solo parece posible acercarse a un balance, a una valoración, trascurridos cuarenta años desde la aprobación de nuestra Constitución, considerando a la Corona como una institución histórica que ocupó un lugar central en la transición política española de la dictadura a la democracia. Una institución que fue integrada en el «consenso» constitucional y cuya legitimación se debe tanto a la aprobación del texto constitucional por las Cortes Generales como a su aceptación por el pueblo español el 6 de diciembre de 1978.

I. Introducción

Cuando fallece el general Franco, yo no era mayor de edad, no solo porque no había cumplido los 21 años –mayoría de edad entonces–, sino porque ni tan siquiera contaba con los 18 que la ley exige hoy. Pese a ello, siempre tuve inquietudes políticas, me movía en el mundo estudiantil, y político de entonces, lo que me permitió conocer lo que representaba la falta de libertad y de democracia. Dos días después del fallecimiento del «dictador», el 22 de noviembre de 1975, se llevaba a cabo la coronación de Juan Carlos I en las Cortes (orgánicas del régimen franquista) en virtud de la ley aprobada por estas Cortes del «régimen» el 22 de julio de 1969, de acuerdo con la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado (1947), y cinco días después, en la iglesia parroquial de San Jerónimo el Real se celebraba la misa de coronación de S.M. el Rey, Juan Carlos I, cuya homilía pronunció el Cardenal Vicente Enrique y Tarancón.

En aquel momento yo creo que a todos los españoles y españolas se nos abrió una minúscula «rendija», a través de la cual llegábamos a vislumbrar un futuro radicalmente distinto de lo que había representado la dictadura. No es mi intención detenerme en lo que fueron las palabras del Rey –ante las Cortes orgánicas–, ni en el contenido de la homilía pronunciada por el Cardenal Tarancón, el 27 de noviembre de 1975, por cuanto resultaría imposible teniendo en cuenta las limitaciones de espacio de una colaboración como esta.

Pero, no obstante, debemos recordar que en aquella homilía se apostó claramente por «abrir caminos del futuro de la Patria para que, de acuerdo con la naturaleza humana y la voluntad de Dios, las estructuras jurídico-políticas ofrezcan a todos los ciudadanos la posibilidad de participar libre y activamente en la vida del país…, un reino de vida que en ningún modo de muerte y violencia lo sacuda, que ninguna forma de opresión esclavice a nadie… en el que quepan todos sin discriminaciones, sin favoritismos, sometidos todos al imperio de la Ley y puesta siempre la Ley al servicio de la comunidad».

De acuerdo con ello, para muchos –en aquellos momentos jóvenes–, y otros que no lo eran tanto la persona del Rey Juan Carlos I estuvo siempre unida a la idea de libertad y de democracia, inseparables de la imagen de la Corona.

Es cierto que el porcentaje de la ciudadanía que vivimos aquella época, que disfrutamos de recobrar la libertad después de haberla echado en falta, no representamos hoy ni un veinte por cien del censo electoral, por lo que es posible que las razones que nos llevaron a entender la Monarquía parlamentaria hoy puedan no ser válidas para muchos, incluso consideren pertinente hacerla desaparecer, no contando con suficiente consistencia. Esto mismo, comentaba el otro día con la mujer con la que he compartido ya casi cincuenta años de nuestras vidas, que siempre ha sido acertada en sus análisis, reflexionando sobre el futuro de la Corona, cuando se preguntaba si esa institución histórica compatible con la democracia, que debe su reconocimiento al consenso constitucional de 1978, tenía hoy futuro en nuestro sistema democrático, donde los poderes públicos son de duración limitada y de origen electivo.

Pese a esta reflexión, y duda en cuanto al futuro de la Monarquía, mediante la presente colaboración, no pretendo, como decía en la nota previa, un estudio completo de la Corona y su regulación en nuestra Constitución, su configuración, elementos, sucesión, regencia, funciones, refrendo…, sino que atendiendo al espacio de la misma y a la finalidad perseguida mediante el número extraordinario, limitarme a

realizar un acercamiento a lo que ha supuesto la Monarquía, el Título II de la Constitución española, durante estas cuatro décadas. No cabe la menor duda, que durante este largo periodo ha habido «momentos de luces y de sombras», sin perjuicio, y adelanto mi conclusión, de una valoración que debe ser positiva, no siendo posible aceptar una oposición entre monarquía y democracia, o negar la contribución que Juan Carlos I aportó a la transición política del franquismo a la democracia desde su coronación el 22 de noviembre de 1975.

II. La Monarquía de España y Juan Carlos I: transición política, legitimidad democrática y dinástica

Como ha señalado alguno de los tratadistas, catedráticos de Derecho Constitucional que más trabajó sobre la historia constitucional española –J.Varela Suanzes Carpegna– «el único régimen que ha superado el trauma histórico de la ausencia de un monarca hereditario en la Jefatura del Estado ha sido el de la dictadura militar del General Franco. Un éxito, ciertamente, que solo se explica a condición de que tengamos en cuenta que el dictador se convirtió en un Monarca y su régimen en una Monarquía. Una Monarquía absoluta, desde luego, y no constitucional, en el sentido liberal de este término». Precisamente y de acuerdo con ello, en el periodo que medió entre el fin de la Guerra Civil española (1939) y la muerte del General Franco (1975), este, el «Caudillo», asumió todo el poder del Estado respondiendo exclusivamente «ante Dios y ante la historia» hasta el día de su fallecimiento.

Precisamente hubo que esperar al fallecimiento de Franco para que, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Sucesión de la Jefatura del Estado de 1947, que se complementó posteriormente con la Ley Orgánica del Estado de 1967 a través de la Ley 62/1969, de 22 de julio, se personificara en D. Juan Carlos de Borbón y Borbón la sucesión al trono, lo que provocaría la restauración de la Monarquía con la coronación el 22 de noviembre de 1975 del nieto del último Rey de España, Alfonso XIII. Con esto se volvía a la Monarquía borbónica,

como decisión personalísima del General Franco, tal y como establecía la Ley de sucesión en la Jefatura del Estado, que facultaba al General para proponer a las Cortes su sucesor a título de Rey.

De acuerdo con lo establecido en dicha ley, Franco hizo uso de esa extraordinaria facultad el 22 de julio de 1969, y personificó en D. Juan Carlos la sucesión al trono, lo que hacía a este Rey de España, única y exclusivamente, como ha señalado la doctrina, por la voluntad del dictador puesto que en él no concurrían ni la denominada legitimidad dinástica, ya que el legítimo heredero de Alfonso XIII era su tercer hijo varón y padre del nuevo monarca, D. Juan de Borbón y Battenberg –por renuncia de sus dos hermanos mayores–, ni la legitimidad democrática, porque la Monarquía nunca había sido ratificada por el pueblo español a través de un referéndum sino que fue restaurada por un general golpista tras una guerra civil y una dictadura de casi cuarenta años.

La coronación de Juan Carlos I, a la muerte del dictador, se llevó a cabo ante las Cortes orgánicas, que representaban al anterior régimen, pero tal y como ya hemos señalado, a partir de la coronación se inició lo que acabaría siendo un proceso constituyente usando los «mimbres» del propio Régimen. Todo ello hace que la Monarquía, como ha señalado la doctrina, se integre en el conjunto de las instituciones del Estado que recoge la Constitución y que, una vez aprobada por las Cortes y por el pueblo español mediante referéndum, quede legitimada como las demás instituciones constitucionalmente reconocidas, sin que se haga necesario acudir a ninguna otra fuente de legitimación. A ello hay que sumar, junto a esta legitimidad democrática, la legitimidad dinástica provocada por la abdicación de D. Juan de Borbón y Battenberg –padre de D. Juan Carlos–, Conde de Barcelona, a favor de su hijo en mayo de 1977, lo que contribuyó a sumar a esta legitimidad democrática la legitimidad dinástica del Rey, cuestionada por una parte de los sectores monárquicos que habían sido partidarios de que la Corona fuera asumida por D. Juan en lugar de por su hijo.

Desde la promulgación de la Constitución española, hace ya cuarenta años, nos encontramos con que la legitimidad de la Corona

ya no deriva de aquella Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 1947, ni de la decisión del dictador, sino de la aprobación por el pueblo español en referéndum de la Ley para la Reforma Política, por las Cortes Generales, de la Constitución de 1978 y posteriormente de esta, el 6 de diciembre de 1978 mediante Referéndum.

Terminábamos con ello, una historia que venía a configurar la Monarquía como profundamente oligárquica, militarista, clerical y cerrada, que marginaba a un amplio abanico de fuerzas democráticas del centro y de la izquierda, para pasar a ocupar un lugar indisolublemente unido al de la democracia española, iniciada a través de la Ley para la Reforma Política y materializada en el texto constitucional de 1978. Un Rey que abogó por el cambio desde el mismo día de su coronación, apoyando una evolución acelerada hacia la democracia mediante lo que algunos han llamado «un uso alternativo del Derecho», actitud teórico-práctica que le permitió a Juan Carlos I, siempre bien asesorado, llevar adelante lo que había dicho en su propio discurso de coronación, actuando como moderador respetuoso con la diversidad de los pueblos que conforman la unidad española, así como reconociendo los derechos sociales, económicos y el efectivo ejercicio de todas las libertades a los españoles.

Como puede comprobarse, en cualquiera de las obras escritas hasta la fecha sobre la transición política, es evidente que la actitud política de la sociedad española, que era muy moderada, buscaba el cambio de una dictadura a una democracia, lo más rápidamente posible, pero sin arriesgar lo más mínimo. Esto quiere decir, que frente a lo que se denominó entonces el binomio reforma/ruptura, reforma defendida por los moderados y ruptura defendida por el centro-izquierda, el Rey, Juan Carlos I propició lo que posteriormente se denominaría una «ruptura pactada», esto es, la transición desde el posibilismo político, que permitió, no lo olvidemos, utilizando la legalidad franquista, alcanzar la legitimidad democrática.

Todo ello, como también ha reconocido un sector importante de la doctrina, fundamentalmente los constitucionalistas que se han ocupado

de la Jefatura del Estado, la Corona, permitió, citando a uno de ellos –Torre del Moral–, que el Rey otorgara al pueblo una Constitución y la Constitución le otorgara un Rey al pueblo.

En este recorrido, el Rey tuvo que ir poco a poco limando las reticencias de un régimen que había durado un largo periodo de tiempo (1939-1975), con un poder absoluto de Franco, unas Cortes ligadas al dictador, unos sindicatos clandestinos, unos partidos políticos prohibidos, y lo que incluso algunos años después pudimos comprobar, un ejército absolutamente adicto al General Franco que no aceptaba fácilmente los cambios ni la democracia

Para todo este camino el Rey contó con una figura, la de Adolfo Suárez, al que encomendó la elaboración, desde la propia legalidad franquista, de una ley para el cambio, una ley que permitiera finalizar con la dictadura, y caminar hacia un sistema democrático similar al de los países europeos de nuestro entorno. Esta ley fue la Ley para la Reforma Política, aprobada en diciembre de 1976, y vigente desde enero de 1977, que vino a asentar el principio de soberanía popular, permitir la legalización de los sindicatos y de los partidos políticos y la convocatoria a unas Cortes que, aunque no con la denominación de constituyentes, acabarían siéndolo.

Todos estos pasos, y esta pequeña –breve– historia a la que estamos haciendo referencia, fue la que permitió la convocatoria de las primeras elecciones democráticas en nuestro país, el 15 de junio de 1977, y que básicamente, de acuerdo con los resultados de las mismas, estas Cortes acabaran aprobando la Constitución española de 1978, cuyo cuarenta aniversario celebramos en estos momentos y a la que rinde homenaje este número extraordinario de *Corts*.

III. El Rey y la Constitución española de 1978

Como ya señalaba en la Nota Previa, e incluso también repetía en la propia Introducción, no creo proceda aquí realizar un estudio completo de la Monarquía parlamentaria, su regulación, configuración, elementos,

sucesión, regencia, funciones, refrendo…, al no ser esto posible ni por razones de espacio ni tampoco necesario atendiendo a la finalidad perseguida por este número extraordinario de *Corts*. Además, como también señalé, existen numerosos estudios y trabajos –alguno de los cuales cito al final como Bibliografía–, que pueden permitir acercarnos a la Jefatura del Estado, a la Corona, en el Título II de nuestra texto constitucional de 1978.

No obstante, sí que he querido, siquiera sea muy brevemente, en este punto tercero dentro de esta breve colaboración en el Anuario, referirme telegráficamente al contenido del Título II de la Constitución que lleva por epígrafe «De la Corona», conteniendo en sus diez artículos (56 a 65) el régimen constitucional de la Jefatura del Estado, tanto en sus aspectos orgánicos como funcionales.

En este Título, cuya ubicación no deja de ser singular, evidenciando la importancia de la Institución, se atiende a la afirmación que, de manera temprana, se formula en el artículo 1, apartado tercero, del texto constitucional cuando establece que: «La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria», expresión infrecuente en el constitucionalismo que imbrica, enlaza, la Corona con la institución que ocupa el centro del sistema, que es el Parlamento. De acuerdo con ello, la Constitución hace previsión de sesiones conjuntas del Congreso y del Senado en asuntos relacionados con la Corona; el Rey es proclamado ante las Cortes Generales y ante ellas presta juramento; también el Príncipe o Princesa lo hacen al alcanzar la mayoría de edad como el Regente o Regentes;…

A lo largo del Título II se regulan las funciones que la Constitución otorga al Rey y el primer precepto de este Título, en su apartado primero dice que: «El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español y las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes».

El Rey, símbolo de la unidad y permanencia del Estado, no asume la responsabilidad de sus actos al carecer de poderes efectivos, requiriendo del refrendo, o autorización, en el desarrollo de sus funciones. Todo ello hasta el punto de carecer de validez aquellos actos que no gocen del refrendo previsto en la forma recogida en el artículo 64 CE que traslada la responsabilidad del Rey a la persona o personas refrendantes que, como señaló el Tribunal Constitucional, es un *numerus clausus*.

Una Corona, que atendiendo a lo establecido en el artículo 57, es hereditaria en los sucesores de S.M. D. Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica, habiéndose producido la renuncia de su padre el 14 de mayo de 1977, y cuyas previsiones sucesorias se han aplicado en el 2014, como consecuencia de la abdicación de Juan Carlos I. Este, tras comunicarlo al Presidente del Gobierno el 2 de junio, materializó su abdicación de acuerdo con el artículo 57.5 CE mediante la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio. A través de esta, se hizo efectiva la abdicación de S.M. el Rey D. Juan Carlos I de Borbón, convirtiéndose en ese momento el Príncipe heredero en Rey y, conforme al artículo 61.1 CE ser proclamado ante las Cortes Generales donde prestó juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, así como respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas.

La Monarquía parlamentaria, como ha señalado mayoritariamente la doctrina, convierte al Rey en una figura casi honorífica –«el Rey reina pero no gobierna»–, constituyendo lo que algunos llaman el último estadio de la evolución histórica de las Monarquías, como consecuencia de la introducción y desarrollo de los principios democráticos haciendo que Monarquía y Democracia no sean términos opuestos y resulten compatibles. Y todo ello, en el marco de un Rey cuyas funciones se limitan a revestir un carácter simbólico, moderador, arbitral, y no un poder efectivo.

Al margen de esto, en el Título II se regulan también los supuestos en los que la Constitución prevé que las funciones constitucionales

del Rey sean ejercidas por una Regencia –minoría de edad o inhabilitación, reconocida por las Cortes Generales– que siempre se ejerce en nombre del Rey (art. 59 CE). También, en el artículo 60 CE se aborda la figura del Tutor del Rey menor, con la que también las Cortes Generales guardan una relación directa que les permite intervenir en caso de no existir nombramiento previo. Protagonismo de las Cortes Generales que también se da cuando se permite la intervención para prohibir el matrimonio de las personas con derecho a la sucesión (art. 57.4 CE). Autorización que no es preceptiva, haciéndose solo previsión de su prohibición tanto por el Rey como por las Cortes Generales.

IV. Un largo reinado de Juan Carlos I (1975-2014): abdicación y proclamación de Felipe VI

El reinado de Juan Carlos I, desde su coronación hasta su abdicación (1975-2014), ha sido de treinta y nueve años que algunos autores, recientemente, han pretendido singularizar en diversas y diferenciadas etapas. Sin perjuicio de poder coincidir con ellos, lo que no cabe la menor duda es que la valoración, por la opinión pública, de D. Juan Carlos I fue, tal y como ya he señalado, desde un principio positiva porque su figura siempre vino asociada al fin de la dictadura y al inicio de una nueva etapa democrática para nuestro país. Esta valoración positiva se incrementó con la aprobación de la Ley para la Reforma Política (1976), la renuncia del Conde de Barcelona, su padre, D. Juan, a su derechos dinásticos, la aprobación de la Constitución de 1978 y alcanzó las cuotas más altas después de su intervención en el intento de golpe de estado del 23 de febrero de 1981, cuando tomó medidas para mantener el orden constitucional dentro de la legalidad vigente.

Desde aquel momento, se incrementó el apoyo social a la figura del Rey, en lo que se ha llamado un auténtico «juancarlismo», que situó a la Monarquía española entre las mejor valoradas por la ciudadanía,

normalizándose durante décadas ya la Monarquía parlamentaria en España, perdiendo el Rey protagonismo político, pero siendo una figura institucional simbólica establecida en la Constitución con reconocimiento por parte de toda la ciudadanía.

Desde su coronación en 1975, la actitud del Rey fue inequívocamente favorecedora del cambio político y contribuyó a finalizar con una etapa de España, que se inició en 1939, y duró hasta 1975. Durante estos primeros años, la elaboración de la Ley para la Reforma Política; la convocatoria de las primeras elecciones de 15 de junio de 1977; la elaboración de la Constitución española de 1978; su actitud en el intento de golpe de estado de 23 de febrero de 1981, contribuyeron a afianzar una figura, la del Jefe del Estado, la del Rey, la de Juan Carlos I, que reitero alcanzó durante muchos años la máxima valoración entre la opinión pública.

También durante todos esos años, aproximadamente treinta y cinco de los treinta y nueve, asentada la democracia, se asentó también institucionalmente la Monarquía parlamentaria y los medios de comunicación, desde el máximo respeto, mantuvieron, un «pacto de silencio» en todo lo referido a la Casa y la Familia Real, publicándose exclusivamente aquella información que se facilitaba por la propia Institución.

Durante los cuatro o cinco últimos años del reinado de Juan Carlos I, la situación cambió drásticamente, y pareció desaparecer ese «pacto» con los medios de comunicación, iniciándose un importante volumen de noticias que afectaban directamente a la figura del Rey, la Familia Real, a la Casa Real…, resultando destacables hechos como el procesamiento del yerno del Rey, Iñaki Urdangarín, la Infanta Cristina, los polémicos y constantes viajes de D. Juan Carlos y sus cacerías (Botswana, 2012), las disculpas ante los medios de comunicación, sus amistades con alguna empresaria, problemas de salud, demanda de reconocimiento de paternidad extramatrimonial… Todo ello pudo ser lo que provocara que, no la alta, sino altísima popularidad, y el alto reconocimiento de S.M. el Rey D. Juan Carlos I, desde su coronación

bajara estrepitosamente y en las encuestas pasara del notable al suspenso. Con ello se iniciaron los pronunciamientos, incluso de prestigiosos constitucionalistas que habían apoyado siempre a D. Juan Carlos I, pidiéndole la abdicación.

Como consecuencia de todo ello, el 2 de junio de 2014, en los medios de comunicación se daba la noticia de que el Rey le había comunicado al Presidente del Gobierno la voluntad de renunciar al trono e iniciar el proceso sucesorio, materializándose en un mensaje institucional del Rey Juan Carlos I que ponía en marcha su sucesión. En esos momentos todas las encuestas se pronunciaron favorablemente a la misma y, quince días después, el *Boletín Oficial del Estado* publicaba la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hacía efectiva la abdicación de S.M. el Rey D. Juan Carlos I de Borbón, y el 19 de junio juraba ante las Cortes Generales, tal y como establece el artículo 61.1 CE, Felipe de Borbón y Grecia, siendo proclamado nuevo Rey de España con el título de Felipe VI.

Con la proclamación de Felipe VI, hace ahora aproximadamente tres años y medio, se abría una nueva fase en la Monarquía parlamentaria española que, procurando dar una imagen ejemplar e impoluta de la Corona, dibujaba gestos de distanciamiento de la Infanta Cristina y su marido, adoptándose medidas que revocaban su título como Duquesa de Palma de Mallorca, se adoptaban medidas e iniciativas incrementando la publicidad del ejercicio ejemplar y la fiscalización de la actividad de la Corona y su Casa. También se incrementaba, en todos los aspectos, la transparencia e información pública de la Casa del Rey, arbitrándose la colaboración con la Intervención General del Estado y sometiéndose a auditoría cada ejercicio económico; se modificaba la estructura de la Casa del Rey, estableciéndose incluso un nuevo régimen de regalos a los miembros de la familia de la Casa Real…, y todo ello procurando dar una nueva imagen a la Corona, para recobrar así la popularidad de esta que se había venido abajo en los últimos cinco años del reinado de Juan Carlos I y se anhelaba recuperar.

V. Valoración, balance de cuarenta años de Monarquía parlamentaria

Nada más lejos de mi intención, que atreverme a valorar lo que fueron los treinta y nueve años del reinado de Juan Carlos I, o los últimos casi cuatro de Felipe VI, máxime cuando en la Nota Previa, ya adelantaba mi posición, haciendo una valoración globalmente positiva del trabajo desarrollado por D. Juan Carlos I, como Rey de España durante la transición política y desde la aprobación de la Constitución española de 1978 hasta su abdicación en julio de 2014, al igual que con un periodo mucho más corto de tiempo puede hacerse del reinado de Felipe VI.

Con un número importante de autores, coincido en que la Monarquía se convirtió durante la transición política española y los primeros años de la aprobación de nuestra Constitución en un instrumento básico de reconciliación nacional dando una imagen de estabilidad política a nuestro país. Coincido con lo que decía recientemente Jorge de Esteban, en que: «yo no soy monárquico por convicción, de la misma forma que tampoco soy creyente por nacimiento. En cualquier caso las circunstancias de cada situación a la mayoría de los mortales nos inclinan a un lado o a otro…», en ese sentido, afirma que: «el Rey Juan Carlos ha prestado un gran servicio al país».

Pese a que, como hemos señalado, el sistema democrático exige que todos los poderes públicos sean de duración limitada y de origen electivo, lo que convierte a la Monarquía en un anacronismo, que hoy pocos países conservan, nuestro vigente ordenamiento constitucional, que a mi juicio sigue gozando de buena salud, nos ha permitido el periodo más largo de libertad y democracia que se conocía en España. La Monarquía parlamentaria ha adquirido también un alto grado de legitimación, como modelo de Estado, con la aprobación, inicialmente, por la parte de las Cortes Generales del texto constitucional y, posteriormente, por el pueblo español a través del referéndum del 6 de diciembre de 1978. Con ello la Monarquía española, en el marco de nuestra Carta Magna, ejercita exclusivamente las funciones que esta le atribuye, por lo que la legitimidad de la Corona ya no solo deriva de

su carácter histórico, sino de la aprobación por el pueblo español de la Constitución que precisamente este año cumple su cuarenta aniversario.

Con este breve epígrafe concluimos nuestra pequeña colaboración en el número extraordinario de «Corts. Anuario de Derecho Parlamentario», dedicado al cuarenta aniversario de la aprobación de la Constitución española de 1978, habiéndonos acercado al Título II «De la Corona», que no se podía pasar por alto en un número extraordinario de estas características. Una Monarquía Parlamentaria solo concebible desde la aceptación de todos los españoles y en un marco constitucional que pretende la existencia de un Rey, con *auctoritas* pero sin poderes efectivos, sin poder político, con funciones constitucionales debidas que ejercidas con auténtica profesión, independencia y neutralidad, puedan permitir y garantizar la unidad y permanencia del Estado.

VI. Bibliografía

Álvarez Conde, E., Tur Ausina, R.: «La Monarquía» (capítulo 1, parte IV, Órganos constitucionales), en *Derecho Constitucional*, 8 ed. Madrid, Tecnos, 2018, pp. 541-558.

Álvarez Vélez, M. I. (coord.): «La Corona» (Tema 8), en *Lecciones de Derecho Constitucional*, 6ª ed. València, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 169-178.

Alzaga Villaamil, O. y otros: *Derecho político español, según la Constitución de 1978, 6*ª ed. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2016.

Alzaga Villaamil, O. y otros: «De la Corona» (Título II), en *Comentarios sistemático a la Constitución Española de 1978*, 2ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 287-332.

Aparicio Pérez, M. A., Barceló Serramalera, M.: «La Jefatura del Estado y la mayoría parlamentaria» (Tema 7), en *Manual de Derecho Constitucional.* Atelier, 2016, pp. 159-176.

Aragón Reyes, M.: *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución*. Madrid, Civitas, 1990.

Aragón Reyes, M.: *Derecho Constitucional*. Madrid, McGraw-Hill, 2000.
Aragón Reyes, M.: *Temas básicos de Derecho constitucional* (3 vols.). Madrid, Civitas, 2011.
Aragón Reyes, M.: *Estudios Derecho constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
Aragón Reyes, M.: «La Corona», en *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*. València, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 169-178.
Aragón Reyes, M.: «Un Rey constitucional», *El Mundo*, 30 de enero de 2018.
Astarloa Huarte-Mendicoa, I.: «40 años de monarquía parlamentaria», *ABC*, 21 de octubre de 2018.
Balaguer Callejón, F. y otros: «La Corona» (Capítulo XXVI), en *Manual de Derecho Constitucional* (2 vols.), 12ª ed., vol. II. Madrid, Tecnos, 2017, pp. 503-516.
Bar Cendón, A.: «El Rey, las elecciones y la Constitución», en *Las Provincias*, 29 de mayo de 2016.
Fernández Fontecha, M., Pérez De Armiñán, A.: *La Monarquía y la Constitución*. Madrid, Civitas, 1987.
Esteban, J. de: «Constitución y consenso», *El Mundo*, 6 de diciembre de 2016.
Esteban, J. de: «El "rey" de Italia y el de España», *El Mundo*, 30 de mayo de 2018.
Esteban, J. de: «Imputaciones al Rey emérito», *El Mundo*, 27 de julio de 2018.
Fernández Miranda, C.: «La irresponsabilidad del Rey. El refrendo: evolución histórica y regulación actual», *Revista de Derecho Político*, 44, 1998.
García Fernández, J.: «La tarea del Rey», *El País*, 17 de febrero de 2016.
García Fernández, J.: «El papel del Rey», *El País,* 14 de septiembre de 2016.
García Pelayo, M.: «La Corona. Estudio sobre un símbolo y un concepto político», en *El Mito y la Razón sobre la Historia del Pensamiento*

Político. Madrid, Cuadernos Hispanoamericanos, LXX, 1968, pp. 11-48.

Gómez Sánchez, Y.: «La Carta Magna impide el bloqueo», *El Mundo*, 2 de febrero de 2016.

Herrero y Rodríguez de Miñón, M.: «La Monarquía parlamentaria», en Ramírez Jiménez, M.: *Diez años de Constitución.* Zaragoza, 1990, pp. 43 y ss.

López Garrido, D. (dir): «La Jefatura del Estado. La Corona» (Lección 20), en *Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea*. València, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 565-600.

López Guerra, L. y otros: *Derecho Constitucional*, 10ª ed., 2 vols. València, Tirant lo Blanch, 2016.

Martínez Sospedra, M.: «Tema XIV», en *Derecho Constitucional Español*. València, CEU San Pablo, 1995, pp. 371-398.

Matía, F. J.: «La Corona» (Lección 2), en Biglino Campos, P. y otros (coord.), *Lecciones de Derecho constitucional II*. Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, pp. 53-68.

Núñez Rivero, C. (coord.): *El valor normativo de la Constitución Española de 1978: sistema de fuentes*. Madrid, Universitas, 2018.

Oliver Araujo, J., Calafell Ferrà, J.: «De Juan Carlos I a Felipe VI: ¿Algo nuevo bajo el sol», en *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*, 29, 2017, pp. 175-224.

Molas, I.: *Derecho Constitucional*. Madrid, Tecnos, 2008.

Pérez Royo, J.: «La Jefatura del Estado» (Lección 22), en *Curso de Derecho Constitucional*, 16ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 589-600.

Redondo Hermida, Á.: «La serenidad del Rey», *La Razón*, 2 de junio de 2018.

Rubio Llorente, F.: *La forma del poder: estudios sobre la Constitución,* 3ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Sánchez Ferriz, R.: *El Estado Constitucional: configuración histórica y jurídica. Organización funcional*. València, Tirant lo Blanch, 2009.

Sosa Wagner, F.: «La hora de Felipe VI», *El Mundo*, 5 de septiembre de 2016.
Sosa Wagner, F.: «Felipe VI y las legitimidades», *El Mundo*, 23 de octubre de 2017.
Tomás Villarroya, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
Torres del Moral, A.: *La monarquía parlamentaria española*, en *Anales: Anuario del centro de la UNED de Calatayud*, 1, 1993, pp. 9-22.
Torres del Moral, A., Gómez Sánchez, Y. (dirs.): *Estudios sobre la Monarquía*. Madrid, UNED, 1995.
Torres del Moral, A.: «Cuarenta años de Monarquía parlamentaria: balance», *Revista de Derecho Político,* 101, 2018, pp. 33-64.
Torres del Moral, A.: «Felipe VI: el Rey señala el camino», *El Mundo*, 30 de enero de 2018.
Torres del Moral, A.: «Lecciones de la pasada (no) investidura», *El Mundo*, 22 de julio de 2016.
Torres Muro, I.: «Refrendo y Monarquía», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 87, 2009, pp. 43-70.
Varela Suanzes-Carpegna, J.: «La Monarquía en la Historia Constitucional española», *Revista de Derecho Político,* 101,2018, pp. 17-29.

TÍTULO III.
DE LAS CORTES GENERALES

CORTS VALENCIANES

Parlamento, Gobierno, Ley y Reglamento, cuarenta años después

Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa
Letrado de las Cortes Generales
y Profesor de Derecho Constitucional.

Resumen

El trabajo examina si las expectativas generadas al aprobarse la Constitución sobre la recuperación del papel protagonista del Parlamento las Cortes y de la primacía de la ley frente a los reglamentos del Gobierno se han visto o no confirmadas en estos cuarenta años. Se concluye que la posición del legislador se ha ido deteriorando y que sería conveniente recuperar los límites constitucionales.

Palabras clave: Constitución, leyes, reglamentos, Parlamento, decretos-leyes, procedimiento legislativo.

Resum

El treball examina si les expectatives generades en aprovar-se la Constitució sobre la recuperació del paper protagonista del parlament de les Corts i de la primacia de la llei enfront dels reglaments del govern s'han vist o no confirmades en aquests quaranta anys. Es conclou que la posició del legislador s'ha anat deteriorant i que seria convenient recuperar els límits constitucionals.

Paraules clau: Constitució, lleis, reglaments, Parlament, decrets lleis, procediment legislatiu.

Abstract

The paper examines whether the expectations generated by the adoption of the Constitution on the recovery of the leading role of the Parliament and the primacy of the law against government regulations have been confirmed or not in these forty years. It is concluded that the position of the legislator has been deteriorating and that it would be convenient to recover the constitutional limits.

Key Words: Constitution, Laws, Regulations, Parliament, Primary and Secondary Legislation, Decrees-laws, Legislative Procedure.

Sumario

I. La aprobación de la Constitución, las Cortes y las Fuentes del Derecho.

II. La evolución de las potestades normativas del Parlamento y del Gobierno en estas cuatro décadas.

1. El Legislador, el Tribunal Constitucional y los Jueces.

2. Las dificultades del Parlamento para legislar.

3. Salvo en los tres últimos años, ha sido el Gobierno el que ha legislado en el Parlamento a través de la mayoría.

4. De la variedad de tipos de leyes no han resultado mayores beneficios sino, más bien, importantes complejidades.

5. El procedimiento legislativo tampoco ha contribuido a prestigiar la ley.

6. El decreto-ley se ha utilizado, no como un instrumento excepcional ante una «extraordinaria y urgente necesidad», sino como auténtico modo alternativo de legislar por el Gobierno.

7. La importancia de los reglamentos dictados por el complejo Gobierno-Administración no ha hecho más que crecer durante estos cuarenta años, tanto cuantitativamente como cualitativamente.

III. Breve epílogo sobre la conveniencia de reforzar la posición del legislador.

I. La aprobación de la Constitución, las Cortes y las Fuentes del Derecho

La aprobación de la Constitución significó en 1978 una revolución en el cuadro de fuentes del Derecho español, como lógico correlato del cambio concluyente operado por el constituyente en las estructuras de sistema político. De hecho, Predieri[1] llegó a calificar al texto constitucional de «ejemplar en su traducción a fórmulas jurídicas del sustrato político de nuestros días».

La primera plasmación de ello fue la autodefinición de la Constitución como norma y, concretamente, como norma superior, como consecuencia de la primacía del poder constituyente (el pueblo español) sobre los poderes constituidos. La protección del texto constitucional mediante la rigidez de su reforma y su defensa por el Tribunal Constitucional fueron los instrumentos formales articulados para confirmar la proclamación del principio de soberanía popular (art.1.2) y del principio de constitucionalidad (art. 9.1).

Esto sentado, todos los comentaristas coincidieron en su día en el impacto profundo de la Constitución también como *norma normarum* y, muy especialmente, en su apuesta por el Parlamento y por la ley, mediante el reforzamiento del Poder Legislativo frente al Poder Ejecutivo y la garantía de los principios de legalidad (arts. 9.3, 97, 103 o 106) y de reserva de ley (arts. 53 y 81, entre otros muchos). El citado Predieri habló entonces de una aparente acentuación de los poderes del Parlamento y subrayó la subordinación irrestricta de los reglamentos del Gobierno a las leyes, frente al proyecto de doble reserva entre ley y reglamento que se contenía en el artículo 79 y en la disposición

1 Predieri, A.: «Las fuentes del Derecho en la Constitución española», en Predieri, A. y García de Enterría (ed.), *La Constitución española de 1978*. Madrid, 1980. Pueden recordarse otros trabajos pioneros como el de Linde Paniagua sobre «Ley y Reglamento en la Constitución», contenido en las *Lecturas sobre la Constitución española*, coordinadas por Tomás-Ramón Fernández Rodríguez en Madrid, en 1978; o el de Bermejo Vera: «Las fuentes del derecho en la Constitución de 1978», en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Zaragoza, 1979. También puede apreciarse el contraste con la situación preconstitucional en los cambios introducidos en el «*Curso de Derecho Administrativo*» de García de Enterría y Fernández Rodríguez, desde su edición de 1979.

transitoria 1ª del primer borrador del texto constitucional, de 5 de enero de 1978.[2]

Una ley, además, llamativamente plural, porque la Constitución nos llevó a distinguir entre las leyes orgánicas (art. 81), las leyes ordinarias, las leyes de bases (arts. 82 a 85), las leyes de presupuestos (art. 134), las leyes nacidas de la iniciativa popular (art. 87.3) o regional (art. 87.2), las leyes referendarias (v.gr. art. 151), los reglamentos parlamentarios como normas primarias con valor de ley (art. 72), los estatutos de autonomía (art. 147), las propias leyes autonómicas (art. 153 a) o los cuatro tipos de leyes recogidos en el artículo 150 CE: leyes marco, leyes de transferencia o de delegación, y las leyes de armonización.

Todo ello, ya de por sí nutrido, se completó además con otra clasificación de las leyes en atención a los diferentes procedimientos recogidos en la Constitución, como son el procedimiento ordinario (arts. 87 y ss.), el procedimiento de urgencia (art. 90.3) y el procedimiento de delegación de la aprobación de leyes en las Comisiones (art. 75.2 y 3).

Este «importante avance» (Bermejo Vera), con la potenciación del Parlamento y de la ley no ocultó, no obstante, la importancia que la Constitución concedió a su vez al Gobierno, definido nada menos que como director de la política interior y exterior, de la Administración civil y militar y de la defensa del Estado (art. 97). Y titular constitucional de varias potestades normativas: la potestad reglamentaria como potestad propia y no simplemente delegada por el legislador (mismo art. 97), el decreto-ley (art. 86) y el decreto legislativo delegado por una ley previa (arts. 82 a 85).

Pero un reglamento, sometido, eso sí, a la Constitución y la ley, vedado en las materias de reserva de ley y básicamente «colaborador de la ley».[3] Un decreto-ley muy restringido, como figura excepcional, a

2 Proyecto de doble reserva que suscitó sorpresa y rechazo prácticamente unánimes en la doctrina. Vid., por todos, Garrido Falla, F.: «Las fuentes del derecho y la reserva de reglamento en el proyecto de Constitución», en VV. AA., *Estudios sobre el proyecto de Constitución*. Madrid, 1978.

3 Linde Paniagua en *op. cit*, donde incluso explica que no cabe desarrollo reglamentario en las materias que la Constitución reserva a la ley.

«casos de extraordinaria y urgente necesidad» y sometido a inmediato control parlamentario para su ratificación. Y un decreto legislativo lleno de cautelas y controles (arts. 82 y 83), que llegan al extremo de mantener la ficción preconstitucional de considerar de rango meramente reglamentario cualquier desviación sobre los principios de la delegación y someter su control al juez ordinario (art. 82.6: «sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales…»).

Obviamente, no se agotaron con las leyes y los reglamentos las previsiones constitucionales como *norma normarum.*[4] Pero el objeto del presente trabajo se centra en examinar si aquellas expectativas que inicialmente generaron la satisfacción de la doctrina sobre la recuperación del papel protagonista de las Cortes y de sus leyes se han visto o no confirmadas en estos cuarenta años.

II. La evolución de las potestades normativas del Parlamento y del Gobierno en estas cuatro décadas

1. El Legislador, el Tribunal Constitucional y los Jueces

Puede decirse que, desde 1978, se ha generado una cultura de respeto razonable de la Constitución por quienes dictan las normas. No han faltado, evidentemente, excepciones, pero en los casos en los que se ha instado la intervención del Tribunal Constitucional, vía recurso o vía cuestión de constitucionalidad, este las ha corregido, siendo sus

4 Por una parte, es obligado recordar la pluralidad de ordenamientos regionales generada por la consagración del nuevo Estado Autonómico (art. 153 a, b y c) CE). Por otra, la posibilidad de obligarse por medio de tratados internacionales «que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución», previa autorización de las Cortes Generales (art. 94 e). Y, aunque no se proclamó el valor supralegal de los tratados, se previeron también tratados que cediesen a una organización internacional la potestad de dictar normas de directa aplicación en España, pensando obviamente en la entonces anhelada integración en la Comunidad Europea (art. 93). Se descendió hasta el extremo de prever normas nacidas de la autonomía de la sociedad, protegidas por la fuerza de obligar del Estado, como los convenios colectivos (art. 37). Y todo ello sin olvidar que la autonomía reconocida a los entes locales (arts. 140 y 141), trajo incorporado un cierto grado de autonormación.

resoluciones objeto de un cumplimiento generalizado. Y respecto de los reglamentos, la Ley reguladora del Gobierno y las modificaciones introducidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa han eliminado las viejas restricciones para su control de constitucionalidad y de legalidad por el juez ordinario.

Cabe, no obstante, resaltar tres sombras importantes en las afirmaciones anteriores. En primer lugar, la tardanza de los Tribunales en resolver, muy especialmente en lo que se refiere a los recursos de inconstitucionalidad. En segundo lugar, las consecuencias de la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad respecto de los estatutos de autonomía, que ha llevado al Tribunal Constitucional al indeseable –y evitable– escenario de tener que decretar la inconstitucionalidad de un estatuto que ha recibido el refrendo ciudadano en referéndum. Y, en tercer lugar, el único caso de insubordinación severa y de máxima gravedad, producido en Cataluña con el proceso abierto tras la aprobación de las leyes «de desconexión» en septiembre de 2017 y el incumplimiento de las diversas resoluciones anulatorias del Tribunal Constitucional.

Salvo en este impresentable suceso, el legislador estatal y el autonómico han acatado los criterios contenidos en las sentencias, hasta el punto de que hoy el debate en nuestro ordenamiento no gira tanto sobre la disciplina de los Parlamentos como en los límites a los que debería sujetarse el Tribunal para no convertirse en auténtico legislador negativo. Especialmente dado el extenso uso que hace de una figura tan discutible y de tan compleja aplicación práctica como son las sentencias interpretativas.

En relación con ello, y referido también a la relación del legislador con el Poder Judicial, es evidente que se ha ido ensanchando en estas décadas el espacio del juez para crear derecho al aplicarlo. Tanto por la desconfianza en el legislador, como por la inevitable textura abierta de las normas, como, en la otra orilla, por el gusto de algunos jueces por imponer su particular interpretación de las normas y practicar

abiertamente el activismo judicial, e incluso, en casos extremos, el uso alternativo del Derecho.

Esta tensión entre legislador y aplicador se ha hecho cada vez más evidente. Como he escrito en otro lugar,[5] la ambigüedad de las normas por la dificultad de equilibrar la calidad técnica con el acuerdo democrático, el gusto por el *soft law* que reduce las normas a intenciones y declaraciones de principios, y el hecho de que el legislador no puede prever todos los detalles por ignorancia de los hechos, limitación del lenguaje o indeterminación de sus propósitos, hacen aparecer a las normas como procesos dinámicos que comienzan en el legislador y concluyen en el juez. Aunque una cosa es la textura abierta de las normas y las posibilidades que ello plantea, y otra bien distinta el escepticismo ante las reglas y la voluntad del aplicador de recrear la norma, cuando no de soslayarla, bien por discrepancia técnica del juez con la misma, bien porque sencillamente sus mandatos no coinciden con las convicciones personales del juez.

La cuestión está, como siempre, en cómo lograr el equilibrio, porque la intensificación del control de las decisiones públicas, ya imparable, plantea importantes cuestiones constitucionales en relación con el principio de división de poderes y con posibles riesgos de extralimitación judicial y de «sobrejudicialización» de los procesos políticos.

2. Las dificultades del Parlamento para legislar

En el tiempo en que vivimos el Parlamento tiene objetivamente muchas dificultades para ser el protagonista de la legislación. Los asuntos son cada vez más técnicos y más sofisticados, hay que legislar atendiendo a las exigencias particulares de la economía, la técnica y la ciencia, las urgencias son cada vez mayores, el método de trabajo parlamentario, deliberante y reflexivo, genera una gran dificultad para seguir el ritmo

5 En el vol. col. *Memento de Técnica Normativa Francis Lefebvre*. Madrid, 2015.

de las necesidades a resolver, y las Cámaras no tienen a su disposición para acometer estos desafíos los inmensos medios de que dispone el Ejecutivo.

En nuestras sociedades, cada vez más complejas, al legislador le resulta especialmente complicada la armonización de los intereses afectados por cada ley. Por no hablar de la posible captura de los legisladores por los grupos de interés, o la influencia en el legislador a través del manejo de la opinión pública por parte de sectores sociales y económicos muy poderosos.

Además, es evidente que para el ordenamiento ha significado un extraordinario impacto la transformación de las funciones del Estado, con el correspondiente incremento del intervencionismo y de la regulación. El Estado, impulsor de la economía, director de la misma, empresario y regulador, se constituye en un exhaustivo normador de las relaciones económicas y de prestaciones sociales de todo tipo. Las normas cumplen una misión social: servicios públicos, derechos sociales, educación, sanidad, procura existencial, rentas básicas, personas dependientes, motor de la transformación social, justicia distributiva, intervención en el proceso productivo, condiciones de trabajo, cultura… Tal intervencionismo trae consigo la inadecuación del sistema tradicional de fuentes. La codificación fue posible en un tiempo en el que sustancialmente el Derecho era Derecho Privado. Hoy es el tiempo de las leyes especiales, de las leyes medida, o de los productos normativos promovidos por los Gobiernos de la mano de tecnocracias cada vez más sofisticadas.

Por añadidura, está el factor político. Por una parte, por electoralismo, el legislador acaba muchas veces formulando políticas para ganar elecciones en lugar de ganar elecciones para formular políticas. Por otra, los procedimientos legislativos de Congreso y Senado son muy flexibles y se preocupan más por la perspectiva política de formar mayorías y acuerdos que por la calidad del producto final. Esto obviamente no carece de lógica. El valor del Parlamento es debatir, contrastar, hacerse eco del pluralismo de ideas e intereses y componer

con ello textos que, además de ser rigurosos, deben ser aptos para cumplir unos objetivos, para lo cual se requiere que no exista un disenso político insuperable, así como una buena predisposición de la sociedad a la que van destinados. Conseguir todo eso al mismo tiempo no es sencillo.

El procedimiento legislativo está por tanto dibujado sobre la flexibilidad y sobre las facilidades para la enmienda y la transacción. Los cambios durante la tramitación vienen impulsados básicamente desde las exigencias de la política. Se improvisa demasiado, se usa la dificultad de formar mayorías para introducir previsiones que contienen una cosa y su contraria, se dejan hasta última hora las transacciones finales, sin margen para una evaluación y adaptación técnica, y, en definitiva, para conseguir el compromiso político se prescinde de cualquier traba técnica que lo dificulte.

3. Salvo en los tres últimos años, ha sido el Gobierno el que ha legislado en el Parlamento a través de la mayoría

Ello ha sido así porque, por una parte, el Gobierno ha tenido el claro dominio de la iniciativa legislativa, y por otra, porque el Gobierno ha hecho valer su voluntad durante toda la tramitación de las leyes, hasta su aprobación final, a través de su mayoría en las Cámaras y, concretamente, en el Congreso de los Diputados, que es el que, conforme al artículo 90 CE, hace valer finalmente su criterio frente al Senado.

Ya la propia Constitución y su inmediato desarrollo por el Reglamento del Congreso ofrecieron algunas primas a la iniciativa gubernamental. El Texto Fundamental, al prever la prioridad de su tramitación sobre cualquiera de las otras iniciativas (proposiciones de ley de las Cámaras, de las Comunidades Autónomas o de iniciativa popular, ex. art. 89.1 CE) y al exigir la conformidad del Gobierno para la tramitación de las proposiciones de ley que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios (art. 134).

El Reglamento, al someter la posible tramitación de las proposiciones al trámite previo de una toma en consideración, votación que tiene lugar en el Pleno del Congreso para decidir si se inicia el procedimiento o la proposición se rechaza sin más trámites y que ha funcionado durante años como una auténtica guillotina de las iniciativas no gubernamentales.

A partir de ello, el número y la repercusión de las iniciativas no nacidas del Gobierno es muy menor. Según el recuento más reciente, realizado por Guerrero Salom,[6] las proposiciones de ley presentadas por Senadores en trece Legislaturas han sido 64, las de Comunidades Autónomas 235 y solo significativas las 66 de reformas estatutarias, las de iniciativa popular 132 (solo 2 tomadas en consideración) y las presentadas en el Congreso han sido 2.263.[7] Y, mientras las tasas de aprobación calculadas por Guerrero sobre 1.807 proyectos remitidos por el Gobierno al Congreso han superado ampliamente el 80%, la tasa de éxito de las proposiciones de ley no pasa del 14%, salvo en periodos de mayoría relativa, que ha podido llegar al 19% (y todo ello sin entrar en las modificaciones que suelen sufrir durante su tramitación, habitualmente profundas). Así pues, durante los cuarenta años transcurridos desde la aprobación de la Constitución española, la inmensa mayoría de las leyes han procedido de proyectos presentados e impulsados por los Gobiernos. En la X Legislatura (2011-2015), por ejemplo, de las 169 leyes aprobadas, solo 6 nacieron de proposiciones de ley presentadas por los Grupos parlamentarios, y ninguna de proposiciones de los Parlamentos autonómicos o de la iniciativa popular.

En la actual XII Legislatura, iniciada en 2016, se ha venido a sumar otra circunstancia muy notable. Ante la acumulación de proposiciones

6 «Rendimiento institucional del Congreso de los Diputados y del Senado» (tomo IV), en VV. AA., *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*. Madrid, 2018.

7 Muchas de ellas extraordinariamente endebles porque, a sabiendas de que la mayoría rechazaría generalizadamente su toma en consideración, se presentaron buscando más una repercusión de opinión pública que por el propósito real de llegar a convertirse en leyes. Sumando en la estadística de iniciativas de la oposición y dando –en ocasiones– discurso político, pero sin recorrido como auténticos textos prelegislativos en la mayoría de los casos.

de ley de la oposición, el Gobierno Rajoy, en minoría, optó por ejercer la facultad que le conceden los arts. 134.6 CE y 126.2 RCD, expresando su no conformidad con la tramitación de varias de las mismas, con el argumento de que suponían aumento de gastos o disminución de los ingresos presupuestarios. Pero esos argumentos fueron desestimados en varias ocasiones por la Mesa del Congreso, que permitió la continuidad de su tramitación y su sometimiento a la toma en consideración a pesar de la oposición gubernamental, limitando con ello la capacidad del Gobierno para evitar la aprobación de un auténtico programa legislativo de la oposición.

En consecuencia, el Gobierno discrepó y acabó planteando los correspondientes conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de que el Parlamento (su Mesa) cuestione la suficiencia de los motivos expresados por el Gobierno para impedir la tramitación de las iniciativas de los Grupos (o de iniciativa popular o de los Parlamentos autonómicos). Pero el Tribunal ha dictado ya una primera Sentencia (STC 34/2018, de 12 de abril), fallando a favor del Congreso, al considerar que:

> «la apreciación de la Mesa de la Cámara, en el sentido de considerar que la motivación del Gobierno resulta insuficiente para verificar la efectiva conexión de la medida con los ingresos y los gastos públicos, no ha supuesto el menoscabo de la competencia del Ejecutivo en este caso. El artículo 134.6 CE contiene una prerrogativa del Ejecutivo que tiene, como presupuesto habilitante, la vinculación estricta a la norma presupuestaria, que debe por ello verse afectada. Teniendo en cuenta, como ya se ha señalado, que cualquier iniciativa o proposición de ley es susceptible de suponer un incremento de gasto o una disminución de ingresos, el Gobierno debe justificar de forma explícita la adecuada conexión entre la medida que se propone y los ingresos y gastos presupuestarios. Esta conexión debe ser directa e inmediata, actual, por tanto, y no meramente hipotética. Debe además referirse al presupuesto en particular, sin que pueda aceptarse un veto del Ejecutivo a

proposiciones que, en el futuro, pudieran afectar a los ingresos y gastos públicos, pues ello supondría un ensanchamiento de la potestad de veto incompatible con el protagonismo que en materia legislativa otorga a las Cámaras la propia Constitución (art. 66 CE)».

4. De la variedad de tipos de leyes no han resultado mayores beneficios sino, más bien, importantes complejidades

Para empezar, del cuadro de tipos de leyes enunciado más arriba es preciso decir que, frente a las categorías que se señalaron en la primera hora, algunas no han sido tales, otras no se han usado prácticamente, mientras que, en sentido contrario, se han sumado algunas categorías que no estaban en la Constitución. Las leyes de iniciativa popular, por ejemplo, no es que no hayan generado categoría, es que han resultado hasta hoy una figura anecdótica, habiéndose aprobado solamente dos. Tampoco las propuestas de ley por las Comunidades Autónomas han tenido recorrido, más allá de las propuestas de reforma de Estatutos que se han venido aprobando y que, como es sabido, deben iniciarse, por mandato de los mismos, en los Parlamentos autonómicos. Y las leyes de armonización entraron en letargo insuperable tras la contundente Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LOAPA (STC 76/1983, de 5 de agosto).

Por el contrario, hoy hablamos con naturalidad –y así suele ponerse en el título de las afectadas– de leyes de transposición de directivas comunitarias o de leyes procedentes de decretos-leyes.[8] Aquéllas, obligadas. Las segundas, poco frecuentes durante muchos años, dado que, como luego se verá, la práctica habitual fue la de convalidar sin excepción los decretos-leyes y desestimar su tramitación como proyectos de ley para convertirlos en leyes. Pero, como la necesidad obliga, estos

8 Hay también leyes caracterizadas por su contenido particular intransferible como la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial, las Leyes del Cupo vasco o navarro, o la Ley de abdicación del Rey… No pueden olvidarse tampoco las leyes singulares, tremendamente problemáticas. Y son ya tan frecuentes las repetidas modificaciones de una misma ley que forman categoría propia las «leyes modificativas», incluso, como ha ironizado Santamaría Pastor, «de usar y tirar».

últimos años de mayorías minoritarias han visto incrementarse las tramitaciones posteriores a la convalidación, en muchos casos como precio inevitable para conseguir la convalidación misma.

Crecieron también en estos cuarenta años dos categorías tremendas. Las leyes de medidas de acompañamiento de los presupuestos y luego, más descarnadas todavía, las leyes *ómnibus* (¡y los decretos-leyes *ómnibus*!). La práctica se inició con la ley de presupuestos porque, aprovechando que anualmente había que aprobarla a fecha fija, fueron incluyéndose en la misma toda clase de preceptos sobre otras leyes que interesaba modificar. El Consejo de Estado llamó pronto la atención sobre esta mala práctica (v. gr. Memoria de 1986), y el Tribunal Constitucional zanjó la cuestión restringiendo su uso (v. gr. STC 14-5-92), exigiendo conexión con el contenido propio de este tipo de leyes y justificación de su inclusión en una ley anual. Esta limitación no hizo mella en el legislador, que ideó como remedio las «leyes de medidas de acompañamiento de la ley de presupuestos». Es decir, lo mismo que antes, pero en leyes separadas. Con el añadido de que ya ni siquiera había que justificar su relación más o menos remota con la materia presupuestaria.

De ahí a querer hacerlo en cualquier momento del año ha mediado solo un paso y se ha hecho frecuente la práctica todavía más gravosa de aprobar leyes ómnibus en cualquier momento del año, especialmente con la razón económica de dar respuesta inmediata a las exigencias de la situación de crisis de estos últimos años. Suelo citar como ejemplo particularmente hiriente, la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que, tras incluir un alentador artículo 4.9. con reglas para hacer normas de calidad, se acompañó de 60 disposiciones finales ¡que modificaron más de 60 normas!. Solo restaba para completar este horror, que estas cosas se hiciesen por decreto-ley, y ello se hace ya con toda naturalidad. De hecho, si no fuese por la ayuda informática hoy sería literalmente imposible tener la más mínima certeza sobre qué derecho está vigente.

No menos problemáticas han resultado estos años algunas de las categorías ya previstas por la Constitución. Para empezar, los estatutos

de autonomía, que se llenaron de «sin perjuicios» al principio, se intercambiaron luego con leyes de transferencia o delegación, para acabar de la peor manera, pretendiendo prescindir de la Constitución y no precisamente en aspectos menores, como ocurrió, primero, con el Plan Ibarreche y luego con el vigente Estatuto de Cataluña. También la legislación básica o bases del Estado y el alcance de su posible desarrollo por las Comunidades Autónomas han sido un dolor de cabeza para todos, especialmente para el Tribunal Constitucional, que ha gastado en ello tantas páginas como la doctrina, con el añadido de un desconcertante *overruling*. Y no hace falta añadir que la doctrina sigue una discusión sin fin sobre la naturaleza y los límites de las leyes de transferencia o delegación del art. 150.2 CE.

Igualmente problemáticas han resultado las leyes orgánicas. Su deslinde material ha generado literatura para llenar bibliotecas enteras, sin que el constituyente haya conseguido su propósito de generar un consenso mayor sobre determinado tipo de asuntos relevantes. Además ha convertido el procedimiento parlamentario en un martirio. Basta leer los artículos 130 a 132 del Reglamento del Congreso para comprender que la calificación y el deslinde de lo orgánico y lo ordinario constituye una de las tareas más complejas y arriesgadas a las que se enfrentan mesas, juntas, ponencias, comisiones, letrados, y hasta los plenos, porque hasta el momento último de la tramitación puede presentarse una enmienda que trastoque lo orgánico y lo ordinario y obligue a separar una ley en dos. Se ha dado incluso el caso de enmiendas del Senado que han obligado al Congreso a deslindar en dos un proyecto al volver de la Cámara Alta, teniendo que poner sobre la marcha un título a la ley orgánica resultante.

5. El procedimiento legislativo tampoco ha contribuido a prestigiar la ley

La tramitación parlamentaria de las leyes se ha ido degradando progresivamente, acortando trámites y turnos en el procedimiento

ordinario y haciendo un uso cada vez mayor de los procedimientos especiales que reducen el debate.[9]

Como las Cortes han tramitado las leyes como meros formalizadores de la voluntad de los Gobiernos, el procedimiento parlamentario rara vez ha servido para reelaborar lo pretendido por el Ejecutivo, por lo que todo el mundo se ha ido despreocupando de los debates. Esto se ha matizado en parte en esta XII Legislatura, pero tampoco está contribuyendo a mejorar la situación, dado que todo se supedita al pacto político entre partidos, que, al concretarse en los pasillos y muchas veces de forma improvisada, pone al tiempo en cuestión el valor del debate público y la calidad de sus productos. La mayoría persigue que sus textos se aprueben cuanto antes y con los menores obstáculos posibles y la oposición se preocupa más por el posible rédito político de su discurso sobre la ley que del contenido de la misma.

A mayor abundamiento, la pluralidad de lecturas en órganos diferentes que se sigue en el procedimiento ordinario no siempre se integra armónicamente, lo que propicia incidentes incomprensibles que perjudican la corrección y el prestigio de las leyes y la propia imagen de la institución ante la comunidad de juristas y, en general, ante los ciudadanos. La sucesión de fases y la flexibilidad para manipular plazos y trámites provocan que la duración de la tramitación de una iniciativa por el Congreso sea imprevisible. Si ello sirviese para un mayor examen o deliberación, cabría darlo por bueno, pero no es frecuentemente el caso: los proyectos «duermen» muchas veces en el silencio y en el olvido y cuando las circunstancias políticas aconsejan que se continúe su tramitación, se ven afectados por un frenesí que liquida en pocos días lo que puede haber estado congelado largos meses. En estos casos, a la falta de reflexión y debate por la inexistencia de prioridad se suma la falta de reflexión y debate por las prisas de la prioridad renovada.

No es razonable que haya leyes que entran en la Cámara y ven ampliarse el plazo de presentación de enmiendas hasta el infinito.

9 Vid. mi trabajo «La reforma del Reglamento del Congreso y el procedimiento legislativo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59, 2016.

Tampoco lo es que una vez finalizado el plazo de enmiendas no eche a andar el trabajo en ponencia y comisión por el sencillo mecanismo de no convocarlas, manteniendo meses una ley congelada en un cajón y en casos extremos todos los años de una legislatura entera. En lo referente a las enmiendas, la flexibilidad no se reduce al plazo, sino que alcanza al contenido, de forma que a través de la enmienda puede transformarse hoy, sin límite alguno, cualquier iniciativa, lo cual suele resultar particularmente llamativo cuando se trata de una proposición de ley tomada en consideración. Cada proyecto tiene su propia vida, dependiendo de la voluntad política de sus impulsores, de los deseos coyunturales de la mayoría y de la existencia de los votos suficientes en cada momento para sacarlo adelante.

En cuanto a los procedimientos especiales constitucionalmente previstos, basta con recordar que el Reglamento del Congreso convirtió en regla la delegación en comisión, que en la Constitución era solo una posibilidad a decidir caso por caso. Como, en virtud de los arts. 148 y 149 del Reglamento, la delegación se presume salvo acuerdo en contrario del pleno (excepto para las materias no delegables del art. 75.3 CE), lo ordinario se ha vuelto excepcional y lo especial ordinario, de modo que la mayoría de las leyes se aprueban por comisión. Y es frecuente la declaración de urgencia (entre otras cosas porque las directivas comunitarias se presentan para su transposición con frecuente retraso, por no corresponder a las prioridades legislativas de los Gobiernos).[10]

Pero, además, esta primacía de los procedimientos simplificados se ha visto incrementada por la previsión en ambos Reglamentos de un procedimiento de lectura única en pleno (art. 150 RCD y 129 RS), que, unido frecuentemente a la urgencia, ha permitido que algunos

10 No es posible ocuparnos aquí sobre la incidencia del Derecho Comunitario en el cuadro de fuentes, pero es evidente que los procesos de globalización, y en particular el proceso de unidad europeo, afectan seriamente a las Cortes, que comparten hoy su poder normador y sin poder entrar a negociar al menos esas nuevas normas, dado que la negociación se produce realmente entre los Gobiernos.

proyectos legislativos (e incluso la reforma constitucional) se aprueben en cuestión de muy escasos días.

6. El decreto-ley se ha utilizado, no como un instrumento excepcional ante una «extraordinaria y urgente necesidad», sino como auténtico modo alternativo de legislar por el Gobierno

A diferencia del uso escaso que se ha hecho durante cuarenta años de los decretos legislativos, el uso y abuso de los decretos– leyes ha sido espectacular.[11] Desde hace más de treinta años llevo insistiendo infructuosamente en que el decreto-ley no puede convertirse de forma indebida en un instrumento ordinario para legislar, alternativo a las leyes aprobadas por las Cortes,[12] porque el hecho es que, desde el inicio mismo de nuestro régimen constitucional los Gobiernos han recurrido con escasa contención a dictar decretos-leyes, gran parte de ellos dudosamente ajustados a las exigencias del art. 86 de la Constitución. La generalidad de los mismos superaron además, sin dificultad, el trámite parlamentario. Y el subsiguiente control por el Tribunal Constitucional se enfocó desde el principio hacia una doctrina flexible y benevolente. Nada ha mejorado desde entonces, hasta el extremo de que puede afirmarse que los propósitos del constituyente en este punto han resultado rotundamente fallidos y que, como demuestran las últimas cifras estamos yendo de mal a peor.

Si desde 1979 a noviembre 2015 se dictaron 518 decretos-leyes por 1452 leyes y 341 leyes orgánicas, el cambio del escenario político desde 2016 no ha modificado el panorama. En el especialísimo año 2016, el año de las dos investiduras, se aprobaron 2 leyes (ambas orgánicas y a finales de año) y 7 decretos-leyes. En 2017 las Cortes solo aprobaron 13 leyes mientras que el Gobierno dictó 21 decretos-leyes. Y en 2018,

11 Por todos, Aragón Reyes, M.: *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*. Madrid, 2016.

12 Astarloa Huarte-Mendicoa, I.: «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», *RAP*, 106, 1985.

hasta mediados de octubre, son 7 las leyes aprobadas frente a 15 decretos-leyes, ¡13 de ellos en tres meses, desde el cambio de Gobierno mediante una moción de censura!

Se abusa del decreto-ley porque ni se respeta la excepcionalidad del presupuesto de hecho constitucionalmente tasado, ni se ha han evitado decretos con fuerza de ley sobre materias constitucionalmente vedadas. He escrito en el pasado que repasar las circunstancias en que muchos decretos-leyes han justificado su extraordinaria y urgente necesidad muestra un auténtico museo de los horrores. Tampoco la transgresión de los límites materiales impuestos por el artículo 86 conoce límites, siendo así que se han dictado decretos-leyes que expropian o que han afectado a los elementos esenciales del Derecho sancionador o de los Derechos presupuestario o tributario por citar solo algunos territorios particularmente llamativos. Por no hablar de los decretos-leyes *ómnibus* o los que manipulan con naturalidad la estructura del ordenamiento, prorrogan normas, propician delegaciones reglamentarias, contienen normas singulares que dejan a los destinatarios sin recurso al juez ordinario, o modifican leyes orgánicas (por no hablar del valor sanatorio concedido a la conversión del decreto-ley en ley orgánica permitido por la inconcebible STC 111/83, de 2 de diciembre).

Para cualquier Gobierno poder dictar normas con fuerza de ley que entran en vigor al día siguiente y sin tener que debatirlas antes en las Cortes, es, desde luego, una facultad formidable. Y lo cierto es que, tras constatar el Ejecutivo que el Legislativo no ha solido poner mayores inconvenientes (solo tres decretos-leyes no han sido convalidados en cuarenta años y dos de los mismos fueron dictados de nuevo y convalidados finalmente; y solo algo más de un centenar se han tramitado luego como proyectos de ley para poder introducir enmiendas *a posteriori*), no es extraño que los sucesivos Gobiernos hayan ido incrementando su entusiasmo por la figura y su audacia para usar de ella sin recato. De hecho, como paradoja de las paradojas, se han producido incluso peticiones de los grupos parlamentarios para que el Gobierno dicte un decreto-ley, por no citar también los casos,

ya innumerables, en los que el Gobierno o los partidos han anunciado públicamente que están preparando o negociando los términos de un futuro decreto-ley, que una vez «negociado» y publicado en el BOE pasa por el Congreso a la carrera.

También el Tribunal Constitucional ha tenido una especial responsabilidad al tolerarlo. Aragón ha estudiado que hasta el 30 de noviembre de 2015 había examinado 58 decretos-leyes, decidiendo anular solo 2 (y 26 parcialmente), y solo en 15 ocasiones apreciando infracción del artículo 86 de la Constitución.

El resultado es constitucionalmente lamentable. Para el cuadro de fuentes, porque no resulta sensato desnaturalizar lo extraordinario hasta confundirlo con lo ordinario. Para el orden de las instituciones porque tampoco resulta de recibo sustituir al titular de la potestad legislativa por quien no la tiene y solo es titular de una facultad para que se puedan resolver sin demora situaciones extraordinarias. De todos los factores que están contribuyendo a deslegitimar al legislador, este es sin duda uno de los más graves.

7. La importancia de los reglamentos dictados por el complejo Gobierno-Administración no ha hecho más que crecer durante estos cuarenta años, tanto cuantitativamente como cualitativamente

Santamaría Pastor ha hablado con su habitual lucidez de la «paradoja de la divergencia entre superestructura constitucional e infraestructura reglamentaria».[13] En la teoría, el reglamento es constitucionalmente una norma secundaria, fruto de una potestad concedida exclusivamente al Gobierno para la ejecución de las leyes como complemento del detalle de las mismas. En la práctica, la proporción cuantitativa entre leyes y reglamentos viene a ser, *grosso modo*, de miles de reglamentos con cada veinte leyes al año. La producción de reglamentos es desaforada y alcanza proporciones inabarcables. Y junto a la

13 Santamaría Pastor, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid, CEURA, 1988.

multiplicación cuantitativa se ha producido la multiplicación de los centros de producción. Amplificando hasta el infinito los vicios de las leyes: fragmentación, atomización, casuismo, cambios constantes, contingencia, coyunturalidad, oportunismo político, escasa calidad técnica,…

En definitiva, la forma de producción normativa presenta, en este período, elementos de clara continuidad con la práctica de etapas anteriores. Nuevamente con Santamaría cabe resumir que *el mundo de los reglamentos constituye una entidad aparentemente imperturbable, siempre igual a sí misma, cuya dinámica no se ve afectada por los cambios constitucionales más que de manera epidérmica y pasajera: los huracanes que sacuden con violencia la superficie del mar son insensibles a veinte metros de profundidad*.[14]

Es verdad que no cabe hablar de la doble reserva ley/reglamento que pretendía el primer borrador del texto constitucional de enero de 1978. Pero no es menos cierto que la Constitución ha atribuido la potestad reglamentaria al Gobierno (97 CE), no ha limitado expresamente los llamados reglamentos independientes, y ha generado incertidumbres sobre la reserva de ley al enunciarla en puntos diversos de la Constitución y mediante fórmulas diferentes («mediante, de acuerdo con, por, la ley regulará,…).

a) Las discrepancias sobre el principio de legalidad y los límites de la potestad reglamentaria

Siendo cierto que desde la aprobación de la Constitución se ha mantenido un respeto razonable del principio de legalidad y de la subordinación jerárquica del reglamento a la ley, defendidas por los Tribunales y por el Tribunal Constitucional, no lo es menos que durante todos estos años se ha producido un gran debate sobre el alcance posible y los límites de la potestad reglamentaria. Acompañado de una

14 Santamaría Pastor, J. A.: «El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la RAP (1950-1999)», *RAP*, 150, 1999.

discrepancia seria entre lo predicado por buena parte de la doctrina, lo actuado por las Administraciones y lo permitido por los Jueces.

Para empezar, es obvio que el reglamento debe respetar la reserva de ley, pero no hay unanimidad sobre el alcance que puede tener la llamada de la ley al reglamento para que este la desarrolle. Es conocido que el Tribunal Constitucional, desde el inicio de su andadura a principios de los años ochenta, ha acuñado la imagen del reglamento como «complemento indispensable» de la ley, fuera del cual solo hay deslegalización, vedada por la Constitución. Pero no lo es menos que el Tribunal Supremo ha permitido en numerosas ocasiones que el legislador remita al reglamento áreas enteras de la normación mediante clausulas generales. En consecuencia, son hoy frecuentes las leyes de principios generales que dejan un amplio campo a los reglamentos, que contienen entonces una regulación intensa de la materia, con reglas que innovan largamente lo previsto por la ley. Y algunas leyes llegan incluso a desarrollarse por diversos –a veces numerosos– reglamentos diferentes.

Al margen del territorio de la reserva de ley, queda la cuestión no menos incisiva de los reglamentos independientes, que la jurisprudencia parece también haber aceptado con naturalidad y que bastantes autores consideran incluso terreno particularmente apto para cuestiones como el urbanismo, las reglamentaciones técnicas o los campos de intervención en los sectores económicos. Desde luego no caben en las materias reservadas constitucionalmente a la ley ni en las de reserva formal de ley por razón del principio de congelación de rango. Y una buena parte de la doctrina sostiene que, además, el reglamento independiente solo es posible en materias de organización interna porque todo lo que afecta a libertad y propiedad exige cuando menos una previa habilitación legal para el posterior desarrollo reglamentario.

Pero lo cierto es que el art. 97 CE ha reconocido la potestad reglamentaria sin reducirla a la ejecución de las leyes. Que el art. 5.1.h de la Ley del Gobierno, al concretar la potestad reglamentaria atribuida al Consejo de Ministros, le encomienda «aprobar los reglamentos para

el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan». Y que la Ley del Consejo de Estado coincide en limitar la exigencia de informe preceptivo a los reglamentos «ejecutivos», precisión que sería innecesaria si todo reglamento fuese necesariamente ejecutivo.

La consecuencia es que se dictan los reglamentos independientes con abundancia y que el Tribunal Supremo no ha tenido inconveniente en admitirlos en numerosos asuntos como la publicidad del tabaco y bebidas alcohólicas, el precio del pan, las armas de fuego, las cuotas de producción azucarera, la regulación de algunas profesiones,… Hasta el punto de que esta línea jurisprudencial admite que, si una materia requiere regulación jurídica y el legislador no lo solventa, no es posible anular el reglamento por invadir una reserva de ley.[15]

b) Hay mucha gente haciendo reglamentos cada día

La ley postconstitucional reguladora del Gobierno (art. 4.1.b) no solo no solo no ha eliminado o restringido la potestad reglamentaria de los Ministros, sino que la ha confirmado, repitiendo lo que ya decía la LRJAE 57: «materias propias de su departamento». Y ello ha sido interpretado de distinta manera, limitándose unas veces la potestad ministerial a la mera organización interna, exigiendo otras una previa habilitación por ley o por decreto del Gobierno, o aceptándose, sencillamente, que en materias del departamento el Ministro tiene plena libertad, sin perjuicio de la superior jerarquía de los reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros.

Las restantes autoridades ministeriales inferiores al Ministro no tienen potestad normativa reconocida ni en la Constitución ni en las leyes. El artículo 23.2 LRJAE de 1957 hablaba de disposiciones «de

15 Vid. Baño León, J. M.: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria.* Madrid, 1991. El autor reclama que, en todo caso, queden reservados a la ley los aspectos básicos del procedimiento que permitan su promulgación y la participación de los sectores afectados, porque una cosa es el contenido técnico de las normas, que debe contenerse en reglamento, y otra que para poder imponer esas reglas obligatoriamente sea preciso que una ley previa establezca su régimen básico. O sea, mediante la técnica de la remisión general.

autoridades y órganos inferiores», lo que, aunque no ha sido repetido por la Ley del Gobierno, se ha mantenido en la práctica. Por tanto, las circulares, órdenes de servicio o resoluciones que muy frecuentemente dictan los restantes órganos administrativos operan muchas veces como auténticas normas, más incisivas y directas sobre los administrados que las leyes o los decretos. Y lo mismo ocurre en las CCAA.

Por su parte, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 214/1989), la potestad reglamentaria es inherente a la autonomía local y por ello la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local reconoce, en su art. 4, la potestad reglamentaria a los entes locales. Esta potestad normativa se ha de ejercer sobre las propias competencias de cada ente y respetando los límites generales de la potestad reglamentaria, así como la jerarquía normativa y el principio de legalidad. Pero no pocas veces entran en conflicto en el ámbito local el principio de legalidad con el principio de autonomía.

Finalmente, determinados entes, conocidos como administraciones independientes, están siendo facultados por la ley para dictar normas (circulares, resoluciones...) para el mejor desarrollo de sus funciones de vigilancia y regulación. Así ha ocurrido, por ejemplo con el art. 3 de la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España, con el art. 15 de la Ley del Mercado de Valores, o, más recientemente, con el art. 7 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión de los Mercados y la Competencia.

III. Breve epílogo sobre la conveniencia de reforzar la posición del legislador

Lo expuesto nos lleva a concluir que la posición del legislador se ha ido deteriorando y con ella se están deteriorando también principios básicos del sistema como el principio democrático, la división de poderes, el debate público de las normas y la legitimidad misma del Derecho como técnica de organización social.

No es solo ni principalmente que el modelo haya derivado en un régimen de auténtica potestad normativa compartida (o, peor aún, en una preeminencia de hecho del Ejecutivo en la función normadora). Es que se han relajado límites valiosos que permitían mantener el orden constitucional deseado de las instituciones y, concretamente, el protagonismo que en materia normativa otorga de manera consciente y querida la Constitución al Parlamento, en lógica coherencia con la posición de cada Poder derivada de la división de poderes, de la superioridad de las decisiones adoptadas por los representantes del pueblo, de los principios de jerarquía y de legalidad, y del valor del procedimiento de debate público y plural en la elaboración de las normas.

Hay por tanto que recuperar los límites constitucionales. Para empezar, acabando con el gobierno por decreto-ley. Para seguir, dimensionando la potestad reglamentaria hacia un escenario de mayor coherencia con el modelo constitucional, en el que los reglamentos ejecutivos sean de verdad el complemento indispensable de las leyes, los reglamentos independientes no afecten sin habilitación legal los territorios de la libertad y el patrimonio, y no dicte reglamentos cualquier autoridad distinta del Gobierno sino cuando sean necesarios los desarrollos técnicos en los que no deben detenerse las leyes y previa la correspondiente habilitación. Si además se acepta que no es necesario regularlo todo y hasta la saciedad, estaremos corrigiendo algunas cosas no menores.

Para ello hace falta claridad en la doctrina y determinación en los tribunales. Tanto en los Jueces ordinarios como en el Tribunal Constitucional. Pero hace falta también que las Cortes y los partidos políticos se tomen la cosa en serio, con un poco de autoestima y con preocupación por los valores constitucionales. Sobre ello me he ocupado ampliamente en otro lugar,[16] del que extracto aquí solamente dos consideraciones finales.

16 En mi libro *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*. Madrid, 2017.

a) Asumir que, en los términos del *Study of Parliament Group*, el papel legislativo del Parlamento es más «*legitimated*» que «*legislated*», «*ritualistic than functional*», no tiene que significar ni la trivialización del papel del Parlamento, ni la aceptación pacífica del desprestigio de la ley. Para asegurarlo se estima indispensable una modificación de la actual regulación del procedimiento legislativo, que es esencial porque, además de para hacer las leyes de la manera cuidadosa y detenida, ha de servir para hacer públicos los argumentos de cada grupo y para poner de relieve ante los electores la existencia de programas legislativos diferentes y alternativos. Y, de acuerdo con las exigencias de este tiempo, para fomentar la participación con publicidad de los ciudadanos y los sectores sociales en la elaboración de las normas y para promover una cultura de negociación que, en la actual composición de nuestro Parlamento –sus dos Cámaras–, es sencillamente indispensable.
b) Además de una reforma que dignifique los procedimientos y asegure un modo de trabajo más profundo, más participativo y mejor informado, deben tomarse en cuenta las tendencias más recientes sobre la calidad de las leyes y sobre la conveniencia de introducir tanto técnicas de evaluación previa de la repercusión jurídica, social y económica que puede tener cada iniciativa, como de medición a posteriori de la incidencia real de la misma y del grado de eficacia de sus mandatos y de cumplimiento de la legislación aprobada.

En conclusión, son muchas las cosas a modificar en el actual escenario de la normación y hay que ponerse a ello, porque solo si lo hacemos podremos reforzar de verdad el Estado de Derecho y el respeto y la obediencia activa de todos, de los ciudadanos y de los poderes públicos, hacia las normas jurídicas y su cumplimiento. Y esto último es bastante evidente que nos hace mucha falta.

La autonomía parlamentaria en el marco constitucional: una mirada crítica

Juan Antonio Martínez Corral
Letrado de Corts Valencianes. Doctor en Derecho.

Resumen

El presente trabajo se proyecta sobre la autonomía parlamentaria y examina la incardinación de este elemento consustancial a la institución parlamentaria en el Estado de Derecho articulado por la constitución de 1978. En el Parlamento convergen de una manera absolutamente singular la política y el Derecho y es necesario encontrar un punto de equilibrio que preserve la esencia y el buen funcionamiento de la institución parlamentaria y garantice la plenitud del Estado de Derecho en la vida y la actividad del Parlamento. En la determinación de ese punto de equilibrio constituye un elemento irrenunciable –y ya inexcusable– la sujeción al control interno, externo y al control judicial pleno de los actos que adopten los Parlamentos en ejercicio de su autonomía, en las actividades parlamentarias, administrativas y, específicamente, en los actos que adopten para la realización de gastos financiados con los fondos asignados al Parlamento para el ejercicio de sus funciones.

Palabras clave: parlamento, autonomía parlamentaria, control jurisdiccional, estado de derecho, administración parlamentaria, constitución.

Resum

Aquest treball es projecta sobre l'autonomia parlamentària i examina la incardinació d'aquest element consubstancial a la institució parlamentària

en l'estat de dret articulat per la Constitució de 1978. En el parlament convergeixen d'una manera absolutament singular la política i el dret i és necessari trobar un punt d'equilibri que preserve l'essència i el bon funcionament de la institució parlamentària i que garantisca la plenitud de l'estat de dret en la vida i l'activitat del parlament. En la determinació d'aquest punt d'equilibri constitueix un element irrenunciable –i ja inexcusable– la subjecció al control intern, extern i al control judicial ple dels actes que adopten els parlaments en exercici de la seua autonomia, en les activitats parlamentàries, administratives i, específicament, en els actes que adopten per a la realització de despeses finançades amb els fons assignats al parlament per a l'exercici de les seues funcions.
Paraules clau: parlament, autonomia parlamentària, control jurisdiccional, estat de dret, administració parlamentària, constitució.

La Constitución de 1978 situó al Parlamento en el centro del nuevo sistema político e institucional: el Estado Autonómico, configurado a partir de los preceptos del texto constitucional y articulado efectivamente con la aprobación de los distintos Estatutos de Autonomía. El Parlamento es el corazón de un nuevo Estado, edificado en torno a los diversos elementos que constituyen lo que se ha denominado la fórmula política de la Constitución: la Monarquía Parlamentaria, la instauración de un criterio democrático de legitimidad del poder público, el principio de división de poderes, el sistema de gobierno parlamentario y la descentralización política del poder mediante el reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española. El desarrollo constitucional ha expandido en las Comunidades Autónomas el modelo definido en los títulos III y V de la Constitución y sitúa al Parlamento en el vértice de la pirámide institucional del Estado y de las Comunidades Autónomas.

La configuración institucional del Parlamento en nuestro país ha sido y es esencialmente normativa y se contiene en los preceptos de la Constitución, los Estatutos de Autonomía, los Reglamentos aprobados por cada uno de los Parlamentos del Estado Autonómico y una auténtica galaxia de leyes. Mediante estas últimas se completa la definición funcional de la institución parlamentaria, gracias a la habilitación contenida en el art. 66. 2 in fine CE y preceptos similares contenidos en los Estatutos de Autonomía y la doctrina del Tribunal Constitucional tejida en la STC 108/66 de 29 de julio.

Esta configuración institucional responde a una concepción que trata de dar respuesta jurídica a una realidad y preservar asimismo un modelo organizativo: el Parlamento es una Institución absolutamente singular, no identificable con ninguna otra. Es la sede de la representación del titular de la soberanía y también del poder legislativo, el poder de elaborar las leyes, las normas infra constitucionales superiores del ordenamiento jurídico; el Parlamento adopta las decisiones y ejerce las funciones políticas fundamentales, elige y cesa al Presidente del Gobierno, controla políticamente al

poder ejecutivo, discute, enmienda y aprueba la Ley de Presupuestos y además realiza las demás funciones que le asignan la Constitución y las Leyes… Pero sobre todo, lo que singulariza al Parlamento es que es el lugar de encuentro por excelencia para debatir y legislar sobre los asuntos públicos, es un espacio configurado para hacer posible la discusión plural –esto es, la discusión entre quienes representan distintas concepciones políticas– sobre las cuestiones más importantes de la vida común.

En el Parlamento se habla, se habla libremente, y solo se puede tomar una decisión después de que todos hayan podido intervenir para expresar lo que consideren que tienen que decir. Este es un rasgo fundamental del Parlamento. Tiene un sustrato casi espiritual. Es la institución que se sustenta sobre el encuentro de los que piensan de una forma, tal vez, radicalmente diferente, para posibilitar el intercambio de visiones, el contraste de pareceres antes de adoptar una decisión. El Parlamento es, por tanto, un espacio para el entendimiento pacífico, para decidir y legislar desde la concordia entre quienes sientan, piensen o quieran cosas diferentes. El Parlamento es un signo del valor de la palabra y del derecho, esto es, de los componentes más específicamente humanos que están presentes lo que a todos nos concierne. El Parlamento es también el templo de la política, de la acción política, entendida como una actividad dotada de una discrecionalidad máxima, de la capacidad de valorar con la mayor libertad razones de simple oportunidad para la adopción de decisiones, no sujetas al deber general de motivación jurídica y razonable de los actos de los poderes públicos y exentas de sujeción al control de legalidad de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Esta singularidad institucional del Parlamento es la base sobre la que se ha construido históricamente un estatuto jurídico específico que es aplicable a la sede, la actividad, a los protagonistas de la vida parlamentaria y a la organización que le sirve. Este exclusivo perfil de la institución parlamentaria se refleja, en primer lugar, en un rasgo que ninguna otra institución posee en la misma dimensión: la autonomía

parlamentaria, esto es, el conjunto de facultades de que gozan los Parlamentos para regular y gestionar por sí mismos todas las actuaciones que realizan en ejercicio de sus funciones, sin injerencia de otros órganos o poderes del Estado. Esta autonomía sin igual es consustancial a la Institución Parlamentaria y al sistema político diseñado por la Constitución, tiene un origen histórico claramente descrito y se halla reconocida por el art. 72 CE para las Cortes Generales y por los Estatutos de Autonomía para los Parlamentos Autonómicos. Junto a la autonomía parlamentaria, existe un segundo rasgo, complementario del primero, característico del Parlamento: el estatuto singular de control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin fuerza de ley, estatuto que es la manifestación de un fenómeno más amplio y profundo, la especial posición que tiene el Parlamento ante el Derecho y ante los tribunales.

La autonomía parlamentaria, cuyo alcance, perfiles esenciales y límites han sido analizados detalladamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es sintetizada en su contenido en los tres apartados del art. 72 de la CE: las Cámaras establecen sus propios Reglamentos, aprueban autónomamente sus presupuestos, regulan el Estatuto de su personal, eligen a su Presidente y a los miembros de la Mesa, correspondiendo a aquel ejercer en nombre de la Cámara todos los poderes administrativos y las facultades de policía en el interior de la sede del Parlamento.

Uno de los frutos, tal vez el primero y más elemental, de la autonomía parlamentaria en el periodo de vigencia de la Constitución ha sido la creación de las administraciones parlamentarias de los diecisiete Parlamentos Autonómicos. Estas iniciaron sus primeros pasos merced a la trasferencia de funcionarios técnicos de todos los niveles desde las entidades de la Administración Local, las Diputaciones, los Ayuntamientos, y el profesorado de las Universidades. Sobre unas bases teñidas de precariedad e imaginativa improvisación, siguiendo la estela y el modelo organizativo de las Cortes Generales y los primeros Parlamentos Autonómicos que iniciaron su andadura, se ha edificado un mosaico disgregado de complejos organizativos de reducida dimensión

y muy similar factura, que han cumplido con una eficiencia digna de reconocimiento la comprometida tarea de ser el soporte organizativo, personal, técnico y material para posibilitar la realización de las funciones de los Parlamentos en la totalidad del Estado.

La singularidad de la Administración Parlamentaria radica en la complejidad de su contenido funcional: es una administración que debe estar preparada para elaborar y aprobar las leyes, posibilitar el control del Gobierno, debatir, enmendar y aprobar la ley de presupuestos, ejercer la función de dirección política, elegir cargos públicos, ejercer la representación del titular de la soberanía, debatir los asuntos públicos fundamentales y cualesquiera otras funciones que las leyes le asignen al Parlamento. Las Administraciones Parlamentarias han constituido y constituyen estructuras instrumentales para el cumplimiento de las funciones de los Parlamentos, no integradas en ninguna Administración Pública, que han respondido con indudable eficacia al aumento exponencial de la actividad parlamentaria habido en los últimos años. Unas Administraciones que, en realidad, se encuentran aisladas unas de otras, que no han articulado suficientes y efectivos foros ni mecanismos de relación ni cooperación interadministrativa y que se hallan servidas por diecisiete colectivos autónomos de cualificados funcionarios y funcionarias que padecen similares problemas, entre otros, de estrés, aislamiento profesional, déficit de articulación de la movilidad y la promoción profesional…

Las potestades en que se desgrana la autonomía parlamentaria aparecen proclamadas y reguladas, en similares términos a los del art. 72 CE, en los Estatutos de Autonomía de todas las Comunidades Autónomas y los Reglamentos de todos los Parlamentos Autonómicos, normas que configuran un ordenamiento que parece blindar el contenido fundamental y la prevalencia de aquella autonomía.

Sin embargo, en dichas normas no aparece, por ejemplo, rastro alguno del modo en que los respectivos ejecutivos condicionan de facto la elaboración del Presupuesto de la Cámara, al fijar un límite, que la Cámara no suele desatender, en la cuantía y el incremento

del presupuesto de gastos para al ejercicio siguiente, antes de su aprobación por la Mesa para su ulterior inserción en el Proyecto de Ley de Presupuestos; presupuesto de gastos que, dicho sea de paso, no es autónomo sino absolutamente dependiente, porque se nutre de las transferencias mensuales o trimestrales que recibe de la Tesorería del ejecutivo; ni se describe la tutela procedimental que ejercen las respectivas Consejerías, en cuanto se refiere a la actuación de la Cámara en el tráfico jurídico inmobiliario, para proveerse de inmuebles necesarios para el cumplimiento de sus funciones; ni se explica por qué aún no se ha determinado concluyentemente mediante qué norma legal es posible y correcto declarar y atribuir al Parlamento personalidad jurídica; ni se describe el intenso modo en que las decisiones fundamentales de los órganos del Parlamento se hallan mediatizadas por el sistema de partidos, que asegura la concordancia entre las decisiones de dichos órganos y las direcciones de los partidos que configuran la mayoría que sostiene al Gobierno, empezando por la elección de las personas que compondrán aquellos órganos parlamentarios, la Presidencia y la Mesa. Todo lo cual probablemente explique la excepcionalidad de las ocasiones en que las decisiones de los órganos rectores de la Cámara se desmarcan de las directrices establecidas por la mayoría gobernante y pueda aportar un motivo que justifique la raquítica dimensión de las Administraciones Parlamentarias y la escasa dotación de medios personales y organizativos de que disponen los Parlamentos para poder desempeñar con la intensidad necesaria sus fundamentales y complejas funciones.

Bien es cierto, también, que un acercamiento más preciso a la vida cotidiana de nuestros Parlamentos en estos años pone de manifiesto que las Cámaras han desarrollado todo un muestrario de actividades que poco o nada tienen que ver con la realización de las funciones que a la Institución parlamentaria se le asigna en la Constitución o los Estatutos de Autonomía. Cobijadas en la ausencia de una delimitación competencial rigurosa y amparadas en una desnaturalizada concepción de la autonomía de los órganos de gobierno parlamentario, se han

adoptado acuerdos de todo tipo mediante los cuales se han promovido exposiciones de cualquier naturaleza, se han organizado conciertos, degustaciones de productos de la tierra o embotellado de vinos con la marca del Parlamento, se han concedido subvenciones a organizaciones no gubernamentales promoviendo directamente actividades de cooperación internacional al desarrollo, se han editado libros sobre temas ajenos a la vida parlamentaria, se han programado congresos, jornadas culturales, se han creado canales de televisión, se ha asumido por el Parlamento el patronazgo de fundaciones culturales, se ha promovido la instalación de Colecciones Museográficas Permanentes en la sede del Parlamento, se han fletado autobuses para que los aficionados de un equipo local acudan a una final deportiva, se han promovido Premios Nacionales del Deporte, se ha subvencionado la realización de manifestaciones organizadas por entidades privadas o, finalmente, se han creado cajas de prestaciones asistenciales de por vida para ex diputados y diputadas con cargo al presupuesto de la Cámara. Podría decirse, por ejemplo, que la ausencia de predeterminación normativa de los fines que el Parlamento puede perseguir y las iniciativas que puede poner en marcha en materia de fomento, pueden acabar desnaturalizando la función que el Parlamento debe desempeñar y configurando un espacio en el que la discrecionalidad acabe rayando en la arbitrariedad.

Hemos de decir que la actividad que realizan los órganos del Parlamento –en ejercicio de esa autonomía que es consustancial e indispensable para que la institución parlamentaria pueda cumplir su función– se despliega en un entorno normativo frecuentemente difuso. Ha de constatarse un fenómeno ciertamente singular: frecuentemente, el Parlamento se autoexcluye de la aplicación de las normas legales que aprueba y son aplicables a todos los poderes públicos; esta autoexclusión normativa dificulta la determinación de cuál sea la legalidad que le es aplicable al propio Parlamento en cada caso. Parafraseando una expresión de otro tiempo, podríamos decir que, cuando se trata del Parlamento, la legalidad bien entendida no siempre comienza por uno mismo.

Esta tendencia puede dar lugar a situaciones que merecen una reflexión, como el hecho de que por virtud de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas se haya posibilitado la existencia de hasta diecisiete normativas distintas, una aplicable a cada Parlamento, sobre procedimiento administrativo o sobre organización administrativa; o el hecho de que el art. 4 del vigente Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre –o la anterior Ley 7/2007 de 12 de abril– hayan abierto la puerta al establecimiento de diecisiete sistemas de función pública parlamentaria distintos al establecido en la norma legal básica dictada por el Estado en ejercicio de la competencia exclusiva que le asigna el art. 149. 1 18ª de la CE; o qué decir de que la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones que regula el régimen económico-financiero del sector público de la Generalitat, disponga expresamente en su art 2. 2 que esta ley «…no será de aplicación a Les Corts, que gozan de autonomía presupuestaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat»; o cómo explicar, por último, que ningún art. 1. 2 de la Ley de Presupuestos de la Generalitat de ningún ejercicio integre en el Presupuesto de la Generalitat el Presupuesto de Les Corts, Institución que no forma parte del sector público valenciano a efectos de la Ley de Presupuestos y de las disposiciones que se contienen en ella.

Esta nebulosa normativa que frecuentemente levita sobre el espacio en el que se desenvuelve la autonomía parlamentaria, se ve aumentada por la ausencia de un criterio asentado acerca del alcance de la potestad normativa autónoma que el Parlamento ejerce mediante la aprobación de su propio Reglamento.

El art. 23. 2 CE reconoce a los ciudadanos el «…derecho a acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes.» El Tribunal Constitucional ha

desarrollado, en torno a este derecho, además del derecho a acceder al cargo en condiciones de igualdad, el derecho a permanecer en el cargo obtenido y la doctrina sobre el «ius in officium» del parlamentario, esto es, el derecho a ejercer el cargo de Diputado en plenitud y en condiciones de igualdad, sin limitaciones, restricciones, interferencias o cortapisas que conduzcan a la desnaturalización del mismo. La Constitución define el derecho de los ciudadanos a la participación política y el derecho al libre acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad como derechos fundamentales «de configuración legal». La dicción literal del art. 23. 2 CE no admite dudas: tienen el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad aquellos ciudadanos y ciudadanas que reúnan «…los requisitos que señalen las leyes». El alcance de esta habilitación constitucional al legislador, la cual es convergente con la que se establece con carácter más general por el art. 53. 1 CE, se ha precisado por el Tribunal Constitucional señalando que «...compete a la ley y en determinadas materias a los reglamentos parlamentarios, fijar y ordenar, precisamente, esos derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicas. Una vez creados, quedan integrados en el estatus de cada cargo…».[1]

El Reglamento del Parlamento es una norma especialísima mediante la cual la Cámara regula autónomamente el funcionamiento de la institución y, en relación con ello, los derechos y facultades de sus miembros. Sin embargo, con bastante frecuencia el Reglamento se utiliza por los propios Parlamentos para establecer, mediante un instrumento normativo que no es el idóneo, derechos que deberían crearse y regularse mediante otras normas legales.

No resulta fácil deslindar los derechos y facultades de los miembros de la Cámara que corresponde establecer u ordenar a la ley y, en determinadas materias, al Reglamento del Parlamento. No es que el

1 STC 64/2002 de 11 marzo. En el mismo sentido pueden consultarse las SSTC 161/1988, de 20 de septiembre; 181/1989, de 3 de noviembre. 36/1990, de 1 de marzo, 205/1990, de 13 de diciembre; 214/1990, de 20 de diciembre; 95/1994, de 21 de marzo.; 124/1995, de 18 de julio… o la más reciente STC 177/2002 de 14 de octubre.

legislador no pueda mediante ley establecer cualquier derecho que haya de integrarse en el estatuto del parlamentario, sino más bien que el Reglamento parlamentario no siempre es el instrumento normativo idóneo y suficiente para establecer cualquiera de aquellos derechos o facultades. Y esto es así, bien porque en determinadas materias existe una reserva de ley específica –de ley orgánica o de ley tributaria, por ejemplo– que excluye su regulación mediante el Reglamento parlamentario o bien porque la materia regulada no tiene estrictamente carácter parlamentario y excede, por tanto, de las que pueden regularse mediante esa especialísima norma con rango de ley que es un Reglamento parlamentario.

No basta la invocación de la autonomía parlamentaria para habilitar la regulación de cualquier materia por el Reglamento de la Cámara. No basta, pero ha sido un fenómeno recurrente en estas cuatro décadas de existencia de los Parlamentos Autonómicos. Podrían citarse diversas materias, que afectan al estatuto de derechos o prerrogativas del cargo de Diputado, a las que se hace una referencia expresa en el articulado de los Reglamentos de las Cámaras, la cual resulta meramente enunciativa pero insuficiente, en la medida en que el establecimiento del correspondiente derecho, facultad o prerrogativa requiere la existencia de una determinada norma legal –estatal o autonómica– distinta al Reglamento parlamentario, para preservar el orden constitucional de competencias.

Pensemos si, por ejemplo, el *Reglamento de les Corts* podría solo por la fuerza de sus preceptos eximir a un Diputado/a del pago de un impuesto propio de la Comunitat Valenciana, creado y regulado por Ley de la Generalitat o aplicarle un tipo impositivo específico en función de su dedicación parlamentaria o si, más bien, tendría que articularse dicha exención o fijación de tipo impositivo mediante un precepto incluido en la Ley de la Generalitat reguladora de dicho tributo. Preguntémonos si podrían establecer Les Corts, solo mediante un precepto de su *Reglamento,* la posibilidad de dar de alta un Diputado o Diputada directamente en el Régimen General o en el Régimen

Especial de Trabajadores Autónomos o establecer que Les Corts ingresarán directamente en la Tesorería General de la Seguridad Social las correspondientes cotizaciones por la base máxima o la cotización por desempleo la cual se haya expresamente excluida para los Diputados por el Real Decreto 705/1999 de 30 de abril.

¿Podría el Reglamento del Parlamento establecer y la Mesa acordar en cumplimiento de la previsión reglamentaria que al final de cada ejercicio se repartieran los remanentes presupuestarios entre los Diputados y Diputadas como si se tratase de un reparto de dividendos entre los socios de una sociedad anónima? ¿Puede un precepto como el art. 13. 5 del Reglamento de Les Corts establecer un complemento público no contributivo de pensiones públicas contributivas? A tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional antes citada sobre el *ius in officium*, parecería posible afirmar que la mera inclusión del art. 13. 5 en el Reglamento de les Corts de los derechos reconocidos en el apartado del precepto transcrito comporta su integración en el estatus jurídico del cargo de Diputado. Sin embargo, lo cierto es que preceptos reglamentarios como el transcrito no constituyen el instrumento normativo idóneo y suficiente para conferir a una Comunidad Autónoma, ni en consecuencia al Parlamento de la misma, la competencia para establecer complementos públicos de pensiones públicas contributivas a favor de los Diputados ni de ninguna otra persona o cargo público, habida cuenta de que esta competencia no la tienen atribuidas las Comunidades Autónomas por la legislación dictada por el Estado, a quien corresponde la competencia exclusiva en esta materia.

En todas las materias anteriormente relacionadas, que afectan de una u otra forma al estatuto de derechos y obligaciones del Diputado, la declaración contenida en el Reglamento de la Cámara no es, por sí misma, determinante del nacimiento efectivo del derecho del Diputado. Más bien, la declaración contenida en un precepto del Reglamento del Parlamento tiene un valor enunciativo testimonial de la disposición de la Cámara a asumir el coste del establecimiento del correspondiente derecho, pero no suprime la exigencia, ni elimina la necesidad, de que

el correspondiente derecho u obligación se establezca y regule por el instrumento normativo que en cada caso resulte procedente, que en unos casos será una ley orgánica o una ley ordinaria aprobada por las Cortes Generales y, en otros casos, una ley de la Generalitat aprobada por Les Corts.

Un ejemplo ilustrativo del alcance impropio que a veces se le ha otorgado a la autonomía parlamentaria y a la capacidad normativa del Parlamento mediante su Reglamento podemos encontrarlo en la Disposición Final Quinta del Reglamento de Les Corts Valencianes aprobado el 30 de junio de 1994, la cual establecía lo siguiente: «Las Cortes Valencianas tienen autonomía organizativa, administrativa, patrimonial y financiera y aplicarán es estas materias su propia normativa interna con carácter prevalente.» ¿De verdad puede pensarse que el Reglamento del Parlamento puede establecer su aplicación prevalente en las materias indicadas respecto de cualquier normativa estatal o de la Unión Europea?

Cabría preguntarse si un principio arquetípico de la vida y la actividad parlamentaria, como lo es el principio de disponibilidad reglamentaria, ha podido causar en la cultura parlamentaria un efecto distorsionador del encaje del Parlamento en el Derecho, al permitir afirmar que el derecho, todo el derecho, es algo disponible para el Parlamento si existe acuerdo unánime en los Grupos Parlamentarios que lo integran.

Llegados a este punto conviene preguntarse también si la autonomía parlamentaria ha tenido y tiene alguna incidencia sobre la sujeción de los Parlamentos de nuestro país al Estado de Derecho. ¿Está sujeto el Parlamento a las exigencias propias del Estado de Derecho que la Constitución proclama vehementemente en su art. 1.1? Para contestar esa pregunta hemos de formular una premisa. A grandes rasgos, decimos que un Estado es un Estado de Derecho cuando existen los siguientes elementos:

– Existe un ordenamiento jurídico: un conjunto de normas jurídicas escritas y publicadas y unos principios de relación entre ellas:

primacía constitucional, reserva de ley, competencia, jerarquía normativa, ley especial, ley posterior…

- Ese ordenamiento jurídico no es un mero envoltorio de cualquier contenido, sino que garantiza los *derechos fundamentales* y las *libertades públicas* y determinados principios formales *(legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad de las normas sancionadoras, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos…),* imprescindibles para el libre desarrollo de la personalidad, el orden político y la paz social.
- Todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos al ordenamiento jurídico.
- Existe un sistema procesal y una organización judicial para la resolución imparcial de los conflictos jurídicos, que ampara a unos ciudadanos frente otros y a todos los ciudadanos frente a las actuaciones de los poderes públicos, que garantiza a todos la tutela judicial de sus derechos y asegura la ejecución de las sentencias que se dicten.
- Se garantiza el principio de responsabilidad, esto es, la obligación, que nos afecta a todos, de afrontar las consecuencias jurídicas de nuestras acciones: la posibilidad de ser sancionado por la realización de actos antijurídicos y el deber de reparar el daño que causemos a otro y que este no tenga el deber jurídico de soportar.

A la pregunta de si el Parlamento está sujeto a las exigencias propias de un Estado de Derecho no puede contestarse sino que, indudablemente, sí. Lo han dicho explícitamente en reiterados pronunciamientos el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, los tribunales ordinarios y los autores más prestigiosos en Derecho Parlamentario y Derecho Constitucional.

Sin embargo, la pregunta nos la podríamos formular de otra manera ¿Está sujeto el Parlamento al control jurisdiccional pleno de todos sus actos y a la obligación de rendir cuentas de los mismos y responder por las consecuencias jurídicas o económicas de aquellos, en los mismos términos que el resto de sujetos, instituciones y poderes del Estado?

Esta cuestión es ya más entretenida de contestar. ¿Es que el Parlamento tiene una posición y un tratamiento especial ante el ordenamiento y los tribunales, en relación con lo que nos permite decir que un Estado es un Estado de Derecho? Si es así, ¿en qué medida y por qué?

La cuestión no es si determinadas decisiones o todas las decisiones que adoptan los órganos del Parlamento que comportan consecuencias para terceros o disposición de fondos públicos han de incorporar, en el análisis jurídico de la legalidad, elementos de valoración jurídica que son específicos de la actividad o la institución parlamentaria. Eso no parece que sea ni siquiera discutible. La cuestión es si, tras la aprobación de la Constitución de 1978, puede haber decisiones de los órganos del Parlamento que queden al margen de toda valoración jurídica y de la aplicación referencial de las normas, principios, cautelas y procedimientos aplicables a las decisiones de los poderes públicos y adoptarse amparadas solo en un mero porque sí parlamentario, en una vía de hecho parlamentaria, que quede exenta de control de legalidad interno, externo y judicial, solo porque tales decisiones las adopta un órgano del Parlamento.

Nos parece que la caracterización jurídica del Parlamento en nuestro país, aun siendo el fruto de una tradición doctrinal y jurisprudencial casi secular y tras cuarenta años de vigencia de la Constitución de 1978, está probablemente por culminar. Hay rasgos de esa caracterización que están aún incompletos. Tal vez por ello la música que nace de alguno de los instrumentos que pueblan el hemiciclo parlamentario sea una melodía disonante con el entorno jurídico, institucional y social en el que el Parlamento desenvuelve su actividad.

Se aprecia un denominador común en las opiniones que se expresan en la actualidad en la doctrina constitucional y parlamentaria, una exigencia común e indeclinable: el Parlamento debe ser transparente y debe rendir cuentas públicamente de sus actividades de todo tipo, parlamentarias o administrativas, y de la gestión de los fondos que tiene asignados para su funcionamiento.

Decía el Profesor Juan Fernando Durán Alba en el año 2002 en un excelente trabajo que «Seguramente, no es el momento, aún, de demoler los viejos dogmas sobre los que se asienta buena parte del derecho Parlamentario actual. Más estos constituyen una expresión racionalizada de situaciones políticas, de dialécticas en buena medida superadas que obligan a reconstruirlos. Obligación que es tributaria de hacer compatible la posición del Legislativo con el Estado Social y Democrático de Derecho» (Durán Alba, 2002: 535).

Nosotros consideramos que podría y debería darse un paso más, hablar no solo de rendir cuentas sino de responder y decir que el Parlamento debe estar en condiciones de responder de las actividades de todo tipo que realice, parlamentarias o administrativas, y de la gestión de los fondos que tiene asignados para su funcionamiento.

Responder es no solo rendir cuentas públicamente de lo actuado, responder es asumir las consecuencias jurídicas de los propios actos: soportar las sanciones que el ordenamiento impone por la realización de actos contrarios a derecho y asumir la obligación de reparar los perjuicios que dichos actos causen a terceros y estos no tengan el deber jurídico de soportar. Esta responsabilidad constituye una de los elementos fundamentales del Estado de Derecho, proclamado en el art. 1.1 de la Constitución española, porque es imprescindible para el buen funcionamiento del sistema jurídico, para hacer efectivo el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE).

Ha de reconocerse y encomiarse el profundo y extenso camino recorrido en estos cuarenta años de vida parlamentaria desde una concepción inicial que asociaba autonomía parlamentaria con ausencia de control, tanto interno como externo.

Para datar la complejidad de este recorrido, la intensidad de los avances alcanzados desde la Constitución de 1978 y el camino que probablemente queda por recorrer, es suficiente con formularse tres preguntas esenciales: de qué responde un Parlamento, ante quién y mediante qué acciones procesales es posible exigir dicha

responsabilidad. Estas preguntas pueden descomponerse de la siguiente forma:

- ¿Existe un control jurisdiccional pleno de la conformidad a Derecho de los actos del Parlamento, esto es, tanto de los actos legislativos, los actos parlamentarios sin fuerza de ley y los actos que en materia de personal, administración y gestión patrimonial adopten los órganos del Parlamento?
- ¿Responde patrimonialmente el Parlamento de los perjuicios que cause a terceros como consecuencia de los actos de cualquier naturaleza que adopte y que aquellos no tengan el deber jurídico de soportar?
- ¿Responde penalmente el Parlamento de los actos, de cualquier naturaleza, que adopten sus órganos y constituyan ilícitos tipificados por la legislación penal?

No es este el momento de abordar una contestación detenida a las preguntas formuladas, sino solo el de poner de manifiesto el esfuerzo doctrinal, jurisprudencial y legal que ha tenido que desarrollarse en estos cuarenta años para avanzar en este terreno.

Sirva como ejemplo la compleja tarea deconstructiva realizada por el Tribunal Constitucional para acotar la extensión y la omnipresencia de los *interna corporis acta* que caracterizó los primeros compases de la actividad de los Parlamentos tras la Constitución de 1978. La doctrina de los *interna corporis acta* mantenida inicialmente por el Tribunal Constitucional como un instrumento de garantía de la autonomía de las Cámaras, amparada constitucionalmente por el art. 72 CE, comportaba la inmunidad de las actuaciones parlamentarias que carecieran de eficacia jurídica constitutiva extramuros de la Asamblea, de forma que cuando un parlamentario interponía un recurso de amparo en base al art. 42 LOTC alegando la existencia de una lesión de sus derechos constitucionales, el Tribunal Constitucional resolvía el recurso negando cualquier posibilidad de revisión jurisdiccional del acto parlamentario por carecer este de eficacia externa, presupuesto este inexcusable de la posibilidad de abordar un enjuiciamiento de aquel. Ello, como bien

ha señalado Arruego Rodríguez, comportaba privar de gran parte de su significado a la vía procesal habilitada por el art. 42 LOTC (Arruego Rodríguez, 2005: 223).

Gómez Corona ha estudiado y descrito con minuciosidad los diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se construye la primera posición doctrinal del mismo en torno a esta cuestión, aquellos en los que se inicia una revisión del criterio y finalmente los que contienen los parámetros actuales utilizados por el Tribunal Constitucional para el enjuiciamiento de los actos parlamentarios sin valor de ley (Gómez Corona, 2008: 306 y ss).

Este recorrido jurisprudencial se inicia con el ATC 183/1984 de 21 de marzo que inadmite un recurso de amparo interpuesto por un Senador, inadmisión que se basa, entre otros motivos, en que las decisiones de la Cámara solo están sujetas a control jurisdiccional cuando afectan a relaciones externas del órgano parlamentario o se concretan en normas objetivas y generales susceptibles de ser objeto de control de constitucionalidad a través de las vías que para ello se ofrecen. La confirmación de esta concepción aparece en la STC 90/1985 de 22 de julio en la que se enjuicia la denegación por el Senado de la autorización para procesar a uno de sus miembros, cuestión que el Tribunal considera susceptible de un enjuiciamiento sobre su ajuste constitucional, en la medida en que solo los actos de la Cámara con relevancia jurídica externa son fiscalizables por su adecuación a las normas procedimentales y materiales contenidas en la Constitución. Esta posición jurisprudencial comienza a matizarse en el ATC 12/1986 de 15 de enero en el que se reitera el criterio de que los actos puramente internos que adopten los órganos de las Cámaras que comporten una mera infracción reglamentaria no pueden ser enjuiciados por el Tribunal porque ello supondría un menoscabo de la independencia de aquellas; no obstante, se avanza la idea de que cuando aquellos actos lesionen un derecho fundamental reconocido en la Constitución sí son susceptibles de ser recurridos en amparo en base al art. 42 LOTC.

Los siguientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional reflejan un caminar vacilante en esta materia, apareciendo pronunciamientos aislados que rescatan la doctrina de la relevancia externa del acto como presupuesto de su fiscalización jurisdiccional (ATC 706(1986 de 17 de septiembre) y otros en los que se avanza en la habilitación del recurso de amparo como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales de los propios miembros de la Cámara frente a los actos parlamentarios que causen una lesión de aquellos (ATC 292/1987, de 11 de marzo y ATC 659/1987 de 27 de mayo). Este giro del Tribunal Constitucional dio relevancia al principio de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y especialmente a la prevalencia de los derechos fundamentales consagrados en la misma. La exención jurisdiccional de aquellos actos parlamentarios y con ello la no intervención de este Tribunal, solo era posible en tanto que se respetaran los derechos de participación política de los Diputados y Grupos Parlamentarios. El Tribunal Constitucional declaró contundentemente que «…en el ordenamiento jurídico español todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y a las Leyes (art. 9.1 C. E.)», por lo que «en principio cualquier acto parlamentario sin valor de Ley puede ser susceptible de control por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo por una presunta vulneración de derechos fundamentales» (ATC 659/1987 de 27 de mayo)…». Es en la STC 118/1988 de 20 de junio y la STC 161/1988 de 20 de septiembre cuando el Tribunal Constitucional abre la vía del control jurisdiccional –mediante el recurso de amparo– sobre los actos internos de los Parlamentos; esta posición jurisprudencial se reproduce en la STC 23/1990 de 15 de febrero y en otras posteriores, en las que se reitera la invocación del art. 9. 1 CE –que proclama el principio de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución– como fundamento de su competencia para enjuiciar la actividad interna de las Cámaras siempre que se trate de determinar si ha existido o no la lesión de un derecho fundamental.

Finalmente el Tribunal Constitucional ha construido, a partir de la STC 36/1990 de 1 de marzo, en una serie innumerable de

pronunciamientos posteriores y, sobre todo, a partir de la STC 38/1999 de 22 de marzo, la conocida doctrina del núcleo de la función representativa parlamentaria, la cual viene a acotar el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales que proporciona el recurso de amparo frente a los actos parlamentarios. Dice el FJ 2 de la citada STC 38/1999 que «no toda infracción de los Reglamentos de las Cámaras, per se, constituye una violación de derechos fundamentales susceptibles de tutela mediante el recurso de amparo de no redundar en una lesión constitucional; por consiguiente, no es correcto incluir la generalidad de las normas de los Reglamentos Parlamentarios, como parece creer la recurrente, en el bloque de la constitucionalidad relativo al art. 23 de la Constitución…». Y declara el Tribunal en el FJ 2 de la STC 38/1999 que «no cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del ius in officium resulta lesivo del derecho fundamental. Solo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o del control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el art. 23 C.E. si los propios órganos de las asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad entre representantes (SSTC 36/1990 y 220/1991).» Es decir, como también ha señalado el Tribunal Constitucional, «el art. 23. 2 CE no contempla un derecho fundamental de los parlamentarios al cumplimiento de la legalidad parlamentaria, sino un derecho a ejercer las facultades inherentes al núcleo de su función representativa de acuerdo con lo previsto en dicha normativa y en condiciones de igualdad» (STC 242/2006 de 34 de julio y STC 88/2012 de 7 de mayo, entre otras).

Y otro tanto podría decirse respecto de la evolución doctrinal, jurisprudencial y legal que ha conducido a afirmar que la Administración Parlamentaria es una auténtica Administración sujeta indiscutiblemente a la ley y al Derecho, como todos los poderes públicos del Estado.

Evolución que ha permitido la efectiva instauración de un control jurídico pleno por la jurisdicción ordinaria sobre los actos adoptados por los órganos del Parlamento en materia de personal, administración y gestión patrimonial, logro que se consumó mediante la tardía Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ley que contempla por primera vez en la historia legal de dicha jurisdicción los actos adoptados por el Parlamento.

Queda, sin embargo, un buen camino por recorrer en la depuración conceptual de la autonomía parlamentaria, para separar definitivamente de la misma una consecuencia que hasta ahora ha sido indisociable, la ausencia de control jurisdiccional sobre los actos adoptados por el Parlamento en ejercicio de esa autonomía. No nos resistimos a hacer una reflexión final en esta materia.

Pensemos, por ejemplo, que la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción contable se despliegan sobre zonas fronterizas que exigen una delimitación de los supuestos en los que nos encontramos ante vicios e irregularidades cuyo conocimiento corresponde a los tribunales contencioso-administrativos y los que constituyen un ilícito contable que debe ser enjuiciado por el Tribunal de Cuentas. Este último proyecta su competencia sobre los actos de gestión de fondos públicos de todo el sector público, excepto sobre los actos de esta naturaleza que se adoptan por los órganos del Parlamento, el cual es un terreno conceptual, doctrinal, jurisprudencial y legalmente vedado a la acción jurisdiccional del Tribunal de Cuentas.

Como sensatamente puede pensarse, los Parlamentos no están exentos de padecer las patologías del gasto público, en materia de contratación o cualquier otra, que pueden generar responsabilidades contables. ¿Qué jurisdicción se ocupa de revisar, desde esta perspectiva, los actos de las administraciones públicas que componen el ciclo del gasto público o inciden en él? ¿Dónde hemos de buscar el criterio de los tribunales acerca de cuáles son en esta materia las conductas debidas, las competencias que han de ejercerse por los órganos y funcionarios competentes, la delimitación de los actos que constituyen

una extralimitación de las competencias recibidas, la valoración de las actuaciones calificables como antijurídicas, la subsunción dentro del tipo de responsabilidad contable y la determinación de la reprobación que merecen? ¿Qué jurisdicción hace eso? La jurisdicción contable: el Tribunal de Cuentas.

¿Y qué razón hay para excluir de dicho conocimiento y ámbito competencial los actos que comportan un gasto público realizados por los Parlamentos? ¿Es que sus órganos de dirección y gestión, o los altos funcionarios y funcionarias que en ellos prestan sus servicios, no pueden incurrir en las conductas que son usualmente objeto de conocimiento por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas? ¿Es que la gestión del gasto público que realizan los Parlamentos es sustancialmente diferenciable a la que hacen los organismos y entidades sujetas a la fiscalización y jurisdicción contable del tribunal de Cuentas? Queden las preguntas en el aire para invitar a la reflexión sobre las posibles respuestas, su motivación y las consecuencias que de unas u otras contestaciones se derivarían.

Estos cuarenta años de autonomía de los Parlamentos en nuestro país son testigos del largo camino desarrollado hacia la instauración de normativas parlamentarias, mecanismos técnico jurídicos, dotación de unidades administrativas y provisión de los correspondientes puestos de trabajo necesarios para instaurar el control y la fiscalización, por una Intervención interna, de los gastos financiados con cargo a los presupuestos de los Parlamentos. Y son testigos también de la lentitud, las dificultades y resistencias de todo tipo que frecuentemente encuentra la voluntad de articular la sujeción, de toda la gestión económica desarrollada por los Parlamentos, a la fiscalización realizada por los órganos de control externo, como lo es el Tribunal de Cuentas o los correspondientes órganos existentes en las Comunidades Autónomas, que fiscalizan la totalidad de las instituciones, administraciones, organismos y entidades que integran el sector público. Todo ello con la muy sensata y saludable intención

de poner al Parlamento en estado de revista, que es, tan solo, lo que la ciudadanía merece y exige.

Como ya hemos dicho en otras ocasiones, en el Parlamento convergen de una manera absolutamente singular la política y el Derecho y es necesario encontrar un punto de equilibrio que preserve la esencia y el buen funcionamiento de la institución parlamentaria y garantice la plenitud del Estado de Derecho en la vida y la actividad del Parlamento. Consideramos que en la determinación de ese punto de equilibrio constituye un elemento irrenunciable –y ya inexcusable– la sujeción al control interno, externo y al control judicial pleno de los actos que adopten los Parlamentos en ejercicio de su autonomía, en las actividades parlamentarias, administrativas y, específicamente, en los actos que adopten para la realización de gastos financiados con los fondos asignados al Parlamentos pata el ejercicio de sus funciones.

Como decía el maestro García de Enterría, «…nada hay más contrario a la esencia misma de la democracia que pretender que el origen electivo de los gobernantes les dispense de control». No es buena la judicialización de la vida política, ni parlamentaria, pero cuando las cuestiones políticas se judicializan puede ser porque el sistema político no articula mecanismos eficaces para afrontar los problemas que a veces genera el funcionamiento de las instituciones, ni corregir las perversiones del sistema, ni los comportamientos antijurídicos que son inaceptables en un Estado bien conformado.

Nos parece oportuno recordar las palabras de Hamilton en su obra *El Federalista* cuando escribió:

> «Si los hombres fuesen ángeles, el Gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, sobrarían tanto los controles internos como externos sobre el Gobierno. Al organizar un Gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al Gobierno para mandar sobre los gobernados y luego obligarlo que se regule a sí mismo. El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial e indispensable sobre el Gobierno, pero

la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares.» (Madison, 1943: 202).

Concluiremos diciendo que ya no quedan ángeles casi en ninguna parte y desde luego no están en los Gobiernos; sin embargo, sigue habiendo hombres y mujeres que mandan, en los Gobiernos, en los Parlamentos y en las Administraciones, dotadas de autonomía, que les sirven de soporte organizativo. Estimamos que las precauciones auxiliares que propugnaba Hamilton, son tan lícitas y tan necesarias para unos como para los otros.

Bibliografía

Arruego Rodríguez, G.: *Representación política y derecho fundamental. Madrid,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, 2005.

Duran Alba, J. F.: «Autonomía financiera de las Cámaras y facultad de controlar la ejecución del Presupuesto del Parlamento, por parte de los Consejos de Cuentas»*, en I Jornadas de la Asamblea de Madrid* «*Parlamento y Presupuestos*»*.* Madrid, BOCM, 2002.

Gómez Corona, E.*: La autonomía parlamentaria en la práctica constitucional española.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 122-130.

Gómez Corona, E.*: Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Madrid, Congreso de los Diputados, Colección Monografías, 2008.

Hamilton, A., Madison, J., Jay, J.: *El Federalista o La Nueva Constitución,* versión española y prólogo de G.R. Velasco. México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 331.

El juego entre la mayoría y las minorías parlamentarias en la elaboración de las leyes

Catalina Escuin Palop
Letrada de Corts Valencianes.
Profesora Titular de Derecho Administrativo
de la Universitat de València.

Resumen

Se analiza la evolución de la doctrina constitucional sobre el control de las enmiendas parciales por el órgano parlamentario de gobierno.

Hasta el año 2011, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantenía una interpretación restrictiva del control ejercido por la Mesa por entender que debía circunscribirse al análisis de los aspectos formales de las enmiendas parciales, salvo en aquellas concretas y específicas materias que una norma del bloque de constitucionalidad extendiera el control a su contenido. Pero a partir de ese año, la doctrina del Alto Tribunal varía, pues al exigir que las enmiendas parciales sean congruentes con la iniciativa legislativa, extiende las facultades de control al contenido de las enmiendas. Y ello, con carácter general, aunque ninguna norma del bloque de constitucionalidad imponga límites materiales al texto normativo, ni se prevean las garantías que en vía parlamentaria asisten a los titulares del referido derecho.

El cambio de rumbo de la doctrina constitucional obedece a diferentes razones. De una parte, se intenta limitar la proliferación de leyes de contenido heterogéneo y, de otra, se busca terminar con una práctica que había permitido al grupo parlamentario que apoyaba al Gobierno introducir, a través de la presentación de enmiendas parciales en el

Senado, la regulación de materias nuevas, ajenas al contenido de la iniciativa legislativa gubernamental.
Pero esa bien intencionada doctrina no está libre de riesgos, ya que con ella se supedita la admisión de las enmiendas parciales presentadas por cualquier grupo parlamentario a la decisión de órganos que, por su composición, se inspiran en criterios de carácter político.
El peligro señalado permite entender que debe ser el propio texto constitucional u otras normas del bloque de constitucionalidad las que fijen los límites del derecho de enmienda por ser el *ius in officium* un derecho de configuración legal. Lo mismo cabe entender respecto de las leyes y enmiendas de contenido heterogéneo, pues todo limite al poder legislativo del Parlamento debe estar en una norma del bloque de constitucionalidad.
Palabras clave: procedimiento legislativo, enmiendas, mesa.

Resum

S'analitza l'evolució de la doctrina constitucional sobre el control de les esmenes parcials per l'òrgan parlamentari de govern.
Fins a l'any 2011, la jurisprudència del Tribunal Constitucional mantenia una interpretació restrictiva del control exercit per la Mesa per entendre que havia de circumscriure's a l'anàlisi dels aspectes formals de les esmenes parcials, excepte en aquelles matèries concretes i específiques en què una norma del bloc de constitucionalitat estenguera el control al seu contingut. Però a partir d'aquell any, la doctrina de l'Alt Tribunal varia, perquè en exigir que les esmenes parcials siguen congruents amb la iniciativa legislativa, estén les facultats de control al contingut de les esmenes. I això, amb caràcter general, encara que cap norma del bloc de constitucionalitat impose límits materials al text normatiu, ni es prevegen les garanties que en via parlamentària assisteixen als titulars del referit dret.
El canvi de rumb de la doctrina constitucional obeeix a diferents raons. D'una banda, s'intenta limitar la proliferació de lleis de contingut heterogeni i, de l'altra, es busca acabar amb una pràctica que havia permès al grup parlamentari que donava suport al Govern introduir, a través de la presentació d'esmenes parcials en el Senat, la regulació de matèries noves, alienes al contingut de la iniciativa legislativa governamental.
Però aquesta ben intencionada doctrina no està lliure de riscos, ja que amb ella se supedita l'admissió de les esmenes parcials presentades

per qualsevol grup parlamentari a la decisió d'òrgans que, per la seua composició, s'inspiren en criteris de caràcter polític.
El perill assenyalat permet entendre que ha de ser el text constitucional mateix o altres normes del bloc de constitucionalitat les que fixen els límits del dret d'esmena per ser l'*ius in officium* un dret de configuració legal. La mateixa cosa cal entendre respecte de les lleis i les esmenes de contingut heterogeni, perquè tot límit al poder legislatiu del Parlament ha d'estar en una norma del bloc de constitucionalitat..
Paraules clau: procediment legislatiu, esmenes, mesa.

Sumario

I. Introducción.
II. La constitucionalidad de las leyes de objeto múltiple.
III. La iniciativa legislativa y las enmiendas parciales.
IV. La exigencia de homogeneidad de las enmiendas en la nueva doctrina del Tribunal Constitucional.

I. Introducción

El Anuario de Derecho parlamentario celebra los cuarenta años de la Constitución de 1.978, fruto de un común empeño de las fuerzas políticas salidas de los comicios constituyentes que lograron aprobar un texto definitivo, refrendado de manera abrumadora por el pueblo español en quien reside, sin duda alguna, la soberanía nacional.

Es una afirmación comúnmente admitida que fue en el consenso donde las fuerzas políticas encontraron la fuerza para elaborar un texto que ha pervivido de forma pacífica durante tantos años; tiempo inusual en la historia de nuestro constitucionalismo. Cabe añadir que ese texto recibió la fuerza moral de la ciudadanía, titular, sin duda del poder constituyente.

A partir de ahora, transcurridos 40 años, al poder constituyente constituido le toca llegar a acuerdos sobre las cuestiones que se deben reformar. El esfuerzo que conlleva una reforma constitucional en los tiempos que corren, parece ímprobo. Y no solo por parte de las fuerzas políticas, sobre las que se suele decir que están en un permanente estado de crispación, sino también para la ciudadanía que debe garantizar, con su apoyo cualquier modificación para que pueda prosperar. No es tarea fácil.

Me sumo gustosamente al homenaje con unas páginas en las que pretendo trazar la evolución de la doctrina constitucional sobre el control parlamentario de las enmiendas parciales.

II. La constitucionalidad de las leyes de objeto múltiple

Las normas heterogéneas no cumplen el canon codificador de la Ilustración de normas codificadas y estables sobre el que se ha forjado nuestra cultura jurídica. Lo que justifica que su sola existencia y, más aun, el frecuente uso que de esa técnica legislativa se ha hecho desde el inicio de la vigencia de la Constitución, haya levantado las críticas más duras de la doctrina.[1]

1 Entre otros muchos,» Cazorla Prieto, L. M.: «Las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario. Sus problemas de constitucionalidad. Marcial Pons/IEF, 1998. Garcia Escudero, P. «El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales», CEC, 2006

Pero la constitucionalidad de este tipo de leyes viene avalado por dos datos negativos: 1) la ausencia en la Constitución de una prohibición de este tipo de leyes, y 2) por la falta de un control parlamentario de carácter material de los proyectos y de las proposiciones de Ley, como seguidamente se expone.

Nuestra Constitución no impone a las leyes límites en su objeto, ni suele reservar a tipos normativos específicos la regulación de materias concretas. Hay excepciones tanto en la Constitución,[2] como en otras normas del bloque de constitucionalidad.[3] Pero la norma general es que el legislador carece de límites materiales y estructurales para determinar el contenido de la Ley. Por ello, existen leyes con contenido heterogéneo y leyes singulares.

Ahora bien, mientras que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de alguna ley singular (STC 129/2013), mantiene, hasta el momento presente, la constitucionalidad de las leyes heterogéneas al entender que respetan el principio democrático (art. 1.1 CE) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) (STC 136/2011).

El segundo dato negativo, que permite la existencia de las leyes multisectoriales o de objeto heterogéneo se encuentra, como se adelantó, en la falta de un control por los órganos de gobierno de las Cámaras sobre el contenido de las iniciativas legislativas ya procedan del Gobierno o de los grupos parlamentarios.

Esa ausencia permite que la iniciativa legislativa opere libremente, no solo como instrumento para poner en marcha el procedimiento legislativo, sino también, como vía para forzar el debate político

---

2 La reserva constitucional a tipos específicos se realiza para las leyes de presupuestos (artículo 134 CE), los Estatutos de Autonomía (art. 147 CE CE) y en general para las leyes orgánicas (art. 81 CE). Hay también en alguna norma del bloque de constitucionalidad como el Reglamento del Parlamento de Euskadi una prohibición de que algunas materias se tramiten a través del procedimiento de lectura única (art. 162).

3 Algunas normas del bloque de constitucionalidad contienen excepciones a esa norma general como la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo reguladora de la iniciativa legislativa popular que requiere que estas iniciativas tengan objeto homogéneo (art. 5.2.c) o el Reglamento del Parlamento de Cataluña (art. 101.1) que impone a los proyectos y proposiciones de Ley un objeto material determinado y homogéneo para que sea admitidos por la Mesa.

y obligar a que los distintos grupos políticos tengan que tomar expresa posición sobre la oportunidad de regular mediante Ley una determinada materia. Desde esa perspectiva, el Tribunal Constitucional ha entendido que «la Mesa de la Cámara, en tanto que órgano de administración y gobierno interior, debe limitar sus facultades de calificación y admisión de las iniciativas al exclusivo examen de los requisitos formales reglamentariamente exigidos» . De lo contrario, «no sólo se estaría asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que sólo al Pleno corresponde, sino que, además, y desde la óptica de la representación democrática, se estaría obstaculizando la posibilidad de que se celebre un debate público entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria cuyo efecto representativo ante los electores se cumple con su mera existencia» (STC 124/1995, FJ 3º).

Así pues, la Mesa debe interpretar y aplicar restrictivamente sus facultades de admisión y calificación para no perturbar con su decisión el derecho de los representantes a suscitar el debate parlamentario sobre una determinada materia mediante el recurso a la iniciativa legislativa, ya que si no fuese así «dejaría de obrar como un órgano de gobierno de la Cámara, ejerciendo el debido control legal sobre la regularidad jurídica de la iniciativa, para mutarse en un órgano netamente político, capaz de impedir que la iniciativa promovida por las minorías parlamentarias se someta al debate público en la Cámara» (STC 38/1999, FJ 3ºb). Por ello, la Mesa tiene limitadas sus facultades de control y está obligada a motivar las razones en las que se funda la inadmisión de la iniciativa legislativa (SSTC 38/1999, FJ 2, 107/2001, Fj 7, 203/2001, Fj.3, 227/2002, FJ 4, 40/2003, FJ, 242/2006). El mismo presupuesto determina que el Gobierno esté obligado a ofrecer una justificación suficiente cuando vete la tramitación de iniciativas por motivos presupuestarios (STC 34/2018, FJ 4).

En suma, las leyes de objeto múltiple existen en nuestro Ordenamiento porque no están prohibidas con carácter general ni por la Constitución, ni por los Estatutos de Autonomía y porque el libre juego del *ius in officium*, ha favorecido su existencia.

III. La iniciativa legislativa y las enmiendas parciales

Dada la constitucionalidad de las leyes heterogéneas, cabría pensar que las enmiendas parciales presentadas en la tramitación parlamentaria por los diputados y grupos parlamentarios tampoco están sometidas a un control material por la Mesa. Consecuentemente, las enmiendas parciales podrían ser portadoras de contenidos nuevos. A este tipo de enmiendas, las llamaré, para simplificar la exposición, enmiendas extrañas.

Ese fue el criterio sustentado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987 y en la 194/2000 en las que consideró que la facultad de presentar enmiendas carecía de límites materiales. En la primera de las referidas sentencias el alto tribunal mantiene que «no existe ni en la Constitución ni en los Reglamentos de ambas Cámaras norma alguna que establezca una delimitación material entre enmienda y proposición de Ley. Ni por su objeto, ni por su contenido, hay límite alguno a la facultad que los miembros de las Cámaras tienen para presentar enmiendas, exceptuados los que, tanto para las enmiendas como para las proposiciones de Ley, fijan los arts. 84 y 134.6 de la Constitución para asegurar un ámbito de acción propia al Gobierno. Al aceptar como enmienda lo que un Grupo Parlamentario presentó como tal no ha habido, en consecuencia, ni podría haber, infracción reglamentaria alguna y por tanto tampoco inconstitucionalidad» (STC 99/1987, FJ 1.b)).

Esto es, el control material de las enmiendas por la Mesa estaba condicionado en esas primeras sentencias del Tribunal Constitucional a la previa existencia de una habilitación en la Constitución o en otras normas del bloque de constitucionalidad como los reglamentos parlamentarios. De no existir la referida habilitación, el control por la Mesa sobre las enmiendas parciales debía ser meramente formal.

IV. La exigencia de homogeneidad de las enmiendas en la nueva doctrina del Tribunal Constitucional

En la época en que existieron mayorías estables en la Cámara, surgió una práctica que consistía en la incorporación en el Senado, por el

Grupo parlamentario que apoyaba al Gobierno, de enmiendas que introducían la regulación de nuevas materias, ajenas al contenido de la iniciativa gubernamental.

Esa táctica, practicada de forma reiterada, despertó un sentimiento de frustración en los grupos parlamentarios ajenos al Gobierno, que trasladaron al Tribunal Constitucional por las dos vías que los representantes políticos disponen para defender su derecho a la participación política; esto es, a través de la interposición de recursos de amparo y de recursos de inconstitucionalidad basados, entre otros motivos, en la existencia de una infracción del procedimiento legislativo.

El principal argumento empleado por los recurrentes fue el de considerar que las enmiendas extrañas introducidas en el Senado eran iniciativas nuevas (proposiciones de ley) que restringían las facultades legislativas de los miembros del Congreso ya que no habían tenido la opción de enmendar la materia o las materias nuevas incorporada en el Senado.

Como consecuencia de la generalización de esa práctica política y la consiguiente interposición de nuevos recursos, el Tribunal Constitucional ha variado su criterio inicial sobre las enmiendas extrañas. La nueva doctrina se encuentra recogida, fundamentalmente, en la STC 119/2011 y en la 4/2018, dictadas en recursos de amparo y en las SSTC 136/2011, 176/2011, 209/2012, 132/2013, 120/2014, 59/ 2015, 216/2015, 155/2017, dictadas en recursos de inconstitucionalidad.

En la primera de las referidas sentencias, el Tribunal Constitucional mantuvo, que «la facultad de enmienda senatorial a la que se refiere el art. 90.2 CE limitaba las facultades de los Senadores a la presentación de enmiendas que guardaran una mínima relación de homogeneidad material con los proyectos de Ley remitidos por el Congreso. Esta interpretación (…) se hace derivar del carácter subsidiario que toda enmienda tiene respecto al texto enmendado, de la lógica de la tramitación legislativa y de una lectura conjunta de las previsiones constitucionales sobre el proceso legislativo» (STC 119/2011, FJ 6).

Para el Tribunal Constitucional «el uso indebido del derecho de enmienda … (es) … una limitación ilegitima de los derechos y facultades que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos … (cuando) … priva a los representantes de los ciudadanos de ejercer con plenitud las funciones propias del cargo para el que han sido democráticamente designados» (STC 136/2011, FJ 8).

Los reglamentos parlamentarios no prevén quien puede comprobar la correlación material entre las enmiendas parciales y el proyecto o proposición de Ley; por ello, precisa el Tribunal Constitucional «incluso en los supuestos en que el reglamento de la Cámara legislativa correspondiente guarde silencio sobre la posibilidad de que la Mesa respectiva verifique un control de homogeneidad entre las enmiendas presentadas y la iniciativa legislativa a enmendar», dicho control es una exigencia constitucional implícita en la propia naturaleza del procedimiento legislativo (STC 119/2011, FJ 6).

En la nueva doctrina constitucional, se diferencia la iniciativa legislativa y las enmiendas. El autor de la iniciativa legislativa goza de libertad para determinar su contenido que podrá ser homogéneo o heterogéneo, mientras que el titular del derecho a presentar enmiendas se debe limitar a variar el contenido previamente definido por la iniciativa legislativa. Y ello, sin que sea necesario que una norma del Reglamento parlamentario prevea esa exigencia de homogeneidad, ni asigne a la Mesa el control material de las enmiendas extrañas; pues el límite al derecho de presentación de enmiendas se deduce implícitamente de la regulación constitucional del procedimiento legislativo y de la naturaleza subsidiaria de las enmiendas parciales.[4]

Posteriormente, el criterio del Tribunal Constitucional se ha matizado, como reconoce la STC 155/2017, de 21 de diciembre, al entender que la nueva doctrina tuvo por objeto proteger la posición de las

4 La reforma de la Constitución francesa de 1958, operada por la Ley de 23 de julio de 2008, introdujo en el artículo 45 la exigencia de un *lieu* o vinculo, aun indirecto (*même indirect*) de las enmiendas con el texto de la iniciativa para ser admisible en primera lectura. Puede verse al respecto Bon, P.: «La Constitución de la Quinta República cumple cincuenta años», *REDC*, 85, 2009, p. 69.

minorías parlamentarias, privadas de las facultades que los reglamentos parlamentarios les confieren, para participar con plenitud en el debate de unas enmiendas que eran absolutamente ajenas a lo propuesto en el texto originario (FJ 3.a)), pero esa garantía, según la referida Sentencia, no puede extenderse de forma ilimitada ya que existe el riesgo de que tras el control material de las enmiendas se escondan criterios de oportunidad política.

La tendencia doctrinal iniciada en 2011 con las matizaciones posteriores se puede resumir, a través de las siguientes ideas básicas:

a) Las enmiendas parciales deben respetar «una conexión mínima» de homogeneidad con el texto de la iniciativa. Esta exigencia se mantiene aunque el Reglamento parlamentario no contenga previsión específica al respecto (SSTC 119/2011, FT 6 y 136/2011, FJ 7, STC 155/2017, FJ 7).
b) La conexión material mínima de la enmienda con la iniciativa legislativa no se circunscribe al contenido concreto de la iniciativa, sino que se extiende al sector del Ordenamiento sobre el que la iniciativa incide (STC 59/2015, FJ 6).
c) La conexión material de las enmiendas es exigible tanto para las iniciativas legislativas de contenido homogéneo como heterogéneo. En el caso de iniciativas legislativas heterogéneas, la conexión de la enmienda con la iniciativa legislativa es más amplia ya que abarca todas las materias incorporadas a su texto (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8).

La nueva orientación de la doctrina constitucional, plantea dos cuestiones. En primer lugar, si la misma se restringe a las enmiendas senatoriales o alcanza también a las enmiendas presentadas en el Congreso y en las Asambleas autonómicas. Y, en segundo lugar, si la lesión del artículo 23 de la Constitución producida por la indebida introducción en la tramitación parlamentaria, de enmiendas extrañas es determinante de producción de un vicio de inconstitucionalidad en el precepto legal que las contenga.

La respuesta a la primera cuestión planteada debe ser, en mi opinión, afirmativa. La doctrina constitucional comentada fija un límite

general al derecho de enmienda, independientemente de la Cámara en la que se ejerza, por lo que tanto las enmiendas presentadas en el Congreso como en los parlamentos autonómicos están sometidas a la exigencia de homogeneidad.

El Tribunal Constitucional pronto se había pronunciado sobre las sentencias extrañas en los parlamentos autonómicos en sus primeros años de existencia. La primera sentencia fue la 23/1990 por la se confirmó la inadmisión acordada por la Mesa de Les Corts de un conjunto de enmiendas de adición que extendían la reforma estatutaria emprendida a preceptos estatutarios excluidos de la iniciativa de reforma. En esta ocasión el Tribunal Constitucional entendió que las enmiendas inadmitidas constituían en realidad una nueva iniciativa de reforma por quien no estaba legitimado para emprenderla, pues tal como alegó el Letrado de Les Corts, el Estatuto de la Comunidad Valenciana exigía que la reforma se emprendiese por dos grupos parlamentarios (art. 81 EACV), mientras que las enmiendas de adición se habían presentado por un solo grupo parlamentario.

Otro pronunciamiento a destacar es el ATC 275/1993, de 13 de septiembre, por el que se inadmitió el recurso de amparo interpuesto contra el acuerdo de inadmisión de enmiendas de la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias en un procedimiento de reforma del Estatuto de Autonomía. El caso fue similar al contemplado por la STC 23/1990 por lo que se aplicó la misma doctrina, basada en la exigencia de una legitimación reforzada para emprender la reforma del Estatuto, sin que esta se pudiera desvirtuar a través de la admisión de enmiendas de adición presentadas por un solo grupo parlamentario.

En este punto también es ilustrativa la STC 4/2018, de 22 de enero, que puso fin al recurso de amparo presentado contra el acuerdo de la Mesa del Parlamento de Canarias de 20 de julio de 2016,[5] por el que

5 La inadmisión se fundamentó en el siguiente argumento: «No es posible que a través de lo que se presentan como enmiendas parciales, se pretenda anular por completo el contenido de la iniciativa legislativa, y vaciarla de contenido para volver a la regulación anterior, formulando, en realidad, una enmienda a la totalidad con texto alternativo que no difiere de la norma que se pretende reformar, extremo sobre el que ya se ha pronunciado el

se desestimó también la solicitud de reconsideración de otro acuerdo anterior de la Mesa de la Comisión de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, que inadmitió algunas enmiendas parciales «en cuanto suponen en conjunto una enmienda a la totalidad encubierta, contradictoria con la toma en consideración del texto de la proposición de ley ya acordada por el Pleno de la Cámara».

Se trata de una Sentencia de gran interés porque defiende el derecho de enmienda, circunscribiendo el poder de la Mesa en los siguientes términos: primero: En la calificación de las enmiendas como extrañas, los órganos parlamentarios deben realizar una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de las facultades o atribuciones que integran el estatuto del representante público. Esta tarea debe inspirarse en el principio de interpretación más favorable a la eficacia del artículo 23 de la Constitución. Segundo: La inadmisión por los órganos de la Cámara de las enmiendas extrañas solo es constitucionalmente legítima cuando falta una conexión mínima de homogeneidad con el texto enmendado. Tercero: El acuerdo de inadmisión de enmiendas debe estar motivado en razones objetivas y suficientes. De lo contrario, se vulnera el derecho fundamental del representante de los ciudadanos a ejercer su cargo (art. 23.2 CE) y el de estos a participar en los asuntos públicos ex artículo 23.1 CE. Y cuarto: el acuerdo de inadmisión debe estar debidamente motivado. La falta de motivación, la motivación arbitraria o simplemente insuficiente, conllevan la infracción del artículo 23 de la Constitución.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada también se puede resolver afirmativamente, aunque recociendo de entrada las limitadas posibilidades de que un precepto legal pueda llegar a ser considerado inconstitucional por un vicio procedimental. En

---

Pleno, al tomar en consideración la proposición. Se detecta que bajo la forma de enmiendas parciales a artículos de la proposición (a todos y cada uno de ellos) lo que se esconde en el caso controvertido es la formulación extemporánea de un texto alternativo total como si de una enmienda a la totalidad se tratase, que además coincide con la versión del texto cuya modificación persigue la iniciativa legislativa en trámite. Al respecto puede traerse a colación la doctrina plasmada en el ATC 275/1993…».

este punto, el criterio del Tribunal Constitucional es semejante al que la jurisprudencia ordinaria mantiene en relación a los vicios del procedimiento administrativo, Esto es, hace depender la declaración de inconstitucionalidad de que la infracción haya «alterado de forma sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de la Cámara» (STC 216/2015, Fj 5.a), STC 155/2017, FJ 3.a)).

Pues bien, para que dicho pronunciamiento se pueda dar, es necesario que concurran las siguientes circunstancias:

a) El vicio se debe detectar en el curso del procedimiento legislativo y el órgano competente para inadmitir las enmiendas no se debe haber pronunciado sobre su inadmisibilidad, pese a las denuncias presentadas por los parlamentarios. Y en caso de haberse pronunciado, debe haberlo hecho de forma arbitraria, carente de razonabilidad o de forma insuficiente.
b) El contenido de las enmiendas cuestionadas tiene que ser totalmente ajeno a la materia regulada por la iniciativa legislativa (STC 216/2015, FJ 6).
c) Los recurrentes no deben haber tenido la opción de enmendar la materia introducida por la enmienda extraña (STC 136/2011, FJ. 8).

El caso es que el último requisito es de difícil concurrencia ya que hipotéticamente existe la posibilidad de variar las enmiendas extrañas que se presentan en comisión a través de enmiendas de aproximación o transaccionales por lo que resulta improbable que el vicio del que estamos tratando pueda ser determinante de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal.

Hasta el presente, el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad de ningún precepto legal por concurrir un vicio en la admisión de enmiendas. La sentencia que inicia la nueva doctrina, dictada por el Pleno del Tribunal, estimó el recurso de amparo al apreciar que la decisión de la Mesa del Senado de negarse a realizar el juicio de homogeneidad sobre las enmiendas que los senadores recurrentes habían denunciado, infringía la legalidad del procedimiento legislativo, causando una lesión del artículo 23 de la

Constitución. El Tribunal Constitucional, en esa ocasión no hizo uso de la autocuestión de inconstitucionalidad por lo que la Ley adoptada en el procedimiento legislativo cuestionado se mantuvo vigente, sin ninguna tacha de inconstitucionalidad. En la STC 4/2018 se estimó el recurso de amparo por la Sala Segunda del Tribunal Constitución, sin la remisión del asunto al Pleno por lo que solo se pudo declarar la nulidad de los acuerdos de la Mesa impugnados y la infracción del artículo 23 de la Constitución.

El resto de las sentencias que se enmarcan en la tendencia doctrinal expuesta, fueron dictadas en recursos de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional no declaró, en ninguna de ellas, la inconstitucionalidad de los preceptos en cuya tramitación se había infringido el artículo 23 de la Constitución.

En la sentencia 136/2011 entendió el TC que la infracción procedimental cometida al introducirse en el Senado enmiendas extrañas al proyecto legislativo del Gobierno, no podía conducir a declarar la inconstitucionalidad de toda la Ley, tan solo la de los preceptos que contenían las enmiendas extrañas. Ahora bien, no habiendo sido concretados los referidos preceptos por los recurrentes, el Tribunal Constitucional se niega a realizar su búsqueda, evitando así cualquier declaración de inconstitucionalidad.

Otro argumento utilizado, por el Tribunal Constitucional, ha sido el de presunción de homogeneidad o congruencia de las enmiendas admitidas a trámite en el Senado, lo que le lleva a exigir que en el procedimiento parlamentario se debe de haber denunciado la desconexión material entre las enmiendas y el texto de la iniciativa (STC 59/2015).

El Tribunal Constitucional, finalmente, cuando no puede utilizar los anteriores argumentos porque los recurrentes habían denunciado las enmiendas en vía parlamentaria y en la judicial habían concretado los preceptos en cuya elaboración se había cometido la infracción procedimental, ha considerado que no existía una total desconexión entre enmienda e iniciativa legislativa (SSTC 216/2015 y 155/2017).

En fin, la jurisprudencia constitucional más reciente ha retrocedido hasta lugares próximos a la primera doctrina, consciente de que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal debe fundarse en la infracción de una norma del bloque de inconstitucionalidad.

De las Cortes Generales. Cuarenta años de Parlamento y parlamentarismo en el régimen constitucional de 1978

Maria Rosa Ripollés Serrano
Letrada de las Cortes Generales.
Dra. Derecho. Prof. Dº Constitucional UCM Madrid.

Resumen

Transcurridos cuarenta años de vigencia de la Constitución de 1978, se suceden los comentarios y trabajos sobre la Constitución en sus diversas expresiones. Por lo que atañe al Título III de la CE –arts. 66 a 96–, con la rúbrica «De las Cortes Generales», esta parte de nuestra Ley Fundamental regula y contiene los mas relevantes preceptos sobre el parlamento español, único órgano de actualización de la soberanía, esto es dotado de poder constituyente constituido, conforme a los arts. 2 y 66 CE; órgano representativo –cualidad que comparte con los 17 parlamentos autonómicos y 2 asambleas de las Ciudades con Estatuto de Autonomía-; inviolable, autónomo y núcleo de legitimación del sistema constitucional, asentado sobre la idea de representación, propia de una democracia representativa. Órgano legislativo, controlador e impulsor del Gobierno, según la naturaleza de nuestro sistema parlamentario de gobierno; y, en fin, órgano de integración de otros órganos constitucionales o de relevancia constitucional.

Palabras clave: derecho parlamentario, sistema constitucional español, competencias del Parlamento, composición del Parlamento.

Resum

Transcorreguts quaranta anys de vigència de la Constitució de 1978, se succeeixen els comentaris i els treballs sobre la Constitució en diverses expressions. Pel que fa al títol III de la CE –articles 66 a 96–, amb la rúbrica «De les Corts Generals», aquesta part de la nostra llei fonamental regula i conté els més rellevants preceptes sobre el parlament espanyol, únic òrgan d'actualització de la sobirania, és a dir, dotat de poder constituent constituït, d'acord amb els articles 2 i 66 CE; òrgan representatiu –qualitat que comparteix amb els 17 parlaments autonòmics i 2 assemblees de les ciutats amb estatut d'autonomia–; inviolable, autònom i nucli de legitimació del sistema constitucional, assentat sobre la idea de representació, pròpia d'una democràcia representativa. Òrgan legislatiu, controlador i impulsor del govern, segons la naturalesa del nostre sistema parlamentari de govern; i, en fi, òrgan d'integració d'altres òrgans constitucionals o de rellevància constitucional.

Paraules clau: dret parlamentari, sistema constitucional espanyol, competències del parlament, composició del parlament.

Abstract

After almost forty years of being in force The Spanish Constitution of 1978, latent debates continue and there are different comments and works about the Constitution. Speaking about the Title III – The Spanish Parliament– the Constitution prevents the main regulations related to the Parliament and the Parliamentary Law, such as the composition of the Houses, the nature of each one –general representation in the Lower House, Congress of Deputies; and territorial representation in the Upper House, the Senate–, and its duties: to pass legislation, to control the Government and to pass the budget, or to contribute to the conformation of other constitutional bodies. All these competences are based in the idea of political representation, because the role of Parliament is really essential for the democracy, as, in the case of «Cortes Generales» as Spanish Parliament, the site where is manifested the sovereignty.

Key Words: Spanish Parliament, Constitution, Spanish political system. Parliamentary Law, Competences of Parliament, Composition of the Parliament.

Sumario

I. Una historia de éxito colectivo: la recuperación democrática, el Parlamento como símbolo de la democracia. Los sujetos y los modos.
II. El Parlamento en su evolución. El momento fundacional. El momento de la consolidación. El momento crítico. El momento neoclásico.
III. Epílogo. Sobre el carácter esencial del parlamento en democracia.

I. Una historia de éxito colectivo: la recuperación democrática, el Parlamento como símbolo de la democracia. Los sujetos y los modos

El miércoles 13 de julio de 1977 se reunían en el palacio de la Carrera de San Jerónimo las primeras Cámaras electas democráticamente tras las elecciones de 15 de junio de 1977 –ambas Cámaras en el mismo espacio, si bien separadamente, pues el Senado desde esta fecha a Octubre de 1977 utilizó distintas dependencias del Congreso, hasta la habilitación de su sede en la Plaza de la Marina española –. Desde la última sesión de unas Cortes elegidas el 1 de febrero de 1939 en el castillo de San Fernando en Figueras habían pasado 48 años.

La sesión tenía en el orden del día la celebración de Junta preparatoria y elección de la Mesa interina. Intervino en primer lugar el Letrado de las Cortes y Secretario General del Congreso Rubio Llorente, quien dio cuenta de que la primera credencial presentada en el Congreso era la del Diputado por Segovia Modesto fraile Poujade y los dos de mayor edad los Diputados Dolores Ibárruri y Rafael Alberti, siendo los mas jóvenes los Diputados Eguibar Rivas y Pau Pernau; de este modo se constituyó la Mesa Provisional del Congreso, conforme a las Normas de la Presidencia de las Cortes, procediéndose seguidamente a las votaciones de la Mesa interina, para la que resultaron elegidos como Presidente –en segunda votación al no haber obtenido mayoría absoluta en primera– Álvarez de Miranda, Vicepresidente Primero Esperabé de Arteaga, Vicepresidente Segundo Gómez Llorente; Secretario Primero Ruiz Navarro, Segundo, Soler Valero; Tercero, Castellanos Cardalliaguet; y Cuarto, Escudero Rodríguez.

Simultáneamente el Senado celebró la Junta preparatoria, iniciada con la lectura por el Letrado de las Cortes Pérez-Serrano Jaúregui del orden de las credenciales, y presidida por el primero en entregarla que fue el Senador Calvo Ortega, que pasó a ser Presidente provisional junto con la Mesa de edad integrada por los dos Senadores mas mayores, Senadores Irujo Ollo y Martínez Amutio, y los dos mas jóvenes, Senadores Cabrera Cabrera y Laborda Martín.

A continuación se eligió la Mesa interina, con alguna suspensión incluida para tratar de conseguir una Presidencia consensuada, compuesta por Fontán Pérez como Presidente, Guerra Zunzunegui y Rubial Cavia como Vicepresidentes Primero y Segundo; y Carrascal Felgueroso, Del Burgo Tajadura, De Carvajal Pérez y Martínez Bjorkman, como Secretarios Primero a Cuarto, respectivamente.

Todos estos actos fundacionales tuvieron, además del valor histórico esencial de simbolizar la reconciliación y la asunción de una memoria histórica de enfrentamiento civil, superada por el perdón mutuo, el consenso democrático y la mirada hacia el futuro; un valor de prospectiva porque pergeñaron varias tendencias: entre ellas el bipartidismo atenuado por partidos periféricos, y la potencia parlamentaria de los Grupos parlamentarios mas allá de las individualidades, circunstancia que incluso se acentuarían con el tiempo.

Cómo eran aquellas Cámaras? En primer lugar y en lo referente al Reglamento parlamentario hubo que arbitrar una normatividad por fases y de doble naturaleza, de una parte las normas reglamentarias: la primera contenida en el mismo Real Decreto 1603/1977 de convocatoria, que establecía la fecha de la solemne sesión conjunta de apertura como fecha de comienzo de la legislatura; en segundo lugar las «Normas de constitución de las Cámaras» adoptadas por el Presidente de las Cortes Antonio Hernández Gil, que, básicamente, regulaban las acreditaciones parlamentarias, la Junta Preparatoria, Mesas de edad, y elección de las Mesas interinas. Y ya en una tercera fase se aprobarían los Reglamentos provisionales de cada una de las Cámaras, vigentes desde el 14 de octubre de 1977; de otra parte y en cuanto a la naturaleza de las normas, las ya indicadas eran normas reglamentarias escritas y de distinta procedencia, externas a las Cámaras como el Real Decreto de convocatoria, o internas, como las resoluciones del Presidente, o el Reglamento propiamente dicho; pero además en todas las cuestiones no previstas por esta clase de normas y necesarias para el funcionamiento de las Cámaras se recurrió a los usos y costumbres,

como normas consuetudinarias de aplicación directa o a través de los acuerdos y resoluciones de la Presidencia o Mesas.

Por lo que atañe a los órganos de gobierno de las Cámaras –Presidencia, Mesa y Junta de Portavoces– desde bien temprano se afianzó la posición preeminente de las Mesas, como órgano colegiado de gobierno de naturaleza institucional, mas que, como sucedió durante gran parte del siglo XIX y XX, de la Presidencia, en cuanto órgano de gobierno individual; se inició así una colegialidad en el gobierno parlamentario que ha continuado y expresa, antes incluso de la investidura del Presidente del Gobierno, cuál va a ser el sesgo político de la legislatura. Otros datos a destacar en este plano fueron la intervención de la Mesa en las funciones de gobierno interior de la Cámara, en lugar de las viejas «comisiones de gobierno interior», y la hegemonía de otro órgano de gobierno parlamentario, la Junta de Portavoces, como expresión del papel de los Grupos parlamentarios como sujetos colectivos de carácter hegemónico del Parlamento.

Y es en el campo de los sujetos parlamentarios donde se ha producido una verdadera mutación desde la restauración parlamentaria del último tercio del siglo XX y respecto de etapas anteriores. En efecto, el parlamento tradicional del XIX y de la primera parte del siglo XX era un parlamento de individuos, ciertamente existían las fracciones o grupos, pero la posición individual de los parlamentarios, en las iniciativas y en los debates, era de claro protagonismo; sin embargo desde la misma constitución de las Cámaras en la restauración parlamentaria de los setenta del siglo XX irrumpe un nuevo sujeto todopoderoso –el grupo parlamentario– del que el Reglamento hace depender la composición de los órganos parlamentarios, y gran parte de las iniciativas parlamentarias –incluso algunas se reservan exclusivamente a grupos, caso, por ejemplo de las enmiendas de totalidad o de las PNL–, en lo que es un fenómeno parlamentario general, pero muy especialmente en el parlamentarismo contemporáneo español, que obedece a la originaria necesidad de construir partidos –y grupos en el parlamento– fuertes para afrontar la complicada tarea

de la transición que, en pocas palabras, supuso construir un régimen constitucional y un ordenamiento jurídico de nuevo cuño. Y es justo reconocer que se consiguió, se hizo con inteligencia, prudencia y en clara empatía con los ciudadanos, lo que contribuyó al éxito de la transición y del nuevo régimen. Pocas etapas en nuestra historia han visto tal éxito en un proceso de cambio tan rápido y de tal envergadura como es el paso de un régimen autoritario a otro democrático pleno, nueva Constitución avanzada, cambio institucional, ingreso en la CEE, implementación de un Estado social y de Derecho y un modelo de Estado de bienestar, una vivencia colectiva de participar en algo importante que requería cesiones y respeto por todos, en suma, un giro espectacular y con un desgaste mínimo, al contrario, un momento de esplendor en nuestra historia, un éxito generacional y colectivo.

En cuanto a los órganos funcionales, desde bien pronto con la restauración democrática y el renacimiento de la vida parlamentaria, apuntó una tendencia que se ha mantenido a lo largo de décadas: el muy relevante papel de las comisiones parlamentarias, especialmente de las permanentes legislativas, algo menos las permanentes no legislativas, debido a sus reuniones de periodicidad menos frecuente, y variable en el caso de las comisiones especiales, tendencialmente de investigación en el Congreso de los Diputados y de estudio en el Senado. Sin duda las comisiones han sido la columna vertebral del parlamentarismo de estas cuatro décadas, a diferencia del viejo parlamentarismo del XIX y primer tercio del XX en que el protagonismo parlamentario correspondía al pleno.

En paralelo, las ponencias – órganos internos de las comisiones, preparatorios del trabajo de aquéllas– han experimentado también un incremento de su importancia, mas hacia adentro, que por su repercusión externa puesto que son órganos de actuación a puerta cerrada –sin prensa, ni taquígrafos–, aunque no secretos, pues sus conclusiones son públicas a través de Informe que elaboran; órganos de extrema utilidad y ductilidad por cuanto permiten un debate abierto

y sin constricciones, que apoya y fundamenta el posterior trabajo de comisiones y, en su caso, del Pleno.

Mención aparte merece la Secretaria General o administración parlamentaria, prácticamente inexistente en los comienzos del nuevo parlamentarismo, aunque la alta cualificación técnica de algunos funcionarios parlamentarios ayudó en gran medida a enlazar las viejas Cortes orgánicas con el nuevo parlamentarismo; y es que, en efecto, hubo que construir una organización administrativa, prácticamente *ex novo*, a lo que hay que decir que contribuyó en gran medida en los primeros tiempos de la transición el entonces Letrado Secretario General del Congreso Nicolás Pérez Serrano, descendiente de una saga de letrados de Cortes, de larga tradición y prestigio académico y parlamentario, y poco después, el Letrado Secretario General Luis Cazorla, en cuya etapa se aprobó el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, norma con valor de ley, directamente incardinada en el art. 72 CE, que ha sido la norma de cabecera de la ordenación administrativa parlamentaria en punto a personal, órganos, funciones etc.

Respecto de la actividad del parlamento –legislativa, de control político, presupuestaria, de integración de otros órganos constitucionales–, también es posible constatar algunas pautas de comportamiento parlamentario; por ejemplo en el ámbito legislativo, la tónica durante las diez primeras legislaturas fue la abrumadora mayoría de iniciativas gubernamentales –proyectos de ley–, frente a la escasa presencia de otras iniciativas –proposiciones de ley–, sean estas de origen parlamentario –proposiciones de ley del Senado o del Congreso–, o de CCAA, o aún menos de I.L.P –de 94 iniciativas dos habían prosperado hasta 2016. Esta tendencia ha quebrado durante la XI y fallida legislatura y en la XII donde el porcentaje de iniciativas legislativas no gubernamentales se ha incrementado de forma muy importante –54 proposiciones, 4 propuestas de reforma estatutaria y 13 proyectos de ley hasta junio de 2018.

Mientras que en el campo del control político desde bien pronto se impuso como práctica habitual la comparecencia, en comisiones o en

plenos, sea a petición propia o a requerimiento de la oposición, y de carácter generalista mas que monográfico, elemento este último que queda reservado a determinados debates como son el del estado de las autonomías en Senado o el del estado de la nación en Congreso, o los debates en Congreso sobre los Consejos Europeos. Muy utilizadas también han sido las PNIs en Congreso y mociones en Senado, e igualmente las preguntas, sobre todo las orales en comisión o en pleno, como elemento de control que facilita una relación dual entre preguntante y preguntado; así como el despunte de las escritas, cuyo número se ha ido incrementando de manera extraordinaria, y, a la par, produciendo algunas situaciones de verdadero filibusterismo político, cuando se han utilizado como vehículo de saturación. Por lo que atañe a las instituciones de control principal o también denominadas de control con sanción jurídica – moción de censura y cuestión de confianza– se ha hecho un uso muy moderado: cuatro veces de la censura, la primera, mayo de 1980, la segunda en marzo de 1987, la tercera en junio de 2017 y la cuarta de mayo de 2018, de las cuales solo ha prosperado esta última; y dos cuestiones de confianza, en septiembre de 1980, planteada por el presidente Suárez, y abril de 1990, por el Presidente González, ambas con resultados positivos para el Presidente proponente.

Con carácter general cabe hablar de una extensión cuantitativa y cualitativa de los instrumentos de control político, de los órganos que los llevan a cabo –sobre todo comisiones– y de los sujetos objeto de control mas allá de los tradicionales como el Gobierno y la administración, actualmente ampliado a otros sujetos, otros órganos constitucionales, si bien distinguiendo, como no podría ser de otra forma, en el caso de aquellos órganos esencialmente independientes, caso del Poder Judicial, y por tanto no sometidos al control político parlamentario; es por ello por lo que, por ejemplo, frente a la inicial reticencia a citar a comparecer en las Cámaras al Presidente del Consejo General del Poder Judicial, por su condición paralela de Presidente del TS, en las últimas legislaturas se ha abierto paso la tesis inversa:

comparece el Presidente del CGPJ en tal condición, como presidente de un órgano constitucional con competencias constitucionales, al margen de su paralela posición de presidente del máximo órgano jurisdiccional, el Supremo y, en cuanto tal, poder independiente.

La competencia presupuestaria acotada en su naturaleza y alcance por una numerosa jurisprudencia del TC constituye una función muy importante del parlamento en cuanto debate y aprueba los presupuestos elaborados por el Gobierno; «función específica y constitucionalmente definida» ha precisado el TC (STC 76/1992 entre otras), a través de la cual, se cumplen tres objetivos especialmente relevantes: « a) aseguran, en primer lugar, el control democrático del conjunto de la actividad financiera pública (arts. 9.1 y 66.2, ambos de la Constitución); b) participan, en segundo lugar, de la actividad de dirección política al aprobar o rechazar el programa político, económico y social que ha propuesto el Gobierno y que los presupuestos representan; c) controlan, en tercer lugar, que la asignación de los recursos públicos se efectúe, como exige expresamente el artículo 31.2 CE, de una forma equitativa, pues el presupuesto es, a la vez, requisito esencial y límite para el funcionamiento de la Administración» (STC 3/2003, de 16 de enero, fundamento jurídico 4)». STC 136/2011. FJ 10.

Seguramente la competencia parlamentaria de integración de otros órganos constitucionales es la que mas se ha resistido a cambiar en estos cuarenta años. En efecto, la filosofía con que se concibe esta competencia parlamentaria en la Constitución y resto del ordenamiento jurídico se asienta sobre la premisa de que siendo el Parlamento el órgano representativo y que actualiza la soberanía, de ambas cualidades deriva su función de participar en la integración de otros órganos constitucionales, de modo que esa misma legitimidad derivada de la representación ciudadana le facultaría para elegir integrantes de esos órganos y, además, para controlar el ejercicio de sus competencias. Hasta ahí el razonamiento es constitucionalmente impecable, el problema comienza –y empezó muy pronto– cuando en la selección de tales integrantes además del mérito y capacidad

que a todos se les supone, priman los repartos o cuotas partidistas –la «lotización» de la que hablaban los italianos–, circunstancia que produce un velo de sospecha partidista en el origen de los titulares de órganos constitucionales, aunque quiero pensar que no así en su ejercicio perfectamente neutral y competente. De este modo se ha venido introduciendo un cierto clientelismo cuya imagen perjudica la percepción objetiva de tales cargos y, a la postre, la del órgano en cuestión.

Como un intento de paliar este hecho se crearon las Comisiones de nombramiento en una y otra Cámara – la Comisión consultiva de nombramientos del Congreso, creada por Resolución de la Presidencia del Congreso de 25 de mayo de 2000, para «informar al Pleno de la idoneidad de las personas propuestas para acceder a los diferentes cargos, previa comparecencia personal ante la Comisión, si se estima conveniente»; y la Comisión de nombramientos del Senado incorporada por reforma del RS de 27 de junio de 2001; ambas presididas por el respectivo Presidente de cada Cámara e integradas por los Portavoces de los Grupos parlamentarios o quienes les representen.

La realidad es que resulta ciertamente difícil objetivar estas circunstancias porque ni siquiera los novísimos en las Cámaras parecen haber escapado a la fascinación de la propuesta del idóneo y afín, a la que, justo es decirlo, tampoco escapan otros sistemas cercanos (se ha comentado como en el propio, y prestigioso, Tribunal Constitucional alemán, ha habido Magistrados que han sido antes ministros o parlamentarios) y, por otra parte, se han propuesto a veces procedimientos muy alambicados de cuyo resultado hay dudas metodológicas porque, por ejemplo, qué posibles titulares se postularían públicamente para después ser aceptados o rechazados en clara competición?, resistirían algunos egos profesionales un rechazo ante la Comisión de nombramientos?, o, hasta qué punto nuestro sistema soportaría un escrutinio del tipo que se efectúa, por ejemplo, ante propuestas de nombramiento, en el Senado norteamericano, incluso con cuestiones relativas a la intimidad personal o familiar?.

Todo ello da idea de las dificultades en esta cuestión, amén de que, en los nombramientos tradicionales al puro criterio de los Grupos, hay que reconocer que ha habido una cierta pluralidad debido al necesario equilibrio que postulan las mayorías cualificadas; y, en lo referente al ejercicio, magníficos titulares de toda procedencia. No obstante este aspecto sigue requiriendo reflexión y posibles propuestas en aras de conseguir mayor claridad y objetividad.

Otras competencias como la vinculada a la UE, revelan un cierto nivel bajo porque, desde el primer momento se residenció la competencia parlamentaria en un órgano ad hoc –la Comisión Mixta para la UE, CMUE– que con los años y las reformas legales y reglamentarias ha incrementado sus competencias incluso con la nueva función de control sobre el principio de subsidiariedad previsto en el Tratado de Lisboa.

Si, según algunos estudios, la intervención de los Parlamentos nacionales de los países miembros de la UE puede clasificarse en tres tipos: aquellos que participan activa y comprometidamente en las materias europeos tanto en relación con sus ejecutivos nacionales, cuanto respecto de las instituciones europeas –los de los países nórdicos y las Cámaras del parlamento británico, hasta el Brexit obviamente–; los que tienen un alto grado de participación –caso de Alemania, Portugal o Francia–; y los que expresan un nivel bajo de intervención en materias europeas, la intervención española podría estar en un tramo intermedio entre el segundo y el tercer grupo; además de que la creciente centralización de las materias en la CMUE ha sustituido a una práctica mas horizontal que en el pasado se desarrollaba en algunas comisiones especializadas; mientras que muy probablemente se ha perdido una oportunidad de dotar al Senado de un mayor papel territorial en relación con esta cuestión con la intervención de los parlamentos autonómicos.

En cuanto a la participación de las Cortes en la denominada «diplomacia parlamentaria», es posible distinguir un primer momento con una participación mas activa de parlamentarios y de las comisiones

y con la existencia de grupos de amistad interparlamentarios, amén de las clásicas delegaciones en asambleas parlamentarias supranacionales o internacionales –Consejo de Europa, COSAC, OTAN, UIP– y una segunda etapa a partir de fines de la primera década del siglo XXI en la que se pasa a centralizar en las respectivas Mesas esta clase de tareas internacionales, se suprimen o minimizan los grupos de amistad, y solo excepcionalmente y en el ámbito de la UE, se posibilita los viajes de delegaciones de comisiones parlamentarias, creándose además una peculiar red de colaboraciones internacionales de carácter formativo, con apoyo de determinadas fundaciones y alguna participación de parlamentarios.

II. El Parlamento en su evolución. El momento fundacional. El momento de la consolidación. El momento crítico. El momento neoclásico

Una mirada retrospectiva al Parlamento de estos últimos cuarenta años permite distinguir, como un intento de racionalización, cuatro momentos: el fundacional, que se correspondería con las Cortes Generales de fines de los años setenta y primeros ochenta; el de consolidación, con las Cámaras de mayorías absolutas y de mayorías relativas de los dos grandes partidos políticos de nuestro sistema partidista: Socialista y Popular, por ese orden cronológico, de los años 82 a 2003-2004 aproximadamente; un tercer momento crítico de 2003-2004 a 2015; y un cuarto momento, el actual, que se podrías denominar neoclásico, por las razones que luego se verán.

La primera fase o momento fundacional se puede definir con tres palabras: recuperar, reordenar y reactivar. Recuperar significó, conforme a dos de las acepciones del DRAE, volver a poner en servicio lo que ya estaba inservible y volver a un estado de normalidad después de haber pasado por una situación difícil, porque, en efecto, hubo que poner de nuevo en marcha un parlamento democrático y un parlamentarismo vivo electo entre sujetos políticos iguales, legales y

legítimos, elegido mediante elecciones libres y competitivas, donde antes hubo un parlamento orgánico, de carácter corporativo, y no elegido, sino designado por el partido único o movimiento nacional en sus variables familiar, local y del sindicato vertical; pero es que ello, además de lo dicho, suponía retornar a las prácticas y modos del parlamento democrático, desde la misma elección libre, como ya se ha indicado, a la libre elección por las Cámaras de los cargos de gobierno parlamentario –los Presidentes y las Mesas durante el franquismo eran designados de modo directo o indirecto por el ejecutivo–, y órganos funcionales como las comisiones.

Había que adoptar unas normas reglamentarias provisionales, como así se hizo, a cargo del Presidente de las Cortes –cargo que establecía la Ley para la reforma política y que desaparecería con la Constitución–, Hernández Gil, con el apoyo de los servicios jurídicos de los letrados de la Cámara, muy particularmente el entonces Secretario General Rubio Llorente, y mas adelante con los Reglamentaos provisionales aprobados ya por una y otra Cámara, sobre los antecedentes de Reglamentos históricos; había también que arbitrar medios personales –funcionarios, en nuero suficiente para unas Cortes que pasaron de como mucho dos plenos al año y una plácida vida de comisiones, a plenos semanales y comisiones de reunión prácticamente todas las semanas-; arbitrar espacios –en un primer momento ya se ha dicho que el Senado ocupó la Sala de Comisiones de la planta segunda del palacio del Congreso, actualmente Sala Prim, hasta tanto se rehabilitó y adaptó su vieja sede tradicional en la Plaza de la Marina española y pudo trasladarse a la misma.

Pero no queda ahí las necesidades de espacio de un parlamento moderno y bien pronto se construyó la primera ampliación junto a palacio (en 1980) de las cinco actualmente existentes en la misma línea de palacio en la carrera de San jerónimo, enfrente de ellas y en la plaza de las Cortes, o el edificio de ampliación del Senado.

Si esto era lo mas, lo menos, pero sintomático, era atender las necesidades de servicios parlamentarios, desde el siempre eficacísimo

«gabinete» del Congreso que conectaba de manera inmediata a cualquier parlamentario o funcionario con cualquier ministro, autoridad o funcionario, a cualquier hora del día y cualquier día del año –como Letrada, doy fe de llamadas en agosto al Reino Unido, comunicando sesión extraordinaria para tramitar la Ley de Autonomía universitaria una semana después; o de las llamadas buscando «por tierra mar y aire» a un Manuel Broseta, por entonces alto cargo del Ministerio de Administración Territorial, en breve descanso en Javea, o a otro ilustre Diputado valenciano, Emilio Attard, nunca supe muy bien donde, o a Antonio García Miralles en su Alicante natal, con ocasión de la tramitación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana y después ya con la puesta en marcha de las Cortes Valencianas, y, efectivamente, todos ellos fueron localizados gracias al gabinete del Congreso al que también competía enviar los célebres «telegramas» de convocatoria de los plenos y sesiones de comisiones y ponencias durante la transición y primera etapa democrática.

Otro flanco por atender eran los Grupos parlamentarios, que, en cuanto sujetos novedosos, requerían dotación de espacios y de personal y medios, para proporcionar lo primero, transitoriamente se recurrió incluso a alquileres de pisos en la zona cercana al Congreso, hasta que se contó con la primera ampliación que bien pronto se quedó corta y que daría lugar a la rehabilitación del edificio de grupos en la Plaza de las Cortes, y, poco después, en los noventa, la segunda y tercera ampliación en línea con palacio, y ya a comienzos del siglo XXI, la ampliación con los dos edificios al otro lado de la Carrera de San Jerónimo, y lo propio con el edificio de grupos del Senado, ampliaciones que se produjeron en paralelo a la ampliación de personal de grupos.

Activar toda la infraestructura parlamentaria fue una tarea colectiva en la que las Mesas ejercieron un papel protagonista, porque lo que aparentemente es sencillo en la actualidad –y solo aparentemente– como por ejemplo la distribución de espacios para los Grupos, auténtica odisea al comienzo de cada legislatura, por aquel entonces suponía

ordenar la escasez, lo que daba lugar a enconadas maniobras en que los Grupos intentaban obtener las mejores posiciones.

En paralelo se trabajaba por incrementar los efectivos de la administración parlamentaria, manteniendo como principio la prescripción constitucional de autonomía de personal y administrativa, tradicional desde las primeras Cortes en Cádiz, y tratando de preservar otra tradición cual era un cierto carácter de elite propio de los funcionarios parlamentarios de todos los cuerpos y que, además, no es privativo del sistema de autonomía parlamentaria constitucional español, sino criterio bastante acendrado en parlamentos de larga tradición y carácter democrático, donde la función pública parlamentaria se considera de máximo nivel y también de máxima exigencia en acceso, formación y prestaciones.

Lo mismo sucedió con la autonomía presupuestaria, igualmente conforme al art 72 CE, y tradicional en la historia del parlamentarismo hasta el punto que, ya con el régimen constitucional actual, su carácter de garantía última de la independencia del órgano, ha sido motivación para que mediante las leyes de desarrollo de determinados órganos constitucionales (LOTC, o LOPJ) se consigne también su autonomía presupuestaria. Autonomía que se ha desarrollado siempre con contención y desde el principio de proporcionalidad, hasta el punto de que, en términos comparativos con otros parlamentos europeos, nuestras Cortes Generales resultan de los parlamentos menos costosos para el erario público.

Durante esta primera etapa la actividad normativa fue enorme, –20 leyes entre otras la de Amnistía o medidas urgentes de reforma fiscal en los seis meses de parlamento en 1977–, durante todo el año 1978, no solo aprobar la Constitución con lo que esto supone de trabajo parlamentario muy intenso durante esta etapa, sino coincidente con la aprobación de 91 leyes, entre otras, reformas del CP, (despenalización del adulterio y amancebamiento), ley del IRPF, Secretos oficiales, Partidos políticos, o la 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Después, ya en la primera

legislatura constitucional a partir de 1979, prácticamente hubo que renovar todo el ordenamiento jurídico – 4 leyes orgánicas: la general penitenciaria y la del TC mas los Estatutos de Cataluña y País Vasco, y 45 leyes ordinarias–. En 1980, 13 leyes orgánicas –LO CGPJ, LOFCA; o LORDMR entre otras, y 83 leyes ordinarias. En fin, en 1981, 8 leyes orgánicas, de ellas cuatro EA, y 50 leyes ordinarias; y en 1982, 13 leyes orgánicas, ocho de ellas Estatutos de Autonomía, dos leyes orgánicas de transferencias complementarias –LOTRAVA Y LOTRACA–, o la de Tribunal de Cuentas, y 53 leyes ordinarias.

En materia de control, en la legislatura constituyente hubo en el Congreso 129 interpelaciones, que en la I Legislatura se incrementaron a 389; 26 preguntas orales en Pleno que pasaron a 412 en la I ; 120 en Comisión en la Constituyente y 745 en la I; 314 preguntas escritas en la Constituyente y 3620 en la I; 75 PNL en Pleno en la Constituyente y 241 en la I Legislatura; por 51 PNL en la Constituyente en Comisión y 421 en la I Legislatura; Mociones consecuencia de interpelación hubo 35 en la Constituyente y 75 en la I; comparecencias del Gobierno 11, frente a 26 en la I; comparecencias del Gobierno en Comisión 193 en la Constituyente y 612 en la I; en fin, Comisiones especiales de investigación 7 en la Constituyente – exactamente 3 de investigación y 4 de estudio– y 11 en la I, de las cuales una fue Mixta. De los puros datos se infieren algunas conclusiones evidentes como el extraordinario incremento del número de iniciativas de control de la Constituyente a la primera Legislatura, que en algunos casos como las preguntas se incrementa hasta diez veces mas, y el aumento considerable de iniciativas de control en las Comisiones.

En términos de sujetos parlamentarios en esta etapa ya se puede observar el papel hegemónico de los Grupos parlamentarios que, ya se ha dicho, ira in crescendo según transcurran las legislaturas, si bien todavía conviven con individualidades parlamentarias de fuerte personalidad –un Fraga, Solé Tura, Tierno-; mientras que en la oposición al Gobierno, despuntaba un – o unos, pues hubo varios Grupos socialistas en la Constituyente (2) y I legislatura (3)–, Grupo socialista

de gran eficacia opositora y con un ejercicio de la oposición realmente «de manual»: un grupo de apoyo al gobierno, mas cohesionado en la Constituyente que en la I, en la que entró en crisis hasta acabar en la práctica desaparición, y la emergencia y fuerza parlamentaria de los grupos periféricos nacionalistas, de impacto parlamentario muy superior a su pura fuerza numérica.

Puestos a definir las legislaturas de esta primera etapa democrática –Constituyente 1977-1979, y I Legislatura 1979-1982– la palabra sería consenso, constitucional, con alguna excepción minoritaria, y legal, en el abordaje del nuevo ordenamiento jurídico, en el que participaron, con la lógica defensa de enmiendas propias pero siempre desde una perspectiva institucional y participativa, todos los Grupos parlamentarios, de la derecha, la izquierda y el nacionalismo; junto a ello una fuerte oposición política a tres bandas: la izquierda moderada, liderada por los socialistas, la derecha procedente del franquismo, y, en bastante menor medida, los nacionalismos periféricos. Se da la circunstancia de que, para este periodo, los Grupos y Diputados, también Senadores, mas constructivos en el plano jurídico y en el político, fueran los nacionalistas que participaron y votaron todo el nuevo ensamblaje jurídico institucional del Estado de Derecho social y democrático, en los orígenes y. como luego se dirá, también en la etapa de consolidación.

La segunda fase o momento de consolidación se desarrolló a lo largo de dos décadas – de 1982 a 2003, o, lo que es lo mismo, desde la victoria electoral socialista de octubre de 1982 a la guerra de Irak, a lo largo de seis legislaturas – II Legislatura de 1982 a 1986; III de 1986 a 1989; IV de 1989 a 1993; V de 1993 a 1996; VI de 1996 a 1999; y VII de 2000 a 2004– con Cámaras con mayorías absolutas, de uno y otro color, o relativas, también de uno y otro color, o Cámaras con mayorías diferentes en las que una Cámara hace de oposición a la otra; en fin, composiciones variables pero un sistema aposentado, solido, integrado en un marco que lo robustece –la CEE y luego UE–, con fuerza exterior, y reconocido internacionalmente, una economía en avance, Estado

modernizado, con un poderoso componente social, emergente, y con un buen mecanismo de resolución de conflictos sociales. A estas alturas el sistema constitucional, se desprende del magma de la construcción inicial, se consolida en el ámbito territorial, se refuerza y también, hacia fines del periodo, empieza a mostrar algunas debilidades.

En este periodo las cuatro primeras legislaturas –II a V-corresponden a gobiernos del PS, con mayoría absoluta en Congreso en las dos primeras y relativas las dos últimas; y a gobiernos del PP las dos últimas –VI y VII– respectivamente con mayoría simple y absoluta.

La composición de Grupos en Congreso es ilustrativa sobre el devenir de esta etapa que comenzó en 1982: II legislatura, con 6 Grupos parlamentarios: una apabullante mayoría del Partido Socialista, seguido de lejos con en torno a un centenar de diputados del Coalición Popular y sobre una treintena de diputados centristas –los restos de la UCD– con algunos de los que habían sido protagonistas de las dos legislaturas anteriores como Landelino lavilla, Mardones, Calvo Sotelo, Cabanillas o Marcelino Oreja, buena muestra de la escisión de la derecha y el centro; la Minoría catalana y la vasca del PNV que serán una constante en todas las legislaturas, y el grupo mixto con tan variopintos componentes como Santiago Carrillo o Adolfo Suárez (cronos devorando a sus hijos).

En la III Legislatura (1986) con 6 (9 si contamos las Agrupaciones) Grupos parlamentarios se evidencia aún mas si cabe esta incipiente descomposición del centro y el crecimiento de la derecha, porque, junto al grupo del PSOE que sigue con una mayoría absoluta muy confortable, Coalición popular sube levemente el número de escaños y cohabita, en el centro-derecha, con dos agrupaciones procedentes de UCD, ambas en el GP Mx –la mas numerosa, la Agrupación de la Democracia Cristiana; y la Agrupación liberal-; mas un sólido partido centrista como el CDS de Suárez, con intercambios con las agrupaciones, caso, por ejemplo, de Iñigo Cavero que pasará de la Agrupación DC al CDS, o de Jiménez Blanco que hará lo propio desde la Agrupación liberal; junto a ellos siguen las minorías catalana y vasca, y una Agrupación de izquierda

comunista y nuevas izquierdas –igualmente en el MX– de IU e Iniciativa per Cataluña.

La IV Legislatura (1989) contó con 7 Grupos parlamentarios: un Grupo Socialista con mayoría absoluta precaria, un grupo de CP en paulatino ascenso, las minorías periféricas, los centristas del CDS, IU-I.C y Mixto. La V (1993), presentaba un panorama similar con algunas novedades a destacar: de los 7 Grupos, el Socialista continúa a la baja, sigue la emergencia del GP popular, permanecen las minorías nacionalistas, y surge una nueva minoría territorial –Coalición canaria, con Luis Mardones y José Carlos Mauricio – ¡un parlamentario que no lee los discursos!-; Se consolida IU-IC, con el liderazgo de Anguita, y, obviamente, se mantiene el GP Mixto. La táctica política acerca a los Populares e IU en la conocida como «pinza» al Partido Socialista, datos que anticipan un cambio de signo que se producirá en la siguiente legislatura.

En efecto en la VI (1996) los Populares (146 escaños) ganan por primera vez a los socialistas (141 escaños), y de los 7 Grupos, pasan a ser el de mayor número de componentes, sin alcanzar la mayoría absoluta, compartiendo el escenario con IU, las dos minorías nacionalistas, Coalición canaria, y el GP Mixto. La VII legislatura (2000) verá un ascenso espectacular del GP popular con 183 escaños, seguido de lejos por el GP socialista con 138, y los cinco grupos clásicos restantes: las dos minorías catalana y vasca, el grupo federal de IU, Coalición canaria y GP Mixto.

En cuanto a las competencias parlamentarias, la actividad legislativa de estas dos décadas culmina la construcción jurídica del Estado de Derecho, social y democrático, con un total de 231 leyes orgánicas aprobadas, 153 entre 1983 1996, y 78 en el tramo entre 1997 y 2003; 783 leyes ordinarias, de ellas 457 entre 1983-1996, y 326 entre 1997 y 2003; disposiciones con rango de ley: 247, de ellas 209 Reales Decretos-Leyes, correspondiendo 124 a la etapa 1983-1996 y 105 a la etapa 1997-2003; y 38 Reales Decretos-Legislativos, 30 del periodo 1983-1996, y 8 del periodo 1997-2003.

Un somero repaso al objeto de la ingente cantidad de normas con rango de ley aprobadas muestra como en los primeros años – 1983-1996 la etapa de los gobiernos socialistas– se adoptaron las leyes orgánicas y ordinarias de desarrollo de instituciones constitucionales y el desarrollo esencial de derechos fundamentales, así, por citar algunas de las mas relevantes leyes orgánicas, en 1983 cinco EEAA, derecho de reunión; en 1984, ILP, habeas corpus, derecho de rectificación, criterios básicos de la Defensa nacional, tipificación de las escuchas ilegales; en 1985, LOREG y LOPJ, autorización adhesión de España a la CEE, Libertad sindical, CP militar; en 1986, FF y CC de Seguridad; en 1987, reforma de la LOREG para adaptarla a las elecciones al PE, o leyes orgánicas de delegación a las CC AA; en 1988, modificaciones CP y LECRIM; en 1989, la LOFCA; en 1990, la ley general de ordenación del sistema educativo; en 1991, reformas de 7 EE AA, nuevas reformas CP (tipificación delito de tráfico de influencias) LECRIM, y servicio militar; en 1992, seguridad ciudadana, tratamiento automatizado de datos de carácter personal, ratificación tratado de Maastricht; en 1993 no hubo leyes orgánicas; en 1994 doce reformas de EE AA, ratificación del tratado de adhesión a la CEE de Noruega, Austria, Suecia y Finlandia, o blanqueo de capitales; en 1995, Estatutos de autonomía de las ciudades de Ceuta y Melilla, ley del jurado, nuevo CP, abolición de la pena de muerte en tiempos de guerra; en 1996, LOFCA y dos reformas de EE AA.

Por lo que atañe al periodo de gobiernos del partido popular 1996-2004, en 1997, hubo una reforma estatutaria, la transferencia de tráfico a Cataluña, regulación del uso de videos y cámaras de seguridad en lugares públicos por FF y CC SS, la cláusula de conciencia de periodistas; en 1998, tres reformas de EE AA, la introducción del euro, régimen disciplinario de las FF AA, tribunal internacional de Ruanda, ratificación del tratado de Amsterdam; 1999, seis reformas de EE AA, derecho de reunión, derecho de educación (LODE), reformas LOPJ y TC; 2000, Extranjería, Ley penal del menor; 2001, reforma de la LORAFNA, LOFCA, Universidades, ratificación del tratado de Niza, ; 2002 derecho de asociación, control jurisdiccional CNI, partidos políticos; 2003, nueva

reforma de extranjería, orden europea de detención y entrega, nuevas reformas CP y LOPJ y LOREG, y, en fin, cumplimiento íntegro de las penas.

En cuanto a las leyes ordinarias de las 783 de este periodo resulta difícil un repaso pormenorizado, pero a destacar algunas que, efectivamente, son también hitos de nuestro ordenamiento jurídico, como: en la etapa de gobiernos socialistas en 1983, las de cesiones de tributos a las CC AA; en 1984, participación de las CC AA en los ingresos del Estado, objeción de conciencia y prestación social sustitutoria, o leyes de incompatibilidades y reforma de función pública; 1985, la ley de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho a las Comunidades Europeas, leyes de carácter económico presupuestario como la del IVA, u otras muy importantes en ámbito local como la de bases del régimen local, o patrimonio histórico; 1986, ley general de sanidad; 1987, propiedad intelectual o impuestos de sucesiones y donaciones; 1988, propiedad horizontal, tv privada, costas, carreteras, mercado de valores, demarcación y planta judicial, arbitraje, leyes de cupo vasco para periodos 82-86 y 87-91; 1989, modificaciones de la LEC, creación Universidad Carlos III, igualdad de trato de la mujer en el trabajo; 1990, deporte, medicamento, prestaciones no contributivas; 1991, arrendamientos rústicos, Instituto Cervantes, medidas fiscales urgentes, IRPF, Impuesto de Patrimonio; creación del CES, reforma parcial CC (testamento) y adaptación de conceptos impositivos a la CEE; 1992, IVA, Impuestos especiales, Tv por satélite, telecomunicaciones, LRJAEyPAC, puertos y marina mercante, industria, seguridad privada; 1993, cupo vasco 92-96, reconocimiento de diversas universidades privadas, blanqueo de capitales; 1994, sistema eléctrico nacional, reforma CC en lo atinente a celebración del matrimonio por alcaldes, arrendamientos urbanos, nueva reforma IVA, REF canario, banco de España, derecho de asilo y refugio ; Comisión Mixta para la UE; 1995, Impuesto de sociedades, TV por cable, TV satélite, contratos de las administraciones públicas; 1996, voluntariado, comercio minorista, asistencia jurídica gratuita, cesión de tributos a las CC AA.

Ya en la etapa de gobiernos del PP, 1997, sociedades laborales, demarcación y planta; nuevas formas de gestión del sistema Nacional de Salud, oficinas de farmacia, modificación régimen concesión tributos a varias CC AA, cupo vasco 97-2001, inspección de trabajo, ley del Gobierno, asistencia jurídica a instituciones públicas, sector eléctrico; 1998, régimen del suelo y valoraciones, residuos, telecomunicaciones, liberalización transportes, jurisdicción contencioso-administrativa, sector hidrocarburos, IRPF, retribuciones o compensaciones a partidos políticos por bienes incautados ; 1999, cooperativas, empresas de trabajo temporal, conciliación vida familiar trabajadores, defensa de la competencia, contratos administraciones públicas; 2000, reforma CC (ausencia); 2001, plan hidrológico nacional, agencia española de seguridad alimentaria, FCI; 2002, reguladora CNI, cupo vasco 2002-2006, régimen de cesión de tributos a quince CC AA, régimen de personal de las FF AA, comercio electrónico, reforma IRPF, comercio minorista, CC (nacionalidad), haciendas locales, fundaciones; 2003, arbitraje, Ley general tributaria, montes, sector ferroviario, ley general de subvenciones, telecomunicaciones, seguridad aérea, concursal, persecución blanqueo financiación terrorismo, liberalización sector inmobiliario y transportes, orden europea de detención y entrega, prestaciones sociales, nueva ordenación económica.

Por lo que atañe a la función de control e impulso, las cifras expresan por si solas un acelerado aumento del número de iniciativas de control e impulso, así, ciñéndonos al Congreso de los Diputados, de 210 interpelaciones en la II Legislatura –1982-86, 214 en la III (86-89), 225 en la IV (89-93), 142 en la V (93-96), 203 en la VI (96-99), a 338 en la VII (2000-2004). Preguntas orales en Pleno 1583, 1510, 2003, 1610, 2112, 2280 respectivamente de la II a la VII legislaturas. Preguntas orales en comisión de 244, 1593, 2464, 1865, 2829, a 4016, respectivamente de la II a la VII legislatura. Preguntas escritas de 9200, 19458, 15309, 14886, 32721, 75326, 166890, respectivamente de la II a la VII.

PNLs (proposiciones no de ley) en Pleno 96, 164, 272, 261, 439, 849 respectivamente en las sucesivas legislaturas desde la II a la VII.

PNLs en comisión 128, 245, 514, 692, 1800, 2396 respectivamente de la II a VII Legislaturas.

Comparecencias del Gobierno en Pleno 10, 26, 58, 34, 46 y 77 respectivamente. Y en comisiones 922, 271, 718, 854, 1504, 1681 en las sucesivas legislaturas.

Comisiones de investigación fueron solicitadas 9 en la II legislatura –financiación de partidos, catástrofes aéreas, Rumasa, o Agencia EFE-; 14 en la III –estado real del aparato policial, tráfico aéreo, desaparición de S Corella, espionaje a AP por funcionarios MI, o de estudio como la solicitada para analizar malos tratos a los ancianos en residencias; en la IV se solicitaron 20, sobre KIO, Ibercorp, terrenos RENFE, INSALUD, RTVE, Naseiro-Guerra, irregularidades proceso electoral 1989, de las cuales solo se crearían dos: la de RENFE y la de irregularidades en el proceso electoral 1989. En la V hubo 24 solicitudes, Roldan, información privilegiada, M Rubio, privatizaciones; Intelhorce, PER, Elosua, fondos reservados, GAL (que al no poderse crear en Congreso se constituiría en el Senado donde desde las elecciones autonómicas el PP tenía mayoría absoluta, y sería de brevísima duración), corrupción, de las que solo se crearon tres, sobre fondos DGGC.Roldán, Patrimonio M Rubio y Privatización Intelhorce. En la VI hubo 17 solicitudes de creación sobre retrasos en la AEAT, fondos reservados, ayudas cultivo del lino, Gal, Expo 92, Enersis, ERCROS, infraestructuras aeroportuarias y se crearon dos sobre AEAT y Ayudas comunitarias al lino. En la VII hubo 35 solicitudes sobre privatizaciones, SINTEL; CERA, gestiones irregulares BBVA, profesores religión, etc., y una sola aprobada sobre Gescartera.

En esta etapa se presentó una moción de censura –la segunda tras la aprobación de la Constitución–, en la III legislatura, planteada por diputados del grupo de CP, proponiendo como candidato a Antonio Hernández Mancha, moción que se rechazó en el Pleno de 30 de marzo de 1987 por 66 votos a favor, 195 en contra y 71 abstenciones. Asimismo hubo una cuestión de confianza –también la segunda– planteada en la IV legislatura por el Presidente Felipe González Márquez

el 5 de abril de 1990, confianza otorgada por el pleno con 176 votos a favor, 130 en contra y 37 abstenciones.

La tercera fase o momento crítico que abarca desde 2004 a 2015, a lo largo de las legislaturas VIII (2004-2008), IX (2008-2011), y X (2011-2015), se califica como crítico porque el parlamento pasa de ser foro de la centralidad política a ser considerado por algunos como causa o escenario de cierta decadencia política, que procede tanto de una cierta fatiga de materiales (véase, entre otros análisis, las monografías de Tudela Aranda o el número monográfico de la Revista de la UNED dedicado al Parlamento, como expresión de esta circunstancia), cuanto de elementos externos como una crítica social y mediática fortísima, y, después, su coincidencia con la crisis económica y crisis política hasta casi rozar la crisis sistémica.

En efecto, hacia la segunda mitad de la primera década del siglo XXI, se percibe en los medios de comunicación social una crítica muy general a la vida parlamentaria, y también a la situación de la vida pública, y un despunte de la abstención activa-no votar en las elecciones como crítica al «sistema» por entender que es escasamente operativo, o por considerar que «no nos representa», o que «todos los políticos son iguales», o «para qué votar solo cada cuatro años», en fin un conjunto de percepciones sociales de rechazo al parlamento en determinados sectores –muchos de ellos nuevas generaciones que se incorporan a la mayoría de edad política desde la no participación e incluso el rechazo-; hay también una «abstención pasiva» que directamente «pasa» de votar; todo ello convenientemente aireado por los medios da lugar a fenómenos que resultan demoledores para la democracia representativa y la vida del parlamento.

No es ajeno a esta situación un cierto desgaste parlamentario por varias razones: las mayorías mecánicas desde comienzos de siglo XXI, fueran estas monocolores –la popular de 2000 a 2004–, o plurales en apoyos parlamentarios aun cuando sustentaran gobiernos monocolores socialistas como sucedió de 2004 a 2011, trasladan al Gobierno el peso político, con un escaso debate parlamentario de fondo, en el que la

crítica es mas superficial que profunda y mas anecdótica que sustancial; parte del electorado vive de espaldas al debate parlamentario político, por lo demás bastante bronco, puesto que se va perdiendo ese «sentido de Estado» o carácter institucional o consenso político en que los dos grandes partidos gobernaban y hacían oposición, según los casos, pero en los grandes asuntos de Estado como la política exterior o la territorial había un elemental acuerdo, roto el primero desde la participación indirecta española en la guerra de Irak, y el segundo desde la aceptación gubernamental de cualquier reforma estatutaria en Cataluña que anticipaba la crisis del Estatuto de autonomía de Cataluña, lo paradójico de este último caso es que se había aceptado por ambos partidos políticos mayoritarios reformas igual o mas «radicales» que la del estatuto catalán, como la valenciana, lo cual, dice mucho del origen partidista mas que constitucional de la crisis territorial de este periodo.

El paso siguiente: trasladar a la calle el encono partidista por esta materia constituyó un gran error que perjudicó al sistema parlamentario mismo porque en una democracia como la nuestra, representativa, las posibilidades de alcanzar acuerdos en el parlamento pueden atemperar diferencias, pero cuando estas se trasladan a la calle las diferencias se acrecientan y radicalizan tal y como sucedió con el caso de la reforma del Estatuto de Cataluña, en la propia Cataluña y en toda España o como había sucedido con la crisis del *Prestige,* o la posición española en la guerra de Irak; si además, quienes las trasladan a la calle son los propios grupos con representación parlamentaria este palmario reconocimiento de incapacidad parlamentaria pasa factura a los mismos integrantes del Parlamento.

Añádase a ello que asoma un incipiente cambio en el sistema de partidos, en el que un partido de centro como es UPyD abre un nuevo hueco político entre los dos grandes de ámbito estatal, o que en el nacionalismo catalán un partido como ERC comienza a despuntar mas allá del tradicional conglomerado tradicionalmente mas moderado de CiU, mientras que a la izquierda del PSOE apuntan las nuevas izquierdas unidas con ecologistas o nacionalistas de izquierda, o las izquierdas

regionalistas. Así, lo que solo parecen pequeños cambios se va ordenando como tendencias a lo largo de las legislaturas en esta etapa.

No es ajeno a estos cambios partidistas un cambio de mentalidad en extremos tales como el papel social de las mujeres, o la participación en política de sectores que tradicionalmente estaban fuera de ella como pueden ser jueces o magistrados, o miembros de cuerpos o fuerzas de seguridad –las manifestaciones de guardias civiles de uniforme en 2007, o el incremento, pequeño en número pero cualitativamente significativo, de jueces en la política como ya había sucedido con el juez Garzón años atrás, el ministro Alonso, o Fernández Bermejo, durante cuyo ministerio se planteó la primera huelga de jueces en España; en paralelo a la tremenda crisis económica que a partir de 2008 va cuarteando la estabilidad económica, política y social fraguada desde la transición, porque importantes sectores jóvenes de las nuevas clases medias descienden en el nivel social –el mileurismo– o directamente emigran en busca de trabajos a la UE. Si desde los setenta el auge de una nueva clase media había sido el sostén de la transición y la estabilidad social de los ochenta y noventa, a pesar de crisis concretas temporales, la durísima y larga crisis de 2008 mina las bases de ese sistema cuando los primeros universitarios en muchas familias deben de aceptar unas condiciones de trabajo muy precarias o, directamente, marcharse fuera de España.

Por otro lado el exitoso –y costoso– Estado compuesto, también sufre su propia crisis de ajuste – ya que si la Constitución y el desarrollo primario del Estado autonómico se hizo sobre conceptos diferenciados y escalonados de autonomía: la de máximo nivel y fácil acceso –151 y D Transitoria 2ª CE para Cataluña, Galicia y País Vasco; o máximo nivel con acceso dificultoso –Andalucía-; y casos particulares como la actualización foral Navarra con la LORAFNA, y el resto de las CC AA de acceso simple y nivel básico de competencias –salvo Canarias y C Valenciana complementadas en competencias con sendas leyes orgánicas de transferencias complementarias; en virtud de lo dispuesto en el art. 148.2 CE, transcurridos 5 años y mediante

reformas estatutarias, las CC AA de régimen ordinario podrían ampliar sus competencias, lo que así se llevó a cabo en los noventa, causando una igualación competencial que situó a las Comunidades de máximo nivel prácticamente a la par que las Comunidades con competencias acrecidas, de forma que cualquier ampliación competencial de las originariamente «privilegiadas» situaba las reformas estatutarias prácticamente extramuros de la Constitución, lo que es, a mi juicio, una de las mas notorias causas de la crisis del Estatuto catalán y la posterior, y mas grave, crisis territorial, o mas que territorial, histórica, de los últimos años.

En esta etapa de triple crisis: económica, partidista, y territorial el parlamento, ya objeto de numerosas críticas, por cierto algunas bastante fuera de razón como la crítica sistemática a las retribuciones de los parlamentarios, cuando de los 27 parlamentos de la UE, el español es de los mas bajos en el cuadro retributivo de parlamentarios y en costes generales como tal institución; o la crítica a que los parlamentarios trabajan poco, con ignorancia de la existencia constitucional de periodos inter-sesiones, como si el trabajo parlamentario consistiera en un puro trabajo burocrático y a destajo, y no un trabajo en dos sedes: la parlamentaria y la de la circunscripción, causa del actual sistema de sesiones extraordinarias ordinarias en todos los meses de periodo intersesiones. Pues bien, cuál fue la realidad parlamentaria de esta etapa?, cómo desarrolló sus competencias?.

Respecto de los sujetos por excelencia, los Grupos parlamentarios, en la VIII Legislatura (2004-2008) se constituyeron 8, los tradicionales –Socialistas, Popular, CiU, Grupo vasco, IU-IC-V, CC/NC, y Mx y por primera vez ERC, que pasa a tener su propio Grupo. En la siguiente legislatura (2008-2011) disminuye en dos el número de Grupos que pasa a ser de 6: Socialistas, Popular, CiU, Vasco, ERC-IU-IC-V agrupados en el mismo Grupo, y Mx. En la X legislatura (2011-2015) fueron 7 los Grupos, incorporándose a los seis de la anterior el GP de UPyD.

En cuanto a las competencias parlamentarias y comenzando por las legislativas, en la VIII legislatura (2004-2008) se aprobaron 33

leyes orgánicas y, como en ocasiones anteriores, su contenido muestra el sesgo de la legislatura, así la ley integral de protección contra la violencia de género, o, después, la LO para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, la reformas del CP (entre otras, para tipificar los delitos contra la seguridad vial), o ratificación de España del tratado por el que aprueba una Constitución para Europa, o de los tratados de adhesión a la UE de Bulgaria y Rumania, o la ley orgánica de defensa nacional, 12 reformas de EE de AA, o la reforma de la LO ILP. Junto a ellas se aprobaron 134 leyes ordinarias en materias tales como pensiones, trabajadores autónomos, texto refundido del ET, TDT, RTVE de titularidad estatal, incorporación del sistema de carné por puntos, tropa y marinería, carrera militar, conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la AGE, EBEP, cupo vasco 2007-2011, o concierto económico con Navarra.

Hubo en la VIII Legislatura 38 Decretos-Leyes vinculados a asuntos tales como el accidente del Prestige, o indemnizaciones a participantes en operaciones internacionales de paz, o el plan hidrológico nacional, o seguridad privada. Y 10 Decretos-Legislativos como el de texto refundido del IRPF, haciendas locales, catastro, o consumidores y usuarios.

En la IX Legislatura (2008 a 2011) se aprobaron 26 leyes orgánicas que incluían la ratificación del Tratado de Lisboa, reformas estatutarias, reformas de las leyes de extranjería, LOFCA, LOPJ (implantación de la oficina judicial), de la LOTC, del CP (aborto) o LOREG. 115 leyes ordinarias como la de supresión del impuesto sobre el patrimonio, medidas urgentes en telecomunicaciones, asilo y protección subsidiaria, libre acceso a las actividades de servicio, y las que ya reflejaban la incipiente y grave crisis económica como programa temporal de reinserción por desempleo, o uso racional del medicamento. 58 Decretos –Leyes, buena parte de ellos relacionados con la crisis como los de medidas de impulso a la actividad económica, acumulación de las prestaciones contributivas por desempleo a migrantes retornados, medidas urgentes obre plan de acción concertada zona euro, o plan estatal de inserción local, saneamiento de deudas y

pagos de la administración local, reestructuración bancaria, protección desempleo, creación de fondo estatal para el empleo, gasto farmacéutico, impulso a la recuperación económica y empleo, o Fondo de apoyo a la república Helénica. Y 6 Decretos-Legislativos, incluyendo el texto refundido de la ley del suelo.

En la X Legislatura (2011-2015) se aprobaron 41 leyes orgánicas, comenzando por aquellas vinculadas a la pasada reforma constitucional del Art 135 CE y a la gobernanza económica europea, caso de la aprobación y reforma de la LO de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, o la creación de la Autoridad independiente de responsabilidad Fiscal, o Lo de racionalización del sector público; hubo también reformas estatutarias, educativas como la LOMCE, reformas de la LOPJ (que reformó la llamada «justicia universal»), reformas del CP, o LOTC (para la ejecución de sentencias), LOFCA, la Ley orgánica relativa a la abdicación de S.M. D. Juan Carlos I, la importante LO de protección de la seguridad ciudadana, y modificaciones importantes de la normativa de partidos que modificaban la LO de partidos 6/2002, la financiación partidista –LO 8/200– y otras leyes orgánicas como la de Tribunal de Cuentas.

En esta Legislatura se aprobaron 128 Leyes ordinarias, de las cuales, amén de las numerosas normas vinculadas a la crisis económica, como la de medidas urgentes de reforma del mercado laboral, lucha contra el fraude, saneamiento y venta de activos inmobiliarios del sector financiero, reestructuración de entidades de crédito, medidas urgentes de liberalización del comercio, lucha contra empleo irregular y fraude a la seguridad social, medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios y alquileres sociales, flexibilización y fomento alquiler viviendas, apoyo al emprendedor, fomento de integración cooperativas del sector alimentario, apoyo a las empresas y su internacionalización, racionalización sector público, refinanciación deuda empresarial, ordenación y solvencia entidades de crédito, medidas urgentes en materia concursal, inspección de trabajo, formación profesional y autoempleo; a destacar la aprobación de otras leyes como la creación

de la Comisión nacional de Mercados y Competencia, o la ley de transparencia, la de acción y servicio exterior del estado, Ley de tratados y otros acuerdos internacionales, modificaciones en IRPF, impuesto de sociedades, e IVA, concierto económico con el País Vasco, concierto económico con Navarra, modificación de la ley de audiovisual, telecomunicaciones, jurisdicción voluntaria, concesión nacionalidad española a sefardíes originarios de España, sistema nacional de protección civil, montes, navegación marítima, carreteras, auditoría de cuentas, sector farmacéutico, protección infancia y juventud, seguridad privada, seguridad nacional, en fin, intensa actividad legislativa a la que se añade las dos grandes leyes administrativas 39 y 40/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Régimen Jurídico del sector público respectivamente.

La extensa producción normativa de esta legislatura se completó con 75 Reales Decretos-Leyes cifra ciertamente elevada especialmente si consideramos la muy holgada mayoría absoluta que sustentaba al Gobierno Rajoy, solo explicativa por la extraordinaria y urgente situación de afrontar la enorme crisis económico-financiera, así entre estos a destacar los de saneamiento del sector financiero, medidas urgentes de reforma del mercado laboral, mecanismos de financiación proveedores de entidades locales, protección deudores hipotecarios sin recursos, medidas tributarias y administrativas para reducir déficit público, racionalización gasto público en educación, medidas urgentes sostenibilidad sistema nacional de salud, programa recualificación profesional personas que agoten prestación por desempleo, reestructuración entidades de crédito, medidas urgentes sector eléctrico, apoyo al emprendedor, medidas urgentes de carácter tributario y presupuestario, contra la morosidad de las Administraciones Públicas, adaptación del Derecho español a la UE en materia de supervisión y solvencia entidades financieras, medidas urgentes fomento del empleo, crecimiento de la competitividad y eficiencia, sistema de financiación de las CC AA y EE LL, apoyo al «mobile» de Barcelona, mecanismos de segunda oportunidad, o formación profesional para

el empleo. De los 9 Reales Decretos-Legislativos, destacan los Textos refundidos de derechos de las personas con discapacidad, uso racional del medicamento, estatuto de los trabajadores, empleo, mercado de valores, EBEP, tráfico, suelo o seguridad social.

Respecto de la competencia de control e impulso, en la VIII legislatura se registraron 2227 preguntas orales en Pleno y 3692 en Comisión, y 140.322 escritas, lo que supone cierta disminución en relación con la etapa anterior. Respecto a comparecencias en pleno la cifra fue de 101 iniciativas, y en comisión de 1309. PNL en pleno se plantearon 648, y 2504 en Comisión.

Hubo en la VIII Legislatura 16 solicitudes de creación de Comisiones de investigación sobre materias como 11M, incendios en Guadalajara, migraciones desde Marruecos, uso de aeropuertos españoles por organismos extranjeros en relación con Guantánamo, OPA Endesa, etc., de las cuales solo una se constituyó: la del 11 de marzo

En la IX Legislatura (2008 a 2011) se plantearon 1669 preguntas orales en Pleno, y 3508 en Comisión, mas 104.313 escritas. 91 solicitudes de comparecencia del Gobierno en Pleno, 1383 en Comisión, 905 PNLs en Pleno y 2329 para Comisiones. Amén de 6 solicitudes de creación de Comisión de Investigación sobre materias como intermediación política del Gobierno y utilización de recursos públicos en sectores estratégicos de la economía, intervenciones contra separación de poderes y Ministerio de Justicia, explosión de gas, wikileaks, o uso de bases militares para fines no propios. No se constituyó ninguna comisión de investigación.

A destacar la reforma constitución del art 135 CE operada en esta legislatura mediante Proposición de ley presentada por los dos grupos parlamentarios hegemónicos –Popular y Socialista– y tramitada por procedimientos especiales de lectura única en Congreso y urgencia en ambas Cámaras, desde el 26 de agosto al 7 de septiembre de 2011, y sin solicitud de referéndum de ratificación.

La X Legislatura (2011 a 2015) registró un nuevo cambio de signo político, con importante mayoría absoluta del GP Popular. Los datos

mas relevantes en materia de control e impulso político fueron los siguientes: 1440 preguntas en Pleno, 3662 en Comisión y 82.299 escritas. En cuanto a las comparecencias del Gobierno se registraron 163 en Pleno y 2320 en comisión; 1315 PNL en Pleno y 3921 en comisiones. Hubo 26 solicitudes de constitución de Comisiones de investigación sobre asuntos tales como causas de la crisis financiera, Bankia, Amnistía fiscal, financiación partidista ilegal, control de fronteras, incluso sobre el intento de Golpe de Estado del 23 F 1981,; no se constituyó ninguna.

La cuarta fase o momento neoclásico, desde el 13 de enero de 2016 –fecha de la sesión constitutiva de la XI Legislatura, hasta el Real Decreto de disolución de 3 de mayo de 2016, por disposición constitucional –art. 99.5 CE– al haber fracasado las investiduras de Presidente del Gobierno, y desde la sesión constitutiva de 19 de julio de 2016, de la XII –y actual– Legislatura, hasta el momento en que nos encontramos –septiembre de 2018–, puede afirmarse con carácter general que participa de nuevos parámetros y a la par de una recuperación del papel y el valor del Parlamento.

Los Grupos parlamentarios de 2015 a la actualidad se han ordenado conforme a lo siguiente: en la XI Legislatura (desde las elecciones de 20 de diciembre de 2015 al 3 de mayo de 2016, fecha de disolución) 8 Grupos parlamentarios : Populares, Socialistas, CUP-ECP-EM, Ciudadanos, ERC, CDC, Grupo vasco y MX; y en la XII (julio de 2016 a la actualidad) 7 Grupos, los mismos que en la anterior legislatura, excepto CDC, que con la denominación PdCat se sitúa en el Grupo MX. Hay pues dos nuevos y fuertes Grupos parlamentarios – Cs y el conglomerado de Podemos–, que irrumpen en las hasta ahora estáticas organizaciones parlamentarias con cambios en ellas pero no fuera de ellas como ahora sucede, esto genera una dinámica de actuaciones parlamentarias que afecta a lo grande y lo pequeño, desde la propia investidura que no saldrá en la XI y fallida Legislatura, la convocatoria de nuevas elecciones y, tras ellas, una nueva Legislatura inusual que ha visto numerosas novedades: de mas a menos, dos Gobiernos de

signo distinto, una moción de censura que ha prosperado dando lugar al cambio de Gobierno, la constitución de hasta 5 Comisiones de investigación frente a las tradicionales resistencias, un giro en las iniciativas legislativas en que, frente al tradicional predominio de proyectos de ley, pasa a estar dominado por las proposiciones de ley, si bien cuestión distinta es que acaben convirtiéndose en leyes; una recuperación del relevante papel del parlamento, en tanto en cuanto es sujeto y foro por excelencia del debate político, junto con ese otro foro global, amorfo y necesariamente superficial que son las redes sociales, diríase que los sujetos mas críticos se integran en el Parlamento, y con ello la percepción general es que el parlamento ha cambiado y es útil. Con lo cual, desaparece el origen de las críticas mas severas al Parlamento como tal, para pasar a ser concretamente críticas a políticas o políticos determinados, y no a la institución que se ve como «recuperada para la causa popular», hecho que nos puede llevar a considerar si las críticas previas no serían mas bien de naturaleza político-partidista que institucional, los «apocalípticos pasan a ser integrados».

Pero qué ha cambiado en el parlamento en esta última fase que analizamos?

Respecto de las competencias legislativas en la XI Legislatura, por razones obvias –su cortísima duración de 5 meses– y el protagonismo de otras competencias, al final insatisfechas, como la investidura de un Presidente del Gobierno, y sentado el principio de que las iniciativas legislativas parlamentarias no se verían afectadas por la existencia de un Gobierno en funciones que en cuanto tal ciertamente no tiene competencia legislativa– su desarrollo fue de mínimos: 1 Real Decreto-Ley, prorrogando el programa de activación para el empleo.

Distinto fue el ejercicio de competencias de control e impulso, aunque muy mediatizado por una posición numantina del Gobierno contraria al sometimiento a cualquier control político de las Cámaras alegando su no responsabilidad ante unas Cámaras que no le habían elegido, grave interpretación sustentada sobre una auto interpretación

del sistema parlamentario y, lo que es aún mas singular, con un uso alternativo de la responsabilidad de someterse a control y a los instrumentos de control, porque unos ministros o unas veces se acudía al Parlamento, mientras que otros u otras no; hasta el punto de dar lugar a un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales, pendiente de decisión del TC. Los números de iniciativas de control e impulso en esta Legislatura son los siguientes: preguntas en Pleno 22, en Comisiones 47, escritas 2590. Solicitudes de comparecencias del Gobierno ante el pleno 16, ante las Comisiones 104; PNLs en Pleno 232, en Comisiones 714. 4 Solicitudes de comisiones de investigación sobre accidente de Angrois, caso CERA, ACUAMED, o papeles de Panamá, de las cuales solo se constituyó la del CERA.

La XII Legislatura iniciada el 19 de julio de 2016 esta teniendo, hasta el momento, dos etapas: la primera que comenzó con la investidura del Presidente Rajoy Brei el 29 de octubre de 2016 –.tras la fallida del mismo candidato de 2 de septiembre del mismo año–, y se cierra con la aprobación de una moción de censura el 1 de junio de 2018, en la que resulta censurado el Presidente y elegido Presidente Pedro Sánchez, comenzando así la segunda etapa. Añádase que en el Senado, también por primera vez se plantea por el Gobierno la solicitud de autorización para aplicar el art 155 CE, lo que así se autoriza por la Cámara el 28 de octubre de 2017.

Esta compleja legislatura, en su primera etapa ha visto la aprobación de 3 leyes orgánicas –una nueva reforma de la LO de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, una reforma «técnica» de la LOREG, y una de la ley del Jurado para adecuarlo a personas con discapacidad–. 16 leyes ordinarias, que en buena parte mantienen la línea de lucha contra la crisis económico-financiera, como la ley de medidas tributarias para la reducción del déficit público, protección del consumidor vulnerable de energía eléctrica, trabajo autónomo, litigios de consumo, consumidores y usuarios, LEC (en materia de ocupación ilegal de viviendas), y en otros ámbitos, leyes sobre calendario de la LOMCE, voluntariado, TVE, patrimonio natural y biodiversidad.

Hasta el momento –agosto 2018–, ha habido 25 Reales Decretos Leyes en la etapa Rajoy, sobre, entre otros, Prevención y control de la contaminación, mercado valores, recualificación profesional personas que hubieran agotado prestación por desempleo, propiedad intelectual, sistema estiba portuaria, activación de empleo, protección deudor hipotecario, cláusulas suelo, salud del deportista, o destino superávit corporaciones locales; en la etapa Sánchez se han aprobado hasta la fecha (agosto de 2018) 6 Reales Decretos :leyes sobre Régimen jurídico del Consejo RTVE, Medidas urgentes para la adaptación al nuevo reglamento europeo de protección de datos, oferta extraordinaria de empleo público en relación a la atención a asilados y refugiados, acceso universal al sistema nacional de salud, modificación en programa de activación empleo, o medidas fruto del pacto contra la violencia de género y está pendiente de convalidación el Real decreto Ley sobre exhumación de los restos de Franco. Ha habido 1 Real Decreto Legislativo de texto refundido sobre prevención y control de la contaminación.

En lo tocante al control político: ya se ha indicado como esta Legislatura registra no solo el mayor número de mociones de censura que cualquier otra –mayo de 2017, moción de censura proponiendo como candidato a la Presidencia a Pablo Iglesias Turrión, fracasada; y mayo de 2018, moción de censura proponiendo como candidato a la Presidencia a Pedro Sánchez Pérez– Castejón, sino también el de una con resultado positivo, puesto que la moción de censura de mayo de 2018 resultó aprobada, de forma que por primera vez en nuestra historia constitucional la Moción derribó al Presidente titular y eligió un nuevo Presidente.

En lo atinente al control ordinario ha habido en la etapa Rajoy 647 preguntas para Pleno, y 38 en la etapa Sánchez – téngase en cuenta que Rajoy presidió como titular el Gobierno desde el 29 de octubre de 2016 hasta el 1 de junio de 2018, esto es diecinueve meses, mientras que Sánchez hasta el momento lleva algo mas de tres meses-; preguntas en Comisiones 1125 en la etapa Rajoy y 73 en la de Sánchez; escritas

36089 en la etapa Rajoy y 1697 en la etapa Sánchez. En cuanto a solicitudes de comparecencia del Gobierno en Pleno ha habido 48 en la etapa Rajoy y 6 en la de Sánchez. En Comisiones 1179, de las que 1058 se corresponden con la etapa Rajoy y 121 en la etapa Sánchez. PNL en Pleno 728, de las que 661 se plantearon en la etapa Rajoy y 57 en la de Sánchez: En Comisiones 3546 PNLs, de ellas 3339 en el periodo de Gobierno Rajoy y 207 en el de Sánchez hasta la fecha.

No obstante lo mas singular en esta competencia parlamentaria en la XII Legislatura es el número de solicitudes de creación de comisiones de investigación y, más aun, el de comisiones de investigación constituidas, porque se registran en esta etapa 28 solicitudes sobre atentados de Barcelona y Cambrils de 2017, CIE Archidona, Fondos mineros, Accidente Spanair, Intervención FF y CC SS el 1-10-17 en Cataluña, Bankia, Crisis financiera, CIEs, CERA, ACUAMED, bebés robados, utilización partidista del MI, en fin un largo elenco que, algo insólito hasta el momento, dará lugar a 7 comisiones de investigación sobre Accidente vuelo Spanair, accidente ferroviario de Santiago, financiación ilegal del PP, crisis financiera, Ministerio del Interior, accidente ferroviario en Santiago, y accidente aéreo vuelo JK5022 Resta por ver, para contar con datos comparativos, lo que queda el resto de la legislatura.

III. Epílogo. Sobre el carácter esencial del parlamento en democracia

Valga este epílogo como reflexión académica y más que funcionaria parlamentaria.

Desde este punto de partida cabe exponer algunas ideas; en primer lugar, de los datos expuestos ya se infieren tendencias y la primera y obvia es que la XII Legislatura constitucional –también lo fue la XI– es una legislatura abierta en la que puede suceder de todo y así ha venido siendo (dos Gobiernos distintos, aprobación de una moción de censura, predominio de las proposiciones de ley sobre los proyectos, presidencias

de órganos constitucionales a cargo de personas de diferente factura ideológica, proliferación de comisiones de investigación etc. etc.,

En segundo lugar, una percepción: que todo, hasta aquello mas extraordinario, está previsto en el texto constitucional que, a estas alturas, se creía por muchos obsoleto, cuando los acontecimientos de la legislatura vienen a decir lo contrario, que hay previsiones constitucionales que no por su aplicación extraordinaria o inusual sean menos ordinarias en cuanto a su integración constitucional; y, además, las competencias parlamentarias han funcionado a satisfacción, en una y otra Cámara, en circunstancias constitucionales extraordinarias. Esta sería, a mi juicio, la principal lectura de esta última etapa y el colofón de este repaso apresurado a nuestra historia parlamentaria equivalente a nuestra historia democrática de los últimos cuarenta años.

La tercera observación es que integrados los disidentes en algunos casos anti parlamentarios de etapas anteriores, el Parlamento vuelve por sus fueros como el clásico lugar de debate, contraste de políticas y legitimador de actuaciones políticas, a la par que se expande la percepción de legitimación desde el Parlamento. Lo que desplaza el escenario de la vieja crítica del objeto –crítica al parlamento o al parlamentarismo –, hacia los sujetos –crítica a determinados parlamentarios o grupos parlamentarios, o directamente a partidos políticos. Esto es muy positivo para el sistema institucional, para la propia democracia representativa, aunque quizás no tanto para la ética política porque pone de manifiesto todo el «personalismo» o «subjetivismo» de la crítica política previa, aparentemente al parlamento, pero sustancialmente al sujeto político *schmittiano* «enemigo».

La cuarta observación es que el Parlamento cuenta con una vis atractiva extraordinaria porque conforma a los integrantes, los acomoda a sus usos, reglas y costumbres, considérese cómo los novísimos se han adaptado a las reglas del debate y sesiones y hacen uso de los instrumentos del parlamentarismo, de lo mas a lo menos, desde la legítima pretensión de incluir asuntos en los órdenes del día, a los

requerimientos de la debida cortesía, o de los repartos de cuotas parlamentarias en diferentes ámbitos –viajes, espacios etc.,– a, incluso, competir por algo tan aparentemente banal como la ubicación en las sedes parlamentarias –la lucha por la visibilidad– o el reparto de despachos.

La quinta observación es que ha habido también cambios en los tipos de iniciativas, claramente en las legislativas el vuelco de la hegemonía de la iniciativa gubernamental –proyectos de ley–, hacia otros autores – proposiciones de ley parlamentarias básicamente; el recurso a disposiciones gubernamentales con rango de ley –sobre todo Reales Decretos Leyes, cuyo hecho habilitantes según la Constitución es la «extraordinaria y urgente necesidad», tradicionalmente interpretado como urgencia normativa y que, en los últimos tiempos empieza a despuntar como «necesidad normativa». O, en otro orden de cosas, el triunfo de instituciones de control con sanción jurídica – aprobación de la moción de censura–, o de aquellas que tradicionalmente se adoptaban de forma excepcional, como las comisiones de investigación. O, en el terreno de la organización, se ha experimentado un incremento importante del número de comisiones, o subcomisiones en Congreso a la par que un activismo de comisiones realmente notable.

La sexta observación atiende a los cambios sociológicos en la composición parlamentaria, en las dos últimas legislaturas, de doble signo: la feminización del Parlamento – nunca hasta las últimas legislaturas ha habido tantos y tan relevantes puestos ocupados por parlamentarias: presidencias (hubo ciertamente dos presidencias ocupadas por dos parlamentarias en el pasado, en una y otra Cámara, y algunas notorias Presidentas de Comisión, pero las Mesas como órganos colegiados eran de predominio masculino), lo que ahora ha cambiado–, o la portavocía en pleno o en comisión-; y, además, sociológicamente un rejuvenecimiento de los parlamentarios, habiendo bajado no solo el promedio de edad, sino modificada la procedencia sociológica con nuevas y «jóvenes» profesiones y roles sociales, bastantes de ellas vinculadas en origen a movimientos sociales como consejos ciudadanos,

u ONGs, activistas de movimientos sociales diversos (por la vivienda, la ecología, el derecho, la sanidad pública), dinamizadores culturales, directores de teatro, cine, poetas y poetisas, en suma, un universo sociológico muy diferente al de legislaturas anteriores.

Por último, en séptimo lugar, lo que sin duda es mas relevante y seguramente colofón de lo anterior, se ha asentado la noción de que el Parlamento constituye el órgano esencial de la democracia, lo que supone que se refuerza la misma democracia representativa frente a veleidades pasadas con la democracia directa. ¿Quién pone hoy en cuestión, como sucedía hace unos pocos años, que el Parlamento es el órgano representativo y por ende el foro de expresión de legitimidad política por excelencia?, ¿alguien en las Cámaras o en los Medios discute este axioma?, ¿han suplantado las redes sociales y los foros electrónicos al Parlamento?, ¿se considera que los parlamentarios trabajan poco?, ¿se sigue hablando de que los parlamentarios ganan mucho dinero y se dedican poco a su actividad?, ¿se pone en cuestión la eficacia del Parlamento?, ¿sigue estando en la agenda pública la crítica al parlamentarismo?.

Un breve repaso a la información y opinión en los Medios y en los estudios de opinión nos muestra que la respuesta es negativa. Se respeta la naturaleza, funciones y capacidad legitimadora del Parlamento; los foros y redes sociales han quedado como complemento de actuaciones políticas parlamentarias, ciertamente los parlamentarios, políticos en general, y partidos se expresan en los foros, pero estos son anunciadores o voceros de opiniones o actuaciones parlamentarias, en otras palabras se han instrumentalizado las redes sociales al servicio de la política y el parlamentarismo, no han sustituido como espacio público al Parlamento; prácticamente ha desaparecido como una información u opinión recurrente la crítica al escaso trabajo parlamentario –evidentemente falsa ahora, como han podido comprobar los nuevos protagonistas, y en muchos casos falsa antes-; ya no se reiteran esas demagógicas opiniones sobre el exceso de retribuciones de los parlamentarios –también falsas las mas de las veces–, por lo demás

con niveles retributivos que han de estar equiparados a su importante función, sin complejos de excesos, porque el problema no es este, sino el uso espurio de la condición de parlamentario para otros menesteres, que tiene incluso su tipificación y sanción en el Reglamento parlamentario, (art 17 RCD y Acuerdo de la Mesa del Congreso de 17 de febrero de 1990).

Desde sus sujetos y desde la ciudadanía el Parlamento se percibe como eficaz, las ruedas de prensa parlamentarias se han multiplicado, nunca como estos últimos dos años ha estado la sala de conferencias de prensa tan solicitada y concurrida, la asistencia de Medios, los periodistas y Medios acreditados suponen tal número que se ha llegado incluso a reformar las instalaciones de prensa del Congreso y es que, en efecto, ha habido un cierto cambio de paradigma parlamentario, de ser una institución objeto de fácil crítica, ha pasado a ser una institución mas fuerte, valorada y considerada.

Para terminar una última reflexión: quiere ello decir que estamos en una edad de oro del parlamentarismo?, A mi juicio no exactamente, mas bien en un proceso de recuperación paulatina. Si de toda esta compleja y profunda crisis política hemos conseguido avanzar en esta renovación y reforzamiento del parlamentarismo ya sería un digno avance; ahora, si la consideración es que el Parlamento sirve solo cuando se esta dentro, confundiendo la crítica política con la institucional, entonces estaríamos ante una comedia, y, muy probablemente, encima, sin final feliz.

Los senadores de designación autonómica como instrumento de articulación de las relaciones entre Parlamentos

Raquel Marañón Gómez
Secretaria General de la Asamblea de Madrid.
Letrada de las Cortes Generales.

Resumen

En al artículo se aborda el estudio de la regulación estatal y autonómica de los senadores de designación autonómica como instrumentos para el reforzamiento e institucionalización de las relaciones entre los diferentes Parlamentos Autonómicos y las Cortes Generales, motor esencial para potenciarlas en el entendido de que estas en un estado compuesto como el nuestro se realizan en pie de igualdad y desde la necesaria lealtad y cooperación entre las diferentes fuentes de producción normativa.
Palabras clave: parlamentos, asambleas autonómicas, senado, senadores de designación autonómica.

Resum

En a l'article s'aborda l'estudi de la regulació estatal i autonòmica dels senadors de designació autonòmica com a instruments per al reforçament i institucionalització de les relacions entre els diferents parlaments autonòmics i les Corts Generals, motor essencial per a potenciar-les, en el benentès que aquestes, en un Estat compost com el nostre, es realitzen en peu d'igualtat i des de la lleialtat i cooperació necessàries entre les diferents fonts de producció normativa.
Paraules clau: parlaments, assemblees autonòmiques, senat, senadors de designació autonòmica.

Abstract

This article deals with the national and regional regulations of senators elected by the legislative Assemblies or superior collective bodies of the Regional Governments as driving forces to enhance the inter-relationships between Regional Assemblies and the Cortes Generales, which in a compound state like ours must necessarily take place on an equal footing and be developed on the basis of loyalty and cooperation between the different law-making bodies.

Key Words: Parliaments, Regional Assemblies, Senate, Senators elected by legislative Assemblies or superior collective bodies of the Regional Governments.

Sumario

I. Introducción.
II. Requisitos para ser designados.
III. Procedimiento de Designación.
IV. Los Senadores de Designación Autonómica como instrumentos de información e integración.
V. Duración y terminación del mandato.
VI. Bibliografía.

I. Introducción

El apartado quinto del artículo 69 de la Constitución española tras consagrar a la Cámara alta como cámara de representación territorial introduce la figura de los senadores de designación autonómica al indicar que las comunidades autónomas designarán además un senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea Legislativa o en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos que asegurarán, en todo caso la adecuada representación territorial.

En opinión de Fernández Segado y citando a su vez reflexiones de autores como Bastida y Caciagli su existencia es resultado de un compromiso si bien su presencia, en número sensiblemente inferior frente a los senadores de elección popular facilita argumentos que desvirtúan la afirmación del Senado como cámara de representación popular.

En palabras de Fernández Segado es inaceptable entender que estos senadores son la voz de las Comunidades Autónomas en la Cámara alta. No podemos dejar de compartir la premisa que además ha hecho suya el Tribunal Constitucional, indicando que su representación es *reprasenetatio in toto* no *singuliter* y que el hecho de haber sido designados por una Comunidad Autónoma hace referencia al título con el que acceden al escaño pero no interfiere en modo alguno en la prohibición del mandato imperativo del artículo 67.2 del texto constitucional y por tanto la exclusión de todo sometimiento jurídico a voluntades ajenas al representante.

Si bien eso es así en sentido estricto, los senadores autonómicos no son la voz de la Comunidades Autónomas, sí dan voz o deben dar voz a las Comunidades Autónomas y a sensu contrario deberían ser instrumentos o catalizadores de articulación en las comunidades autónomas de origen para dar a conocer la actividad del Senado.

Partimos de la premisa de que es necesario potenciar la relación existente entre las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos, que

encuadrada en la lealtad y cooperación institucional es la manifestación parlamentaria del estado compuesto.

Mi doble condición de Secretaria General de la Asamblea de Madrid desde hace ya cinco años y mi pertenencia al cuerpo de letrados de las Cortes Generales me lleva a afirmar empíricamente que los retos parlamentarios y administrativos son muy similares y tan solo la dimensión presupuestaria o la repercusión en materia de personal o mediática es variable. No es primera y segunda división sino que estamos ante niveles competenciales distintos. Ello conlleva que una relación fluida a nivel administrativo y a nivel político permite dar mejor respuesta a los retos y problemas que se planteen.

Con independencia de fomentar la sentida necesidad de intercambiar experiencias a nivel administrativo que tengan como escenario o protagonista al Senado, la Constitución española nos dota de instrumentos como las proposiciones de ley autonómica o los propios senadores de designación autonómica para potenciar esas relaciones y como fórmula de cohesión del estado.

La designación de estos senadores, instrumentos de cohesión del Estado, compuesto en su diseño constitucional, se realizará por la Asamblea legislativa o en su defecto el órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos de Autonomía.[1]

---

1 Las diferentes Comunidades autónomas poseen regulaciones diferenciadas que en algunos casos se limitan a una sucinta referencia al artículo constitucional que es desarrollado por ley autonómica. Y en otros casos la regulación es pormenorizada. Algunas comunidades vinculan el mandato con la condición de diputado autonómico y en otros casos no se requiere tal condición. No es posible realizar un estudio amplio de los diferentes regímenes en estas líneas pero todos ellos han sido sistematizados por Piedad García– Escudero en la obra de los Senadores Designados por las Comunidades Autónomas, de obligada consulta.

En cuanto a la normativa aplicable para Andalucía son los artículos 103, 106 y 223 del Estatuto de Autonomía, la Ley 19/2007, de 17 de diciembre, de designación de Senadores y Senadoras en representación de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El artículo 180 del Reglamento Parlamentario Andaluz y la Resolución de la Presidencia de 9 de abril de 2008 que lo desarrolla. En Aragón se contiene el artículo 41 del Estatuto de Autonomía y los artículos 277 a 285 del vigente Reglamento y en la Ley 18/2003, de 11 de julio, sobre designación de Senadores en representación de la Comunidad Autónoma de Aragón. Para Asturias la regulación se contiene en artículo 24 del Estatuto de Autonomía y en el 224 del Reglamento

En relación al número a designar por cada Comunidad Autónoma se combinan dos criterios, un mínimo por territorio y otro variable en función de la población. Ha sido la LOREG la que ha desarrollado la parca regulación constitucional. El artículo 165.4 de la LOREG establece que las Comunidades Autónomas designan además un senador y otro más para cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponde a la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan sus Estatutos, que aseguran, en todo caso, la adecuada representación proporcional. A efectos de dicha designación el número concreto de Senadores que corresponda a cada Comunidad Autónoma se determinará tomando

parlamentario y su desarrollo se contiene en la Ley 4/1983, de 4 de agosto, reguladora del procedimiento de designación de Senadores por el Principado de Asturias. Baleares lo regula en exclusiva en su Estatuto de Autonomía (artículos 50,64 y Disposición Transitoria Séptima) y en el artículo 189 del Reglamento. Igual sucede en el ámbito Canario donde la regulación es exclusivamente estatutaria en su artículo 13 y reglamentaria (artículos 8, 198, 199 y Disposición Adicional Tercera). En Cantabria la escueta regulación estatutaria del artículo 9 y el solitario artículo 191 del Reglamento ha sido complementado con la Ley 6/1983, de 4 de julio, sobre procedimiento para la designación de Senador en representación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Castilla La Mancha parte del Estatuto de Autonomía en su artículo 9 y del artículo 100 del Reglamento que fue asimismo objeto de desarrollo en una interesante Resolución de la Presidencia (Norma interpretativa de la Presidencia de las Cortes de Castilla-La Mancha, de 20 de noviembre de 2001, sobre el artículo 100.1 del Reglamento de la Cámara) que tendremos ocasión de comentar en el cuerpo del artículo y cuenta además con su propia ley reguladora: Ley 4/1985, de 26 de junio, sobre designación de Senadores representantes de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Castilla y león sigue el esquema del desarrollo legislativo en la Ley 7/1987, de 8 de mayo, por la que se regula el procedimiento de designación de Senadores de la Comunidad de Castilla y León. que completa el artículo 24 del Estatuto de Autonomía y el artículo 170 del vigente Reglamento. Cataluña sigue un esquema similar de regulación: Estatuto de Autonomía (artículos 61.y 179), Ley de desarrollo: y regulación en reglamento parlamentario resultando especialmente interesante el régimen de comparecencias e información que regula en el artículo 153. Valencia desarrolla también por Ley la normativa estatutaria y reglamentaria en la Ley 9/2010, de 7 de julio de 2010, de Designación de Senadores o Senadoras en representación de la Comunitat Valenciana. Extremadura, Galicia, Navarra y Madrid lo regulan básicamente en el reglamento, partiendo del precepto estatutario. (Extremadura. Artículos 244 a 247 de su Reglamentos., Galicia artículo 165 del vigente Reglamento, Navarra en el artículo 208 del Reglamento y en Madrid artículos 223 a 226 del RAM). Murcia y País Vasco lo regulan en las tempranas leyes: Ley 6/1983, de 22 de julio sobre designación de Senadores de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y Ley 4/1981, de 18 de marzo, sobre designación de Senadores representantes de Euskadi (BOPV núm. 17, de 12 de mayo de 1981). Igual regulación legal posee La Rioja, a través de la Ley 9/1994, de 30 de noviembre, de designación de Senadores en representación de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

como referencia el censo de población de derecho vigente en el momento de celebrarse las últimas elecciones generales al Senado. La Junta Electoral Central en su Acuerdo de 23 de mayo de 1996 ha establecido que la referencia demográfica temporal a tener en cuenta a efectos de dicha designación es la de las elecciones al Senado celebradas con anterioridad a la elección y constitución de la Asamblea legislativa autonómica correspondiente que procede a dicha designación y en el Acuerdo de 15 de febrero de 2000 aclara que el instrumento demográfico al que se refiere el artículo constitucional y que replica la LOREG, es decir el censo de población de derecho vigente en cada momento es el censo de población y no el padrón de habitantes y está constituido por las cifras oficiales de población que elabora el INE.

II. Requisitos para ser designados

En relación a los requisitos para poder ser senador de designación autonómica existen regulaciones variadas que oscilan entre aquellas Comunidades Autónomas que lo reservan a los diputados de la cámara autonómica (Canarias, Cantabria, Madrid, La Rioja, Extremadura y Castilla La Mancha) y el resto de las Comunidades Autónomas donde cualquier ciudadano que sea elector y que ostente la condición política de la respectiva comunidad autónoma, no esté incurso en causa de inelegibilidad puede ser propuesto.

En tal sentido en el artículo 19/2007 de 19 de diciembre de Senadores de Designación Autonómica de Andalucía establece como causas de inelegibilidad específicas además de las establecidas en la legislación electoral, los altos cargos de la administración de la Junta de Andalucía, los miembros de la Mesa del Parlamento, los Presidentes de las Diputaciones y los alcaldes y alcaldesas. El artículo 2 de la Ley 4/1981 sobre designación de senadores representantes de Euskadi recoge expresamente a los componentes del Tribunal Constitucional, los altos cargos de la administración del Estado, con excepción de los miembros del Gobierno del Estado, el Defensor del Pueblo, los

Magistrados, Jueces y Fiscales en activo, los militares profesionales y miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y policía en activo y los miembros de las Juntas Electorales.[2]

La opción estatutaria por una u otra formulación pondera cuestiones tales como evitar la acumulación de actas en el caso de aquellas Comunidades Autónomas que optan por no circunscribir las candidaturas a diputados de la cámara autonómica y en el caso de restricción a estos la Ley 4/1985 de 26 de junio de Senadores de Designación Autonómica de Castilla La Mancha en su exposición de motivos justifica esta opción con dos argumentos, por un lado el mantenimiento de la correlación directa e inmediata entre Cortes y Senado y en segundo lugar por el reforzamiento que esta opción realiza de la intervención de los electores en el proceso de designación de los senadores.

No obstante, es preciso matizar que en el ámbito de las Comunidades Autónomas que restringen los posibles candidatos a diputados de la cámara autonómica a su vez se pueden diferenciar entre aquellos que vinculan la condición de senador de designación autonómica al mandato del diputado regional y aquellas que no.

Así por ejemplo esa vinculación se declara en el artículo 8 del Estatuto de Autonomía de Cantabria o en el artículo 16 del Estatuto de Autonomía de Madrid por lo que solo quien ostente la condición plena de diputado puede ser designado y la pérdida de dicha condición lleva aparejada o comporta la de senador designado por la Comunidad Autónoma.

Cabría por tanto una eventual renuncia a la condición de senador de designación autonómica exclusivamente, lo que se haría en el Senado que inmediatamente calificado el escrito trasladaría a la cámara autonómica a los efectos de proceder a la cobertura de la vacante. De modo inverso la renuncia a la condición de diputado comporta que la

2 Este artículo fue objeto de recurso de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional en sentencia de 18 de diciembre de 1981 lo desestimó.

cámara autonómica traslade al senado la misma. Igual vinculación se produce en el ámbito de Castilla La Mancha.[3,4]

En Canarias conforme al artículo 13 de su Estatuto de Autonomía los candidatos han de ser diputados autonómicos, no obstante su designación por el pleno del parlamento canario y la posterior aceptación comporta la renuncia a su condición de diputado autonómico.

Así paralelamente el artículo 8 del Reglamento del Parlamento de Canarias establece que el diputado perderá su condición de tal por la aceptación de su designación como senador representante de la comunidad autónoma de Canarias y añade que los efectos de la aceptación se entenderán producidos desde la cumplimentación de los requisitos previstos en el Reglamento del Senado para la perfección de la condición de senador.

En Extremadura esta designación no es *ope legis* una causa de pérdida de la condición de diputado y así el diputado podrá optar por mantener su escaño autonómico o bien renunciar al mismo, sin perjuicio de su condición de senador con mandato vinculado a la legislación autonómica.

En Andalucía donde se opta por el modelo de no limitación de las posibles candidaturas a diputados, se excluye a los candidatos diputados del trámite de audiencia pública (artículo 4.3 de la Ley 19/2007 de 17 de diciembre). Es en esta vigente regulación en la que se modifica la anterior vinculación a la condición de diputado al igual

---

3 La comunicación de la renuncia del Senador en representación de la Comunidad Autónoma se traslada por el Presidente del Senado a la Cámara autonómica, al grupo parlamentario correspondiente del Senado, a las Direcciones de Presupuestos y Contratación, de Recursos Humanos y Gobierno Interior y a la Intervención de la Secretaria General así como se orden su publicación en la web del Senado.

De esta comunicación toma conocimiento la Mesa del Parlamento Regional y declarara la vacante dando traslado al grupo originalmente proponente de las misma para que conforme a reglamento proceda a efectuar una nueva designación.

4 Así en el supuesto de renuncia a la condición de diputado autonómico cuando esta estuviese vinculada a la de senador designado en el acuerdo de la mesa en la que se califica la renuncia se incluiría como parte del mismo informar al Presidente del Senado de la pérdida de la condición de senador y solicitar al grupo parlamentario al que perteneciese que proceda a efectuar propuesta de designación de candidato para la cobertura de la vacante.

que la Ley 18/2003 de 11 de julio aragonesa que elimina la vinculación que existía también en la primigenia regulación del texto de la Ley 3/1983 de 28 de septiembre.

Necesario es comentar que la ley andaluza introduce en relación a las candidaturas el criterio de la paridad y establece que en su conjunto, las propuestas de los grupos deberán garantizar que cada uno de los sexos esté representado en la forma más cercana a la paridad y como mínimo se ha de garantizar un 40%.

Las propuestas se presentan generalmente acompañadas del currículum vitae del candidato a efectos de verificar como establece la normativa catalana la «trayectoria profesional o política relevante» y de la aceptación del candidato siempre y cuando esto no se efectúe presencialmente en el Pleno.

La regulación aragonesa detalla indicando que el escrito firmado por el portavoz se acompañará de los datos personales del candidato, escrito de aceptación, declaración de no estar incurso en causa de incompatibilidad y documentos que acrediten su elegibilidad.

III. Procedimiento de Designación

El procedimiento para la designación de Senadores arranca con la fijación del número de senadores que corresponde elegir a cada Comunidad Autónoma. Se requerirá de un acuerdo de la Mesa de la Asamblea sobre la distribución entre los grupos parlamentarios del número que corresponda a cada uno de ellos siguiendo criterios de proporcionalidad. Acordada pues la cuota de reparto, se procede a la apertura de un plazo de presentación de solicitudes.[5]

5 Un modelo de acuerdo de Mesa sería el siguiente: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 69.5 de la Constitución, 165. 4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, xx del Reglamento del Parlamento, y una vez examinada la certificación expedida por la Delegación Provincial del Instituto Nacional de Estadística referida al censo de población de derecho vigente en el momento de celebrarse las últimas elecciones generales al Senado que tuvieron lugar el xxx, se fija en xxx el número de Senadores que correspondería designar y se acuerda aprobar la siguiente distribución proporcional.

La fijación del número de senadores se atribuye mayoritariamente a la Mesa de acuerdo con la Junta de Portavoces (así sucede en Andalucía, Asturias, Cataluña y Madrid entre otros). No se requiere el acuerdo de la Junta de Portavoces que se entiende que será en todo caso oída en Aragón, Baleares, Castilla y León y La Rioja.

Aunque el reglamento parlamentario nada indique la conveniencia de la participación de la Junta de Portavoces es evidente pues aunque la fijación del número de senadores pudiera parecer una simple operación aritmética, lo cierto es que encierra una dimensión política–institucional evidente y de ahí la conveniencia de integrar a la Junta de Portavoces en el trámite de determinación.

El criterio será el de la proporcionalidad en el reparto y los posibles empates se dirimirán por el número de votos obtenidos por las formaciones políticas en los comicios precedentes. En la regulación de Castilla y León a tal efecto se establece que se entenderá por el número total el que resulte de sumar partidos, coaliciones o agrupaciones de electores integrados en el grupo.

Idénticas consideraciones pueden ser hechas en este punto sobre la fijación del plazo que puede realizarse en un único acto, es decir mediante un único acuerdo de mesa que fije el número de senadores a designar y el plazo para formular las propuestas.

Debemos tener presente que determinadas regulaciones autonómicas configuran un plazo máximo en el que estos acuerdos preparatorios han de ser tomados y que impide que bien por falta de acuerdo o por filibusterismos varios pueda dilatarse la designación de senadores autonómicos.

Así por ejemplo Aragón concede un plazo máximo de 30 días desde la constitución definitiva de la Mesa, que son 20 en el País Vasco.En Castilla La Mancha se concreta en 20 días desde la celebración de las elecciones. También es este el *dies ad quo* en Castilla y León pero el plazo es de 30 días.

En Cantabria son tan solo 8 días desde la elección de la Mesa el plazo para fijar el número de senadores y en el plazo máximo de 10 días naturales deberán de ser propuestos los candidatos.

Por tanto el *dies ad quo* se toma en algunos casos desde la fecha de las elecciones lo que de facto acorta el plazo real pues no es hasta la constitución de la Mesa cuando la nueva cámara está plenamente operativa.

En algunas regulaciones la fijación del plazo corresponde al Presidente, así por ejemplo en Andalucía, Baleares, Castilla y León y Cataluña.

Las candidaturas deben de ser objeto de examen por parte de la Cámara para determinar que no incurren en ningún tipo de incompatibilidades y el cumplimiento de los requisitos que hayan sido establecidos estatutariamente o por desarrollo legislativo.

La verificación del cumplimiento de este requisito se encomienda en Aragón a la Comisión de Reglamento y Estatuto del Diputado y siguiendo la exhaustiva regulación de plazos que se hace en los artículos 277 a 283 de su reglamentos, se otorga un plazo máximo de 5 días para que si se observase posible incompatibilidad se comunique al portavoz del grupo y al interesado concediéndole un plazo de cinco días para optar. Si agotado este no se hubiese ejercitado el derecho de opción se concederá un plazo de 5 días al grupo parlamentario proponente para formular nueva propuesta.

El dictamen final en todo caso tendrá que ser evacuado dentro de los 15 días desde la encomienda.

En Asturias es también la Comisión de Reglamento la encargada de llevar a cabo esa verificación, al igual que en La Rioja que posee un plazo brevísimo de tan solo 48 horas para llevar a cabo el dictamen sobre las incompatibilidades. En el País Vasco la verificación la realiza la Comisión de Incompatibilidades y en Castilla La Mancha la Comisión del Estatuto del Diputado en el plazo de 15 días.

En este punto recordar que en la regulación andaluza se recogen expresamente las audiencias públicas de los candidatos que no son

necesarias en el supuesto de que los candidatos ostenten la condición de diputado, lo que no deja por un lado de ser una suerte de presunción de idoneidad por el hecho de ser representante de los ciudadanos elegido previamente en las urnas y quizás también para evitar «politizar» estas audiencias. La Ley 9/2010 de 7 de julio valenciana introduce también estas como punto esencial. El trámite de comparecencia ante Les Corts de los candidatos propuestos se produce a los efectos de conocer sus méritos y trayectoria.

La designación culmina con la elección en el Pleno de la Cámara autonómica. Esta es un máxima general. Aragón establece un plazo máximo en el que tendrá que desarrollarse esta sesión y que no podrá ser superior a los 20 días siguientes a la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón de las candidaturas.

La votación se configura como una única votación, secreta y por papeletas en las que solo se podrá escribir un solo nombre. Así se contempla igualmente en Cantabria y Castilla La Mancha.

En Madrid por su parte tan solo se establece la votación de conjunto y por tanto cabe, como ha sido una práctica, la votación por asentimiento de la cámara.

Como no existe debate previo sobre la propuesta, cabe en todo caso explicación del voto, previa solicitud de los grupos parlamentarios.

Respecto a los votos necesarios y posibles empates, Aragón introduce en su regulación que las candidaturas se entenderán ratificadas cualquiera que sea el número de votos válidos que obtengan. No existiendo de modo general mayorías cualificadas, excepciones hechas de Cantabria donde se requiere en primer lugar mayoría absoluta y sino será designado el que obtuviese en sucesivas votaciones el mayor número de votos.

En la regulación del País Vasco se detalla que resultarán elegidos el/los que obtengan mayor número de votos emitidos siempre y cuando sumasen al menos una cuarta parte de los votos y no pudiendo ser en ningún caso elegidos todos a propuesta de un mismo grupo.

Las reglas para dirimir el empate se solventan de modo muy similar en el panorama autonómico, atendiendo al número de votos obtenidos

por la formación proponente siendo que en La Rioja se obliga a realizar hasta cuatro votaciones.

Así por ejemplo en Castilla La Mancha el propuesto será el del grupo mayoritario y si este persistiese el grupo que hubiese tenido mayor número de votos en las elecciones. Idéntica regulación posee el País Vasco.

La designación ha de ser aceptada por el candidato y se procederá una vez designado a su proclamación. Asistimos en este punto a dos modelos diferenciados y así en algunos supuestos la aceptación consta por escrito en el momento de la presentación de la candidatura mientras que otras regulaciones introducen un elemento de mayor solemnidad al producirse la aceptación en el pleno una vez proclamados en la misma sesión en que esta se produjese, que de no ser así por impedimento, serán requeridos (caso este de Aragón) para hacerlo por escrito dirigido a la Presidencia de la Cámara en el plazo de 5 días desde la designación o en la regulación de La Rioja, en la siguiente sesión plenaria que se celebre.

La credencial del mismo es emitida por la Cámara autonómica y firmada esta se realiza por triplicado entregando una al Senador designado, otra al Senado y una tercera que se conserva en el Parlamento Autonómico a efectos de archivo. Aquí existen en el ámbito autonómico tres modelos diferenciados. Mayoritariamente se atribuye a la Mesa la expedición de la credencial (así por ejemplo Castilla La Mancha, León, Aragón, Asturias, Baleares entre otros), otro modelo es el de encargar al Presidente de la Cámara la expedición de la credencial, lo que hacen Madrid y Extremadura y por último el modelo de La Rioja en que corresponde al Secretario General de la Cámara, al que además se otorga un plazo máximo de 7 días para su expedición que deberá ser remitida al Presidente del Senado y al interesado.

Los tres modelos son válidos y tienen su razón de ser, bien sea encomendárselo al órgano rector, la Mesa, o a quien ostenta las relaciones con terceros, la Presidencia de la Cámara o al Secretario del Parlamento que en muchas legislaciones autonómicas es también el Secretario de la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma.

Si durante la legislatura se produjesen vacantes coinciden todas la Comunidades Autónomas en no alterar la proporcionalidad inicial correspondiendo la cobertura de la misma al grupo que lo propuso inicialmente. Asturias, acertadamente, introduce un plazo máximo de cobertura de 15 días desde que se produce y de modo similar se contempla en la regulación vasca.

Efectuadas las designaciones de senadores, las modificaciones que puedan producirse en la composición no alterarán la distribución proporcional por lo que seguirá correspondiendo al grupo inicialmente proponente la cobertura de la vacante como se señala en la normativa de Extremadura, lo que preserva esta de los posibles avatares de la legislatura y cambios en la correlación de fuerzas.

IV. Los Senadores de Designación Autonómica como instrumentos de información e integración

Una vez que han resultado designados y han perfeccionado el cargo de Senador en la Cámara alta el mandato es pleno e irrevocable sino por las causas de pérdida de la condición de senador reguladas en el Reglamento del Senado. Los Senadores de designación autonómica no reciben instrucción alguna del Parlamento de origen y su desempeño está presidido por la prohibición del mandato imperativo. Su actuación en defensa del interés de la Comunidad de procedencia es libre, y cierto es decir que mediatizada por la incorporación a los grupos parlamentarios en el Senado, con la independencia de la existencia de grupos territoriales que en todo caso como establece el artículo 32 del Reglamento del Senado se podrán constituir.[6] Todo ello sin perjuicio de la labor de información que pueden desarrollar.

6 El Reglamento del Senado en el artículo 32 establece que dentro de los grupos parlamentarios que se compongan de Senadores elegidos en el territorio o por las Asambleas legislativas u órganos colegiados superiores de dos o más Comunidades Autónomas, podrán constituirse grupos territoriales. Ningún Senador podrá formar parte de más de un grupo territorial.

En la STC 123/2017 de 2 de noviembre el más alto Tribunal asienta esta idea en recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 10/2016, de 28 de octubre de la Generalitat Valenciana intitulada de modificación de la Ley 9/2010 de 7 de julio de designación de senadores y senadoras en representación de la Comunidad Autónoma que abría la puerta en un nuevo artículo, el 14 bis, a la revocación por la Asamblea autonómica a partir de una propuesta parlamentaria motivada en la pérdida de confianza por el incumplimiento de las obligaciones del senador o senadora así como actuaciones que comporten el desprestigio de las instituciones. Igualmente en el artículo 16 se establecía el carácter obligatorio de las comparecencias de los senadores ante la Cámara a solicitud de los grupos parlamentarios para informar sobre temas relacionados con la actividad parlamentaria, al menos con carácter anual y a petición de dos grupos parlamentarios. El Tribunal Constitucional parte del axioma de que los senadores de origen autonómico, una vez designados e integrados en la Cámara de representación territorial, ostentan posición constitucional idéntica a la de los demás miembros de las Cortes Generales y por ello su representación es *in toto* no *singulitater* y les es de plena aplicación la prohibición del mandato imperativo del artículo 67. 2 de la Constitución. En relación a las comparecencias y a

Cada grupo territorial estará integrado, al menos, de tres senadores elegidos por el electorado del territorio o designado por la Asamblea legislativa u órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma respectiva.

Los grupos territoriales intervienen en los casos y formas establecidos en los artículos 43 y 85 del Reglamento del Senado.

Esto es, conforme al artículo 43 a las reuniones de la Junta de Portavoces además de los diferentes grupos parlamentarios podrán asistir un representante del Gobierno y hasta dos representantes de los grupos territoriales de un mismo grupo parlamentario, designados por su portavoz. Asimismo, cuando se trate de deliberar sobre alguna materia que afecte especialmente a una Comunidad Autónoma, el Presidente lo comunicará a los portavoces de los grupos parlamentarios en los que existieran grupos territoriales a los efectos de que pudieran asistir estos últimos.

A su vez el artículo 85 establece que en los debates del Pleno de la Cámara sobre cuestiones que afecten de modo especial a una o más Comunidades Autónomas, el Presidente, de acuerdo con los portavoces de los grupos parlamentarios respectivos, ampliará el número de turnos de portavoces fijado en cada caso por el Reglamento a efectos de que puedan intervenir los representantes de los grupos territoriales afectados.

su obligatoriedad, el Tribunal Constitucional establece que las normas autonómicas no pueden imponer deber de tipo alguno sobre los senadores por ser miembros de un órgano constitucional sustraído a las competencias y disciplina de la Comunidades Autónomas, pudiendo contemplarse sin el carácter obligatorio y a los efectos informativos pues de otro modo, la exigencia obligatoria de una rendición de cuentas los situaría en una inequívoca situación de subordinación que no es acorde a la Constitución pues no está al alcance de la norma autonómica imponer deberes o controles a los miembros de los órganos constitucionales.

Dicho esto, el conocimiento de la actividad del Senado se debe intensificar y no puede reducirse a la obvia comunicación del calendario de plenos para el período de sesiones o la apertura de plazos que competen a la Asamblea autonómica en asuntos transversales como la propuesta de candidatos para magistrados del Tribunal Constitucional. En tal sentido el artículo 243 del Reglamento de las Cortes de Aragón establece la comparecencia de los Senadores o Senadoras en representación que podrán comparecer ante la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario una vez de acuerdo con la Presidencia de las Cortes, para informar de las gestiones de interés para la Comunidad Autónoma de Aragón. Dos grupos parlamentarios o una quinta parte de los diputados de la Cámara, de acuerdo con la Presidencia, podrán solicitar, asimismo, su comparecencia ante la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario cuando la importancia y trascendencia de los temas en relación con la Comunidad Autónoma así lo aconsejen.

Previsión similar tienen el artículo 223 del Estatuto de Autonomía de Andalucía si bien el Reglamento al que se supedita no lo contempla. En Murcia en artículo 98 del Reglamento establece que los senadores representantes de la Comunidad Autónoma podrán intervenir a efectos meramente informativos cuando el Senado haya tramitado o tenga previsto tramitar alguna iniciativa sobre el asunto que está considerando la Asamblea, sin perjuicio de las facultades que, respecto a la ordenación de los debates, corresponden al Presidente, lo que

resulta especialmente interesante pues no se reserva a diputados de la Asamblea de Murcia la designación

Interesante igualmente es el artículo 153 del Reglamento Parlamentario de Cataluña que bajo el título de «Relaciones con los Senadores que representan a la Generalidad en el Senado» establece que las comparecencias, con carácter previo a la elección, de los candidatos a representar a la Generalitat en el Senado son obligatorias. La Mesa, oída la Junta de Portavoces, determina el órgano competente en que deben substanciarse las comparecencias de los Senadores que representarán a la Generalitat en el Senado. Las propuestas de comparecencia han de ser suscritas por dos grupos parlamentarios o por una quinta parte de los diputados.

Los Senadores autonómicos catalanes, a petición de la tercera parte de estos, o por acuerdo de Comisión, pueden comparecer en una sesión informativa para informar de sus actuaciones en el Senado respecto a cualquier tramitación relacionada con la Generalidad o con las comunidades autónomas y han de ser informados de los acuerdos y los debates del Parlamento relacionados con la actividad y las competencias del Senado.

Si es reseñable igualmente lo que sucede en el ámbito autonómico en Castilla La Mancha donde se da la circunstancia de derecho de asistencia y de voz de un parlamentario ajeno a la Cámara autonómica. Es este el caso de los Senadores representantes de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha pues el artículo 100.1 del Reglamento de Castilla La Mancha[7] permite que los Senadores, en lo que suponga información de cuestiones tramitadas o en vías de trámite en el Senado y relativos a asuntos incluidos en el orden del día del Pleno, no solamente puedan asistir a dicha sesión sino

7 Artículo 100.1 del Reglamento de Castilla La Mancha: El Senador o Senadores representantes de la Junta de Comunidades de Castilla– La Mancha, en lo que suponga información de cuestiones tramitadas o en vías de trámite en el Senado y relativos a asuntos incluidos en el orden del día del Pleno, podrán hacer uso de la palabra siempre que lo soliciten, sin perjuicio de las facultades que para la ordenación de los debates corresponden al Presidente de las Cortes.

que además podrán hacer uso de la palabra siempre que lo soliciten, sin perjuicio de las facultades que para la ordenación de los debates corresponden al Presidente de las Cortes.

La singularidad de este precepto y su aplicabilidad que podía devenir en abuso por la conversión en sujeto parlamentario «sui géneris», en el ámbito de Castilla La Mancha a los representantes ante el Senado posibilitando así su participación ante el Pleno del Parlamento de las Cortes como si de un parlamentario autonómico se tratase ha propiciado que por la Presidencia de las Cortes dicte una Norma Interpretativa para poner coto a su uso.

La Norma Interpretativa de la Presidencia de las Cortes sobre el artículo 100.1 del Reglamento de la Cámara de 20 de noviembre de 2001[8] establece que estos sujetos parlamentarios circunscriben su actividad ante el Pleno a la limitada función de facilitar información sin que puedan introducir, con sus planteamientos otros asuntos u objetos de debate, para que no se entiendan así equiparados con los miembros del Consejo de Gobierno y con la potestad generalmente atribuida a estos de participar en cualquier momento del debate y previa solicitud de palabra a la Presidencia.

De manera paralela el artículo 3 de la Ley 4/1985, de 26 de junio de Designación de Senadores en Representación de Castilla La Mancha establece que los Senadores representantes de la Comunidad Autónoma

---

8 BOCCLM Núm. 144 (20-11-2001).

La citada Norma interpretativa establece lo siguiente:

Los Senadores representantes de la Junta de Comunidades de Castilla– La Mancha que, al amparo del artículo 100.1 del Reglamento, soliciten intervenir ante el Pleno para informar sobre cuestiones tramitadas o en vías de trámite ante el Senado, deberán comunicárselo al Presidente de las Cortes antes del inicio de la sesión en la que pretendan hacer uso de la palabra.

En dicha comunicación deberán señalar cuantos datos resulten útiles para comprobar que la cuestión sobre la que verse la información ha tenido entrada en el Senado. Asimismo deberán indicar el asunto del orden del día del Pleno con el que se encuentre relacionado.

Si la solicitud fuera admitida por la Presidencia la intervención se producirá antes de los turnos previstos para los Grupos Parlamentarios o para el Consejo de Gobierno, por un tiempo que será fijado teniendo en cuenta la duración de los que reglamentariamente hayan de producirse a continuación

facilitarán a las Cortes Regionales información, en la forma en que se determine por las normas de desarrollo.[9]

Es el Reglamento parlamentario la norma adecuada para la regulación de ese derecho-deber de información y en los términos del artículo 100.1 del Reglamento el uso de la palabra tendrá como finalidad única informar de cuestiones tramitadas o en vía de trámites en el Senado. Por lo tanto quedan excluidas de la posibilidad de informe aquellas cuestiones que no hayan tenido entrada en el Senado, constituyendo como medio de prueba la entrada en el registro de la Cámara alta y para poder articular esta prueba es preciso que la solicitud de intervención se produzca con la suficiente antelación para verificar su cumplimiento. La comunicación deberá reseñar cuantos datos resulten útiles para comprobar que la cuestión sobre la que verse la información ha tenido entrada en el Senado y deberá de indicarse de manera expresa la conexión con el punto del orden del día en el que se pretenda intervenir.

Su intervención en el Pleno está sometida también a una limitación temporal y su fijación responderá a los tiempos asignados a los Grupos Parlamentarios. Resulta acertado el criterio fijado por la Norma interpretativa de la Presidencia de las Cortes de intervención previa a los Grupos Parlamentarios, cumpliéndose así de mejor manera la finalidad informativa y dejando al Senador al margen del debate posterior de la iniciativa.

También en Canarias según el artículo 199 de su reglamento, el Pleno de la Cámara a iniciativa de un grupo parlamentario podrá solicitar a los senadores su presencia para informar sobre aquellos asuntos relacionados con la actividad del Senado que resulten de interés para Canarias. De igual modo podrá ser requerida su presencia en las comisiones.

Paralelamente según el apartado tercero del citado artículo la Mesa adoptará las medidas oportunas a fin de que los senadores sean

9 Artículo 3 redactado por la Ley (Castilla La Mancha) 9/1995, 26 de diciembre («D.O.C.M»29 de diciembre) modificadora de la Ley 4/1985, de 26 de junio, sobre designación de Senadores representantes de la Comunidad de Castilla-La Mancha.

notificados de cuantos asuntos sean tratados en el Parlamento y que pudieran resultar de interés para el mejor desempeño de su mandato como senadores.

Así se contempla igualmente en el artículo 223 del Reglamento del Parlamento Vasco donde el Pleno del Parlamento a través de la Presidencia de la Cámara podrá solicitar a los senadores cuantos informes sobres sus actuaciones en el senado puedan interesar a la Comunidad.

En Valencia (artículo 17 de la Ley 9/2010 de 7 de julio) al igual que en el País Vasco (artículo 223 de su Reglamento) se permite la asistencia al Pleno y a las Comisiones de la Cámara si bien en el País Vasco se establece específicamente la existencia de un escaño reservado en el salón de sesiones, además de la obligación de notificar cuantos asuntos pudieran ser de su interés. De igual modo este deber de información se contempla en el artículo 199.3 del reglamento canario. Pero esta reglamentación va más allá y en el apartado segundo de ese mismo artículo establece que la Mesa asignará a los senadores designados por la Comunidad los medios que sean necesarios para mantener su relación con el Parlamento de Canarias.[10]

V. Duración y terminación del mandato

Por último es preciso abordar la duración del mandato de los senadores de designación autonómica. Si bien las causas de terminación del mandato son las mismas que las de cualquier senador de representación popular hay que tener presentes aquellos supuestos donde existe una vinculación con la condición de diputado autonómico y la pérdida de la misma comporta automáticamente la pérdida de la condición de senador.

10 Además de la documentación que se les entrega se podrá a su disposición un dispositivo de teléfono y Tablet u ordenador portátil siempre que por el Senado no se hubiese puesto a disposición del diputado que como sabemos es algo improbable. De igual modo se les reserva escaño en el salón de plenos por si estos asistiesen a la sesión.

En relación al mandato pueden darse dos posibles circunstancias:

1. La finalización de la legislatura del Parlamento autonómico. En este caso si esta termina antes que el Senado, continuarán ejerciendo sus funciones de modo provisional hasta la toma de posesión de los nuevos senadores (según artículo 6 de la Ley 19/2007 de 17 de Andalucía y con regulación idéntica en Aragón, Asturias y entre otros). En Madrid una redacción lacónica establece que en caso de extinción del mandato al caducar el plazo o disolverse la Asamblea continuarán en funciones mientras conserven la plena condición hasta la designación de aquellos que deban sustituirles. Como lo vincula a que sigan ostentando la condición de diputado en los supuestos en que o bien el diputado-senador designado no sea miembro de la diputación permanente o no haya resultado nuevamente electo en la legislatura posterior perderá la doble condición y por tanto durante un lapso breve o no tanto (pues no hay tampoco plazo prefijado) estaría vacante. Igual sucedería en la Rioja pues el cese está vinculado a la pérdida de la condición de diputado. Cataluña salva esta posible circunstancia indicando en el artículo 17 de su reglamento las causas por las que los diputados pierden su condición e indica en la letra d) que son por extinción del mandato al expirar el plazo o disolverse el Parlamento, con la excepción de los miembros de la Diputación Permanente y de los que representen a la Generalidad en el Senado, los cuales mantienen su condición hasta la constitución del nuevo Parlamento.

   En Navarra se establece que el mandato de los senadores designados terminará el mismo día en que se constituya el Parlamento de Navarra que suceda a aquel que les hubiese elegido.
2. Al finalizar la legislatura del Senado, constituido el nuevo Senado se opta por la confirmación de los que tuvieran la condición con anterioridad sin necesidad de proceder a una nueva votación, expidiéndose por la Presidencia, la Mesa o la Secretaría General según quien tenga asignada la competencia, las oportunas

credenciales. Baleares impone un plazo máximo de 15 días para la realización del trámite lo que es garantista y respetuoso con la necesaria cooperación institucional.[11]

En Castilla La Mancha concluye al finalizar la legislatura del Senado, lo que tiene también plena lógica pues lo vincula a una legislatura única y evita situaciones de incertidumbre si bien los avatares pueden determinar diferentes duraciones de mandatos cuando estas designaciones no se producen al inicio de la legislatura del Senado.

VI. Bibliografía

Alzaga O. y otros. *Comentarios a las Constitución Española (tomo VI).* Madrid, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunida, 1996.

Arnaldo Alcubilla, E., Delgado-Iribarren García-Campero, M. *Código Electoral.* Madrid, La Ley, 2011.

Cuenca Miranda, A. «Los Senadores designados por las Comunidades Autónomas», *Revista de la Asamblea de Madrid.* Madrid, abril 2003.

García-Escudero Márquez, P. *Los Senadores designados por la Comunidades Autónomas.* Madrid, Cortes Generales, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

11 Un ejemplo de acuerdo de Mesa de confirmación de senadores designados a comunicar tras la renovación del Senado sería el siguiente: Acuerdo de renovación de la designación de Senadores en Representación de la Comunidad de XXX, de acuerdo con el artículo XXX del Reglamento:

Primero: que el Pleno del Parlamento Regional en la X Legislatura, en sesión celebrada en fecha XXX acordó la designación de Senadores en representación de la Comunidad de XXX de las personas que se relacionan.

Segundo: Que mediante Real Decreto XXX de disolución del Congreso y del Senado y de convocatoria de elecciones, fueron disueltos en Congreso y el Senado elegidos en fecha XXX

Vistos el artículo 69.5 de la Constitución española, el artículo XX del Estatuto de Autonomía, el artículo XXX del Reglamento y demás legislación aplicable en relación con la designación de Senadores en representación de la Comunidad Autónoma.

Acuerda entender confirmados a los senadores designados, declarar formalmente la renovación de la designación efectuada por el Pleno en sesión de fecha XXX como senadores designados por la Comunidad Autónoma.

(Se trata de un modelo, siendo las "x" espacios a cubrir en cada caso concreto).

Pauner Chulvi, C. «Los requisitos de elegibilidad de los Senadores de designación autonómica», *Revista de las Cortes Generales.* Madrid, 1971.

Ripollés Serrano, R., Marañón Gómez, R. (coord). *Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario.* Madrid, La Ley, 2014.

El artículo 77 de la Constitución. Las comisiones de peticiones de las Cortes Generales y las de los Parlamentos autonómicos

Ángel L. Sanz Pérez
Letrado del Parlamento de Cantabria.
Profesor Asociado del Derecho Constitucional de la Universidad de Cantabria.

Resumen

El artículo 77 de la Constitución y el artículo 29 CE han previsto una organización en el Parlamento que determina que haya una Comisión de Peticiones. La Constitución de 1978 incluye el derecho de petición dentro de los derechos fundamentales, y se le concede a su ejercicio la máxima protección posible, incluidas las garantizadas en el artículo 53.2 CE. El derecho de petición se garantiza en la Constitución y, desde un punto de vista organizativo, la Comisión de Peticiones se impone, de este modo, en la organización del Congreso de los Diputados y en la del Senado. La fuerza expansiva del derecho fundamental del artículo 29 CE y la influencia que ha ejercido la organización del Congreso de los Diputados en la de los Parlamentos autonómicos ha supuesto que, en casi todos estos, se impusiese una «Comisión de Peticiones». Desde esta base, los Reglamentos parlamentarios, desde la base de la jurisprudencia constitucional, han regulado de una forma muy completa un procedimiento, un régimen jurídico y una organización muy completa en este tema.

Palabras clave: peticiones, ciudadanos, Congreso, Senado, Parlamentos autonómicos, Comisiones.

Resum

L'article 77 de la Constitució i l'article 29 CE han previst una organització en el parlament que determina que hi haja una comissió de peticions. La Constitució de 1978 inclou el dret de petició dins dels drets fonamentals, i es concedeix la màxima protecció possible a l'exercici d'aquest dret, incloses les garantides en l'article 53.2 CE. El dret de petició es garanteix en la Constitució i, des d'un punt de vista organitzatiu, la comissió de peticions s'imposa, d'aquesta manera, en l'organització del Congrés dels Diputats i en la del Senat. La força expansiva del dret fonamental de l'article 29 CE i la influència que ha exercit l'organització del Congrés dels Diputats en la dels parlaments autonòmics ha suposat que, en quasi tots aquests, s'imposara una «comissió de peticions». Des d'aquesta base, els reglaments parlamentaris, des de la base de la jurisprudència constitucional, han regulat d'una forma molt completa un procediment, un règim jurídic i una organització molt completa en aquest tema.
Paraules clau: peticions, ciutadans, congrés, senat, parlaments autonòmics, comissions.

Abstract

Articles number 77 and 29 of Spanish Constitution rule Right of Petition. This Right is one of the «Fundamental Rights», and all of these Rights have the higher protection in Constitutional System, included the resources of article 53 of Spanish Constitution. Right of Petition includes an organization, because Spanish Congress and Senate have to have a special Committee, as a part of the whole parliamentary organization. Firstly, the two main Spanish Houses, and a few years later, all regional Parliaments (less Basque Country Parliament) have a Committee specialized in all the petitions that Citizens send to any Spanish Parliament. Spanish Standing Orders rules a full system of resources and procedures that rule Petition Committees.
Key Words: Petitions, Rules, Spanish Congress, Spanish Senate, Spanish Regional Parliaments, Committees.

Sumario

I. Introducción.
II. El proceso de generalización de las Comisiones de Peticiones.
III. La regulación de las Comisiones de Peticiones.
1. Organización y denominación.
2. Régimen de las peticiones.
3. El procedimiento ante las Comisiones de Peticiones.
4. El Informe de la Comisión de Peticiones y la caducidad de sus trabajos.

I. Introducción

Incluso la dictadura preconstitucional reconoció y reguló tardíamente el derecho de petición. No deja de ser curioso leer la doctrina elaborada desde la aprobación de la Ley del derecho de petición de 20 de diciembre de 1960, pues trataron de construir, de forma muy tímida, un concepto que pudiese explicar y ubicar en el sistema jurídico-político el derecho de petición[1] y su ejercicio. Es sabido que el derecho de petición se vincula a la Democracia y al Parlamento y en aquel régimen no había ni una ni otro.

La Constitución española irrumpe en un solar jurídico y político tosco y absolutamente huérfano de garantías, en el que lo habitual era la ausencia de recursos judiciales para garantizar el contenido y el ejercicio de los derechos. En este contexto se ha de situar la regulación del artículo 77 de la Constitución y, sobre todo, el artículo 29 CE que incluye el derecho de petición dentro de los derechos fundamentales, y se le concede a su ejercicio la máxima protección posible, incluidas las garantías del artículo 53.2 CE.

El derecho de petición se garantiza en la Constitución y, desde un punto de vista organizativo, la Comisión de Peticiones se impone, de este modo, en la organización del Congreso de los Diputados y en la del Senado.[2] La fuerza expansiva del derecho fundamental del artículo 29 CE y la influencia que ha ejercido la organización del Congreso de los Diputados en la de los Parlamentos autonómicos ha supuesto que, en casi todos estos, se impusiese una «Comisión de Peticiones» o, al menos, un órgano parlamentario que ha asumido la función de conocer las peticiones dirigidas al Parlamento. Conocer las pretensiones de los ciudadanos debe ser una función parlamentaria prioritaria. Y por ello

1 Como ejemplo pueden citarse, Alonso-Cortes Concejo, A.: «Hacia el concepto del derecho de petición», *Documentación Administrativa*, 86, Madrid, febrero de 1965, pp. 54-66; González Pérez, J.: «Régimen jurídico del derecho de peticiones», *Documentación Administrativa*, 40, Madrid, febrero de 1961, pp. 17 y ss.

2 Tiene ya algunos años, pero son muy interesantes y plenamente vigentes las reflexiones de Sánchez Férriz, R.: «El derecho de petición y su ejercicio ante las Cámaras», en *Las Cortes Generales*. Madrid, IEF, 1987, pp. 2206 y ss.

la protección de los derechos de los ciudadanos es un objetivo del Estado y por eso, en general, todos los Estatutos de Autonomía han definido que garantizar el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de cuantos residen en su territorio es uno de los fines de la Comunidad Autónoma, y el artículo 19 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana o el 9 del Estatuto de Autonomía de Asturias no dejan de ser un ejemplo claro.

El valor histórico del derecho de petición es de sobra conocido y se introduce dentro de la misma médula de la Institución parlamentaria.[3] Hoy día su reconocimiento es pleno y es general en todas las Constituciones de nuestro entorno e, incluso, se ha incorporado a la legislación europea, en donde destaca el artículo 227 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,[4] y la regulación del art. 44 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, ubicado bajo la rúbrica «derecho de petición». En estas normas se reconoce el derecho de petición ante el Parlamento Europeo a todo ciudadano de la Unión y a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro. Y es en los artículos 215 a 219 del Reglamento del Parlamento Europeo donde se regula la tramitación de las peticiones ante la Comisión de Peticiones. Por tanto, el reconocimiento del derecho es pleno aunque su eficacia, como se sabe, no lo sea tanto.

La Constitución incorpora el derecho de petición en dos lugares y se ha dicho que el artículo 77 CE incluye una previsión evidente, pues no dejaría de ser una reiteración de lo dispuesto en el artículo 29 CE. El motivo del artículo 77 fue la constancia de una evidente tradición parlamentaria del derecho de petición. Conviene recordar ahora los

3 Un breve resumen de este derecho en la Historia puede consultarse en Colom Pastor, B.: *El derecho de petición*. Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 17 y ss.; García Cuadrado, A.: «El derecho de petición», *Revista de Derecho Político,* 32, 1991, en especial pp. 123-143.

4 Cfr. Chueca Sancho, A. G.: «El derecho de petición de los ciudadanos de la Unión Europea al Parlamento Europeo: (art. 8 D del TCE)», en *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo: XVI Jornadas de Estudio*. Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 1563-1582.

términos de este artículo, que dispone que las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, «quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas». Ello sitúa este precepto con la clara intención de impedir coacciones al Estado y obliga a responder penalmente, y castigar, en caso de que la inviolabilidad parlamentaria trate de ser vulnerada. Debe recordarse aquí el artículo 495 del Código Penal, que dispone la pena de prisión de tres a cinco años para los que, sin alzarse públicamente, «portando armas u otros instrumentos peligrosos», intentaren penetrar en las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de un Parlamento autonómico «para presentar en persona o colectivamente peticiones a los mismos.» Como puede verse, no obstante, este tipo penal es muy limitado y discutible, pues solo sería aplicable al ciudadano que cumpliese el elemento del tipo que consiste en «portar armas[5] u otros instrumentos peligrosos», siendo irrelevante penalmente cualquier otro supuesto.

Al hilo de su regulación constitucional, algún Estatuto de Autonomía también ha previsto la posibilidad de que el Parlamento respectivo pueda recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando asimismo «prohibida la presentación por manifestaciones ciudadanas», como el artículo 25.1 Estatuto de Autonomía de Extremadura. De forma algo más limitada, también recogen el derecho de petición ante las Cámaras, el artículo 29.6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, o el artículo 30.1.d EAAND.

Finamente, el artículo 77.2 CE dispone que las Cámaras *pueden* remitir al Gobierno las peticiones que reciban, y «El Gobierno está obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las Cámaras lo exijan». Aunque no está del todo claro, este precepto, del que no hay comparación en nuestra Historia Constitucional, seguramente

5 Parece criticable que la presentación, a la fuerza, pero sin armas, sea penalmente indiferente, pues la inviolabilidad del Parlamento sigue siendo un bien constitucionalmente protegible. Así lo ha defendido Corona Ferrero, J.: «El derecho de petición ante el Parlamento: proceso normativo», en *Anuario Jurídico de la Rioja*. Diputación General de la Rioja/Universidad de la Rioja, 1997, año 3, pp. 250 y ss.

persiguiese regular, al modo anglosajón, la actividad de los grupos de presión, aunque se quedó en una simple reiteración genérica en el ámbito parlamentario del derecho fundamental del artículo 29 CE.

II. El proceso de generalización de las Comisiones de Peticiones

Sin ser una jurisprudencia muy abundante, el derecho de petición ha tenido un proceso de clarificación y fortalecimiento, que se puede estudiar analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el alcance del ejercicio de este derecho. Lo primero que hizo el Tribunal fue definir y clarificar el derecho. Así, la STC 161/1988 de 20 de septiembre reconoció que el art. 29.1 CE es un derecho «uti cives» que permite dirigir, con arreglo a la Ley a la que se remite la Constitución, peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado.

Y cuando aún se encontraba en vigor la Ley 92/1960, de 22 de diciembre (cuya vigencia posconstitucional había sido reconocida por la propia jurisprudencia), la STC 242/1993, de 14 de julio, que juzgó el caso de ejercicio del derecho de petición en un Parlamento autonómico, perfiló algo más el derecho. Dijo esta Sentencia que el derecho fundamental de petición consagra en la forma y con los efectos que determine la Ley que lo configure, un derecho que «tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar. La petición, decíamos, puede incorporar una sugerencia o una información, una iniciativa, expresando súplicas o quejas, pero en cualquier caso ha de referirse a decisiones discrecionales o graciables».

Por tanto, tras delimitar el concepto de petición aclaró que suponía el derecho a obtener respuesta, pero no a obtener lo pedido. Con posterioridad, al haberse aprobado el derecho de petición, mediante la *Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora*

del derecho de petición, la jurisprudencia ha precisado aún más los caracteres definidores del derecho, particularmente en el ámbito de las peticiones cursadas en el Parlamento. Esta Ley Orgánica marca un momento definitivo que debe recalcarse, pues impone por vez primera a la Administración la obligación de responder al peticionario en un plazo de tres meses desde la presentación del escrito. Y aunque no es aplicable de forma directa al ámbito parlamentario, esta Ley define extensivamente el ámbito subjetivo de sus titulares, ampliando el tenor constitucional al incluir a cualquier persona natural o jurídica con independencia de su nacionalidad; también se regulan por la Ley Orgánica los requisitos del ejercicio colectivo del derecho y fija los destinatarios potenciales, entre los que se incluyen (disposición adicional primera) las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, si bien se dispone que esta regulación se efectúe de conformidad con lo establecido en los Reglamentos de las Cámaras destinatarias.[6]

Tras aquellos primeros años, la jurisprudencia posteriormente delimitó de una forma algo más clara el ejercicio del derecho de petición en el ámbito parlamentario, incluyendo tanto a las Cortes Generales como a los Parlamentos autonómicos. Así, en la citada STC 242/1993, F. 2 se dijo que: «aun cuando nuestra Constitución no indique expresamente los eventuales destinatarios del derecho, como hicieron las precedentes, no cabe dudar que las Cámaras legislativas han estado siempre entre las instituciones receptoras: las Cortes y el Rey, señalaban las Constituciones de 1837 y 1845, a quienes desde 1869 se añaden las «autoridades» o estas y los poderes públicos en la de 1931. La expresión «Cortes» que utiliza la Ley 92/1960 (art. 2) hay que extenderla hoy a las asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas, una vez en vigor la nueva organización territorial del Estado».

---

6 En cuanto a la supuesta inadecuación de los Reglamentos parlamentarios para delimitar, o incluso, contradecir lo dispuesto en la ley Orgánica, puede consultarse Fernández Sarasola, I.: «Comentario a la Ley 4/2001, reguladora del derecho de petición», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, mayo-agosto de 2002, pp. 213 y ss.

Es muy llamativo que el Tribunal Constitucional haya reconocido en la regulación del artículo 77 CE una equiparación plena entre las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos. Debe tenerse en cuenta que no hay una declaración expresa y general de la jurisprudencia constitucional que iguale la naturaleza del Legislativo estatal y la de los Parlamentos autonómicos y, además, en ciertas materias ha declarado justo lo contrario, como en materia de inmunidad parlamentaria, o en retribuciones de los Diputados. En estas últimas materias la regulación del Título III constitucional solo se aplica a las Cortes Generales, y no a los Parlamentos autonómicos.

Después de definir estos parámetros subjetivos, el Tribunal ha vinculado el derecho de petición con el Estado democrático y, así, la STC 108/2011, de 20 junio, ha profundizado más en la naturaleza del derecho de petición en el ámbito parlamentario, pues además de una libertad civil, es también expresión, «cuando responde a un interés público o general, de un derecho de participación política, ejercitado individual o colectivamente. Un derecho político democrático que permite a los ciudadanos comunicarse con el poder público, y que potencia la interrelación entre los Parlamentos y los ciudadanos y coopera a que los parlamentarios conozcan las preocupaciones de la sociedad a la que representan, así como las demandas políticas y las opiniones de los individuos y de los actores sociales. Aunque evidentemente las Cámaras no queden comprometidas a actuar en el sentido reclamado por el peticionario, sin duda la petición puede estimular la actividad parlamentaria, favorecer que se lleve a cabo de modo más eficaz la función de control del ejecutivo, o incluso que se articulen nuevas iniciativas legislativas».

Concluye el Tribunal, de forma relevante, indicando que «el derecho de petición es en ese ámbito, materialmente, un derecho de participación democrática y ciudadana.»

Sobre esta base y visto que el derecho de petición ha acabado siendo un vínculo más entre el Estado Democrático y el Parlamento, procede ahora estudiar la regulación del derecho de petición y de

las Comisiones de peticiones que han efectuado los Reglamentos parlamentarios españoles, que viene a mostrar el complejo régimen jurídico de un derecho, cuyo ejercicio no llega a ser relevante del todo en la vida de los Parlamentos.

III. La regulación de las Comisiones de Peticiones

1. Organización y denominación

Las funciones y la organización, e incluso las denominaciones de las Comisiones de Peticiones son muy diversas entre los diferentes Parlamentos y se puede percibir una cierta línea evolutiva. Hoy día se percibe una tendencia que trata de dar un cierto fortalecimiento y desarrollo de la Comisión de Peticiones, aunque el ejercicio de este derecho ha disminuido paulatinamente y se ha empequeñecido en la vida diaria del Parlamento. No obstante, ello no ha impedido que haya un desarrollo normativo formidable.

En este aspecto, como en tantos otros, los diversos Reglamentos parlamentarios han ido inspirándose en las disposiciones del Reglamento del Congreso de los Diputados, más que en las del Senado.[7] No obstante, los Reglamentos parlamentarios autonómicos han ido introduciendo novedades, motivados muchas veces por las necesidades presentes en cada Parlamento y también por la propia fuerza de los hechos. Por ello, interesa hacer una aproximación orientativa a la regulación en el Derecho parlamentario español y que da idea de la evolución de estas Comisiones. Aunque estas se han generalizado, hay algunos Reglamentos que no las recogen, sino que las Comisiones de Peticiones se han creado mediante Resoluciones, o mediante acuerdos plenarios de las que crean Comisiones Permanentes para una Legislatura, como la de las Cortes de Castilla-la Mancha, que la creó mediante Acuerdo plenario de 17 de julio de 2015. Otros

7 García Manzano, P.: «Artículo 77», en Casas Bahamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid, Wolters Kluwer, 2009, p. 1447.

Reglamentos, sin embargo, atribuyen de una forma directa a la Mesa de la Cámara el examen de las peticiones individuales o colectivas que reciba el Parlamento (art. 27.1.8ª RCCYL y art. 49.1.e RAMA), sin crear propiamente una Comisión de Peticiones. Es una excepción el Reglamento del Parlamento vasco que no crea una Comisión de Peticiones, ni atribuye esta función a ningún órgano.

En el Congreso de los Diputados, la Comisión de Peticiones, al igual que la Comisión de Estatuto de los Diputados, y a pesar de que la naturaleza de ambas es diversa, está compuesta (art. 48 RCD) solo por un miembro de cada Grupo Parlamentario, lo cual justifica, además, que la votación en ambas se verifica mediante el sistema del voto ponderado, como se verá. En el Congreso, esta Comisión tendrá un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario, correspondiendo, por el orden de su importancia numérica, a los representantes de los tres Grupos Parlamentarios «al comienzo de la Legislatura», apostilla el RCD, en previsión de cambios de composición de los Grupos parlamentarios que pueda afectar a la composición de estas dos Comisiones. Además, debería entenderse que también se incluye al Grupo Mixto dentro de esta consideración numérica inicial. Esta misma composición y organización de la Comisión está prevista también en el artículo 46.1 RPCANA; art. 51 RPIB y en el artículo 45.1 RPLR. Otros Reglamentos prevén que su composición sea igual que el del resto de las Comisiones (artículos 48 y 68 del Reglamento del Parlamento de Cataluña; art. 59.1 RPNA). Y otros disponen que la Comisión de Peticiones esté formada por los miembros de la Mesa del Parlamento y un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios, hasta completar el número de miembros que tienen el resto de las Comisiones (art. 49 RPAND; art. 53.1 RPCANT; art. 48.1 RCCV y art. 48.1 RPGAL). Por su lado, el artículo 100.1 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura dispone que la Comisión de Peticiones se componga de dos miembros de cada grupo.

Por su lado, la denominación de la Comisión de Peticiones también es objeto de diferente regulación en los Reglamentos. Así, el artículo

49 del Reglamento del Parlamento de Andalucía atribuye la función de conocer las peticiones que recibe de la ciudadanía a la «Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos». Se han inventado otras denominaciones, como la del Reglamento de las Cortes de Aragón (artículo 307 RCAR) que la nombra Comisión de Comparecencias Ciudadanas y Derechos Humanos y cuya composición es también la misma que el resto de Comisiones (artículos 80 y 68 RCAR); Comisión de Peticiones y Derechos Fundamentales (artículo 71 RJGPRINCAST); Comisión del Estatuto de los Diputados y de Peticiones (art. 46.1 RPCANA); Comisión de Peticiones y Participación Ciudadana (Cortes de Castilla-La Mancha) y Comisión de Peticiones y Defensa del Ciudadano (art. 45.2 RPLR, igual que el artículo 205 del Reglamento de la Asamblea de Murcia).

De una forma diferente a lo que podría pensarse, hay algunas Comisiones de peticiones que no tienen una competencia exclusiva centrada solo en el análisis de las peticiones recibidas. Así, el Reglamento del Parlamento de Andalucía dispone que la correspondiente Comisión también apruebe el Presupuesto del Parlamento presentando al Pleno la liquidación correspondiente. En el Parlamento de Andalucía esta Comisión también aprueba el Estatuto del personal al servicio del Parlamento de Andalucía, y dispone las relaciones con el Defensor del Pueblo Andaluz. De forma similar puede citarse el artículo 48.6 RCCV que muestra otro ejemplo de no exclusividad, pues la Comisión de Peticiones también tiene como función específica las relaciones con la institución del Defensor del Pueblo autonómico, así como la aprobación y modificación de su Reglamento, en los términos que establece la Ley 11/1988, de 26 de diciembre, del *Sindic de Greuges*.

2. Régimen de las peticiones

La titularidad del derecho de petición es definida por el artículo 29 de la Constitución pues dispone su ejercicio solo para los españoles.

Sin embargo, la dicción literal del artículo 13 de la Constitución, los términos del artículo 1 de la Ley Orgánica del derecho de petición, y también aquí la propia fuerza de los hechos, hacen que sea casi imposible impedir o delimitar este derecho a los ciudadanos extranjeros, si bien la *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de extranjeros en España* no reconoce de forma expresa este derecho a los extranjeros. Por su lado, la regulación constitucional española determina que las peticiones pueden ser individuales o colectivas, a diferencia de lo que fueron en el preconstitucional y pasado Fuero de los Españoles, que solo podrían ser individuales, seguramente temeroso de la unión entre dos o más ciudadanos.

Aunque no es lo habitual, algunos Reglamentos parlamentarios autonómicos delimitan la titularidad del derecho de petición de un modo más restrictivo, y discutible por su naturaleza de derecho fundamental. Ejemplo de ello es el artículo 307 del Reglamento de las Cortes de Aragón, que atribuye este derecho a los residentes en la Comunidad Autónoma y a aquellas otras personas que, sin tener la residencia, sean titulares de derechos o intereses radicados en la Comunidad Autónoma, si bien admite las peticiones que versen sobre cualquier materia comprendida en el ámbito de competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma (también art. 100.1 RAEX, o art. 205.1 RAMU). En estos casos, el planteamiento de una petición que fuese realizada por un no residente en la Comunidad Autónoma, no debería implicar su inadmisión a trámite, sino la remisión al órgano correspondiente.

A su vez, parece que la petición remitida al Parlamento debe ser una petición de algo a lo que, estrictamente, no tenga derecho el peticionario. En otro caso, debe entenderse que el ciudadano debe recabar su tutela, instando un procedimiento administrativo o mediante un procedimiento judicial. Esta circunstancia es la que dificulta que el peticionario pueda recabar la tutela judicial en caso de que la petición formulada sea contestada, pero no atendida por la Administración pública interpelada. Además, si el ciudadano no tiene derecho a lo

pedido y por eso acude a la Administración ejerciendo el derecho de petición, difícilmente un juez va a reconocer que el peticionario tiene derecho a lo pedido. Por ello, el derecho de petición tiene por objeto presentar ante la Autoridad las solicitudes, quejas y las preocupaciones que un ciudadano no pueda hacer valer por los aludidos medios administrativos o judiciales. Cuando ejerce el derecho de petición, el ciudadano ya ha reconocido que no tiene derecho a lo que pide.[8]

Igual que en la Constitución, los Reglamentos suelen coincidir en exigir el carácter escrito de la petición, rigiendo un criterio antiformalista. Por su lado, el artículo 308 RCAR o art. 205.3 RAMU prevén que puedan utilizarse medios electrónicos,[9] lo cual debe entenderse implícito y aplicable en todos los Parlamentos, pues en casi todos ellos se pueden utilizar ya estos medios de una forma general y ordinaria. Las peticiones deben incluir la identidad del peticionario y un domicilio para la práctica de notificaciones, debiendo constar también los hechos en los que se basa la solicitud, pudiéndose aportar cuantos documentos sirvan para justificar la petición (así lo explicitan por ejemplo el art. 47.1 RPCANA o el art. 100.2 RAEX). En caso de que exista algún defecto formal, deberá solicitarse un plazo de subsanación, conforme determina la legislación general y especifican algunos Reglamentos, como los quince días que prevé el artículo 308.4 RCAR, similar el art. 105.4 RAEX o el art. 205.5 RAMU.

Algunos preceptos prevén el inicio de la petición de un modo diferente, como el artículo 47.6. RPACAN, que se refiere al supuesto en que una iniciativa legislativa popular haya resultado inadmitida por no

8 Cfr. Díez-Picazo, L.: *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid, Civitas, 2013, pp. 359 y ss.

9 Cfr. sobre la participación directa de los ciudadanos a través de las tecnologías de la información y de la comunicación, también en las Comisiones de Petición, en Greciet García, E.: «Cuarenta años de Parlamentos autonómicos», en Pendás García, B. (dir), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (IV). Madrid, CEPC, 2018, pp. 3568 y ss. También, aunque algo más antiguo, Tintó Gimbernat, M.: «El derecho de petición y las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Noticia de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Petición (especial referencia al uso de los medios electrónicos para el ejercicio del derecho de petición)», en *Jornadas parlamentarias de la Asamblea de Madrid. Parlamento y nuevas tecnologías*, 2ª. Madrid, Asamblea de Madrid, 2002, pp. 365-372.

cumplir con todos los requisitos previstos, la cual podrá convertirse en petición ante la Comisión de Peticiones del Parlamento de Canarias. Es curioso que este artículo del Reglamento del Parlamento de Canarias es la única disposición reglamentaria que reitera lo dispuesto en la disposición adicional primera, apartado 2, de la Ley Orgánica.

El Tribunal Constitucional, en un paso más en la delimitación del derecho de petición, también aquí impide que pueda haber un control previo de las peticiones recibidas realizado por la Mesa. En un caso en el que se enjuiciaba una petición recibida por las Cortes de Aragón, la STC 108/2011, de 20 de junio, recuerda que la Mesa no puede adelantar un juicio político de las iniciativas de las que conozca. Señala esta STC que «ninguna tacha de inconstitucionalidad merece la atribución a las Mesas parlamentarias del control de la regularidad legal de los escritos y documentos parlamentarios, ya se trate de aquellos dirigidos a ejercer el control del Ejecutivo, o se trate de otros de carácter legislativo.»

De una forma contundente este fallo dice que «tras ese examen de la iniciativa a la luz del canon normativo del reglamento parlamentario no se esconda un juicio sobre la oportunidad política, en los casos en que ese juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria en el correspondiente trámite de toma en consideración o en el debate plenario. Y ello porque el órgano que sirve de instrumento para el ejercicio por los ciudadanos de la soberanía participando en los asuntos públicos por medio de representantes es la propia Cámara, no sus Mesas, que cumplen la función jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de las Cámaras para su mayor eficiencia, precisamente como tal foro de debate y participación en la cosa pública [también en SSTC 89/2005 y 90/2005, de 18 de abril, FF. 2 c), y 242/2006, de 24 de julio, F. 4, por todas].»

Así, y sobre el derecho fundamental de petición que puede ejercitarse dirigiéndose al ámbito parlamentario, la propia STC 108/2011 aclara que la función de la Mesa «no puede variar sustancialmente de la que acaba de describirse respecto de los actos estrictamente parlamentarios de control al ejecutivo o de carácter

legislativo, formulados a iniciativa de los Diputados o los Grupos Parlamentarios. Y ello porque, al igual que ocurre con los actos de estos últimos en ejercicio del derecho del art. 23.2 CE, la Mesa tampoco puede negar toda virtualidad a cualquier petición de los ciudadanos a la institución parlamentaria (art. 77.1 CE) pues supondría confundir su función técnica de ordenación con la facultad de decisión y debate que corresponde a otros órganos de la Cámara, y, a su vez, también supondría confundir lo que es ejercicio del derecho de petición respecto a lo que puede ser una injerencia en la función parlamentaria.»

La conclusión no puede ser otra que si la Mesa controlase de forma previa el ejercicio del derecho de petición, se vaciaría de contenido el art. 29.1 CE. Y es que en STC 242/1993, de 14 de julio, F. 2, ya se indicó que el derecho de petición incluye «la exigencia de admisión del escrito que incorpora la petición, de su tramitación conforme al curso debido o de su reenvío al órgano competente si no lo fuera el receptor, tomando en consideración el contenido del escrito, lo que no significa, sin embargo, que ello «incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado»».

3. El procedimiento ante las Comisiones de Peticiones

En el RCD se prevé y es preceptivo siempre que la Comisión de Peticiones conozca y examine cada petición recibida en el Registro del Congreso, previéndose los posibles acuerdos que puede adoptar esta Comisión. Es notorio que los Reglamentos parlamentarios no suelen prever los posibles contenidos que pueden adoptar sus Comisiones y sus órganos, pero sí lo hace con esta Comisión. Esta Comisión del Congreso puede remitir la petición al Defensor del Pueblo en caso de que se trate de un asunto de su competencia. Y también puede remitir la petición a la Comisión del Congreso que estuviere conociendo del asunto de que se trate, en caso de que se trate de un asunto de competencia parlamentaria, y si ya estuviese siendo conocido por algún órgano del Congreso.

La Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados también puede remitir la petición del ciudadano al Senado, en el caso de que esta afecte a la organización territorial del Estado, o al Gobierno de la Nación si, de un modo más habitual, entra dentro de las funciones y potestades de la que es titular la Administración General del Estado. La Comisión en el Congreso de los Diputados también puede remitir las peticiones al Ministerio Fiscal, en caso de que se trate de una petición en el que sea preciso promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley (artículo 124.1 CE), o se pretende el ejercicio, cuando proceda, de las «acciones oportunas», como determina el artículo 76 del Texto Fundamental, en relación con las conclusiones de las Comisiones de Investigación. Por la naturaleza del derecho de peticiones, algo más dudoso es que la Comisión de Peticiones pueda remitir la petición a los Tribunales, como también dispone el artículo 48.2.3º RCD. Asimismo, este Reglamento dispone que esta Comisión del Congreso puede remitir la petición a la Comunidad Autónoma (Parlamento, Gobierno, Defensor del Pueblo, cualquier órgano de la Comunidad Autónoma), Diputación, Cabildo o Ayuntamiento a quien corresponda, en función de la competencia que puede ejercerse para atender la petición presentada.

Por su lado, introduce una regulación similar el artículo 193 del Reglamento del Senado que también dispone la posibilidad de que se traslade la petición a los Grupos parlamentarios para que puedan promover, «si lo estiman oportuno» alguna iniciativa parlamentaria. Curiosamente, el Reglamento del Senado no incluye al Defensor del Pueblo entre los destinatarios de la petición. Por su lado y de forma más novedosa, el artículo 193.2 RS dispone que la Comisión de Peticiones, o un Grupo parlamentario, puedan «elevar» al Pleno del Senado una moción que asuma el contenido de una de las peticiones recibidas en la Cámara (también art. 206.1 RAMU).

Los Reglamentos de los Parlamentos autonómicos disponen similares previsiones, con alguna novedad. Así, las Comisiones de

Peticiones pueden remitir la petición a cualquier autoridad u órgano administrativo competente, sea de su propia Comunidad Autónoma, de otra Comunidad, o del Estado (artículo 309.5 RCARA; art. 71.2 RPINCPAST; art. 47.2 RPCANA; art. 53.2 RPCANT; art. 27.1.8ª RCCyL; art. 68.3 RPCAT; art. 48.2 RCCV; art. 100.9 RAEX; art. 48.2 RPGAL; art. 51.2 RPIB; art. 46.3.a RPLR; art. 59.3 RPNA), pudiendo ser remitidas también a autoridades u organizaciones internacionales (art. 100.11 RAEX; art. 206 RAMU). Hay alguna peculiaridad como la del artículo 309.4.a del Reglamento de las Cortes de Aragón, que prevé que esta Comisión pueda utilizar cuantos medios parlamentarios puedan utilizar los Diputados según el Reglamento, pudiendo presentar las iniciativas parlamentarias que estime adecuadas. No obstante, hay alguna interpretación restrictiva, pues la *Norma interpretativa de la Presidencia del Senado, de 1 de octubre de 1984*, establece que la Comisión de Peticiones del Senado no puede efectuar ninguna investigación, ni encuesta en relación con una solicitud que reciba, para lo cual parece remitirse a la creación de una Comisión de Investigación, en los términos previstos en la Constitución.

En este sentido, otros Reglamentos parlamentarios prevén que la Comisión pueda celebrar comparecencias de los peticionarios, sean aquéllas solicitadas o no (artículo 71.4 RJGPRINCAST, artículo 68.4 RPCAT, art. 48.3 RCCV; art. 100.6 RAEX; art. 51.4 RPIB; art. 205.8 RAMU; art. 59.3 RPANA). Por su lado, el artículo 47.4 del Reglamento del Parlamento de Canarias prevé, como exige la disposición adicional primera de la Ley Orgánica, la posibilidad de dar audiencia «especial» al peticionario al objeto de que pueda, si lo desea, completar o aclarar su petición en los extremos que aquélla aprecie incompletos; similar el artículo 68.2 RPCAT o en el art. 48.7 RCCV que, además, prevé que entre la presentación de la petición y la celebración de la audiencia en un plazo máximo de tres meses; también en el art. 46.2 RPLR y en el art. 205.8 RAMU, que prevé también que si el peticionario no aporta los documentos que se solicitan, se entenderá que archiva la petición. En relación con la celebración de esta audiencia «especial» debe tenerse

en cuenta que la disposición adicional primera de la ley Orgánica parece «imponer» a los Reglamentos Parlamentarios un contenido, pues estos deben contener una «audiencia especial al peticionario, si así se considerara oportuno». La única interpretación que supone respeto a la autonomía reglamentaria[10] es la que obliga a defender que este trámite solo es preceptivo si así se prevé en el propio Reglamento parlamentario, como ya se ha visto antes que hacía el Reglamento del Parlamento de Canarias.

Debe tenerse presente el alcance verdadero del ejercicio del derecho de petición ante el Parlamento. Cuando la Institución parlamentaria recibe una petición de un ciudadano, generalmente el destinatario de aquella no es el propio Parlamento, sino que es una petición que debe ser resuelta por una Administración pública. La menor parte de las peticiones recibidas en el Parlamento se trasladan a los Grupos parlamentarios o a su órgano parlamentario. Y así, cuando una Administración pública recibe una petición remitida a su vez por el Parlamento de un ciudadano, deben regir los plazos y los requisitos dispuestos en la Ley Orgánica. La petición tramitada ante la Administración, aunque tiene origen parlamentario, debe ser contestada en el plazo de tres meses, pudiendo ser la resolución administrativa objeto de recurso contencioso, conforme el artículo 12 de la Ley Orgánica y los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Además y en todos los procedimientos relativos al ejercicio de este derecho de petición, el silencio tendrá efecto desestimatorio, como determina el artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. Por su parte, todos los actos del Parlamento en relación con las peticiones recibidas son solo susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, conforme determina el artículo 42 LOTC.

10 Cfr. Mateo Pascua, F.:*Fuerzas Armadas y derechos políticos*. Madrid, Congreso de los Diputados, 2006.

En todo caso, el órgano administrativo receptor de la petición parlamentaria, a su vez, informará a la mayor brevedad posible de la recepción de la petición de las medidas adoptadas, o que va a adoptar, en torno a la cuestión suscitada, «salvo que una disposición legal lo impidiese».

El Parlamento, en todo caso, ha de acusar recibo de la petición y comunicar al peticionario el pertinente recibo, al abrigo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (artículo 48.4 RCD; art. 194 RS; art. 49.2.4º RPAND; art. 71.5 RJGPRINCAST; art. 27.1.8ª RCCyL; art. 68.7 RPCAT, que además fija un plazo de tres meses para comunicar el acuerdo al peticionario, igual que el artículo 48.5 RCCV, prorrogable a seis meses si se hubiesen producido comparecencias; art. 48.3 RPGAL; art. 51.5 RPIB; art. 46.1 RPLR; art. 205.7 RAMU y art. 59.7 RPANA). Aunque casi ningún Reglamento lo disponga, debe entenderse que los asuntos tratados por esta Comisión no son públicos y no se publican Diario de las sesiones que se celebren. De este modo, incluso, el Reglamento de la Asamblea de Extremadura dispone que sus sesiones son confidenciales (art. 100.6 RAEX, también art. 205.6 RAMU). No obstante, la homogeneidad parece imposible, pues las sesiones de esta Comisión en el Parlamento de Navarra se publican en el Diario de Sesiones.

En caso de que la Comisión de Peticiones entienda que la petición adolece de falta de seriedad, o sea reiterativa podrá acordar el archivo[11] de la petición sin más trámites (art. 48.4 RCD; también art. 49.2.4º RPAND; art. 71.3 RJGPRINCAST; art. 68.6 RPCAT; art. 48.3 RPGAL;

11 Cfr. Fernández-Fontecha Torres, M.: «Artículo 49», en Ripollés Serrano, M. R. (coord.), *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*. Madrid, Congreso de los Diputados, 2012, pp. 415. Este autor niega que el archivo sea una potestad discrecional de la Comisión, lo cual resulta evidente a partir de la jurisprudencia del Tribunal. Puntualiza este autor en relación con el archivo de la petición: «...la limitación de las competencias de la Comisión a trasladar el escrito por conducto de la Presidencia excluye que tal acuerdo pueda producirse. Parece que el precepto se refiere más bien a las peticiones que no respondan a un mínimo contenido de forma y de racionalidad en su formulación, excluyendo las que sean extravagantes o incomprensibles. La capacidad de archivar la petición debe entenderse a tales casos, pues el acuerdo remisorio..., no puede hacerse depender más que del cumplimiento de las formas extrínsecas de la iniciativa.»

art. 51.2 RPIB; art. 46.3.b RPLR y art. 59.4 RPNA). El artículo 47.2 del Reglamento del Parlamento de Canarias regula el posible archivo de la petición de un modo más completo, pues procede el archivo de la petición cuando a juicio de la Comisión, «la petición formulada fuese irrazonable o arbitraria, abusiva o con manifiesta carencia de sentido, o bien carezca de los requisitos mínimos indispensables.»

Además y aunque la Ley Orgánica no regula las peticiones en los Parlamentos, les serían de aplicación las causas de inadmisión del artículo 8 de la Ley Orgánica. En este sentido, debe entenderse que no se admitirán las peticiones sobre cuyo objeto exista un procedimiento administrativo o judicial ya iniciado y pendiente de acuerdo o resolución firme (también lo prevé expresamente el artículo 308.4 RCAR). Por su lado, el art. 192 del Reglamento del Senado dispone que las peticiones que los «españoles» dirijan al Senado se atendrán a la forma y demás requisitos «que establezca la Ley», lo cual vendría a resolver cualquier problema interpretativo en relación con la posible aplicación de la Ley Orgánica a las peticiones tramitadas ante el Senado. Otros Reglamentos disponen de una forma expresa la aplicación supletoria de la Ley Orgánica, como el artículo 307.2 RCAR.

Hay alguna causa más de inadmisibilidad, como la del Reglamento de la Asamblea de Murcia (art. 205.2 RAMU) que determina, de una forma algo original, que no serán admitidas a trámite las peticiones sobre cuyo objeto exista un procedimiento parlamentario en trámite.

Contra la decisión de archivar sin más trámite de la Comisión de Peticiones no cabe interponer recurso alguno, salvo que el Reglamento prevea alguno, como el artículo 308.5 del Reglamento de las Cortes de Aragón que prevé un «recurso de reconsideración» ante la Mesa de la Cámara que decidirá oída la Junta de Portavoces (también artículo 205.2 RAMU).

Existe alguna disposición diferente, como las del artículo 68 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, o la del artículo 48.4 del Reglamento de las Cortes Valencianas, o el artículo 59.6 RPANA que prevén que la Comisión de Peticiones puede adoptar resoluciones que

asuman el contenido de las peticiones, pudiendo formular, incluso, recomendaciones sobre las peticiones recibidas a los «poderes públicos y a las instituciones». No cabe duda de que la posibilidad de adoptar este tipo de acuerdos es única en el *Derecho parlamentario español,* y sitúa a estas Comisiones de estos Parlamentos en una situación diferenciada y de un cierto rango prevalente que, solo de una forma aproximada, se puede comparar con la posición del Defensor del Pueblo, pero que puede resultar eficaz en los casos en los que la Administración no remita una contestación. También en la Asamblea de Extremadura se dispone, en el artículo 100.9 RAEX, que esta Comisión puede requerir a la Autoridad correspondiente para que comparezca ante la comisión, así como comunicar las deficiencias al responsable, o funcionario o autoridad regional responsable de las mismas.

Finalmente, aunque no es unánime, suele preverse que las Comisiones de Peticiones adopten sus acuerdos atendiendo al criterio de voto ponderado (art. 48 RCD; art. 49.1 RPAND; art. 53.1 RPCANT; art. 48.1 RCCV; art. 100.1 RAEX; art. 48.1 RPGAL; art. 45.2 RPLR). La ponderación en la votación de estas Comisiones, no deja de plantear problemas. El voto ponderado significa que cada miembro de la Comisión tiene tantos votos como Diputados tiene en el Pleno el grupo al que pertenece. El resultado de la votación es, por tanto, una proyección. El voto ponderado es la fórmula de votación utilizada cuando en el órgano parlamentario hay solo un miembro de cada Grupo, como sucede en la Junta de Portavoces, en la Comisión de estatuto de los Diputados, o en algunas ponencias. Por ello, no es explicable de un modo fácil esta previsión en una Comisión en la que su composición ni siquiera es proporcional, pues lo conforman los miembros de la Mesa y un representante de cada grupo. Así, en estas Comisiones en las que la composición es proporcional y votan de forma ponderada, ha de entenderse que se aplicará el sistema de voto ponderado, solo en caso de que todos los miembros del Grupo parlamentario voten en el mismo sentido.

4. El Informe de la Comisión de Peticiones y la caducidad de sus trabajos

Por último, la actividad de la Comisión de Peticiones suele plasmarse en un informe que recoge el número de peticiones recibidas, la decisión que se ha adoptado en cada una de las mismas, y las resoluciones adoptadas por las Autoridades destinatarias (art. 310 RCAR). El texto del informe debe publicarse en alguna de las publicaciones oficiales de la Cámara. Además, algunos Reglamentos disponen que el informe sea objeto de consideración en sesión plenaria (art. 194 RS, igual que art. 71.6 RJGPRINCAST; art. 68.6 RPCAT, que se refiere a una *Memoria;* art. 100.13 RAEX; art. 51.6 RPIB; art. 47 RPLR y art. 206.5 RAMU). También en el Parlamento de Cantabria se publica en el Boletín con el mismo contenido que en el resto de Parlamentos, pero sin discusión ni tramitación plenaria.

Por su lado, los asuntos que estén en trámite en las Comisiones de Peticiones al finalizar la Legislatura no caducan, pues no parece eficaz dar por concluida la actuación de esta Comisión y obligar al ciudadano a reproducir su petición. No obstante, algún Reglamento dispone precisamente lo contrario (es decir, la caducidad de los asuntos siempre), como el artículo 311 de Reglamento de las Cortes de Aragón. Finalmente, los artículos 206.6 y 211 RAMU disponen un régimen intermedio y prevén que sea la propia Comisión la que disponga los asuntos que caduquen al final de la Legislatura.

El sistema electoral a debate

Javier Guillem Carrau
Letrado de Les Corts Valencianes.

Resumen

En el debate sobre el sistema electoral, para reforzar la legitimidad de las Instituciones, se ha planteado la introducción de elementos de corte mayoritario como el doble voto alemán, la modificación de las circunscripciones o el establecimiento de listas abiertas. Las propuestas de reforma del sistema electoral deben ser valoradas positivamente porque surgen en respuesta a las inquietudes ciudadanas y, a buen seguro, el debate que se está generando en torno a hacer el sistema más eficiente es enriquecedor.

Palabras clave: elecciones, sistema electoral, ciudadania, partidos políticos, reformas.

Resum

En el debat sobre el sistema electoral, per a reforçar la legitimitat de les institucions, s'ha proposat la introducció d'elements d'estil majoritari com el doble vot alemany, la modificació de les circumscripcions o l'establiment de llistes obertes. Les propostes de reforma del sistema electoral han de ser valorades positivament perquè sorgeixen en resposta a les inquietuds ciutadanes i, de segur, el debat que s'està generant entorn de fer el sistema més eficient és enriquidor.

Paraules clau: eleccions, sistema electoral, ciutadania, partits polítics, reformes.

Abstract

The reform of the electoral system is under discussion. The goals are to increase the legitimacy of the Institutions by introducing elements of the majority system into the proportional one like the German double vote, the redistribution of the geographical circumscriptions or the opened lists. All proposals are to be assessed positively because they appear in reply to citizen interests and, for sure, the debate around ways of render it more efficient than now is always profitable.

Key Words: Ballots, Electoral System,Citizenship, Political parties, Reforms.

Sumario

I. Introducción.
II. Influencia del sistema electoral sobre las fuerzas políticas.
III. Modelo electoral español.
IV. Conclusiones.
V. Bibliografía.

I. Introducción

Afirmó Ortega y Gasset que la salud de las democracias, cualesquiera que sean su tipo y su grado, depende de un mísero detalle técnico: el procedimiento electoral, el resto es secundario.

Como es conocido la influencia del sistema electoral sobre las fuerzas políticas es una de las características fundamentales de los sistemas electorales en las democracias representativas. El hecho de predicar un sufragio individualizado, universal, libre, igual, directo y secreto se complementa en estos sistemas con la consideración del mismo como expresión del principio de igualdad y de la consideración del individuo como ciudadano y expresión de la voluntad del cuerpo electoral.

Asimismo, en este contexto, se apunta que la organización del sufragio es otro factor relevante de influencia en la configuración de las fuerzas políticas en una democracia. Esta organización se articula por medio de la determinación un medio de control del cuerpo electoral (el censo) y la definición de las circunscripciones o distritos electorales.

De este modo, el sistema electoral, como instrumento de creación de la voluntad política del Estado, se convierte en la herramienta que compagina la oferta electoral de los partidos políticos y el sistema para determinar quién va a gobernar con dos criterios básicos: asegurar la gobernabilidad y la libertad de elección. Por ello, se afirma que las elecciones representan una doble vía de comunicación, en sentido ascendente (representatividad) y en sentido descendente (responsabilidad).

II. Influencia del sistema electoral sobre las fuerzas políticas

Biglino (2009: 11) subraya que el sistema electoral es la espina dorsal del Estado democrático y la actuación del pueblo a través de representantes es la forma más eficaz de encajar las piezas del Estado constitucional. No es solo la fórmula de convertir votos en escaños. En este sentido, se afirma que el estudio del rendimiento de un sistema

electoral tiene que referirse necesariamente a su influencia genérica sobre el funcionamiento del sistema político (Llera Ramo, 1998: 128)

En la misma línea, el Consejo de Estado (2009: 10) sostiene que la cualidad democrática de un Estado depende, en gran medida, de la capacidad del sistema electoral para generar adecuadamente la representación política de la sociedad. Allí donde el sistema electoral no funciona correctamente la propia democracia acaba resultando cuestionada. El régimen jurídico de las elecciones ha de responder a un doble imperativo: a) presentarse como un conjunto de reglas de juego igualitarias y neutrales para que la democracia a la que sirven no se vea cuestionada y conjurar el peligro de que quienes resulten perdedores en el juego electoral dejen por ello de acatar el resultado y no acepten seguir jugando bajo las mismas reglas; b) las elecciones deben generar un órgano que represente material y políticamente y no solo formalmente al cuerpo electoral. El derecho electoral por ello se considera parte de la constitución política material de un Estado democrático.

La influencia del sistema electoral sobre las fuerzas políticas ha sido objeto clásico de estudio académico. Entre otros, los clásicos Rae (1977) y Lijphart (1988) han identificado una serie de variables independientes (Estructura de voto, tamaño de la circunscripción y fórmula electoral) y otras variables dependientes (Proporcionalidad del resultado de la elección y el grado de multipartidismo). En función de las citadas variables estos autores afirman que los elementos que influyen en la proporcionalidad del resultado son la fórmula electoral y la la dimensión de la circunscripción. Como ejemplo de esta influencia, Torres del Moral (2009: 207) apunta que el sistema electoral influye tanto en las fuerzas políticas que hasta los hace desaparecer.

Vidal Prado (1995: 625) considera que la tesis de Duverger relativa a la relación directa entre el Sistema electoral y el Sistema de partidos– y que viene a determinar que cuando el sistema es mayoritario se tiende al bipartidismo o que cuando es proporcional la consecuencia es la existencia del multipartidismo– es, con carácter general, actualmente

menos considerada porque la realidad del Derecho comparado muestra que Estados con sistemas electorales muy parecidos y sistemas de partidos muy diferentes tienen resultados que no permiten confirmar la tesis de Duverger como regla general. Así, se pone como ejemplo, en los sistemas electorales de media mayor el caso de Suecia con 5 partidos y el de Austria con 2 o 3 partidos.

En consecuencia, la influencia del sistema electoral sobre las fuerzas políticas se traslada a la clase de representación o el problema de la circunscripción. En este punto, Sartori (1994) considera que Duverger (1950) presuponía relación causal de una mera correlación. Nohlen (1961) y Bodgdanor (1983) apuntaron que existen más variables a tener en cuenta, no solo el citado binomio de circunscripción y clase de representación y, por ello, distinguen entre representación pura, proporcional impura, y proporcional con barrera legal. En cambio, Rae subraya el hecho de que todo sistema electoral prima a los partidos grandes y perjudica a los menores y especialmente en los sistemas mayoritarios.

En general, se afirma que todos los sistemas electorales suelen beneficiar al partido más votado y en ese proceso de adjudicación de escaños hay opciones de los electores que no obtienen representación final en los hemiciclos en función de los factores citados como la circunscripción, el tipo de representación, la existencia de las barreras electorales, etc.. Por ello, se dice que la mayoría de Parlamentos son producto del sistema electoral, más que de la voluntad de los electores.

El sistema de partidos y el sistema electoral se condicionan mutuamente. Ante un sistema de los de escrutinio mayoritario a 1 vuelta se reproduce un sistema de Bipartidismo. En un sistema de escrutinio proporcional, se da el Multipartidismo y una mayor fragmentación del electorado. Cuando el sistema es de escrutinio de media mayor, se da una menor fragmentación del sistema de partidos y un menor índice de proporción en el reparto de escaños. Por último, la mayor amplitud de la circunscripción influye en una menor proporcionalidad en la representación. Para Lijphart tiene más influencia en los resultados

el factor de la dimensión de la circunscripción que el de la fórmula electoral y, en su virtud, no aprecia una fuerte relación entre el grado de proporcionalidad y el de multipartidismo.

III. Modelo electoral español

En la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, el modelo electoral de la Constitución Española y la Ley Orgánica de Régimen Electoral General se complementa con lo dispuesto en materia electoral en los Estatutos de Autonomía y las leyes electorales autonómicas. La permanencia y la continuidad son los caracteres de este modelo desde la transición. Igualmente, se define cierta homogeneidad entre normas generales y normas autonómicas y un relevante protagonismo de partidos políticos y la existencia de sufragios de diferente valor. Un botón de muestra de las peculiaridades del modelo, señaló Torres del Moral (2009: 218), es que frente a 2000 partidos registrados solo unos 12 habían conseguido escaños en las Cortes Generales en 2009.

El Consejo de Estado (2009: 154) destaca que la doctrina se ha manifestado en numerosos sentidos respecto a la existencia de sufragios de diferente valor. El sistema produce enojosas diferencias en el valor del sufragio (1 diputado en Madrid cuesta 174000 y en Soria 46000) y dota un excesivo protagonismo a los partidos políticos. En ese sentido, el Consejo de Estado propone elevar el número de diputados a 400, reducir la representación mínima inicial por provincia a un diputado; y que se calcule el número de escaños asignados a cada provincia con relación al número de electores inscritos en el censo y no en proporción a la población de derecho.

Con el fin de aumentar la proporcionalidad del sistema se ha propuesto sustituir la regla d'Hondt por una fórmula de escrutinio de efectos más proporcionales (Sanite lagë, Droop o Hare) y suprimir la barrera electoral del 3 % de los votos emitidos y establecer una del 5 por ciento estatal. Se propone considerar la Comunidad Autónoma como circunscripción electoral, la supresión de la representación mínima

inicial por circunscripción, el establecimiento de una circunscripción nacional para la elección de parte de los diputados y la distribución de restos a nivel nacional para compensar las penalizaciones que sufren los partidos de implantación estatal menos votados. Para reforzar el poder del elector se propone cambiar el sistema de listas cerradas y bloqueadas por algo similar a lo existente en otros países de nuestro entorno conocido como voto preferencial.

Tras el 2006, Biglino (2009: 21) considera que alguna reforma estatutaria de 2006 han convertido los Estatutos en auténticos Códigos electorales con el fin de blindar el sistema electoral autonómico (paridad, debates electorales). En este sentido, Presno Linera (2007, p. 128) apunta cómo se incluyeron en el Estatuto aquellas disposiciones referidas a las elecciones autonómicas que se apartan de lo dispuesto en la LOREG.

Gavara de Cara (2003: 13) considera que las competencias autonómicas en materia electoral son originarias, derivadas directamente de la voluntad constitucional y establecida en los respectivos EEAA sin que puedan considerarse excepciones al régimen electoral general.

La doctrina ha realizado un análisis bastante homogéneo de la legislación electoral autonómica. Biglino (2009: 22, 39) afirma que el escaso ámbito dejado al legislador autonómico electoral ha supuesto críticas doctrinales pero no considera negativo el hecho de que hay principios comunes porque autonomía no significa necesariamente diversidad y la situación aporta estabilidad y permanencia. Presno (2007: 114, 135) apunta que el contenido es redundante, reglamentario y minimalista. Es estable puesto que ha garantizado la continuidad en el ejercicio del poder. En esta línea, Garrorena (2008: 68) sostiene que las leyes electorales autonómicas responden a un patrón similar (30 o 40 artículos en los que se concreta la circunscripción, la fórmula del recuento relativa al sistema proporcional y adaptar la LOREG a las elecciones autonómicas).

En este sentido, Gavara de Cara (2003: 9, 69) concluye que en los Estados compuestos la legislación electoral de los entes territoriales

con competencia en la materia, aunque no precise de homogeneidad y uniformidad, suele basarse en los mismos criterios porque es un acto normativo limitado.

IV. Conclusiones

La crisis actual ha puesto de manifiesto el desencanto de la ciudadanía, la fragilidad del principio de representatividad y el debilitamiento de las formas convencionales de la participación del sistema de partidos políticos.

Las iniciativas sobre buen gobierno, la modernización de las Administraciones y la autorregulación han quedado en entredicho por la propia crisis económica y financiera y por la ineficacia del sistema de «control y sanción» ante los incumplimientos de los gobernantes.

En el debate sobre el sistema electoral, para reforzar la legitimidad de las Instituciones, se ha planteado la introducción de elementos de corte mayoritario como el doble voto alemán, la modificación de las circunscripciones o el establecimiento de listas abiertas.

En un año cargado de elecciones, el abrir un debate sobre la reforma electoral puede ser considerado oportunista. No obstante, las propuestas de reforma del sistema electoral deben ser valoradas positivamente porque surgen en respuesta a las inquietudes ciudadanas y, a buen seguro, el debate que se está generando en torno a ellas es enriquecedor.

En dicho marco, aun a riesgo de caer en tecnicismos electorales, interesa contrastar las propuestas existentes sobre la mesa con los elementos del sistema que más influyen en la configuración de los Parlamentos en términos de representatividad y proporcionalidad.

Así, la introducción de algún elemento del sistema mayoritario, por ejemplo al estilo del doble voto alemán (a candidato y a partido), se considera positiva porque puede aproximar a representantes y representados.

Incluso, en ámbitos académicos, se afirma que cabe la posibilidad de introducir elementos de corte mayoritario a escala autonómica sin

reforma constitucional porque la proporcionalidad solo afectaría a las llamadas Comunidades históricas.

A este respecto, como ya apuntara Duverger, la relación entre sistema electoral y sistema de partidos, en un sistema mayoritario lleva necesariamente al bipartidismo. Esta tesis ha sido matizada por la propia realidad ya que hay Estados con sistemas electorales muy parecidos y sistemas de partidos muy diferentes. En todo caso, para abordar esta compleja cuestión se tendrá que poner especial atención a la reforma que, por mandato de su Tribunal Constitucional, se hizo en el sistema alemán en 2013 con el fin de favorecer a los partidos minoritarios.

En respuesta a la propuesta de introducir elementos de corte mayoritario en el sistema, en las elecciones a Cortes Generales se ha planteado el incremento de escaños del Congreso y el establecimiento de una circunscripción única, como en las elecciones europeas. La delimitación de las circunscripciones es clave en la evaluación de efectos políticos y del rendimiento del sistema electoral y la principal fuente de desigualdad y desproporcionalidad del mismo.

En esta línea, en 2009, el Consejo de Estado propuso elevar el número de diputados y considerar la Comunidad Autónoma como circunscripción electoral, con la supresión de la representación mínima inicial por cada una, el establecimiento de una circunscripción nacional para la elección de parte de los diputados y la distribución de restos a nivel nacional para compensar las penalizaciones que sufren los partidos de implantación estatal menos votados.

Estas propuestas podrían ser encauzadas también a escala autonómica en relación con el marco territorial de la elección, el número de escaños del Parlamento regional y los criterios de distribución territorial. Es necesario reconocer que la viabilidad de estas propuestas es complicada por las variables presupuestarias, funcionales y demográficas que conllevan.

Con el fin de mejorar la proporcionalidad, se ha propuesto reducir la representación mínima inicial por provincia a un diputado; y que se calcule el número de escaños asignados a cada provincia

con relación al número de electores inscritos en el censo y no en proporción a la población de derecho. Asimismo, en aras de una mayor proporcionalidad, podría cambiarse la conocida regla d'Hondt por una fórmula de escrutinio de efectos más proporcionales, suprimir la barrera electoral del 3 por ciento o establecer una del 5 por ciento estatal.

En el ámbito autonómico, existe cierto margen para que el legislador autonómico mejore la proporcionalidad revisando la fórmula de escrutinio o el porcentaje de la barrera electoral.

Otras de las propuestas se orientan a reforzar el poder del votante. Se propone cambiar el sistema de listas cerradas y bloqueadas por algo similar a lo existente en otros países de nuestro entorno que se conoce como voto preferencial en el que las listas están desbloqueadas o por un sistema de listas abiertas. Lamentablemente, poco se ha dicho sobre la incorporación de las nuevas tecnologías al proceso electoral o las posibilidades que ofrece el voto electrónico.

En definitiva, existe un haz de opciones de política legislativa que casan difícilmente con la importancia que el sistema otorga a los partidos políticos y a la gobernabilidad de las Instituciones.

No obstante, el refuerzo de la legitimidad de las Instituciones no solo depende del sistema electoral sino de un conjunto de etiquetas o «tags» como gobernanza, gobierno abierto, transparencia, ciudadanía responsable y democracia colaborativa que centran también los debates públicos de las sociedades democráticas avanzadas.

V. Bibliografía

Biglino Campos, M. P.: «La legislación electoral estatal y el margen del legislador autonómico», en Gálvez Muñoz, L. A. (coord.), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas: revisión y mejora*, 2009, pp. 11-42.

Bogdanor, V.: «Conclusion: Electoral Systems and Party Systems», en Bogdanor, V., Butler, D. (eds.), *Democracy and Elections, Electoral*

Systems and their Political Consequences. Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

Consejo de Estado: *Informe sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general*. 2009, disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf> [15.6.2010].

Duveger, M. *et al*.: *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique*. París, Armand Colin, 1950.

Gálvez Muñoz, L. A.: «El derecho electoral de las CCAA: revisión y mejora», *Cuadernos y Debates*, 193, CEPC, 2009.

Gavara de Cara, J. C.: «La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos», CEPC, 2007.

Lijphart, A.: «The Political Consequences of Electoral Laws, 1945-1985. A Critique, Re-Analysis, and Update of Rae's Classic Study», *IPSA-Paper XIV World Congress*. Washington, D.C., 1988.

Llera Ramo, F. J.: «Los rendimientos de los sistemas electorales en la comunidades autónomasel predominio del bipartidismo imperfecto», en Montabes Pereira, J., *El sistema electoral a debate : veinte años de rendimiento del sistema electoral español (1977-1997),* 1998.

Nohlen, D.: Begriffliche Einführung in die Wahlsystematik [Introducción conceptual en la sistemática electoral], en Sternberger, D., Vogel, B. (eds.), *Die Wahl der Parlamente und anderer Staatsorgane* [La elección de los parlamentos y otros órganos del Estado]. Berlín, de Gruyter, 1969, pp. 1-54.

Presno Linera, M. A.: «Nuevos Estatutos de Autonomía con viejos sistemas electorales», *REAF*, 5, 2007, pp. 101-147.

Rae, D. W.: *The political consequences of electoral laws*. New Haven, Yale University Press, 1971.

Rae, D. W.: «Análisis del sistema electoral español en el marco de la representación proporcional», en Rae, D. W., Ramírez, V., *Quince años de experiencia. El sistema electoral español*. Madrid, McGraw-Hill, 1993.

Sartori, G.: *Comparative Constitutional Engineering*. Londres, MacMillan, 1994.

Torres del Moral, A.: «Sistemas electorales y sistemas de partidos en las elcciones autonómicas», en Gálvez Muñoz, L. A., *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas: revisión y mejora*, 2009, pp. 205-256

Vidal Prado, C.: *Resultados de la aplicación de diversos sistemas electorales en España (1977-1993).* Pamplona, Digitalia, 1995.

Las normas con rango de Ley emanadas del Gobierno estatal desde la aprobación de la Constitución Española de 1978

José Carlos Navarro Ruiz
Letrado de Les Corts Valencianes. Profesor Contratado
Doctor Acreditado de Derecho Constitucional. Profesor Asociado
de Derecho Constitucional de la Universitat de València.

Resumen

En las líneas que siguen se describen las figuras de las normas con rango de ley que puede emanar el Gobierno, y se analiza el uso que de ellas ha hecho en la práctica en estos casi 40 años de vigencia constitucional.
Palabras clave: decretos legislativos, decretos-leyes, legislación delegada, legislación de urgencia.

Resum

En les línies que segueixen es descriuen les figures de les normes amb rang de llei que poden emanar del govern i s'analitza l'ús que n'ha fet en la pràctica en aquests quasi quaranta anys de vigència constitucional.
Paraules clau: decrets legislatius, decrets lleis, legislació delegada, legislació d'urgència.

Abstract

In the lines below we describe the figures of the rules that the Government can aprove with value of law, and we analyse the use that in practice the Spanish Government has made of them.
Key Words: Government decree, Delegated laws, Emergency laws.

Sumario

I. Introducción.
II. La legislación delegada: los decretos legislativos.
III. La legislación de urgencia: los decretos-leyes.
IV. Conclusiones.
V. Bibliografía.

I. Introducción

El esquema clásico de distribución del poder normativo, en el que quedaba en manos del Parlamento la potestad de emanar leyes y en las del Gobierno emanar normas de rango infra-legal (reglamentos) sufrió la misma evolución que los demás aspectos relativos a la interrelación entre el Parlamento y el Gobierno: el debilitamiento del primero en beneficio del segundo. En efecto, conforme avanzaba el siglo XIX hasta la fecha, con carácter general el Parlamento ha ido viendo menguando su poder en beneficio del Gobierno.

Uno de los arietes en la progresiva pérdida de importancia del Parlamento se plasma en el progresivo incremento gubernamental de su rol normativo. Tradicionalmente se ha aceptado pacíficamente que las leyes requieren de un complemento normativo para su desarrollo y ejecución, disponiendo el Gobierno de la potestad de dictar «reglamentos»: normas de rango inferior a la ley que la desarrollan y complementan, siendo una pieza esencial (por su alcance y por su elevado número) de nuestros ordenamientos jurídicos actuales.

Sin embargo, el Gobierno no solo dicta normas de rango reglamentario, que es su ámbito normativo propio, sino que el Gobierno también aprueba normas con rango de ley a pesar de no ser el representante primario de la voluntad popular: lo que Pizzorusso denomina «poder normativo primario» del Gobierno (1996: 31 y ss.): es la legislación delegada y la legislación de urgencia. Dicha diferencia de rango de las normas emanadas del Gobierno es especialmente relevante en punto a su control: las que tienen rango reglamentario pueden supervisarse y anularse por el Poder judicial. Mientras que las que tienen rango de ley solo podrá hacerlo el Tribunal Constitucional.

A diferencia de lo que sucede con la potestad reglamentaria (de la que dispone el Ejecutivo de modo genérico y originario), cuando se trata de emanar normas con rango de ley el Ejecutivo necesita una habilitación específica previa «como una potestad de colaboración del Gobierno en las tareas legislativas del Parlamento» (Espin, 1990: 256). Los ordenamientos jurídicos actuales suelen reconocer dicha potestad

de dictar normas con rango de ley al Gobierno en dos tipos claramente diferenciados. En primer lugar, la legislación delegada, cuando el Parlamento decide habilitar al Gobierno para dictar normas con rango de ley con determinados límites y controles. Y, en segundo lugar, la legislación de urgencia, que en algunos ordenamientos no requiere una delegación expresa previa de la Asamblea. En estos casos se otorga al Ejecutivo potestad de dictar normas de rango de ley por razones de urgencia, y se suele otorgar al Parlamento la facultad de controlarlas, pero a posteriori: una vez aquéllas han sido aprobadas y han entrado en vigor. Para que el Gobierno pueda actuar así aprobando normas con rango de ley ha de tratarse de supuestos de extraordinaria y urgente necesidad.

Que el Gobierno dicte normas con rango de ley ha de ser excepcional y adoptado con determinadas cautelas, habida cuenta la distorsión que supone en el sistema de fuentes del Derecho que el Ejecutivo pueda aprobar normas con una fuerza de ley que, en principio, debería estarle vedada. Precisamente por ello deben interpretarse restrictivamente las normas atributivas de competencia al Gobierno para aprobar normas con rango de ley. Y, correlativamente, deben interpretarse ampliamente los límites establecidos para que haga uso de dicha potestad. Desde dicha perspectiva es desde la que hay que interpretar todos los límites y cautelas establecidos constitucionalmente: si el Ejecutivo se mueve dentro del margen que tiene para aprobar normas con rango de ley estas serán válidas. De lo contrario serán nulas.

Veamos con detalle la regulación de ambas figuras normativas, la interpretación que de ella ha hecho el Tribunal Constitucional (TC), y el ejercicio que el Gobierno ha hecho de una y otra en estos casi 40 años desde que se aprobó la Constitución.

II. La legislación delegada: los decretos legislativos

La aparición histórica de esta figura de delegación del Parlamento en el Ejeutivo se remonta a la Inglaterra del siglo XVI, con el *Statute of*

Proclamation de 1539, que autorizaba a legislar a Enrique VIII (Freixes, 1990: 121-124). El origen de esta figura en España se inició «desde los inicios de la andadura práctica del Estatuto Real de 1834» (Virgala, 1991: 11-31) y, constitucionalmente, tiene una «historia ilustre» nacida de la Constitución de 1876 (Díez-Picazo, 1996: 51).

Según dispone expresamente nuestro Texto constitucional vigente (art. 85), «las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos»: «Decretos» porque proceden del Gobierno, pero «legislativos» porque tienen rango de ley. Según la regulación constitucional vigente (artículo 82), la delegación en el Gobierno la realiza el Parlamento (participando, por tanto, ambas Cámaras, a diferencia del Decreto-ley, como después veremos), siempre que se trate de materias respecto de las que no existe reserva de ley orgánica. Dicha delegación se realizará mediante ley ordinaria, si se trata de refundir textos legales, o mediante una ley de bases, si lo que se delega es la posibilidad de formar textos articulados. La delegación (sea de un tipo u otro) ha de hacerse expresamente, sometida a plazo y para una materia concreta. Y se agota con su uso. Si se trata de delegar para formar textos articulados, el Parlamento debe delimitar el objeto y alcance de la delegación, así como los principios y criterios que debe seguir el Gobierno para ejercerla.

Esta figura normativa no genera problema en el encaje de la tradicional división de poderes: es el Parlamento quien, voluntariamente, decide delegar en el Gobierno para que emane normas con rango de ley en determinadas materias. O, si se quiere, es la Constitución la que habilita a las Cortes «para que éstas, si quieren, puedan delegar en el Gobierno, ya que exige la participación del titular original de la potestad» (Quadra-Salcedo, 1991: 361). En palabras del TC, «las Cortes Generales, en cuanto representantes del pueblo español, titular de la soberanía, son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario (arts. 66 y 1.2 CE), no obstante lo cual la propia Constitución autoriza al Gobierno para que dicte normas con rango de ley… en un marco necesariamente más estrecho que aquel en el que

se mueven las Cortes Generales en cuanto legislador soberano…» (STC 51/1982, FJ 1º).

La delegación que realizan las Cortes Generales ha de ser para una materia concreta precisando el TC que deben fijar «el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación» (STC 13/1992, FJ 16º). Además, según la propia Constitución, las materias sobre las que el Parlamento puede delegar son aquellas respecto de las cuales no exista reserva de ley orgánica: desarrollo de los derechos fundamentales, las que aprueben los Estatutos de Autonomía, el régimen electoral general y las expresamente previstas en la Constitución (como la Ley Orgánica del Poder Judicial, la del Tribunal Constitucional o la del Tribunal de Cuentas, etc.). En todo caso se ha de tratar de una delegación expresa (no tácita), sujeta a plazo, y se agota con su uso (esto es: la delegación legislativa solo se puede ejercer una vez).

Los Decretos legislativos pueden ser de dos tipos: para refundir textos; o para formar textos articulados a partir de las bases o principios fijados previamente por el Parlamento en una Ley «de bases». En ambos casos hace falta una Ley previa: bien una Ley ordinaria habilitando al Gobierno para refundir o armonizar textos, bien una ley de bases en la que se fijen los principios generales que luego deberá desarrollar el Gobierno en el Decreto Legislativo (es el caso, sin ir más lejos, del Código Civil, redactado a partir de una Ley de bases). En este último caso el Gobierno tiene un mayor margen de actuación; pero incluso en el caso de que se trate de refundir textos legales, el Gobierno «aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa… permite al Gobierno la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de la refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias… para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático» (STC 166/2007, FJ 8º).

La legislación delegada está sometida al control del TC (lo que es lógico, habida cuenta su carácter de norma con rango de ley). Pero,

además, también de los Tribunales ordinarios: según un sector de la doctrina y la jurisprudencia, en la medida en que el Gobierno exceda de la delegación conferida por el Parlamento, esa parte de la norma ya no tendrá rango legal, sino reglamentario, y sometida por tanto a los Tribunales ordinarios: es la doctrina del *ultra vires* (que, en ocasiones, se califica de «degradación normativa»: v. García-Trevijano, 1991: 407-420). A la que se han opuesto, con razón, Virgala (1991: 47-68 y 2009: 1496-1498) y Freixes (1990: 144), entre otros.[1] El control por parte del Poder judicial del exceso en la delegación legislativa se desprende, según sus defensores, de la literalidad del primer inciso del artículo 82.6 de la Constitución: «*Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales*…» Interpretación que el TC ha aceptado pacíficamente en sus SSTC 51/1982, 47/1984 y 159/2001, entre otras. Así, en la segunda de ellas afirmó literalmente que «…el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria… Por lo tanto la nulidad de la norma originada por el exceso en la delegación… pudo apreciarse en la instancia…» (FJ 3º). La jurisdicción ordinaria aplicó con naturalidad dicho criterio en diversas ocasiones (Alegre, 1995: pássim). Y la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1988 y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que se promulgó ese mismo año lo recogieron explícitamente.

Al control que ejerce el TC y los Tribunales ordinarios puede añadirse un tercero, este eventual según la Constitución: las leyes de delegación pueden prever «fórmulas adicionales de control». Sin embargo, hasta la fecha las leyes de delegación no han incluido ninguna fórmula adicional de control. Ello no ha impedido que el Congreso de los Diputados haya establecido un mecanismo genérico de control parlamentario. En efecto, el Reglamento del Congreso (artículo 153) establece que en el plazo de un mes tras la publicación del decreto legislativo los Diputados o Grupos Parlamentarios podrán formular

1 Un buen resumen del debate doctrinal en torno a esta cuestión puede verse en Ruiz-Risueño, 2005: 419-427.

«objeciones». En el caso de presentarse, se remiten a la Comisión competente para que emita Dictamen, a debatir en el Pleno.[2]

El uso que de ellos han hecho el Parlamento y el Gobierno estatales ha sido el siguiente:

Decretos legislativos aprobados por el Gobierno español

Año	D.Leg.	Año	D.Leg.
1979	1	1999	1
1980	1	2000	5
1981	1	2001	1
1982	0	2002	1
1983	0	2003	0
1984	0	2004	8
1985	1	2005	0
1986	16	2006	0
1987	1	2007	2
1988	1	2008	2
1989	1	2009	0
1990	3	2010	1
1991	0	2011	3
1992	1	2012	0
1993	1	2013	1
1994	2	2014	0
1995	2	2015	8
1996	1	2016	1
1997	0	2017	0
1998	0	2018	0
		TOTAL	***67***

2 Un análisis pormenorizado de esas fórmulas adicionales de control puede verse en Gutiérrez, 1995: 265-308.

Como puede apreciarse, aunque la Constitución le dedica varios preceptos a su regulación, y la doctrina le ha dedicado tradicionalmente bastante atención, es lo cierto que desde la perspectiva de su virtualidad práctica los decretos legislativos (tanto en su variante de textos refundidos como en la de textos articulados) ha caído en desuso. En el periodo analizado ha habido trece años en que no se ha dictado ninguno. Y en otros dieciséis años solo uno cada uno. Como también que casi la cuarta parte de ellos (16) se dictaron en el mismo año que España se incorporó a las Comunidades Europeas (1986). En buena medida podemos afirmar que el uso de la informática y las bases de datos legislativas hacen innecesario actualmente acudir a este mecanismo, habiéndose generalizado la publicación actualizada de los textos consolidados de las normas. Primero fueron las editoriales privadas las que ofrecían a sus clientes la versión fiable de la última redacción de las leyes, algo poco menos que imprescindible ante sus habituales modificaciones (singularmente a través de las leyes de «acompañamiento» o de «medidas»). Pero después fueron también las propias editoras de los boletines oficiales las que prestaron ese servicio, de forma ágil y eficiente en el caso del Boletín Oficial del Estado, como puede comprobarse en su página web.

Por todo lo expuesto, en definitiva, cabe concluir en relación con esta figura normativa que su declive parece imparable. Y, por ello, las dudas hermenéuticas que ha producido su regulación constitucional (singularmente el problema de si existe ultra vires o nulidad o inconstitucionalidad del exceso en la delegación) han pasado a un segundo plano, al menos desde el punto de vista práctico.

III. La legislación de urgencia: los decretos-leyes

Desde un punto de vista doctrinal, la figura de los Decretos leyes tiene más difícil encaje en el esquema clásico de división de poderes, ya que es una *«excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria*

concurrencia de determinados requisitos que la legitiman» (STC 29/1982, FJ 1º). El término decreto-ley se utilizó por primera vez en España en 1923, tras el golpe de estado de Primo de Rivera (Santolaya, 1988: 39), aunque la figura tiene su origen histórico en la segunda mitad del siglo XIX –en que ya se abusó de ella (Carrillo, M.: 1987: 7-8 y 1997: 572-573)– aunque no se constitucionalizó hasta 1931. Durante el Régimen de Franco se hizo un amplio uso de esta figura: 841 se aprobaron entre 1943 y 1977 (Santolaya, 1988: 40-41). E incluso la transición a la democracia «se realizó sobre todo mediante Decretos-leyes, de los que se dictaron ciento veinte entre 1976 y 1978» (Aragón, 2016: 28)

En el caso de los decretos-leyes no es el Parlamento quien decide delegar en el Gobierno la potestad de emanar normas con rango de ley, sino que es la propia Constitución la que le habilita para ello sin mediar declaración expresa alguna por parte de las Cortes Generales. Para ello hará falta que concurra el «presupuesto habilitante»: las circunstancias que legitimarán que el Gobierno, sin aquella delegación parlamentaria, dicte una norma con rango de ley (y no con rango reglamentario, como le es propio). De ahí las cautelas previstas en la propia Constitución (artículo 86): solo podrán dictarse en casos de «extraordinaria y urgente necesidad», tendrán carácter provisional y «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, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general». En el plazo de 30 días desde su promulgación, deben someterse a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, que habrá de convalidarlo o derogarlo. En el primer caso podrá, además, tramitarlo como proyecto de ley por el trámite de urgencia.

La norma que emana el Gobierno tendrá rango de ley, sí, pero con una vigencia temporal, condicionada a su convalidación o no por el Congreso de los Diputados en el plazo máximo de 30 días. Por lo que cabría hablar de un procedimiento «bifásico», en el que el Gobierno elabora y aprueba el decreto-ley. Y el Congreso, en su caso, lo

convalida. La convalidación no convierte al decreto-ley en ley, sino que solo le hace perder su provisionalidad. Aunque sí le permite conservar su «rango» o «valor» de ley, lo que posibilitará que el Gobierno pueda salvar las reservas de ley materiales o formales (las «congelaciones de rango» por leyes previas), «algo perfectamente legítimo», según Salas (1991: 278). Ello no obstante, es evidente el peligro de utilizar los decretos-leyes para regular materias en que basta su regulación mediante reglamento (Núñez, 2003: 354), ya que de este modo se impide a los particulares acudir a los tribunales ordinarios, con la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, y por lo que respecta a su naturaleza, incluso si se convalida, pervive en el ordenamiento como decreto-ley, sin adquirir naturaleza de ley ordinaria. Aunque el Congreso de los Diputados puede optar por convalidarlo y, a continuación, tramitarlo como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, en cuyo caso cabrá la presentación de enmiendas que alteren su contenido. Y quedaría derogado en el caso de que el Congreso de los Diputados decidiera no convalidarlo: perdería su vigencia, aunque no su validez: dicha falta de convalidación tiene efectos *ex nunc*: los efectos jurídicos que hubiera desplegado hasta entonces se mantendrían incólumes.

Además de la exigencia de ratificación por el Congreso, la Constitución ha dejado fuera del alcance del objeto de los decretos leyes determinadas materias: instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, régimen de las Comunidades Autónomas y Derecho electoral general. Como puede apreciarse, las materias excluidas son más que las que exige el artículo 81 de la Constitución que sean reguladas por ley orgánica, que es el límite material para los Decretos legislativos que anteriormente hemos expuesto.

Debemos destacar que solo interviene una de las Cámaras del Parlamento estatal: el Senado no tiene participación alguna, excepto en el caso de que el Congreso de los Diputados, tras convalidarlo, decida tramitarlo como proyecto de ley, en cuyo caso deberá seguir

el procedimiento legislativo primero en el Congreso y después en el Senado para convertirse en ley ordinaria que, con su entrada en vigor,[3] derogará el decreto-ley.

La intervención del Congreso está prevista con carácter genérico en su Reglamento[4] (artículo 151): el debate y votación sobre la convalidación o no del decreto-ley se produce en el Pleno (o, en su caso, ante la Diputación Permanente). El debate seguirá el procedimiento de los de totalidad, iniciándose con la intervención de un miembro del Gobierno motivando el recurso a esta figura normativa («expondrá ante la Cámara las razones que han obligado a su promulgación»). Una vez convalidado, el Congreso puede decidir su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Y añade (apartado 5) que «La Diputación Permanente podrá en su caso tramitar como proyectos de ley por el Procedimiento de urgencia los Decretos-leyes que el Gobierno dicte durante los períodos entre legislaturas».[5]

Además de que solo interviene el Congreso (y no el Senado), solo se produce un debate de totalidad en el Pleno (o en la Diputación Permanente, si la Cámara está disuelta) respecto del texto remitido por el Gobierno. Sin que quepa, por tanto, que se presenten enmiendas a su contenido. Con lo que las minorías ni siquiera pueden plantear más alternativas que las que genéricamente puedan exponer en la sesión plenaria en la que se decide la convalidación. Salvo que se decida su tramitación como proyecto de ley, en cuyo caso sí se abrirá la posibilidad de formular enmiendas. Sin embargo, no suele ocurrir: solo en tres ocasiones no se han convalidado: Martín Rebollo (2015) cita dos casos, a los que hay que añadir el reciente de los estibadores, que no fue convalidado a pesar de las obligaciones impuestas al respecto

3 El TC dice, inadvertidamente, que será con su «publicación», cuando el decreto-ley será sustituido por la ley formal aprobada por el Parlamento: cfr. STC 29/1982, FJ 2º

4 Un análisis en detalle de dicha regulación reglamentaria en Araújo: 2012, pássim.

5 Especialmente problemático es el alcance de la intervención de la Diputación Permanente si pretendiera, tras convalidarlo, tramitar el decreto-ley como proyecto de ley: v. Jiménez Campo, 1982: 46-54.

por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[6] Como tampoco suele acordarse su tramitación como proyecto de ley: solo 89 fueron aprobados como ley formal de los 516 decretos-leyes que se habían aprobado hasta el 1 de junio de 2018: el 17,25%).

Por otra parte, suele pasar inadvertido que en el caso de los decretos-leyes disminuyen las garantías en su procedimiento de elaboración en el seno del Ejecutivo, ya que no rigen las reglas de elaboración que se exigen para las demás normas que emanan del Gobierno. En efecto, según dispone la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en su redacción dada por la Disposición Final tercera de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 26), aunque se refiere al «Procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos». es lo cierto que excluye a los decretos leyes: «La elaboración de los anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de normas reglamentarias se ajustará al siguiente procedimiento…». Estableciéndose trámites en su elaboración (memoria de impacto normativo, informe del Ministerio de la Presidencia sobre la coordinación y la calidad normativa…) que dotan de un rigor y seguridad jurídica al contenido de dichas normas emanadas del Gobierno que, en el caso de los decretos leyes, no queda asegurado. Como tampoco es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en el caso de los decretos-leyes (cfr. arts. 21 y 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado).

La problemática que sucintamente se acaba de exponer ha quedado eclipsada por el principal problema de esta figura normativa: cuándo concurre el «supuesto habilitante». Algo que ya detectó tempranamente la doctrina (cfr. Salas, 1979: 29-34 y 141-142). Se trata de un concepto jurídico indeterminado o «principio válvula» que dificulta el control del Tribunal Constitucional (Carmona, 1997: 49-75); una «intensa difuminación conceptual… expresamente avalada por el Tribunal Constitucional» (Carmona, 2013: 4).

6 Me estoy refiriendo al Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, derogado por Acuerdo del Pleno del Congreso de 16 de marzo de 2017. El Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, vino después a sustituir en su objeto, con algunas modificaciones, a aquél.

En efecto, como hemos señalado, el Gobierno solo está habilitado por la Constitución para utilizar el decreto-ley cuando se trate de un supuesto de «extraordinaria y urgente necesidad». Algo que reiteradamente suele negar la oposición parlamentaria, que solicita la intervención del Parlamento: de ambas Cámaras y de forma plenaria, sin las limitaciones procedimentales anteriormente reseñadas.
Lo que ha conducido a presentar un gran número de recursos de inconstitucionalidad contra los decretos-leyes dictados por Gobiernos de uno u otro signo negando que exista aquel supuesto habilitante, lo que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia constitucional al respecto. En general, el TC ha hecho una interpretación extensiva de los supuestos en los que el Gobierno puede dictar estas normas con rango de ley, condensando dicha doctrina en su reciente STC 61/2018, de 7 de junio, (FJ 4º): «…c) La adecuada fiscalización del recurso al decreto-ley requiere el análisis de dos aspectos desde la perspectiva constitucional: por un lado, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4) y, por otro lado, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4). Como señalamos en la STC 332/2005, de 15 de diciembre (FJ 6), aunque ambos aspectos están íntimamente ligados, su examen por separado facilita desde un punto de vista metodológico el análisis de las consideraciones de las partes y, en última instancia, el control que le corresponde efectuar a este Tribunal…». En este ámbito cabe significar que el TC, en su intento de acotar adecuadamente el supuesto habilitante de los decretos-leyes ha exigido que sea aplicable a todo el contenido del decreto-ley cuestionado. Así, en su reciente STC 152/2017, de 21 de diciembre (FJ 6º) ha declarado que «… Admitida la existencia de una situación de urgente necesidad que,

por los movimientos sísmicos habidos en el entorno de la instalación de almacenamiento de gas «Castor», pondría en riesgo de personas, bienes y el medio ambiente, hemos de convenir, tras un examen particularizado de las circunstancias concurrentes en el presente caso, en que las medidas adoptadas en los artículos 4 a 6 del Real Decreto-ley 13/2014 no guardan la debida conexión de sentido con dicha situación y su adopción representa una inadecuada alteración del sistema de fuentes del Derecho que no encuentra cobertura en la regulación que del artículo 86.1 contiene nuestra Constitución».

Por otra parte, como viene reiterando el TC desde su STC 29/1982, el control que le corresponde realizar de los decretos-leyes es doble: no solo sobre si concurre la «extraordinaria y urgente necesidad» para dictar un decreto ley, sino también sobre su contenido material: que no invada las materias excluidas por la Constitución a esta figura normativa. Y también ha hecho una interpretación flexible de las materias que puede regular, interpretando de manera amplia el término «afectar» del artículo 86 CE. El TC afirma que, en este caso, se trata de una posición «equilibrada», que resume en su reciente STC 35/2017, de 1 de marzo, FJ 5º: «respecto de la interpretación de los límites materiales de la utilización del decreto-ley, hemos venido manteniendo siempre una posición equilibrada que evite las concepciones extremas, de modo que 'la cláusula restrictiva del art. 86.1 de la Constitución ('no podrán afectar…') debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución... ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I' (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8; 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 18 de octubre, FJ 6; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 7). Posición que nos ha llevado a concluir que el decreto-ley 'no puede alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales del deber de contribuir' (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8; 182/1997, de 18 de octubre, FJ 7; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004,

de 30 de junio, FJ 7, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 7)…». Sea como fuere, lo cierto es que el TC hasta finales de 2015 solo declaró la inconstitucionalidad de 15 decretos-leyes (Aragón, M.: 2016: 146). Y la primera de ellas no llegó hasta el año 2007.[7] Y que en épocas de crisis como la reciente se ha hecho un uso «masivo» del decreto-ley (Carmona, 2013: 9-16; Díaz de Mera, 2011, pássim; Hernández, 2017: 121-143) Por lo que, en general se ha considerado, de facto, «muy positivo por la celeridad que se imprime a la toma de decisiones públicas al margen del engorroso y, al parecer, poco relevante trámite de la intervención del Parlamento…» (Astarloa, 1996: 164-165). Aunque por dicho proceder autores como Salas apuntaron hace tiempo que «no cabe otra alternativa para adecuar la realidad efectiva a la norma constitucional que reformar ésta… una reforma… más positiva que mantener subrepticiamente una verdadera desviación constitucional» (1991: 326).

Por lo que se refiere al contenido de los decretos-leyes cabe hacer referencia a la aprobación de algunos de ellos de contenido heterogéneo, siguiendo el modelo de las leyes de «acompañamiento» o de «medidas», lo que aumenta exponencialmente las críticas que supone legislar mediante decretos-leyes «omnibus», ya que los desnaturaliza. Resulta paradigmático en este sentido, como destaca Aragón (2016: 101-114) el Real Decreto-Ley 8/2014, de 124 artículos, modificó 29 normas con rango de ley, y también incluyó disposiciones extravagantes, como la declaración del «Año Picaso» o dispuso las ayudas para el terremoto de Lorca (Murcia).

7 Es el caso de la STC 68/2007, en la que significó que «en el caso de la norma que ahora se analiza el Gobierno no ha aportado ninguna justificación que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE. Los argumentos que al respecto se utilizan en el preámbulo del Real Decreto-ley no solo resultan marcadamente teóricos y abstractos, impidiendo con ello todo control de contraste con la realidad, sino que, en buena medida, han sido matizados –cuando no neutralizados– por la propia percepción de la realidad transmitida por el Gobierno en el debate parlamentario de convalidación. Y, en todo caso, en ningún momento se ha justificado cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso por el trámite de urgencia…».

DECRETOS-LEYES APROBADOS POR EL GOBIERNO ESPAÑOL[8]

AÑO	D-L	D.-leyes convalidados y acordada su tramitación como PL	decretos-leyes convertidos en ley
1979	22	7	7
1980	16	9	4
1981	19	9	5
1982	26	11	5
1983	9	2	2
1984	15	6	6
1985	8	0	0
1986	3	0	0
1987	7	1	1
1988	7	0	0
1989	7	2	0
1990	6	2	2
1991	5	2	2
1992	6	2	2
1993	22	3	3
1994	0	0	0
1995	12	6	3
1996	17	6	5
1997	9	8	6
1998	20	2	2
1999	22	2	0
2000	10	3	3
2001	16	4	4
2002	10	1	1
2003	7	1	1

8 Hasta el 1 de junio de 2018, en que finalizó el mandato del Presidente Rajoy al aprobarse la moción de censura que supuso la investidura del ahora Presidente Sánchez.

La 1ª columna expresa el número de decretos leyes, la 2ª los decretos-ley convalidados y que se acordó su tramitación como proyecto de ley; y la 3ª la de los que finalmente se convirtieron en ley.

* Hasta el 1 de junio de 2018, en que finalizó el mandato del Presidente Rajoy al aprobarse la moción de censura que supuso la investidura del ahora Presidente Sánchez.

2004	11	3	3
2005	16	0	0
2006	13	1	1
2007	11	1	0
2008	10	0	0
2009	14	4	4
2010	14	3	2
2011	20	4	0
2012	29	10	9
2013	17	2	2
2014	17	3	1
2015	12	3	2
2016	7	0	0
2017	21	5	0
2018	3	1	1
TOTAL	**516**	**129**	**89**

A diferencia de lo que ocurre con los decretos legislativos, resulta evidente la importancia en España de la figura del decreto-ley: nada menos que 516 frente a los 67 decretos legislativos aprobados durante estos casi cuarenta años de vigencia constitucional: poco más del 12% (12,20%).

Desde otra perspectiva, cabe señalar que el Congreso, tras convalidar aquellos 516 decretos-leyes, 129 de ellos acordó tramitarlos como proyectos de ley, aunque finalmente se convirtieron en ley solo 89.

En el cuadro siguiente podemos ampliar la perspectiva respecto al resto de normas con rango de ley emanadas del Parlamento:[9]

9 Incluye los datos hasta el fin del mandato del Presidente Rajoy, el 1 de junio de 2018. En el cuadro, la 1ª columna contiene el número de decretos legislativos, la 2ª la de decretos-leyes; la 3ª la del total de normas con rango de ley (NRL) aprobadas por el Gobierno; la 4ª la de leyes orgánicas (incluyendo los Estatutos de Autonomía y sus reformas); la 5ª la del número de leyes ordinarias; la 6ª la del número de normas con rango de ley emanadas del Parlamento (NRL PL); la 7ª el número de normas con rango de ley –provengan del Gobierno o del Parlamento); la 8ª la suma de leyes y decretos-leyes; la 9ª el porcentaje de leyes orgánicas en relación con las leyes ordinarias; la 10ª el porcentaje de normas con rango de ley emanadas del Gobierno en relación con las emanadas del Parlamento; y la 11ª y última la proporción entre decretos-leyes y leyes.

AÑO	d. legis.	d.-leyes	NRL PE	LO*	Leyes	NRL PL	TOTAL NRL	Leyes+ D.-Ley	% LO/ Leyes	% NRL PE/NRL	D.-Ley/ Leyes		
1979	1	22	23	4	45	49	72	67	8,89	31,94	32,84	***1979-1982***	*UCD en minoría (168 escaños)*
1980	1	16	17	13	83	96	113	99	15,66	15,04	16,16		
1981	1	19	20	8	50	58	78	69	16,00	25,64	27,54		
1982	0	26	26	13	53	66	92	79	24,53	28,26	32,91	***1982-1986***	*PSOE – Mayoría absoluta (202 escaños)*
1983	0	9	9	14	46	60	69	55	30,43	13,04	16,36		
1984	0	15	15	10	52	62	77	67	19,23	19,48	22,39		
1985	1	8	9	14	51	65	74	59	27,45	12,16	13,56		
1986	16	3	19	4	25	29	48	28	16,00	39,58	10,71	***1986-1989***	*PSOE – Mayoría absoluta (184 escaños)*
1987	1	7	8	7	34	41	49	41	20,59	16,33	17,07		
1988	1	7	8	7	44	51	59	51	15,91	13,56	13,73		
1989	1	7	8	1	20	21	29	27	5,00	27,59	25,93	***1989-1993***	*PSOE-Mayoría «absoluta» (175 escaños)*
1990	3	6	9	2	31	33	42	37	6,45	21,43	16,22		
1991	0	5	5	13	31	44	49	36	41,94	10,20	13,89		
1992	1	6	7	10	39	49	56	45	25,64	12,50	13,33		
1993	1	22	23	0	23	23	46	45	0,00	50,00	48,89	***1993-1996***	*PSOE en minoría: 159 escaños-pacto CiU (17)*
1994	2	0	2	20	43	63	65	43	46,51	3,08	0,00		
1995	2	12	14	16	44	60	74	56	36,36	18,92	21,43		
1996	1	17	18	5	14	19	37	31	35,71	48,65	54,84	***1996-2000***	*PP en minoría: 156 escaños-pacto CiU (16) y PNV (5)*
1997	0	9	9	6	66	72	81	75	9,09	11,11	12,00		
1998	0	20	20	11	50	61	81	70	22,00	24,69	28,57		
1999	1	22	23	15	55	70	93	77	27,27	24,73	28,57		

[Continúa en la página 336].

[Viene de la página 335].

AÑO	d. legis.	d.-leyes	NRL PE	LO*	Leyes	NRL PL	TOTAL NRL	Leyes+ D.-Ley	% LO/ Leyes	% NRL PE/NRL	D.-Ley/ Leyes		
2000	5	10	15	9	14	23	38	24	64,29	39,47	41,67	***2000-2004***	*PP-mayoría absoluta (183 escaños)*
2001	1	16	17	7	26	33	50	42	26,92	34,00	38,10		
2002	1	10	11	10	53	63	74	63	18,87	14,86	15,87		
2003	0	7	7	20	62	82	89	69	32,26	7,87	10,14		
2004	8	11	19	3	4	7	26	15	75,00	73,08	73,33	***2004-2008***	*PSOE en minoría (164 escaños)*
2005	0	16	16	6	30	36	52	46	20,00	30,77	34,78		
2006	0	13	13	8	44	52	65	57	18,18	20,00	22,81		
2007	2	11	13	16	56	72	85	67	28,57	15,29	16,42		
2008	2	10	12	2	4	6	18	14	50,00	66,67	71,43		
2009	0	14	14	3	29	32	46	43	10,34	30,43	32,56	***2008-2012***	*PSOE en minoría (169 escaños)*
2010	1	14	15	9	44	53	68	58	20,45	22,06	24,14		
2011	3	20	23	12	38	50	73	58	31,58	31,51	34,48		
2012	0	29	29	8	17	25	54	46	47,06	53,70	63,04	***2012-2016***	*PP en minoría (170 escaños)*
2013	1	17	18	9	27	36	54	44	33,33	33,33	38,64		
2014	0	17	17	8	36	44	61	53	22,22	27,87	32,08		
2015	8	12	20	16	48	64	84	60	33,33	23,81	20,00		
2016	1	7	8	2	0	2	10	7	200,00	80,00	100,00	***2016-2018***	*PP en minoría (112 escaños): Gobierno presidido por Rajoy hasta 1 de junio de 2018*
2017	0	21	21	1	12	13	34	33	8,33	61,76	63,64		
2018	0	3	3	0	1	1	4	4	0,00	75,00	75,00		
TOTAL	**67**	**516**	**583**	**343**	**1444**	**1786**	**2370**	1960	**23,75**	**24,60**	**35,73**		

* incluye los Estatutos de Autonomía y sus reformas.

Como puede apreciarse en el cuadro precedente, la aplicación práctica de las diversas tipologías con norma con rango de ley emanadas estos casi 40 años ha supuesto la aprobación de 2370 de ellas, de las que el Gobierno español ha aprobado 583 (561 decretos leyes y 67 decretos legislativos), frente a las 1.786 leyes aprobadas por el Parlamento (343 leyes orgánicas y 1.444 leyes ordinarias).

Por tanto, el número de normas emanadas del Gobierno con rango de ley respecto del total con normas con rango de ley del Estado ha sido de casi la cuarta parte de ellas: el 24,6%. Y si tomamos en consideración el «peso» de los decretos-leyes dentro del total de normas con rango de ley aprobadas, es muy similar: el 21,77%, fruto de la escasa virtualidad práctica de los decretos legislativos, como hemos analizado anteriormente. Si dejamos al margen las leyes orgánicas (excluidas constitucionalmente del ámbito normativo del Gobierno) y comparamos los Decretos-leyes aprobados por este con las leyes ordinarias aprobadas por el Parlamento (última columna) dicho porcentaje aumenta hasta el 35,73%.

A la vista del cuadro anterior también cabe concluir que el recurso a los decretos-leyes ha coincidido en el tiempo con gobiernos minoritarios: así, en las Legislaturas en que el Gobierno respectivo contaba con el respaldo de la mayoría absoluta del Parlamento se ha mantenido, en todas ellas, por debajo del 50% el porcentaje de decretos-leyes aprobado por el Gobierno en relación con las leyes ordinarias aprobadas por el Parlamento (última columna del cuadro). Mientras que en las que el Gobierno ha estado en minoría parlamentaria, se ha acercado al 50% (1993-1996) o lo ha sobrepasado ampliamente, como ha sucedido estos últimos años. En concreto, destacan los años 1993, 1996, 2004, 2008 y 2012: años de inicio de Legislaturas sin mayoría absoluta. Y, por encima de todas, la presente Legislatura: los años 2016, 2017 y 2018 han visto crecer extraordinariamente la legislación de urgencia.

IV. Conclusiones

La experiencia de la práctica normativa durante estos casi 40 años de vigencia constitucional permite concluir en el uso más que considerable de la figura del decreto-ley por parte del Gobierno. Lo que comporta, conforme está diseñado, que disminuye el papel de las minorías en la formación de las leyes, incluidas las que tienen representación parlamentaria, que ni siquiera pueden formular enmiendas en su proceso de convalidación. Con ello no solo disminuye la legitimidad democrática de la norma, sino que también se hurta el debate público y la confrontación de posiciones que comportaría su tramitación parlamentaria como proyecto de ley.

A ello se une el peligro de utilizar el decreto-ley para normas en que basta su regulación reglamentaria, lo que evita el control de los tribunales ordinarios y lo limita al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, con lo limitado de su objeto (solo los derechos fundamentales especialmente protegidos) y su difícil admisión (como corrobora año tras año la estadistica del Tribunal).

Desde luego, el Estado democrático debe reforzar el rol del Parlamento, sin que el Estado social deba menoscabar su papel por más que comporte un gran incremento prestacional y, correlativamente, un gran incremento del aparato burocrático. Épocas de crisis como la que hemos vivido recientemente pueden sin duda justificar en mayor medida que el Gobierno acuda a la legislación de urgencia, pero ello no debe hacer olvidar el carácter restrictivo que debe tener su uso para que no se resienta el entramado institucional.

V. Bibliografía

Alegre Ávila, J. M.: «Decretos legislativos y control judicial: ultra vires y derecho comunitario», *La Ley*, 3802, abril-junio de 1995, pp. 1099-1105.

Aragón Reyes, M.: *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*. Madrid, Iustel, 2016.

Arana García, E.: «Uso y abuso del decreto-ley», *Revista de Administración Pública*, 191, 2013, pp. 337-365.

Arana García, E.: «Dos manifestaciones de la confusión de poderes de nuestro tiempo convertidos en problemas de técnica legislativa: abuso de Decretos-leyes y leyes singulares», en *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 121-180.

Araújo Díaz de Terán, M.: «Artículos 151, 152 y 153», en *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*. Madrid, Congreso de los Diputados, 2012.

Astarloa Huarte-Mendicoa, I.: «Artículo 86: decretos-leyes», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid, Cortes Generales y Edersa, 1996, pp. 143-250.

Barreiro González, G.: «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Derecho Privado y Constitución*, 17, 2003, pp. 45-60.

Carmona Contreras, A. M.: *La configuración constitucional del Decreto-Ley.* Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 1997.

Carmona Contreras, A. M.: «*El decreto-ley en tiempos de crisis», Revista Catalana de Dret Públic*, 47, 2013, pp. 1-20.

Carmona Contreras, A. M.: «Los efectos de convalidación parlamentaria del decreto-ley: análisis crítico», en *Parlamento y control del gobierno*. Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos Pamplona Aranzadi, D.L., 1998, pp. 381-396.

Carrillo López, M.: «El control parlamentario de las normas del Gobierno con rango de ley», en *Problemas actuales del control parlamentario*. Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, pp. 567-588.

Carrillo López, M.: «El decreto-ley, ¿excepcionalidad o habitualidad?», *Revista de Las Cortes Generales*, 11, mayo-agosto de 1987, pp. 47-80.

De Otto, I.: *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, 2ª. ed. Barcelona, Ariel, 1991.

Díaz de Mera Rodríguez, A.: «Gobierno de la crisis: uso y abuso del Decreto-ley», *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 24, 2011, pp. 137-178.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. M.: «Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri: l'esperienza spagnola», *Quaderni Costituzionali*, 1, enero-abril de 1996, pp. 31-67. También publicado en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 32, octubre-diciembre 1997, pp. 727-744.

Espin Templado, E.: «El control de la actividad normativa del Gobierno», en *El Parlamento y sus transformaciones actuales: jornadas organizadas en la Asamablea Regional de Murcia, 11-13 de abril de 1988.* Madrid: Tecnos, 1990, pp. 253-260.

Freixes Sanjuan, M. T.: «La legislación delegada», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 28, 1990, pp. 119-176.

García Majado, P.: «El presupuesto habilitante del decreto-ley ante la crisis económica», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 25, 2016.

García-Trevijano Garnica, E.: «Consideraciones sobre la fiscalización jurisdiccional de los decretos legislativos», en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, 1, pp. 407-420.

Gutiérrez Gutiérrez, I.: *Los controles de la legislación delegada.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Gutiérrez Gutiérrez, I.: «Sobre el control parlamentario de los Decretos Legislativos», en *Problemas actuales del control parlamentario*. Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, pp. 855-873.

Hernández Ramos, M.: «La respuesta del Tribunal Constitucional a los Decretos-Leyes en materia de derechos sociales: el criticable retroceso de la jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública,* 109(II), 2017, pp. 119-143.

Herreros López, J. M.: «Los controles a la legislación delegada», *Actualidad administrativa*, 18, 2005, pp. 2185-2198. También en *Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 363-382.

Iglesia Chamarro, A.: «La «convalidación» parlamentaria del decreto-ley en España», *Revista de las Cortes Generales,* 44, abril-junio de 1998, pp. 7-61.

Jiménez Campo, J.: «Las Diputaciones permanentes y el control sobre Decreto-Ley», *Revista de Derecho Político*, 15, otoño de 1982, pp. 35-55.

Martín Rebollo, L.: «Uso y abuso del decreto-ley (un análisis empírico)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, 2015, pp. 23-92. También en *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado.* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 665-731.

Núñez Lozano, C.: «El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, 162, septiembre-diciembre de 2003, pp. 337-358.

Pizzorusso, A.: «Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri: aspetti comparatistici», *Quaderni Costituzionali*, 1, enero-abril de 1996, pp. 31-46. También en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 32, octubre-diciembre 1997, pp. 677-691.

Ruiz-Risueño Montoya, F.: «El control de los decretos legislativos en el ordenamiento español», en *El gobierno: problemas constitucionales.* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 407-470.

Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T.: «La delegación legislativa en la constitución», *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, 1, pp. 327-405.

Salas Hernández, J.: *Los decretos-leyes en la Constitución Española de 1978.* Madrid, Civitas, 1979.

Salas Hernández, J.: «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, 1. Madrid, Civitas, 1991, pp. 267-327.

Sánchez, S.: «El control de las disposiciones normativas gubernamentales con rango de ley», *Revista de Derecho Político*, 23, 1986, pp. 169-179.

Santolaya Machetti, P.: *El régimen constitucional de los Decretos-leyes.* Madrid, Tecnos, 1988.

Santolaya Machetti, P.: «Veinticinco años de Fuentes del Derecho: el Decreto-Ley», *Revista de Derecho Político*, 58-59, 2003, pp. 385-400.

Santolaya Machetti, P.: «Algunos problemas interpretativos del artículo 85 de la Constitución Española», *Revista de Derecho Político*, 26, 1988, pp. 27-48.

Virgala Foruria, E.: *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*. Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991.

Virgala Foruria, E.: «Artículos 82 a 85: la delegación legislativa: los decretos legislativos», en *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*. Las Rozas, Madrid, Fundación Walters Kluwer, 2009, pp. 1487-1500.

TÍTULO IV.
DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN

CORTS VALENCIANES

A vueltas con la investidura del Presidente del Gobierno y el artículo 99 de la Constitución Española

Jesús María Corona Ferrero
Letrado del Parlamento de Cantabria.
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Cantabria.

Resumen

El apartado tercero del artículo 1 CE dispone que «La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria». De esta afirmación constitucional se deriva que el Rey deba intervenir de manera relevante, y al amparo de lo dispuesto en los artículos 62.d y 99 CE, en la formulación de propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno. Para evitar esta situación, y tras el análisis de derecho comparado y autonómico, se formula propuesta mas acorde con el sistema parlamentario de gobierno, en el que el Rey se limita a intervenir estrictamente como Jefe del Estado.
Palabras clave: sistema parlamentario de gobierno, artículo 99.CE, Rey, propuesta de candidato, investidura Presidente del Gobierno.

Resum

L'apartat tercer de l'article 1 CE disposa que «la forma política de l'Estat espanyol és la monarquia parlamentària». D'aquesta afirmació constitucional es deriva que el rei haja d'intervenir de manera rellevant, i a l'empara del que disposen els articles 62.*d* i 99 CE, en la formulació de proposta de candidat a la presidència del govern. Per a evitar aquesta situació, i després de l'anàlisi de dret comparat i autonòmic, es formula una proposta més coincident amb el sistema parlamentari de govern, en el qual el rei es limita a intervenir estrictament com a cap de l'Estat.

Paraules clau: sistema parlamentari de govern, article 99 CE, Rei, proposta de candidat, investidura President del Govern.

Abstract

According to article 1, paragraph 3 of the Spanish Constitution «The political form of the Spanish State is that of a parliamentary monarchy». As a consequence of this statement, and under articles 62.d and 99 of the Spanish Constitution, the King plays an outstanding role in proposing the candidate for President of the Government. In order to avoid this situation, after reviewing both comparative and autonomic Law, a new proposal is made that suits better with the parliamentary government system, in which the King is limited to intervene strictly as head of state.
Key Words: Parliamentary system of government, Article 99 Spanish Constitution, King, Proposal of Candidate, Investiture of the President of the Government.

Sumario

I. Introducción.
II. La investidura parlamentaria en la Constitución Española de 1978.
III. Algunas cuestiones derivadas de la redacción actual del artículo 99 CE que merecen una especial consideración.
    1. Las consultas regias y la propuesta de candidato.
    2. La consideración del tiempo y de los plazos en el procedimiento de investidura.
IV. Vientos de reforma en el proceso de investidura.
V. Y, para concluir, ensayo de borrador de borrador de propuesta.
VI. Bibliografía.

I. Introducción

A nadie le debe extrañar que los Ponentes constitucionales, bien llamados «padres de la Constitución», pensaran desde el primer momento en la conveniencia de incluir en el Borrador inicial de Constitución un procedimiento de investidura parlamentaria del Presidente del Gobierno por el Congreso de los Diputados, acompañado, de un modo u otro, con la participación del Rey como Jefe del Estado.

Con esta medida propia del juego de pesos y contrapesos del parlamentarismo racionalizado se pretendía, sin duda, acreditar que el futuro Gobierno era merecedor de la confianza inicial del Parlamento, asegurándole al tiempo una relativa estabilidad, todo lo cual era compensado, por otra parte, con la reserva de instrumentos de retirada de confianza de que seguía disponiendo el Congreso de los Diputados.

Ni que decir tiene que este «sistema», que derivó en un llamado «bipartidismo imperfecto», funcionó aparentemente como un reloj en el largo e insólito período constitucional de mas de 35 años que comprende las diez primeras legislaturas del Congreso de los Diputados (1979-2015). Los datos que lo atestiguan no pueden ser mas relevantes : En todas las legislaturas se agotó «prácticamente» el tiempo del mandato parlamentario, y en todas ellas, el candidato propuesto fue siempre el lider de la fuerza política que contaba con mas escaños en el Congreso de los Diputados. Por otra parte, de los once procesos de investidura seguidos durante este periodo en sede parlamentaria, nueve merecieron la confianza del Congreso en primera votación por mayoría absoluta, y los dos restantes (1981 y 2008), pudieron superar el trámite de confianza en segunda votación con mayoría simple.Sin embargo, llegó un momento en el que un cúmulo de circunstancias como la profunda crisis económica, el cuestionamiento de la estructura territorial del Estado, el cambio de posición de los partidos nacionalistas, pero, sobre todo, la aparición de dos nuevas fuerzas políticas con implantación en todo territorio nacional –Podemos y Ciudadanos–, hicieron saltar por los aires la plácida situación

constitucional anterior, pasando, en contundente expresión, «del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad» (Blanco Valdés, 2017: 63).

En efecto, en el corto período de tiempo que va desde la celebración de elecciones generales el 20 de diciembre de 2015 hasta el momento en que se escriben estas páginas, septiembre de 2018, se han sucedido dos nuevas legislaturas, la XI y la XII, una nueva convocatoria electoral, mas de diez meses con un Gobierno en funciones, tres procesos de investidura, dos de ellos fallidos, y por último, la presentación de una moción de censura en junio de 2018 que, al prosperar, ha hecho que por primera vez en nuestra reciente historia constitucional se produzca un cambio en la Presidencia del Gobierno como consecuencia de esta iniciativa parlamentaria.

En definitiva, estamos en presencia de un nuevo escenario político que muestra las carencias, debilidades y limitaciones del procedimiento de investidura contemplado en el artículo 99 de la CE, y que nos obliga a reflexionar sobre todo ello.

II. La investidura parlamentaria en la Constitución Española de 1978

Es un secreto a voces que la investidura del Presidente del Gobierno que contempla el artículo 99 de la Constitución Española de 1978 es una de las grandes novedades de nuestra Norma fundamental. Cabe también señalar que este instrumento parlamentario, que viene de un corto recorrido puesto que aparece por primera vez en la Constitución austriaca de 1920, tiene en España un limitado antecedente en la regulación que contiene el artículo 75 de la Constitución de 1931 sobre el nombramiento del Presidente del Consejo de Ministros.

La investidura parlamentaria, medida estrella del parlamentarismo racionalizado, conlleva en todo caso el protagonismo del Parlamento al otorgar su confianza y determinar el nombramiento del Presidente o del Gobierno que se quiere formar, medida que, por otra parte, viene

a ser compensada con la atribución de la facultad de disolución que regularmente se efectúa en favor del Gobierno.

De cualquier modo, ni la investidura parlamentaria es requisito obligado en todos los sistemas parlamentarios de gobierno, ni, en el caso español, el procedimiento de investidura contemplado en el artículo 99 CE, es la única manera de investir al Presidente del Gobierno en España.

Para ser mas precisos, basta una simple mirada en Derecho comparado sobre el modelo que presentan diferentes Estados que adoptan el sistema parlamentario como forma de gobierno para descubrir las mas variadas alternativas: Monarquías parlamentarias, como Dinamarca, Holanda o Noruega, o República semipresidencialista, como Francia, en los que para formar Gobierno no se exige inicialmente ningún tipo de declaración previa de confianza por parte del Parlamento, entendiendo que esta existe en tanto no se manifieste lo contrario; Repúblicas como Italia y Portugal, en las que una vez efectuado el nombramiento por el Jefe del Estado, y la correspondiente toma de posesión por el Gobierno, este se ve obligado a presentarse ante el Parlamento en plazo de diez días para solicitar su confianza; Estados como España y la República Federal Alemana, en los que el Jefe del Estado está facultado para proponer candidato al Parlamento con el fin de que este le otorgue su confianza, y pueda ser nombrado Canciller o Presidente del Gobierno; y por último, Estados como Suecia, en los que todo el proceso de otorgamiento de confianza y nombramiento del Gobierno se produce íntegramente en el Parlamento, sin participación alguna del Jefe del Estado.

Centrando la cuestión en el recorrido parlamentario que tuvo el artículo 99 CE desde su redacción inicial en el primer Borrador como artículo 86, a su salida de las Cortes como artículo 99 camino del referéndum, podemos asegurar que aunque no fuera objeto de grandes y apasionados debates, experimentó cambios sustanciales desde su primer texto hasta su última redaccion. En líneas generales, el primer Borrador de fecha 6 de octubre de 1977, presentaba la siguientes características

: Los Grupos parlamentarios podían presentar candidatos y, sin debate alguno, aquel que alcanzara la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados sería nombrado Presidente del Gobierno por el Rey; caso de no alcanzarse esta mayoría,se celebrarían tres nuevas votaciones en días consecutivos, resultando elegido el candidato que obtuviera la mayoría de los votos; el candidato así elegido debería formar gobierno y comparecer ante el Congreso para solicitar su confianza, y caso de obtenerla, sería finalmente nombrado Presidente del Gobierno por el Rey; si no fuera posible la elección por estos procedimientos, el Rey disolvería el Congreso de los Diputados y convocaría nuevas elecciones. En lo que toca a la redacción final del artículo 99 CE, el texto resultante de la misma, muy alejado de la primera redacción, es bien conocido: El Rey debe celebrar consultas con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, pudiendo proponer después candidato con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados ; el candidato ha de exponer el programa del gobierno que pretende formar y si obtiene la mayoría absoluta en primera votación, o mayoría simple en segunda votación, será nombrado Presidente del Gobierno por el Rey; caso de no alcanzarse estas mayorías, se tramitarán nuevas propuestas por el Rey; finalmente, si transcurren dos meses desde la primera votación de investidura sin que ningún candidato obtenga la confianza de la Cámara, el Rey disolverá las Cortes y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados.

Por otra parte, no nos debiera sorprender que, dado que España es un Estado fuertemente descentralizado en Comunidades Autónomas, casi todas ellas se han podido dotar de una normativa autonómica –Estatuto de Autonomía, Reglamento del Parlamento, Ley del Gobierno– si no fiel, casi coincidente con la normativa estatal. No obstante, conviene tomar en consideración la existencia de algunas normativas autonómicas, especialmente en las de Asturias, Pais Vasco, Navarra, Castilla la Mancha, Valencia, o Andalucía, que presentan variaciones sustanciales, algunas de gran interés en materias como propuesta de candidatos, forma de votación, o disolución del Parlamento, las

cuales, sin duda, pudieran ser tenidas en cuenta en futuras reformas constitucionales o estatutarias.

III. Algunas cuestiones derivadas de la redacción actual del artículo 99 CE que merecen una especial consideración

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que del relevante contenido constitucional del artículo 99 CE se deriva un número casi ilimitado de interrogantes, cuestiones y matices que dan buena cuenta de su importancia y complejidad. A todas luces, es evidente que en un trabajo limitado como este no cabe hacer un estudio pormenorizado del artículo 99 CE, razón por la cual conviene hacer exclusión expresa de algunos temas tan relevantes como pueden ser, entre otros, el valor y significado del refrendo por el Presidente del Congreso de los Diputados, discerniendo si supone un control puramente formal, o también de oportunidad política; o los supuestos constitucionales de aplicación del procedimiento contemplado en el artículo 99 CE, y las dudas que suscitan casos como la incapacidad del Presidente del Gobierno, o su acusación por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado; el compromiso y alcance jurídico que se deriva del programa político que sirve para obtener la confianza del Congreso de los Diputados; y cómo no, la previsión de disolución «automática» de ambas Cámaras y la consiguiente convocatoria electoral.

Alternativamente, en líneas posteriores van a merecer una consideración especial algunos temas troncales del artículo 99 CE como sin duda parecen las consultas regias, la propuesta de candidato, y la consideración del tiempo y de los plazos en el procedimiento de investidura.

1. Las consultas regias y la propuesta de candidato

Una de las diferencias más sustanciales entre el Borrador inicial de la Constitución de 1978 y el texto final del apartado primero del artículo

99 CE es la que consiste en sustituir la encomienda de propuesta de candidatos a la Presidencia del Gobierno por los grupos parlamentarios, por la necesaria celebración de consultas previas por el Rey con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, a los efectos de que este pueda proponer candidato con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados.

La primera advertencia que cabe hacer sobre las consultas regias es que estamos ante un obligado y riguroso procedimiento constitucional que tiene como finalidad proporcionar al Jefe del Estado la necesaria información que le permita proponer candidato a la Presidencia del Gobierno. Dentro de este procedimiento, al que la práctica ha ido ajustando en un estricto marco jurídico adquiere un papel principal el Presidente del Congreso de los Diputados. En este sentido, la experiencia de las diez primeras Legislaturas del Congreso de los Diputados no deja de señalar que en las once propuestas de candidatos efectuadas por el Rey ha habido una sola ronda de consultas, práctica que, por otra parte, ha venido a torcerse en las Legislaturas XI y XII como consecuencia de la inestabilidad política que las ha acompañado, habiendo sido precisas tres y dos rondas de consultas respectivamente.

Cuestión no menos relevante es si el preciso dictado constitucional, «consultas con los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria», supone una relación de «mínimos, o por el contrario, entraña una «garantía constitucional « que delimita puntualmente su objeto excluyendo cualquier otro tipo de consulta por muy valiosa que pudiera parecer. La doctrina discrepa, aunque en un tema con tanta carga simbólica parece mas adecuado ceñirse a esta segunda opción limitadora de las consultas reales, forma de proceder que en la práctica ha sido siempre respetada por el Rey en todas las consultas que hasta ahora se han podido efectuar.

Momento fundamental de la fase de consultas es aquel en el que el Presidente del Congreso de los Diputados entra en contacto con todos los grupos políticos con representación parlamentaria al objeto de que estos designen a sus representantes para formalizar las consultas

con el Rey. Pero, ¿ que sucedería si el Presidente del Congreso de los Diputados, deliberada o inconscientemente, no incluye en la lista que presenta al Rey a alguno de los representantes designados por los grupos políticos?. Es obvio que debe existir algún instrumento de defensa del derecho del grupo político afectado, y compartiendo el criterio manifestado por algún autor, podemos señalar que «resultaría aplicable el artículo 42 de la LOTC, ya que se cumplirían los requisitos previstos en dicho precepto para poder plantear un recurso de amparo» (Vintro Catells, 2007: 285).

Concluída la fase de consultas ordenada en el apartado primero del artículo 99 CE, y oídos los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, el Rey viene obligado a proponer candidato a la Presidencia del Gobierno. Aparentemente podríamos interpretar que, de manera absolutamente excepcional, este es un acto discrecional del Jefe del Estado, ya que la CE en ningún momento establece que las consultas realizadas y el resultado de las mismas tengan carácter vinculante. Nada mas lejos de la realidad. Del estricto marco jurídico en el que se asienta el procedimiento de investidura, de las consultas realizadas, y de la lectura integradora del artículo 99 CE en el que se precisan las mayorías necesarias para ser investido como Presidente del Gobierno, se pueden extraer las siguientes conclusiones : Primera conclusión, si el Rey aprecia la existencia de algún posible candidato que cuenta con la mayoría absoluta, o mayoría suficiente del Congreso de los Diputados, está obligado a proponerle como candidato a la Presidencia del Gobierno. Segunda conclusión, caso de no darse el supuesto contemplado en la primera conclusión, el Rey viene obligado a proponer inicialmente como candidato al que lo sea del grupo político que cuenta con mas escaños en el Congreso de los Diputados, y si este no obtuviera la investidura, el Rey viene nuevamente obligado a formular nuevas propuestas según el dictado expreso del artículo 99.4 CE, proponiendo «a los sucesivos candidatos de los grupos en orden decreciente según su número de escaños» (Astarloa Villena, 1997: 227).

Por otro lado, resulta completamente sorprendente el escaso y, seguramente, incorrecto grado de formalización con que se viene revistiendo el acto de propuesta formulada por el Rey de candidato a la Presidencia del Gobierno con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados. Acto de singular transcendencia que se sustenta en el mandato directo de tres preceptos constitucionales, los artículos 62.1, 64.1 y 99,1 de la CE, y que debiera requerir las mas estrictas garantías formales. Paradójicamente, el procedimiento que regularmente se viene siguiendo hasta el momento es el siguiente: Escrito de Comunicación de la Casa Real firmado por el Rey y dirigido al Presidente del Congreso de los Diputados, proponiendo candidato a la Presidencia del Gobierno; refrendo de dicho escrito y publicación del mismo en el Boletín Oficial de las Cortes; lectura del mismo en la sesión de investidura del Congreso de los Diputados. Difícilmente se puede entender que un acto de tanta relevancia constitucional no tenga, cuando menos, la forma de Real Decreto, y la correspondiente publicación en el Boletín Oficial del Estado.

En relación con lo anteriormente expuesto, y por el interés y por la excepcionalidad que presenta, podemos examinar como ejemplo el proceso de consultas y propuestas de candidatos habidos en el curso de la XI Legislatura. Las elecciones generales se celebraron el día 20 de diciembre de 2015, y la sesión constitutiva tuvo lugar en el Congreso de los Diputados el día 13 de enero de 2016. Con posterioridad se formalizaron tres rondas de consultas por el Rey con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, con el siguiente resultado.

La primera ronda de consultas tuvo lugar entre los días 18 a 22 de enero de 2016, y a su término, el Rey ofreció ser candidato a la Presidencia del Gobierno a D. Mariano Rajoy Brey, candidato del grupo político que contaba con mas escaños en el Congreso de los Diputados. El Sr. Rajoy «declinó» el ofrecimiento del Rey, y la formalización de este acto quedó limitada a la emisión de un Comunicado de la Casa Real que, sin firma de refrendo del Presidente del Congreso de los

Diputados, daba cuenta de lo sucedido anunciando la convocatoria de una nueva ronda de consultas. Por su parte, el Sr. Rajoy, en rueda de prensa de la misma fecha celebrada en el Palacio de la Moncloa, llegó a manifestar que mantenía su candidatura a la Presidencia del Gobierno, pero que todavía no tenía los apoyos suficientes para someterse a la investidura, y que no se iba a prestar a que empezaran a contar los plazos establecidos en la Constitución.

Mucho se han discutido y cuestionado las decisiones tanto del Rey, como del Presidente del Gobierno en funciones Sr. Rajoy. La del Jefe del Estado por no haber completado el procedimiento de propuesta de candidato con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados y la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes. Y la del Sr. Rajoy porque siendo el candidato señalado por el Rey, y lider y candidato de la formación política que contaba con mas escaños en el Congreso de los Diputados, ha alterado el procedimiento regular de propuesta de candidato con la nada justificable excusa de no reunir en aquel momento los apoyos suficientes para su investidura. Existen numerosos precedentes que desmienten esta justificación, empezando por el propio Sr. Rajoy, que en la primera ronda de consultas de la XII Legislatura, fue propuesto como candidato aun admitiendo expresamente que no contaba con los apoyos suficientes para su investidura; el correspondiente al Sr. Sánchez Pérez-Castejon, que en la segunda ronda de consultas de la XI Legislatura, y siendo el líder y candidato de la segunda formación política con mas escaños en el Congreso de los Diputados, fue nombrado candidato aun a sabiendas de que no contaba en aquel momento con los apoyos suficientes; y por último, el del Sr. Aznar López, líder y candidato de la formación política que en aquel momento contaba con mas escaños en el Congreso de los Diputados, quien fue propuesto como candidato en la primera ronda de consultas de la VI legislatura, aun reconociendo expresamente que en aquel momento no contaba con los votos suficientes para su investidura.

Es evidente que el Rey está obligado a dar cumplimiento al deber constitucional de celebrar la ronda de consultas prevista en el artículo

99.1 CE, y a formalizar posteriormente su propuesta con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados, mas aún, si el candidato elegido es el líder y candidato de la fuerza política que cuenta con el mayor número de escaños en el Congreso de los Diputados, pero también lo es que «nadie puede ser obligado a ser candidato y a arrostrar una investidura en contra de su voluntad» (Hernández Bravo de la Laguna, 2016: 51). Todo esto nos lleva a pensar que la actuación del Jefe del Estado habría sido mas correcta si al término de la ronda de consultas, y con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados, hubiera formalizado la propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno en favor del Sr. Rajoy, a quien, por supuesto, le asistía también el derecho de renuncia a la propuesta real.

La segunda ronda de consultas tuvo lugar pocos días después, del 27 de enero al 2 de febrero de 2016, y el candidato propuesto por el Rey a resulta de las mismas, con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados, y a pesar de reconocer que en aquel momento no contaba con los votos suficientes para su investidura, fué el Sr. Sánchez Pérez-Castejon, líder y candidato de la segunda fuerza política con mas escaños en el Congreso de los Diputados. Los debates y votaciones de investidura se celebraron los día 2 y 4 de marzo, y el Sr. Sánchez no recibió la confianza del Congreso de los Diputados en ninguna de las dos.

Paradójicamente, y antes de dar trámite a las sucesivas propuestas a que obliga el apartado cuarto del artículo 99 CE, la Casa Real emitía un comunicado el día 7 de marzo de 2016 en el que el Rey manifestaba «su decisión de no iniciar, por el momento, nuevas consultas con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, de manera que las formaciones políticas puedan llevar a cabo las actuaciones que consideren convenientes a los efectos de lo previsto en el artículo 99 de la Constitución». Muy pocos días después, el día 12 de abril, el Rey recibió al Presidente del Congreso de los Diputados para anunciarle que celebraría una nueva ronda de consultas los días 25 y 26 de abril de 2016. Celebradas estas consultas, el rey recibió de nuevo al Presidente del Congreso de los Diputados

para comunicarle, tal como consta en el comunicado de 26 de abril de la Casa Real «que no existe un candidato que cuente con los apoyos necesarios para que el Congreso de los Diputados en su caso le otorgue su confianza», añadiendo «que no formula propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno».

Nuevamente, llaman la atención las decisiones tomadas en esta ocasión por el Jefe de Estado, y ello por las siguientes razones: Primero, no es comprensible que el Rey agote casi por completo el plazo señalado en el artículo 99.5 CE de dos meses desde la primera votación de investidura para la disolución de las Cámaras y convocatoria de nuevas elecciones, celebrando su tercera ronda de consultas los días 25 y 26 de abril, es decir, 52 días después de la primera votación de investidura, y a seis días del termino del plazo ante señalado. Segundo, no parece razonable aceptar el argumento de que «no existe un candidato que cuente con los apoyos necesarios», cuando, como se ha señalado anteriormente, existen reiterados precedentes de propuesta de candidatos que en el momento de la propuesta real no contaban con los apoyos necesarios para su investidura. Tercero, siguiendo el criterio antes expuesto por Astarloa Villena, y compartido por otros autores (De Esteban Alonso y López Guerra, 1982-1983: 181), el Rey debería haber propuesto como candidato, y con tiempo suficiente para buscar los apoyos que precisara, al líder y candidato de la tercera fuerza política que en aquel momento contaba con mas escaños en el Congreso de los Diputados.

2. La consideración del tiempo y de los plazos en el procedimiento de investidura

Con independencia de las muchas explicaciones que se puedan encontrar, algo no ha tenido que funcionar bien para que España, sin precedente alguno, haya dispuesto de un Gobierno en funciones durante mas de diez meses –los que van desde el 20 de diciembre de 2015 al 29 de octubre de 2016–, situación que, sin duda, tiene mucho

que ver tanto con la actuación de los agentes políticos, como con los tiempos señalados al efecto en la Constitución.

En efecto, nuestra Norma fundamental es sumamente parca cuando marca los tiempos del procedimiento de investidura y la intervención en los mismos por parte de los agentes políticos, y se limita a señalar que «de no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después» (99.4 CE), y que «si transcurrido el plazo de dos meses a partir de la primera votación de investidura ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso…» el Rey procederá a la disolución de ambas cámaras y convocará nuevas elecciones (99.5CE). En tiempos de facilidad política, cuando el sistema funcionaba de hecho como un «bipartidismo imperfecto», nunca ha habido nada que discutir ni que resaltar en la aplicación del procedimiento de investidura del artículo 99CE, pero cuando se ha alterado sustancialmente el mapa político, entonces han aparecido las dificultades en la aplicación de este procedimiento constitucional, con muchas preguntas que hacer, y muchas respuestas que dar. Veamos qué alternativas podemos encontrar para ello en el derecho comparado.

Si bien es cierto que hay Estados como Bélgica en el que su Constitución no establece ningún criterio ni establece límite alguno a su procedimiento de investidura, lo que ha llevado a una «tradición» de largos períodos de vacaciones gubernamentales –150 días en 1988, y 541 días en 2010/2011–, el modelo que podemos tomar como referencia, y al que se viene señalando como orientación inequívoca del artículo 99 CE, es el que establece el artículo 63 de la Ley Fundamental de Bonn. En el citado artículo, para el caso de que la Dieta federal, sin debate alguno, rechace la propuesta del Presidente federal por no alcanzar la mayoría absoluta, establece en sus apartados 3 y 4 un apretado, estricto, y detallado calendario para que la Dieta federal, mediante propuesta interna, proceda a la elección de Canciller por mayoría absoluta, o para que, alternativamente, el Presidente federal nombre Canciller al candidato que hubiere obtenido mas votos, o decida disolver la Dieta federal.

En el ámbito interno español, merece especial consideración la ejemplar regulación que contiene la Ley 6/84 del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, ley que se aprueba como desarrollo del artículo 32 del Estatuto de Autonomía para Asturias, y que en sus artículos 33 y 34 marca, con la precisión de un relojero, los trámites y los plazos (hasta 6) que han de conducir bien a la elección del Presidente del Principado, bien a la disolución de la Junta General.

En el procedimiento diseñado por el artículo 99 de la CE los tiempos aparecen confusos y dispersos, y se echan en falta algunos plazos ineludibles como debieran ser el plazo de inicio de la primera ronda de consultas y duración de la misma, el plazo de convocatoria del Pleno de investidura, o el plazo de segundas y ulteriores rondas de consultas y duración de las mismas. Veamos cómo ha podido discurrir en la práctica el procedimiento de investidura del artículo 99 CE en la legislatura actual (XII) del Congreso de los Diputados.

Las elecciones generales tuvieron lugar el día 26 de junio de 2016 y la sesión plenaria de constitución del Congreso de los Diputados se celebró el día 19 de julio. Algunos días después el Jefe del Estado celebró la primera ronda de consultas los días 26, 27 y 28 de julio, que concluyeron con la comunicación real y el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados de 28 de julio, proponiendo como candidato al Sr. Rajoy Brey, quien hizo manifestación expresa de que no contaba con los apoyos necesarios para su investidura. Tuvo que transcurrir entonces mas de un mes para que se convocase el día 1 de septiembre la sesión plenaria de investidura, investidura que fracasó en segunda votación celebrada el día 3 de septiembre ; La Casa Real emitió un nuevo Comunicado, de fecha 5 de septiembre por el que se daba cuenta de que el Rey había decidido no iniciar por el momento nuevas consultas con los partidos sobre la formación de Gobierno, instándoles a dialogar y concertar para evitar una nueva convocatoria electoral. Debieron pasar entonces cincuenta días para que el Rey celebrará una nueva ronda de consultas con los representantes designados por los

grupos políticos con representación parlamentaria, los días 24 y 25 de octubre, que concluyó con una nueva propuesta de fecha 25 de octubre por la que el Jefe del Estado volvía a proponer de nuevo al Sr. Rajoy como candidato a la Presidencia del Gobierno. Las sesiones de investidura se celebraron los días 27 y 29 de octubre y, finalmente, el Sr. Rajoy obtuvo la confianza de la Cámara, en segunda votación, el día 29 de octubre de 2016, a dos días del término de plazo constitucional establecido para la convocatoria de nuevas elecciones.

Sobre lo acontecido en el desarrollo de este último procedimiento de investidura cabe, de nuevo, hacer algunas consideraciones. En primer lugar, habida cuenta de que el Gobierno llevaba en funciones mas de medio año, resulta difícilmente justificable que tuvieran que transcurrir cuarenta y tres días desde la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados para que se celebrara la primera sesión de investidura el día 1 de septiembre. Y en segundo lugar, a mayor abundamiento y conociendo el estricto marco jurídico que acompaña al procedimiento constitucional de investidura al que el Rey debe acomodar su facultad de propuesta, no se concibe cómo y por qué se dejaron pasar cincuenta días para dar cumplimento al categórico mandato constitucional de formular nuevas propuestas (99.4 CE), agotando hasta casi el límite el plazo de convocatoria de nuevas elecciones (99.5 CE).

IV. Vientos de reforma en el proceso de investidura

De todo cuanto venimos exponiendo se deriva la advertencia de que existen algunas dificultades, inconvenientes, y «goteras» en el procedimiento de investidura regulado en el artículo 99 CE, por lo que nada nos debe extrañar que vengan soplando airados vientos doctrinales y políticos que aboguen por su reforma, y dado que este año 2018 estamos conmemorando los 40 primeros años de una de las grandes constituciones españolas, se pueden ir adelantando algunos de los escenarios de mejora y reforma de este procedimiento constitucional.

El primero de estos escenarios supondría la reforma en profundidad no solamente del artículo 99 CE, sino también del artículo 62. d. CE, limitando con ello la intervención del Rey al estricto nombramiento, como «acto debido», del Presidente del Gobierno. A nadie se le escapa la enorme dificultad de seguir este camino ya que, por afectar al Título II, «De la Corona», procede activar el procedimiento de reforma «agravado» del artículo 168 CE, y en ese caso, la reforma que se pretende, debería formar parte de un gran y difícil acuerdo político sobre una reforma en profundidad de la Constitución.

El segundo escenario conllevaría también una importante reforma del artículo 99, mediante un importante ajuste de tiempos y plazos, y la mas estricta y posible limitación de la competencia real de propuesta de candidato. Con esta alternativa de reforma se pondría en marcha inexcusablemente el procedimiento de reforma menos «gravoso» contemplado en el artículo 167 CE, lo que también requeriría de un importante acuerdo político.

Finalmente, el tercer escenario que contemplamos conlleva un difícil y pequeño ajuste de las intervenciones y tiempos establecidos en el artículo 99 CE, que podría discurrir fácilmente mediante la reforma de los artículos 170, 171 y 172 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

Vayamos por partes. Si tomamos como camino a seguir la reforma en profundidad del artículo 99 CE, podríamos establecer a priori unos criterios sobre la misma, determinando cuáles puedan ser las líneas de actuación.

En primer lugar, y como garantía y salvaguarda de la Corona en el juego político de un sistema parlamentario de gobierno, debieran encontrarse fórmulas que no impliquen al Rey en el delicadísimo proceso interno de selección de candidato, limitando en este caso su actuación, en cumplimiento delo dispuesto en el artículo 62.d CE, a la mera propuesta formal de candidato a la Presidencia del Gobierno. En cierto modo, de atender esta medida se estaría volviendo a la redacción inicial del apartado primero del artículo 86 del Borrador

de Constitución, al tiempo que se estaría aceptando la enmienda presentada y reiteradamente mantenida en el proceso de elaboración constitucional por el diputado de la minoría catalana, Sr. Barrera i Costa, justificándola en los siguientes términos,»En realidad mi propósito es evitar lo que considero poderes excesivos por parte del Rey, poderes excesivos que yo creo que pueden perjudicar a la Monarquía mucho mas que favorecerla, porque significan que, si el Rey debe proponer el candidato a la Presidencia del Gobierno, se queda implicado en las luchas políticas».

En correspondencia con lo anteriormente expuesto, y tomando igualmente como referencia el apartado primero del artículo 86 del Borrador de Constitución, deberían ser los Grupos parlamentarios los autores de las propuestas iniciales de posibles candidatos para que fuera el Pleno, sin debate alguno, el que determinara cuál de ellos era el que tenía mas apoyos, a los efectos de que por el Rey se pudiera trasladar al Congreso de los Diputados propuesta formal de candidato a la Presidencia del Gobierno.

Ni que decir tiene que la estricta determinación de plazos y tiempos a los que deba ajustarse el procedimiento de investidura constituye no solamente una necesidad imperiosa, sino tambien la garantía de que todos y cada uno de los órganos constitucionales y de los agentes políticos cumplen adecuadamente su función,.

Por último, parece también oportuno que, respetando la cautela constitucional de «disolución automática» contenida en el artículo 99.5 CE, se considere no obstante la conveniencia de proceder a unas importantes modificaciones, determinando quiénes sean los órganos constitucionales afectados, así como el hecho y plazo para que opere la disolución.

Llegados a ese punto, y después de que hayamos podido comprobar las muchas dudas e interrogantes que suscita la actual redacción del artículo 99 CE, difícilmente puede extrañar y llamar la atención que el mismo haya sido objeto preferente de la doctrina. Como prueba de

ello conviene citar dos recientísimos trabajos que formulan diferentes alternativas de reforma del artículo 99 CE.

Un primer trabajo titulado, «El artículo 99 de la Constitución: una propuesta de reforma constitucional», publicado el año 2016, en el que se aboga expresamente por la posibilidad de que el Rey pueda constatar la imposibilidad de proponer a ningún candidato, de tal manera que, después de la reforma constitucional, «el Rey tendría un mes desde las elecciones generales para proponer un candidato o para comunicar al Presidente del Congreso su imposibilidad de hacerlo, y, después de su eventual propuesta, se abriría otro plazo de un mes para sustanciar el resto del procedimiento y tener ya investido al Presidente del Gobierno, o para disolver y convocar nuevas elecciones» (Hernández Bravo de la Laguna, 2016: 50).

Y un segundo trabajo, titulado «El bloqueo evitable de la formación de gobierno: una propuesta de reforma del procedimiento de investidura». Publicado en 2017, y en el que el autor se plantea la reforma del artículo 99 CE en tres aspectos concretos: establecer determinados plazos, «un plazo máximo de consultas previo a la propuesta de un candidato», y otro «para la convocatoria por el Presidente del Congreso del debate de investidura»; «repensar la función constitucional del Rey en el proceso de investidura»; y el cambio en el sistema de votación, de tal manera que en la segunda votación de investidura no sea posible votar no, «quedando investido por tanto el que mas votos afirmativos reciba» (Giménez Gluck, 2017: 318-321).

V. Y, para concluir, ensayo de borrador de borrador de propuesta

Partiendo de la base de que la incierta reforma del artículo 99 CE pudiera tramitarse según lo dispuesto en el artículo 167 CE, y a sabiendas de lo delicado del tema y de los problemas que plantea, en líneas posteriores se esboza un borrador de propuesta de reforma que de alguna manera responde al planteamiento general este breve

estudio, con la sóla pretensión de que pueda servir en algún momento como un mero documento de trabajo:

Art. 99 CE:

1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados y de la celebración de la sesión constitutiva del mismo, así como en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, los grupos parlamentarios podrán presentar candidatos en el plazo de diez días al objeto de que por el Pleno, sin debate alguno, se determine quién es el candidato que cuenta con mas apoyos, siendo trasladado este resultado por el Presidente del Congreso de los Diputados al Rey, a los efectos de que este proponga candidato a la Presidencia del Gobierno.
2. El Pleno de investidura se celebrará cinco días después, y el candidato propuesto conforme lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretende formar y solicitará la confianza de la Cámara.
3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación dos días después, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.
4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en plazo de siete días desde la celebración de la segunda votación de investidura, en la forma prevista en los apartados anteriores.
5. Si transcurrido el plazo de dos meses a contar desde la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados, o de acaecimiento de los supuestos constitucionales contemplados en el apartado primero, ningún candidato hubiere obtenido la confianza de la Cámara, el Rey disolverá el Congreso de los Diputados y convocará nuevas elecciones con el refrendo de su Presidente».

VI. Bibliografía

Astarloa Villena, F.: «Artículo 62, apartados *a* y *e* : atribuciones del Rey», en Alzaga Villamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978,* tomo V. Madrid, Edersa, 1983, p. 227.

Blanco Valdés, R. L.: «El año que vivimos peligrosamente: del bipartdismo imperfecto a la perfecta Ingobernabilidad», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 109, 2017, p. 63.

Barrera i Costa, H. *Cortes Generales, Constitución Española, Trabajos Parlamentarios.* Edición preparada por Fernando Sainz Moreno. Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, 1980, pp. 188-189.

De Esteban Alonso, J., López Guerra, L.: *El régimen constitucional español,* 2 vols. Barcelona, Labor, 1982-1983, p. 181.

Hernández Bravo de la Laguna, J.: «El artículo 99 de la Constitución: una propuesta de reforma constitucional», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 67, 2016, p. 50.

Hernández Bravo de la Laguna, J.: «La reforma del artículo 99 de la Constitución y el papel del Rey en la investidura», *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid,* 70, 2016, p. 33.

Giménez Gluck, D.: «El bloqueo evitable de la formación del Gobierno: Una propuesta de reforma del procedimiento de investidura», *UNED. Revista de Derecho Político,* 99, mayo-agosto de 2017, pp. 318-321.

Vintró Castells, J.: *La investidura parlamentaria del Gobierno: perspectiva comparada y Constitución española.* Madrid, Congreso de los Diputados, 2007, p. 285.

Una reflexión sobre la regulación constitucional del Derecho administrativo

Juan Francisco Mestre Delgado
Catedrático de Derecho Administrativo.

Resumen

El trabajo analiza las previsiones que incorpora la Constitución sobre las Administraciones Públicas y el Derecho Administrativo.
Palabras clave: constitución, derecho administrativo, potestades administrativas, jurisdicción contencioso administrativa.

Resum

El treball analitza les previsions que incorpora la Constitució sobre les administracions publiques i el Dret Administratiu.
Paraules clau: constitució, dret administratiu, potestats administratives, jurisdicció contenciosa administrativa.

Abstract

This work analyzes the forecasts that the Spanish Constitution incorporates about Public Administrations and Administrative Law.
Key Words: Constitution, Administrative Law, administrative powers, contentious administrative jurisdiction.

Sumario

I. Planteamiento general.
II. Una aproximación al contenido que la Constitución incorpora sobre la Administración y el Derecho Administrativo.
III. Constitución y Derecho Administrativo: un marco abierto y flexible delimitado por principios y reglas firmes e indisponibles.
1. La Constitución establece un marco de regulación general abierto y flexible, que permite la adopción, en cada momento temporal o político, de regulaciones diversas, que tienen plena cabida bajo su manto.
2. La Constitución establece principios y reglas firmes e indisponibles que delimitan y constriñen el ámbito de actuación de los poderes públicos.
3. El modelo de organización de las Administraciones Públicas.
4. La Constitución establece un régimen de Derecho Administrativo caracterizado por la juridificación del ejercicio del Poder Público.
5. El control judicial pleno de la actuación administrativa.
6. La formulación del principio de responsabilidad de los poderes públicos.
7. El principio de transparencia.
IV. Una consideración conclusiva.

I. Planteamiento general

1. La amable invitación que Les Corts me cursó para participar en este libro colectivo con motivo del cuadragésimo aniversario de la Constitución me brinda la oportunidad de reflexionar, incluso con la brevedad que permite la extensión máxima establecida, sobre la regulación constitucional de las Administraciones Públicas y sobre el régimen jurídico de las mismas.
2. La regulación constitucional sobre la Administración se comprende en los artículos 103 a 107, en los que se incluyen los aspectos que, para el Constituyente, resultaron más relevantes o esenciales. Por un lado, la caracterización de la posición jurídica de las Administraciones Públicas (articulo 103.1); por otro, una previsión sobre los órganos de la Administración (art. 103.2) y sobre la regulación de los funcionarios públicos (art. 103.3). Tras una previsión sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 104) se contempla el trámite de audiencia en los procedimientos de elaboración de reglamentos y actos (art– 105 apartados a y c) y el derecho de acceso a la información (art. 105.b). El control judicial de la actuación administrativa y el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se contemplan en artículo 106. La regulación se completa con la regulación del Consejo de Estado (artículo 107).
3. Una regulación cuantitativamente reducida, pero que ha permitido construir nuestro Derecho Administrativo dentro del orden constitucional, permitiendo no solo revisar reglas y criterios establecidos en el Ordenamiento preconstitucional que resultaban contrarios a las nuevas reglas (aunque en mi criterio la tarea no está definitivamente completada) sino también incorporar modificaciones y nuevas regulaciones derivadas de diferentes circunstancias, motivos y justificaciones, entre las que pueden destacarse las no precisamente menores consistentes en la adhesión a la Unión Europea y la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a cuyos efectos llegó a prestar atención el artículo 10.2 de la Constitución.

Pretendo efectuar seguidamente un análisis, necesariamente resumido, de los 4. Administrativo, señalando igualmente algunas insuficiencias apreciables en la realidad actual.

II. Una aproximación al contenido que la Constitución incorpora sobre la Administración y el Derecho Administrativo

Previamente al análisis sugerido, es conveniente poner de manifiesto que no todas las previsiones sobre el Gobierno y la Administración quedan recogidas en los artículos 103 a 107 del texto constitucional, a los que acabo de aludir, aunque constituyan el contenido del Título IV, rotulado en tal forma. Por el contrario, son numerosas las reglas y determinaciones del texto constitucional que presentan un protagonismo indiscutible en la construcción constitucional del Derecho Administrativo.

Destacan, en mi criterio, de entre un numeroso contenido, las siguientes previsiones constitucionales:

1. El diseño constitucional del modelo de Estado («España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho» – art. 1.1–) resulta esencial para la determinación de la posición que corresponde en el Ordenamiento constitucional a las Administraciones Públicas, conforme a los criterios que establece el artículo 9.2.
2. El reconocimiento de los derechos fundamentales, con el sistema de protección y de garantías que establece el artículo 53 así como el artículo 10.2 (subrayando la relevancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como del Convenio Europeo; por razones cronológicamente obvias, no existe referencia expresa en la Constitución a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) sitúa y delimita el régimen jurídico de la actuación de las Administraciones Públicas.
3. Se contiene una regulación sobre el régimen de los bienes públicos, identificando el artículo 132 los bienes de dominio público y los

comunales, así como el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional.

4. La Constitución identifica una Administración servida por funcionarios públicos, aunque no de forma exclusiva, sujetos a un régimen jurídico estatutario, aún con especificidades con respecto al modelo inicial, con características propias, en particular con el principio de inamovilidad, que se justifican exclusivamente en la garantía de los principios de imparcialidad y objetividad en el cumplimiento de sus funciones. Preciso es recordar que tanto el acceso como la provisión de puestos de trabajo, así como el propio ejercicio de las funciones atribuidas, se integra en el derecho fundamental establecido en el artículo 23.2.
5. Las previsiones sobre la distribución territorial del Poder mediante el sistema de descentralización política que admite y comprende amplios márgenes de regulación (parece elemental constatar que en la actualidad el diseño es tan intenso que se ha equiparado materialmente al modelo federal) produce consecuencias muy relevantes sobre el diseño del Derecho Administrativo y por supuesto sobre el régimen de las Administraciones Públicas. Que produce consecuencias desde muy diferentes perspectivas: por un lado, sobre el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (la referencia al artículo 149.1.18 es obligada para ilustrar lo que se indica); por otro, sobre los modelos de Administración que tienen cabida en la Constitución. También, las peculiaridades que derivan del reconocimiento constitucional del principio de autonomía local, caracterizado entre nosotros como una garantía institucional, y respaldado por la Carta Europea de Autonomía Local. Por supuesto, y además, sobre el régimen de relaciones entre Administraciones Públicas.
6. Las previsiones contenidas en el Título VII (Economía y Hacienda) presentan una relevancia extraordinaria para el análisis que nos ocupa. La construcción del «Derecho de la regulación económica»,

central en la vertebración de la actividad administrativa, encuentra gran parte de sus mimbres en esta regulación (sin perjuicio, obvio es señalarlo, de las determinaciones del Derecho de la Unión Europea): el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, la planificación de la actividad económica general, la potestad tributaria y la ordenación de los presupuestos generales, constituyen buenos ejemplos de su protagonismo.

III. Constitución y Derecho Administrativo: un marco abierto y flexible delimitado por principios y reglas firmes e indisponibles

1. La Constitución establece un marco de regulación general abierto y flexible, que permite la adopción, en cada momento temporal o político, de regulaciones diversas, que tienen plena cabida bajo su manto

Caracteriza al texto constitucional su inequívoca intención de establecer un marco de regulación suficientemente abierto y flexible para que dentro del mismo, sin que precise reformas (y si las modificaciones fuesen de cierta envergadura, el propio texto constitucional contempla los mecanismos para su reforma) quepan opciones so alternativas políticas y jurídicas diferentes. Una característica realmente notable, en términos generales y en particular a nuestros efectos, ya que posibilita que bajo el manto de la Constitución puedan materializarse o concretarse opciones políticas de diferente naturaleza, significación y efectos. Una caracterización de suma importancia para posibilitar su vigencia y mantenimiento.

Son numerosos los ejemplos que pueden ilustrar, suficientemente, lo afirmado. Tras aludir, sin mayor detenimiento, al contenido del derecho de propiedad (tradicionalmente esencial o sagrado, ahora subordinado al interés general, que por ello admite diferentes regulaciones, tanto por razón del tipo o clase de propiedad como, en cada caso, en atención a las decisiones del Legislador, siempre que respete el contenido esencial establecido en la Constitución) podrían resultar de interés las

previsiones contenidas en los artículos 43.2 y 130; la primera establece que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios….»; la segunda especifica que «los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles». En ambos casos se imponen mandatos de actuación, pero delimitan un ámbito de actuación amplio y extenso, en el que caben opciones diversas: en el primero caben intervenciones públicas y en su caso privadas, con intensidades diferentes; en el segundo, la intervención pública y la intensidad de la misma admite numerosos grados y alternativas.

2. La Constitución establece principios y reglas firmes e indisponibles que delimitan y constriñen el ámbito de actuación de los poderes públicos

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación de la Constitución, caracterizada por su naturaleza de norma jurídica, superior y posterior en el tiempo, refleja además que los límites o puntos de referencia que establece con exactos y firmes. Dentro de ellos existe un amplio margen de regulación que pueden ocupar las regulaciones y decisiones que adopten, en cada momento temporal o histórico, los poderes públicos. Su carácter de norma jurídica, la juridificación del Poder, el control judicial pleno de la actividad administrativa, el carácter finalista de las potestades públicas, el valor preferente de los intereses generales, la relevancia del principio de participación de los ciudadanos o el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas son buenos ejemplos.

3. El modelo de organización de las Administraciones Públicas

La Constitución estableció un modelo de Administración Pública caracterizado de forma muy semejante al tradicional o clásico, al menos

en el diseño del Título IV, basado en la estructura departamental y en la Administración consultiva (Consejo de Estado) aunque con un carácter inequívocamente amplio y flexible que permite un amplio margen de maniobra en su diseño concreto y efectivo. Añadió una constitucionalización de los Colegios profesionales (art. 36) en línea con la tradición de la Administración corporativa, y reflejó algunos de los principios de relación entre órganos de la Administración y entre Administraciones Públicas. Con respecto a las Comunidades Autónomas, lo subraya el artículo 149.1.18 («…sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas…») en consonancia con la competencia autonómica para la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1). La estructura básica de la organización municipal se fijó en el artículo 140.

Durante mucho tiempo se ha mantenido, tanto en el Estado como en las Comunidades Autónomas, un diseño semejante, de cierto tono continuista con el modelo tradicional.

Lo que no puede obviar algunas constataciones que ilustran sobre la existencia de un diseño abierto o flexible. Por un lado, la paulatina irrupción en la organización de algunas Comunidades Autónomas de criterios o reglas de ordenación específicas y novedosas. Por otro, la intensa incorporación al modelo organizativo estatal –y autonómico– de Autoridades Administrativas Independientes que responden, tanto formal como sustantiva o materialmente, a principios y reglas diferentes de los del modelo de Administración tradicional. Al menos, si se recuerda que se incorporan a nuestro sistema, prescindiendo del origen anglosajón y las eventuales causas indirectas que podrían contribuir a la explicación desde esta perspectiva, como consecuencia de previsiones explícitas del Derecho de la Unión Europea, bien como instrumento al servicio de garantizar los procesos de desregulación, privatización y liberalización producidos e impulsados desde la Unión Europea, bien con la finalidad de proteger derechos fundamentales (en especial, el de protección de datos de carácter personal) que potencialmente puede ser vulnerado tanto por Administraciones Públicas como por sujetos privados.

4. La Constitución establece un régimen de Derecho Administrativo caracterizado por la juridificación del ejercicio del Poder Público

a) La Administración Pública –establece el artículo 103.1– sirven con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, a lo que el artículo 106.1 añade que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como e sometimiento de esta a los fines que la justifican.

Resulta de esta regulación un régimen de Derecho Administrativo, caracterizado por una actuación administrativa finalista, instrumentada en torno a las potestades públicas, y caracterizado por el principio de juridicidad. Sin duda asumiendo la tradición histórica, incorporó un régimen jurídico específico propio de la actuación de las Administraciones Públicas, diferente al que se aplica en las relaciones entre ciudadanos. Como es claro, no es el único modelo (es sustancialmente diferente a la regulación anglosajona) pero conviene recordar que es el que ha recogido el texto constitucional; la observación, obvia, es pertinente para situar la validez de los intentos de modificar el modelo fijado en la Constitución en otras normas, de manera puntual o concreta pero al margen de las garantías exigibles y sobre todo hurtando el exigible debate y decisión sobre el modelo reflejado en la Constitución.

Las Administraciones Públicas se encuentran jurídicamente obligadas a actuar, conforme resulta de las previsiones constitucionales (desde luego, a partir de la cláusula del Estado Social de Derecho) al servicio de los intereses generales. Para ello debe actuar mediante el ejercicio de las potestades públicas que le atribuyan la Constitución y las leyes, de forma que sin la atribución de potestades las Administraciones no pueden actuar. Técnicamente, se integra esta formulación en el denominado principio de legalidad, que explica y justifica la relación de las Administraciones Públicas con el Ordenamiento Jurídico. Aunque realmente es preciso subrayar que la referencia a la «legalidad», que

tiene su origen y justificación en el legicentrismo que incorporó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 («la ley es la expresión de la voluntad general» –art. 6-; «la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás …/… Tales límites tan solo pueden ser determinados por la Ley» –art. 4-; «Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que esta no ordene» –art. 5–) debe reformularse, en el Ordenamiento Constitucional, conforme a un principio de juridicidad, para destacar que la Ley está subordinada a la Constitución (sin perjuicio además de las consecuencias que la adhesión a la Unión Europea y la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos produce al respecto). En la formulación tradicional, la relación que vincula a la Administración con el Ordenamiento Jurídico se instrumenta en torno a la vertiente positiva del principio de legalidad, conforme a la cual la Administración precisa de una habilitación previa (la atribución de la potestad) por parte de la Constitución o de las leyes para poder actuar en una materia o sector (cuando la Constitución impone mandatos de actuación a los poderes públicos, sin establecer reserva de ley, está efectuando la atribución; si establece reserva de ley, la atribución de potestades solo puede efectuarla esta, en el caso de que no se hubiese formulado como una reserva absoluta). Este sistema de relación, que en lo sustancial se mantiene en el Ordenamiento constitucional, ha sido reinterpretado en un caso y por un motivo concretos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: con la finalidad de proteger la autonomía local (tal y como resulta tanto de la Carta Europea como de nuestra regulación interna) ha declarado que es preciso interpretar el principio de legalidad en su acepción o vertiente negativa (conforme a esta, las Administraciones pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley) porque condicionar la regulación de materias de interés local a la previa ley estatal o autonómica restringe la autonomía en la medida en que aquéllos legisladores no actúen; por ello ha

declarado que la regla debe ser, en estos casos y por aquélla razón, la contraria, de forma que solo si el legislador estatal o autonómico considera preciso por razón de interés supralocal que las entidades locales no actúen en una determinada materia deben dictar la correspondiente norma que lo diga expresamente, esto es, que prohíba o limite la regulación local (cfr. la Sentencia TS de 17 de noviembre de 2009, recurso 1147/2008).

b) Una de las potestades más relevantes en términos generales es la autotutela, que comprende dos clases: declarativa y ejecutiva. Conforme a la primera, que en lo sustancial no ha sido objeto de crítica de fondo alguna, la Administración puede declarar la solución correcta en cada caso en que se plantee un conflicto jurídico en el que tiene atribuida potestad para actuar o intervenir, sin perjuicio del posterior control judicial pleno. Conforme a la segunda, la Administración puede ejecutar forzosamente sus propias decisiones mediante procedimientos de ejecución forzosa, aunque también opere aquí el modelo de control judicial. En este extremo sí se han producido, aunque en mi criterio todavía de forma acabada, algunas modificaciones relevantes. Por un lado, la materialización de algunos derechos fundamentales ha producido consecuencias relevantes sobre aquélla potestad: así, la protección de la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2) no permite que para ejecutar sus propios actos la Administración pueda entrar a un domicilio (en el sentido constitucional de la expresión) porque la Constitución solo lo permite, salvo en casos de flagrante delito, cuando existe consentimiento o autorización judicial. Por otro, la ejecutividad de los actos debe acompasarse, con carácter general, a las exigencias que derivan del derecho fundamental a la tutela judicial cautelar efectiva (artículo 24): el Tribunal Constitucional ha explicado, hace años, que la ejecutividad de los actos no es indefectiblemente contraria o incompatible con la tutela judicial cautelar efectiva, siempre que se permita al órgano judicial pronunciarse sobre si se debe o no ejecutar de forma inmediata, antes de la resolución

judicial, el acto o la disposición impugnados. Esto es, que cuando la declaración administrativa ha sido impugnada ante la Jurisdicción, se han solicitado medidas cautelares en el seno del contencioso y de ello tiene conocimiento la Administración, esta no debe ejecutar como regla general su decisión, sino que debe esperar a la decisión judicial sobre tal extremo.

Desde esta perspectiva, es preciso, en mi criterio, reinterpretar el régimen de las medidas cautelares en el contencioso, para subrayar la relevancia de la tutela judicial efectiva, exigiendo una motivación específica para que proceda la ejecución inmediata, y además ponderando adecuadamente las exigencias que derivan del principio fumus boni iuris. Es este un extremo de particular relevancia que, insisto, en mi criterio no se encuentra bien resuelto en la realidad de la práctica judicial ni en la propia Ley de la Jurisdicción; sin poder detenerme más en este relevante aspecto, bastará con poner de manifiesto que todavía es habitual encontrar en las resoluciones judiciales una declaración general conforme a la cual la adopción de medidas cautelares en el seno del contencioso es excepcional, porque es una excepción a la regla general de la ejecutividad de las decisiones administrativas; que es una formulación acrítica, meramente repetitiva, de una regla preconstitucional, que no es tal si se considera debidamente la significación del derecho fundamental garantizado en el artículo 24.

c) El régimen jurídico propio de las Administraciones Públicas no impide que, para la satisfacción de los fines de interés general, aquéllas puedan someter su actuación al Derecho Privado. La previsión del artículo 128.2 (se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica) lo respalda; el protagonismo de los funcionarios públicos no impide, dentro del marco delimitado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la incorporación de personal sometido al Derecho laboral; la propia configuración tradicional de la denominada Administración instrumental permite que algunas personificaciones jurídicas de las Administraciones

territoriales se rijan por Derecho privado; lo mismo sucede con la regulación de los Colegios Profesionales (art. 36).

d) En todo caso, uno de los grandes esfuerzos y aportaciones de la Constitución es de la juridificación del Poder Público, y en especial del Poder Ejecutivo y en concreto de las Administraciones Públicas. Diseña, en mi criterio, un modelo de actuación administrativa en el que existen mandatos de intervención (existe margen de apreciación en la regulación, e incluso el resultante está supeditado a las determinaciones del Derecho de la Unión Europea: la referencia a la Directiva Bolkenstein, de libre prestación de servicios, es obligada) conforme a un régimen de potestades exorbitantes con respecto al Derecho común o privado (pero que delimita el régimen jurídico ordinario y propio del giro o tráfico de la actuación administrativa) que se encuentra, en todos sus elementos, juridificado, regido por reglas de Derecho y sometido a control judicial. Refleja de esta forma un entorno de regulación en el que se busca permanentemente un equilibrio entre el ejercicio por parte de las Administraciones de las potestades que tienen atribuidas para la satisfacción de los intereses generales con la exigible actuación sometida y respetuosa con las exigencias del Derecho. Un necesario equilibrio entre fines y medios, con la única finalidad de que la legitimación del ejercicio del Poder no responda únicamente a criterios electivos, de voto o meramente voluntaristas sino que debe quedar embridado en el propio orden jurídico establecido por la Constitución, que es, en definitiva, la cifra de la cláusula del Estado de Derecho.

Al servicio de esta finalidad se encuentran numerosas previsiones y determinaciones en el texto constitucional: la sujeción de todos los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1), la reiteración del principio de legalidad (arts. 9.3, 25, 103 y 106), la interdicción de la arbitrariedad o la relevancia del carácter finalista de la actuación administrativa (arts. 103 y 106) que

inequívocamente introducen el control de su actuación mediante la técnica de la desviación de poder, entre otras. Todo lo que permite concluir, en este aspecto, en términos necesariamente descriptivos, que el marco constitucional de la actuación administrativa se construye en torno a la atribución de potestades que legitimación su ejercicio en atención a la finalidad perseguida, mediante una ordenación de los medios, e incluso de la determinación de los fines, ajustada a la juridicidad constitucional, siempre bajo un control pleno por parte de la Jurisdicción que no solo pretende garantizar la observancia y cumplimiento de los criterios de actuación fijados en el ordenamiento Jurídico sino también que puedan ser resueltas las discrepancias de manera efectiva (103, 106 y 24).

5. El control judicial pleno de la actuación administrativa

a) La consecuencia necesaria de la juridificación del Poder es que, siendo preciso sujetar su actuación al Derecho (que en definitiva describe un plan o proyecto de actuación, que remite al plano del deber ser) es imprescindible la regulación y el funcionamiento efectivo de un sistema de control pleno de la actuación administrativa. Que es, en definitiva, lo que consagra el texto constitucional: tras declarar el sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, subrayando que debe actuar, siempre, dentro del Ordenamiento Constitucional, establece que toda su actuación, sin excepción, está sujeta al control de la Jurisdicción (de manera preferente, en mi criterio, del orden contencioso administrativo –que aparece constitucionalizado en el artículo 153– aunque no de forma exclusiva). No es admisible constitucionalmente, en consecuencia, que exista alguna zona de actuación administrativa exenta de control judicial (la única exclusión que incorpora la Ley de la Jurisdicción, respecto a los actos confirmatorios o reproducción de otros anteriores que han

adquirido firmeza, no es tal), sin perjuicio de que el alcance o la intensidad del pronunciamiento judicial pueda ser diferente en función del supuesto de hecho.

b) Conviene añadir, inmediatamente después de lo afirmado, que la formulación de la regla del control judicial pleno de la actuación administrativa constituye la culminación de un proceso histórico, de construcción de las instituciones y sobre todo de formación de las reglas de legitimación del Poder, que no puede desconocerse ni olvidarse. Las reminiscencias del absolutismo se proyectan sobre las vías administrativas previas y sobre la determinación de los criterios de control de la actuación administrativa (en la formulación clásica, juzgar a la administración es también administrar –Thouret–: regla que viene a indicar que la Administración se controla a sí misma; se refleja una –poco– sutil distinción en la formación histórica de las instituciones: la división de poderes inglesa –no es preciso explicar ahora con mayor detalle la existencia de influencias del Reino Unido sobre los revolucionarios franceses– que subrayaba la atribución de funciones diferentes a cada Poder, sin prejuzgar o pronunciarse sobre el régimen de relaciones entre ellos, fue sustancialmente modificada en la Declaración de 1789, al convertir la significación de la división inglesa por la separación de poderes (conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Declaración, que se considera tradicionalmente una definición de qué es una Constitución, «una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución»): sobre la constatación del mandato de atribución de funciones diferentes, añadió una regla o consecuencia añadida, conforme a la cual se imponía una suerte de compartimentalización entre funciones, que impedirían que un Poder pudiese entrometerse en el ámbito de actuación de otro (así, la primera Ley del Poder Judicial posterior a la Declaración tipificó, nada menos, que como delito de prevaricación el comportamiento de un Juez que afectase a decisiones adoptadas por otros Poderes).

Situado en estos términos, la regla del control judicial pleno de la actuación administrativa se proyecta sobre una realidad previa, que identifica un ámbito competencial (tanto por razón de la materia, como por razón del orden temporal de la actuación) propio de las Administraciones Públicas, que obliga a posibilitar la actuación de estas con carácter previo a la materialización efectiva de la intervención judicial de control. Si bien se mira, una consecuencia del principio de autotutela.

c) Esta articulación en el ejercicio de las potestades atribuidas a uno y otro Poder público produce consecuencias sobre la delimitación del ámbito de control judicial de la actuación administrativa, que tradicionalmente se ha construido en torno al mito del carácter revisor de la Jurisdicción, y que en sus formulaciones más extremas han limitado, artificiosamente, el alcance del control judicial. En la actualidad, y conforme a una doctrina jurisprudencial plenamente admisible (aunque no compartida por todos los órganos de la Jurisdicción, sorprendentemente) el dogma del carácter revisor de la Jurisdicción ya no establece que el contencioso sea un proceso al acto, sino un proceso con motivo de un acto administrativo, que permite el control plena de la actuación administrativa (en toda su extensión) cuando la Administración ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una concreta cuestión, aunque no lo haya hecho o lo haya hecho indebidamente.

d) En este entorno, sigue planteando problemas el control de la inactividad material de los poderes públicos. Siendo cierto, y evidente, que la actividad administrativa descansa en la elección o adopción de decisiones partiendo de recursos escasos, también lo es que en el orden constitucional los mandatos de actuaciones delimitan y constriñen el abstracto ámbito de actuación y elección de las Administraciones. La realidad normativa y jurisprudencial refleja un escaso nivel de control de la inactividad material: tanto en los casos en los que la Constitución impone mandatos de actuación como en los casos en los que se especifica la existencia de una vía

procesal de reacción (así, en los artículos 18.1g LBRL y 30 LJCA, cuya interpretación jurisprudencial ha dificultado notablemente), por no aludir a los supuestos (que una incipiente jurisprudencia del Tribunal Supremo está tratando de afrontar) de inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

e) Los importantes aspectos de regulación del sistema que tiende hacia la efectividad de las resoluciones judiciales (el sistema de ejecución de sentencias) no plantea, al menos en sede de principios y de regulación, grandes problemas, tras una notable evolución en la construcción y aplicación de los principios y reglas. Aunque sigan planteándose problemas, desde la perspectiva del control pleno de la actuación administrativa conforme al 24, algunos problemas relevantes en el plano interpretativo y aplicativo (por ejemplo, la interpretación del 108.3 LJCA; los efectos de las sentencias anulatorias por falta de motivación, entre otros ejemplos).

6. La formulación del principio de responsabilidad de los poderes públicos

Un complemento imprescindible de la juridificación del Poder se encuentra en el establecimiento de un sistema efectivo de responsabilidad. Frente al modelo más cercano al absolutismo (lo propio de la soberanía es imponerse sin compensación) y siguiendo a la formulación de un clásico en el Derecho francés (que venía a indicar que, frente a la atribución de potestades exorbitantes a la Administración, era preciso reconocer un sistema de control judicial y un sistema de responsabilidad patrimonial como medio para controlar, como si de dos bridas se tratase, la actividad de un caballo.

La Constitución establece un principio de responsabilidad de los poderes públicos (art.9.3) que en mi criterio no establece un régimen de responsabilidad extracontractual de todos ellos. Pero sí lo hace con respecto a la Administración, en los términos del artículo 106.2, heredero indiscutible de la formulación clásica contenida en la Ley de Expropiación Forzosa. La regla de la responsabilidad se ha proyectado

sobre otros poderes públicos (en el caso del Legislador, planteando la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto a las leyes inconstitucionales un problema evidente de Jurisdicción competente; y reconociéndose, al menos en el plano teórico, su aplicabilidad sobre otros órganos constitucionales, especialmente sobre el Tribunal Constitucional y sobre el Defensor del Pueblo).

7. El principio de transparencia

La Constitución ha consagrado «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas» (art. 105.b). La amplitud con que se configura el derecho de acceso en el texto constitucional permite sostener el principio de transparencia en la actuación administrativa (que la Ley 6/97, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, ha reconocido expresamente como uno de los que disciplinan su actuación –art. 3.2.*g*–); la jurisprudencia española ha hecho notar que la Constitución establece «la imagen de una Administración pública auténticamente democrática», fijando para ello el denominador común en el art. 105, que «consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática» (STS de 19 de mayo de 1988).

Su importancia, por ello, es destacable; constituye la expresión del principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas. Sirve, en definitiva, para completar la garantía jurisdiccional del control pleno de la actuación administrativa, fomentando la significación del principio participativo, consustancial con el principio democrático. La consideración del carácter prestacional de las Administraciones Públicas, y su dependencia última respecto de los ciudadanos, a quienes debe servir en el Estado Social de Derecho, subrayan el vigor constitucional de aquél principio.

IV. Una consideración conclusiva

La ordenación constitucional del Gobierno y la Administración refleja un relevante equilibrio entre tradición y modernidad; establece un modelo de división de poderes con equilibrios y garantías, que impone pautas de actuación a la Administración delimitado y condicionado por su juridicidad. Refleja un modelo abierto y flexible, en el que tienen cabida opciones diversas (incluidas las que correspondan mediante los procedimientos de reforma constitucional) siempre que respeten los principios y reglas que delimitan el ámbito de actuación de los poderes constituidos. Posiblemente, un modelo de regulación constitucional muy adecuado a la finalidad de mantener una regulación adaptable y susceptible de adecuación a las nuevas necesidades, siempre que se reflejen en el exigible consenso para modificar la norma constitucional, y entre las que se incluyen nuevas circunstancias imprevisibles (la sustancial crisis económica que seguimos padeciendo) o previsibles (derivadas, por ejemplo, de la adhesión al Derecho de la Unión Europea).

L'Administració pública al Títol IV de la Constitució espanyola de 1978: perfils constitucionals i declinació aplicativa després de quatre dècades de vigència

Andrés Boix Palop
Professor de Dret Administratiu. Universitat de València – Estudi General.

Resum

La Constitució espanyola no estableix grans transformacions de fons sobre el model d'Administració pública, amb les seues pròpies regles de funcionament, anterior a la seua aprovació. Hi fixa, però, principis clàssics de tot Dret democràtic modern com a elements essencials del model d'administració pública constitucional, com ara el principi de legalitat de l'actuació administrativa (art. 103.1 CE) o el de la plena subjecció de l'actuació administrativa al control judicial (art. 106.1 CE). Addicionalment, a preceptes com l'article 105 CE, apareix un mandat constitucional clar en favor d'una Administració pública més oberta, participativa i transparent. Totes tres idees que, en tant que coherents amb el model europeu d'Administració pública, han estat desenvolupades durant aquestes quatre dècades d'evolució constitucional de la mà del Dret europeu, que apareix com a gran factor explicatiu de l'evolució i declinació aplicativa del nostre text constitucional als últims anys.

Paraules clau: principi de legalitat de l'actuació administrativa, control judicial, revisió de l'actuació administrativa, transparència pública, participació ciutadana.

Resumen

La Constitución española no establece grandes transformaciones de fondo sobre el modelo de administración pública, con sus propias reglas de funcionamiento, anteriores a su aprobación. Fija, sin embargo, principios clásicos de todo derecho democrático moderno como elementos esenciales del modelo de administración pública constitucional, como el principio de legalidad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) o el de la plena sujeción de la actuación administrativa al control judicial (art. 106.1 CE). Adicionalmente, en preceptos como el artículo 105 CE, aparece un mandato constitucional claro en favor de una administración pública más abierta, participativa y transparente. Tres ideas que, en tanto que coherentes con el modelo europeo de administración pública, han sido desarrolladas durante estas cuatro décadas de evolución constitucional de la mano del derecho europeo, que aparece como gran factor explicativo de la evolución y declinación aplicativa de nuestro texto constitucional en los últimos años.

Palabras clave: principio de legalidad de la actuación administrativa, control judicial, revisión de la actuación administrativa, transparencia pública, participación ciudadana.

Abstract

The Spanish Constitution did not force major transformations on the foundations of the previously in force Public Administration model. However, it fixed some classical principles, common to any modern democratic legal system, as essential elements of the new constitutionally abiding Spanish Public Administration, such as the principle of legality of the administrative action (art. 103.1 CE) or its full subjection to judicial control (article 106.1 CE). Additionally, article 105 CE stablishes a clear constitutional mandate in favor of a more open and transparent Public Administration. All these three ideas, while consistent with the modern European model of Public Administration, have been developed during these four decades of constitutional evolution in accordance with European Law, which appears to be the most important vector in the evolution of our constitutional text in recent years.

Key Words: Administrative action, Legality principle, Judicial review, Public transparency, Citizen participation.

Sumario

I. Introducció.
II. El model constitucional d'Administració pública: sobre com entén la Constitució que ha de quedar regulat el que fa el poder públic i que ha de ser controlat a posteriori la correcció jurídica d'allò que s'ha fet.
1. La legalitat de l'actuació administrativa.
2. El control judicial reforçat de l'activitat administrativa.
3. Valoració.
III. El model constitucional d'Administració segons l'art. 105 CE: una presa de decisions més participativa i un poder públic més transparent.
1. La consagració d'un model transparent d'Administració pública amb quatre dècades de retard.
2. Participació ciutadana i impuls europeu.
IV. Conclusions sobre el model constitucionalitzat d'Administració pública i la seua hibridació amb l'exercici del poder públic entés a la manera europea.
V. Bibliografia.

I. Introducció

El Títol IV de la Constitució espanyola de 1978 regula l'organització del govern i de l'administració de l'Estat de l'Espanya constitucional. Ho fa, però, i com no pot ser d'una altra manera, tenint ben present la realitat preexistent. A diferència del que passa respecte d'altres institucions constitucionals, com ara les Comunitats Autònomes, és evident que tant govern com administració, a l'Estat espanyol, ja hi havia abans de la Constitució. La qual cosa provoca una regulació menys exhaustiva d'ambdues institucions, per una banda. D'altra, comporta que respecte d'aquesta regulació resulte particularment interessant analitzar quins elements hi apareixen de nou al text constitucional o hi figuren reforçats. Perquè serà a partir d'aquestes idees com descobrirem la manera en què el constituent tracta d'emmarcar i modificar les dinàmiques polítiques i administratives prèvies a la Constitució per conformar un nou model, plenament democràtic i ajustat a les exigències d'un Estat social i democràtic de Dret, com el que finalment es dissenya.

A partir d'aquestes coordenades, s'ha d'assenyalar que la regulació constitucional sobre ambdues matèries, continguda als articles 97 a 107 de la Constitució, para més atenció a la regulació del Govern que no pas a la de l'Administració pública, respecte de la qual només tenim tres preceptes específicament hi dedicats. Aquestes línies pretenen reflexionar sobre el model d'Administració que la Constitució implanta l'any 1978 i com ha evolucionat posteriorment la pràctica constitucional espanyola aplicativa que se'n dedueix, analitzant les directrius que es contenen als articles 103, 106 i 105 del nou text constitucional. No es farà esment a la regulació del govern (arts. 97 i següents) ni a les regulacions específiques sobre forces i cossos de seguretat de l'estat o sobre el Consell d'Estat que també integren el Títol IV de la Constitució.

II. El model constitucional d'Administració pública: sobre com entén la Constitució que ha de quedar regulat el que fa el poder públic i que ha de ser controlat *a posteriori* la correcció jurídica d'allò que s'ha fet

La Constitució espanyola de 1978 no altera substancialment el model d'administració pública, ni la seua organització, preexistent i que havia quedat ja consolidat dins l'Estat franquista. De fet, i com a mínim des de la dècada dels anys cinquanta del segle xx, es pot considerar que les institucions administratives espanyoles presenten uns perfils plenament coherents amb el model que encara hui tenim vigent. Les lleis de procediment administratiu de 1958 (juntament a la llei de règim jurídic de l'estat de 1957) i la llei de la jurisdicció contenciós-administrativa de 1956 havien establert dos dècades abans del debat constitucional un marc jurídico-administratiu que, encara que generat al si d'una dictadura, podia considerar-se relativament modern i semblant als del Estats europeus del nostre entorn en quant a la seua articulació jurídica (evidentment, no pel que fa la legitimitat del poder exercit). Amb eixes bases, que regulen respectivament la manera i els procediments a partir dels quals l'exercici del poder públic ha de quedar enquadrat i fins on arribarà i com es durà a terme el control judicial posterior d'eixes actuacions per verificar si s'han ajustat a dret, el constituent espanyol de 1978 entén clarament que el model d'organització administrativa i les coordenades jurídiques en què s'haurà de moure l'Administració de l'Estat constitucional està ja satisfactòriament embastat i, per aquesta raó, no li dedica massa atenció.

Bàsicament, el que farà en aquest punt la Constitució de 1978 serà reforçar les garanties que, encara que incoades amb les reformes de 1956-1958, es considerava que no havien arribat fins el punt de fer totalment compatible l'exercici del poder administratiu amb les exigències d'un Estat de Dret, ço és, les idees de legalitat (escrupolós respecte al principi de legalitat en l'actuació de l'Administració) i de tutela judicial efectiva i plena jurisdicció respecte de tota l'actuació administrativa (superant la tradició merament revisora de la legislació de 1958) mitjançant, respectivament, els articles 103 i 106 CE.

1. La legalitat de l'actuació administrativa

A l'article 103 de la Constitució trobem degudament ressaltada i posada en valor, doncs, la idea clau que l'Administració Pública serveix amb objectivitat els interessos generals, a més de l'expressió dels principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, però sobretot la idea que ho ha de fer, sempre i en tot moment, amb «submissió plena a la Llei i al Dret» (art. 103.1 CE *in fine*). És a dir, la Constitució s'esforça per remarcar la plena i absoluta vigència d'un principi fonamental dels ordres jurídics moderns des de la Revolució francesa, com va resaltar per exemple Eduardo García de Enterría (1994) en *La lengua de los derechos*. Un principi respecte del que es considera essencial fer menció explícita i mandat particularment visible perquè, com no podia ser d'una altra manera amb un origen no democràtic, l'ordre administratiu espanyol modern aparegut a mitjans del segle passat encara conservava, reprenent de nou una expressió de García de Enterría (1962), esferes d'immunitat del poder respecte de les quals calia lluitar. Com és ben sabut, i de manera plenament coherent amb el que ja havia establert al Títol Preliminar respecte de la subjecció de tots els poders públics (i l'Administració pública, sens dubte, n'és un) a la Constitució i la resta de l'ordenament jurídic, en aquest punt queda ben palesa la pretensió de vincular tot exercici del poder executiu a la legitimitat democràtica que li atorga la prèvia determinació per part del legislador en el sentit de donar potestats i competències a l'Administració. Respecte del model d'administració originat en el franquisme, el mandat constitucional és clar en el sentit de reforçar una marcada i estricta subordinació de l'acció administrativa a la legalitat, que era un dels punts foscos que es considerava que la llei del procediment administratiu del 1958 no havia acabat de superar. Justament per això, per exemple, va ser inicialment molt forta la doctrina constitucional que entenia que aquest mandat deixava pràcticament sense espai l'actuació de l'Administració en àmbits no predeterminats legalment i no permetia actuar a l'Administració sinó amb respecte a un principi

de legalitat entés como una *positive Bindung* (l'acció administrativa ha de ser sempre, i només, execució del que la llei ha predeterminat i habilitat). Només amb els anys s'han anat acceptant i normalitzant dins l'esquema constitucional espanyol certes possibilitats d'actuació més independent, amb una vinculació dogmàticament només negativa al principi de legalitat (Baño León, 1991).

El fet és que l'Administració espanyola prèvia al 1978, respecte del seu funcionament i de la seua activitat, funcionava amb unes regles que han estat qualificades tradicionalment de pròpies d'un Estat que, encara que no fóra un Estat de Dret, sí era un «Estat amb Dret». Així, la llei del procediment de 1958 pautava un funcionament ordenat procedimentalment que garantia una certa seguretat jurídica. Fins el punt que l'entrada en vigor de la Constitució, malgrat el fet de constituir un canvi de règim de gran trascendència (d'una dictadura a una democràcia, si més no) no va requerir del canvi immediat d'aquestes normes. No seria fins 1992 que tant la norma de règim jurídic de l'Estat de 1957 com la norma de procediment de 1958 foren refoses i definitivament convertides en una norma plenament adaptada a les exigències democràtiques mitjançant la Llei 30/1992, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú (LRJAP-PAC). Aquesta ha estat la primera regulació del procediment administratiu espanyol plenament adaptada al model constitucional de funcionament de l'Administració, que ha regulat durant vora 25 anys, fins l'aprovació, el 2015, de sengles lleis bessones, que de nou separaven la matèria, en forma de la Llei 39/2015, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques (LPAC), i de la Llei 40/2015, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques (LRJAP). De totes les maneres, s'ha de reconèixer, com per altra banda han recordat no pocs autors, que en el seu esquema bàsic i en la seua estructura i model, cap d'aquestes noves lleis s'allunya massa del model d'administració pública i de funcionament del poder executiu que ja plasmava la llei del procediment de 1958. El que sí farà el canvi constitucional és posar l'accent en la necessitat

de, dins aquesta estructura fonamental que es conserva i respecta, exigir però un estricte respecte, sempre i en tot cas, al principi de legalitat administrativa. Ja no seran acceptables actuacions purament decisionistes dels poders públics, que sempre hauran d'actuar emmarcats en el que preveu la llei.

A més, tant l'art. 9.1 CE com l'art. 103.1 CE *in fine* obren aquesta idea de subordinació a la legalitat més enllà dels límits estrictes de les lleis i de les normes: l'explícita menció al Dret i a la resta de l'ordenament jurídic com elements de supraordenació de l'activitat administrativa que es juxtaposen a les lleis ens vincula a la idea de pluralisme jurídic teoritzada per Santi Romano i, sobretot, a una visió més rica del Dret on no només les normes sinó principis jurídics i la seua declinació com a mandats d'optimització, acaben de concretar i reduir l'àmbit de lliure disposició de l'Administració en la seua actuació, a la manera explicada justament al voltant d'eixos anys per Alexy i treballada entre nosaltres per Atienza i Ruiz Manero (1991).

Una de les més importants aportacions de la Constitució en aquest punt va ser la introducció total i completa d'unes pautes de control que incorporen tècniques i sistemes de reducció de l'arbitrarietat (com per exemple entre nosaltres va exposar Fernández Rodríguez, 1994) habituals arreu Europa i que, amb el suport constitucional, i aprofitant la referència als principis explícitament continguts també a l'art. 103.1 CE, han permés als nostres tribunals integrar com eines de control principis com el de proporcionalitat, a partir dels criteris marcats pels tribunals europeus, com ara el Tribunal Europeu de Drets Humans o ara el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Boix Palop, 2016).

Juntament a eixes dos gran aportacions (reforçament del principi de legalitat i ampliació de la idea de juridicitat en l'actuació administrativa més enllà de les normes), l'art. 103 als seus segon i tercer apartats fixa algunes reserves legals: per crear òrgans a l'administració de l'Estat (art. 103.2 CE) o per regular l'estatut dels funcionaris públics en tots els seus vessants (accés basat en el mèrit i la capacitat, peculiaritats en la sindicació, incompatibilitats i

garanties; art. 103.3 CE). Amb tot, i com a norma més organitzativa que fonamental, ho deixem simplement apuntat, perquè l'altre gran puntal de la regulació constitucional se refereix al control de l'acció administrativa.

2. El control judicial reforçat de l'activitat administrativa

En efecte, si mitjançant el seu article 103 la Constitució espanyola de 1978 està fixant les regles bàsiques pel que fa a com ha d'actuar l'Administració (i molt particularment recalcant que ho ha de fer amb subjecció plena a la llei i a la resta de l'ordenament jurídic), que d'alguna manera arreplegaven la tradició regulatòria de la llei de 1958 del procediment administratiu (encarregada de determinar com havia d'actuar el poder públic), a l'art. 106 CE tenim la clau de volta del model de control de l'actuació administrativa hereu de la llei de la jurisdicció de 1956 (encarregada d'explicar com i fins quin punt es podia controlar i revisar l'actuació de l'Administració). Un principi constitucional clau, absolutament essencial a tot Estat de Dret, que busca obertament, en simetria amb el reconeixement com a dret fonamental a l'art. 24.1 CE del dret fonamental del ciutadans a obtenir en tot moment una tutela judicial efectiva plena per part dels Jutges i Tribunals per la protecció tant de llurs drets subjectius com de llurs interessos legítims, garantir una control absolut de les possibilitats de revisió judicial de tota l'activitat administrativa, en un primer moment, i fins i tot d'anar més enllà del principi revisor, amb posterioritat. Així, l'art. 106. 1 CE garanteix que els tribunals controlen no només el correcte exercici, adequat a la legalitat i a la resta de l'ordenament jurídic (com hem vist adés), de la potestat reglamentària, sinó també la legalitat de l'actuació administrativa (entesa en el sentit ampli que ha d'anar més enllà de les lleis estrictes que ja hem comentat) i la submissió d'aquesta a les finalitats constitucionals que justifiquen aquest exercici i emparen les potestats administratives. A més, el segon paràgraf de l'article 106 estableix la garantia constitucional

d'indemnitat dels ciutadans respecte dels seus béns i drets quan s'hi produïsquen danys com a conseqüència del funcionament dels serveis públics, establint així les bases del model espanyol constitucional de responsabilitat administrativa, que tradicionalment s'ha entés, si més no des d'un plànol més bé teòric, com responsabilitat objectiva per la menció al pur funcionament (sense indicar que haja de ser anormal) dels serveis públics com el seu fonament últim *ex* art. 106.2 CE *in fine.*

En tot cas, ha de quedar clar que, més enllà de les discussions generades pel model de responsabilitat constitucionalment consagrat (Mir Puigpelat, 2002; Medina Alcoz, 2005), el nucli essencial de l'art. 106 CE fa referència a eixa convicció constitucional, coherent amb l'article 24.1 CE, que no pot haver punts cecs a l'actuació pública que es puguen escapar al control judicial. Per aquesta raó, d'un model, el de la llei de 1956, on la regla general era que l'actuació judicial era purament revisora del que ja havia fet l'Administració pública, i això només en els casos que no es considerara que tal o qual acció concreta quedaven fora d'eixa capacitat de revisió, per exemple, per constituir un «acte polític, hem passat a un model de plena jurisdicció. Un procés en què la jurisprudència dels tribunals, primer del Tribunal Suprem; després, una vegada aprovada la Constitució, també del Tribunal Constitucional, han anat erosionant i limitant a poc a poc els amplis espais d'immunitat del poder que encara existien a la regulació de la dictadura de la jurisdicció contenciós-administrativa. Una llarga marxa cap a la consecució de la plena jurisdicció que, pas a pas, ha anat eliminant el no control judicial dels actes anomenats de govern o polítics (ara també controlables respecte dels elements reglats, competencials o que afecten a drets fonamentals) o aconseguint que es poguera plantejar recurs contra la no actuació de l'Administració sense necessitat d'haver de revisar res (a partir de la ficció del silenci administratiu), fins arribar a la regulació legal vigent, la Llei 29/1998, Reguladora de la Jurisdicció Contenciós-Administrativa (LRJCA), encara en vigor en l'actualitat, per la qual vint anys després de la Constitució se obrien possibilitats per actuar contra la inactivitat de

l'Administració. En aquesta llarga marxa, que ha explicat amb detall i exhaustivitat Fernández Torres (1998), encara queden esglaons per conquerir, com la possibilitat pura i dura de reclamar davant un jutge per qualsevol lesió a un dret interés legítim en un procés de plena jurisdicció (Baño León, 2004), però sens dubte en els avanços ja produïts i la superació definitiva del paradigma merament revisor del que havia fet prèviament l'Administració, que encara s'arrossegava amb la vigència preconstitucional de la llei de la jurisdicció de 1956, hi va tenir molt a veure la Constitució espanyola de 1978 i la previsió de l'art. 106.1 CE.

3. Valoració

Al remat, una de les més significatives característiques del model de funcionament del poder executiu que implanta la Constitució és que, paradoxalment, no va resultar gens revolucionari respecte de l'ordenació jurídica d'exercici del poder públic provinent de l'Estat franquista. En part perquè a la Transició hi havia altres preocupacions més apresants i tampoc no es volien dedicar esforços a eliminar normes que garantien certa eficàcia en l'acció pública, en part perquè es va considerar que una vegada transformada la manera en què es determinava qui hauria d'estar cridat a governar i a manar (ara ja mitjançant procediments clarament democràtics) aquesta era una qüestió secundària i en part també perquè el procés de reforma tecnocràtica de la legalitat franquista escomés als anys cinquanta del segle passat i liderat per una generació de juristes joves que volien modernitzar el Dret administratiu espanyol i apropar-lo a Europa havia generat normes i pautes de funcionament que, si no democràtiques ni pròpies d'un Estat de Dret, sí se semblaven al que es feia a altres països i generaven al menys una certa seguretat i ordre jurídic, les transformacions implicades pels arts. 103 i 106 de la Constitució espanyola no canviaren radicalment la manera d'actuar de l'Administració ni la manera de controlar-la per parts dels tribunals.

Com a prova més reeixida del que s'està dient, l'adaptació normativa al paradigma constitucional va tardar fins 15 anys en un cas (LRJAP-PAC) i dos dècades en l'altre (LRJCA). Espanya és molt probablement un cas únic al món de país en què el trànsit d'una dictadura a una democràcia, a més de canviar les normes per seleccionar als que exerciran el poder, no va acompanyat però ni del canvi de les regles sobre com eixe poder ha de ser exercit ni d'una gran evolució de les normes sobre com serà controlat *a posteriori* eixe exercici del poder. Això va ser possible perquè els nous mandats constitucionals no eren fonamentalment contradictoris amb el que ja hi havia, per una part. Per l'altra, perquè el procés d'adaptació i d'eliminació de les normes i regles sí en oposició a la idea de legalitat en l'actuació de l'Administració o de plena jurisdicció dels tribunals del contenciós administratiu es va acabar de fer, de manera paulatina, per la via de reinterpretacions jurisprudencials i posteriors modificacions normatives.

S'ha de dir que, al capdavall, aquesta estabilitat del sistema jurídico-administratiu espanyol fins i tot després de l'entrada en vigor de la Constitució, ha estat també una de les característiques principals de l'evolució posterior de tot l'ordre jurídico-administratiu derivat dels mandats constitucionals (i, molt especialment, dels arts. 103 i 106 CE) durant els últims quaranta anys. De fet, el sistema jurídico-públic espanyol ha evolucionat relativament poc, però quan ho ha fet ha sigut sempre en una línia marcada per dos vectors essencials. En primer lloc, el seguiment de les dos idees que com a guia estableixen eixos preceptes constitucionals ja comentats i que són absolutament claus (arts. 103 i 106 CE): millorar i incrementar el control legal i jurídic del que fa l'administració, permetent un millor i més exhaustiu i intens enquadrament jurídic de les decisions que prenen els poders públics; i anar incrementat i millorant la qualitat i capacitat d'actuar efectivament dels controls *ex post* sobre el que han fet les Administracions públiques. En segon lloc, acompanyar eixa evolució amb la introducció de les normes i pautes que ens han vingut durant aquests anys des de la Unió

Europea que, a més, no han fet sinó reforçar les línies estratègiques ja esmentades (més i millor enquadrament jurídic, més i millor control).

De fet, resulta molt interessant estudiar fins quin punt, en un context de tradició administrativa pròpia amb certs biaixos autoritaris (entesos com un cert desequilibri en favor de l'administració pública front els drets i garanties dels ciutadans) que, per exemple, expliquen la possibilitat de supervivència durant molts anys de normes provinents del franquisme en un marc ja constitucional, l'ordenament administratiu espanyol ha mantés amb certa estabilitat els seus principals trets diferenciadors (per exemple, generoses possibilitats d'autotutela administrativa, Baño León, 2004), però no ha tingut problema en modificar pautes, o incorporar-ne de noves, quan així ho han exigit les institucions o els tribunals europeus, per molt alienes a la cultura jurídica espanyola que hi foren (Boix Palop, 2013; Boix Palop, 2017a). Aquest procés d'europeïtzació del nostre Dret públic, la intensitat i facilitat del qual és sens dubte un dels trets diferenciadors de les quatre dècades de declinació democràtica i constitucional dels nous principis en la matèria, ha ajudat en general a aconseguir procediments administratius més reglats (eliminant discrecionalitat, per exemple en matèria d'ordenació de l'activitat econòmica), simplificant i llevant tràmits, obligant a garantir la igualtat d'oportunitats (com ara en matèria de contractació pública) o a limitar la discrecionalitat administrativa i millorar els controls per la via de la introducció dels controls de proporcionalitat o mitjançant sistemes més exigents de recursos. Tant com es fan les coses (legalitat) com en el vessant del control (revisió judicial), doncs, han estat àmbits afectats per aquesta evolució. I, en ambdós casos, de manera coincident amb el que són els principis constitucionals comentats, potenciant el seu impuls. A més a més, la Unió Europea també ha incentivat molt la generació de procediments de presa de decisions més transparents i participatius, la qual cosa també ha anat en la mateixa direcció que una altra previsió constitucional, la única que ens queda per analitzar de les que ens interessa en aquest comentari: l'art. 105 CE.

III. El model constitucional d'Administració segons l'art. 105 CE: una presa de decisions més participativa i un poder públic més transparent

Com hem dit adés, la Constitució espanyola va ser més be prudent quan es va tractar de determinar com havia d'actuar i fer les coses l'Administració. Hi ha al text de 1978 molt poques regles de funcionament administratiu prescriptives. En part, perquè com ja s'ha dit, el constituent més o menys accepta i assumeix un model preexistent que és considera que, comptat i debatut, no és tan dolent. Amb l'afirmació constitucional dels principis ja explicats continguts als arts. 103 i 106 CE pràcticament es tanquen, doncs, totes les referències al funcionament de l'Administració i totes les prescripcions constitucionals i mandats referits a com ha d'organitzar-se i treballar.

Hi ha, però, una gran excepció: l'article 105 de la Constitució estableix tres mandats concrets sobre com han de ser els procediments i el funcionament de l'Administració que, per ser els únics que en tenim, resulten de gran interés. Sembla clar, de fet, que si només apareixen aquestes referències concretes al respecte per alguna raó ha de ser. Ja siga perquè per al constituent de 1978 es tractava d'elements particularment importants, ja siga perquè la seua plasmació és la conseqüència i resultat del fet que la Constitució considerara que en eixos àmbits sí hi havia greus carències arrossegades pel model de burocràcia franquista, sembla clar que alguna cosa vol dir, i no menor, que hi apareguen aquests mandats.

Resulta interessant, a més, que l'art. 105 CE està orientat, en tots els tres casos que tracta, a establir regles que van, totes tres, en una mateixa direcció: fer possible una actuació pública molt més permeada per les aportacions dels ciutadans. Sembla clar, doncs, que és justament en aquesta matèria on es detectava per part de la societat espanyola i del consens que dóna lloc a la Constitució una més important carència (i una major llunyania respecte dels models d'altres països del nostre entorn europeu). L'art. 105 a) CE estableix que per llei s'ha de garantir una regulació de l'audiència als ciutadans, ja siga

directament, ja mitjançant les organitzacions que puguen representar els seus interessos, en els procediments d'elaboració de disposicions administratives que els afecten. Clarament, es vol reforçar un principi participatiu en línia amb el que llavors feien ja els ordenaments europeus més avançats, en reacció a una pràctica prèvia, pròpia de la dictadura franquista, endogàmica i molt poc útil a la defensa dels interessos generals que en canvi sempre beneficiava alguns interessos particulars espuris (Melero Alonso, 2004). De manera relativament semblant, encara que en aquest cas amb una vocació més orientada a la protecció i garantia dels interessos de les persones que poden ser afectades per una decisió administrativa, l'art. 105 c) CE estableix com garantia constitucional que al si de qualsevol procediment administratiu hi haurà d'haver, quan siga procedent (ço és, quan estiguen en qüestió els seus drets o interessos) un tràmit d'audiència a l'interessat. Per últim (encara que no en aquest ordre, que he alterat en l'exposició a efectes d'agrupar lògicament millor les disposicions), l'art. 105 b) CE estableix l'obligació constitucional que la llei regule les possibilitats efectives d'accés dels ciutadans, de tots ells, als arxius i registres administratius, amb només tres excepcions: que l'accés puga afectar a la seguretat i defensa de l'Estat, que puga dificultar la indagació de delictes o que entre en conflicte amb la intimitat de les persones.

En general, el que veiem a l'art. 105 CE és un intent clar de la Constitució per establir un mandat, amb tres derivacions diferents, internament coherent i que, al menys respecte dels seus continguts a) i b) (el tràmit d'audiència a l'interessat ja havia quedat normalitzat i garantit en la majoria dels casos amb les pautes d'aplicació de la llei de procediment del 58 que la jurisprudència del Tribunal Suprem havia consolidat) suposa una millora evident respecte d'unes Administracions públiques, les espanyoles d'aleshores, que ni pel que feia a la seua transparència ni en relació als mecanismes de participació en la elaboració de les seues normes eren precisament uns referents de bon quefer administratiu. La intenció de la norma constitucional resulta, doncs, clara. També ho resultarà, nogesmenys, la seua minsa capacitat

per se d'impulsar canvis profunds en aquestes matèries, que al capdavall han hagut d'esperar a la modificació legislativa per esdevindre realment eficaços. Modificacions normatives que, a més, han vingut en ambdós casos originades des d'Europa, en el que és un bon exemple de com d'important és i ha estat al nostre model de consolidació constitucional en tot allò referit al Dret públic el procés d'europeïtzació al que ja hem fet esment.

Ha d'assenyalar-se que, en principi, l'actuació posterior del legislador (esperonat o no a fer-ho per institucions europees) no hauria d'haver estat necessària. La Constitució espanyola de 1978 afirmà sense dubtar-ho, com molt tempranament va emfatitzar García de Enterría (1981) i va deixar resolt el Tribunal Constitucional des de les seues primeres sentències, la seua aplicabilitat directa. De manera que els mandats de l'art. 105 CE, tots tres, eren directament aplicables i obligaven a l'Administració pública espanyola a respectar-los des del primer moment. Els ciutadans, per la seua banda, tenien tot el dret a reclamar l'exercici d'eixos drets, per exemple el dret d'accés als registres administratius, fins i tot sense cap interposició legislativa. Al menys, en teoria. En la pràctica, però, l'administració espanyola no es va sentir obligada a reconèixer eixes facultats sense lleis de desenvolupament que concretaren i precisaren el contingut d'eixos drets i les seues formes d'exercici. Tampoc els tribunals vàren ser massa proactius, històricament habituats a treballar a partir del que les normes dictaven dins un model revisor, que en casos com aquests mostrava totes les seues carències.

1. La consagració d'un model transparent d'Administració pública amb quatre dècades de retard

Si prenem l'exemple del dret d'accés (art. 105 b) CE) ho podrem veure més clar, i entendre com funcionen i han funcionat alguns dels elements claus del nostre sistema jurídico-administratiu des de l'aprovació de la Constitució ençà. No va ser fins la primera regulació del dret d'accés, feta amb la LRJAP-PAC l'any 1992, amb el seu art. 37, que aquest

dret va passar a ser exigible de veritat per als ciutadans que no eren interessats a un procediment administratiu. Com que la regulació de l'article 37 LRJAP-PAC era manifestament més estreta i restrictiva que la continguda a la Constitució que, recordem, només estableix tres supòsits en què es considera apropiat i possible que es limiten les possibilitats d'accés, la pràctica administrativa i dels tribunals que es va generar va ser, també, molt poc generosa, la qual cosa va provocar crítiques per part de la doctrina que va estudiar amb més profunditat la qüestió (Mestre Delgado, 1993).

Resulta interessant, si més no, que tampoc en eixe moment històric ja posterior a l'entrada en vigor de la LRJAP-PAC, dos dècades després de l'aprovació de la Constitució i una dècada després de l'ingrés d'Espanya a les institucions europees, es generara una pràctica judicial de control que aplicara directament la Constitució expandint, a partir del seu efecte directe, l'àmbit en què era possible el dret d'accés. Tampoc no s'utilitzaren els models comparats o els principis jurídics que habitualment gasten els tribunals supranacionals europeus per restringir aquesta esfera d'opacitat administrativa i importar major transparència. El procés d'assumpció dels mandats constitucionals i de recepció de les formes de treballar de les institucions europees és, al remat, més lent del que pot semblar, encara que finalment haja triomfat i als anys noranta del segle passat encara no estava assumit com part de la cultura jurídica dels nostres aplicadors jurídics, incloent-hi els jutges i tribunals.

No serà fins la dècada actual, trenta cinc anys després de l'aprovació de la Constitució de 1978, i després d'una crisi econòmica i social que va generar molta crítica i va acabar impulsant una gran feina de revisió d'algunes estructures i formes de treballar dins el poder públic espanyol, així com per la pressió de la Unió Europea, amb informes que destacaven l'anomalia que suposava que el Regne d'Espanya fora en eixos moments l'únic gran país de la Unió sense una norma específica en matèria de transparència pública, que s'aprova la Llei 19/2013, de Transparència i Bon Govern estatal (en un moment en què també estan en tramitació o s'aproven diverses normes autonòmiques en aquest

mateix sentit), com a primer esforç de concretar i desenvolupar de veritat el mandat constitucional de l'art. 105 c) CE (regulació del dret d'accés a arxius i registres) i anant encara més enllà, per tal de satisfer el paradigma europeu de transparència (amb exigència de publicitat activa per totes les Administracions públiques).

Resulta, en fi, molt interessant descobrir fins quin punt la consolidació de les millores en aquesta matèria, i la consecució definitiva d'una regulació més o menys acomodada al mandat constitucional de 1978, ha hagut de vindre de fora, tan fortes eren les dinàmiques internes i tan tendent a la continuïtat és l'Administració espanyola. S'ha de dir, però, que el fet que haja estat la influència europea la que ha acabat per consolidar aquest dret d'accés al nostre ordenament jurídic ha provocat també algunes distorsions: en concret, el fet que les excepcions a l'exercici del dret que han acabat normativitzades no són les que trobem a la Constitució espanyola (recordem, només tres), sinó les que el Dret europeu, després d'anys de posada en comú, ha entés que són les limitacions que com a màxim un estat membre pot imposar (Guichot Reina, 2011)... i que l'Estat espanyol, a la seua llei, ha optat per afegir-se a totes. Així, no només tenim tres clàusules d'excepció, com preveu la Constitució, sinó una bona dotzena, dins el que permet el Dret europeu: a l'art. 14 llei 19/2013, d'una banda, i a més també l'excepció per protecció de dades de caràcter personal de l'art. 15 (que es pot considerar coberta constitucionalment per la referència a l'excepció en casos d'afecció a la intimitat de les persones). Algunes d'aquestes clàusules, encara que apareguen separades, poden reconduir-se a les idees que constitucionalment emparen les restriccions (per exemple, en matèria de seguretat). En d'altres casos, però, l'amplicació de les possibilitats d'opacitat són molt més grans a la regulació en vigor que el previst a la Constitució: on l'art. 105 b) CE permet no donar accés per no afectar a la persecució de delictes, la llei de transparència amplia aquesta possibilitat també a infraccions administratives o disciplinàries... i no només a la seua persecució sinó fins i tot a la mera prevenció. Per últim,

hi ha possibilitats d'excepció a la norma en matèria de transparència, que encara que autoritzades pel Dret europeu i en ocasions fins i tot assenyades (protecció de la propietat intel·lectual) però en d'altres no tant necessàries (medi ambient, protecció dels interessos comercials o de l'estabilitat pressupostària, etc.), estan directament totalment fora del perímetre constitucional.

En definitiva, s'ha de dir que, encara que l'objectiu de transparència siga compartit per la nostra convergència amb els drets europeus i el model d'Administració pública previst a la Constitució, ha estat molt més eficaç per aconseguir el canvi la pressió i l'exemple europeu. De la mateixa manera, i per aquesta raó, els límits i perfils concrets en què s'ha acabat per assentar el dret d'accés i a la transparència al nostre sistema té més a veure amb les normes europees que no pas amb les previsions i la voluntat de la Constitució.

2. Participació ciutadana i impuls europeu

Una evolució molt semblant pot predicar-se de les previsions de l'art. 105 a) CE, on molts anys després de l'entrada en vigor de la Constitució la situació no havia millorat gens i, amb tres o quatre retocs, la situació continuava sent substancialment la mateixa que durant el franquisme, malgrat el canvi de règim i l'aprovació de la Constitució (Rebollo Puig, 1988). Juntament amb altres problemes, aquesta situació generava ineficiències i pèrdues en la qualitat normativa que a d'altres països, com ara els Estats Units o altres Estats membres de la Unió Europea feia temps que s'havien resolt amb processos participatius molt més generosos i millor pautats (Arroyo Jiménez, 2017; Gimeno Fernández, 2018). Finalment, les recomanacions europees i la crisi econòmica han anat provocant la introducció de millores parcials, ja durant l'última dècada. I ha calgut esperar fins 2015, amb la nova regulació administrativa aprovada eixe any, per tindre una regulació completa (Títol VI LPAC) de les mesures de qualitat normativa (Santamaría Pastor, 2016) que inclouen també un procediment participatiu complet dels

ciutadans i dels interessats que, per fi, podem entendre que compleix amb escreix les exigències constitucionals (Boix Palop, 2017b).

IV. Conclusions sobre el model constitucionalitzat d'Administració pública i la seua hibridació amb l'exercici del poder públic entés a la manera europea

Al capdavall, del que hem vist podem constatar que l'Administració espanyola a la Constitució espanyola de 1978 es dissenya a partir del model rebut i consolidat, raó per la qual no s'hi introdueixen grans canvis ni tampoc cal fer una regulació nova exhaustiva sobre el seu funcionament, que ja és plenament operatiu. Tanmateix, als articles 103 i 106 es marquen dos principis essencials que determinen tota l'evolució posterior, i encara la dinàmica de canvi i transformació actual, de l'exercici del poder públic a Espanya: les idees que aquest exercici del poder ha de quedar sempre i en tot cas emmarcat pel Dret, molt més del que era habitual a temps anteriors (i amb un marc jurídic que no depén només de regles, sinó on hi apareixen altres paràmetres de control, com ara els principis, molt importants en Dret europeu) per reduir l'arbitrarietat i les decisions no suficientment fonamentades; i que en tot cas tota aquesta activitat ha de poder ser revisada pels tribunals, en tota la seua extensió, però que el control ha d'anar més enllà de poder revisar i ha de cobrir àmbits com la transparència o la possibilitat d'exigir drets i interessos legítims. Addicionalment, la Constitució també defineix un determinat model d'Administració pública diferent el del passat, amb obligacions concretes de participació i transparència que van molt més enllà del que havia estat la pauta i la situació a Espanya fins eixe moment.

Ambdues línies d'evolució són, a més, plenament coherents amb el que, per altra banda, era ja al seu moment, i encara és, la pauta europea en la matèria. Les grans transformacions dels últims anys del nostre règim de Dret públic i administratiu han vingut, de fet, acompassades a una creixent influència europea amb importació d'algunes de les

seues solucions (Boix Palop, 2017a). De fet, és aquest vector, el de l'europeïtzació del nostre exercici del poder públic, el que explica, encara que siga dins el marc constitucional i de manera coherent i compatible amb els seus postulats, el que explica a hores d'ara quina és l'evolució de les nostres Administracions públiques, com han de fer les coses quan actuen, i com es declinen jurídicament les possibilitats efectives de control sobre aquest exercici del poder.

V. Bibliografia

Arroyo Jiménez, L.: «Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América», en Martín Delgado (coord.), *La reforma de la administración electrónica*. Instituto Nacional de Administración Pública, 2017 pp. 231-258.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J.: «Sobre principios y reglas», *Doxa*, 10, 1991, pp. 101-120.

Baño León, J. M.: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria: remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*. Civitas, 1991.

Baño León, J. M.: «La Administración frente al Juez en el Estado Constitucional: la evolución del Derecho Administrativo», *Revista española de derecho constitucional*, 24, 2004, pp. 349-366.

Boix Palop, A.: «Spanish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles», en Ruffert (ed.), *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions.* Europa Law Publishing, 2013, pp. 85-99.

Boix Palop, A.: «Influence de la jurisprudence de la Cour de justice sur le droit administratif espagnol», *Révue des affaires européennnes*, 2016-1, 2016, pp. 77-90.

Boix Palop, A.: «La euopeización del derecho administrativo español», en Martín Delgado, Almeida Cerreda y Di Lascio (coords.) *La europeización del derecho administrativo: una evaluación desde el ordenamiento español*, Andavira, 2017a, pp. 35-108.

Boix Palop, A.: «La participación electrónica como mecanismo para la mejora de la calidad normativa en la elaboración de reglamentos y otras disposiciones tras la reforma de 2015», en Martín Delgado (coord.), *La reforma de la administración electrónica*. Instituto Nacional de Administración Pública, 2017b, pp. 259-282.

Fernández Rodríguez, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 1994.

Fernández Torres, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Civitas, 1993.

García de Enterría, E.: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración* Pública, 38, 1962, pp. 159-208.

García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, 1981.

García de Enterría, E.: *La lengua de los derechos*, Alianza, 1994.

Gimeno Fernández, C.: *La qualitat normativa al País Valencià*. Àgora 3, Nexe, 2018, disponible en <http://www.fundacionexe.org/documents/agora03_gimeno.pdf>.

Guichot Reina, E.: *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*. Universidad de Huelva, 2011.

Medina Alcoz, L.: *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*. Civitas, 2005.

Melero Alonso, E.: «La 'democracia orgánica' y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos», *Revista de Estudios Políticos*, 126, 2004, pp. 237-264.

Mestre Delgado, J. F.: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos: análisis del artículo 105.b de la Constitución*. Civitas, 1993.

Mir Puigpelat, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. Civitas, 2002.

Rebollo Puig, M.: «La participación de las Entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de Disposiciones

generales», *Revista de Administración* Pública, 115, 1988, pp. 99-166.
Santamaría Pastor, J. A.: «Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas», *Revista española de derecho administrativo*, 175, 2016, pp. 31-55.

La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho

Gabriel Doménech Pascual
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universitat de València.

Resumen

En materia de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, la novedad más importante habida desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 hasta la fecha es, seguramente, la relativa a la obligación del Estado de indemnizar los daños causados por leyes contrarias a Derecho. En el presente trabajo se pone relieve cómo el alcance de esta responsabilidad, definido inicialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en unos términos considerablemente amplios, ha ido menguando paulatinamente, de resultas de sucesivas rectificaciones del Alto Tribunal y de la regulación contenida en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, producidas seguramente como consecuencia de las enormes inconsistencias que dicha jurisprudencia presentaba desde su origen y que, todavía hoy, sigue presentando en gran medida.
Palabras clave: responsabilidad patrimonial del Estado, Derecho de la Unión Europea, justicia constitucional, inconstitucionalidad.

Resum

En matèria de responsabilitat patrimonial dels poders públics, la novetat més important haguda des de l'entrada en vigor de la Constitució espanyola de 1978 fins a la data és, segurament, la relativa a l'obligació de l'Estat d'indemnitzar pels danys causats per lleis contràries a dret. En

aquest treball es posa relleu com l'abast d'aquesta responsabilitat, definit inicialment per la jurisprudència del Tribunal Suprem en uns termes considerablement amplis, ha anat minvant gradualment, de resultes de successives rectificacions de l'alt tribunal i de la regulació continguda en la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic, produïdes segurament com a conseqüència de les enormes inconsistències que aquesta jurisprudència presentava des del seu origen i que, encara avui, continua presentant en gran manera.
Paraules clau: responsabilitat patrimonial de l'Estat, dret de la Unió Europea, justícia constitucional, inconstitucionalitat.

Abstract

Under the case-law of the Spanish Supreme Court, the State is liable for the damages caused by legislative provisions contrary either to European Union Law or the Constitution. This paper shows that the scope of that liability, initially defined in very generous terms, has been gradually reduced as a result of successive amendments from the Supreme Court and the Legislature. The inconsistencies such case-law presents from its inception probably explains its diminishing relevance.
Key Words: State Liability for Legislative Infringements, European Union Law, Constitutional Law, Judicial Review.

Sumario

I. La jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo.
II. Críticas doctrinales.
III. Primeras rebajas. El Tribunal Supremo matiza.
IV. Segundas rebajas. La Ley 40/2015 lo pone muy difícil.
V. Reflexiones finales.
VI. Bibliografía citada.

I. La jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo

La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la aplicación de una ley antes de haber sido declarada contraria a Derecho, ora a la Constitución ora al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, es una creación jurisprudencial. El Tribunal Supremo la alumbró en una nutrida serie de sentencias iniciada en el año 2000 relativa al caso de la llamada «tasa complementaria sobre el juego». El precepto legal que estableció este tributo fue publicado en 1990 y declarado inconstitucional en 1996, cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción para que los afectados solicitaran la devolución de los ingresos indebidos. Solo algunos afortunados, que habían acudido a los Tribunales y conseguido que estos elevaran una cuestión de inconstitucionalidad, o que habían tenido la suerte de que no se hubiera puesto todavía fin a la correspondiente vía contencioso-administrativa, pudieron obtener la devolución de las cantidades pagadas en virtud de la ley inconstitucional. Parecía, pues, que el resto de los contribuyentes afectados –los que nunca instaron la devolución y los que, tras instarla, recibieron sentencias o actos administrativos denegatorios firmes– ya no podrían lograr la restitución de esas cantidades.

Sin embargo, muchos de ellos lo consiguieron a través de una acción de responsabilidad. El Tribunal Supremo declaró en esas sentencias que los ciudadanos afectados por la aplicación de una ley luego declarada inconstitucional, aunque no pudieran impugnar las resoluciones judiciales y administrativas firmes dictadas al amparo de la misma ni tampoco solicitar el restablecimiento de sus derechos por ella lesionados –por ejemplo, la devolución de los ingresos tributarios que se vieron obligados a pagar en virtud de la ley en cuestión–, sí tenían la posibilidad de obtener de la Administración una indemnización por los perjuicios que la aplicación de la norma inconstitucional les hubiera causado. Disponían para ejercer esta acción de un año desde la publicación en el BOE de la correspondiente sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad (véanse, entre otras muchas, las SSTS de 29 de febrero de 2000, rec. 49/1998; 13 de junio de 2000, rec. 567/1998; y 15 de julio de 2000, rec. 736/1997).

Esta jurisprudencia tenía y sigue teniendo una extraordinaria importancia, cuando menos por dos razones. De un lado, porque no resulta nada infrecuente que una ley, tras años de vigencia, haya dado lugar a miles o incluso millones de aplicaciones y situaciones jurídicas perjudiciales para ciertos ciudadanos antes de ser declarada inconstitucional. De otro, porque los argumentos ofrecidos por el Tribunal Supremo para sostener dicha solución eran igualmente aplicables –y, por lo tanto, habían de conducir naturalmente a extenderla– a los casos de daños ocasionados por reglamentos ilegales o por disposiciones contrarias al Derecho de la Unión Europea.

El Alto Tribunal argumentaba que la circunstancia de que los actos dictados en virtud de la ley inconstitucional hubiesen adquirido firmeza y siguiesen produciendo efectos jurídicos no quitaba que los perjuicios causados por la aplicación de esa ley fuesen antijurídicos y, por lo tanto, indemnizables. La acción de responsabilidad era distinta e independiente respecto de la de revisión. También afirmaba que los afectados no tenían la carga de defenderse activamente contra una ley inconstitucional impugnando los actos dictados en aplicación de la misma. En palabras de la Sentencia de 13 de junio de 2000 (rec. 567/1998), «no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que esta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad».

II. Críticas doctrinales

Esta doctrina recibió abundantes y duras críticas [véanse, a modo ilustrativo, Doménech Pascual (2001); Alonso García (2002) y García de

Enterría (2005); otros autores, como Galán Vioque (2001), la valoraron positivamente]. Resulta contradictorio sostener que una sentencia –v. gr. que declara que el recurrente no tiene derecho a que se le devuelva lo pagado al Estado en aplicación de la ley en cuestión– produce efectos jurídicos inatacables y, al mismo tiempo, afirmar que los perjuicios ocasionados por dicha sentencia son antijurídicos. Además, la referida carga no tiene nada de extraordinario. Lo normal, tanto aquí como en otros muchos países, es que los ciudadanos perjudicados por una actuación estatal antijurídica se vean obligados a impugnarla para obtener la tutela judicial de sus derechos. La presunción de validez de las leyes, lo mismo que la de los actos administrativos, no es obstáculo para que los Tribunales competentes adopten las medidas conducentes a proteger al recurrente, si consideran que dicha actuación es efectivamente contraria a Derecho.

En mi opinión, la principal objeción que cabe poner a esta jurisprudencia es que sus consecuencias prácticas son difícilmente compatibles con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en aras de la cual existen cosas tales como los plazos de prescripción y la firmeza de actos administrativos y sentencias. No parece razonable posibilitar el resarcimiento de absolutamente todos los daños ocasionados por una ley masivamente aplicada durante décadas antes de ser anulada, máxime cuando la eficacia preventiva de semejante responsabilidad es sumamente dudosa, pues el prolongado periodo de tiempo que normalmente media entre la aplicación de la ley y el pago de la indemnización hace muy improbable que los autores de aquélla soporten efectivamente el coste político y económico que implica dicho pago.

En la práctica, la jurisprudencia criticada supone desatender absolutamente las exigencias del principio de seguridad jurídica y vaciar de sentido las reglas establecidas por la Constitución y el legislador para resolver de manera equilibrada las tensiones que entre ese principio y el de constitucionalidad surgen cuando se declara la invalidez de una ley. Como advierte la STC 159/1997, «la Constitución y nuestra Ley

Orgánica… han querido establecer un necesario equilibrio entre la consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad –esto es, la nulidad del precepto legal cuestionado– y la garantía de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE); excluyendo así una general remoción del pasado por obra de los pronunciamientos de inconstitucionalidad que pueda llevar a cabo este Tribunal. Si se quiere, dicho en otros términos, un equilibrio entre la estabilidad de las situaciones por así decir «judicialmente consolidadas» de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del art. 161.1 a) CE, y, de otro lado, ciertas excepciones, vinculadas con una posible revisión in bonum, como son todas las comprendidas en el indicado art. 40.1 LOTC» [Ley Orgánica del Tribunal Constitucional].

Repárese, también, en que esta jurisprudencia supone una seria amenaza para una de las finalidades que tales preceptos persiguen, cual es la de evitar que el Tribunal Constitucional, a la vista de los demoledores efectos que para la seguridad jurídica podría tener dicha responsabilidad, se resista de manera consciente o inconsciente a declarar la inconstitucionalidad de leyes en realidad contrarias a la Constitución, con el fin de evitar tales efectos.

Debe notarse, finalmente, que esta responsabilidad del Estado por leyes contrarias a Derecho se reconoce en unos términos más amplios que la responsabilidad que nace en casos similares, lo que no parece justificado. De acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Administración solo responde de los daños causados por un acto administrativo declarado ilegal cuando la ilegalidad es cualificada, cuando esta es fruto de una «flagrante desatención normativa». La Administración no responde si adoptó la decisión dentro de unos ciertos márgenes de razonabilidad. Se viene a decir, pues, que se trata de una responsabilidad por negligencia: solo surge la obligación de indemnizar cuando la ilegalidad fue el resultado de una infracción del deber de cuidado exigible. Esta es también la regla aplicable en el Derecho de la Unión Europea. Para que las instituciones comunitarias y los Estados miembros respondan por los daños causados

por la vulneración del ordenamiento comunitario, se requiere que esta constituya una «infracción suficientemente caracterizada», una irregularidad que no habría cometido una Administración normalmente prudente y diligente (véase Doménech Pascual, 2010).

Respecto de las leyes declaradas inconstitucionales, por el contrario, el Tribunal Supremo ha venido a declarar que la responsabilidad resultante tiene un carácter objetivo. No hace falta que la inconstitucionalidad en cuestión sea «suficientemente caracterizada» para que nazca la obligación de reparar los daños causados.

III. Primeras rebajas. El Tribunal Supremo matiza

Tal vez el Tribunal Supremo no midiera inicialmente las consecuencias prácticas que se derivaban de la jurisprudencia expuesta. Sea como fuere, parece que sí las ha ponderado con posterioridad para enmendarla, siquiera de manera parcial y con notables incoherencias.

La primera rectificación consistió en entender que no cabía la indemnización cuando el Tribunal Constitucional, en las sentencias anulatorias de las leyes en cuestión, declaró que, por exigencia del principio de seguridad jurídica, únicamente habían de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad aquellas que, a la fecha de publicación de esta, no hubiesen adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas. El Tribunal Supremo consideró que tales declaraciones constitucionales vedaban no solo las acciones de revisión de los correspondientes actos y sentencias, sino también las acciones de responsabilidad por los daños ocasionados, pues «entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional» (véanse, entre otras, las SSTS de 1 de julio de 2003, rec. 18/2002; 8 de julio de 2003, rec. 20 y 33/2002; 18 de septiembre de 2003, rec. 122/2002; y 2 de febrero de 2004, rec. 9/2002). La argumentación resulta sorprendente, en primer lugar, porque tales

declaraciones no hacen sino transcribir lo que ya se establece en los artículos 40.1 de la LOTC y 73 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En segundo lugar, porque contradice una de las razones medulares en las que se basaba la referida jurisprudencia: la de que las acciones de revisión y responsabilidad son distintas e independientes la una de la otra; la imposibilidad de ejercer la acción de revisión no impide que pueda ejercerse la acción de responsabilidad (para más detalles, Dómenech Pascual, 2005).

El Tribunal Supremo también se resistió inicialmente a indemnizar los daños ocasionados por reglamentos ilegales (Doménech Pascual, 2003) o por leyes contrarias al Derecho comunitario (SSTS de 29 de enero de 2004, rec. 52/2002, y 24 mayo de 2005, rec. 73/2003), por considerar que no se trataba de casos análogos, a pesar de que era evidente que sí existía una analogía, como en seguida vamos a comprobar.

En efecto, el Tribunal Supremo tuvo que rectificar como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2010 (*Transportes Urbanos*, C-118/08)[1]. En ella se declara que ambos tipos de asuntos sí son similares y merecen el mismo tratamiento en virtud del llamado principio de equivalencia, que prohíbe que las acciones procesales basadas en una violación del Derecho de la Unión se sometan a un régimen menos favorable para sus titulares que las acciones análogas basadas en la infracción del Derecho interno. A estos efectos es irrelevante la única diferencia existente entre los dos tipos de casos considerados, consistente en que unas infracciones lo son de la Constitución mientras que otras lo son del ordenamiento jurídico comunitario. Es decir, el Tribunal de Luxemburgo no entra a enjuiciar si el Derecho de la Unión garantiza «el café para todos», pero deja sentado que si se les da a los unos no se les puede negar a los otros.

Seguidamente, el Tribunal Supremo se decantó por extender a las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea su jurisprudencia, más favorable para las víctimas, relativa a las leyes declaradas

1 Sobre esta Sentencia y la posterior reacción del Tribunal Supremo, véanse, por todos, Alonso García (2010); Plaza (2010); Rodríguez de Santiago (2011).

inconstitucionales (STS de 17 de septiembre de 2010, rec. 149/2007), a pesar de que también podía haber optado por la solución contraria e «igualar por abajo» (como, por ejemplo, postulaba Rodríguez de Santiago, 2011). En coherencia con esta posición, y casi al mismo tiempo, el Tribunal Supremo también extendió a los reglamentos ilegales dicha jurisprudencia (STS de 21 de septiembre de 2010, rec. 533/2006).

Semejante extensión hacía todavía más relevante y problemática esa responsabilidad –piénsese, por ejemplo, en que hay leyes tributarias que se han aplicado millones de veces durante lustros antes de que se declararan contrarias al Derecho de la Unión–, lo que seguramente propició que el Tribunal Supremo volviera a matizarla, tratando de reducir su alcance y, con ello, de escapar de las consecuencias –difíciles de asumir en la práctica– que lógicamente se deducían de su posición de fondo.

El matiz consistía en sostener que solo cabía indemnizar los daños ocasionados por una ley contraria al Derecho comunitario cuando la infracción del mismo fuese «suficientemente caracterizada» (SSTS de 18 de enero, 28 de febrero y 12 de junio de 2012, rec. 588/2010, 373/2011 y 32/2011). Recordemos que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, para que las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros respondan por los daños causados por infracciones del ordenamiento jurídico comunitario es necesario que estas alcancen una caracterización suficiente.

El problema es que exigir este requisito cuando se juzga la responsabilidad del Estado por violaciones del Derecho de la Unión Europea y no hacer lo propio cuando se trata de leyes contrarias a la Constitución vulnera flagrantemente el principio de equivalencia, en la medida en que el Tribunal Supremo está tutelando aquí un derecho indemnizatorio basado en aquel ordenamiento jurídico en condiciones menos favorables para su titular que los derechos similares basados en el ordenamiento interno español. Habida cuenta de que el Tribunal de

Justicia ya ha declarado que el derecho a obtener una indemnización es sustancialmente equivalente en ambos casos, resulta altamente probable que dicho órgano judicial vuelva a pronunciarse más temprano que tarde sobre el particular y advierta lo obvio: que la diferencia en cuestión resulta inadmisible (véase Cobreros Mendazona, 2015).

IV. Segundas rebajas. La Ley 40/2015 lo pone muy difícil

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, introduce en nuestro ordenamiento jurídico la primera regulación legislativa específica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por leyes contrarias a Derecho, y lo hace en unos términos muy restrictivos, que van a dificultar enormemente que los perjudicados puedan obtener una indemnización por los daños que la aplicación de estas normas les haya ocasionado.

El artículo 32.3.II de la Ley 40/2015 distingue entre los casos en que la lesión deriva de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y aquellos en los que los daños fueron ocasionados por la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea.

En ambos supuestos, para que nazca el deber de indemnizar, deben concurrir los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: a) que la aplicación de la ley haya ocasionado una lesión que «el particular no tenga el deber jurídico de soportar»; y b) que el daño alegado sea «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

También respecto de ambos casos, la Ley 40/2015 dispone que [solo] procederá la indemnización «cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad [o la infracción del Derecho de la Unión Europea] posteriormente declarada». Es decir, los perjudicados por la aplicación de la ley posteriormente declarada inválida que no agotaron todas las instancias judiciales contra dicha aplicación o no

adujeron en ellas la correspondiente inconstitucionalidad o infracción del ordenamiento jurídico comunitario no podrán luego exigir el resarcimiento de los daños sufridos.

Además, el artículo 34.1.II de la Ley establece un límite temporal aplicable a los dos supuestos: [solo] «serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa». Con este último inciso se da a entender, pues, que ese plazo puede reducirse todavía más, hasta desaparecer incluso, si el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deciden dar a la sentencia que declara la invalidez de la ley una eficacia jurídica prospectiva, meramente *pro futuro*. Recordemos que, en estos casos, el Tribunal Supremo ya había entendido que no cabía exigir responsabilidad patrimonial. Resulta razonable estimar que este precepto legal viene a dar un espaldarazo a la referida jurisprudencia.

Algunos autores han criticado esta regulación no solo por restringir muy sustancialmente los supuestos en los que la indemnización resulta procedente, sino también por alentar la «litigiosidad con un mero carácter preventivo», por propiciar que los afectados acudan a los Tribunales simplemente con vistas a no cerrarse la posibilidad de ejercer una futura acción de responsabilidad patrimonial para el caso de que la ley en cuestión sea declarada inválida (Galán Vioque, 2015).

Respecto de las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, la Ley 40/2015 establece un régimen todavía más restrictivo. Aquí, el Estado solo responderá si, además de los requisitos mencionados anteriormente: a) la norma europea infringida tiene «por objeto conferir derechos a los particulares»; b) el incumplimiento está «suficientemente caracterizado»; y c) existe una «relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares».

En la medida en que esta regulación sujeta las acciones de responsabilidad basadas en una infracción del Derecho de la Unión Europea a esos tres requisitos adicionales, a unas condiciones más estrictas que las previstas para las acciones análogas basadas en una violación de la Constitución, la Ley 40/2015 es en este punto flagrantemente contraria al antedicho principio de equivalencia [en el mismo sentido, Galán Vioque (2015); Cobreros Mendazona (2016); Guichot (2016); en cambio, a favor, García de la Rosa (2017)]. Adicionalmente, es discutible si la regulación considerada vulnera el principio de efectividad, al hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil que los perjudicados puedan obtener la tutela efectiva de sus derechos lesionados [véase, por todos, Guichot (2016); Campos Martínez (2016); en cambio, a favor de la nueva regulación, González Alonso (2016)]. De hecho, la Comisión Europea ha iniciado un procedimiento de incumplimiento contra el Reino de España por la infracción de los principios de equivalencia y efectividad en esta materia (véase Lozano Cutanda, 2018).

V. Reflexiones finales

En este y anteriores trabajos hemos argumentado por qué nos parece desacertada la llamada responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho tal como ha sido configurada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Ley 40/2015 ha tratado de limitar su alcance a fin de evitar o al menos mitigar las perniciosas consecuencias que para la seguridad jurídica se derivaban de aquélla, pero lo ha hecho de manera poco afortunada: de un lado, porque incurre en evidentes infracciones del Derecho de la Unión Europea; de otro, porque mantiene una construcción jurídica intrínsecamente inconsistente.

El gran «pecado original» de la referida jurisprudencia, que no ha sido borrado por la Ley 40/2015, consiste en que la responsabilidad patrimonial que en ella se consagra deja sin efecto práctico los

preceptos que, en aras de lograr un justo equilibrio entre todos los principios e intereses legítimos en juego, regulan la posibilidad de revisar las situaciones y decisiones jurídicas nacidas en aplicación de una ley posteriormente declarada contraria a Derecho. Resulta un contrasentido excluir la posibilidad de revisar una sentencia en aplicación de la ley inconstitucional y luego estimar que una de las partes «no tiene la obligación de soportar» los efectos jurídicos negativos que aquélla estableció. Se incurre en una evidente incoherencia cuando se sostiene que el acto que impuso a un particular un decremento patrimonial es firme, inimpugnable, obligatorio y sigue produciendo efectos jurídicos y, al mismo tiempo, se afirma la antijuridicidad de ese decremento y, por ende, la obligación de resarcirlo. Las acciones de revisión y de responsabilidad no son ni deben ser independientes las unas de las otras.

A través de los procedimientos de revisión de las situaciones surgidas y decisiones adoptadas al amparo de la ley inválida, los afectados pueden obtener ora la tutela primaria –el restablecimiento– ora la tutela secundaria –una indemnización por la lesión– de sus derechos e intereses legítimos. Es claro que la utilización de esos procedimientos de revisión está sujeta a ciertos límites y condiciones, a determinadas reglas fijadas por la Constitución [art. 161.1.a)] y el legislador (art. 40.1 LOTC) con el fin de cohonestar equilibradamente las exigencias contrapuestas que en esta materia se derivan de los principios de seguridad jurídica y legalidad.

Si se estima que esas reglas son demasiado rígidas o no resuelven satisfactoriamente determinados casos, convendría reconsiderarlas y, en su caso, ajustarlas. Pero ningún sentido tiene mantenerlas formalmente para luego tratar de eludirlas, en mayor o menor medida, a través de reglas de responsabilidad escasamente meditadas y que resuelven de manera muy desequilibrada los problemas planteados, para luego limitar los perniciosos efectos de esas reglas mediante nuevas podas y parches normativos, que siguen sin dar una solución adecuada a dichos problemas.

A fin de lograr ese justo equilibro, una eventual reforma de esos procedimientos de revisión debería marcarse, a nuestro juicio, dos grandes objetivos:

– En primer lugar, deberían articularse cauces que permitan que todos los casos en los que se discute o puede discutirse la validez de una norma legal se resuelvan de manera relativamente rápida y poco costosa, y en condiciones que aseguren la igualdad de los afectados o potenciales afectados. Hay que evitar, en la medida de lo razonable, situaciones como la que dio pie a la jurisprudencia criticada, donde se anuló una ley muchos años después de que comenzara a aplicarse, y donde diversos grupos de afectados tuvieron una suerte muy dispar a la hora de ver tutelados sus derechos, a pesar de encontrarse en una posición sustancialmente igual. Parece obvio que para ello hace falta algún mecanismo potente y eficiente de «agregación de casos». A la vista del clamoroso fracaso que han experimentado los mecanismos de este tipo ensayados en nuestro país durante las últimas décadas –v. gr. extensión de efectos de sentencias, acumulación de procedimientos, pleitos testigo, etc.–, seguramente deberíamos explorar la posibilidad de incorporar y configurar adecuadamente instrumentos como las denominadas «acciones de clase», que en otros ordenamientos jurídicos han cosechado un considerable éxito.
– En segundo lugar, una vez declarada con efectos generales la invalidez de una ley, debería establecerse, a los efectos de revisar las situaciones surgidas a su amparo que hasta entonces no han sido cuestionadas, un régimen seguramente más diferenciado que el actualmente existente. Es probable que la mayor o menor amplitud de las posibilidades de revisión –v. gr. el plazo establecido a estos efectos– deba variar en función de factores que ahora mismo no se tienen suficientemente en cuenta: la gravedad y la notoriedad de la infracción cometida, la naturaleza de los derechos lesionados, etc.

VI. Bibliografía citada

Alonso García, M. C.: «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 157, 2002, pp. 215-240.

Alonso García, M. C.: «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador: reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de enero de 2010», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 12, 2010, pp. 74-81.

Campos Martínez, Y. A.: «La incidencia del artículo 32 de la Ley 40/2015 sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria. «¿Crónica de una muerte anunciada?», *Nueva Fiscalidad*, 5, 2016, pp. 121-176.

Cobreros Mendazona, E.: «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, 196, 2015, pp. 11-59.

Cobreros Mendazona, E.:«La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, pp. 315-339.

Doménech Pascual, G.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110, 2001, pp. 269-299.

Doménech Pascual, G.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un reglamento», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 22, 2003, pp. 577-596.

Doménech Pascual, G.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes declaradas inconstitucionales: las contradicciones del Tribunal Supremo», *Impuestos*, 11, 2005, pp. 13-28.

Doménech Pascual, G.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 183, 2010, pp. 179-231.

García de Enterría, E.: «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *Revista de Administración Pública*, 166, 2005, pp. 99-147.

Galán Vioque, R.: «La indemnización de los daños y perjuicios producidos por una ley inconstitucional: ¿Una rebelión del Tribunal Supremo frente al Tribunal Constitucional?», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 41, 2001, pp. 155-187.

Galán Vioque, R.: «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador: Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del Sector Público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo», *Documentación Administrativa*, 2, 2015.

González Alonso, A.: «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución. Un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, pp. 381-429.

Lozano Cutanda, B.: «La Comisión considera que los requisitos procesales que exige la Ley 40/2015 para poder reclamar responsabilidad al Estado legislador no son conformes con el Derecho de la Unión», *Diario La Ley*, 2018, 9149.

Plaza, C.: «Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence; Going too far in *Transportes Urbanos*», *Review of European Administrative Law*, 3(2), 2010, pp. 27-51.

Rodríguez de Santiago, J. M.: «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, 38, 2011, pp. 141-171.

TÍTULO V.
DE LAS RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO Y LAS CORTES GENERALES

CORTS VALENCIANES

XL años de relación constitucional entre Gobierno y Parlamento

Xosé Antón Sarmiento Méndez
Letrado Oficial Mayor. Parlamento de Galicia.

Resumen

La experiencia de nuestra práctica constitucional respecto de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento debe analizarse a la luz de la legislación de desarrollo del marco constitucional, y también con el análisis de la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha asentado a lo largo de estos cuarenta años. Siendo muy relevantes las cuestiones referidas a los mecanismos de confianza que están en la base del régimen parlamentario de gobierno, sin duda resulta mucho más prolija y dificultosa la reglamentación de los mecanismos de control ordinario del Ejecutivo. Finalmente el presente trabajo se ocupa de precisar un aspecto mucho menos polémico en el ordenamiento jurídico español, cual es el de la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio que implican también la relación entre los poderes ejecutivo y legislativo en nuestro país.
Palabras clave: control parlamentario, interpelaciones, preguntas, información, derecho de excepción.

Resum

L'experiència de la nostra pràctica constitucional respecte de les relacions entre el govern i el parlament ha d'analitzar-se a la llum de la legislació de desplegament del marc constitucional, i també amb l'anàlisi de la jurisprudència que el Tribunal Constitucional ha assentat al llarg d'aquests quaranta anys. Sent molt rellevants les qüestions referides als mecanismes

de confiança que estan en la base del règim parlamentari de govern, sens dubte resulta molt més prolixa i difícil la reglamentació dels mecanismes de control ordinari de l'executiu. Finalment, aquest treball s'ocupa de precisar un aspecte molt menys polèmic en l'ordenament jurídic espanyol, com és el de la regulació dels estats d'alarma, excepció i setge, que impliquen també la relació entre els poders executiu i legislatiu al nostre país.
Paraules clau: control parlamentari, interpel·lacions, preguntes, informació, dret d'excepció.

Abstract

The experience of our constitutional practice regarding relations between the Government and the Parliament must be analyzed in the light of the legislation for the development of the constitutional framework, and also with the analysis of the jurisprudence that the Constitutional Court has established throughout these forty years. The issues related to the trust mechanisms that are at the base of the government parliamentary regime are very relevant, undoubtedly it is much more tedious and difficult to regulate the mechanisms of ordinary control of the Executive. Finally, the present work deals with defining a much less controversial aspect in the Spanish legal system, which is that of the regulation of the alarm, exception and site states that also imply the relationship between the executive and legislative powers in our country.
Key Words: Parliamentary Control, Interpellations, Questions, Information, Exception Right.

Sumario

I. Control parlamentario del Gobierno. ¿Cómo puede afectar a los derechos fundamentales?
II. La actividad rogatoria: interpelaciones y preguntas. *Question time* y potestades calificadoras de las Mesas.
III. La racionalización de la forma de Gobierno y la ruptura de la confianza entre Parlamento y Presidente.
IV. El derecho de excepción y su gestión parlamentaria.
V. Bibliografía.

I. Control parlamentario del Gobierno. ¿Cómo puede afectar a los derechos fundamentales?

El artículo 66 de la Constitución establece que las Cortes Generales controlan la acción del Gobierno, una afirmación que será desarrollada en posteriores preceptos del texto constitucional, en particular los contenidos en el Título V. El alcance del control parlamentario del Gobierno es uno de los tópicos que mayor controversia doctrinal ha generado tanto en el ámbito español como en el del derecho comparado si bien la afirmación de Fernández de Simón «si algo es esencial a todo sistema parlamentario es la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento» resulta un punto de partida indiscutible.[1] Resulta conocido el debate acerca de la configuración del control parlamentario como referido a la exigencia de responsabilidad política en un sentido estricto como contraposición a aquella opinión doctrinal que amplía el control parlamentario a aquellas otras situaciones en las que el Gobierno ha de dar cuenta de su gestión aún sin la adopción de consecuencias jurídicas en relación con su cese. Torres Muro ha calificado como clave del control constitucional el viejo dicho británico, «the majority must have its way» (la decisión ha de tomarla la mayoría); pero también que «the minority must have its say» (la minoría debe tener la posibilidad de decir cosas, normalmente críticas) y ello está en la base de la regulación jurídica de la cuestión en nuestro sistema constitucional. En parecidos términos se ha manifestado Joan Ridao[2] con motivo de su estudio de la naturaleza de las Comisiones de investigación al afirmar que «no parece que sepueda poner en cuestión que, entre las funciones de las encuestas parlamentarias, quepa una función plenamente autónoma de información».

1 «Las funciones de control parlamentario y dirección política», en Iglesias Machado, S. y Marañón Gómez, R. (coord.): *Manual de Derecho Parlamentario autonómico.* Dykinson, 2016, p. 287.

2 «Nueva mirada sobre antiguas cuestiones acerca de las comisiones de investigación parlamentarias. El deber de comparecer de las autoridades y funcionarios del Estado en las asambleas legislativas autonómicas, la obligación de decier la verdad y el rol de las minorías en las comisiones creadas preceptivamente a su instancia». *Revista de las Cortes Generales,* 100-101-102, 2017, pp. 101-129.

Tanto la Ley del Gobierno 50/1997 de 27 de noviembre como los Reglamentos del Congreso y del Senado se ocupan de precisar ciertos procedimientos referidos al control que las Cortes Generales pueden ejercer del máximo titular del poder ejecutivo en España. Sin duda estas disposiciones son el punto de partida necesario para entender esta parte del derecho constitucional pero se han completado con los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo a lo largo de estos cuarenta años de experiencia constitucional española y que por lo demás no difieren sustancialmente de esquemas comparados como los explicados en Italia por Damiano Nocilla.[3]

La sentencia del Tribunal Constitucional 89/2005 de 18 de abril, ha remarcado en primer lugar en su fundamento jurídico cuarto que para el ejercicio del control del Gobierno por parte de las comisiones el artículo 44 del Reglamento del Congreso de los Diputados prevé la presencia o comparecencia de varios tipos de personas, si bien diferenciando muy nítidamente la condición o calidad en la que comparecen: en cuanto que miembros del Gobierno en sentido estricto, en cuanto que autoridades y funcionarios públicos y, finalmente en cuanto que particulares con capacidad, por razón de su competencia en la materia de informar o asesorar a la Comisión. En este mismo sentido el Tribunal Constitucional ya había avanzado en su sentencia 208/2003 de 1 de diciembre, fundamento jurídico sexto, que no le cabe ninguna duda de que la facultad de proponer comparecencias a las que hace referencia el artículo 44 del Reglamento del Congreso de los Diputados forma parte del *ius in officium* de los diputados y que además en cuanto su finalidad

3 «...la escala de la responsabilidad política es creciente: a) el pueblo como titular de la soberanía no es, en principio, responsable de sus propias decisiones; b) el cuerpo electoral, en cuanto que se identifica con el pueblo, no es responsable sino dentro de los límites que le marca la opinión pública popular; c) el Parlamento es responsable ante el cuerpo electoral cada vez que se produce la renovación de sus miembros, en tanto que las elecciones se convierten en una especie de juicio sobre la actuación de las fuerzas políticas presentes en las Cámaras durante la legislatura precedente; d) el Gobierno es responsable institucionalmente ante las Cámaras elegidas, que son titulares de un poder de control del Ejecutivo y del poder de determinar la remoción de sus cargos, retirando su confianza y obligándoles a la dimisión».» Breves notas sobre representación y responsabilidad política», *ReDCE,* 29, enero-junio de 2018».

sea el control del Gobierno, dicha facultad ha de entenderse incluida dentro del núcleo básico de la función parlamentaria garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución.

Pero más allá de la configuración dogmática de las comparecencias del Gobierno ante las Cámaras la doctrina del Tribunal Constitucional ha resultado particularmente interesante en lo referido a la delimitación del papel que puede llevar a cabo la Mesa de las Cámaras en relación con la solicitud de comparecencias y su calificación. En este sentido la sentencia 89/2005, de 18 de abril, ha asentado que el control que la Mesa del Parlamento ejerce sobre los escritos y documentos presentados es esencialmente un examen de la viabilidad formal de tales propuestas que excluye cualquier tipo de juicio de oportunidad.[4] Además el Tribunal Constitucional entiende que conforme al artículo 31.1 números 4 y 5 del Reglamento del Congreso de los Diputados los acuerdos de calificación que adopte la Mesa han de incorporar una motivación expresa suficiente y adecuadas en aplicación de las normas a las que está sujeta en el mero ejercicio de su función de calificación y admisión de los escritos y documentos de índole parlamentaria, aspectos que por lo demás son sustanciales a todo Estado de derecho como ha recordado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo.[5]

Un aspecto que ha generado dudas tanto en la sustanciación de comparecencia en el seno de las Cortes Generales como en las Comisiones de los Parlamentos autonómicos es el de los sujetos que pueden comparecer en sesiones informativas o de control. Existe un

4 De la Peña ha destacado que en su contenido la función de calificación tiene como notas la juridicidad, por cuanto es una tarea jurídica; y necesidad, puesto que mediante ella se verifica el «ius ut procedatur de quien suscribe el escrito… el cual se integra dentro del ius in officium reconocido en el Art 23.2 CE». En parecidos términos he tenido ocasión de pronunciarme en: «Las instituciones parlamentarias en el siglo XXI», *El notario del siglo XXI. Revista del colegio notarial de Madrid, 69,* septiembre-octubre de 2016, p. 33.

5 Así lo cita Juli Ponce Sol en su trabajo: «La jurisprudencia europea y española sobre el derecho a una buena administración» incluido en el volumen II de *Los retos actuales del derecho administrativo en el estado autonómico. Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro y Fernández-Valmayor.* Trae a colación la STS, sala de lo penal, de 18 de diciembre de 2008, recurso de casación 13/2008. Fundación Democracia y Gobierno local *et al*. Santiago de Compostela, p. 145.

elenco de decisiones jurisprudenciales que pueden iluminarnos a la hora de perfilar quienes deben comparecer en esas sesiones. Así la sentencia 177/2002, de 14 de octubre, proclamó la vulneración del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución por la decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados de inadmitir a trámite la solicitud de comparecencia del presidente de «Telefónica de España, S.A.» ante la Comisión de infraestructuras al amparo del artículo 44.4º del Reglamento del Congreso de los Diputados por inexistencia de un procedimiento parlamentario en curso conforme al entendimiento que la Mesa del Congreso hizo de la practica parlamentaria.

En lo referido a la comparecencia del Presidente del Consejo General del Poder Judicial para informar sobre la concesión de un indulto por el Gobierno, el Tribunal Constitucional clarificó que no cabe considerar que constituya su inadmisión un supuesto lícito de valoración de la inviabilidad formal o inidoneidad o improcedencia del procedimiento parlamentario elegido sino que se basó en la ausencia de competencias del Consejo General del Poder Judicial en materia del ejercicio del derecho de gracia y del propio Congreso de los Diputados para exigir responsabilidad política al Presidente del Órgano de Gobierno del Poder Judicial.

De un modo semejante el Tribunal Constitucional decidió en su sentencia número 89/2005, de 18 de abril, que la Mesa de la Cámara no llevó a cabo un examen de viabilidad formal de la iniciativa cuando se solicitó la comparecencia del Fiscal Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas. Mayor alcance tiene el pronunciamiento contenido en la sentencia número 190/2009, de 28 de septiembre, con motivo de la comparecencia en Comisión Parlamentaria del Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores puesto que, en este caso, el máximo intérprete de la Constitución recuerda al órgano rector de la Comisión que no puede asumir competencias propias de la Comisión parlamentaria que hurtarían a esta el ejercicio de sus competencias, entre las que se incluye la de tener la última palabra

sobre si requiere o no la presencia de los miembros del ejecutivo, autoridades, funcionarios públicos o personas competentes.

Otro problema que se ha suscitado en relación con la colaboración institucional entre Gobierno y Parlamento es el referido a la incidencia que esta pueda tener sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. Lo que podría plantearse como un extraño caso de laboratorio fue objeto de tratamiento en el auto del Tribunal Constitucional número 60/1981, de 17 de junio, en el que se afirma que es esencial a todo sistema parlamentario la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, en la que se comprende el deber del Ejecutivo de informar y el derecho de la Cámara a ser informada sin que tales técnicas de relación puedan ser utilizadas para lesionar los derechos individuales. Hay que señalar que recíprocamente los derechos fundamentales y libertades públicas no pueden servir de título para limitar el contenido de un acto de normal relación entre el poder ejecutivo y el legislativo, que en el caso resuelto por el auto referido trataba de temas que afectaban a la seguridad nacional sustanciados en una sesión que fue declarada secreta.

La categoría del *calling for papers* del derecho comparado tiene su acogida en nuestra Constitución en el artículo 109 al consagrar que las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar a través de los Presidentes de aquellas la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas. Esta previsión constitucional es desarrollada por el artículo 44 del Reglamento del Congreso de los Diputados y los artículos 66 y 67 del Reglamento de la Cámara Alta. Greciet[6] ha destacado la relevancia de este derecho y, en este sentido, nuestro

6 «La consideración de las Cámaras parlamentarias como centros neurálgicos de la actividad política y del control de la acción de los respectivos Gobiernos conduce necesariamente a considerar la recepción de información y documentación por las mismas no ya como una de sus funciones capitales, sino como un instrumento al servicio de las competencias que tienen constitucional o estatutariamente atribuidas. Hoy en día, el apogeo de las tecnologías de la comunicación, lejos de hacer disminuir la importancia de esa misión, la ha reforzado al hilo de la transformación de los soportes que albergan la información precisa para los trabajos parlamentarios y de la forma de acceder a ella y transmitirla». Ripollés

Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente el fundamento del artículo 44 del Reglamento del Congreso de los Diputados en el artículo 109 de la Constitución y además el derecho de los parlamentarios a recabar datos de las administraciones públicas como facultad integrada en el status de su cargo representativo (sentencias del Tribunal Constitucional números 177/2002, de 14 de octubre, y 161/1988, de 20 de septiembre, referida esta última a las Cortes de Castilla-La Mancha).

La solicitud de información en el seno del Congreso de los Diputados se prevé además como facultad individual en el artículo 7.1 de su Reglamento en el cual se posibilita su canalización si bien la practica parlamentaria, según nos recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional número 57/2011, de 3 de mayo, exige que venga acompañada por la firma del portavoz del grupo parlamentario lo que supone, en definitiva, una restricción en el ejercicio de la iniciativa parlamentaria individual. En todo caso como ha recordado Razquín Lizarraga el derecho de información de los diputados no puede ser de peor condición que el derecho de acceso a la información pública de los ciudadanos.[7]

Respecto al ámbito de los destinatarios del derecho a obtener información resulta conocida la jurisprudencia consolidada que reconoce para lograr la efectividad del derecho de información de los parlamentarios respecto del Gobierno que aquellos se puedan acompañar de técnicos especialistas en la materia sobre la que verse la documentación interesada, siempre y cuando tales técnicos estén acreditados ante la Cámara como asesores del grupo parlamentario en el que los diputados se integran. Sánchez Navarro afirma con razón

---

Serrano, R., Marañón Gómez, R. (coord.): *Diccionario de términos de Derecho Parlamentario*. La Ley, 2014, pp. 1103 y ss.

7 «Límites del derecho de información de los diputados», *Revista de Derecho Constitucional,* 113, mayo-agosto 2018, pp. 37-69. El autor defiende de modo discutible acudir de forma supletoria a la ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno para fijar las razones fundadas en derecho que constituyen los límites del derecho de los diputados.

que «la doctrina es prácticamente unánime al atribuir a las minorías el protagonismo» en la función de control y ello sin duda está en la base de los razonamientos del máximo intérprete constitucional pues son los diputados de la minoría los que están más distantes de contar con el apoyo que el aparato administrativo da al Ejecutivo. En esta cuestión está llamada a desempeñar un papel importante la extensión del derecho de acceso a la información previsto en la normativa de transparencia y así el Juzgado Central número 7 de lo Contencioso-administrativo de Madrid rechazó las causas de inadmisión que alegó en su día el Ministerio de Hacienda para eludir la publicidad del Acuerdo firmado en 2017 por el Gobierno de España y la Comunidad Autónoma del País Vasco, sobre liquidación de los cupos de años anteriores y fijación del cupo quinquenal hasta el año 2021. declarando que constituye un interés público superior el acceso al mismo.[8]

Finalmente, hay que incidir en el dato de la inexistencia de un control de oportunidad por las mesas de las Cámaras en lo referido al alcance de la calificación de los escritos de los parlamentarios que soliciten información tal y como se ocupó de señalar la sentencia del Tribunal Constitucional número 161/1988 de 20 de septiembre.[9]

Superando el ámbito individual, la Constitución reconoce en su artículo 110 la potestad de las Cámaras y de sus Comisiones de reclamar la presencia de los miembros del Gobierno y recíprocamente reconoce a estos que tienen derecho de acceso a las sesiones de las Cámaras y a sus

8 Juzgado Central Contencioso-Administrativo nº 7, Sentencia 88/2018, 12 jul.

9 En el ámbito de la aplicación de la institución para un Parlamento autonómico el Tribunal Supremo a través de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª en la Sentencia de 1 junio 2015 afirmó que «tras la interpretación que la jurisprudencia de la Sala Tercera hizo del alcance de los denominados actos políticos del Gobierno en su sentencia de 28 de junio de 1994 (recurso 7105/1992) y en las tres de 4 de abril de 1997 (recursos 726, 634, 602/1996) y después de la entrada en vigor de la actual Ley de la Jurisdicción, no hay duda de que, conforme a su artículo 2 a), receptivo de esa jurisprudencia, los tribunales de lo contencioso-administrativo conocen de las cuestiones suscitadas en relación con la protección de los derechos fundamentales a propósito de los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que sea la naturaleza de dichos actos. Y, como se ha dicho, en este caso hay un acto del Gobierno Valenciano al que se le atribuye la lesión del derecho fundamental invocado por los recurrentes.»

Comisiones y la facultad de hacerse oír en ellas y podrán solicitar que informen ante los mismos funcionarios de sus departamentos.[10] Esta potestad de las Comisiones del Congreso constituye una manifestación de la función de control del Gobierno que resulta evidente cuando se solicita la presencia de sus miembros para que informen sobre asuntos relacionados con sus respectivos departamentos tal y como ha remarcado el Tribunal Constitucional en sentencias como la número 89/2005, de 18 de abril, en su fundamento jurídico tercero.

Sobre esta cuestión ha sido una sentencia referida a las Cortes Valencianas, en concreto la número 74/2009, de 23 de marzo, la que ha precisado distintos extremos acerca del alcance de las solicitudes de comparecencias ante el Pleno del Parlamento. Con carácter general, el Tribunal dice que hay que entender que las iniciativas de instar las comparecencias cuando aparecen previstas en el Reglamento de la Cámara se integran en el *ius in officium* del representante, de tal modo que la Mesa al decidir sobre la admisión de la iniciativa no podrá, en ningún caso, desconocer que es manifestación del ejercicio del derecho del parlamentario que la formula y, por ello, cualquier rechazo arbitrario causará lesión de dicho derecho. En este sentido el Tribunal recuerda que la mera remisión por parte de la Mesa de la Cámara a una decisión inmotivada de rechazo de la Junta de Portavoces supone una motivación insuficiente a los efectos del derecho fundamental garantizada por el artículo 23.2 de la Constitución Española (en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional número 33/2010, de 18 de julio).

La doctrina clásica sobre las potestades de calificación de las mesas de las Cámaras en relación con las solicitudes de comparecencia ha venido a modularse con motivo de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 8 de mayo de 2018 por la que se otorgó el amparo al grupo socialista de Cataluña al vulnerar la mesa del Parlament su derecho de participación política. En efecto, en el caso de que la

10 En este sentido, artículos 40.3, 202 y 203 del Reglamento del Congreso de los Diputados y arts. 23.1, 66 y 182 del Reglamento del Senado.

decisión de admisión a trámite de la Mesa de la Cámara constituya un incumplimiento manifiesto de lo resuelto por el Tribunal Constitucional la resolución parlamentaria estaría violando los derechos de los diputados recurrentes y afecta a la función propia del Parlamento, y ello porque lo determinante a estos efectos es que la Mesa tramita la iniciativa de solicitud de comparecencia a sabiendas de que existe una resolución del Tribunal que le impide darle curso.

II. La actividad rogatoria: interpelaciones y preguntas. *Question time* y potestades calificadoras de las Mesas

El artículo 111 de la Constitución Española dispone que el gobierno y cada uno de sus miembros estén sometidos a las interpelaciones y preguntas que se le formulen en las Cámaras. Para esta clase de debate los reglamentos establecerán un tiempo mínimo semanal. Toda interpelación podrá dar lugar a una moción en la que la Cámara manifieste su posición.[11] Las interpelaciones integran un instrumento de control político de carácter genérico que según ha apuntado el Auto del Tribunal Constitucional 614/1988, de 23 de mayo, no posibilita una actuación de la Mesa que vulnere los derechos fundamentales de los diputados.[12] Para el caso de la Asamblea Regional de Murcia el Tribunal ha reconocido que los diputados regionales tienen el derecho a formular preguntas, interpelaciones y mociones en los términos que se determine reglamentariamente y que ese derecho, por lo tanto, pasa a formar parte del contenido del *ius in officium* de cada uno de los miembros representativos de la Asamblea y más recientemente se ha afirmado que »… el Reglamento Parlamentario puede establecer que la Mesa «extienda su examen de la iniciativa más allá de la estricta

11 En este sentido, pueden consultarse los artículos 180 a 190 del Reglamento del Congreso de los Diputados y los artículos 160 a 173 del Reglamento del Senado.

12 Debe hacerse constar con Oliver Araujo la intervención de los grupos parlamentarios en estos procedimientos de control político a diferencia del débil papel con que contaban en el pasado constitucional español. «Las cortes en la segunda república española: luces y sombras 85 años después», *Revista de Derecho Político (UNED),* 102, mayo-agosto de 2018, pp. 15-46.

verificación de sus requisitos formales, siempre, claro está, que los escritos y documentos parlamentarios girados a la Mesa, sean de control de la actividad de los Ejecutivos o sean de carácter legislativo, vengan, justamente, limitados materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento Parlamentario pertinente, como es el caso de la calificación de lo que han de considerarse mociones o interpelaciones, o con la iniciativa legislativa popular que tiene vedadas ciertas materias por imposición del artículo 87.3 CE (SSTC 95/1994, 41/1995 y 124/1995; ATC 304/1996)» (STC 10/2016, de 1 de febrero, FJ 4)».[13]

Respecto de las preguntas parlamentarias, las potestades de calificación por parte de la Mesa de las Cámaras, remarca el Tribunal Constitucional, no pueden afectar al contenido derivado del artículo 23 de la Constitución y, en este sentido, su sentencia 107/2001, del 23 de abril, destaca que las facultades de calificación y admisión impiden a la Mesa llevar a cabo una calificación jurídico-material del contenido de los escritos de las preguntas y, en modo alguno, los Reglamentos de las Cámaras las habilitan para realizar un juicio de inconstitucionalidad acerca de ellas.[14]

Por otro lado, el alto intérprete de la Constitución ha remarcado la necesidad de que los argumentos contenidos en las resoluciones parlamentarias de inadmisión de las preguntas plasmen claramente los motivos por lo que se inadmiten en el sentido de que permitan conocer

13 Sentencia 71/2017, de 5 de junio. (BOE núm. 168, de 15 de julio de 2017)

14 La Sentencia 201/2014, de 15 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2015) lo clarifica en los siguientes términos: «Pues bien, las interpelaciones, junto con las preguntas, se conforman como tradicionales instrumentos de control e información parlamentaria y, en la Asamblea de Madrid, forman parte del ius in officium de los representantes y de los propios Grupos, pues el art. 199 del Reglamento de la Asamblea de Madrid atribuye la facultad de plantearlas a ambas instancias. A diferencia de las preguntas, cuyo contenido es más concreto, las interpelaciones tienen una naturaleza más general sin perjuicio de que en el presente caso haya de atenderse a la concreta configuración que haya realizado el Reglamento de la Cámara. En este sentido, el control formal de admisión puede modularse materialmente solo si así lo ha establecido el Reglamento parlamentario pues, como ya hemos señalado en el fundamento jurídico tercero de esta Sentencia, a la Mesa solo le compete verificar la regularidad jurídica y la viabilidad procesal de la iniciativa, esto es, examinar si la iniciativa cumple los requisitos formales exigidos por la norma reglamentaria».

las razones que han llevado a la Mesa a su inadmisión pues, de lo contrario, se habría vulnerado el derecho fundamental garantizado en el artículo 23.2 de la Constitución.

La simple formulación de una pregunta parlamentaria donde se valoran opiniones políticas de una persona por las cuales se le considera poco idónea para el cargo para el que ha sido designado e incluso la publicación de tal pregunta no pueden ser consideradas como violación de un derecho constitucional ya que, para que ello ocurriera sería preciso una decisión concreta de un poder público con tal aceptación. Tal es la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el caso Iglesias Selgas en el que el Tribunal Constitucional destaca que los miembros de las Cámaras no ejercen poderes públicos en el sentido previsto por el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Respecto de las mociones parlamentarias que, como se ha comentado en el art 111 de la Constitución, aparecen unidas a la figuras de las interpelaciones el Tribunal Constitucional entiende que la Mesa no debe inadmitir a trámite estas iniciativas e impedir la formulación de juicios de oportunidad política que solo corresponden al pleno pues, de lo contrario, se infringe el *ius procedatur* de los autores de la iniciativa. En parecidos términos la sentencia 205/1990, de 13 de diciembre, asentó con claridad que la intervención de la Mesa del Senado en un procedimiento de calificación de mociones no puede prejuzgar el éxito o la oportunidad política de las iniciativas sino que debe limitarse a controlar su regularidad jurídica y viabilidad procedimental. Esta doctrina del Tribunal Constitucional no ha impedido que, en casos como el navarro, se haya justificado la actuación de los órganos del Gobierno y dirección de la Cámara que se han limitado a aplicar las previsiones reglamentarias configuradoras del derecho contenido en el artículo 23.2 de la Constitución en términos respetuosos.

Aunque la Constitución no regula las proposiciones no de ley su paralelismo con la función parlamentaria de las mociones es evidente y, por ello, la doctrina antes referida respecto de la calificación y

admisión a trámite ha sido asumida para esta clase de iniciativas (entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional número 40/2003 de 27 de febrero). En este sentido, se ha destacado la doble naturaleza de la proposición no de ley ya que, por un lado, se presentan como un instrumento para poner en marcha la función de impulso político y control del Gobierno y, por otro, de una forma más amplia han servido como vía adecuada para forzar el debate político. Tal vez esta consideración tan amplia del Tribunal ha justificado la posición estricta que le permite exigir la motivación cuando la Mesa del Parlamento inadmite a trámite una Proposición no de ley (así ocurrió con la iniciativa que solicitaba el G.P. Popular para requerir al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas en relación con la no presentación del Gobierno Vasco del Proyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio de 2001).

Sobre este instrumento parlamentario debe reseñarse su gran potencialidad. De este modo, de modo innovador el Parlamento de Galicia ha legislado[15] acerca de la posibilidad de que los ciudadanos presenten proposiciones no de ley de iniciativa popular de modo que con el respaldo de tan solo 2500 firmas pueda provocarse un debate parlamentario y en su caso una resolución de la cámara en la que esta manifiesta su posición.

III. La racionalización de la forma de Gobierno y la ruptura de la confianza entre Parlamento y Presidente

Moción de confianza, moción de censura y disolución parlamentaria por el Presidente son los instrumentos recogidos en los artículos 112 a 115 de la Constitución Española. Los dos primeros se apartan del denominado por Auzmendi del Solar[16] como control «rutinario» del

15 Artículo 16 de la ley 7/2015, de 7 de agosto, de iniciativa legislativa popular y participación ciudadana en el Parlamento de Galicia.

16 «Del otorgamiento de autorizaciones y otros actos del Parlamento», en Sarmiento Méndez, X. A. (coord.): *Manual AELPA del parlamentario.* Madrid, Wolters Kluwer, 2016, p. 431.

Parlamento respecto del gobierno pues pueden «llegar al punto de retirar la confianza parlamentaria que en un primer momento fue otorgada».

Como bien es sabido el presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general y la confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los diputados.[17]

El Tribunal Constitucional en su sentencia número 75/1985, de 21 de junio aclaró que el artículo 112 debe comprenderse como una expresión de una exigencia racionalizadora en la forma de gobierno y de este modo, recordando su sentencia número 16/1984, de 6 de febrero, afirma que junto al principio de legitimidad democrática, de acuerdo con el cual todo los poderes emanan del pueblo y a la forma parlamentaria de gobierno, nuestra Constitución se inspira en un principio de racionalización de esta forma. Estas ideas han vuelto a aparecer en la doctrina constitucional con motivo de los debates sobre el alcance del veto presupuestario en el procedimiento legislativo con ocasión de los que el máximo intérprete de la Constitución ha afirmado que « es evidente que esta misma relación de competencia a que se ha hecho referencia, encuentra reflejo específico en la regla del artículo 134.6 CE, de manera que la conformidad que debe prestar el Gobierno se refiere a la incidencia de una iniciativa del Parlamento sobre el presupuesto mismo, pues su fin, como ha quedado razonado, es salvaguardar la autorización ya obtenida por el Ejecutivo del Legislativo sobre el volumen de ingresos y gastos públicos, permitiendo así que el primero pueda desarrollar plenamente sus potestades sobre la ejecución del gasto, y, en suma, su propia acción de Gobierno (art. 97 CE). Por ello, aunque el denominado «veto presupuestario» sea un reflejo de la confianza otorgada por la Cámara, que no podrá después, yendo contra sus propios actos, retirar de forma indirecta por la vía de una iniciativa

17 En este sentido, puede consultarse los artículos 173 y 174 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

parlamentaria, lo determinante para su régimen jurídico es la propia función instrumental que el presupuesto cumple al servicio de la acción del Gobierno».[18]

Mayor complejidad normativa y en la práctica parlamentaria ha suscitado el tratamiento de la moción de censura a través de la cual el Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno por mayoría absoluta. En el sistema español la moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los diputados y habrá de incluir un candidato a la presidencia del Gobierno.[19] Esta moción no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación y en los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas. La Constitución remarca la excepcionalidad de este instrumento parlamentario cuando

---

18 Sentencia 34/2018, de 12 de abril.(BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2018). Así Alonso García, M.ª N.: «Límites del Gobierno en la aplicación del «veto presupuestario»: el artículo 134.6 CE a examen», *Diario La Ley*, 9252, Sección Tribuna, 5 de septiembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer. También Aragón Reyes, M.: «La organización institucional de las Comunidades Autónomas», *Revista española de derecho constitucional*, 79, 2007, p. 24.

19 La Sentencia 151/2017, de 21 de diciembre (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018) matiza estos caracteres cuando se refiere al mecanismo de la censura en el ámbito local: «Por lo pronto, cabe afirmar que la modalización del derecho de promoción de la moción de censura en el ámbito local, tal y como aparece definida en la norma cuestionada, permite la consecución del fin perseguido, toda vez que el incremento del quórum de iniciativa tiene como efecto derivado el de dificultar la exigencia de responsabilidad política y remoción del alcalde por quienes les invistieron de la confianza para serlo, entorpeciéndose de ese modo la verificación de cambios que incidan en la estabilidad en la vida municipal y den lugar a la modificación de gobiernos municipales con la participación en el impulso de la moción de censura de concejales que hayan dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato. Se trata por tanto, en abstracto, de una medida idónea y adecuada para el logro del objetivo que se pretende con su adopción.

Prosiguiendo con el segundo de los pasos inherentes a la regla de proporcionalidad, el juicio de necesidad, la medida legal puede también estimarse necesaria al propósito que nace, puesto que se limita a establecer un reforzamiento del quórum de promoción de la moción de censura sin alterar más allá de ello la dinámica del procedimiento de exigencia de responsabilidad y remoción del alcalde, como acredita señaladamente que no se altere el régimen de mayorías de la fase de votación, momento en el que los concejales proponentes que hayan dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato no ven limitado su derecho, conservando la facultad de participar en la votación como cualquier otro concejal. En suma, se persigue dificultar su acción de promoción de la moción para evitar incidencias en la estabilidad en la vida municipal, sin añadir a ello, sin embargo, un escenario de restricción o distorsión abierta de su derecho en la fase de decisión.»

dispone que si la moción de censura no fuera aprobada por el Congreso sus firmantes no pueden presentar otra durante el mismo periodo de sesiones.[20]

La jurisprudencia constitucional ha calificado la moción de censura como un instrumento clave de las formas de gobierno parlamentario que se basan en la existencia de una relación de confianza entre el Gobierno y las Cámaras, porque es un mecanismo a través del cual el legislativo controla la gestión del Gobierno y le exige responsabilidad política configurándose como un medio para la manifestación de la extinción de la confianza de las Cámaras en el Ejecutivo. La consecuencia inequívoca de la pérdida de confianza es que el Gobierno deberá presentar su dimisión al Rey procediéndose a continuación a la designación del presidente del Gobierno según lo dispuesto en el artículo 99. Ahora bien, si la pérdida de confianza se produce con motivo de la adopción de una moción de censura el Gobierno presentará su dimisión al Rey y el candidato incluido en aquella se entenderá investido de la confianza de la Cámara a los efectos previstos en el artículo 99 y el Rey le nombrará presidente del Gobierno.[21]

La contraposición a los poderes del Parlamento respecto de la titularidad de la Presidencia del Gobierno recibe tratamiento en la recepción constitucional de la potestad que tiene el presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros y bajo su exclusiva responsabilidad de proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El

---

20 Véanse los artículos 175 a 179 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Sánchez Navarro ha reflexionado sobre la dificultad de introducir en nuestro modelo constitucional una mayor implicación de la Corona en el proceso de formación de mayorías parlamentarias y gubernamentales en un sentido que comparto plenamente. «el papel de la corona en el nombramiento del primer ministro belga: un modelo no importable». *UNED. Teoría y realidad constitucional,* 41, 2018, pp. 137-156.

21 La regulación se contempla en extenso en el artículo 178 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Resulta de interés la sentencia 109/2016 de 7 de junio en cuyos fundamentos jurídicos se delimita el alcance de obviar en el procedimiento parlamentario la constitución de la junta de portavoces. Vid. Mi trabajo: «Artículo 23 CE: el derecho de participación», en Villanueva Turnes, A. (coord.), *Derechos fundamentales. Aspectos básicos y actuales.* Santiago de Compostela, Andavira editora, 2017, pp. 361-388.

decreto de disolución fijará la fecha de elecciones. La Constitución establece dos limitaciones al ejercicio de la potestad de disolución por parte del presidente del Gobierno. En primer lugar, la propuesta de disolución no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura y, por otro lado, no procederá una disolución presidencial antes de que transcurra un año de la anterior, salvo lo dispuesto en el artículo 99, apartado 5º referido a la moción de investidura.

IV. El derecho de excepción y su gestión parlamentaria

El artículo 116 de la Constitución dice en su apartado primero que una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes. En virtud de esta previsión constitucional se ha aprobado la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y además los artículos 162 a 165 del Reglamento del Congreso de los Diputados tratan sobre estas situaciones.[22] De la Peña Rodríguez[23] ha recordado que «El fundamento del derecho de excepción se encuentra en la concurrencia de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios que pueden poner en riesgo la existencia de un régimen constitucional o de la propia comunidad, en supuestos tales de grandes catástrofes, actuación de grupos terroristas, etc., resultando ineficaces los poderes ordinarios de las autoridades».

Nuestro Tribunal Constitucional en su Auto 7/2012 de 13 de enero, ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con el alcance normativo de los actos del Congreso de los Diputados al prorrogar el estado de alarma. De este modo ha entendido que el acto de autorización parlamentario de la prórroga del estado de alarma o el de la declaración y prórroga del de excepción no son meros actos de

22 En este sentido resulta de interés el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial de transporte aéreo.

23 Voz «Estado de excepción, sitio y alarma», en Ripollés Serrano, R., Marañón Gómez, R. (Coord.), *Diccionario de términos de Derecho parlamentario*. La Ley, 2014, p. 432.

carácter autorizatorio, pues tienen un contenido normativo o regulador y son decisiones con rango o valor de ley, expresión del ejercicio de una competencia constitucionalmente confiada al Congreso de los Diputados por mandato del artículo 116 de la Constitución. Además, en ese mismo pronunciamiento el Tribunal Constitucional concluye la imposibilidad de impugnar las decisiones parlamentarias citadas a través del recurso de amparo previsto en el artículo 42 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Debe reseñarse que esta naturaleza normativa del acto parlamentario de prórroga del estado de alarma no fue compartida por el voto particular emitido por el magistrado señor Ortega Álvarez, que entiende que la Constitución deja claro el rango normativo de los instrumentos por los que se declara el estado de alarma y de excepción, sin que esa claridad pueda ser interpretada por el Tribunal Constitucional.

La Sentencia 83/2016, de 28 de abril (BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016) ha clarificado algunos extremos del estado de alarma en lo tocante a las relaciones entre el poder ejecutivo y el Parlamento al afirmar: «La declaración del estado de alarma corresponde al Gobierno con carácter exclusivo y ha de llevarse a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros. El decreto ha de determinar el ámbito territorial de vigencia del estado excepcional, su duración, que no podrá exceder de quince días, y los efectos de la declaración. El Gobierno debe dar cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto, de la declaración del estado de alarma, suministrándole la información que le sea requerida, así como la de los decretos que dicte durante su vigencia relacionados con aquélla (arts. 116.2 CE y 6 y 8 de la Ley Orgánica 4/1981). Esta dación de cuentas no altera el carácter exclusivo de la competencia gubernamental para declarar inicialmente el estado de alarma por un plazo máximo de quince días, configurándose como un mecanismo de información que puede activar e impulsar, en el marco de la relación fiduciaria que ha de existir entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados, un control político o de oportunidad sobre la declaración del estado excepcional

y las medidas adoptadas al respecto, así como, subsiguientemente, la puesta en marcha, en su caso, de los pertinentes instrumentos de exigencia de responsabilidad política. En este sentido, el Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) dispone que de la documentación remitida por el Gobierno se dé traslado a la Comisión competente, que podrá pedir la información y documentación que estime pertinente, previéndose la posibilidad de que el asunto pueda ser sometido inmediatamente al Pleno de la Cámara, si no estuviera reunido al efecto, o a la Diputación Permanente, si el Congreso estuviera disuelto o hubiera expirado su mandato (arts. 162 y 165 RCD). Se trata, en todo caso, de una intervención de la Cámara a posteriori, una vez que ha tenido lugar la declaración gubernamental del estado de alarma, y de naturaleza estrictamente política, esto es, que su resultado, si la intervención parlamentaria se llegase a concretar o formalizar en algo, no vincula jurídicamente al Gobierno, ni condiciona ni altera, por lo tanto, el contenido del decreto por el que se ha llevado a cabo la declaración del estado de alarma».

En este orden de cosas considero de particular interés las posibilidades de trabajo colaborativo y conjunto que pueden coadyuvar las tecnologías de la información y comunicación para la relación entre el Parlamento y el Ejecutivo y así ideas como las propuestas por Rubio Núñez y Vela Navarro-Rubio[24] que postulan la colaboración institucional en la conexión directa entre la información de las webs del Gobierno y los parlamentos resultan de particular interés para la gestión de situaciones de excepción en las que la rapidez de la respuesta y la transparencia de cara a la ciudadanía son claves. Que la ciudadanía conozca en tiempo real los posicionamientos de sus representantes en las Cortes Generales en momentos en que el debate social sobre la efectividad de ciertos derechos fundamentales es manifiesto colabora, a mi juicio, a la mejora de la salud democrática del sistema institucional.

24 *El parlamento abierto en el mundo, evolución y buenas prácticas. 125 instrumentos de apertura parlamentaria.* Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad de estudios parlamentarios y del estado autonómico, 2017, p. 174.

V. Bibliografía

Alonso García, M.ª N.: «Límites del Gobierno en la aplicación del «veto presupuestario»: el artículo 134.6 CE a examen», *Diario La Ley*, 9252, Sección Tribuna, 5 de septiembre de 2018, Wolters Kluwer.

Aragón Reyes, M.: «La organización institucional de las Comunidades Autónomas», *Revista española de derecho constitucional*, 79, 2007.

Auzmendi del Solar: «Del otorgamiento de autorizaciones y otros actos del Parlamento», en Sarmiento Méndez, X.A. (coord.)*, Manual AELPA del parlamentario.* Madrid, Wolters Kluwer, 2016.

Iglesias Machado, S., Marañón Gómez, R. (coord.): «Las funciones de control parlamentario y dirección política», en *Manual de Derecho Parlamentario autonómico.* Dykinson, 2016.

Nocilla, D.: «Breves notas sobre representación y responsabilidad política», *ReDCE*, 29, enero-junio de 2018».

Ponce Sol, J.: «La jurisprudencia europea y española sobre el derecho a una buena administración», en *Los retos actuales del derecho administrativo en el estado autonómico. Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro y Fernández-Valmayor*, vol. II. Santiago de Compostela, Fundación Democracia y Gobierno local *et al*.

Razquín Lizarraga, M. Mª: «Límites del derecho de información de los diputados», *Revista de Derecho Constitucional,* 113, mayo-agosto de 2018.

Ridao Martín, Joan: «Nueva mirada sobre antiguas cuestiones acerca de las comisiones de investigación parlamentarias. El deber de comparecer de las autoridades y funcionarios del Estado en las asambleas legislativas autonómicas, la obligación de decier la verdad y el rol de las minorías en las comisiones creadas preceptivamente a su instancia», *Revista de las Cortes Generales,* 100-101-102, 2017.

Ripollés Serrano, R., Marañón Gómez, R. (coord.): *Diccionario de términos de Derecho Parlamentario.* La Ley, 2014.

Rubio Núñez, Vela Navarro-Rubio: *El parlamento abierto en el mundo, evolución y buenas prácticas. 125 instrumentos de apertura*

parlamentaria. Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad de estudios parlamentarios y del estado autonómico, 2017.
Sarmiento Méndez, X. A.: «Las instituciones parlamentarias en el siglo XXI», *El notario del siglo XXI. Revista del colegio notarial de Madrid, 69,* septiembre-octubre de 2016.

La moción de censura

Mª Cristina Duce Pérez-Blasco
Letrada del Parlamento de Canarias.

Resumen

La moción de censura en España– con orígenes en el constitucionalismo británico– se configura como la superior institución de control y exigencia de la máxima responsabilidad política del Legislativo hacia el Ejecutivo. Se basa en el bicameralismo imperfecto que confiere preeminencia al Congreso de los Diputados sobre el Senado y con el fin de mantener la máxima estabilidad del ejecutivo, se requiere la inclusión de un candidato a nuevo presidente en caso de ser derrocado el titular, es la denominada «moción de censura constructiva»; debe presentarse en escrito motivado dirigido a la Mesa del Congreso de los Diputados, ha de estar suscrita por, al menos, la décima parte de los diputados de la Cámara, es decir, de treinta y cinco de ellos; no podrá votarse hasta que haya transcurrido un mínimo de cinco días, denominado «período de enfriamiento» y se requerirá mayoría absoluta del Congreso para su aprobación, en cuyo caso, el Gobierno saliente presentará de inmediato su dimisión al Rey, quien a su vez, nombrará al nuevo candidato investido de la confianza de la Cámara Baja. La democracia española ha vivido cuatro mociones de censura, la última de ellas, planteada en mayo de 2018, ha sido la primera y única en prosperar.

Palabras clave: moción de censura constructiva, responsabilidad política.

Resum

La moció de censura a Espanya –amb orígens en el constitucionalisme britànic– es configura com la institució superior de control i exigència de

la màxima responsabilitat política del legislatiu cap a l'executiu. Es basa en el bicameralisme imperfecte que confereix preeminència al Congrés dels Diputats sobre el Senat i, a fi de mantenir la màxima estabilitat de l'executiu, es requereix la inclusió d'un candidat a nou president en cas de ser derrocat el titular. És de la denominada «moció de censura constructiva»: ha de presentar-se en un escrit motivat dirigit a la Mesa del Congrés dels Diputats, ha d'estar subscrita per, almenys, la desena part dels diputats de la cambra, és a dir, de trenta-cinc d'ells, no pot votar-se fins que haja transcorregut un mínim de cinc dies, denominat «període de refredament», i requereix la majoria absoluta del Congrés per a ser aprovada; en aquest cas, el govern ixent ha de presentar immediatament la seua dimissió al rei, qui, al seu torn, ha de nomenar el nou candidat investit de la confiança de la cambra baixa. La democràcia espanyola ha viscut quatre mocions de censura, l'última d'elles, plantejada al maig de 2018, ha sigut la primera i única a prosperar.
Paraules clau: moció de censura constructiva, responsabilitat política.

Abstract

The motion of censure in Spain-with origins in British constitutionalism – is configured as the top institution of control and demand for maximum political responsibility from the Parliament to the Executive. It is based on the imperfect bicameralism which gives pre-eminence to the Congress of Deputies on the Senate and in order to keep the maximum stability of the Executive, the inclusion of a new presidential candidate in case of being overthrown the holder is required, it is called «constructive censure motion»; It must be presented in written reasoned statement addressed to the Board of the Congress of Deputies, it must be subscribed by, at least, the tenth part of the deputies of the Chamber, i.e. thirty-five of them; You can not vote until a minimum of five days has elapsed and it will require absolute majority of Congress for approval; in which case, the outgoing Government will immediately present his resignation to the King, who in turn will appoint the new candidate invested with the confidence of the lower House. Spanish democracy has lived four motions of confidence, the last of them, raised in 2018 may, it has been the first and only to flourish.
Key Words: Constructive censure motion, political responsibility.

Sumario

I. Antecedentes.
II. Configuración del control en la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
III. Naturaleza jurídica.
IV. Ánalisis de la figura de la moción de censura.
1. Requisitos objetivos: moción de censura constructiva, aprobación por mayoría absoluta y proposición a través de escrito motivado.
2. Requisito subjetivo: Presentación por, al menos, la décima parte de los diputados, es decir, 35.
3. Requisito temporal: No podrá ser votada antes del transcurso de 5 días desde su presentación.
4. Antecedentes de la redacción de la norma.
5. Tramitación.
V. Primera moción de censura: mayo de 1980.
VI. Moción de censura de 1987.
VII. Moción de Censura de 2017.
VIII. Moción de censura de 2018.
IX. Bibliografía.

I. Antecedentes

El origen de la moción de censura se encuentra en el constitucionalismo británico, a través de la figura del «impeachment», la cual partía de una responsabilidad penal que derivó, finalmente, en una responsabilidad política.

La revolución de 1688 supuso la aprobación constitucional del *Bill of Rights*, y dos años más tarde, del Acta de Establecimiento; ambos textos otorgaban una preeminencia institucional al Parlamento en la estructura política.

Posteriormente, el Acta de Reforma de 1831 alteró la posición del Rey, quien perdió poder político en detrimento de los Ministros –quienes pasaban a ostentar responsabilidad política–. El monarca permanecía gozando de un derecho de influencia pero, ello supuso la separación entre Corona y Gobierno.

Asimismo, este cambio –que culminó en 1911, al introducir una segunda Cámara– avocó a que la Cámara de los Lores no pudiera contradecir lo dictado por la Cámara de los Comunes.

Desde la tripartición del poder efectuada por Montesquieu a partir de la Revolución Francesa de 1789 entre el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial, se confiere al segundo de los poderes las potestades de vigilancia y control del mandato democrático derivado de las urnas; estas funciones se llevan a cabo de conformidad con las leyes aprobadas en las asambleas legislativas, exigiendo estas últimas su confianza en el desempeño de las funciones del primero.

En España, la institución de la moción de censura aparece por primera vez en el trienio liberal de 1821[1] donde, siguiendo el modelo británico, se declaró la necesidad de que el Gabinete

1 Sevilla Andrés, D.: «Orígenes del control parlamentario en España», y Alzaga, O.: «La Constitución Española de 1978», *op. cit.*, p. 681. Entonces se aprobó una petición de las Cortes por 104 votos a favor contra 49 en la que se manifestaba «Que las Cortes consideraban que el actual ministerio no tiene la fuerza moral necesaria para dirigir felizmente el gobierno de la nación, y sostener y hacer respetar las prerrogativas del Trono; por lo cual esperan las Cortes y ruegan a su Majestad que, en uso de sus facultades, se dignará tomar las providencias que tan impetuosamente exige la situación del Estado.»

contara, no solo con la confianza de la Corona, sino también con la del Parlamento.

Posteriormente, en 1836, se produjo la moción de censura contra el entonces Presidente del Gobierno, Francisco Javier de Isturiz, cuando el Estatuto Real configuraba a las Cortes como una institución a medio camino entre una Cámara Consultiva y una Legislativa;[2] no obstante, el liberalismo imperante permitió su admisión a través de una Proposición no de ley, no reglamentada.

Las posteriores constituciones decimonónicas fueron recogiendo esta figura, en mayor o menor medida hasta llegar a la II República, antecedente histórico inmediato del actual; esta última, regulaba la institución en su artículo 64; sin embargo, la preeminencia que se confirió a la Presidencia de la República, hizo que muchos autores, entre ellos, Dieter Nohlen[3] negaran la naturaleza parlamentaria del régimen político de la Constitución republicana. Se permitía la exigencia de responsabilidad tanto al Gobierno de forma colectiva, como a los Ministros considerados individualmente. Se exigía la firma de, al menos, 50 diputados para su presentación; esta debía hacerse por escrito, y de forma motivada. Se conferían cinco días de «enfriamiento» para iniciar el debate y la mayoría absoluta del Congreso para su adopción. Aprobado el voto de censura, el Presidente del Congreso lo comunicaba al Jefe del Estado, quien estaba obligado a aceptar la dimisión, bien del Gobierno, bien de los Ministros objeto de censura.

II. Configuración del control en la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978

El concepto amplio de control parlamentario se encuentra enmarcado en el artículo 66.2 de nuestra Carta Marga, al estipular que «las Cortes

2 Villarroya, J. T.: «Los orígenes del control parlamentario en España», *REP*, 132, 1963, p. 78.
3 Nohlen, D.: «Parlamentarismo», en González Encinar, J. J., *Diccionario del sistema político español*, p. 599.

Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción de Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.»

No obstante lo anterior, el bicameralismo imperfecto diseñado constitucionalmente, autoriza a ambas Cámaras a llevar a cabo la función de control al ejecutivo, en sentido amplio; pero el control político, es decir, la exigencia de la máxima responsabilidad corresponde, en exclusiva, al Congreso de los Diputados. Así lo señala Sánchez de Dios al afirmar que «mientras que la actividad del control parlamentario puede ejercitarse desde cualquiera de las dos Cámaras, no ocurre así con la exigencia de responsabilidad política al Gobierno, para lo que el Senado no está habilitado.»

Distintos son los procedimientos de control parlamentario constitucionalmente previstos entre los que se encuentran las preguntas, las interpelaciones (arts. 109 y 111 de la Carta Magna) y las comisiones de investigación (artículo 76 de la Constitución). Estas tres figuras se enmarcan dentro de los requerimientos de información al Ejecutivo, y se agotan cuando se obtiene la misma, a diferencia de las exigencias de control, *stricto sensu,* que conllevarán el conocimiento de la actividad controlada y su confrontación con los parámetros que la rigen, es decir, de enjuiciamiento; y que puede avocar en una exigencia final de responsabilidad.

Un tercer tipo de control es el legislativo. La propia Constitución autoriza al Ejecutivo para dictar normas con rango de ley en caso de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86); no obstante lo cual, la quiebra al principio de separación de poderes, habilita a que esta nueva norma esté sometida a un doble control, el primer lugar, el judicial a través del Tribunal Constitucional, y en segundo lugar, el legislativo en la figura del Congreso de los Diputados, que deberá ser inmediatamente convocado al efecto de no estar reunido, en un plazo máximo de 30 días, y donde la Cámara verificará por un lado, la concurrencia o no de la urgente necesidad, y por otro, la convalidación o derogación del Decreto-Ley.

Análogamente, se sujeta a este control la legislación delegada regulada en los artículos 82 a 85 de la Constitución a través de una previa autorización del legislativo al ejecutivo articulada, bien por ley de bases, bien por ley ordinaria; y un posterior control judicial, esto es, el Tribunal Constitucional para la norma con rango de ley y los órganos competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto el ejecutivo se haya excedido de los límites de la delegación.

III. Naturaleza jurídica

La configuración jurídica que de la moción de censura adopta nuestra Carta Magna, se aparta de su predecesora, es decir, de la regulada en la Constitución Republicana; al entender sus redactores que nuestra democracia se hallaba aún inmadura y que era necesario adecuar esta figura a las nuevas condiciones parlamentarias. Además, se buscó el consenso entre las distintas fuerzas políticas.

Por ello, la principal característica de la naturaleza jurídica de la moción de censura vigente en nuestro texto constitucional es la «racionalización»[4] del régimen parlamentario. Siguiendo los modelos francés, italiano y alemán, se recoge un modelo rígido basado en la «relación fiduciaria que une al Parlamento y al Gobierno» y al tiempo, favoreciendo el Presidencialismo, con un bicameralismo «imperfecto», pues confiere un predominio al Congreso de Diputados sobre el Senado, dado que únicamente el primero puede exigir la máxima responsabilidad política al Ejecutivo.

Esta configuración ha sido criticada por un sector doctrinal como C. Ollero[5] quien señalaba que la moción de censura constructiva «lleva a la irresponsabilidad política de un Gobierno minoritario que, no obstante, se puede mantener constitucionalmente en el poder contra la oposición

4 Sánchez De Dios, M.: *La Moción de censura*. Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1992.

5 Ollero, C. «Democracia y moción de censura en la Constitución Española», *REP*, 52, 1986, p. 13 ; *Derecho y Teoría política en el proceso constituyente español*. Madrid, 1986, p. 11.

de la mayoría absoluta de la Cámara, si ésta no está de acuerdo sobre la persona que ha de formar el nuevo Gobierno» y por otra, «(esta) dificulta al límite, si es que no imposibilita, toda forma efectiva de control sobre el Gabinete….» al ser la moción de censura, la sanción jurídica de control parlamentario. En análogo sentido se pronunciaron autores como J. Solé y M. Martínez Sospedra[6] quienes entienden que la moción de censura dificulta o «conduce a una degradación de los restantes medios de control», criterio que comparte M. A. Calvo.[7]

J. Santamaría Pastor[8] afirmaba que la moción de censura constructiva ataca la flexibilidad de la práctica parlamentaria «por cuanto el procedimiento en cuestión desconoce el significado positivo que pueden revestir las crisis ministeriales para enfriar la tensión entre los partidos políticos y forzarles a atenuar sus diferencias y negociar un acuerdo.»

Por el contrario, entre los defensores del modelo se encuentran las tesis de I. Molas e I. Pitarch[9] al entender que la moción constructiva constituye una garantía contra «un parlamentarismo meramente destructor de mayorías, sin posibilidad de construir alternativas» y que encaja con «la teleología de la moción de censura, considerada clásicamente como un procedimiento específico de control, (que) es verificar la permanencia de la mayoría parlamentaria-gubernamental para continuar gobernando mientras exista; o constatar simplemente que aquélla se ha destruido y existe otra dispuesta a sustituirla.» En similar sentido se pronuncian O. Alzaga[10] y G. Peces-Barba[11]

---

6 Solé Tura, J.: «Democracia y moción de censura en la Constitución española», *REP*, 52, p. 98; Martínez Sospedra, M.: *Aproximación al Derecho constitucional español. Valencia,* Fernando Torres, 1983, p. 224.

7 «Relaciones entre el Gobierno y las Cortes en el anteproyecto», en VV. AA., *Estudios sobre el proyecto de Constitución.* Madrid, CEC, 1978.

8 «Relaciones entre el Gobierno y las Cortes en el anteproyecto», en VV. AA.: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*. Madrid, CEC, 1978, p. 136.

9 *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de Gobierno*. Madrid, Tecnos, 1987, pp. 196-219.

10 Alzaga, O.: *La Constitución española de 1978*. Madrid, Ediciones del Foro, 1978, pp. 682 y ss.

11 Peces-Barba, G.: *La Constitución española de 1978.* Madrid, Ediciones del Foro, 1978, p. 75.

IV. Ánalisis de la figura de la moción de censura

1. Requisitos objetivos: moción de censura constructiva, aprobación por mayoría absoluta y proposición a través de escrito motivado

Si el Gobierno requiere la confianza de las Cámaras para su investidura, la moción de censura constituye el instrumento a partir del cual se pretende declarar liquidada esa confianza. No obstante, con el fin de mantener la estabilidad gubernamental, nuestro ordenamiento exige –como requisito objetivo– la moción «constructiva»,[12] que implica la inclusión de un candidato alternativo que sustituya al actual titular del ejecutivo; característica que fue importada de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la cual intentó evitar la inestabilidad política que había regido en la República de Weimar, donde, hasta llegar a los gobiernos presididos por A. Hitler, se conocieron veintiún Ejecutivos en el plazo de catorce años.

El Diputado Pérez-Llorca, de Unión de Centro Democrático, defendía que «es necesaria la implantación sólida de un gobierno democrático, de gobiernos estables y duraderos que puedan asumir la labor ingente que espera a cualquier gobierno español a partir de la aprobación de la Constitución. Por ello, la mayoría de la Ponencia y de la Comisión se ha fijado en el parlamentarismo racionalizado (…) que introduce reglas para hacer jugar el principio de la responsabilidad del gabinete (…) Por tanto, se trata de responsabilizar el poder del parlamento, porque el parlamento debe tener el poder sumo, pero también ha de tener en estas cuestiones la responsabilidad suma, y esta es la que conferimos a través de la técnica de la moción de censura constructiva».[13]

Fraga Iribarne, de Alianza Popular, añadía que la Constitución «*ha de crear la posibilidad de gobiernos fuertes y eficaces, responsables, pero sin*

12 Montero Gilbert, J. R., García Morillo, J.: *El Control parlamentario*. Madrid, Tecnos, Temas Clave, 1984, p. 153.

13 *DSCD*, 109 (13-VIII-1978), pp. 4235-4235.

las manos atadas, para defender y promover la justicia, como también de una oposición igualmente fuerte y responsable».[14]

Saínz de Baranda, del PSOE, señalaba igualmente «Llamo la atención(…) que queda garantizado en el texto, que es garantía de la estabilidad del Poder ejecutivo (…) Entendemos que sin un ejecutivo estable y fuerte, sin un liderazgo político asegurado por el ejecutivo estable, no habrá democracia y pueden surgir las fuerzas sociales, volviendo a una situación previa al fascismo».[15]

Su regulación se encuentra prevista en el artículo 113 de la Constitución Española, enmarcado dentro del Título V denominado «de las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», junto con la cuestión de confianza, la posible disolución de las Cámaras, y extrañamente, los estados de alarma, excepción y sitio.

Su aprobación exigirá mayoría absoluta, en cuyo caso, al negar el Congreso su confianza al Gobierno, este debe presentar su dimisión al Rey y se procederá a continuación a la designación del candidato propuesto a Presidente conforme a lo preceptuado en el artículo 99. De no aprobarse la moción de censura, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones.[16]

Existe un tercer requisito para la presentación de la moción de censura que no se encuentra recogido en nuestro texto constitucional, pero sí lo hace en el artículo 175.2 del Reglamento del Congreso que exige que la moción de censura sea propuesta «*en escrito motivado dirigido a la Mesa del Congreso.*» (Presupuesto que sí recogía el artículo 64 de la Constitución republicana de 1931)*;* es decir, su presentación exigirá siempre una motivación, los aspectos de la política gubernamental que los firmantes estiman erróneos, perjudiciales o inoportunos. Con su cumplimiento, quedan descartadas las mociones basadas en razones infundadas o de escasa relevancia.

---

14 *DSCD*, 59 (5-V-1978), p. 2044.
15 *DSCD*, 68 (31-X-1978), p. 3408.
16 *DSCD*, 81 (6-IV-1978), pp. 2972 y ss., y 109 (13-VII-1978), p. 4232 y ss. *DSS*, 50 (6-IX-1978), pp. 2388 y ss., y 63 (30-IX-1978), pp. 3160 y ss.

2. Requisito subjetivo: Presentación por, al menos, la décima parte de los diputados, es decir, 35

La propuesta de moción de censura debe ser presentada por «al menos, una décima parte de los Diputados» – lo cual exige que sea firmada, al menos por 35 diputados, y podrían llegar a ser hasta cuarenta conforme al artículo 68.1 de la Carta Magna– y ha de incluir un candidato a Presidente del Gobierno.

3. Requisito temporal: No podrá ser votada antes del transcurso de 5 días desde su presentación

No puede ser votada antes de que transcurran cinco días desde su presentación, durante los cuales pueden presentarse mociones alternativas.

4. Antecedentes de la redacción de la norma

Durante el proceso constituyente este artículo aunó gran consenso por su relevancia y así lo acreditan las escasas modificaciones y enmiendas que se presentaron durante la tramitación, salvo para el grupo parlamentario comunista –el cual abogaba por una moción de censura tradicional, en la que se podía incluir o no un candidato sustituto; en el caso de no haber candidato, aceptada la moción, se procedería en la forma prevista en el artículo 97 para el nombramiento de presidente del gobierno, y así lo recogían las enmiendas planteadas por el diputado Solé Tura, las de Cuerda Montoya, del grupo vasco; y en el Senado únicamente las de Ollero Gómez, de la Agrupación Independiente–. Se debatió en especial la exigencia de una décima parte de los diputados de la Cámara para su presentación pues se entendía que un número tan elevado beneficiaba a los grupos parlamentarios mayoritarios que podrían presentar tres o cuatro mociones a lo largo de un mismo período de sesiones, en detrimento de los grupos parlamentarios más reducidos. Sin embargo, con esta exigencia se ha intentado– en palabras

de Montero Gilbert y García Morillo– «(…) la necesidad de evitar, por evidentes razones de economía parlamentaria, los debates sobre los que tienen muy escasas posibilidades de éxito».

5. Tramitación

Una vez presentada la moción, debe procederse a su tramitación a través del examen que, de la misma, lleva a cabo la Mesa del Congreso a la que va dirigida. Comprobado el cumplimiento de los requisitos constitucionales y reglamentarios mínimos para su admisión a trámite, y sin entrar a valorar la misma, se admite por la Mesa del Congreso de los Diputados y se da inmediata cuenta de la misma al Presidente del Gobierno y a los portavoces de los grupos parlamentarios (arts. 175 y 176 del Reglamento del Congreso).

Podrán tramitarse las mociones presentadas entre dos períodos de sesiones, dado que se dirigen al pleno; pero no las que se dirijan entre dos legislaturas, pues la Diputación Permanente del Congreso no es un órgano facultado para exigir responsabilidad política al Gobierno (arts. 78.2 y 113 de la Constitución y 57.1 del Reglamento del Congreso).

Paralelamente, la admisión a trámite de una moción de censura, prohíbe al Presidente del Gobierno proponer al Rey la disolución de las Cámaras (art. 115.2 de la Constitución).

El debate parlamentario que la moción origina, se inicia con una defensa de la misma, sin límite de tiempo, por uno de sus firmantes y a continuación, también sin limitación temporal, interviene el candidato en ella propuesto con el fin de exponer el programa político del Gobierno que pretende formar (artículo 177.1 del Reglamento del Congreso). Tras lo cual, la Presidencia de la Cámara decreta una intervención con el fin de que los grupos parlamentarios preparen el contenido de sus intervenciones futuras, por un plazo de treinta minutos, en el que habrá asimismo, turnos de réplica o rectificación durante otros diez minutos. Las siguientes intervenciones previstas serían las estipuladas para la investidura. El Presidente del Gobierno

censurado no tiene un turno de intervención reglamentariamente regulado, si bien puede hacer uso de la palabra siempre que así lo solicite (art. 70.5 del Reglamento del Congreso).

El período de «enfriamiento» de cinco días – se suelen computar como hábiles– que exige la Constitución, no se tiene en cuenta para iniciar el debate de la moción de censura; sino para la votación final. El artículo 85.2 del Reglamento del Congreso preceptúa que esta será «pública por llamamiento»; es decir, un Secretario nombrará por orden alfabético de primer apellido a los Diputados, comenzando por el Diputado cuyo nombre sea sacado a suerte, y estos responderán verbalmente «sí» o «no» o «abstención»; de esta forma se exige una responsabilidad individual en la votación. Esta modalidad de votación es la seguida por el constitucionalismo italiano en su artículo 94; por el contrario, el Reglamento del *Bundestag*, en su artículo 98.3, permite que el voto de censura se emita en papeleta secreta. La moción de censura se ha aprobar por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados; es decir, de los 176 Diputados que conforman la actual composición de la Cámara. Consecuentemente, la inasistencia, o la existencia de Diputados electos que no hayan adquirido la condición de tales, juegan en contra de la aprobación de la moción de censura.

Aunque existan mociones de censura alternativas, una vez aprobada una de ellas, no se continuará con las restantes.

La aprobación de la moción conlleva dos efectos inmediatos: el primero, el Gobierno debe presentar su dimisión al Rey de forma inmediata, aunque no se haya estipulado plazo; el segundo, el Rey, refrendado por el Presidente del Congreso de los Diputados, nombrará Presidente del Gobierno al candidato incluido en la moción, quien se entiende inmediatamente investido de la confianza de la Cámara.

Por el contrario, el rechazo de la moción conlleva que el Presidente del Gobierno recupere la posibilidad de disolución de las Cámaras y que sus firmantes no puedan presentar nuevas mociones de censura durante el mismo período de sesiones, con el fin de evitar abusos en

el planteamiento de esta figura. Se ha de recordar que los períodos ordinarios de sesiones abarcan de septiembre a diciembre y de febrero a junio; consecuentemente, la limitación temporal establecida es bastante corta.

También se ha planteado por un sector doctrinal que la moción de censura excluye la responsabilidad política individual de los Ministros, a diferencia de lo que recogía la Constitución Republicana de 1931, en la que se especificaba que el Congreso podría acordar un voto de censura contra el Gobierno o algunos de sus Ministros y el artículo 98.2 recogía la «responsabilidad directa» de los Ministros en la gestión de sus Departamentos. A diferencia de esta, la vigente Carta Magna prevé la responsabilidad solidaria de todo el Gobierno, de cuestionarse la acción política de un Ministro como resultado del control parlamentario realizado por el propio Congreso, el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas, cabe esperar que el Presidente acuerde su separación del ejecutivo.

Lo que el Congreso sí puede hacer es llevar a cabo «la reprobación ministerial», como sucedió en la presente legislatura con el Ministro de Justicia, por las «injerencias» de este en los casos judiciales abiertos contra su partido político; o las que fueron presentadas por el Partido Socialista en septiembre del año 1981 contra cinco Ministros, en el curso del debate sobre «la intoxicación derivada del fraude alimentario» (o fraude de la colza).

V. Primera moción de censura: mayo de 1980

En mayo de 1980, es decir, año y medio después de la entrada en vigor de la Constitución, treinta y seis diputados socialistas presentaron una moción de censura contra el Gobierno presidido por Adolfo Suárez. Su tramitación tuvo como peculiaridad que el debate se centró más en la investidura del candidato alternativo presentado que en la crítica al Gobierno. La confusión entre moción de censura e investidura se avivó más, cuando los portavoces de los distintos grupos parlamentarios

expresaron el sentido de su voto en razón del programa de Gobierno del candidato que en la reprobación al Ejecutivo que le había dado origen.

La moción de censura fue rechazada por 166 votos en contra (los de la UCD), 152 a favor (los del PSOE, PCE, PSA y algunos diputados del grupo mixto) 21 abstenciones (CD, Minoría Catalana y los restantes miembros del grupo mixto)

No obstante lo anterior, y a pesar de no prosperar la misma, esta moción de censura sí tuvo consecuencias políticas, pues supuso un debilitamiento parlamentario del Gobierno, dado que los únicos votos contrarios a la censura fueron los de la UCD; lo cual se vio a su vez reflejado en la cuestión de confianza que hubo de presentar poco después, en septiembre de 1980. Paralelamente, el candidato propuesto, vio reforzada su condición de líder; así como su habilidad parlamentaria que llevaron a su éxito en las urnas en 1982.

VI. Moción de censura de 1987

En marzo de 1987, se presentó una nueva moción de censura contra el Gobierno presidido por el Partido Socialista Obrero Español. Su promotor fue Alianza Popular, cuyo grupo parlamentario no alcanzaba el 20 por ciento de la Cámara, quien de antemano sabía que no gozaba de los apoyos necesarios para prosperar, pero su presentación tuvo una finalidad de propaganda electoral, de reafirmación de su posición en el centro-derecha y de potenciar la figura de su líder Hernández-Mancha, entonces presidente del Partido. Más aún cuando hacía un mes que había tenido lugar el debate sobre *el estado de la nación* y se encontraban próximas las elecciones locales.

Se plantearon seis motivos para su presentación: el deficiente funcionamiento de los servicios del Estado, la ineficaz gestión económica, la ineficacia de la Administración, la errática política exterior y de defensa, la actitud intervencionista del Estado y, por último, la ausencia de cauces de diálogo entre la sociedad y las instituciones.

El debate se celebró tres días después de la presentación, el jueves 26 y viernes 27 de marzo, y la votación el lunes 30 de marzo, cumpliendo el requisito de los cinco días de «enfriamiento».

Intervino en primer lugar, el Diputado que defendía la moción, en contestación a aquel y en defensa del Gobierno, el Vicepresidente del Gobierno. A continuación el candidato a la Presidencia quien expuso su programa de gobierno, tras el cual intervinieron los representantes de los Grupos Parlamentarios de conformidad con la decisión adoptada por la Junta de Portavoces; por orden de menor a mayor importancia numérica.

El resultado de la votación fue de 67 votos a favor (los del partido proponente y Unión Valenciana) 71 abstenciones (de CIU, CDS, PDP, PL y siete Diputados del Grupo mixto) y 195 votos en contra de (PSOE, IU, PNV, EE, AIC).

El resultado de la moción fortaleció al Ejecutivo en vigor, y puso en evidencia la inexistencia de alternativa política.

VII. Moción de Censura de 2017

El Grupo Parlamentario Podemos, presentó el 19 de mayo de 2017, la tercera moción de censura de nuestra vigente democracia en la que el candidato propuesto era Pablo Iglesias, y fue rechazada por 170 votos en contra, 82 votos a favor y 97 abstenciones.

En el escrito de presentación se argumentaba que el Ejecutivo «había abandonado las instituciones para ponerlas al servicio de sus propios intereses»; los innumerables casos de corrupción abiertos contra el partido gobernante; así como la falta de acuerdos parlamentarios y la reprobación cameral del Ministro de Justicia, derivada de su injerencia en el Ministerio Fiscal; así como la colusión entre el gobierno y los intereses empresariales que causa desigualdades sociales.

A través de esta presentación, el partido político Podemos, sabedor de los insuficientes apoyos con los que contaba para prosperar, pretendía erigirse como alternativa política y grupo parlamentario que

representase la oposición en el Parlamento y potenciar al tiempo, la figura de su líder.

Sin embargo, el resultado final no consiguió ninguno de estos objetivos y en su lugar, fortaleció el ejecutivo en el poder.

VIII. Moción de censura de 2018

El 25 de mayo de 2018, el grupo parlamentario socialista, tras la publicación de la sentencia de «la Gurtel» en la que el Tribunal reconocía que el partido político del Ejecutivo era partícipe a título lucrativo de la trama de corrupción, presentó una moción de censura, con sus 84 diputados como signatarios, en la que incluía a Pedro Sánchez– que en aquel momento no era diputado– como candidato a Presidente del Gobierno, quien afirmó:

«La fortaleza de las instituciones democráticas depende en buena medida de la confianza de las personas que las suscitan ocupan en la ciudadanía. Y la permanencia de la Presidencia del Gobierno del máximo responsable de una formación política declarada judicialmente como parte de un auténtico sistema de corrupción institucional, afectaría gravemente a la credibilidad de la Presidencia y del Gobierno y a la propia dignidad de la democracia española.» Asimismo, se alude a que el Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, que fue Secretario General de Partido entre 2003 y 2004, «ha eludido cualquier tipo de responsabilidad política.»

Los debates comenzaron el 31 de mayo y continuaron el día 1 de junio, fecha en que se procedió a la votación, siendo la primera vez en la historia de nuestra democracia en que prospera una moción de censura, con 180 votos a favor: 77 PSOE, 48 Podemos, 8 ERC, 8 PDeCat, 7 PSC, 6 PCE, 5 PNV, 4 BenC, 3 ICV, 2 EUiA, 2 BNV, 2 IdPV, 2 ComCat, 1 Sortu, 1 Aleternatiba, 1 NC y 1 CatSí.; 169 votos en contra, 134 PP, 32 Ciudadanos, 2 UPN, 1 FAC; y 1 abstención de CC. Se invistió Presidente a Pedro Sánchez, primer presidente no diputado de nuestra democracia.

IX. Bibliografía

Sáez Lorenzo, Mª C., Paz Domínguez, Mª D., Cañedo Lorenzo, J. M., Von Carstenn Lichtfelde, M., Marín Cruz, J.: *La Moción de Censura de Marzo de 1987.* Centro de Estudios Constitucionales, Departamento de Documentación, 3 de abril de 1987.

Elías Méndez, C.: *La moción de censura en España y Alemania*. Congreso de los Diputados (serie Monografías), 2005.

Ramírez, M.: «El Control Parlamentario del Gobierno en las Democracias Pluralistas (el proceso constitucional español)», en *Terceras Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho Constitucional*. 1978

Mellado Prado, P.: *La Responsabilidad Política del Gobierno en el Ordenamiento Español.* Congreso de los Diputados (serie Monografías), 1988.

Sánchez de Dios: *La Moción de Censura.* Congreso de los Diputados (serie Monografías), 1992.

Vintró Castells, J.: *La investidura parlamentaria del Gobierno: perspectiva comparada y Constitución española.* Congreso de los Diputados (serie Monografías), 2006.

Marco Marco, J. J. «Confianza y Censura. La responsabilidad política del Gobierno antes el Senado durante el siglo XIX», *Cuadernos del Senado*. 2003

Montero Gilbert, J. R., García Morillo, J. *El control parlamentario* (Temas clave de la Constitución Española). Tecnos, 1984.

Trujillo Pérez, A. J.: *La moción de censura en las Entidades Locales.* Civitas, 1999.

TÍTULO VI.
DEL PODER JUDICIAL

CORTS VALENCIANES

El título VI de la Constitución, «Poder judicial», desde una mirada en el siglo XXI[1]

Silvia Barona Vilar
Catedrática de Derecho Procesal y Directora Grupo MedArb.
Universitat València.

Resumen

La aprobación de la Constitución en 1978 supuso un punto de inflexión en la configuración del Poder Judicial. Los principios políticos, las líneas programáticas en torno a garantías del Poder Judicial, para su posterior desarrollo por ley orgánica, permitieron configurar un modelo de Justicia social, garantista, de tutela de las personas, y, a la vez, favorecer, el monopolio de un modelo judicialista y jurisdiccionalista. Cuarenta años después son diversos los parámetros sociales, económicos, políticos, tecnológicos e internacionales, que obligan a «repensar» este modelo y abrirlo a otros conceptos y otro *modus operandi*.

Palabras clave: garantías judiciales, justicia, poder, judicial, justicia electrónica, inteligencia artificial.

Resum

L'aprovació de la Constitució en 1978 va suposar un punt d'inflexió en la configuració del poder judicial. Els principis polítics, les línies programàtiques entorn de garanties del poder judicial, per al seu

1 Redactado en el marco del Proyecto PROMETEO 2018/111(*Claves de la Justicia civil y penal en la sociedad del miedo: feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad, Eficiencia y «Securitization»*y DER 2016-74945-R, *Psicoanálisis del Arbitraje: solución o problema).*

desenvolupament posterior per llei orgànica, van permetre configurar un model de justícia social, garantista, de tutela de les persones i, al mateix temps, van afavorir, el monopoli d'un model judicialista i jurisdiccionalista. Quaranta anys després són diversos els paràmetres socials, econòmics, polítics, tecnològics i internacionals, que obliguen a «repensar» aquest model i a obrir-lo a altres conceptes i a un altre *modus operandi*.
Paraules clau: garanties judicials, justícia, poder judicial, justícia electrònica, intel·ligència artificial.

Abstract

The enactment of the Constitution of 1978 was a major change in the configuration of the Judicial Power in Spain. The Constitution set foth some political principles that led to the configuration of a model of social justice, aimed to guarantee the fundamental rights of the citizens at the same time that the monopoly of the judiciary by the State was preserved and supported. After 40 years, the society has changed and the main economic, social, political and technological basis on which the Spanish society stands have varied too. Even the international role of Spain is today different. These changes favours a necesary «rethinking» of the Spanish model of justice and the need to open it to new ideas and modus operandi.
Key Words: Judicial Guarantees, Justice, Judicial Power System, eJustice, Artificial Intelligence.

Sumario

I. El Poder Judicial desde el Siglo XIX hasta la Constitución de 1978. Una breve referencia.
II. Poder Judicial en la Constitución de 1978.
III. Evolución de la Justicia y retos en el Siglo XXI.
1. Feminización de la Justicia.
2. Cambio de protagonistas y aparición de Justicia más allá del proceso, más allá de los tribunales y más allá del Estado.
3. Replanteamiento del Consejo General del Poder Judicial.
4. Supresión de los principios procedimentales.
5. Tecnologías e Inteligencia Artificial.
IV. Bibliografía.

I. El Poder Judicial desde el Siglo XIX hasta la Constitución de 1978. Una breve referencia

La Historia de España en el Siglo XIX vino, entre otras, enmarcada por una profusa actividad política, que arrastró enfrentamientos y también transformaciones. En ese contexto germinó un movimiento constitucionalista y la germinación de una estructura política que fue paulatinamente favoreciendo, desde los principios programáticos constitucionales, la elaboración de leyes que, especialmente en las últimas décadas del Siglo XIX, fue remarcable. La influencia francesa (tanto del ideario francés como del napoleonismo posterior) fue tremendamente decisiva en el marco de la gestación del ordenamiento jurídico español moderno (especialmente tras la aprobación de los «Códigos», que alteraron no solo contenidos, sino también la técnica sistematizadora de elaboración y presentación legislativa), para su consolidación posterior a lo largo del Siglo XX.

En el contexto decimonónico fue cuando las sucesivas constituciones españolas presentaron la noción de «Poder Judicial». Tiene tras de sí una innegable tradición histórica nominal, empero no por ello supuso la aparición de un verdadero Poder Judicial, entendido como verdadero poder político. Así, en la Constitución de 1812 –pese a su enorme valor como texto político que suponía una clara ruptura con el antiguo régimen, abrigando reformas económicas, políticas, sociales, y truncando las reminiscencias feudales– comienza tímidamente a impulsarse esa posible emergencia del Judicial como verdadero poder, todo y que el nombramiento de los jueces quedaba en manos del Consejo de Estado, quien proponía al rey una terna para su nombramiento, empero se diseña –siquiera en teoría– la garantía de la inamovilidad de los jueces, pese a la dependencia del ejecutivo. Exponentes de esa dependencia fueron las depuraciones de los jueces, los nombramientos de jueces de acuerdo a partidos e ideologías, las remociones, y un largo etcétera que demostraban la inexistencia de un verdadero Poder Judicial. Pese al intento de la Ley Orgánica (provisional, aun cuando prolongó esa provisionalidad hasta

1985) del Poder Judicial de 1870 de poner fina esta situación, siguió manteniéndose la influencia del ejecutivo.

Así, en el Siglo XIX y bien avanzado el Siglo XX no existió voluntad política de configurar un verdadero Poder Judicial, ni se diseñó como independiente ni como equilibrio de los poderes legislativo y ejecutivo. Quedaba reducido a la Administración de Justicia. La denominación no es baladí, porque era una parte más de la Administración pública, o lo que es lo mismo, los jueces y el personal jurisdiccional eran meros funcionarios, bajo el control del ejecutivo.

II. Poder Judicial en la Constitución de 1978

La aprobación de la Constitución de 1978 supuso ineludiblemente un punto de inflexión. No solo se refiere al Judicial como «Poder», sino que incorpora una profunda metamorfosis en su significado y aplicación práctica. El Poder Judicial forma parte de la estructura política del Estado, y pilar fundamental en el modelo político del sistema social y democrático de derecho configurado. Y no solo se le diseña, sino que se le adjudican las herramientas necesarias para consolidar los principios esenciales del Poder Judicial. A grandes rasgos pasamos a enumerar esos logros que la Constitución de 1978 supuso respecto del Poder Judicial en general y de la Justicia, en particular.

1. Se configura la potestad jurisdiccional o jurisdicción, dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por jueces y magistrados independientes, responsables, inamovibles, que revisten todas las garantías adecuadas para alcanzar la tutela de los derechos de la persona, como eje fundamental que es de todo el ordenamiento, juzgando de modo irrevocable y haciendo ejecutar, en su caso, lo juzgado (art. 117.1).

   En esas garantías se consolida constitucionalmente el Estatuto del personal jurisdiccional, que unos años más tarde, en 1985, pasaría a integrarse en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Será en esta norma orgánica (art. 122.1 Constitución) en la que

se configurarán los sistemas de ingreso en la carrera judicial, ascenso de categoría y provisión de plazas concretas, amén de la configuración de la imparcialidad con sus sistemas de garantías de abstención y recusación; la independencia y sumisión a la Ley, con un elenco de derechos y deberes; la inamovilidad y sus garantías generales y particulares (separación, suspensión, traslado y jubilación, a las que también se refería el art. 117.2 Constitución), así como la compatibilidad con los jueces de paz, los suplentes, sustitutos, provisión temporal y adscripción territorial; y las diversas posibilidades de exigencia de responsabilidad: disciplinaria, civil y penal, sin olvidar el principio programado en el artículo 121 de la Constitución en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado-juez, en cuanto los daños causados por error judicial y los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado.

La voluntad política del constituyente fue la separación de poderes e incorporó en este Título VI determinadas garantías para su consecución: Así, a título de ejemplo:

– se estableció en el artículo 127 que ni los jueces ni los fiscales podrán, mientras estén en activo, desempeñar cargos públicos –evitando duplicidad en poderes políticos diversos–, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos, lo que no es óbice al reconocimiento de su asociacionismo profesional. Es un mecanismo de garantía de independencia. Fue ley posterior la que señaló el periodo de *vacatio* que debía transcurrir para que, finalizado el cargo político, pudiere incorporarse en su puesto de trabajo en el Poder Judicial, no haciéndolo inmediatamente.
– se configuró un órgano de autogobierno de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial (art. 122). Si bien es la Ley Orgánica del Poder Judicial la que vino a configurar su posterior desarrollo estatutario, el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, la Constitución cerró un modelo del Consejo al establecer

que deberá quedar integrado por 20 vocales y un Presidente. Este, el Presidente, será Presidente del Tribunal Supremo. Los veinte vocales son nombrados por el Rey por un periodo de cinco años, siendo 12 nombrados entre Jueces y Magistrados y 8 entre personas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio de su profesión (4 a propuesta del Congreso de los Diputados, y 4 a propuesta del Senado). La Ley Orgánica ha ido cambiando los sistemas de designación, empero ni las funciones esenciales, ni la fórmula de autogobierno, ni el número de integrantes, ni la procedencia (judicial o no judicial), así como la doble condición de Presidente del Consejo y Presidente del Supremo, pueden quedar alteradas por una ley, sea ordinaria o sea orgánica, por cuanto son los límites constitucionales que se aprobaron en el texto de 1978. Cualesquiera cambios de estos límites debe venir de la mano de la previa modificación constitucional.

2. En consecuencia, esta potestad jurisdiccional solo puede ser atribuida a jueces y magistrados. Y solo estos podrán ejercer la función jurisdiccional (juzgar, hacer ejecutar lo juzgado y garantizar cautelarmente la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado). La Constitución consolidaba de este modo que esta función solo podía realizarse por los titulares de la jurisdicción, si bien a la vez establecía la exclusión de otras funciones, a salvo de las que vinieran expresamente reguladas por la ley en garantía de derechos, que no fueran estas. La organización jurisdiccional, sin embargo, es decisión de ley orgánica, todo y que se siguió manteniendo la referencia a la cúspide en dicho organigrama jurisdiccional, el Tribunal Supremo (art. 123), a quien con jurisdicción en toda España, se le considera el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes –cuyo Presidente es nombrado por el Rey, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial–, salvo en lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, que son competencia del Tribunal Constitucional (arts. 159 a 165 Constitución, y Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre), atribuyéndosele la condición

de intérprete supremo de la Constitución y tutelador de los derechos fundamentales.

3. La Constitución de 1978 incorporó tres principios políticos programáticos en torno al Poder Judicial: por un lado, la unidad de la Jurisdicción a que se refiere el art. 117.5 (no se trata de considerar el imposible de que la potestad jurisdiccional la tenga un solo órgano, sino que existan tantos como sea necesario que se distribuyan la competencia, empero la potestad jurisdiccional que tienen atribuida es única, no es posible una parte o sección de la misma), que viene a desplegarse a través de la organización jurisdiccional, en cuyo anagrama se presentan diversas clases de tribunales. En segundo lugar, el principio de la exclusividad (art. 117.3 Constitución). Frente a la idea inicial constitucional de que la exclusividad suponía el monopolio judicial estatal, o lo que es lo mismo, la aceptación de tan solo las decisiones que pudieren ser planteadas por los tribunales del Estado, la realidad ha superado esta afirmación, en cuanto en la actualidad hay Tribunales con jurisdicción en España que no son españoles (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Penal Internacional) y hay Justicia más allá del proceso y de los tribunales españoles (ADR o soluciones extrajurisdiccionales de conflictos). Y el tercer principio fue la consagración del juez legal o predeterminado (art. 117.6 en relación con el art. 24.2), en cuanto al derecho al juez ordinario predeterminado (preestablecido) por la ley antes de que surja el conflicto o el sometimiento a él, y la prohibición de tribunales de excepción que proliferaron en el franquismo con una profusa actividad vulnerando los principios esenciales y garantistas de un estado democrático de derechos.
4. La Constitución diseñaba la Justicia como pilar fundamental del sistema democrático de derechos y lo hacía desde la construcción de un sistema judicial sólido, perdurable, próximo y garantista. Esta necesidad de consolidar el modelo judicial fuerte se estructuraba sobre la consagración de garantías: principios políticos y principios

para su desarrollo en el Estatuto de Jueces y Magistrados, si bien aun cuando el eje del modelo en 1978 se estructuraba sobre los jueces y magistrados, sobre los tribunales, la Constitución también se refería a los otros dos integrantes de la Justicia como pilar del modelo político constitucional: el Ministerio Fiscal y la Policía.

Por un lado, el artículo 124, en este Título VI «Del Poder Judicial» atribuía la misión al Ministerio Fiscal de la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, velando por la independencia de los Tribunales y procurando ante estos la satisfacción del interés social. Esta plural misión atribuida a los Fiscales refleja el significado de la importancia constitucional del cuerpo de la Fiscalía ya en 1978, aun cuando en esos años los papeles entre el fiscal y el juez estaban muy nítidamente configurados. La necesidad de que la Justicia como pilar del sistema democrático funcione, y no solo se soporte sobre los tribunales de justicia sino sobre otros «cuerpos jurídicos», es lo que llevó a asumir la decisión política de incorporar al Ministerio Fiscal en el Título VI y a delimitar los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, amén de una actuación abrigada por los principios de legalidad e imparcialidad, lo que arrojaba nuevas maneras de conformar la Fiscalía y, sobre todo, de su actuación. La Constitución remitía a una ley reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la expresa referencia a la figura del Fiscal General del Estado, en la cúspide, que será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno y oído el Consejo General del Poder Judicial.

Asimismo, el artículo 126 se refería a la Policía judicial que depende en su actuación de Jueces, Tribunales y Fiscales. No se trataba –ni se trata– de una policía judicial en sentido estricto, sino de la policía cuando actúa en funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente en los términos en los que así la ley disponga. Con la Constitución se consolidaba

uno de los cuerpos instrumentales para el cumplimiento efectivo de las funciones del Estado y ha sido una de las instituciones que han venido ganando la estima y confianza de la sociedad en general. Su capacitación, su dedicación, y su cada vez mayor especialización la ha ido convirtiendo en pieza esencial del Estado y en particular del desarrollo de la Justicia.

5. Un dato remarcable igualmente es la ubicación de la persona, del ciudadano y la ciudadana, como eje de todo el ordenamiento jurídico. Se incorpora en este Título VI la necesidad de colaboración ciudadana en el cumplimiento de sentencias y demás resoluciones firmes, así como la de colaborar en el curso del proceso (art. 118), e igualmente, se hace expresa mención de la necesidad de romper la idea de Justicia para ricos y Justicia para pobres, todo y que el artículo 119 establece que la justicia será gratuita cuando la ley así lo disponga y en todo caso respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Lo contrario es una burla del artículo 14 y de la proclamación general de la igualdad. Y por último, la Constitución reconocía la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la Justicia (art. 125), no tanto como receptores de la misma (especialmente consagrado en el artículo 24, del que se derivará toda la construcción del derecho al proceso debido y el derecho a la tutela judicial efectiva, incluida la participación a través de la acción popular), sino también como participantes en esa dación de Justicia a través del Jurado, sin determinar –por ser materia de ley posterior– si debiera ser un Jurado puro o una mixto. Fue la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, la que lo configuró, tanto orgánica y estructuralmente como el desarrollo del proceso penal ante el Jurado.

En suma, la aprobación de la Constitución de 1978 supuso un punto de inflexión en la consagración del Poder Judicial. Era imprescindible la norma política, que desde la construcción ideológica del Estado ofreciera a la ciudadanía un modelo de Justicia creíble, fiable, sólido, garantista y duradero. Los ciudadanos

y las ciudadanas encontraron en la Constitución el soporte social y democrático para una Justicia adecuada a la sociedad moderna del momento. La transformación fue enorme y se asentaron las bases de esa Justicia paradigmática que ha presidido décadas y que ha presentado a los tribunales y al proceso como los grandes baluartes de la sociedad tanto para responder ante la conflictividad social, como para garantizar el control social frente a la posible violación de normas. Fue especialmente llamativo que en este Título VI se incorporara el artículo 120, que se refería a principios del procedimiento judicial (publicidad, la oralidad) o incluso en relación con la necesidad de motivar las resoluciones, como deber judicial y como garantía del justiciable. Este artículo 120 era prescindible en un texto constitucional, dado que incorporaba algo exigible en la década de los años setenta del Siglo XX, debido al oscurantismo judicial y procesal, empero que respondía a reglas que deben estar reguladas en las normas procesales y no en la Constitución. Sobre todos ellos, volveremos *infra.*

III. Evolución de la Justicia y retos en el Siglo XXI

Tras cuarenta años de la Constitución española, las transformaciones, los cambios, la evolución y en ciertos aspectos la metamorfosis de la sociedad, permiten evaluar el modelo. Hoy son muchos los componentes exógenos, y algunos también endógenos, que nos podrían llevar a reflexionar y cuanto menos valorar la necesidad de «repensar» algunos de los parámetros de la Justicia. Si la Historia ha ido mostrando los múltiples y poliédricos avatares que han condicionado también a la Justicia y a su configuración a lo largo de los Siglos, la era global ha insuflado de un componente específico en la evolución, la alta velocidad a la que estas transformaciones se van realizando, y además de forma generalizada y expansiva. Son por ello múltiples los factores que en el actual paisaje de la Justicia y del Poder Judicial

podemos contemplar y que inciden en una necesidad de cuanto menos «repensar» la Constitución en materia de Justicia.

1. Feminización de la Justicia

La Justicia y el Poder Judicial gestado en 1978 estaba pensado por hombres y para hombres. La ausencia de una perspectiva de género se encuentra en la base de todo el modelo de Justicia y especialmente es posible detectarla en el modelo judicial, afectando a su estructura y funcionamiento, tanto de forma explícita como implícita.

En primer lugar, se hace absolutamente imprescindible una revisión de toda la Constitución, y por ende de toda la regulación referida a Justicia, del lenguaje constitucional. Una revisión que lleve a incorporar un lenguaje no sexista, que sea inclusivo y no exclusivo de la mujer, como receptora de la tutela efectiva y como partícipe del modelo de Justicia constitucionalmente diseñado.

En segundo lugar, son significativos los datos numéricos (macros) crecientes de mujeres juezas y fiscales que se vienen incorporando al Poder Judicial en las últimas décadas. La presencia mayoritaria de mujeres en la Justicia en la actualidad (52% de juezas) no se refleja suficientemente en su estructura orgánica, ni es tomada en cuenta con claridad en las medidas adoptadas por esta: de los 82 integrantes del Tribunal Supremo tan solo 11 –un 12%– son mujeres, de las 17 presidencias de Tribunales Superiores de Justicia solo una es presidida por una jueza y de los 64 miembros que desde su creación ha tenido el Tribunal Constitucional, solo 6 –un 9%– han sido mujeres. Ni puede hablarse todavía de un sistema judicial que haya borrado los prejuicios de género o asegure el acceso igualitario a la justicia de todas las personas y, en especial, a mujeres y niñas. Es por ello que es importante valorar no solo los datos generales, sino especialmente determinar en qué espacios las mujeres tienen acceso y de que forma es posible un cambio de mirada –una verdadera mirada con ojos de mujer– en el ejercicio de la función. En consecuencia, aun cuando la presencia en los

juzgados y tribunales de la mujer es amplia, la intensidad de la misma es claramente desigual, dado que su incorporación ha sido claramente tardía o si se quiere muy posterior a la de los hombres, lo que ha propiciado el efecto consecuencia de que exista un menos porcentaje no solo en el Tribunal Supremo, sino también en los Tribunales Superiores de Justicia, en la Audiencia Nacional, en los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, o incluso en las Audiencias Provinciales.

Las previsiones son de cambio, pero muy tímidamente y requiere de un cambio de pensamiento, de mentalidad que debería arrancar de una mirada constitucional integradora, de la que se partiera para hacer posible esa mirada de la Justicia con ojos de mujer. Solo de este modo es posible pensar que más allá del número creciente de mujeres en la judicatura y en el ejercicio de profesiones jurídicas, como notarías, registros, abogacía, procuraduría, etc, se conseguirá una sociedad con igualdad real en la Justicia, una Justicia que permita la integración abierta, libre y sin trabas de las mujeres a los diversos puestos y órganos desde los que se ejerce la función de tutela de la ciudadanía.

No en vano, la segunda dimensión que si no explícita, sí se halla implícitamente en esa nueva mirada de la Justicia con ojos de mujer, es la de poder incorporar en la forma en que los operadores jurídicos imparten justicia argumentos jurídicos con perspectiva de género. Muchos son los exponentes que en los últimos tiempos reflejan esa ausencia. Una ausencia que condiciona, en demasiadas ocasiones ocultada o relativizada muy negativamente la práctica de estos, incidiendo en la dinámica de imposición de un sexo sobre el otro tanto en el plano interno de la justicia –los operadores jurídicos– como externo –los justiciables–. Ello, que cuenta con una relevancia objetiva en sí misma, encuentra una especial trascendencia en el orden penal en el que la presencia de mujeres, que gozan en muchas ocasiones de la condición añadida de personas en situación de especial vulnerabilidad, se hace particularmente presente y cuenta con una problemática tan especial como plural: el caso de la violencia de género, pero no solo ella, resulta tristemente paradigmático en este sentido.

En suma, seguimos conviviendo con un modelo cultural de relaciones de poder entre mujeres y hombres, con un silencioso «reparto de papeles» y la consiguiente subordinación estructural histórica. El modelo económico existente se sostiene sobre este sistema desigual de abuso de un grupo frente a otro. La mera invocación del principio de igualdad formal no sirve para desmontar esta forma de vivir y de diseñar el mundo.

Obviamente, no es una labor sencilla, como lo demuestran las ya varias décadas de activismo que propiciaron, a título de ejemplo la aparición en la década de los años setenta de la llamada *Feminist Jurisprudence*, cuyo objeto era precisamente el derecho, la norma jurídica, como objeto de análisis con perspectiva de género y denunciar con datos que el derecho es masculino (la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres), tiene sexo (no tiene en cuenta las experiencias y necesidades de las mujeres….un ejemplo claro lo constituye la manera en que se han construido los tipos penales relativos a los delitos sexuales) y tiene género (las relaciones de poder, que son la causa de la desigualdad de las mujeres, se reflejan en la norma jurídica; el patriarcado se refleja en la norma jurídica). Partía de tres postulados básicos: en primer lugar, la falsa neutralidad del derecho, que invisibiliza a las mujeres, especialmente a través del lenguaje jurídico; en segundo lugar, la falsa objetividad del derecho, pues el pensamiento de quién la aplica y la norma van unidos; aparecen condicionantes de la falsa objetividad: androcentrismo, clasismo, racismo y por tanto no hay un único discurso jurídico, sino tantos como personas lo construyen; y, en tercer lugar, el desmantelamiento del androcentrismo del derecho, para el que se requiere una solución transversal que ligue los saberes jurídicos y los extrajurídicos (experiencia, política, ética).

El camino no es fácil. Para luchar contra el todavía existente techo de cristal y la falta o inexistencia en algunos cargos de liderazgo femenino (Informe Greco 2016), hay que no solo constatarlo, sino trabajar para imprimir valores, generar opiniones y sobre todo fundar

decisiones que favorezcan ese cambio de paradigma en la Justicia. La cúspide de todo ello es el texto constitucional, desde la que configurar y garantizar no la igualdad formal, sino la igualdad real también en la propia función de juzgar (artículo 117.3 de la CE), asegurándose con ello la correcta aplicación del Derecho, de modo imparcial, justo, equitativo y eficaz. Para ello es imprescindible que formen a los y las Jueces correctamente en igualdad, desde la cual se alcance el verdadero «poder transformador de las sentencias», como forma de deconstruir la realidad de la norma jurídica y su hermenéutica en torno a lo masculino singular, olvidando las singularidades de las personas, especialmente las de las mujeres (ajustada a la realidad actual según el art. 3 del Código Civil).

2. Cambio de protagonistas y aparición de Justicia más allá del proceso, más allá de los tribunales y más allá del Estado

Otro de los retos con los que se enfrenta la Justicia y el Poder Judicial en general en este siglo XXI es el de la readaptación y cambio de protagonistas.

En primer lugar, la aprobación del texto constitucional en 1978 perseguía el empoderamiento y fortalecimiento del Estado a través de unos jueces capacitados, permanentes, profesionales, fiables, y construyó el mismo –Poder Judicial– sobre un eje esencial, los jueces y magistrados. No se trataba de considerar que no hubiera otros operadores jurídicos, sino que estos eran la esencia del Poder Judicial y su protagonismo era indudable, así como el cauce de participación y ejercicio de su función, el proceso.

Es innegable que mucho ha evolucionado en este aspecto. La mirada actual es divergente, tanto en cuanto a los sujetos como respecto del instrumento.

a) Por un lado, asistimos al fortalecimiento de otros operadores como la policía y el ministerio fiscal en ámbitos como el penal. En sede penal y procesal penal la Justicia ha virado hacia estos sujetos, los ha empoderado y se exige un replanteamiento no de

sus funciones, que han cambiado por las reformas legislativas, sino de su estructura y jerarquía. Es indudable el papel protagónico que hoy en día tiene la Policía en la investigación, pero no solo en esta cuando existe la sospecha fundada de la comisión de un hecho delictivo, sino amparada también en numerosas normas que otorgan una función esencial a la Policía en materias de prevención y seguridad (pero no seguridad personal sino seguridad pública o ciudadana). Es imprescindible delimitar el papel de la Policía en la Justicia y sobre todo configurar los límites de su intervención en la función preventiva que desempeña, por cuanto hay que mantener el equilibrio entre los dos ejes del sistema: la seguridad versus la libertad y derechos de las personas.

b) Por su parte, el papel del Ministerio Fiscal ha ido creciendo en las últimas décadas y ha venido a asumir funciones que en 1978 tenían los jueces y magistrados. Tras duros enfrentamientos políticos acerca del papel del juez y el Fiscal en el proceso penal, la realidad es que caminamos hacia lo que en Europa es una realidad: la asunción por parte del Fiscal de la persecución penal, con la colaboración instrumental de la policía y con el necesario control de las garantías por parte del juez. Si bien las discusiones han perdido gran beligerancia, surge una debate en torno a la dependencia o independencia de la Fiscalía respecto del Ejecutivo, planteando soluciones diversas en derecho comparado y suscitando en todo caso situaciones complejas que terminan siendo las únicas que se presentan a la opinión pública como ejemplo de inoperancia y manipulación política. Habrá que reflexionar acerca de la función del Ministerio Fiscal en la Justicia y acerca de su posible dependencia jerárquica o no respecto del Ministerio de Justicia.

c) Además, se han incorporado operadores jurídicos como los notarios, a quienes se ha atribuido funciones anteriormente judiciales (como jurisdicción voluntaria, por ejemplo); los letrados de la administración de Justicia (antes secretarios judiciales) que asumen igualmente funciones que antes eran exclusivas de los jueces,

incluida la función en conciliación, y sobre todo es especialmente destacable el rol asumido por los negociadores, los conciliadores privados, los mediadores y los árbitros. La irrupción de las soluciones extrajurisdiccionales de conflictos, las denominadas en el mundo anglosajón ADR (*Alternative Dispute Resolution*) obligan a considerar que hay Justicia más allá de los jueces y del Poder Judicial, lo que debe tener reflejo en la Constitución española, en cuanto favorecer la tutela efectiva de los y las ciudadanos/as, a través de medios plurales, unos judiciales y procesales, otros procesales pero arbitrales, otros no judiciales ni procesales como la negociación, la mediación y la conciliación, empero con efectos jurídicos indudables en la consecución de acuerdos y en la eficacia de los mismos.

Todos ellos nos permiten considerar que no es posible plantear el Poder Judicial como un compartimento estanco, sino integrado en un conjunto de medios garantizados legalmente que permiten un diagnóstico del conflicto, de la discrepancia, de la infracción de la norma, para poder acudir al medio más adecuado de solución del conflicto y/o de razonamiento jurídico con consecuencias jurídicas, procesales o no. Esta realidad, las ADR, no tenían apenas presencia en 1978, si bien en la actualidad, y debido en gran medida al impulso desde la Unión Europea, forman parte de nuestra realidad. La Constitución no puede sino integrarlas en una mirada global de la Justicia, una suerte de «*Multi door Justice System*» que se retroalimenta entre sí. Y en esos nuevos sistemas existen diversos grados de intervención del Estado, lo que no es óbice a la necesidad de contar con un marco constitucional y legal que les arrope.

Es más, la integración de España en los movimientos interregionales, y muy especialmente la Unión Europea, ha hecho que muchas de las estructuras y sobre todo las coordenadas del Poder Judicial deban replantearse, y sobre todo su significado. No son solo los tribunales españoles los que ejercen la jurisdicción en territorio español, sino otros supranacionales e internacionales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal

Europeo de la Competencia o la Corte Penal Internacional. de Justicia que tenemos.

3. Replanteamiento del Consejo General del Poder Judicial

Uno de los grandes debates políticos que de forma periódica se producen en la opinión pública gira en torno al Consejo General del Poder Judicial. Su incorporación en 1978 fue el resultado de la decisión política de configurar al Judicial como verdadero Poder, siendo el Consejo el órgano de autogobierno.

La Constitución de 1978 establece las líneas programáticas del mismo, siendo la Ley Orgánica la que posteriormente ha desarrollado las mismas. En tal sentido:

1. Se configuraba en 1978 como el órgano de gobierno del Poder Judicial y creemos que debería seguir manteniéndose como tal.
2. Igualmente la Constitución fijaba el número de vocales (20) y cómo se distribuiría su designación: 12 judiciales, por el sistema legalmente establecido –lo que ha propiciado una constante polémica-; y 8 vocales abogados y juristas de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión, elegidos 4 a propuesta del Congreso y 4 a propuesta del Senado. La politización que ha acompañado a los nombramientos de los vocales del Consejo ha empañado en muchos casos la credibilidad en el sistema.

   Probablemente una reducción del número de integrantes del Consejo y un replanteamiento más transparente y abierto de candidaturas, tanto judiciales como no judiciales, favorecería la fiabilidad y credibilidad de un órgano que debería tener un mayor reconocimiento y prestigio del que ha venido teniendo. La importancia de este órgano es indudable y su instrumentalidad como altavoz del Poder Judicial hacia la sociedad debería llevar a replantearse el número, el sistema de designación, la objetividad y transparencia en la designación y muy probablemente la reformulación de sus funciones, fortaleciéndolas políticamente.

3. La Constitución, muy atinadamente, diseñó este órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial con un mandato de cinco años, lo que es altamente recomendable, a los efectos de no mantener la misma duración de los mandatos legislativos y del ejecutivo con carácter general.

4. Supresión de los principios procedimentales

La necesidad constitucional de blindar derechos y libertades, valores democráticos y sociales, llevó a incorporar los principios programáticos para que la Justicia, y especialmente la que se ofrecía como tal a los ciudadanos españoles, una Justicia social, asentada y solidificada desde los órganos jurisdiccionales y con la garantía del proceso, fuera real, efectiva y próxima. En esa tarea el constituyente quiso incorporar los sólidos cimientos infranqueables que en materia de Justicia no pudieren traspasarse. Y en ciertos casos incorporó principios que no tienen ni deberían tener naturaleza constitucional, sino que deben ser consagrados en las normas de desarrollo y especialmente en lo que nos atañe, en las normas procesales.

El artículo 120 de la Constitución, que proclama las actuaciones judiciales públicas (con las posibles excepciones legalmente establecidas), la predominancia de la oralidad, especialmente en materia penal y la exigencia de motivación de las sentencias y su pronunciamiento en audiencia pública son claramente componentes de un proceso con todas las garantías, de un «*due process*», que corresponde diseñar a las leyes procesales. Su incorporación respondía a una necesidad de truncar el pasado oscuro, lúgubre, sin garantías, que había venido arrastrando la historia procesal española y mucho más en el periodo de ausencia de garantías del periodo franquista que antecedió a la elaboración de la Constitución.

Sin embargo, en la actualidad y con mirada del Siglo XXI, el artículo 120 de la Constitución puede eliminarse sin que ello altere la esencia

del proceso debido, la tutela efectiva y las garantías procesales que el modelo procesal español ofrece a las personas.

5. Tecnologías e Inteligencia Artificial

Finalmente, la mirada desde el Siglo XXI nos obliga a repensar la Constitución y determinar el grado de afectación que la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación han podido incidir en la estructura del Estado, en los órganos del Estado, en la manera de interactuar los mismos y en los principios de actuación. La cuarta revolución industrial (4.0.) también alcanza a la Justicia y al Poder Judicial y genera una suerte de Industria Inteligente de la Justicia o Ciberindustria que nos obliga a cambios en el diseño y especialmente en el *modus operandi* del Poder Judicial y de la Justicia en particular.

En primer lugar, las leyes procesales han venido adaptándose a estos cambios, la «*eJusticia*» ha llegado, actos de comunicación, videoconferencias, pruebas digitales, expedientes electrónicos, instrumentos electrónicos de prevención del delito y de investigación, las pulseras electrónicas, el uso de los «*malware*» o controles remotos, incluso la incorporación de las *On line Dispute Resolution*, entre otras muchas, ponen de relieve que las tecnologías han llegado para quedarse, y pueden incorporar en ciertos casos enormes beneficios para, con menor coste, tener un acceso a los sistemas de Justicia y en tiempo más breve.

Ahora bien, los avances nos hacen prever –como estamos observando en países de primer nivel de desarrollo tecnológico– que caminamos hacia la denominada «robotización judicial» o si se quiere la «Justicia robot» y esto altera la estructura y diseño del Poder Judicial, amén de las mismas garantías que el sistema actual establece. Y además, se presenta como una puerta abierta hacia el grado de incorporación de la revolución tecnológica en la toma de decisiones judiciales o, si se quiere, en la imparable sustitución del razonamiento lógico-deductivo de los jueces y magistrados en el momento de la toma de decisiones judiciales por la máquina inteligente, el *maschine learning* o el

«humanoide juez». El actual empleo de las matemáticas y especialmente de los algoritmos abrió una puerta hacia la robotización de la Justicia, cercenando indudablemente la capacidad decisora de los jueces humanos. De las *sentencing guidelines* americanas, destinadas a lograr una cierta uniformidad en las decisiones judiciales, si bien voluntarias en sus orígenes, hemos asistido a su implementación como estándares obligatorios para dictar las sentencias, empleándose criterios como la edad, la raza, el género, la clase social, el estatus social o laboral etc, favoreciendo el racismo, la xenofobia y la desintegración del modelo garantista. La aparición de los sistemas de asesoramiento jurídico electrónico (con abogados electrónicos), los sistemas de predictibilidad criminal, y la aparición de sistemas de juez-robot, obligan a repensar constitucionalmente algunas de las garantías judiciales y del sistema de justicia en general que se acuñaron en 1978.

IV. Bibliografía

Arangüena Fanego, C.: *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*. Valladolid, 2007.

Barona Vilar, S.: «Justicia integral y "Access to Justice". Crisis y evolución del "paradigma"», en Barona Vilar, S. (ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

Barona Vilar, S.: *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad del miedo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Barona Vilar, S.: «Reflexiones en torno al 4.0. y la inteligencia artificial en el proceso penal», *Revista Ius Puniendi*, Sistema penal integral, marzo-abril, 2018.

Barona Vilar, S.: «La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia», en *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

De Benito Llopis-Llombart, M.: *Justicia o burocracia*. Madrid, Cuadernos Civitas, 2017.

Guzmán Fluja, V.: «Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos», en Barona Vilar, S. (dir.), *Justicia civil y penal en la era global*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Hernández Martín, V.: *Independencia del juez y desorganización judicial*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1991.

Hobsbawm, E. J.: Guerra y paz en el Siglo XXI, 2007.

Montero Aroca, J.: *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid, Tecnos, 1976.

Roser, W.: «Crimes of color: Risk, profiling and the contemporary racialization of social control», *International Journal of Politics, Culture and Society*, 16(2), 2002.

Rusell, S., Norvig, P.: «Artificial Intelligence: A Modern Approach», disponible en <http://aima.cs.berkeley.edu/contents.html>.

Whitman, J. Q.: *The Origin of Reasonable Doubts*. Yale University Press.

La evolución de la planta judicial en el ámbito contencioso-administrativo y de la impugnación de las resoluciones de sus órganos

Alfonso Arévalo Gutiérrez
Letrado. Director de Gestión Parlamentaria y Comisiones de la Asamblea de Madrid. Profesor Asociado de Derecho administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

Resumen

La Ley de 1956 estableció el modelo de jurisdicción y proceso contencioso-administrativo todavía hoy vigente, afirmando un sistema judicial *strictu sensu*, con dos únicos órganos jurisdiccionales y un sistema de impugnación de sus resoluciones muy sencillo: las providencias y autos se recurrían en súplica –la actual reposición– y las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales en apelación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo; al margen del recurso extraordinario de revisión.

Tras la Constitución se han operado sucesivas reformas, presupuesta la institucionalización en 1977 de la Audiencia Nacional. La Ley Orgánica del Poder Judicial estableció los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas –creados en 1988– y afirmó dos nuevos órganos jurisdiccionales, unipersonales: los Juzgados provinciales y los Juzgados Centrales –solo sobre el papel, pues su implantación se difirió hasta la vigente Ley Jurisdiccional–.

El resultado es el vigente modelo, con cinco tipos de órganos jurisdiccionales: tres de ámbito estatal y dos de ámbito territorial limitado; tres colegiados y dos unipersonales.

La reforma de 1992 suprimió el recurso de apelación e introdujo la casación –en tres modalidades: ordinaria; para unificación de doctrina y en interés de ley–. La Ley 29/1998 asumió este esquema, recuperando la apelación. La reforma 2009 introdujo dos nuevos recursos, frente a las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia. Finalmente, la Ley Orgánica 7/2015 ha introducido una sustancial reforma en la casación: un único recurso, para crear una doctrina jurisprudencial sólida y estable, requiriéndose la invocación de una ilegalidad y la acreditación de un interés casacional objetivo; requisito que replica la reforma del recurso de amparo de 2007, en la línea del *certiorari* de la justicia norteamericana.
Palabras clave: jurisdicción contencioso-administrativa, recursos, casación, *certiorari*.

Resum

La llei de 1956 va establir el model de jurisdicció i procés contenciós administratiu encara vigent avui i va afirmar un sistema judicial *strictu sensu*, amb dos únics òrgans jurisdiccionals i un sistema d'impugnació de les seues resolucions molt senzill: les providències i interlocutòries es recorrien en súplica –l'actual reposició– i les sentències de les sales contencioses administratives de les audiències territorials, en apel·lació davant de la Sala Tercera del Tribunal Suprem; al marge del recurs extraordinari de revisió.

Després de la Constitució s'han operat reformes successives, pressuposada la institucionalització en 1977 de l'Audiència Nacional. La Llei orgànica del poder judicial va establir els tribunals superiors de justícia de les comunitats autònomes –creats en 1988– i va afirmar dos nous òrgans jurisdiccionals unipersonals: els jutjats provincials i els jutjats centrals –només sobre el paper, perquè la seua implantació es va diferir fins a la vigent llei jurisdiccional.

El resultat és el model vigent, amb cinc tipus d'òrgans jurisdiccionals: tres d'àmbit estatal i dos d'àmbit territorial limitat; tres col·legiats i dos unipersonals.

La reforma de 1992 va suprimir el recurs d'apel·lació i va introduir la cassació –en tres modalitats: ordinària, per a unificació de doctrina i en interès de llei–. La Llei 29/1998 va assumir aquest esquema i va recuperar l'apel·lació. La reforma 2009 va introduir dos nous recursos, enfront de les resolucions dels lletrats de l'administració de justícia. Finalment, la

Llei orgànica 7/2015 ha introduït una reforma substancial en la cassació: un únic recurs, per a crear una doctrina jurisprudencial sòlida i estable, que requereix la invocació d'una il·legalitat i l'acreditació d'un interès cassacional objectiu, requisit que replica la reforma del recurs d'empara de 2007, en la línia del *certiorari* de la justícia nord-americana.
Paraules clau: jurisdicció contenciosa administrativa, recursos, cassació, *certiorari*.

Sumario

I. El preconstitucional modelo bimembre: la Ley Jurisdiccional de 1956.
II. La reforma operada en 1977: la institucionalización de la Audiencia Nacional.
III. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985: el establecimiento de los Tribunales Superiores de Justicia y la afirmación de los Juzgados unipersonales.
IV. La reforma de 1992: la introducción de la casación en la jurisdicción contencioso-administrativa.
V. La Ley 29/1998, de 13 de julio.
VI. La reforma 2009: implantación de la nueva Oficina Judicial.
VII. El cierre –por ahora– del modelo vigente: la reforma del recurso de casación operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

I. El preconstitucional modelo bimembre: la Ley Jurisdiccional de 1956

Como es bien sabido, el establecimiento de un modelo de lo contencioso-administrativo en España –desvinculado de la Administración cuya actividad se controla– se remonta a las leyes de 1845, que prolongaron su vigencia (al menos teórica) hasta la Ley de 13 de septiembre de 1988 –la conocida como *Ley Santamaría de Paredes*–, cuyo modelo armónico rigió hasta 1956.

La muy elogiada –con todo fundamento– Ley de 27 de diciembre de 1956 afirmó el modelo de jurisdicción y proceso contencioso-administrativo que continúa hoy vigente, comportando, en lo organizativo, la afirmación de un sistema judicial *strictu sensu*, con dos únicos órganos jurisdiccionales:

- De un lado, con competencia nacional, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo –previamente existente, desde 1904, fecha hasta la cual el Consejo de Estado había asumido competencia jurisdiccional–, pasando a ostentar todos sus miembros la condición de Magistrados; y,
- De otro, con jurisdicción territorial limitada, las Salas de lo Contencioso-administrativo de las –hoy desaparecidas– Audiencias Territoriales, suprimiéndose mediante dicha Ley los previos Tribunales Provinciales –que, a su vez, habían sucedido a los originarios Consejos provinciales–.

La Ley comportó un notable avance en el modelo de control judicial de la actividad administrativa, afirmándose en la misma un sistema de impugnación de las resoluciones de los dos órganos jurisdiccionales referidos muy sencillo:

- Las providencias y los autos de dichos órganos eran susceptibles de recurso de súplica –la actual reposición–, que se asemejaba al administrativo de reposición, resolviéndolo la Sala recurrida.
- Las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales –a semejanza del recurso administrativo

de alzada– eran recurribles en apelación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
- Además, ante el Tribunal Supremo cabía formalizar el recurso extraordinario de revisión.

II. La reforma operada en 1977: la institucionalización de la Audiencia Nacional

Con el precedente de la Ley de 17 de marzo de 1973 y con la pretensión de descargar el volumen de trabajo de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, mediante la reforma operada por el Real Decreto-ley de 4 de enero de 1977 –al tiempo que se suprimía el Tribunal de Orden Público– se creó un tercer órgano jurisdiccional, con competencia en todo el territorio nacional, cual es la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Las resoluciones de la nueva Sala seguían el mismo modo de impugnación que las emanadas de las Salas de las Audiencias Territoriales.

III. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985: el establecimiento de los Tribunales Superiores de Justicia y la afirmación de los Juzgados unipersonales

El artículo 152.1 de la Constitución Española, por cuanto aquí importa, dispone que «Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.»

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en línea con la previsión del Texto Constitucional y su afirmación en los Estatutos de Autonomía aprobados en el periodo 1979-1983 (con la excepción del de La Rioja, que no contenía dicha previsión), modificó la planta jurisdiccional estableciendo dichos Tribunales Superiores de Justicia.

La ulterior Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, disciplinó la creación de dichos Tribunales, que culminan la organización jurisdiccional en cada Comunidad Autónoma, con una Sala específica de lo Contencioso-administrativo, suprimiéndose las Audiencias Territoriales.

La propia Ley Orgánica procedió a la afirmación en el modelo jurisdiccional contencioso-administrativo de dos nuevos órganos judiciales:

- los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, de ámbito provincial, llamados a descargar a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, asumiendo asuntos de menor trascendencia y cuantía.
- los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, con jurisdicción nacional, diseñados para descargar de asuntos a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en su función de control de la Administración General del Estado.

Dicha afirmación, sin embargo, lo fue solo sobre el papel, pues la Ley 39/1988 difirió su efectiva implantación y las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado la fueron demorando hasta el siguiente ejercicio presupuestario: no se trataba, sin embargo, de un problema presupuestario, sino de los recelos que el carácter unipersonal de estos nuevos órganos planteó en muy relevantes ámbitos de la Magistratura y de la propia Doctrina científica.

IV. La reforma de 1992: la introducción de la casación en la jurisdicción contencioso-administrativa

La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, mantuvo la estructura los tres órganos jurisdiccionales de naturaleza colegiada, antes referidos.

No obstante, es relevante a nuestros efectos toda vez que, mediante la misma:

– De un lado, se procedió a la supresión del recurso de apelación.
– Paralelamente, se introdujo en el ámbito contencioso-administrativo el recurso de casación contra las sentencias de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, articulado en tres modalidades:

1ª. La casación ordinaria, configurada como un recurso de acceso limitado a los supuestos tasados por la Ley –que establecía los concretos motivos que podían servir de fundamento a su interposición–: Este recurso se proyectaba contra la sentencia de instancia, no contra la actuación administrativa impugnada en el procedimiento del que traía causa.

Respecto de su tramitación, es oportuno recordar que –a diferencia de los demás recursos jurisdiccionales– la Ley configuró la iniciación del recurso de casación de una forma peculiar: no, como es habitual, mediante un escrito, sino de dos, denominados de anuncio o de preparación de la casación y de interposición del recurso; desdoblándose así las actuaciones, que inicialmente se desarrollaban ante el Tribunal que hubiera dictado la resolución que se cuestionaba, en el que se ventilaba la preparación del recurso, y ulteriormente se seguían ante el Tribunal Supremo, en el que se sustanciaban la interposición, la admisión a trámite, la sustanciación del recurso y la decisión del mismo.

2ª. La casación para unificación de doctrina, prevista para aquellos supuestos en que, no siendo posible el recurso de casación ordinario, existiera contradicción entre sentencias de los Tribunales o con la doctrina del propio Tribunal Supremo, exigiéndose identidad de litigantes o situaciones y de hechos, fundamentos y pretensiones.

El objetivo de este recurso era hacer efectivo el principio constitucional de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad ante la ley, corrigiendo tratamientos desiguales en el momento

de dispensarse la tutela judicial, fijándose la doctrina aplicable al supuesto concreto, si bien la resolución mediante sentencia del recurso no afectaba, en ningún caso, a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias anteriores a la recurrida que se hubieren utilizado como referencia y contraste.

3ª. La casación en interés de ley –subsidiaria de las anteriores– tenía por objeto las sentencias no susceptibles de las otras dos modalidades casacionales, cuando se reputara que las mismas eran gravemente dañosas para el interés general y erróneas las resoluciones dictadas.

Su fundamento se encontraba en el principio constitucional de legalidad, y su objetivo lo constituía la depuración de la doctrina jurisprudencial, fijando en el fallo la doctrina legal, careciendo de relevancia práctica para el caso concreto enjuiciado.

V. La Ley 29/1998, de 13 de julio

1

La remozada Ley Jurisdiccional aprobada en 1998 –según su Preámbulo, *«la reforma es a la vez continuista y profundamente renovadora»*– comportó el establecimiento efectivo de los dos nuevos tipos de órganos jurisdiccionales, de carácter unipersonal, que formalmente se habían introducido en 1985: los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, de ámbito provincial, y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, de ámbito nacional.

El resultado es el vigente modelo, con cinco tipos de órganos jurisdiccionales, siendo tres de ámbito estatal y dos de ámbito territorial limitado, y teniendo tres de ellos una composición colegiada y dos un carácter unipersonal.

El artículo 6 de la Ley dispone:

«El orden jurisdiccional contencioso-administrativo se halla integrado por los siguientes órganos:

a) Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

b) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

c) Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

d) Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

e) Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.»

De la forma más breve posible, y ponderando la delimitación competencial que llevan a cabo los siguientes artículos 8 a 13, a partir de la combinación de distintos criterios –el origen del acto, la materia y la cuantía, básicamente–, puede describirse su fisonomía como sigue, presupuesto, respecto de la competencia territorial y en los términos del artículo 14, que el conocimiento del asunto corresponderá al órgano en cuya circunscripción tenga su sede la Administración pública demandada, o en el que se halle el inmueble en cuestión –si se trata de materia urbanística y expropiatoria–, aunque en asuntos de personal, propiedades especiales o sanciones, el recurrente puede escoger el órgano en cuya circunscripción se halle su domicilio particular, si bien esta elección de fuero está limitada a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en el que tenga su sede el órgano que hubiera dictado el acto recurrido.

1º. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son órganos jurisdiccionales unipersonales que tienen competencia de ámbito provincial, estando radicados en la capital de la provincia; no obstante, pueden tener sede en un municipio distinto, extendiendo su jurisdicción al partido correspondiente. Dicho lo anterior, frente a lo que pudiera parecer, los mismos no pueden equipararse a los Juzgados de primera Instancia del orden jurisdiccional civil, pues estos poseen competencia general, y los que aquí nos ocupan solo la tienen respecto de las específicas cuestiones que se le atribuyen en el artículo 8 de la Ley –por más que el listado de competencias no haya hecho sino aumentar desde la reforma operada por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre–.

A estos Juzgados les corresponde ocuparse de asuntos, en principio, de menor trascendencia y cuantía, si bien asumen un

importante porcentaje de la actividad revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su competencia lo es en unos casos en primera instancia –estando abierta la posibilidad de interponer recurso de apelación contra sus resoluciones ante la correspondiente Sala del Tribunal Superior de Justicia– y en otros en única instancia. De forma esquemática, puede afirmarse que estos órganos son el juez natural de la actividad de las entidades locales –con exclusión de su actividad normativa y de los instrumentos de planeamiento urbanístico–, conociendo de importantes aspectos de la actividad de las Administraciones autonómicas –centralizada y periférica– radicadas en su territorio, especialmente en el ámbito sancionador y de responsabilidad patrimonial, hasta una determinada cuantía. Conocen también de actuaciones de la Administración periférica del Estado, singularmente en materia de extranjería.

2º. Los, también unipersonales, Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, radicados en la villa de Madrid, tienen jurisdicción en toda España.

Estos Juzgados centran su fiscalización en la actividad de la Administración General del Estado. Así es, careciendo de competencias en materia de Administración local y autonómica, su ámbito material de competencia, definido por el artículo 9 de la Ley Jurisdiccional, comprende el conocimiento –con algunas excepciones y límites cuantitativos– de los recursos interpuestos contra los actos dictados por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de personal y de responsabilidad patrimonial; contra las sanciones administrativas impuestas por cualesquiera órganos de la Administración General del Estado; y contra los actos y disposiciones emanados de los organismos públicos y entidades pertenecientes al sector público estatal.

3º. Las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia tienen atribuida competencia sobre el territorio de cada una de las Comunidades Autónomas, pudiendo haber varias salas en un mismo Tribunal Superior de Justicia,

y abarcar dichas Salas una o varias provincias específicas de la misma.

Estas Salas, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley Jurisdiccional, conocen en primera instancia y, asimismo, del recurso de apelación, revisión y queja contra las resoluciones de los Juzgados provinciales de lo Contencioso-Administrativo. Conocen también en determinados supuestos de los recursos de casación –si dichos recursos se fundan en normas dictadas por la correspondiente Comunidad Autónoma, constituyéndose al efecto una Sección Especial en el seno de la Sala– y de los recursos contencioso-electorales en las elecciones autonómicas y locales. Con todo, el rasgo definidor de su competencia es la atribución residual que les hace la ley, toda vez que les corresponde el conocimiento y decisión de cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional.

Por lo demás, no puede omitirse que estas salas, en su mayoría, están divididas en secciones, las cuales funcionan como órganos jurisdiccionales prácticamente independientes.

4º. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con sede en la villa de Madrid, tiene competencia sobre todo el territorio del Estado y conoce básicamente en única instancia de las actuaciones de los Ministros y Secretarios de Estado no atribuidas a la jurisdicción de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, aunque también se le atribuye la resolución de los recursos de apelación, revisión y queja que puedan formalizarse contra las resoluciones de dichos Juzgados Centrales. Esta Sala ostenta asimismo competencia para conocer de los recursos que en materia económico-administrativa se interpongan contra las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, así como de los formalizados contra las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

5º. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con sede en la villa de Madrid y «*jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*», de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución. Esta Sala se encarga en primera instancia del control de la actividad materialmente administrativa o doméstica –materia de personal, administración y gestión patrimonial– de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional –es decir, de los actos y disposiciones generales del Gobierno, las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo– y conoce de los recursos de casación –si el recurso se funda en infracción de una norma de Derecho estatal o de la Unión Europea y en los términos que luego se especifican–, de los recursos de revisión –contra resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal de Cuentas– y de los recursos contencioso-electorales en las elecciones generales y al Parlamento Europeo.

Debe, además, ponderarse la Sala de Revisión del Tribunal Supremo, establecida por el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya única competencia es la de resolver los recursos de revisión que puedan interponerse contra sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo del propio Tribunal.

2

Por lo demás, en la Ley 29/1998 se asumió el esquema previo en materia de impugnación de las resoluciones de dichos órganos, si bien recuperando el recurso de apelación, que había sido suprimido en 1992.

Cabe, pues, interponer los siguientes recursos, a los que deben añadirse los que, desde 2009, se pueden interponer contra las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia –que serán

considerados en el siguiente apartado VI– y la nueva configuración del recurso de casación afirmada en 2015 –a cuya análisis se dedica el apartado VII–:

– Recursos contra providencias y autos: artículos 79 y 80.
  1º. Cabe la interposición de recurso de reposición contra todas las providencias (contra las que no cabe apelación ni casación; salvo las referidas en los artículos 33.2 y 65.2, relativas a la comunicación de hechos o motivos relevantes no considerados por las partes) y todos los autos (salvo los supuestos expresamente exceptuados, como ocurre con los desestimatorios del propio recurso de reposición y los que resuelvan solicitudes de aclaración). Se interpone ante el propio órgano jurisdiccional que lo ha dictado, en el plazo de cinco días, y no tiene efecto devolutivo ni suspensivo. Del recurso se dará traslado a las restantes partes para impugnación, por plazo de cinco días, tras lo cual, en plazo de tres días resolverá el órgano jurisdiccional, mediante Auto. La resolución que se dicte, conforme al artículo 79.2, no es susceptible de recurso.
  2º. Contra los autos dictados por los órganos unipersonales en procesos en primera instancia, que no son susceptibles de casación, cabe la interposición de recurso de apelación en los supuestos tasados por el apartado 1 del artículo 80; no cabe, por el contrario, contra los actos dictados en procesos en única instancia. La interposición debe formalizarse en el plazo de quince días y la misma tiene efecto devolutivo, pero no suspensivo (si lo tiene en el supuesto de los recursos contra sentencias). La tramitación de estos recursos, conforme dispone el apartado 2 del propio precepto, se ajustará a lo establecido para los recursos de apelación contra sentencias, por lo que, dado su efecto devolutivo, su tramitación se desarrollará en dos fases: ante el órgano unipersonal que dicte el Auto y ante el órgano colegiado que lo resuelve.

– Recurso de apelación contra sentencias: artículos 86 a 93. Este recurso tiene por objeto las sentencias dictadas por los órganos unipersonales, con dos excepciones, afirmadas por el artículo 81.1: las que resuelvan asuntos de cuantía inferior a 30.000 euros, salvo en los tres supuestos excepcionados por el artículo 81.2 (con la consecuencia de que las dictadas en asuntos de cuantía indeterminada sí son apelables) y las relativas a las impugnaciones de actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y de candidatos por cualesquiera Juntas Electorales (dada la necesaria celeridad del proceso electoral). El recurso debe interponerse necesariamente ante el órgano jurisdiccional *a quo*, en el plazo de quince días, y es admisible en ambos efectos, devolutivo y suspensivo, con la consecuencia de que la interposición impide la ejecución definitiva de la sentencia, pues la priva de firmeza, si bien se puede instar su ejecución provisional. El Juez *a quo* dará traslado a las restantes partes para formular oposición, remitiéndose las actuaciones al Tribunal *ad quem*, que lo será la Sala del Tribunal Superior de Justicia si la sentencia lo es de un Juzgado de lo Contencioso-administrativo y la Sala de la Audiencia Nacional si lo es de un Juzgado Central, no teniendo competencia en apelación el Tribunal Supremo. La resolución corresponde a la Sala competente, mediante sentencia, que se dictará en el plazo de diez días, confirmando o revocando la resolución impugnada; si la sentencia de instancia hubiera declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, resolverá al mismo tiempo sobre el fondo del asunto. La sentencia es susceptible de impugnación mediante el recurso de casación.
– Revisión de sentencias firmes: artículo 102. La sentencia susceptible de recurso puede haber sido dictada por cualquier órgano jurisdiccional de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues se trata de una vía que excepciona la cosa juzgada formal propia de las sentencias. Se trata, en efecto, de un recurso extraordinario

y excepcional, que se dirige a demostrar la aparición de nuevos elementos de prueba o de circunstancias que permitirían concluir que de haberse tenido conocimiento de ellos, la decisión hubiera sido otra. La Ley Jurisdiccional remite básicamente a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo estarse a lo dispuesto en sus artículos 509 a 516, con precisiones únicamente en dos extremos: los motivos del recurso, que están tasados por los apartados 1 y 2 del artículo 102 de la Ley 39/1998, y la celebración de vista durante su trámite, que, conforme al apartado 3 de dicho precepto solo procederá cuando lo pidan todas las partes o la Sala lo estime necesario. Frente a la resolución que se dicte no se dará recurso alguno, al margen del eventual planteamiento de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

VI. La reforma 2009: implantación de la nueva Oficina Judicial

Consecuencia de las nuevas –y relevantes, por su clara naturaleza jurisdiccional en algún supuesto– atribuciones conferidas a los Secretarios Judiciales, se introdujeron dos nuevas figuras de recurso, a interponer frente a las resoluciones de los –desde la nueva configuración del Cuerpo operada por la ulterior Ley Orgánica 7/2015– Letrados de la Administración de Justicia:

– Recurso de reposición, que tiene por objeto las diligencias de ordenación y los decretos no definitivos, salvo que la Ley prevea, expresamente, que solo cabe recurso de revisión, y se interpone ante el propio Letrado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución recurrida. Este recurso no tiene efecto devolutivo ni suspensivo, y su tramitación es muy sencilla, dándose traslado a las restantes partes, para su impugnación, por plazo de tres días, resolviendo seguidamente el Letrado actuante, mediante Decreto, en el plazo de tres días. Reténgase que si bien frente a dicha resolución el artículo 102.bis.2 de la Ley Jurisdiccional dispone que «*no se dará recurso alguno*», el Tribunal Constitucional,

en su sentencia 58/2016, de 17 de marzo, declaró inconstitucional dicha prescripción; hoy, en consecuencia, y en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, cabe el recurso directo de revisión.

– Recurso de revisión, que tiene por objeto los decretos definitivos y se interpone ante el órgano jurisdiccional correspondiente, al que esté adscrito el Letrado que lo haya dictado, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución recurrida. Este recurso tampoco tiene efecto devolutivo, ni suspensivo, y su tramitación es muy similar al de reposición, dándose traslado a las restantes partes, para su impugnación, en este caso por plazo de cinco días, resolviendo seguidamente el Juez o la Sala actuante, mediante Auto, en el plazo de cinco días. Contra dicha resolución, conforme al artículo 102.bis.4 solo cabe interponer recurso de apelación y de casación, en los supuestos de los artículos 80 y 87 de la propia Ley Jurisdiccional.

VII. El cierre –por ahora– del modelo vigente: la reforma del recurso de casación operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio

De lo expuesto hasta aquí se colige que el sistema de impugnación de las resoluciones judiciales dictadas en el orden contencioso-administrativo es complejo, teniendo cada tipo de recurso unas reglas de interposición, tramitación y resolución distintas.

En dicho esquema la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha introducido una sustancial reforma, referida al recurso de casación, pergeñando así lo que constituye el vigente sistema. De entrada, dicha modificación –frente a las tres modalidades afirmadas en 1992, antes descritas– ha unificado esta vía de impugnación en un único recurso, acercando el recurso de casación a lo que siempre debió ser primordialmente y nunca ha sido: un instrumento que permita crear de forma cierta una doctrina jurisprudencial sólida y estable. Nada mejor para comprender su alcance

que reproducir los párrafos segundo y tercero del epígrafe XII de su Exposición de Motivos:

> «En este ámbito, y con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.
>
> Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo.»

Dicho lo anterior, debe destacarse que la casación puede interponerse tras la reforma, sin limitación de cuantía, contra las sentencias dictadas tanto por los órganos colegiados en única instancia o –novedad de la Ley 7/2015– en apelación, como –lo que tampoco estaba contemplado por la normativa precedente– por los órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa en única instancia –si bien en este caso, para su admisión, se requiere que estas contengan doctrina que se repute gravemente dañosa para los intereses generales y que sea susceptible de extensión de efectos–. Cabe también su formulación contra los autos dictados por los órganos colegiados en los supuestos contemplados por el artículo 87.1, siendo requisito

necesario al efecto el haber interpuesto previamente el recurso de reposición. Y también son recurribles las resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas, remitiendo a los concretos supuestos en que así lo prevea su Ley de Funcionamiento (supuestos de responsabilidad contable). Asimismo, en el nuevo régimen el recurso ya no es de acceso limitado, pues su interposición no se circunscribe a un elenco de motivos tasados –la reforma, con efectos desde el 22 de julio de 2016, eliminó los cuatro motivos tasados por los que previamente debía encauzarse este recurso; «el juego de la bolita», como coloquialmente se conocía dicho modelo entre los profesionales del sector–.

El plazo para preparar el recurso ante el órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado *ad hoc* es de treinta días, constituyendo hoy el escrito de preparación el documento fundamental del recurso; a cuyo efecto habrá de ponderarse el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera –su contenido es orientativo para la conformación del referido escrito y vinculante para la del ulterior escrito de interposición–.

Hemos de dejar constancia de que dicho escrito debe contener seis manifestaciones obligadas para su correcta preparación, que enumera el artículo 89.2, caracterizándose su admisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 88.1, por dos exigencias:

i. la invocación de una ilegalidad, esto es, de una concreta infracción del ordenamiento jurídico, ya sea procesal o sustantiva, o de la jurisprudencia. Esta exigencia debe interpretarse conjuntamente con la regla tradicional que respecto de este recurso se afirma en el artículo 87.bis, a cuyo tenor el mismo «*se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho*», salvo en el supuesto excepcional del artículo 93.3; y,
ii. que el recurso presente interés casacional objetivo para la formación de doctrina jurisprudencial. Se trata de un requisito discrecional, que constituye la principal novedad de la formulación actual del

recurso, replicando de este modo la reforma del recurso de amparo de 2007, en la línea del *certiorari* de la justicia norteamericana: solo se admiten los recursos que ofrecen un interés relevante para la formación de doctrina jurisprudencial, a cuyo efecto la Ley en el aparato 2 de su artículo 88 procede a una enumeración no exhaustiva de nueve circunstancias de cuya concurrencia puede deducirse que el recurso ofrece dicho interés, mientras que en el siguiente apartado 3 se enumeran cinco circunstancias en las que se presumirá que existe dicho interés casacional objetivo, con la consecuencia de que el recurso debe ser admitido en estos casos, salvo en los tres supuestos –de los cinco enumerados– en los que la Ley habilita al Tribunal para inadmitirlo, por auto motivado, cuando se aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo. Y puede ya afirmarse, a imagen del Tribunal Constitucional, que el Tribunal Supremo ha interpretado de forma restrictiva dicho concepto de interés casacional, limitando con ello de forma relevante el número de recursos admisibles.

TÍTULO VII.
ECONOMÍA Y HACIENDA

CORTS VALENCIANES

Autonomía local, autonomía financiera y estabilidad presupuestaria

Francisco Javier Ciriero Soleto
Letrado de la Asamblea de Extremadura.

Resumen

Se analiza la evolución legislativa y jurisprudencial que ha tenido el principio de autonomía local, el principio de autonomía financiera, entendido como la puesta a disposición de los entes locales de los medios económicos necesarios para poder llevar a cabo de forma eficaz sus políticas púbicas, dentro de las competencias que tienen atribuïdes, así como el principio de estabilidad presupuestaria, como un límite a la autonomía local y financiera, conforme al artículo 135 de la Constitución, redactado según la Reforma de 27 de septiembre de 2011.

Palabras clave: municipios, autonomía, recursos, competencias, estabilidad presupuestaria.

Resum

S'analitza l'evolució legislativa i jurisprudencial que ha tingut el principi d'autonomia local, el principi d'autonomia financera, entès com la posada a disposició dels ens locals dels mitjans econòmics necessaris per a poder dur a terme de forma eficaç les seues polítiques púbiques, dins de les competències que tenen atribuïdes, així com el principi d'estabilitat pressupostària, com un límit a l'autonomia local i financera, d'acord amb l'article 135 de la Constitució, redactat segons la reforma de 27 de setembre de 2011.

Paraules clau: municipis, autonomia, recursos, competències, estabilitat pressupostària.

Abstract

I analyze in this article about legislative and jurisprudential evolution of the principle of local autonomy, and the principle of financial autonomy, as the necessary economical government properties to be able to carry out effectively your public policies, within the competencies that are attributed, and the principle of budgetary stability as a limit to local and financial autonomy, according the article 135 of the Constitution, written up according to the reform on the 27 september 2011.

Key Words: Municipality, autonomy, governments properties, competencies, budgetary stability.

Sumario

I. Autonomía local.
II. Autonomía financiera.
III. Estabilidad presupuestaria.
IV. Bibliografía.
    1. Normativa.
    2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
    3. Doctrinal.

I. Autonomía local

Territorialmente España está constituida por el Estado Central, las Comunidades Autónomas y los entes locales, que están, a su vez divididos en Municipios, Provincias e Islas, en los Archipiélagos Balear y Canario, conforme a lo que establece el artículo 3.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Además de estas tres subdivisiones, que pueden considerarse de derecho necesario, existen otras que son contingentes entre las que se encuentran las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas (pedanías, parroquias…), las comarcas u otros entes que agrupen varios municipios, instituidos en los respectivos Estatutos de Autonomía, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios.

Los municipios pueden considerarse tanto como una división territorial como una forma de organización del territorio del Estado, conforme a lo indicado en la Sentencia del tribunal Constitucional 82/1982, de 21 de diciembre.

Los entes locales gozan de autonomía, que es definida por el Tribunal Constitucional como el derecho a participar en la gestión de sus propios intereses (STC 170/89, de 19 de octubre), pero teniendo en cuenta que no se trata de un poder absoluto, sino limitado, es decir, no nos encontramos ante una soberanía absoluta sobre su territorio, sino que esta autonomía está sometida al principio de unidad del territorio español del artículo 2 de la Constitución.

Este poder autónomo se circunscribe a la gestión de sus respectivos intereses, debiendo dotar a cada ente local de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer dicho interés (STC 4/1981, de 2 de febrero).

También se define la autonomía de los entes locales en la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988, que la define como «el derecho y la capacidad efectiva para las entidades locales de regular y administrar en el marco de la Ley, bajo su responsabilidad

y en beneficio de su población, una parte importante de los asuntos públicos.

Este derecho es ejercido por consejos o asambleas compuestas de miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal que puedan disponer de órganos ejecutivos responsables ante aquellas. Todo ello sin perjuicio del recurso a las asambleas de ciudadanos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, donde la ley lo permita».

En desarrollo de esta autonomía, el artículo 2 de la Ley de Bases del Régimen Local establece que para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. Las Leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en las materias que regulen.

La propia Ley de Bases del Régimen Local en su artículo 4 establece un listado de potestades de los entes locales que son:

a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.
b) Las potestades tributaria y financiera.
c) La potestad de programación o planificación.
d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.
e) La presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos.
f) Las potestades de ejecución forzosa y financiera.
g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.

h) Las prelaciones y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las comunidades autónomas; así como la inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes.

Al Estado central le corresponde, conforme al artículo. 149.1.18 CE regular parte del régimen local mediante normas de carácter básico (STC 214/ 1989, de 21 de diciembre) y serán estas leyes básicas las que deben determinar el nivel de autonomía de los entes locales.

En los Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas han asumido la competencia para completar esa regulación, pudiendo establecer políticas propias en este ámbito, dentro de las bases establecidas por el Estado. (STC 32/1981, de 28 de julio).

Dentro de estas bases, tan constitucional es reducir la autonomía local al mínimo constitucionalmente garantizado como ampliarla al máximo. Ambas soluciones son igualmente constitucionales y en dichos extremos puede moverse el legislador básico del régimen local en el marco de un sistema constitucional basado en el principio democrático. No obstante, el Tribunal Constitucional se ha inclinado por la segunda opción, la ampliación de la autonomía local.

A este criterio responden claramente las SSTC 103/2013, de 25 de abril y 143/2013, de 11 de julio, sentencias dictadas en relación al régimen orgánico de los denominados «municipios de gran población» introducido en la Ley de Bases del Régimen Local por la Ley 57/2003, de 16 de 11 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que prevé la creación preceptiva de los órganos de gestión desconcentrada, la comisión especial de sugerencias y reclamaciones y el consejo social de la ciudad. Este Tribunal consideró que ese régimen es constitucionalmente legítimo y básico por referencia a la directa afectación de los intereses de un ente local con autonomía constitucionalmente garantizada con independencia de que los llamados «municipios de gran población» perdieran parte de

su capacidad decisoria en un ámbito típicamente local (organización interna).

Se ha incrementado la protección de la autonomía local mediante la introducción en el artículo 75 ter de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional de un nuevo proceso, el Conflicto en Defensa de la Autonomía Local, creado mediante la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, que establece que :

Están legitimados para plantear estos conflictos:

a) El municipio o provincia que sea destinatario único de la ley.
b) Un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente.
c) Un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial.

Para iniciar la tramitación de los conflictos en defensa de la autonomía local será necesario el acuerdo del órgano plenario de las Corporaciones locales con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las mismas.

Una vez cumplido el requisito establecido en el apartado anterior, y de manera previa a la formalización del conflicto, deberá solicitarse dictamen, con carácter preceptivo pero no vinculante, del Consejo de Estado u órgano consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, según que el ámbito territorial al que pertenezcan las Corporaciones locales corresponda a varias o a una Comunidad Autónoma. En las Comunidades Autónomas que no dispongan de órgano consultivo, el dictamen corresponderá al Consejo de Estado.

Las asociaciones de entidades locales podrán asistir a los entes locales legitimados a fin de facilitarles el cumplimiento de los requisitos establecidos en el procedimiento de tramitación del presente conflicto.

II. Autonomía financiera

La autonomía financiera de los entes locales se debe considerar en un doble aspecto: la capacidad de obtener sus propios ingresos y la potestad de destinarlos al fin que se estime oportuno, dentro de sus competencias. Puede considerarse una manifestación de la autonomía política, ya que se trata de poder destinar el dinero de que se dispone a efectuar políticas propias. Supone la plena disponibilidad de los ingresos sin condicionamientos indebidos.

En la Constitución esta cuestión aparece regulada de forma expresa en el artículo 142 que indica que las 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.

De forma indirecta, hay que mencionar el artículo 133 que atribuye la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante Ley, aunque señala que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Esta autonomía financiera está sometida a límites, en base a los principios de cooperación y coordinación y, como indica el Tribunal Constitucional, también conforme al principio de estabilidad presupuestaria, ya que este principio es constitucionalmente legítimo (STC 134/2011, de 20 de julio).

La potestad originaria del Estado para crear tributos ha de ser compatible con la autonomía reconocida a los entes locales. La Administración local está obligada a cumplir las funciones que tiene encomendadas por la legislación y a cumplir las mismas en base a los principios de eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

Conforme a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo, texto refundido de la Ley reguladoras de las Haciendas Locales, la hacienda de las entidades locales estará constituida por los siguientes recursos:

a) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.
b) Los tributos propios clasificados en tasas, contribuciones especiales e impuestos y los recargos exigibles sobre los impuestos de las comunidades autónomas o de otras entidades locales.
c) Las participaciones en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas.
d) Las subvenciones.
e) Los percibidos en concepto de precios públicos.
f) El producto de las operaciones de crédito.
g) El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias.
h) Las demás prestaciones de derecho público.

Constituyen ingresos de derecho privado de las entidades locales los rendimientos o productos de cualquier naturaleza derivados de su patrimonio, así como las adquisiciones a título de herencia, legado o donación.

A estos efectos, se considerará patrimonio de las entidades locales el constituido por los bienes de su propiedad, así como por los derechos reales o personales, de que sean titulares, susceptibles de valoración económica, siempre que unos y otros no se hallen afectos al uso o servicio público.

En ningún caso tendrán la consideración de ingresos de derecho privado los que procedan, por cualquier concepto, de los bienes de dominio público local.

Tendrán también la consideración de ingresos de derecho privado el importe obtenido en la enajenación de bienes integrantes del patrimonio de las entidades locales como consecuencia de su desafectación como bienes de dominio público y posterior venta, aunque hasta entonces estuvieran sujetos a concesión administrativa.

Dentro de los tributos hay que diferenciar entre tasas, contribuciones especiales y recargos.

Por tasas hay que entender las que se cobran por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

En cambio las contribuciones especiales se cobran por la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, de carácter local, por las entidades respectivas.

Las entidades locales podrán establecer recargos sobre los impuestos propios de la respectiva comunidad autónoma y de otras entidades locales en los casos expresamente previstos en las leyes de la comunidad autónoma.

Entre los impuestos municipales se regulan:

a) El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica que es un tributo directo que grava la titularidad de los vehículos de esta naturaleza, aptos para circular por las vías públicas, cualesquiera que sean su clase y categoría.
b) El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras que es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, o para la que se exija presentación de declaración responsable o comunicación previa, siempre que la expedición de la licencia o la actividad de control corresponda al ayuntamiento de la imposición.
c) El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión

de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos.

Asimismo, las entidades locales participarán en los tributos del Estado y en la cuantía y según los criterios que se establecen en esta ley y de las comunidades autónomas en la forma y cuantía que se determine por las leyes de sus respectivos Parlamentos.

Otra forma de obtener fondos las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes es concertando operaciones de crédito en todas sus modalidades, tanto a corto como a largo plazo, así como operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés y del tipo de cambio. Ahora bien, todas las operaciones financieras que suscriban las Corporaciones Locales están sujetas al principio de prudencia financiera, debiendo entenderse por ella el conjunto de condiciones que deben cumplir las operaciones financieras para minimizar su riesgo y coste.

Para la financiación de sus inversiones, así como para la sustitución total o parcial de operaciones preexistentes, las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, podrán acudir al crédito público y privado, a largo plazo, en cualquiera de sus formas.

Pero como hemos visto, la autonomía financiera local se refiere no solo a la obtención de ingresos sino también a la capacidad para gastarlos. El Tribunal Constitucional ha indicado que en esta materia los entes locales han de regirse por los principios de legalidad, eficiencia, economía, asignación equitativa de los recursos públicos subordinación de la riqueza nacional al interés general, estabilidad presupuestaria y control (SSTC 134/2011, de 20 de julio y 130/2013, de 4 de junio).

III. Estabilidad presupuestaria

Este principio aparece regulado en el artículo 135 de la Constitución Española, que fue objeto de reforma en este aspecto el 27 de

septiembre de 2011, como exigencia de la Unión Europea para evitar el excesivo endeudamiento público y así poder afrontar con garantías la crisis económica que en aquel momento se cernía sobre nuestro país.

En tal sentido, la Constitución indica, entre otras cosas, en dicho artículo que todas las administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria, que el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros y que una Ley Orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo.

Esta Ley es la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En su Exposición de Motivos indica que la estabilidad presupuestaria, consagrada constitucionalmente, es base para impulsar el crecimiento y la creación de empleo en la economía española, para garantizar el bienestar de los ciudadanos, crear oportunidades a los emprendedores y ofrecer una perspectiva de futuro más próspera, justa y solidaria.

La salvaguardia de la estabilidad presupuestaria es un instrumento indispensable para lograr este objetivo, tanto para garantizar la financiación adecuada del sector público y los servicios públicos de calidad sobre los que descansa el sistema de bienestar, como para ofrecer seguridad a los inversores respecto a la capacidad de la economía española para crecer y atender nuestros compromisos.

Para hacer frente a la crisis, es necesario aplicar una política económica contundente basada en dos ejes complementarios que se refuerzan: La consolidación fiscal, es decir, la eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública, y las reformas estructurales. Pero más allá de esta respuesta inmediata, es necesario consolidar el marco de política económica y fiscal que permite asegurar de forma permanente el crecimiento económico y la creación de empleo.

Los tres objetivos de la Ley son: Garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas; fortalecer la confianza

en la estabilidad de la economía española; y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria.

A diferencia de la normativa anterior, la Ley regula en un texto único la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social. Esto mejora la coherencia en la regulación jurídica, supone una mayor claridad de la Ley y transmite una idea de igualdad en las exigencias presupuestarias, de responsabilidad y lealtad institucional entre todas las Administraciones Públicas.

En cuanto a los principios de esta Ley, mantiene los cuatro principios de la legislación anterior –estabilidad presupuestaria, plurianualidad, transparencia y eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos–, e introduce tres nuevos principios: Sostenibilidad financiera, responsabilidad y lealtad institucional.

El principio de estabilidad presupuestaria se define como la situación de equilibrio o superávit. Se entenderá que se alcanza esta situación cuando las Administraciones Públicas no incurran en déficit estructural.

Este principio se refuerza con el de sostenibilidad financiera, que es la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial.

También se introduce el principio de lealtad institucional, como principio rector para armonizar y facilitar la colaboración y cooperación entre las distintas administraciones en materia presupuestaria.

Constituye el objeto de la presente Ley el establecimiento de los principios rectores, que vinculan a todos los poderes públicos, a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público orientada a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, como garantía del crecimiento económico sostenido y la creación de empleo, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española.

Asimismo, se establecen los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva de los principios de estabilidad presupuestaria y de

sostenibilidad financiera, en los que se garantiza la participación de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera; el establecimiento de los límites de déficit y deuda, los supuestos excepcionales en que pueden superarse y los mecanismos de corrección de las desviaciones; y los instrumentos para hacer efectiva la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española y en el marco de la normativa europea.

A los efectos de esta Ley, el sector público se considera integrado por las siguientes unidades:

1. El sector Administraciones Públicas, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996 que incluye los siguientes subsectores, igualmente definidos conforme a dicho Sistema:
   a) Administración central, que comprende el Estado y los organismos de la administración central.
   b) Comunidades Autónomas.
   c) Corporaciones Locales.
   d) Administraciones de Seguridad Social.
2. El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas.

También se regula el principio de transparencia por el cual la contabilidad de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, así como sus Presupuestos y liquidaciones, deberán contener información suficiente y adecuada que permita verificar su situación financiera, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad

financiera y la observancia de los requerimientos acordados en la normativa europea en esta materia. A este respecto, los Presupuestos y cuentas generales de las distintas Administraciones integrarán información sobre todos los sujetos y entidades comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley.

En cuanto a las consecuencias de no cumplir lo establecido, las Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley, así como las que provoquen o contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea o las disposiciones contenidas en tratados o convenios internacionales de los que España sea parte, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado.

En el proceso de asunción de responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior se garantizará, en todo caso, la audiencia de la administración o entidad afectada.

El Estado no asumirá ni responderá de los compromisos de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales y de los entes previstos en el artículo 2.2 de esta Ley vinculados o dependientes de aquellas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos.

Las Comunidades Autónomas no asumirán ni responderán de los compromisos de las Corporaciones Locales ni de los entes vinculados o dependientes de estas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos.

El Gobierno establecerá mecanismos de coordinación entre todas las Administraciones Públicas para garantizar la aplicación efectiva de los principios contenidos en esta Ley y su coherencia con la normativa europea.

El Gobierno de Canarias interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la ley 2/2012 que fue resuelto por la STC 215/2014, de 18 de diciembre, definiendo el sentido y alcance de la reserva de ley orgánica prevista en el art. 135 CE indicando la necesidad de aplicar un criterio

estricto o restrictivo, partiendo de la doctrina constitucional relativa al contenido material de este tipo normativo. No cabe un entendimiento expansivo en cuya virtud cualesquiera medidas destinadas al ahorro en el gasto público, al manejo eficiente de los recursos públicos o a la racionalización de las estructuras administrativas queden reservadas a la ley orgánica por el solo dato de que sirvan en última instancia a fines de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. El sistema constitucional obliga a interpretar que todos los niveles de gobierno deben adoptar medidas de ese tipo en el marco de sus competencias respectivas, en general, y que el Estado puede utilizar al efecto la legislación ordinaria, en particular.

La segunda precisión se refiere a que el Estado ha de hacer compatible su competencia para establecer legislación básica encaminada a introducir criterios de racionalidad y eficiencia en materia de régimen local con la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas y a las propias entidades locales. Tal autonomía debe traducirse en todo caso en espacios para que ellas puedan establecer instrumentos con que dar cumplimiento a las exigencias de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), eficiencia en el uso de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). Estos mandatos constitucionales se proyectan directamente también sobre las Comunidades Autónomas y los entes locales. El Estado no es su único destinatario ni una instancia que pueda monopolizar o establecer todas las medidas de racionalización y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

Esta cuestión en el ámbito de la administración local está regulada en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local que tiene como objetivo la eficiencia en el uso de los recursos públicos locales y racionalizar la Administración local para asegurar su sostenibilidad y el cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria.

Según su Exposición de Motivos, el art. 135 CE y la Ley Orgánica 2/2012 exigen nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local.

Este propósito genérico, a su vez se divide en cuatro objetivos concretos que también se desarrollan en su Exposición de Motivos y que son los siguientes:

a) Racionalizar la estructura de la Administración local.
b) Clarificar las competencias locales.
c) Reforzar el control financiero y presupuestario
d) Aplicar el principio de intervención mínima, favoreciendo la iniciativa económica privada,

Estas nuevas normas son redactadas en cumplimiento de la normativa europea preexistente, en concreto el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea y Monetaria, firmado por España el 2 de marzo de 2012 por el que se introduce la exigencia de estabilidad presupuestaria, entendiendo que mediante la corrección de los desequilibrios presupuestarios se deben sentar las bases de la recuperación económica y de la creación de empleo.

En concreto en la Ley 27/2013 se establecen las siguientes medidas con el fin de alcanzar los objetivos indicados:

a) Actualización de las competencias municipales.
b) Fortalecimiento de las diputaciones provinciales.
c) Cobertura presupuestaria completa del coste de las competencias delegadas
d) Garantías de estabilidad presupuestaria en los convenios interadministrativos y en el ejercicio de la iniciativa local para el desarrollo de actividades económicas
e) Impulso del redimensionamiento del sector público local
f) Gestión eficiente y sostenible de los servicios público,
g) Sistema retributivo responsable y homogéneo
h) Fortalecimiento de la función interventora municipal y el control interno.

En tal sentido, las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias.

En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

En todo caso, la Administración del Estado podrá impugnar los actos y acuerdos previstos en este artículo cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Cuando se produzca el incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, las corporaciones locales incumplidoras deben formular un plan económico-financiero con los requisitos formales que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y que comprenderá alguna de las siguientes medidas:

a) Supresión de las competencias que ejerza la Entidad Local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación.
b) Gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la Entidad Local para reducir sus costes.

c) Incremento de ingresos para financiar los servicios obligatorios que presta la Entidad Local.
d) Racionalización organizativa.
e) Supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, incumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o que el período medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.
f) Una propuesta de fusión con un municipio colindante de la misma provincia.

También se establece la obligación de que todas las Entidades Locales calculen antes del día 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior.

Sobre esta Ley 27/2013 se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 41/2016, de 3 de marzo y la Sentencia 111/2016, de 9 de junio, en las que, aunque algunas cuestiones concretas de esta Ley las declara inconstitucionales, en esencia, la filosofía subyacente a la misma de considerar el principio de estabilidad presupuestaria como uno de los principales límites a la actuación de los entes locales, pudiendo el Gobierno Central establecer pautas para ello, se ha considerado constitucional.

IV. Bibliografía

1. Normativa

Constitución española.
Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.
Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local.
Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988.
Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalidad y Sostenibilidad de la Administración Local.
Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea y Monetaria, firmado por España el 2 de marzo de 2012.

2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Sentencia 82/1982, de 21 de diciembre.
Sentencia 170/1989, de 19 de octubre
Sentencia 4/1981, de 2 de febrero.
Sentencia 214/ 1989, de 21 de diciembre.
Sentencia 32/1981, de 28 de julio.
Sentencia 103/2013, de 25 de abril.
Sentencia 143/2013, de 11 de julio.
Sentencia 134/2011, de 20 de julio
Sentencia 130/2013, de 4 de junio.
Sentencia 215/2014, de 18 de diciembre,
Sentencia 41/2016, de 3 de marzo
Sentencia 111/2016, de 9 de junio

3. Doctrinal

Alzaga Villaamil, Ó.: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Marcial Pons, 2016.

Asociación de Constitucionalistas de España. *La organización territorial del estado, hoy: actas del XIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Congreso en Zaragoza en 2015.
Castelao Rodríguez, J.: *Régimen local y autonómico*. Universitas, 1996.
González Rivas, J. J.: *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional*. Civitas, 2005.
Martín Queralt, J.: *Curso de derecho financiero y tributario*. Tecnos, 2003.
Muñoz Machado, S.: *Crisis y reconstrucción de la estructura territorial del Estado*. Iustel, 2013.

TÍTULO VIII.
DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

CORTS VALENCIANES

La financiación autonómica y la gestión tributaria como cuestión constitucional

Germán Orón Moratal
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universitat Jaume I de Castelló.

Resumen

Las diferencias en las normas reguladoras de la gestión de unos mismos tributos cedidos crean inseguridad jurídica y pueden alterar las condiciones básicas del cumplimiento del deber constitucional de contribuir. Además la gestión de unos mismos tributos por Administraciones diferenciadas también generan discriminaciones en función de sus recursos y medios, por lo que dada la importancia actual de los impuestos para financiar el gasto público, situación muy distinta de la que acontecía en 1978, sería oportuno crear un órgano, en su caso con relevancia constitucional, para la aplicación de los tributos, que estaría sometido al Derecho creado por los titulares del poder legislativo, Estado y Comunidades Autónomas, y que podría estar funcionalmente vinculado al Senado, siendo este una auténtica cámara de representación territorial.

Palabras clave: gestión tributaria, tributos cedidos, autonomía financiera, deber de contribuir, administración integrada.

Resum

Les diferències en les normes reguladores de la gestió d'uns mateixos tributs cedits creen inseguretat jurídica i poden alterar les condicions bàsiques del compliment del deure constitucional de contribuir. A més, la gestió d'uns mateixos tributs per administracions diferenciades també

genera discriminacions en funció dels seus recursos i mitjans, per la qual cosa, donada la importància actual dels impostos per a finançar la despesa pública, situació molt diferent de la que succeïa en 1978, seria oportú crear un òrgan, si és el cas, amb rellevància constitucional, per a l'aplicació dels tributs, que estaria sotmès al dret creat pels titulars del poder legislatiu, Estat i comunitats autònomes, i que podria estar funcionalment vinculat al Senat, autèntica cambra de representació territorial.
Paraules clau: gestió tributària, tributs cedits, autonomia financera, deure de contribuir, administració integrada.

Abstract

The differences in the norms, that govern the management of the same ceded taxes, create legal insecurity and can alter the basic conditions of fulfillment of the constitutional duty to contribute. In addition, the management of the same taxes by differentiated Administrations also generates discrimination based on their resources and means, so given the current importance of taxes to finance public expenditures, a situation very different from what happened in 1978, it would be opportune to create an organ, in its case with constitutional relevance, for the application of taxes, which would be subject to the Law created by the holders of the legislative power, State and Autonomous Communities, and which could be functionally linked to the Senate, being this an authentic chamber of territorial representation.
Key Words: Tax management, Ceded taxes; Financial autonomy, Duty to contribute, Integrated administration.

Sumario

I. Estado de la cuestión.
II. Consideraciones sobre el alcance de la regulación de la aplicación de los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas.
III. Consideraciones sobre la creación de una institución única para la gestión de los tributos cedidos o compartidos.

I. Estado de la cuestión

Es una obviedad que el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, tal y como se ha ido desarrollando y aplicando el Título VIII de la Constitución, resulta insatisfactorio para una gran parte de la ciudadanía y las correspondientes Comunidades a las que pertenecen, como es el caso de la Comunidad Valenciana. La provisionalidad o transitoriedad de los distintos sistemas de financiación, cuya revisión última está siendo aplazada desde ya hace demasiado tiempo, suscita una serie de cuestiones que exceden con mucho lo que se pretende en estas páginas, por lo que acotaré las consideraciones en relación con un aspecto que no afecta tanto al quantum del sistema de financiación, sino a quién y cómo aplica el sistema tributario autonómico, fundamentalmente los impuestos cedidos por el Estado.

La previsión constitucional sobre los recursos financieros de las CCAA incluyó los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, además de sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales (art. 157.1), pudiendo regularse por Ley orgánica el ejercicio de esas competencias (art. 157.3) y también se dispone que «Las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las Leyes y los Estatutos» (156.2).

Desde un primer momento, el diseño del sistema de cesión de tributos y la delegación de la gestión tributaria en algunos de los tributos cedidos por parte del Estado, puso de relieve las nefastas consecuencias de una financiación garantizada, con independencia del resultado de la gestión tributaria llevada a cabo por las Comunidades Autónomas. De ahí se pasó poco a poco a buscar soluciones con un incremento de la corresponsabilidad fiscal de las Comunidades, con la atribución de potestades normativas sobre distintos aspectos de varios de los tributos cedidos, para que las Comunidades no se limitaran a ser un centro de gasto con cara amable para sus ciudadanos, sino también tener responsabilidad en el ingreso tributario, tanto en la decisión normativa como en los resultados de la gestión.

No obstante, y aun siendo así, se ha seguido en muchos casos con la práctica de conveniar con el Estado que sea la Agencia Estatal de Administración Tributaria quien lleve a cabo la recaudación de tributos autonómicos en vía de apremio, escenario en la que para el deudor moroso es la Administración del Estado quien le exige el pago.

Además, para algunos tributos cedidos está previsto que las Comunidades Autónomas puedan legislar sobre gestión y liquidación (Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), o aplicación de los mismos (tributos sobre juego).

El tiempo transcurrido desde la aprobación de la Constitución, así como lo legislado y actuado desde entonces, tanto por el Estado, como por las Comunidades Autónomas, aconseja una reflexión sobre la gestión tributaria o aplicación de los tributos cedidos, y que diferenciaré en dos aspectos, uno el correspondiente a la previsión, y ya materialización por más de una Comunidad, como el caso de la Valenciana, sobre los límites constitucionales a la regulación autonómica sobre esos aspectos. La otra, de carácter prospectivo o de *lege ferenda*, sobre la conveniencia de un cambio total en la aplicación de los tributos y la creación de una institución única para la gestión de los tributos cedidos o compartidos, al margen de la existencia de diversas regulaciones autonómicas sustantivas sobre ellos.

II. Consideraciones sobre el alcance de la regulación de la aplicación de los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas

Ya se ha indicado que la Constitución prevé la posible delegación o colaboración de las Comunidades Autónomas en la aplicación de los tributos del Estado, y más allá de ello la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante LOFCA), estableció desde la modificación de 2009 que puedan regular la gestión de los impuestos sobre sucesiones y donaciones

y el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, o la aplicación en el caso de los tributos sobre el juego, que afecta también a la recaudación e incluso inspección.

Con anterioridad a la aprobación de la vigente Ley General Tributaria, cuyo art. 1 declara que es de aplicación a todas las Administraciones tributarias en virtud y con el alcance del art. 149.1.1ª, 8ª, 14ª y 18ª de la Constitución, se había suscitado un más que relevante debate sobre la vinculación o no de las Comunidades Autónomas a la citada Ley, y del que con profusión me ocupé en otro lugar,[1] donde desarrollaba las posibilidades que puede tener el art. 133.2 CE a la hora de establecer como límite del poder tributario autonómico, para establecer y exigir tributos, no solo la Constitución, sino también las leyes. Ciertamente una ley estatal, la LOFCA, ha previsto la posibilidad de regular la gestión en algunos impuestos, pero aun formando parte del bloque de constitucionalidad, el uso que se haga de esa regulación por las Comunidades Autónomas podría suponer la vulneración de principios constitucionales, pues es especialmente relevante que en estos casos el ordenamiento esté dotado de un mayor grado de seguridad jurídica y que los ciudadanos sean llamados a cumplir con su deber constitucional de contribuir en términos más acordes con el principio de justicia, en este caso de justicia tributaria. Como en su día señalaba RAMALLO MASANET, las Comunidades Autónomas «tienen una competencia legislativa y reglamentaria de carácter sustantivo para elaborar su sistema tributario y una competencia de ejecución del mismo, pero en ningún caso se les asigna la competencia para regular las materias que son propias de la Ley General Tributaria ni de los Reglamentos Generales que la desarrollan».[2] No obstante, para tres de los tributos cedidos se ha previsto que en relación con la gestión puedan regularse por las CCAA, que no debe porqué significar separarse

1 «La distribución del poder financiero entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Especial referencia a la relación entre Leyes tributarias del Estado y de las Comunidades Autónomas», *Palau 14, RVHP*, 28, 1997, pp. 5-42.

2 Ramallo Massanet, J.: «Estructura Constitucional del Estado y Ley General Tributaria», *CT*, 67, 1993, p. 106.

del régimen establecido por el Estado si ello afecta a los derechos y garantías de los contribuyentes.

Al menos tres de los títulos competenciales que cita el art. 1 de la LGT («la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»; «Hacienda General» y «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas»), significan que no solo es razonable, sino también constitucionalmente exigible, que las condiciones del cumplimiento del deber constitucional de contribuir han de ser las mismas sea cual fuere el tributo que concrete dicho deber y en donde hubiere de cumplirse, pues si no hay duda alguna de que las CCAA pueden establecer el nivel de imposición sobre sus ciudadanos de modo diferente a otras, tanto en los tributos propios como en los cedidos sobre los que se les ha atribuido dicha competencia, como ya dijera RAMALLO, «nada apoya, sino todo lo contrario, que unos créditos tributarios tengan más garantías que otros en función del lugar de residencia, o que el plazo de prescripción, las sanciones o los deberes de colaboración y las actas de inspección tengan efectos y contenidos distintos según sea el ente que legisló sobre el tributo o el ente acreedor del mismo. Consideramos contrario al principio de igualdad el que las condiciones para el cumplimiento del constitucional deber de contribuir consistente en soportar la carga tributaria (estatal, autonómica y local), sean diferentes dependiendo de quién sea el sujeto activo».[3] Afirmando que con esa solución no se cercena el poder tributario de las Comunidades Autónomas porque «1) El deber de contribuir es general, y por tanto sin acepción de ente público o de tributo siempre que esté legal y constitucionalmente establecido. 2) Solo lo podrían ejercer, en estas materias, en el reducido ámbito de sus tributos propios, para los que, además, no se encuentra vía constitucional que permita darles un título competencial. 3) Deja intacto su poder tributario, legislativo y reglamentario, para sus tributos

3 «Estructura Constitucional del Estado y Ley General Tributaria», *op. cit*. p. 114.

propios. 4) Deja intactas sus «plenas atribuciones para la ejecución y organización» de las tareas de gestión, liquidación, recaudación e inspección.[4]

Sin perjuicio de que la LOFCA establece que las CCAA podrán regular la gestión del Impuesto sobre sucesiones y donaciones y del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, y la aplicación de los tributos en el caso de los que recaen sobre el juego, esa regulación no puede afectar a la alteración de los derechos y garantías del contribuyente. Las condiciones del cumplimiento del deber constitucional de contribuir han de ser las mismas, sea cual sea el tributo que concrete dicho deber y en donde deba cumplirse. La Constitución posibilita que las diferencias entre los ciudadanos o los territorios se den en el terreno sustantivo, en el del reparto de la carga tributaria, pero no en el de las condiciones en que dicho deber se tiene que cumplir. No hay razones objetivas para que unos créditos tributarios, y más aún los correspondientes a un mismo tributo, tengan unas condiciones distintas de cumplimiento, como hemos señalado que ya postulaba el profesor RAMALLO. Además de los supuestos que él enumeraba, también debe incluirse por ejemplo el de los plazos para el cumplimiento de un mismo tributo, pues entendemos que es contrario al principio de igualdad, y también al de seguridad jurídica, que las condiciones para el cumplimiento del constitucional deber de contribuir, consistente en soportar la carga tributaria, sean diferentes dependiendo de quién sea el sujeto activo del correspondiente tributo cedido.

En ese sentido hay que señalar que en la Comunidad Valenciana, para el cumplimiento del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y del impuesto sobre donaciones, el plazo se modificó respecto del establecido en el régimen general, fijándose en un mes, lo que se hizo por Decreto-ley 4/2013, de 2 de agosto. Pues bien, ese plazo de un mes reduce el plazo de presentación

4 «Estructura Constitucional del Estado y Ley General Tributaria», *op. cit*. p. 116.

de las declaraciones, y por tanto condiciona los derechos de los contribuyentes, que además, en aquellos casos en que en un mismo documento consten actos que se sujeten al impuesto pero que por el punto de conexión se deba autoliquidar en distintas comunidades autónomas o ante el Estado, tendríamos diferentes plazos de declaración para un mismo hecho imponible. Es más, no estando cedidos todos los hechos imponibles de esos impuestos (obligación real en ISD o títulos nobiliarios en ITPAJD), nos encontramos con que hay dos plazos según esté cedido o no, y como se ha dicho también, cuando estando cedido el punto de conexión atribuye la recaudación a más de una Comunidad.

Si lo que se pretendía era simplificar, para evitar contar los días hábiles, la restricción de derechos no se daría si el plazo se hubiera establecido en dos meses. En efecto, una transmisión de dos inmuebles sito uno en la Comunidad Valenciana y otro en Murcia el 10 de septiembre pasado y ante el mismo Notario, el plazo para autoliquidar en la Comunidad Valenciana finalizaría en día 10 de octubre, mientras que en Murcia finalizaría el 23 de octubre, esto es, dentro de los 30 días hábiles. Cierto es que hay otras Comunidades que también han establecido el plazo del mes, como es el caso de Aragón, o Castilla La Mancha, por ejemplo, lo que incrementa la incerteza jurídica. Ese cambio de plazos incide, en caso de incumplimiento del fijado en la Comunidad Valenciana, pero cumpliendo dentro del previsto con carácter general, que proceda la aplicación de los recargos por cumplimiento extemporáneo que son mucho más onerosos que el interés de demora cuando el retraso es mínimo, como ocurre en esos casos, provocando resultados absolutamente desproporcionados.

La sentencia del Tribunal Constitucional 14/1986, de 31 de enero, declaró la competencia exclusiva del Estado para regular el interés de demora aplicable a todas las deudas tributarias con la siguiente argumentación: «La determinación cuantitativa del interés de demora de estos créditos ha de merecer un tratamiento unitario en todo el territorio nacional, por lo ya expuesto y porque, en esa misma línea

de ideas, al consistir en un simple incremento de la deuda tributaria, motivado por el impago del crédito principal, bien se considere de cariz sancionatorio para el deudor, o de resarcimiento para el ente titular del crédito, no se advierte motivo o razón alguna para que tal determinación cuantitativa oscile según cuál sea la Entidad acreedora, sino que, por el contrario, «debe garantizarse a los administrados un tratamiento común, de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.18 de la CE, sobre competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas… la necesidad de la existencia de una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma un común denominador normativo con posibilidad –empero– de que cada una de ellas pueda establecer las peculiaridades que le convengan dentro siempre del marco competencial fijado en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía». También la sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, relativa a cánones se amparó en el título de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

El plazo de declaración del impuesto, según la ley estatal debe fijarse reglamentariamente, establecido desde el inicio de la regulación del impuesto desde 1987 en 30 días. En la Comunidad Valenciana, como se ha dicho, se modificó el plazo general por una norma con fuerza de ley, un Decreto-ley,

El Decreto-ley solo puede aprobarse y contener disposiciones que respondan a una extraordinaria y urgente necesidad, algo que no es posible encontrar ni justificar para un cambio de plazos de declaración, sobre los que además la justificación que da la norma es «por razones de simplificación de las obligaciones tributarias formales». El Decreto-ley, constitucionalmente no puede contener una disposición de este tipo, por lo que la misma vulnera así el texto constitucional. Esto es, además de la vulneración constitucional por razones materiales de competencia, hay una vulneración formal por la norma empleada, al darle rango de ley y reducir así las posibilidades de impugnación que

tienen los ciudadanos, al pretender limitar las posibilidades de recurso únicamente a quien pueda acceder al Tribunal Constitucional.

En fin, la regulación de la gestión tributaria en los tributos cedidos que permite la LOFCA y concreta la Ley que regula el sistema de financiación de las CCAA de régimen común, no debiera ir más allá de cuestiones que no afecten a las condiciones formales básicas del cumplimiento del deber de contribuir, pues en caso contrario se vulnera la competencia constitucionalmente diseñada, además de la vulneración de los principios de igualdad y seguridad jurídica. Como se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, «la Constitución (art. 156.2 CE) habilita a los Estatutos de Autonomía para prever una actuación colaboradora de la Comunidad Autónoma con el Estado, si bien la regulación estatutaria correspondiente debe quedar supeditada a lo que establezcan «las leyes», que, según dijimos, han de ser las del Estado en razón a la coordinación general del sistema financiero y tributario que le corresponde ejercer», y la LOFCA, como ley estatal no puede con la delegación de la regulación de la gestión tributaría permitir ir más allá de lo que resulta de la misma Constitución, por lo que el uso que se haga de esa delegación sí puede ser inconstitucional si afecta al cumplimiento de las condiciones básicas de cumplimiento del deber de contribuir.

III. Consideraciones sobre la creación de una institución única para la gestión de los tributos cedidos o compartidos

Atendiendo a la realidad actual observamos cómo el impuesto central y máximo exponente de la esencia del deber de contribuir que es el IRPF, que es un impuesto cedido o compartido por Estado con las CCAA, es un impuesto que lo gestiona el Estado, a través de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, teniendo en cuenta las distintas normativas que en el ejercicio de sus competencias hayan aprobado las distintas Comunidades.

Atendiendo también a la realidad, es innegable que el avance de las nuevas tecnologías y la correspondiente implantación en la aplicación de los tributos por las distintas Administraciones tributarias, es bien distinta en unos casos o en otros según el sujeto activo del tributo, lo que supone que el uso de las nuevas tecnologías lleva a claras diferencias entre contribuyentes en los distintos territorios, lo que por ejemplo incide en las posibilidades de prescripción de obligaciones tributarias, como reiteradamente se viene poniendo de relieve en los Informes que rinde la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 45.2 de la ley 22/2009, y que acompañan cada año al proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Estos dos botones de muestra, junto a otros muchos que pueden traerse a colación, está llevando a planteamientos cada vez más extendidos sobre la necesidad de una Administración integrada para la aplicación de tributos, con una gestión que fuese común, aplicando las normas aprobadas en cada caso por el titular de la competencia normativa.

La aprobación de la CE en 1978 incorporó unas previsiones en el ámbito tributario, como el art. 133.2 y el 156.2, que se asemejaban a lo que hasta ese momento preveía la legislación en la relación entre el Estado y los municipios o provincias (ej. Art. 5 de LGT de 1963 o art. 8 del Decreto 3286/1969, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto orgánico de la función recaudatoria y del personal recaudador del Ministerio de Hacienda, por lo que hacía a la encomienda a las Diputaciones provinciales), pero las cosas eran muy distintas, por el poder legislativo que se atribuye a las CCAA, y más distintas han sido con la evolución del sistema de financiación, con la delegación de competencias de gestión primero y de regulación después, si bien reservándose el Estado la competencia revisora a través de las Reclamaciones económico-administrativas, estando previsto actualmente que para algunos tributos, los del art. 54.1 de la Ley 22/2009, puedan asumir la competencia revisora en los términos

del art. 59 de la misma Ley, circunstancia que hasta la fecha no se ha producido.

Esa misma Ley, creó dos órganos de coordinación de la gestión tributaria, el Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria (art. 65), y los Consejos Territoriales para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria (art. 66). El primero se concibe como un órgano colegiado multilateral encargado de coordinar la gestión de los tributos cedidos entre la AEAT y las Administraciones tributarias de las CCAA, mientras que los segundos, de carácter bilateral, tienen encomendado dirigir y coordinar la gestión de los tributos cedidos en cada territorio autonómico. La eficacia de estos órganos, sin embargo, ha resultado bastante cuestionada por parte de la mayoría de CCAA.

Es razonable que una Hacienda Pública tenga su propia Administración para hacer efectivos sus derechos de contenido económico, pero la mixtura alcanzada con el sistema de financiación actual, donde los tributos propios son los menos en conjunto, y salvo alguna excepción también marginales en cuanto a sus efectos recaudatorios, fundamentalmente por el carácter extrafiscal de la mayoría de ellos en las Comunidades Autónomas, hace pensar en la eventual conveniencia de un Instituto, Consejo, Agencia o Autoridad, integrado por el Estado y las Comunidades Autónomas, que asumiera la función de aplicar el sistema tributario estatal, y en su caso por delegación los tributos propios de las Comunidades Autónomas que así lo decidieran. Y esa integración no pienso que deba producirse a nivel de los gobiernos o administraciones públicas estatal y autonómica, como luego se argumenta.

En Informe de la Comisión de Expertos de julio de 2017,[5] también se realiza una descripción de los problemas que suscita el sistema actual de gestión de los tributos cedidos, y se realiza la propuesta de una Administración tributaria integrada, «La esencia de este modelo está en la articulación institucional de un marco de gobernanza de

5 Puede consultarse, especialmente pp. 60-65, en <http://www.minhafp.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>.

la gestión tributaria en el que participen el Estado y las CCAA. El propósito es hacer corresponsables de la aplicación del sistema fiscal a ambos niveles de gobierno, con el objetivo común de alcanzar el mejor cumplimiento tributario, uniformemente a lo largo de todo el territorio nacional. Para su instrumentación es deseable que todos los gobiernos implicados participen de forma regular en los órganos de decisión donde se conforma y dirige la política de gestión del sistema tributario. Esta participación conjunta contribuiría además a favorecer la responsabilidad fiscal, en la medida que haría más visible el papel de cada gobierno en el ejercicio del poder tributario, algo muy deseable a la vista de la incorrecta percepción que revelan los contribuyentes respecto de quién establece y exige los diferentes impuestos. Un modelo de administración integrada como el que se propone debería incluir también a las Comunidades de régimen foral, sin menoscabo de sus competencias de gestión de base constitucional. Sin la participación de estas Comunidades no se afrontaría plenamente la corrección de los problemas de coordinación, compartición de la información, economías de escala, etc. que recomiendan su adopción», y se concluye que una forma adecuada para ello sería la del Consorcio.[6] La Administración tributaria integrada también se demandaba en el *Libro Blanco sobre Financiación Autonómica* de 1995[7] y el Consejo de Política Fiscal y Financiera, en el Acuerdo 1/96, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas para el quinquenio 1997-2001, se planteó la hipótesis de la gestión tributaria integrada.

Sin perjuicio de la bondad de este planteamiento, entiendo que la propuesta en esos términos está abocada a un camino lleno de

6 Esta propuesta, con salvedades, también parece que ha sido defendida por el Gobierno de la Generalitat Valenciana, según se informaba en <http://valenciaplaza.com/la-comunitat-valenciana-propone-un-consorcio-de-la-agencia-estatal-tributaria-con-las-autonomicas> (última consulta 5/10/2018), que después se ha calificado como una Agencia Tributaria de carácter federal, en <https://valenciaplaza.com/soler-sobre-la-peticion-de-a-punt-de-ampliar-su-presupuesto-podemos-hacer-pocos-milagros> (última consulta 12/10/2018)

7 Monasterio Escudero, C., Pérez García, F., Sevilla Segura, J. V., Solé Vilanova, J.: *Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas.* IEF, 1995.

obstáculos, precisamente por el protagonismo que puedan tener o querer llegar a tener unos gobiernos y otros, unas Administraciones u otras. Por ello, partiendo de la distinción entre el titular del derecho del crédito tributario, la Hacienda Pública, ya sea del Estado o de la Comunidad Autónoma, que crea el Derecho, y quien tiene la función encomendada de su gestión, la Administración, sea la estatal o la autonómica, sometida al Derecho, puede pensarse en una institución, que bien debiera tener relevancia constitucional, que estuviera llamada a aplicar el ordenamiento tributario, configurado por quien tiene competencia legislativa para ello, que es tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas.

Que la Constitución atribuyera el control de las cuentas del sector público, incluidas las Comunidades Autónomas (art. 136 y 153), al Tribunal de Cuentas, no suscitó ni suscita ningún problema jurídico, aunque sí lo hubo por la creación de órganos de control externo autonómicos previstos o no en el correspondiente Estatuto, pero que se salvó por no poder menoscabar el control del Tribunal de Cuentas, que no es único, sino supremo (STC 187/1988, de 17 de octubre y 18/1991, de 31 de enero) y cuya posibilidad ya confirmaba en ese escenario el art. 22 de la LOFCA. El Tribunal de Cuentas es un órgano constitucional que depende directamente de las Cortes Generales. Tiene una tradición más que centenaria, pero en 1978, cuando se aprueba la Constitución está también tramitándose la reforma fiscal con las nuevas leyes del impuesto sobre la renta de las personas físicas y el impuesto sobre sociedades, y hasta esa fecha, los impuestos, como fuente de financiación del mayor gasto público que supuso el Estado del bienestar, no habían tenido la trascendencia que han llegado a alcanzar después.

Por tanto, siendo nominalmente el Senado una cámara de representación territorial, incluso susceptible de mejorarse en este aspecto para que realmente sea una auténtica cámara de representación territorial, podría establecerse la existencia de un Consejo Tributario, con funciones de aplicación del sistema tributario estatal y autonómico

compartido,[8] y por tanto de marcado carácter instrumental, independiente y diferenciado de las distintas administraciones públicas y por ende de los Gobiernos de turno.

Las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos aprobarían las normas necesarias como consecuencia del principio de reserva de ley y la distribución competencial existente, con la competencia reglamentaria correspondiente, sin perjuicio de que seguiría en el mismo escenario la conformación del sistema de financiación, y los tira y afloja para obtener algún recurso a cambio de comportamientos que nada tienen que ver con el sistema de financiación, pero al menos se ganaría en seguridad jurídica, pues el contribuyente es uno, los entes con poder tributario varios, pero sería un gran paso que la entidad actuante que se relacionase con el contribuyente también fuese una, con criterios homogéneos en la aplicación de las normas, con las mismas posibilidades tecnológicas, sin suscitarse los problemas de competencia territorial, como por ejemplo en el ITPAJD y en el ISD cuando en un mismo documento constan hechos imponibles con distintas Comunidades Autónomas a las que les pueda corresponder el rendimiento en virtud de la existencia de distintos puntos de conexión. Además, que el Estado no ha hecho dejación de las competencias en la regulación de la gestión de estos tributos lo evidencia la aprobación de los Reales Decretos 1074 y 1075/2017, de 29 de diciembre, que han incidido en este ámbito.

Esa Institución no tendría al Estado como su representado y en posición vigilante o confrontadas a las CCAA, como ocurre ahora con la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sería un institución que podría depender funcionalmente del Senado, sin perjuicio de la colaboración que en su configuración y nombramiento de sus órganos directivos pudieran tener también los parlamentos autonómicos, pero

8 Vid al respecto la propuesta formulada por García Moncó, A.: *Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas*. Lex Nova, 1996, pp. 122 y 146, que propone a la Comisión General de Autonomías del Senado como el órgano que debe desempeñar la función preeminente en la ordenación jurídica del Modelo de Financiación Autonómica.

sin vinculación a Gobiernos y Administraciones, y sin perjuicio de que sus actos, finalizada la vía administrativa serían recurribles en el orden jurisdiccional.

Los órganos de coordinación de la gestión tributaria hasta ahora previstos en la legislación vigente, o las previsiones no materializadas en relación con las CCAA, han resultado insatisfactorios, no siendo esos los únicos aspectos que requieren una nueva reflexión, pues el Catastro realiza una función que trasciende al Estado y a la Administración de este, pues la proyección del mismo donde más se evidencia es en el ámbito de las Haciendas locales y en la valoración de inmuebles que se gravan por las CCAA en los impuestos sobre sucesiones y donaciones, en el de transmisiones patrimoniales onerosas, y en el Impuesto sobre el patrimonio, sobre el que a la vista de los informes anuales ya citados de la Inspección General del Ministerio de Hacienda, la inspección sobre el mismo deja bastante que desear, cuando en muchas ocasiones debiera ir pareja a la inspección llevada a cabo sobre el IRPF.

Por otro lado, eliminaría los problemas de intercambio de información entre las diferentes Administraciones tributarias, y aprovecharía de mejor forma las economías de escala sin afectar a la autonomía financiera, comportando en principio un alto nivel de eficacia y homogeneidad, al quedar la gestión de los ingresos públicos al margen del poder político y con responsabilidad única frente al Senado y en su caso, ante Parlamentos autonómicos. Es oportuno indicar que el Tribunal de Cuentas también debe remitir informes a los parlamentos autonómicos, conforme al art. 12 de su Ley orgánica, «Cuando la actividad fiscalizadora se refiera a las Comunidades Autónomas o a Entidades que de ellas dependan, el Informe se remitirá, asimismo, a la Asamblea Legislativa de la respectiva Comunidad y se publicará también en su «Boletín Oficial».

Sin duda, las previsiones del art. 137 CE, en virtud del cual las CCAA gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, pudieran verse como un obstáculo a la propuesta, como por lo demás se ha venido señalando desde que se vienen planteando alternativas al

sistema actualmente vigente,[9] así como la previsiones estatutarias que atribuyen también la competencia para la aplicación de los tributos, si bien en este caso siempre estarán condicionadas por lo que de acuerdo con el art. 157.3 CE, se pueda disponer.

Entendemos que la función de la aplicación de los tributos ejercida en los términos planteados no menoscabaría la autonomía constitucionalmente reconocida, pues también es interés de la Comunidad Autónoma que sus contribuyentes tengan la máxima seguridad jurídica en sus relaciones con la entidad que gestiona y aplica los tributos, y en definitiva, la actividad financiera no se agota con la aplicación de los tributos, pues es mucho más amplia o rica, pero en el aspecto que consiste en aplicar los tributos sí es verdaderamente instrumental, pues los ingresos obtenidos con esa actuación corresponderán al respectivo acreedor de la correspondiente obligación tributaria, esto es, en unos casos el Estado, y otros la Comunidad Autónoma a la que le corresponda el tributo según el punto de conexión establecido, pudiendo destinar esos ingresos a los gastos o fines que en el ejercicio de su autonomía decidan.

En fin, sobre la Administración Tributaria integrada se vienen efectuando numerosas propuestas desde los primeros problemas surgidos con el sistema instrumentado para la cesión de los impuestos del Estado, y que se ha acrecentado con el carácter compartido de la mayoría de ellos y la delegación de competencias normativas.

Sin duda, la mirada hacia estructuras adoptadas por países federales puede ser de interés, pero entiendo que en los Estados actuales, siendo el sistema tributario justo una exigencia constitucional, su aplicación también debiera tener un reconocimiento constitucional en cuanto al órgano responsable de ello, pues la función de los tributos actualmente

9 Por todos, vid. Ortiz Calle, E.: *La Agencia Estatal de Administración Tributaria.* Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1998; también en el prólogo, Zornoza Pérez afirma que «no es sencillo imaginar la fórmula para la articulación de una Administración integrada que, superando con creces el modelo hoy vigente, podría afectar al *derecho a la autoadministración* reconocido a los Entes territoriales para la gestión de sus propios intereses en el artículo 137 de la Constitución», p. 17.

no es la que se conocía en el momento de aprobarse la Constitución. Sin duda no es equiparable al poder judicial, que tiene una organización estatal, aun cuando también se han ido dado pasos con protagonismo de las CCAA, como la propuesta de miembros de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o el recurso de casación autonómica, por ejemplo.

Una ciudadanía identificada con su hacienda sería un magnífico logro, y ello sería mucho más sencillo si solo hubiera una entidad que tuviera encomendada esa función y actuase con criterios y medios homogéneos en la aplicación de unos mismos tributos, y al menos evitaría comportamientos tan sonrojantes para algunos, como que una Administración autonómica concierte con la Administración del Estado que sea esta la que ejecute el patrimonio de los deudores de aquella a través del correspondiente procedimiento de apremio.

Si el Tribunal de Cuentas es el órgano supremo de control de la actividad económica y presupuestaria de todo el sector público, es más que razonable que la aplicación de los tributos estuviera en manos de un órgano único independiente, con relevancia constitucional, funcionalmente vinculado al Senado, y por ende a los parlamentos autonómicos.

El fracaso de la nivelación territorial de los servicios públicos fundamentales

Carmelo Lozano Serrano
Universitat de València.

Resumen

El art. 158.1 CE ha pasado inadvertido durante más de treinta años, siendo el sistema de financiación de 2009, ahora vigente, el primero que articula, desde 2011, las asignaciones niveladoras que el precepto prevé.

Sin embargo, ese mandato constitucional, más allá de configurar un recurso financiero autonómico específicamente dirigido a la solidaridad y a la redistribución, formula la garantía de un nivel mínimo de prestación de los servicios públicos fundamentales. En esa medida, es un precepto sobre derechos, que garantiza un mínimo constitucional de los derechos atendidos por esos servicios fundamentales y que, por tanto, entronca de lleno con la proclamación del Estado social y democrático de Derecho como modelo de nuestro orden jurídico. Lo que no solo no se opone, sino que es coherente con las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE, frecuentemente reducido a mera exigencia de unos límites de déficit y de deuda que, sin embargo, el propio Pacto, así como el art. 135 CE, permiten superar en ciertas circunstancias, entre las que sin duda ha de contarse la de perjudicar o desconocer otras exigencias constitucionales como la garantía de derechos sociales del art. 158.1 CE, plenamente cohonestada con los arts. 1, 9.2, 31.2, 149.1.1 y otros mandatos nucleares del Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución.

Pese a ello, la regulación del Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales efectuada por la LOFCA desde 2009 y por la Ley

22/2009, del Sistema de Financiación de las CCAA, no solo es insuficiente para cumplir la finalidad constitucional de las asignaciones niveladoras de servicios sino que frustra por completo el contenido y el alcance del mandato constitucional. En consecuencia, la próxima y necesaria reforma del sistema de financiación autonómica debe recuperar los fines y objetivos del art. 158.1 CE, restituyendo el alcance que encierra este precepto no solo en el marco de dicha financiación, sino en el contexto de los derechos sociales proclamados por la Constitución y en el de la regulación constitucional del gasto público, con tanto o más peso que la estabilidad presupuestaria del art. 135 CE.
Palabras clave: nivelación, servicios fundamentales, fondo de garantía, solidaridad.

Resum

L'article 158.1 CE ha passat inadvertit durant més de trenta anys, i és el sistema de finançament de 2009, ara vigent, el primer que articula, des de 2011, les assignacions anivelladores que el precepte preveu.

No obstant això, aquest mandat constitucional, més enllà de configurar un recurs financer autonòmic específicament dirigit a la solidaritat i a la redistribució, formula la garantia d'un nivell mínim de prestació dels serveis públics fonamentals. En aquesta mesura, és un precepte sobre drets que garanteix un mínim constitucional dels drets atesos per aquests serveis fonamentals i que, per tant, entronca de ple amb la proclamació de l'estat social i democràtic de dret com a model del nostre ordre jurídic. Fet que no tan sols no s'hi oposa, sinó que és coherent amb les normes del Pacte d'estabilitat i creixement de la UE, sovint reduït a mera exigència d'uns límits de dèficit i de deute que, no obstant això, el mateix pacte, així com l'article 135 CE, permeten superar en determinades circumstàncies, entre les quals sens dubte cal tenir en compte la de perjudicar o desconèixer altres exigències constitucionals com la garantia de drets socials de l'article 158.1 CE, plenament cohonestada amb els articles 1, 9.2, 31.2, 149.1.1 i altres mandats nuclears de l'estat social i democràtic de dret que defineix la Constitució.

A pesar d'això, la regulació del fons de garantia dels serveis públics fonamentals efectuada per la LOFCA des de 2009 i per la Llei 22/2009, del sistema de finançament de les comunitats autònomes, no sols és insuficient per a complir la finalitat constitucional de les assignacions

anivelladores de serveis, sinó que frustra per complet el contingut i l'abast del mandat constitucional. En conseqüència, la pròxima i necessària reforma del sistema de finançament autonòmic ha de recuperar els fins i objectius de l'article 158.1 CE i restituir l'abast que tanca aquest precepte no sols en el marc d'aquest finançament, sinó en el context dels drets socials proclamats per la Constitució i en el de la regulació constitucional de la despesa pública, amb tant de pes o més que l'estabilitat pressupostària de l'article 135 CE.
Paraules clau: anivellament, serveis fonamentals, fons de garantia, solidaritat.

Abstract

The art. 158.1 CE has gone unnoticed for more than thirty years, being the financing system of 2009, now in force, the first one that articulates, since 2011, the levelling allocations that the precept envisages.

However, this constitutional mandate, beyond setting up a regional financial resource specifically aimed at solidarity and redistribution, formulates the guarantee of a minimum level of provision of the basic public services.

To that extent, it is a precept on rights, which guarantees a constitutional minimum of the rights served by these fundamental services and which, therefore, connects in full with the proclamation of the social and democratic State of law as a model of our legal order. What not only does not oppose, but is consistent with the rules of the EU's Stability and Growth Pact, often reduced to the mere demand of deficit and debt limits, which, however, the pact itself, as well as art. 135 CE, allow to overcome in certain circumstances, among which no doubt must be counted to harm or to know other demands Constitutional as the guarantee of social rights of the art. 158.1 CE, fully cohonest with the arts. 1, 9.2, 31.2, 149.1.1 and other nuclear mandates of the social and democratic State of law defining the Constitution.

Despite this, the regulation of the Fundamental Public Services Guarantee Fund carried out by the LOFCA since 2009 and by Law 22/2009, of the system of financing of the autonomous regions, is not only insufficient to fulfil the constitutional purpose of the appropriations service levelers but completely frustrates the content and scope of the constitutional mandate. Consequently, the next and necessary reform of

the autonomous financing system must regain the aims and objectives of art. 158.1 CE, restoring the scope of this precept not only in the framework of such financing, but in the context of the rights proclaimed by the Constitution and in the constitutional regulation of public expenditure, with as much or more weight than the budgetary stability of art. 135 CE.
Key Words: Leveling, Fundamental services, Guarantee Fund; Solidarity.

Sumario

I. Contenido y finalidad del art. 158.1 CE.
   1. Las asignaciones niveladoras en el contexto de la financiación autonómica.
   2. El art. 158.1 como garantía constitucional de ciertos derechos sociales.
   3. La garantía de los derechos sociales en el marco del PEC.
II. Desarrollo legal de las asignaciones de nivelación.
   1. Regulación por la LOFCA y la Ley de Financiación de las CCAA.
   2. Insuficiencias del régimen legal respecto al art. 158.1 CE.

I. Contenido y finalidad del art. 158.1 CE

Inserto entre los preceptos reguladores de la financiación autonómica, el art. 158.1 CE ha pasado desapercibido, hasta el punto de que pese a desarrollarse en 1980 por el art. 15 de la LOFCA, no fue hasta la Ley 22/2009 cuando se articularon las asignaciones de nivelación previstas en el mismo, dotadas por primera vez en 2011.

Dice su texto: «1. En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.»

Resumiendo publicaciones personales anteriores y acudiendo a los cánones del art. 3.1 CC y a la escasa jurisprudencia constitucional sobre el precepto, cabe sintetizar su contexto normativo en tres ámbitos. El primero, como recurso financiero territorial, el contexto inmediato del marco constitucional de la financiación autonómica. El segundo, como garantía en todo el territorio de un nivel mínimo de ciertos servicios públicos, el contexto mediato del marco constitucional de la igualdad y de los derechos atendidos por esos servicios. El tercero, como asignaciones presupuestarias, el contexto de los preceptos constitucionales sobre gasto público y, por remisión, el de las normas europeas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

1. Las asignaciones niveladoras en el contexto de la financiación autonómica

El precepto se integra en el artículo con que la Constitución cierra la regulación de la hacienda autonómica, operando también sus recursos como cierre del sistema. Así, tras enumerarse sus principios en el art. 156 y los recursos ordinarios en el art. 157, se acoge la solidaridad en el art. 158, que ordena asignaciones estatales niveladoras de servicios en su apdo. 1 y transferencias del Fondo de Compensación para financiar inversiones en el apdo. 2. Solidaridad y redistribución con instrumentos

constitucionales específicos, como subraya el Tribunal Constitucional, adicionales a los que deben procurar la suficiencia y la financiación ordinaria de las Comunidades.

Dice la STC 31/2010, FJ 134, que las asignaciones del art. 158.1 CE son »un deber que para el Estado trae causa inmediata y directa de la propia Constitución, que le impone la garantía de la realización efectiva del principio de solidaridad… que se instrumenta a través de los mecanismos de nivelación (art. 158.1 CE) y de solidaridad interterritorial (art. 158.2 CE)… un principio inherente al modelo de solidaridad interterritorial, en cuya virtud el Estado viene constitucionalmente obligado a procurar un «equilibrio económico, adecuado y justo» entre las Comunidades Autónomas».

Cierto es que el Tribunal reitera para las asignaciones niveladoras en Andalucía (STC 217/2013) la fórmula general para participaciones en ingresos estatales de Andalucía (SSTC 13/2007 y 58/2007) e inversiones en infraestructuras en Cataluña (SSTC 31/2010 y 100/2013) diciendo que «no es «un recurso que el Estado deba consignar obligatoriamente en los presupuestos generales de cada ejercicio económico» ya que «es al Estado a quien corresponde en exclusiva,… decidir si procede dotar, en su caso, y en qué cuantía aquellas asignaciones en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el art. 149.1.14 CE (hacienda general)». Pero también añade, en las tres sentencias citadas sobre Andalucía, que, conforme a los Estatutos de 1981 y 2007, deberán fijarse por acuerdo de la Comisión Mixta, ya que «una vez que el Estado ha considerado necesario concurrir a esa nivelación en una determinada Comunidad Autónoma… la adopción de acuerdos en este trámite procedimental «entronca con un principio inherente de colaboración y lealtad constitucional, que postula la adopción de procedimientos de consulta, negociación o, en su caso, la búsqueda del acuerdo previo» (STC 13/2007, FJ 8)». Lo cual, desde luego, hace obligatorias para el Estado esas asignaciones y sus importes acordados, como fallan esas sentencias sobre las leyes de Presupuestos que las instrumentaban.

Frente a esos razonamientos del Tribunal a partir de las normas estatutarias, el art. 3.2 de la LOFCA enumera desde 1980 las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera, incluyendo en su letra d) y desde 2009 en su letra e) la siguiente: «La apreciación de las razones que justifiquen, en cada caso, la percepción por parte de las Comunidades Autónomas de las asignaciones presupuestarias, así como los criterios de equidad seguidos para su afectación». Letra que no cabe referir más que a las asignaciones niveladoras de servicios del art. 158.1 CE, por cuanto las del Fondo de Compensación las contempla la letra c) del mismo art. 3.2 y las derivadas de la participación en ingresos del Estado no están afectadas. Dada la función de la LOFCA de fijar el marco de financiación autonómica, incluso ante los Estatutos, no cabe hurtar esa competencia al Consejo, lo que significa negar a las asignaciones del art. 158.1 CE tanto su carácter plenamente unilateral como su determinación bilateral por acuerdo separado entre Estado y Comunidad, en coherencia con ser un mecanismo de la solidaridad, cuya realización compete conjuntamente a Estado y Comunidades.

Se logra con ello otra finalidad relevante, el compromiso de las Comunidades con los niveles mínimos de servicios que garantizan las asignaciones niveladoras. No tiene sentido esta obligación estatal si las Comunidades pudieran reducir la financiación de sus servicios contando con que el Estado habría de suplir sus insuficiencias. Por eso, la decisión conjunta por el Consejo, anual o al aprobar el sistema de financiación, puede articular las asignaciones a partir de parámetros de esfuerzos financieros de las Comunidades sobre los servicios fundamentales, siendo también ellas responsables de la finalidad constitucional de garantizar un nivel mínimo en su prestación.

Ello es plenamente coherente con la formulación, desde su original redacción hasta hoy, del art. 15.1 de la LOFCA, que al regular estas asignaciones comienza diciendo que «El Estado garantizará…», usando un futuro que indica obligación y exige resultados, sin poder interpretarlo como mera facultad potestativa que le permitiera decidir

cada año dotar o no las asignaciones de nivelación. Al fin y al cabo, idéntica forma verbal («podrá») del art. 158.1 CE usa su inmediato precedente, el art. 157.3 CE, al prever la LOFCA. Precepto y forma verbal que el Tribunal ha interpretado siempre como exigencia de esta ley, entendiendo que con esa dicción «no se pretendió sino habilitar la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial», apreciando el verbo no como atribución de facultad potestativa, sino como habilitación al Estado de una competencia, según reiterada jurisprudencia (SSTC 179/1987, FJ. 2; 250/1988, FJ. 4; 68/1996, FJ. 9; 13/2007; 31/2010). Con mayor razón, al arbitrarse las asignaciones niveladoras «en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido» las Comunidades, el verbo «podrá» del art. 158.1 CE no debe interpretarse como facultad potestativa del Estado, sino como habilitación que se le concede, rompiendo la regla de que el gasto sigue a la competencia, para aprobar asignaciones estatales que garanticen un nivel mínimo en todo el territorio de ciertos servicios transferidos y considerados fundamentales.

Otra cuestión es que dichas asignaciones no conlleven un derecho de la Comunidad a recibirlas cada año, salvo que así resulte de su previa ordenación estatal, bien en la ley reguladora del sistema de financiación bien en la LOFCA o en los Estatutos, todas ellas normas estatales que vinculan plenamente a la Ley de Presupuestos anual, por lo que si los criterios de aquellas arrojan una asignación niveladora para alguna Comunidad, se convierte en obligatoria para el Estado y en derecho para la Comunidad, sin que el primero pueda decidir sobre ella por vía de presupuestos.

2. El art. 158.1 como garantía constitucional de ciertos derechos sociales

Dice la STC 31/2010, FJ 134, que «La expresión «servicios de educación, sanidad y otros servicios esenciales», contenida en el precepto estatutario, es equivalente a la de «servicios públicos fundamentales» a que se refiere el art. 158 CE… es el Estado el que determina cuál

es el nivel en la prestación de servicios públicos fundamentales y en la solidaridad que ha de resultar garantizado… (que) no puede redundar para las más ricas en mayor perjuicio que el inherente a toda contribución solidaria para con las menos prósperas en orden a una aproximación progresiva entre todas ellas».

Tres aspectos destacan de esta consideración del Tribunal: el proceso de igualación o aproximación que aprecia en el precepto, la determinación por el Estado de los servicios fundamentales y, también, la de su nivel mínimo garantizado.

El art. 158.1 CE no concreta el nivel mínimo de prestación que garantiza, pero lo hace el bloque de constitucionalidad, diciendo el art. 15.1 de la LOFCA que «no se llega a cubrir el nivel de prestación… cuando su cobertura se desvíe del nivel medio de los mismos en el territorio nacional», con el rasgo inherente a esta norma de ser parámetro de constitucionalidad de la legislación ordinaria e instrumento normativo necesario incluso ante los Estatutos de Autonomía. Desde 1980, el precepto ha sido constante en referir el nivel mínimo de los servicios a su media nacional. Es decir, a un dato numérico bien preciso que elimina plenamente el carácter indeterminado con que lo formula la Constitución.

Con este criterio, es claramente sostenible la jurisprudencia constitucional que ve en el art. 158.1 CE un proceso de aproximación o igualación entre Comunidades, pues si se sitúa en la media nacional el nivel mínimo que el Estado ha de garantizar en todas, es evidente que los Presupuestos de cada año deberán arbitrar las asignaciones necesarias para que los territorios situados por debajo se aproximen a ella. Se confirma también que se trata de un proceso permanente, que solo concluiría, en teoría, cuando todas las Comunidades se igualaran exactamente a la media.

A la vista de este proceso, no sería admisible una actuación estatal tendente a disminuir el nivel del servicio en algunas Comunidades, por lo que este se erigiría en un mínimo irreversible para cada una. Ni para las de peor cobertura, pues ello agrandaría sus diferencias con las mejor

dotadas; ni para las más ricas, pues, no cabe una igualación a la baja ni, según el Tribunal, la solidaridad puede perjudicarles más allá de su contribución a la aproximación entre todas, pero sin empeorar por ello su situación. Tampoco caben actuaciones de las Comunidades en ese sentido, pues provocarían que el Estado hubiera de suplir su menor cobertura. Es posible, pues, deducir del art. 158.1 CE la garantía de un mínimo relativo del nivel del servicio en cada Comunidad en relación con las restantes, el existente en ella antes de aplicarse el precepto, pues lo contrario haría descender la media nacional, en una nivelación a la baja inadmisible.

Otra cuestión es si cabe una medida estatal que disminuya el nivel de prestación en todas las Comunidades, con lo que no sufriría la igualdad, aunque todas estarían peor dotadas. Además de violentar la función promocional de la Constitución, eso llevaría a admitir, por reducción al absurdo, que pudiera llegarse a la supresión del servicio en todas las Comunidades, lo que respetaría su igualdad pero vulneraría la garantía de un nivel mínimo de prestación en todo el territorio. Como dijo la STC 81/1982, no cabe privar sin razón suficiente de conquistas sociales ya conseguidas y menos –cabe añadir– de servicios fundamentales que la Constitución garantiza.

Así pues, el art. 158.1 CE garantiza el mínimo relativo entre Comunidades antes referido, pero también «un nivel mínimo de prestación» de ciertos servicios que convierte en mínimo absoluto el preexistente en cada Comunidad, impidiendo al Estado disminuir sus prestaciones. La cuestión es si las necesidades presupuestarias pueden considerarse «razón suficiente», en términos del Tribunal, para eliminar aquella garantía o si, por el contrario, el precepto está ordenando una prioridad de los servicios fundamentales a la hora de decidir el gasto público que no existe en la Constitución para otras partidas, salvo el pago de la deuda. En suma, una regla de prioridad del gasto que obliga a garantizar un nivel mínimo de prestación de ciertos servicios.

Al margen de las variables que lo determinen, la financiación por los usuarios integra el nivel de prestación de un servicio, por lo que al

corresponder al Estado fijar su nivel mínimo, también le compete su modo de financiación, como recuerdan las SSTC 71/2014 y 85/2014, al reputar inconstitucional la tasa de Cataluña y Madrid de un euro por receta, pues «la tasa recurrida… .recae, por tanto, de forma directa sobre la prestación farmacéutica,… incide directamente sobre una prestación básica, empeorándola desde la perspectiva del ciudadano»; corroborando anteriores pronunciamientos similares, como las SSTC 98/2004, 22/2012 y 136/2012. Por eso, cuando la STC 83/2014 admite que un Decreto-ley estatal reformule ciertas prestaciones con mayores copagos, no solo debería analizar su ajuste al art. 86.1 CE desde lo tributario, sino también si cabe que el Estado altere por Decreto-Ley el nivel mínimo de prestación de un servicio fundamental, colisionando, por un lado, con la competencia del Consejo de Política Fiscal y Financiera de determinar las circunstancias en que proceden las asignaciones niveladoras, que no pueden ser otras que no alcanzar dicho mínimo; pero, sobre todo, con el art. 6 del TFUE, que acoge la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2007 dándole idéntico valor que los Tratados y exigiendo que cualquier limitación a ellos se haga por ley, incluidos los derechos sociales de «Solidaridad» de su Tít. IV.

Por otro lado, la noción de «fundamentales» no aparece en otros preceptos de la Carta Magna, ni puede integrarse por todos los servicios que menciona. Tampoco sirven los arts. 28.2 y 37.2, que garantizan los «servicios esenciales para la comunidad» en caso de huelga o conflicto colectivo y que el Tribunal Constitucional y el Supremo han interpretado como los que son condición material del disfrute de bienes constitucionales (SSTC 26/1981, 54/1982, 51/1986), sin atender a la naturaleza de su actividad, su origen público o privado ni su calificación legal, incluyendo junto a verdaderos servicios públicos, otros alejados de esta noción, como alimentación básica, suministros de agua y energéticos, transporte, medios de comunicación o servicios financieros (SSTS de 17-1-1990, 19-9-1990, 11-4-1991, 10-12-1991, 17-4-1994, 15-1-1996, 5-6-1996).

Tampoco el Derecho comunitario da guías de qué servicios públicos deben ser fundamentales a efectos del art. 158.1 CE, pues en dicho ámbito incluye funciones públicas ligadas a la soberanía o al ejercicio de autoridad, como seguridad social, colocación y empleo y ordenación del tráfico aéreo (SSTJUE de 7-2-1984, 23-4-1991 y 19-1-1994), servicios bajo dirección de las Administraciones Públicas, como educación y sanidad, otros calificados de públicos por el Derecho originario, como transporte (art. 93 TFUE) y radiodifusión (Protocolo 29), servicios de interés económico general y otros servicios de interés general no económicos. Sin embargo, tanto el art. 14 TFUE, para los servicios de interés económico general, como el art. 2 del Protocolo 26 para los de interés general no económico, remiten a los valores comunes de la Unión del art. 1 de este último, que enumera «un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios», que serían así las notas configuradoras de un servicio público.

Sin ahondar en las fronteras difusas del concepto y el régimen jurídico que hoy pudieran definir el servicio público, lo relevante es el acto formal de su publificación por ley, con la consiguiente ordenación, supervisión y control por el ente público y su prestación bajo las notas básicas de universalidad, accesibilidad e igualdad, más continuidad y otras de los arts. 284, 288 y concordantes de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Sin considerar si son de prestación directa o por privados ni la naturaleza de la actividad. Ello incluiría, al menos, los servicios que atienden derechos fundamentales, como educación, justicia o transporte, los que recoge la Constitución como obligatorios (seguridad social y salud pública) y otros cuyas prestaciones se formulan por la ley como derechos subjetivos universales. Pero del art. 158.1 CE habrían de excluirse los de competencia estatal, como justicia, seguridad social y transporte distinto al de cercanías, al acotar también el precepto las asignaciones que contempla en función de los servicios transferidos.En este marco,

el art. 15.1 LOFCA enumera como servicios fundamentales desde 2009 los de educación, sanidad y servicios sociales esenciales.

En educación, el mandato del art. 27.4 CE de educación básica obligatoria y gratuita se concreta por el art. 3.3 LOE, LO 2/2006, de 3 de mayo, en la educación primaria y secundaria obligatoria, añadiendo la LOMCE los ciclos de formación profesional básica (art. 3.10). Pero la garantía de este derecho «no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se impongan constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad» (STC 236/2007). Para la sanidad, además del sistema de salud pública a que obliga el art. 43.2 CE, la Ley General de Sanidad, 14/1986, de 25 de abril, proclama en su art. 1 el derecho de españoles y residentes a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria, garantizando la universalidad de esta a toda la población española (art. 3.2). Finalmente, los «servicios sociales esenciales», deben incluir la «asistencia social» que se considere esencial por constituir derecho subjetivo de los prestatarios.

Según la STC 78/2014, citando las SSTC 26/2013 y 36/2014 y la Carta Social Europea, la asistencia social es «un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de esta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que estos sean. De esta forma, la asistencia social vendría conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces' (STC 36/2012, FJ 4)». En ese ámbito, el ordenamiento ha definido como derechos subjetivos:

– Dependencia: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, cuyo art. 1 configura un derecho subjetivo con accesibilidad universal (art. 4.2.k), que incluye la prestación pública, universal y accesible, según las tres primeras letras de su art. 3.

– Discapacidad: RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad: Su art. 3 sienta los principios de diseño universal y accesibilidad universal de su art. 2, y cita los derechos a la salud, asistencia sanitaria y farmacéutica (art. 8), educación (art. 18) y protección social (art. 48).
– Menores: La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, declara en su art. 1 su universalidad para todo menor residente y ordena la intervención pública (del servicio social correspondiente) ante situaciones de riesgo del menor (art. 17.3), desamparo (art. 18.1) y guarda y tutela (arts. 19 y 20), en garantía de su interés superior del art. 2, que recoge en su ap. 2.a) los derechos a la salud y a la educación.

Por ello, más allá de su dimensión de solidaridad, el art. 158.1 es un precepto sobre ciertos derechos básicos para los que arbitra un mínimo en su nivel de prestación que los garantice a los ciudadanos de cualquier territorio. El propio Tribunal deslinda las dos dimensiones del art. 158, diciendo la STC 31/2010 que «Ambas garantías tienen destinatarios diferentes, dado que la nivelación de los servicios fundamentales se proyecta sobre sus usuarios, mientras que la garantía de la solidaridad tiene como referencia a los distintos territorios autonómicos». Es, pues, un precepto de garantía de derechos constitucionales, reforzando y protegiendo los derechos prestacionales que atienden los servicios fundamentales. Garantía muy precisa, al concretar el precepto su destinatario, el Estado, su instrumento, asignaciones presupuestarias, y fijar la LOFCA los servicios afectados y un resultado cuantitativo mínimo exigible, la media nacional.

Frente a la indeterminación con que las Constituciones suelen proclamar los derechos sociales, la nuestra garantiza un mínimo para tres de ellos definidores del Estado de bienestar, siendo, así, una concreción directa por la propia Constitución del Estado social y democrático de Derecho de su art. 1. Más allá de la irreversibilidad o no de ciertos derechos, del superado carácter programático de

preceptos constitucionales, o de la inconcreción de los derechos prestacionales pendientes de su necesaria configuración legal, el art. 158.1 CE impone una garantía de los derechos enunciados por la LOFCA que se integra en el núcleo de su modelo de Estado. En términos de la jurisprudencia constitucional, en contenido esencial del mismo, inatacable por el legislador y cuya supresión lo haría irreconocible. Por eso, el art. 158.1 CE no solo debería aplicarse a las Comunidades Autónomas de régimen común, sino también a las forales, incluyéndose, si hiciera falta nivelación en esos territorios, entre «las otras cargas del Estado no asumidas» por ellas, como las dotaciones del Fondo de Compensación, según el art. 52 de la Ley 12/2001, del Concierto Económico Vasco y el art. 54 de la Ley 28/1990, del Convenio con Navarra.

Se alega sobre los derechos sociales y constitucionales de tipo prestacional que no son derechos plenos, vinculantes para el poder, en la medida en que se supeditan a su dotación económica, sin que el legislador presupuestario quede vinculado por su mera proclamación constitucional (pe, SSTC 65/1987, 65/1990, 128/2009). Pero el art. 158.1 CE es justamente un mandato directo al legislador presupuestario, cuyo rango lo coloca al nivel de los del art. 135 que definen por remisión a la normativa europea los límites de déficit y de deuda pública y dan prioridad al pago de esta última. Ningún precepto puede interpretarse en términos tan absolutos que desconozcan el resto y el propio art. 135 ofrece vías para cohonestar sus mandatos con otras exigencias constitucionales, a partir de la excepción a aquellos límites de su ap. 4, cuando se perjudique considerablemente la sostenibilidad social del Estado. Si la misma Constitución impone y garantiza un nivel mínimo de prestación de servicios que considera fundamentales, cabe entender que su vulneración constituiría un claro perjuicio a la sostenibilidad social que el art. 135.4 arbitra como concepto jurídico indeterminado que permite superar los límites de déficit y deuda.

3. La garantía de los derechos sociales en el marco del PEC

Precisamente en su tercer ámbito contextual, el de las normas reguladoras del gasto público, el art. 158.1 CE también supera varias insuficiencias dogmáticas y normativas tradicionales. Como proyección directa del mandato de asignación equitativa del gasto del art. 31.2 CE, no solo da contenido a este principio, tan necesitado de desarrollo doctrinal y normativo, sino que arrumba el tan aducido «ejercicio soberano de la función legislativa presupuestaria» (STC 78/2014), sin encaje en el Estado de Derecho, en el que ni siquiera los derechos fundamentales se presentan ilimitados. Desde luego, no lo es el poder presupuestario, sujeto al control de constitucionalidad ordinario, pero también al Semestre europeo y al resto de normas europeas a las que el art. 135 lo somete. Y, con el mismo rango que este, al art. 158.1 CE, esto es, a arbitrar las asignaciones de nivelación de los servicios fundamentales a la media nacional. Exigencia y resultado susceptibles de control constitucional, frente al que solo cabrá esgrimir el grado o la rapidez de la igualación, pero no que no exista.

De ningún modo se opone esta dimensión del precepto al Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE, haciendo innecesario recordar que el Derecho comunitario no puede ir contra la Constitución (DTC 1/2004, STC 215/2014, FJ 3) ni puede ser canon de constitucionalidad de las leyes españolas (SSTC 28/1991, 64/1991, 235/2000, 12/2008, 134/2011, 136/2011), aunque en este caso no hay colisión entre ambos.

En primer lugar, por la flexibilidad introducida en el PEC a partir de 2011, obviada por nuestra LOEPSF de 2012, en cuanto a los límites de estabilidad fijados por las disposiciones preventivas en el Reglamento (CE) 1466/1997, modificado por el Reglamento (UE) 1175/2011, a saber: a) el margen de hasta el –1 por 100 del PIB que admite su art. 2.bis para los objetivos presupuestarios a medio plazo, no recogido en la ley española; b) los criterios de su art. 5.1 de mejora del 0,5 por 100 del PIB del saldo presupuestario ajustado sin computar reformas estructurales ni otras medidas, como aportaciones al Fondo Europeo

de Inversiones Estratégicas (art. 7.7 Reglto (UE) 1017/2015, de 25 de junio, mientras que la LOEPSF exige un 0,8 y sin exclusiones; c) art. 6.3, que no considera desviación del objetivo presupuestario la debida a recesión económica grave, que es una de las circunstancias del art. 135.4 CE; d) art. 9.1, que admite menores esfuerzos de los Estados en épocas de dificultad a cambio de mayores esfuerzos en épocas de bonanza, en cuyo desarrollo, la Comunicación de la Comisión de 13 de enero de 2015, sobre flexibilidad del PEC, fija en su Anexo 2 los ajustes ante distintos escenarios económicos, no exigiendo ninguno cuando el Estado registre PIB negativo, ni cuando tenga un diferencial de producción inferior al 4 por 100, aunque haya PIB positivo y la deuda pública supere el límite del 60 por 100 del PIB.

En segundo lugar, por las medidas del PEC ante la «recesión económica grave» que acoge el art. 135.4 CE, previendo el Reglamento (CE) 1467/1997, de medidas disuasorias, modificado por Reglamento (CE) 1056/2005, entre otras: a) Su art. 2.2 califica así la del Estado con PIB negativo, pero también la caída de producción, aun con PIB positivo, con mayor flexibilidad que la LO 2/2012; b) el mismo precepto admite en tal circunstancia un déficit superior al valor de referencia del 3 por 100 del PIB; c) el art. 2.3 ordena a la Comisión evaluar los presupuestos nacionales teniendo en cuenta la flexibilidad por las políticas derivadas del programa de Lisboa, de inversiones en I+D+I, las contribuciones de solidaridad internacional y otras; d) el art. 3.4, en caso de déficit excesivo, da un plazo de seis meses desde su detección para presentar un plan de corrección, aplicable a partir del año siguiente, muy superior a los de un mes, para aplicar en tres, que da la Ley española; e) los arts. 3.5 y 5.2 prevén que la aparición posterior a las medidas de ajuste de factores económicos adversos e inesperados, dará lugar a recomendaciones y advertencias revisadas de la Comisión, prolongando los plazos previstos; f) en todo caso, dice el art. 5 del Reglamento (CE) 1466/1997, ante «crisis económica grave en la zona del euro o en el conjunto de la Unión, se podrá permitir a los Estados miembros que se aparten temporalmente de la trayectoria de ajuste

hacia el objetivo presupuestario a medio plazo», lo que no permite la LOEPSF.

En tercer lugar, el llamado «Two-Pack, los Reglamentos (UE) 472/2013 y 473/2013, de 21 de mayo», afirman en sus Preámbulos que sus disposiciones se aplicarán con sujeción al art. 9 TFUE, entre cuyos fines menciona justamente los tres de protección social, educación y protección de la salud que fija la LOFCA. Por eso, el art. 7.7 del Reglamento 472, que instrumenta la medida coercitiva más rigurosa, los programas de rescate, dice literalmente que estos «tendrán en cuenta la necesidad de garantizar recursos suficientes para las políticas fundamentales, como la educación y la salud». Y el art. 2.3 del Reglamento 473, de medidas reforzadas de coordinación y supervisión, subraya que «se aplicará sin perjuicio de lo establecido en el art. 9 TFUE».

En este contexto, ante una eventual colisión entre los arts. 135 y 158.1 CE, no cabe olvidar que este último es un mandato al legislador presupuestario tan directo como el primero, pero que además entronca de lleno con el núcleo definidor del Estado social y democrático de Derecho, con su exigencia de igualdad real y de igualdad de posiciones básicas en todo el territorio y con la obligación del Estado de atender los derechos sociales cuya prestación mínima garantiza. Puesto que la Constitución ha de considerarse «como un todo sistemático exento de contradicciones lógicas» (STC 278/1993), lo que «impone su interpretación sistemática» (STC 113/2004) y puesto que ella misma parece condensar su modelo de Estado, social y autonómico encargando al Estado la garantía de un nivel mínimo de prestación de ciertos servicios fundamentales, es plausible entender que el art. 158.1 CE es criterio definidor de la «sostenibilidad social» del art. 135.4 CE, cuyo perjuicio permite superar los límites de déficit y deuda.

No es baladí esta propuesta interpretativa a la vista de los últimos años. No solo han aumentado las disparidades en esos derechos entre las Comunidades Autónomas, sino que en todas ha disminuido su nivel de prestación. En educación, el gasto público estatal y autonómico

ha disminuido entre 2010 y 2014 en más de 7.000 millones de euros (más de un 16 por 100), reduciendo el gasto por estudiante en casi 1.000 euros y eliminando más de 700.000 becarios (41 por 100) y más de 20.000 profesores funcionarios. En sanidad, el descenso del gasto público en los mismos años también supera los 7.000 millones de euros (casi un 11 por 100), rebajando en 10 por 100 el gasto por habitante y eliminando más de 13.000 sanitarios estatutarios. En protección social, el gasto público (sin computar el local) ha disminuido en más de 8.000 millones de euros (más del 29 por 100), bajando en 170 euros el gasto por habitante.

Esta trayectoria de reducción sigue para estos servicios en el Programa de Estabilidad 2015-2018 presentado por el Gobierno a la Comisión Europea. En educación, desde el 4,0 por 100 del PIB en 2013 al 3,7 por 100 en 2018; en sanidad, del 6 por 100 del PIB en 2013 al 5,3 por 100 en 2018; y en protección social, del 17,6 por 100 del PIB en 2013 al 15,7 por 100 en 2018. De ahí la relevancia de un cabal entendimiento del art. 158.1 CE y de la garantía que incorpora para estos servicios públicos fundamentales, frente a la que no cabe esgrimir los límites de déficit y de deuda, pues la propia Constitución ofrece las vías para su superación.

Cabría argumentar que estos recortes no son el «perjuicio considerable» de la sostenibilidad social, que exige el art. 135.4 CE para poder superar los límites de la estabilidad. Aun prescindiendo de sus cuantías, lo indiscutible es, por un lado, que esos recortes han situado en todas las Comunidades el nivel de prestación de los tres servicios públicos fundamentales por debajo del que tenían en 2010, reduciendo su mínimo absoluto protegido por el art. 158.1 CE. Por el otro, que un recorte generalizado y similar de prestaciones por el Estado en todas las Comunidades, es lo contrario al proceso de aproximación al alza entre ellas y, por ende, desigual, con que el Tribunal Constitucional entiende el precepto. ¿Cabe mayor perjuicio que esa doble vulneración de la garantía constitucional de los derechos sociales y de la garantía de su igualación?

Como garantía de la igualdad de posiciones básicas del art. 149.1.1º en derechos definidores del Estado social y democrático de Derecho del art. 1 CE, el art. 158.1 no puede ser relegado ante otras exigencias al gasto público, como la estabilidad, que aun de rango constitucional es de carácter instrumental y sin el amparo de preceptos como los citados, tan relevantes para el modelo de Estado y de sociedad alumbrado por la Constitución. De ahí que deban abrirse vías para conciliar su mandato con aquellas otras exigencias financieras, que no pueden elevarse a guías únicas del gasto público, sometido al principio de asignación equitativa por el art. 31.2 CE.

II. Desarrollo legal de las asignaciones de nivelación

1. Regulación por la LOFCA y la Ley de Financiación de las CCAA

El Preámbulo de la LO 3/2009, que modificó la LOFCA incorporando el Acuerdo 6/2009, del Consejo de Política Fiscal y Financiera de nuevo modelo de financiación, incluyó entre los «dos principios fundamentales derivados de la reforma… la garantía de un nivel base equivalente de financiación de los servicios públicos fundamentales. De acuerdo con este principio, los recursos financieros para la prestación de los servicios básicos del Estado del Bienestar deben servir para que estos puedan ser prestados en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que residan».

Así, el objetivo del Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales, creado por la ley, es «garantizar que las Comunidades Autónomas reciben los mismos recursos por habitante, en términos de población ajustada o unidad de necesidad».

Coherente con ello, el art. 2 LOFCA incorpora entre los principios del sistema el de su ap. 1.c): «La garantía de un nivel base equivalente de financiación de los servicios públicos fundamentales, independientemente de la Comunidad Autónoma de residencia», que

el art. 15.2 concreta en «garantizar que cada Comunidad recibe, en los términos fijados por la Ley, los mismos recursos por habitante, ajustados en función de sus necesidades diferenciales…». Fórmula similar a la del Preámbulo de la Ley 22/2009, que tras enfatizar el Fondo de Garantía como refuerzo de la equidad, dice que «todas las Comunidades Autónomas van a recibir los mismos recursos por habitante, en términos de población ajustada o unidad de necesidad».

Para ello, el art. 15.2 LOFCA constituye el Fondo a cargo de «las Comunidades Autónomas con un porcentaje de sus tributos cedidos, en términos normativos, y el Estado con su aportación», lo que concreta y desarrolla el art. 9 de la Ley 22/2009.

Su art. 9.a) lo integra con el 75 por 100 de la capacidad tributaria de las CCAA en 2007 (tributos cedidos previo al ejercicio de sus competencias normativas, según los términos y porcentajes del art. 8) y una asignación del Estado por ciertos conceptos de sus arts. 3.*g*) y 5, más otros adicionales del art. 6, que cada año se calcula aplicando a la aportación del año base de 2007 el índice de evolución del ITE (Ingresos Tributarios del Estado, integrados por la recaudación estatal no susceptible de cesión de IRPF, IVA y ciertos IIEE). La primera aportación provisional en 2011 fue de 5.200 millones de euros, superando en 2016 los 8.500 millones.

La participación de cada Comunidad en el Fondo se calcula para el año base, 2007, conforme a las variables del art. 9.b) de la Ley 22/2009, y de ella se resta el 75 por 100 de su capacidad tributaria en términos normativos de ese año. La diferencia resultante, positiva o negativa, actualizada cada año también con la evolución del ITE, indica el importe que la Comunidad recibe o aporta al Fondo, computando como gasto o ingreso, respectivamente, junto al resto de recursos autonómicos, salvo el Fondo de Compensación, en el correspondiente cap. IV, transferencias corrientes, de los Presupuestos Generales del Estado. Como indican estos, las entregas mensuales a cuenta no son operaciones presupuestarias, por lo que solo su liquidación final

anual determinará gasto o ingreso para el Estado, aplicándose al correspondiente capítulo

Como cierre del sistema (así calificado por el Libro Amarillo de los PGE de cada año), la normativa prevé el Fondo de Suficiencia Global, que según el Preámbulo de la LO 3/2009 pasa a denominarse así para realzar que «busca asegurar la suficiencia en financiación de la totalidad de las competencias». Dispone el art. 13.2 LOFCA que «El Fondo de Suficiencia Global cubrirá la diferencia entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía y la suma de su capacidad tributaria y la transferencia del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales», actualizando también con la evolución del ITE su importe en el año base. Ordenando finalmente el art. 11.3 de la ley 22/2009 la liquidación conjunta en la Ley de Presupuestos de todos los recursos del sistema, como hace el art. 112.5 de la LPGE para 2016, figurando en la sección 36 de su clasificación orgánica.

2. Insuficiencias del régimen legal respecto al art. 158.1 CE

Varios aspectos de su regulación legal, tanto de su contenido interno como de su función en el sistema de financiación, permiten dudar de que las asignaciones niveladoras de servicios puedan cumplir su finalidad constitucional.

En primer lugar, por el objetivo atribuido al Fondo de Garantía. Aunque el Preámbulo de la LOFCA parte del principio de que los servicios fundamentales puedan ser prestados en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos, que es también el fin constitucional, no parece que ello equivalga a la garantía, como el mismo párrafo dice y repite el art. 2.1.c), de «un nivel base equivalente de financiación de los servicios», que el art. 15.2 entiende como que cada Comunidad reciba «los mismos recursos por habitante, ajustados en función de sus necesidades diferenciales».

Con esta previsión, desde luego, se asegura que el Fondo financiará a las Comunidades atendiendo a sus necesidades diferenciales actuales,

o como dice el Preámbulo de la Ley 22/2009, asegurando que «van a recibir los mismos recursos por habitante, en términos de población ajustada o unidad de necesidad». Es decir, se cuantificará dicha unidad de necesidad actual y se facilitará mayor financiación donde mayor valor arroje, pero en nada permite este criterio tener en cuenta las distintas condiciones de partida de los servicios en cada territorio, con lo que la financiación para todas por igual de sus unidades de necesidad actuales en nada va a corregir ni reequilibrar las desigualdades iniciales, que es lo que debe aproximarse para conseguir un nivel de prestación homogéneo en todo el territorio. O peor aún, la financiación igual de las actuales unidades de necesidad va a significar, por fuerza, un ahondamiento de las diferencias, al aplicar medidas iguales para situaciones de partida desiguales.

Así se confirma, en segundo lugar, examinando las variables del art. 9.b) de la Ley 22/2209 que determinan la participación de cada Comunidad en el Fondo. Primero, porque un 33 por 100 se reparte por población, superficie e insularidad, que nada indican, desde luego, sobre el nivel existente de prestación de los servicios en cada una. Segundo, porque tampoco lo hace el resto de variables, población escolar, la mayor de 65 años y la ajustada a efectos sanitarios, que pueden indicar la unidad de necesidad actual para la cobertura de los servicios, pues en cada territorio habrá distintos valores de esos estratos poblacionales, pero nada dicen del nivel ni la dotación de partida en cada uno. Sin indicadores del nivel de prestación del servicio no solo es imposible procurar su igualación, como pide el Tribunal Constitucional, sino ni siquiera saber si alcanzan la media nacional ni si las asignaciones lo mejoran.

Examinando la variable población de 0 a 16 años, que pesa más del 20 por 100, se ve que obviamente conllevará mayores recursos donde más valor absoluto alcance, pero sin considerar de ningún modo el número de profesores, unidades escolares, ratio de aulas, escuelas rurales agrupadas, comedores, laboratorios y otras instalaciones, becas, etc., que son los verdaderos indicadores del nivel de prestación del

servicio y que nunca van a poder igualarse si ni tan solo se contemplan. Como ocurre con la sanidad, que solo computa la población ajustada, pesando un 38 por 100 y estratificada meramente por tramos de edad, sin atención alguna, pe, a número de camas, instalaciones o personal sanitario por habitante, grado de cobertura de la cartera común, programas preventivos, ni, en fin, otros indicadores del nivel del servicio.

Llama la atención esta desidia hacia verdaderos indicadores del nivel de los servicios cuando ya en la redacción inicial de la LOFCA de 1980 se contemplaban por su art. 13, entre otros criterios, los índices de déficit de servicios sociales o el costo por habitante de los servicios transferidos, en relación en ambos casos con sus valores en el conjunto del Estado. Justamente para un recurso, como la participación en ingresos del Estado, que en absoluto se dirige a la redistribución, sino a la financiación ordinaria de las competencias asumidas por las Comunidades. Cuanto más necesario serán esos indicadores para poder cumplir el doble mandato constitucional de garantizar un nivel mínimo de prestación del servicio (la media nacional) y de aproximarlo entre las diversas Comunidades, lo que, obviamente, exige criterios que permitan cuantificarlo.

En tercer lugar, las insuficiencias de la regulación legal de las asignaciones niveladoras se manifiestan también en la confusión e indefinición de fines con que se articula el Fondo de Garantía en el marco del sistema de financiación, pese a las claras y específicas finalidades que atribuye a aquéllas la Constitución, denotando que tras treinta años de olvido de este instrumento, no se ha sido nada cuidadoso a la hora de ponerlo en marcha.

Así lo revela ya desde su inicio el art. 15.1 LOFCA, que abre su regulación diciendo que el Estado garantizará el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales «de su competencia», para añadir, sin solución de continuidad, que son, a estos efectos, los de sanidad, educación y servicios sociales esenciales. Es decir, los dos primeros transferidos ya desde tiempo a todas las Comunidades y atribuidos

por los Estatutos vigentes como competencia exclusiva, y los de atención social, reconocidos también como de competencia exclusiva autonómica desde los inicios. Pero la contradicción no es solo interna al ap. 1 del art. 15, sino también con el art. 158 CE. En este literalmente se prevé «una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido». ¿Cómo la LOFCA al articular esas asignaciones del Estado las destina a «servicios de su competencia»?. ¿Dónde queda la asignación a las Comunidades Autónomas que ordena la Constitución?. Obviamente, no se resiente el fondo de la cuestión cuando el mismo apartado de la LOFCA enumera los servicios fundamentales, cuya organización y prestación es autonómica, pero sí es una muestra palmaria del escaso rigor con que se regula un instrumento que no solo sirve a la solidaridad y a la redistribución, sino a la garantía de unos derechos sociales básicos en el marco del Estado social y democrático de Derecho, según se ha visto más arriba.

En cuarto lugar, la confusión de fines entre los distintos recursos financieros la plasma el citado art. 13.2 LOFCA cuando ordena que el Fondo de Suficiencia Global para cada Comunidad se calcule por diferencia entre sus necesidades de financiación y su capacidad tributaria más las transferencias del Fondo de Garantía. Es evidente que con esa disposición se está subvirtiendo de lleno la finalidad de las asignaciones niveladoras articuladas mediante el Fondo de Garantía, pues van a servir, como dice el Preámbulo de la LO 3/2009, para asegurar la financiación de las competencias, en lugar de servir como instrumento financiero específico para la solidaridad y la redistribución, que es como las enuncia el art. 158.1 CE y las concibe expresamente la jurisprudencia constitucional.

Esta confusión de fines, más bien, dilución de los específicos de las asignaciones de nivelación, corrobora que sus variables no sirven a esa finalidad niveladora ni igualadora, midiendo solo, como se ha dicho, la unidad de necesidad del servicio, pero no su grado de dotación o cobertura en cada territorio. La liquidación conjunta

del Fondo de Garantía con el resto de recursos no hace más que abundar en esa indefinición con que la LOFCA y el vigente sistema de financiación disuelven y anulan los fines específicos atribuidos por la Constitución a las asignaciones niveladoras. Hasta el punto de que el sistema persigue la financiación ordinaria con la capacidad tributaria, el Fondo de Garantía y el Fondo de Suficiencia, reservando la que llama «convergencia» a los Fondos de Compensación y de Cooperación.

Por eso, en quinto lugar, tanto la Disp. Ad. 8ª de la LOFCA como la LOEPSF y la LO 9/2013 han dispuesto la deducción o retención de créditos por el Estado de los importes a satisfacer por todos los recursos de los regímenes de financiación de las Comunidades Autónomas para atender ciertos compromisos financieros de las mismas, como cantidades para hacer efectivas las garantías de créditos con el ICO, deudas con el Estado por tributos y cotizaciones sociales o pagos a proveedores en los supuestos del art. 20 de la LOEPSF. Es decir, hasta pudiendo eliminar las eventuales asignaciones de nivelación de servicios del art. 158.1 CE para destinar sus importes a financiar gastos corrientes de las Comunidades que nada tienen que ver con los servicios públicos fundamentales para cuya nivelación las previó la Constitución.

Desde luego, es proverbial la fungibilidad de institutos jurídicos para obtener unos mismos resultados, pero sin que ello signifique que no hay límites a dicha fungibilidad, En nuestro caso, cuando la Constitución expresamente dispone un instrumento específico, las asignaciones de nivelación en los presupuestos del Estado, con una finalidad propia y exclusiva, la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales, concretado numéricamente en la media nacional, con el mandato de su igualación como deber ínsito a la igualdad, solidaridad y redistribución entre territorios a que obliga la Constitución, no es lícito subvertir esas previsiones y desdibujar tanto ese recurso financiero como para convertirlo en un instrumento de financiación ordinaria de las Comunidades, es decir, de sus gastos corrientes y con eliminación absoluta de sus finalidades propias.

Basta contemplar las redacciones de la LOFCA vigentes hasta la LO 3/2009 para comprobar que, aun sin haberse articulado entonces las asignaciones niveladoras, eran cabalmente entendidas por el legislador. Se disponía en el art. 15 que se establecería «con especificación de su destino, una asignación complementaria» con la finalidad de garantizar el nivel de prestación del servicio (ap. 2), así como que la Comunidad receptora debía rendir cuentas anualmente de su utilización y del nivel de prestación alcanzado (ap. 5).

Comparando este marco legal con el ahora vigente, no cabe concluir más que el acuerdo sobre el actual modelo de financiación autonómica se adoptó calculadora en mano, pero no, desde luego, con la Constitución sobre la mesa ni con sus claras exigencias de garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales y, con ellas, de una garantía constitucional de los derechos sociales atendidos por esos servicios, incluso, dado su rango, frente a otras exigencias al gasto público que eventualmente pudieran dificultar su realización.

La via valenciana a l'Autonomia i la Constitució

Lluís Aguiló Lúcia
Professor Honorífic de Dret Constitucional de la Universitat de València.

Resumen

El trabajo profundiza en la «vía valenciana» a la autonomía, un camino peculiar y propio que, por desarrollarse en muchos de sus aspectos al margen de la Constitución, resultó complicado y lleno de dificultades pero que, a la postre, posibilitó que el pueblo valenciano recuperara su derecho al autogobierno y disfrute de una autonomía plena, tanto desde el punto de vista institucional como competencial.

Palabras clave: autonomía, autogobierno, Comunitat Valenciana, Constitución.

Resum

El treball aprofundeix en la «via valenciana» a l'autonomia, un camí peculiar i propi que, a causa que es desenvolupa en molts dels seus aspectes al marge de la Constitució, va resultar complicat i ple de dificultats, però que, a la fi, va possibilitar que el poble valencià recuperara el dret a l'autogovern i al gaudi d'una autonomia plena, tant des del punt de vista institucional com competencial.

Paraules clau: autonomia, autogovern, Comunitat Valenciana, constitució.

Sumario

I. Introducció.
II. Regulació constitucional.
III. El Consell preautonòmic del País Valencià.
IV. Els entrebancs del procés autonòmic.
V. Consideració final.

I. Introducció

Fa quaranta anys no era possible imaginar-se com es configuraria l'Estat social i democràtic de Dret que establia la Constitució basat en una descentralització administrativa i amb una porta oberta a una descentralització també política. Analitzar el text constitucional i el seu primer desenvolupament és la tasca que cal fer ara.

En el nostre cas tractarem el cas valencià en la configuració de l'Estat de les Autonomies que preconitza la Constitució i concretament la via valenciana que, al seu emparament, ens va dur a l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana de 1982.

Des d'una perspectiva estrictament valenciana analitzarem en primer lloc els dos preceptes constitucionals bàsics que marcaren eixa via valenciana a l'autonomia: l'article 2 i la Disposició Transitòria Segona. I a continuació veurem quina va ser la pràctica d'eixa via valenciana: el règim preautonòmic abans d'aprovar-se la Constitució i el procés autonòmic constitucional fins l'aprovació de l'Estatut d'Autonomia.

II. Regulació constitucional

Efectivament dos són els preceptes de la Constitució que es troben en l'origen d'aquesta qüestió: l'article 2 i la Disposició Transitòria Segona. No anem a entrar en una anàlisi d'ambdós. Ens interessen sols des d'una òptica valenciana. És clar que amagaven un mateix interès: referir-se a Catalunya, el País Basc i Galícia sense anomenar als territoris específicament. L'article 2 simplement feia referència a la distinció entre «nacionalitats i regions», distinció que el precepte no concretava ni aclaria però que ja en aquell moment volia referir-se únicament als tres territoris esmentats. El País Valencià no entrava en la consideració de «nacionalitat». S'ha tingut que esperar fins l'Estatut d'Autonomia de 2006 per a veure's reconeguda i regulada la consideració de que el poble valencià constitueix una «nacionalitat» amb l'afegit –a més– d'històrica.

Més curiosa va ser la redacció de la Disposició Transitòria Segona. Aquesta Disposició regulava una via d'accés a l'Autonomia ràpida, més senzilla i que assegurava una Autonomia plena institucional i competencial des del primer moment i sense anomenar els territoris privilegiats doncs tenia una redacció prou peculiar. Efectivament aquesta Disposició Transitòria començava amb aquesta redacció: «Els territoris que en el passat hagueren plebiscitat afirmativament projectes d´Estatut de Autonomia....». En primer lloc és ben curiós allò de «en el passat». No era una referència als visigots ni a l'Edat Mitjana, senzillament era una clara referència a la Segona República. I les paraules estaven ben escollides. Sols Catalunya havia vist en funcionament normal el seu Estatut d'Autonomia en temps de la República. Al País Basc sols s'havia aprovat després del plebiscit corresponent. I a Galícia únicament s'havia celebrat el plebiscit sobre el projecte d'Estatut. Eixa redacció sols deixava a eixos territoris poder-se acollir a la via privilegiada d'accés a l'Autonomia. A la Segona República el següent Estatut que estava en marxa era el valencià. Els dos grans partits polítics valencians del moment (el PURA, blasquiste, i la Dreta Regional Valenciana) recolzaven l'Estatut i el següent pas del procés autonòmic estava previst per al 9 d'Octubre de 1936 però la guerra civil començà el 18 de juliol i tots els processos autonòmics –no sols el valencià– quedaren aturats. Per tot això el País Valencià no va poder-se acollir a la Disposició Transitòria Segona de la Constitució.

D'aquesta manera la Constitució va impedir que els valencians tinguérem la possibilitat d'acollir-nos a la via privilegiada que sí es va permetre a Catalunya, el País Basc i Galícia.

III. El Consell preautonòmic del País Valencià

De totes maneres la voluntat política de considerar al poble valencià en un segon nivell ja s'havia manifestat jurídicament abans d'aprovar-se la Constitució amb la creació dels règims preautonòmics. El cas valencià va tenir les seues peculiaritats.

Després de les primeres eleccions el 15 de juny del 1977, els diputats i senadors elegits hi van constituir el Plenari de Parlamentaris del País Valencià que va iniciar converses amb el govern d'Adolfo Suárez per tal d'aconseguir algun tipus d'Autonomia provisional fins que la Constitució regulara les futures Comunitats Autònomes. Per a tindre un recolzament popular, el Plenari va convocar la manifestació a favor de l'Autonomia el 9 d'octubre d'aquell any amb una resposta massiva.

Les negociacions es feren al llarg de la tardor i l'hivern. Però quan va arribar el moment de l'aprovació es va produir ja una distinció prou curiosa. En març n'hi havia quatre territoris que havien negociat la seua preautonomia després de l'aprovació de la catalana i la basca. Eren Galícia, Aragó, Canàries i el País Valencià. El fet insòlit fou que es van celebrar dos Consells de Ministres en dies consecutius. Per això es va aprovar el 10 de març el règim preautonòmic de Galícia i al dia següent, l'11 de març, el del País Valencià, Aragò i Canàries. Però aquesta diferenciació es va mantenir fins i tot en la data de la signatura dels Reials Decrets.

Efectivament el Reial Decret-Llei 7/1978, pel qual s'aprova el règim preautonòmic per a Galícia es va signar el 16 de març i es va publicar al BOE el 18 de març. Per la seua part el Reial Decret-Llei 10/1978, pel qual s'aprova el règim preautonòmic del País Valencià es va signar el 17 de març i es va publicar al dia següent juntament amb els d'Aragó i Canàries. A partir d'aquests moments els valencians es quedaren en un segon pla a l'hora d'aconseguir un Estatut d'Autonomia.

IV. Els entrebancs del procés autonòmic

Ara bé, aprovada la Constitució s'obria el camí d'accés a l'Autonomia. En eixe sentit cal indicar que el País Valencià no es va poder acollir a la via privilegiada de la Disposició Transitòria Segona com hem indicat adés. Per tant sols hi havia dos vies d'accés: les dels articles 143 i 151. La de l'article 143 conduïa, almenys en un primer moment, a una autonomia menys plena amb menys competències (limitades per

l'article 148 de la Constitució) i sense garantia de gaudir un parlament propi. En canvi la via de l'article 151 atorgava una Autonomia Plena –com la dels territoris «privilegiats»– però amb un procediment molt més complicat i la celebració de dos referèndums. I, a més garantia una Autonomia plena amb Parlament propi i un sostre competencial sols limitat per l'article 149 de la Constitució.

Des del primer moment el Consell del País Valencià va triar la via de l'article 151 amb totes les seues dificultats. Efectivament el Consell, als pocs dies d'aprovar-se la Constitució, reunit a Morella el 9 de gener de 1979, acordà, de conformitat amb la Constitució, iniciar el procés autonòmic. Complit aquest tràmit calia esperar a la celebració de les primeres eleccions municipals doncs el segon tràmit era el pronunciament favorable dels ajuntaments valencians. Celebrades les eleccions el 3 d'abril i constituïts els nous ajuntaments democràtics, fou l'Ajuntament de Picanya presidit per Ciprià Ciscar el primer que es va pronunciar a favor de l'autonomia del País Valencià. D'acord amb la Constitució –i la via de l'article 151–, a partir d'eixe moment calia que la resta dels ajuntaments durant sis mesos adoptaren acords semblants per poder continuar per eixa via o no, estava en funció del nombre d'acords municipals.

Finalitzat el 25 d'octubre el termini, el 99 per cent dels municipis valencians que representaven també el 99 per cent dels ciutadans, hi havien pres l'acord quan la Constitució exigia un 75 per cent d'ajuntaments que representaren al menys el 50 per cent de la població, per la qual cosa es podia continuar per la via de l'article 151.

Arribat aquest punt sols restava que el Govern Suárez fera la convocatòria del corresponent referèndum per tal que els valencians ratificaren si estaven d'acord amb gaudir d'un Estatut d'Autonomia. En aquest sentit cal recordar que el mateix dia en què el President del Consell del País Valencià, Josep Lluís Albinyana, presentava al Govern Suárez i a les Corts el compliment del requisit de l'article 151, Catalunya i el País Basc celebraven els seus referèndums respectius d'aprovació dels corresponents Estatuts. Recordem que era el 25 d'octubre de 1979.

I en eixa data, també, sols dos futures comunitats autònomes hi havien complit el requisit de la via de l'article 151: el País Valencià i Andalusia.

El Govern Suárez que no hi havia ficat cap obstacle jurídic a la convocatòria i celebració dels referèndums català i basc, en canvi va considerar que els referèndums valencià i andalús no es podien celebrar doncs no s'havia desenvolupat la Llei prevista en l'article 92.3 de la Constitució que deia: «3. Una Llei Orgànica regularà les condicions i el procediment de les diverses modalitats de referèndum previstes en la present Constitució».

Aquesta nova discriminació no tenia més objectiu que impedir que els valencians i els andalusos tingueren una autonomia plena. És per això que tot el procés es va aturar fins que les Corts Generals aprovaren la Llei Orgànica 2/1980, de 18 de gener, sobre regulació de les distintes modalitats de referèndum. Dies abans el Govern de Suárez va anunciar que entenia que l'autonomia valenciana deuria ser menys plena i, per tant, bloquejaria el seu accés per la via de l'article 151. Això va provocar la dimissió de Josep Lluís Albinyana el 22 de desembre de 1979, com a President del Consell i la eixida del Partit Socialista del País Valencià-PSOE del Consell.

Aprovada la Llei Orgànica de modalitats de referèndum es va aplicar de manera capciosa al País Valencià. La Llei regulava en l'article 8 el procediment de ratificació per referèndum de la iniciativa prevista en l'article 151 de la Constitució –que era el cas valencià i andalús–. La Llei Orgànica introduïa un nou requisit que no estava en la Constitució i era que en els acords municipals deuria fer-se constar explícitament que es volia la via de l'article 151. Lògicament quan la Llei entrà en vigor el 24 de gener de 1980 hi havia tres situacions possibles diferents: processos autonòmics en què el tràmit de pronunciament dels ajuntaments hi havia finalitzat (País Valencià i Andalusia), processos autonòmics ja iniciats però en els que encara no s'havia arribat al termini dels sis mesos, i processos encara no iniciats.

La disposició transitòria segona de la Llei era molt clara: no s'aplicava el nou requisit al primer cas –País Valencià i Andalusia–; es

donava un termini suplementari de 75 dies als ajuntaments que ja hi havien pres l'acord per tal d'aclarir si era pel 151 o no, en els casos en que el procés es trobava dins dels sis mesos; i era totalment d'aplicació el nou requisit als processos encara no iniciats. Malgrat la claredat de la Llei el Govern Suárez –potser sabedor d'un fracàs– va convocar el referèndum d'Andalusia el 28 de febrer però no convocà mai el del País Valencià –potser sabedor també que anava a ser afirmatiu–.

Ara bé, en tot cas l'objectiu era que s'aprovara finalment l'Estatut valencià d'Autonomia. Tampoc fou fàcil i pacífic la seua tramitació. Efectivament, el Reial Decret-llei 12/1981, de 20 d'agost, que hem esmentat, fou una de les conseqüències dels «pactes autonòmics» de 31 de juliol de 1981 signats pel President del Govern, Leopoldo Calvo Sotelo, i el líder del Partit Socialista Obrero Español, Felipe González, després dels fracàs de l'intent de colp d'Estat del 23 de febrer. Eixos pactes rellançaven el procés autonòmic i fixaven l'anomenat «mapa autonòmic». Però, ja abans, al País Valencià s'havia iniciat un procés impulsat pel Plenari de Parlamentaris integrat pels diputats i senadors valencians, en una reunió celebrada el 10 d'abril, que va anomenar una ponència integrada per dos membres de l'UCD, dos del Partit Socialista del País Valencià, i un del Partit Comunista del País Valencià que eren les tres úniques forces polítiques amb representació parlamentària per les tres circumscripcions valencianes al Congrés dels Diputats.. La Ponència que tenia que elaborar l'avantprojecte d'Estatut es va reunir a Benicàssim i abans del 30 d'abril el va redactar. Per tal de seguir el procediment de l'article 146 de la Constitució, calia que eixe avantprojecte fora debatut pels parlamentaris valencians i pels membres de les Diputacions Provincials. Però no fou així al País Valencià. Sols els parlamentaris de les Corts Generals (diputats i senadors) participaren en els debats que van tenir lloc en les reunions del Plenari, celebrades a Alacant el 16 de maig i a València, el 12 de juny.

Finalment en una sessió celebrada al castell de Peníscola el 19 de juny, amb la presència dels diputats provincials i sense que aquests presentaren esmenes en poc més de tres hores –i per tant sense complir

el requisit de l'article 146 de la Constitució–, s'aprovà el projecte d'Estatut d'Autonomia del País Valencià, el qual tingué entrada en el Congrés dels Diputats el dia 29 de juny de 1981.

Fins eixe moment –i també després– els projectes d'altres estatuts d'autonomia tramitats per les Corts Generals no tingueren canvis substancials respectant-se el que s'havia aprovat en cada territori. L'excepció fou una vegada més el País Valencià.

La tramitació per la Mesa del Congrés fou el 29 de setembre i el termini per a la presentació d'esmenes es va prolongar fins el dia 9 de novembre. La ponència va finalitzar els seus treballs el 15 de desembre i el debat de la Comissió Constitucional va començar el 29 de desembre, Comissió presidida pel diputat valencià Emilio Atard Alonso.

I el canvi radical es va produir eixe dia. A diferència del que s'havia fet en altres Estatuts, i el que es faria després, l'UCD i Alianza Popular dins del Grup Coalición Democrática, trencaren el consens polític que hi havia i imposaren les seues tesis començant per la mateixa denominació, que passava de ser «País Valencià» a «Regne de València», al aprovar-se una esmena de Coalición Democrática, és a dir, d'Alianza Popular. Amb aquests canvis es va sotmetre al Ple el 9 de març de 1982 el debat de l'Estatut d'Autonomia. La sorpresa es produeix al votar-se l'article 1 –el de la denominació de la Comunitat Autònoma–. El resultat fou de 151 vots a favor, 161 en contra i 9 abstencions. Com la denominació de la Comunitat Autònoma era requisit constitucional, al no aprovar-se cap denominació el president del Congrés dels Diputats va paralitzar la tramitació de l'Estatut i va tornar el projecte a la Comissió Institucional.

Però durant el temps en què el text va al Ple i torna a la Comissió –entre març i abril de 1982– s'havia produït un canvi important en la composició política del Congrés. Una part dels diputats de l'UCD, amb Francisco Fernández Ordoñez al front, abandonen el grup parlamentari i passen al Grup Mixt. Això suposà que UCD i Coalición Democrática (és a dir Alianza Popular), ja no tenien junts la majoria absoluta. Com a conseqüència d'això es torna a debatre el 22 d'abril el text de

l'Estatut valencià en comissió i desapareix la denominació de «Regne de València» adoptant-se la de «Comunitat Valenciana».

A partir d'eixe moment la tramitació parlamentària ja no pateix més entrebancs fins l'aprovació de l'Estatut per les Corts Generals.

Ara bé, quan va començar el segon debat en comissió del projecte de l'Estatut valencià, el serveis jurídics de les Corts Generals advertiren que el text que estava tramitant-se no hi havia complit els tràmits previstos en la Constitució per a la via de l'article 143 –per la no celebració com calia de l'assemblea prevista en l'article 146–, i especialment pel seu contingut doncs era un Estatut d'Autonomia plena, des del punt de vista de les competències que recollia, i que tampoc hi havia seguit els tràmits de l'article 151. Era allò que després s'ha anomenat i molts hem qualificat com «la via valenciana a l'autonomia».

Per això es va tenir que tramitar de manera paral·lela altra llei orgànica que poguera permetre a la futura Generalitat Valenciana assumir totes les competències previstes en l'Estatut. El 30 d'abril es va presentar pels grups parlamentaris socialista i centrista un projecte de Llei Orgànica de transferències a la Comunitat Valenciana de competències en matèria de titularitat estatal. El projecte es va tramitar de manera molt ràpida i quedà aprovat definitivament el 26 de juliol, convertint-se en la Llei Orgànica 12/1982, de 10 d'agost, que és la coneguda com a LOTRAVA, i que seria alguns anys després derogada.

Ara bé, amb l'aprovació de l'Estatut no finalitzaren els entrebancs jurídics del procés autonòmic valencià. L'elecció i el nomenament de Joan Lerma com a President de la Generalitat Valenciana fou l'últim capítol.

L'Estatut d'Autonomia fou la Llei Orgànica 5/1982, d'1 de juliol. D'acord amb ella el dia 2 d'agost de 1982 es va fer la constitució de les Corts Valencianes al Palau de la Generalitat, i el 12 d'agost va tenir lloc la investidura de Joan Lerma Blasco com a President de la Generalitat.

El Diari de Sessions d'eixe dia acaba dient literalment en paraules del President de les Corts, Antoni Garcia Miralles: «s'entén atorgada la

confiança de l'Assemblea a favor de Joan Lerma Blasco, President de la Generalitat Valenciana, la qual cosa serà comunicada al Rei, als efectes del seu nomenament. S'alça la sessió».

Efectivament l'elecció i la investidura van ser comunicades immediatament tant al Rei com al President del Govern, Leopoldo Calvo Sotelo. I aquí començà l'entrebanc. El que sempre s'ha fet és que eixos tràmits de comunicació i publicació en el BOE i en els Butlletins Oficials de les Comunitats Autònomes han estat sempre qüestió de dies. Doncs bé, després de l'elecció el 12 d'agost, el President del Govern, Leopoldo Calvo Sotelo, no li va passar a la signatura del Rei el nomenament de Joan Lerma fins al dia 23 de setembre, és a dir, quasi mes i mig després. Però el mes greu és que eixe Reial Decret no es publica fins al 10 de novembre en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana (Reial Decret-Llei 3.144/1982, de 23 de setembre). És a dir, va tardar pràcticament tres mesos en poder prendre possessió del càrrec Joan Lerma. No oblidem que en eixe intermedi es van disoldre les Corts Generals i s'havien celebrat les eleccions del 28 d'octubre que donaren la victòria als socialistes.

V. Consideració final

Quaranta anys després és un bon moment per a recordar com va ser la «via valenciana a l'Autonomia» que va suposar que el poble valencià recuperara el seu dret a l'autogovern del que havia gaudit històricament. Com hem vist no fou fàcil doncs el text constitucional no semblava massa procliu a recollir tots els fets diferencials valencians tant genèrics –com és el cas del dret foral– com concrets –al final no va aparèixer una referència expressa al Tribunal de les Aigües–. L'absència d'una presència reivindicativa a Madrid per part dels nostres representants polítics, la manca d´una efectiva vertebració de la societat valenciana o la imatge d'una societat civil desorganitzada foren factors que varen contribuir a les dificultats que al llarg de quaranta anys ha tingut que superar el poble valencià. I el que està clar és que

s'ha perdut massa temps. És veritat que hui gaudim finalment d'una autonomia plena tant des de la perspectiva institucional com des del punt de vista de les competències de la Generalitat. I la societat valenciana ha anat evolucionant positivament. Però reivindicacions clàssiques que ja es podien trobar en la Segona República, continuen pendents com és el cas d'una justa financiació o el corredor mediterrani. En tot cas, fa quaranta anys l'aprovació de la Constitució ens va obrir un camí peculiar i propi –que en molts aspectes no estava en contra de la Constitució però potser sí al marge– i que al final ens va permetre gaudir de l'autonomia que el poble valencià mereixia i que, d'entrada, la Constitució ens havia negat. Fou «la via valenciana a l'Autonomia».

TÍTULO IX.
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CORTS VALENCIANES

La autonomía procesal del Tribunal Constitucional: una oscilación entre exacerbada y exasperante[1]

Juan Fernando Durán Alba
Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid.

Resumen

El ejercicio de la autonomía procesal por parte del Tribunal Constitucional esconde interpretaciones de las reglas procesales verdaderamente sorprendentes y, de forma más preocupante, oscilaciones de criterio con resultados determinantes sobre los distintos asuntos en los que debe pronunciarse. Los cambios de criterio, en la mayor parte de las ocasiones a costa del recurrente, generan no poca incertidumbre y menoscaban la *auctoritas* del órgano de garantías constitucionales, de quien cabe esperar mayor rigor procesal. Este trabajo no cuestiona la capacidad de interpretar las normas procesales que tiene atribuida el máximo intérprete de la Constitución, sino la forma que adoptan los cambios en la interpretación y los argumentos que les sirven de sustento en cuanto puedan comprometer

1 El trabajo tiene su origen en la ponencia que, con el título: «¿Extralimitación o de delimitación de su autonomía procesal por parte del Tribunal Constitucional?», preparé para el III Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional que, organizado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, tuvo lugar en Santo Domingo entre los días 12-14 de octubre de 2016. El texto de la intervención ha sido notablemente actualizado y adaptado para su publicación.

Las investigaciones del autor en la materia se enmarcan dentro de su participación en el proyecto de investigación: «El control de la Ley: constitucional, comunitario y convencional» (DER2016-78391-P; Ministerio de Economía y Competitividad, Gobierno de España).

la necesaria seguridad jurídica que se espera también del Tribunal Constitucional.
Palabras clave: procedimiento, justicia constitucionalidad, procesos constitucionales, autonomía procesal, seguridad jurídica, discrecionalidad.

Resum

L'exercici de l'autonomia processal per part del Tribunal Constitucional amaga interpretacions de les regles processals verdaderament sorprenents i, de forma més preocupant, oscil·lacions de criteri amb resultats determinants sobre els diferents afers en què ha de pronunciar-se. Els canvis de criteris, en la major part de les ocasions a costa del recurrent, generen no poca incertesa i menyscaben l'*auctoritas* de l'òrgan de garantia constitucional, de qui cal esperar més rigor processal. Aquest treball no qüestiona la capacitat d'interpretar les normes processals que té atribuïda el màxim intèrpret de la Constitució, sinó la forma que adopten els canvis en la interpretació i els arguments que els serveixen de suport quan puguen comprometre la seguretat jurídica necessària que s'espera també del Tribunal Constitucional.
Paraules clau: procediment, justícia constitucionalitat, processos constitucionals, autonomia processal, seguretat jurídica, discrecionalitat.

Abstract

The Constitucional Court implementation of its procedural autonomy hide some truly surprising constructions of the procedural rules and, what is more worrying, clear fluctuations with deciding results in its approach to the different cases that have to be solved. The changes in the legal standards, most of them at the expenses of the appellants, generate no little uncertainty and undermine the Court's *auctoritas,* on behalf of which more procedural throughness is expected. This work does not question the judicial interpretation authority vested in the Court but the legal reasoning that supports it inasmuch it jeopardizes the legal certainty that the Court itself should provide.
Key Words: Procedure, Constitutional justice, Constitutional procedures, procedural autonomy, Legal certainty, Judicial discretion.

Sumario

I. Introducción.
II. ¿Existe autonomía normativa del Tribunal Constitucional en términos procesales?
III. Autonomía procesal para interpretar el alcance de los requisitos de admisibilidad.
1. Cómputo del plazo de interposición de los recursos.
2. Lugar de interposición de los recursos de amparo.
3. La objetivación del recurso de amparo a través del requisito de la especial trascendencia constitucional.
IV. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional y voluntad de las partes para disponer del objeto del proceso una vez admitido: el caso del desistimiento.
1. Controversia sobre el alcance del desistimiento en los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencia.
2. Controversia sobre el alcance del desistimiento en los recursos amparo.
V. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El lector no encontrará en las siguientes líneas un intento de construir dogmáticamente la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, su significado, alcance y manifestaciones en que se concreta. Creo que es empeño que excede de los límites de que dispongo. Acaso, consentiría como mucho en debatir sobre su existencia y ello no sin cierta contundencia y austeridad argumental. Pero admitida la misma por la singularidad del órgano de justicia constitucional, de las facultades jurisdiccionales que ejerce y por la propia peculiaridad de los procesos constitucionales en los que el recurso a los criterios de oportunidad no resulta infrecuente (Rodríguez-Patrón Rodríguez, 2003: 19 y ss.), puede resultar útil tratar de discernir si un uso «incontrolado» de esta autonomía puede aproximar al Tribunal a las lindes de la arbitrariedad.

Nuevamente resulta, si se pretenden analizar todos y cada uno de los supuestos en los que se concreta lo que ha sido calificado como especialidad de los Tribunales Constitucionales sobre los tribunales ordinarios (ibídem: pp. 27 y ss.), empeño de cierta envergadura, lo que exige una estricta acotación previa de los extremos que van a someterse a consideración. Posiblemente, la «estrella» en este ámbito sea la fascinación que despierta comprobar la posibilidad que tienen los órganos de justicia constitucional de intervenir sobre los efectos y alcance de los fallos de sus propias resoluciones. Así mismo resultan llamativas las facultades para disponer sobre el objeto de la pretensión en orden a determinar su supervivencia ante cambios legislativos sobrevenidos, o a extender el objeto del juicio mediante el recurso a la conexión material.

Sin pretender sostener que estas cuestiones y otras de similar envergadura se encuentren ni mucho menos ayunas de polémica he querido hacer hincapié en algunas cuestiones que, pareciendo de menor entidad que las aludidas, se mueven habitualmente en el terreno de la marginalidad intelectual. La ausencia de crítica, bien sabido es, puede desembocar en la impunidad para aquellos asuntos que, pasando desapercibidos o quedando convenientemente camuflados entre los oropeles de las «cuestiones relevantes», pueden llegar a comprometer

la propia seguridad jurídica que esperan las partes intervinientes en los procesos constitucionales de la actuación del órgano de justicia constitucional. Es por ello que, a continuación, el lector hallará reflexiones acerca de cómo se proyecta la autonomía procesal sobre el trámite de admisión de los procesos constitucionales y sobre la posición del órgano ante la voluntad del recurrente de renunciar al proceso. Siempre desde la tensión entre autonomía y seguridad jurídica entendida como límite a la misma y como expresión de la interdicción de la arbitrariedad.

II. ¿Existe autonomía normativa del Tribunal Constitucional en términos procesales?

En términos absolutos no parece, *prima facie*, que la autonomía normativa del Tribunal Constitucional adquiera relevancia notable procesalmente considerada. Una vez delimitados material y formalmente por el legislador –incluso por el constituyente– los aspectos rituarios de la jurisdicción constitucional, se antoja escasa la incidencia que las normas internas del Tribunal puedan desplegar en este particular.

En su condición de órgano constitucional, el art. 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) le atribuye potestad reglamentaria «sobre su propio funcionamiento». A partir de dicha habilitación normativa habrá de precisarse si dicha facultad es recognoscible en la actuación jurisdiccional del máximo órgano de garantías constitucionales. Ciertamente, el término *funcionamiento* es lo suficientemente amplio como para que el escepticismo del lector se desplace hacia la displicencia intelectual: quizá sea imposible hallar un aspecto particular del funcionamiento del órgano –aun en su mera organización administrativa– que no termine afectando al desempeño de sus funciones jurisdiccionales.

No se oculta que, estrictamente considerada, esta intervención normativa del Tribunal es más bien emanación de la «autonomía

normativa» –de la que en su condición de órgano constitucional dispone, como acaba de exponerse– (Rodríguez-Patrón, 2005: en la monografía se analiza la potestad reglamentaria como autonomía normativa) que de la autonomía procesal y que, junto con la autonomía presupuestaria, se vienen vinculando con la «independencia» del órgano (reconocida por el art. 1.1 LOTC) como instrumentos garantizadores de la misma, principalmente frente al Ejecutivo (Caamaño Domínguez *et al*., 2000: 3), que en este particular no podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para desarrollar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sin embargo, más allá de estos extremos dogmáticos, a continuación se analizarán los resultados, desde la óptica de la «técnica legislativa», de las normas aprobadas por el Tribunal sobre sus propios procesos. Nada que oponer a que las carencias del legislador sean integradas –sin quebrar el principio de jerarquía normativa– por el propio Tribunal. Dicho lo cual ¿resulta conveniente que el régimen jurídico de la presentación de los recursos de amparo se perpetúe a lo largo de un itinerario que se antoja pensado para desarrollar la capacidad rastreadora más extrema en el recurrente?

La cuestión no queda resuelta por el legislador al someter las distintas modalidades de recursos de amparo a plazos distintos (tres meses, veinte días y treinta días, además de las peculiaridades en este particular que, para los denominados «amparos electorales» se contienen en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en función de las distintas modalidades de amparo previstas en los art. 42 a 44 LOTC), pues a continuación –aunque unas decenas de preceptos más adelante– decide que el recurrente, una vez concluido el vencimiento del plazo de interposición, se encuentre con la «gracia» de poder interponer el amparo hasta las quince horas del día hábil inmediatamente posterior al del dicho vencimiento (art. 85.2 LOTC). La cuestión del plazo, sin embargo, dista aún de quedar clara para el desventurado recurrente por cuanto la ley no contempla «qué hacer» con el mes de agosto (tradicionalmente, en España, de carácter vacacional) a los efectos del cómputo del plazo de interposición.

«agosto» e «inhabilidad» se conforman históricamente como manifestaciones unidas por una suerte de vínculo indisoluble en el imaginario popular y, hasta tal punto es así, que las representaciones procesales y asistencias técnicas de los recurrentes parecieran tenerlo grabado en el subconsciente (doy fe de que incluso así se transmite oralmente de generación profesional en generación profesional). No obstante, la discrecionalidad reglamentaria del Tribunal ha decidido ceñir la «tregua» del cómputo, estrictamente, a los amparos sometidos a un plazo de interposición por días –la mayoría si no la práctica totalidad, por otra parte– marginando a los amparos parlamentarios que disponen de un plazo de interposición –desmesurado por cierto– de tres meses, según dispone el art. 42 de la LOTC. Así el art. 2 del Acuerdo de 15 de junio de 1982, prescribe, tras haberse previamente declarado la inhabilidad del mes de agosto a efectos jurisdiccionales, que: «Sólo correrán durante el período de vacaciones los plazos señalados para iniciar los distintos procesos atribuidos a la competencia de este Tribunal, salvo los señalados por días en los art. 43.2 y 44.2 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional». La disposición, leída *a contrario* establece, pues, que para computar el plazo de tres meses de interposición de los amparos parlamentarios el mes de agosto ha de tenerse en cuenta.

El problema, no siendo grave en términos numéricos, pues del escaso número de amparos parlamentarios que llegan al Tribunal anualmente habría que detraer aquellos no afectados en su cómputo del plazo de interposición por el mes de agosto,[2] sí llama a la reflexión: quien suscribe puede testimoniar la «letalidad» de la excepción a la inhabilidad de agosto con respecto de los amparos parlamentarios y, aunque las estadísticas del Tribunal no reflejan el fenómeno, la práctica

2 Según los últimos datos disponibles, durante el año 2017, de un total de 6286 recursos de amparo que ingresaron en el Tribunal Constitucional, únicamente 27 (0,42 % del total) tenían la consideración de recursos de amparo parlamentarios. Fuente: *Memoria 2017*. Madrid, Tribunal Constitucional, 2018, disponible en la propia web del órgano <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA2017.pdf> (último acceso: 15/10/2018).

observada durante los años de servicio en el mismo me permite augurar que los amparos parlamentarios afectados por el mes de agosto se ven abocados a la extemporaneidad, pues el recurrente identifica automáticamente la regla general de la inhabilidad de dicho mes para los recursos de amparo sin reparar en la especificidad de los amparos parlamentarios.

III. Autonomía procesal para interpretar el alcance de los requisitos de admisibilidad

1. Cómputo del plazo de interposición de los recursos

¿Puede el Tribunal mantener criterios distintos sobre el mismo particular absteniéndose en su juicio de señalar la existencia de tal disparidad? La pregunta formulada no reprocha, en principio, tanto la ausencia de motivación para mantener un determinado criterio, sino el aparente desconocimiento en el seno del órgano acerca de la existencia de criterios diversos.

En la STC 48/2003, de 12 de marzo, por la que se resuelve el recurso presentado contra la Ley Orgánica de Partidos Políticos, el Tribunal hubo de responder a la denuncia de extemporaneidad del recurso de inconstitucionalidad contenida en el escrito de alegaciones del Abogado del Estado. La cuestión radicaba en que el recurso de inconstitucionalidad se había presentado en registro distinto al del Tribunal Constitucional, llegando efectivamente al mismo un día posterior al del vencimiento para presentar tempestivamente el escrito de demanda. Pues bien, para descartar el óbice el Tribunal, sin negar la eficacia de su doctrina acerca de la imposibilidad de presentar como regla general los escritos en lugar distinto al Registro General del propio Tribunal, altera las reglas sobre el cómputo de los plazos por meses (el plazo para presentar los recursos de inconstitucionalidad es de tres meses a partir de la publicación de la ley –art. 33.1 LOTC– sin tomar en

cuenta otras eventuales circunstancias que no hacen al caso) contenidas en el art. 5.1 del Código Civil en conexión con otros preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, supletoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y que remite al Código Civil en este extremo. Para separarse de dichas reglas el Tribunal se apoya en unas consideraciones de una pobreza argumental realmente llamativa: la alteración de lo dispuesto en el Código Civil se produce entendiendo que el comienzo del cómputo del plazo (*dies a quo*) no es el de la fecha de la publicación, sino al día siguiente, como sucede con los recursos de amparo; evidentemente, con dicha argucia bastaba para encajar la presentación del recurso en plazo dado que la extemporaneidad únicamente era de un día posterior al del vencimiento del plazo.

Pues bien, las razones para operar de esta manera fueron: en primer lugar, que a juicio del Tribunal el art. 33.1 LOTC permite ambas interpretaciones; lamentablemente sin sustentar la tesis en desarrollo argumental alguno que soporte tan sorprendente afirmación, salvo una genérica apelación al principio *pro actione*, en el sentido de que la nueva interpretación es la que favorece al recurrente. En segundo lugar, se pretende apoyar dicha interpretación en un precedente, pero se hace de forma errónea, pues en dicha ocasión (STC 148/1991, de 4 de julio), lo que hizo el Tribunal Constitucional (por cierto sin motivación alguna) fue aceptar la presentación del recurso en registro distinto al del Tribunal durante el plazo de interposición con lo que, reputándose tempestiva dicha presentación, no podía estimarse extemporánea la efectiva llegada al Registro del Tribunal Constitucional una vez concluido el citado plazo.

Desde luego que para comprender tal proceder no pueden ignorarse las especiales circunstancias que rodeaban al recurso y las relevantes cuestiones que habían de abordarse, por más que del máximo intérprete de la Constitución quepa esperarse un más pulcro proceder. Lo que ya resulta más difícilmente admisible es que, habiéndose alumbrado una interpretación del cómputo del plazo por meses que permite la identidad del *dies a quo* en los plazos por meses y en los plazos por

días (esto es, el día posterior al de la notificación o publicación del acto impugnado), posteriormente, en una sentencia recaída en un recurso de amparo parlamentario (único supuesto de los amparos constitucionales en los que el plazo de interposición –tres meses– no se establece en días) el Tribunal retorne al criterio del cómputo del plazo de interposición del Código Civil según el cual el *dies a quo* en este tipo de recursos de amparo comienza el mismo día de la publicación o notificación del acto recurrido. Lo más grave es que en la fundamentación que sostiene dicho criterio, en lugar alguno se cita la precedente STC 48/2003 (STC 168/2012, de 1 de octubre, FJ 4).

No cabe sino ponerse en el lado del eventual recurrente quien, perplejo, asiste a un ejercicio de la autonomía procesal que le conduce, indefectiblemente, a preguntarse qué criterio –y por qué razones– le será aplicado en su caso.

2. Lugar de interposición de los recursos de amparo

Seguramente el lector se sorprenda con la lectura del título de este apartado, preguntándose cómo es posible que el Tribunal tenga que desplegar ciertos esfuerzos interpretativos para ilustrar a nuestro ya desdichado recurrente en amparo dónde tiene que interponer el recurso. Claro que, bien mirado, lo realmente llamativo es que exista un sistema en el que quien asiste al recurrente deba destinar cierta dedicación para averiguar el lugar correcto de interposición. Y ello es así porque la desafortunada redacción del art. 85.2, párrafo 1º, de la LOTC ha provocado algunas dudas sobre el lugar de presentación de los recursos de amparo («Los escritos de iniciación del proceso se presentarán en la sede del Tribunal Constitucional dentro del plazo legalmente establecido. Los recursos de amparo podrán también presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, de conformidad con lo establecido en el artículo

135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»). Ciertamente, y con carácter general, el lugar de interposición de los recursos dirigidos al Tribunal Constitucional ha de ser el Registro General de este órgano, ahora bien, la duda que se plantea es si la ley ha introducido un régimen particular para los recursos de amparo, esto es: en el caso de los recursos de amparo, la posibilidad de presentarlos en las oficinas o servicios de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad prevista en el apartado segundo del precepto ¿se extiende a todo el plazo de interposición del recurso o únicamente a las demandas «a término» presentadas hasta las quince horas del primer día hábil posterior al del vencimiento del plazo?

En un primer momento, suscitada la cuestión ante un recurso de amparo planteado en un registro fuera de Madrid durante el plazo de interposición, y que llegó efectivamente al Tribunal una vez concluido el plazo de interposición, la Sala Segunda del Tribunal acogió lo que parecería la interpretación más restrictiva entre las posibles:

En primer lugar se atuvo al tenor literal del precepto, aunque no debe ocultarse que su sintaxis no facilita precisamente el recurso al criterio de la literalidad de la norma. En segundo lugar, respetó su propia doctrina sobre la materia, según la cual: la presentación de las demandas en lugar distinto al Registro General (los juzgados de guardia, anteriormente a la meritada reforma de 2007) solo era posible en el último día del plazo de interposición, con el objeto de disponer de dicho plazo en su totalidad (ATC 138/2001, de 1 de junio), de tal suerte que la excepcionalidad de la regla no podía convertirse en un criterio de alternatividad acerca del lugar de realización del trámite (SSTC 260/2000, de 30 de octubre, y 54/2001, de 26 de febrero).[3] En tercer lugar, por fin, junto con el criterio literal y los propios precedentes, esta primera interpretación de la norma parecía encajar perfectamente con la *voluntas legislatoris*, pues durante la tramitación parlamentaria de la

3 El criterio sobre el art. 85.2 LOTC se fijó primeramente en la STC 28/2011, de 14 de marzo de 2011 y, más adelante, se mantuvo en las SSTC 127/2012, de 9 de julio, FJ 2 y 168/2012, de 1 de noviembre, FJ 4.

reforma se presentaron sendas enmiendas en ambas Cámaras destinadas a que la redacción del precepto fuera concluyente en cuanto a permitir la presentación del recurso indistintamente durante todo el plazo de interposición; pues bien, ninguna de las propuestas fue admitida. Esta solución, compartida por algunos autores (Moreno Fernández y Corte Heredero, 2010: pp. 856 y 857; y Medina Rey, 2008: pp. 111 y 112) no era aceptada por otros quienes parecen entender que del precepto se deduce la presentación indistinta, al sostener que la previsión «promueve la igualdad de acceso a la justicia constitucional en cualquier punto del territorio nacional y, en definitiva, procura un mejor amparo de los derechos fundamentales» (Borrajo Iniesta, 2008: p. 189).

Sin embargo, dos años más tarde y apelando sustancialmente al principio *pro actione*, el Tribunal ha declarado que, a partir de la redacción del precepto, no existe objeción alguna para interpretarlo en sentido contrario. La resolución, dictada por el Tribunal en pleno frente a las anteriores que fueron adoptadas por las correspondientes salas, se apoya en que la norma recoge un régimen excepcional en relación con la presentación de los recursos de amparo. Invocando la desproporción y el rigorismo de la primera interpretación es censurable, a mi juicio, la ausencia de una argumentación consistente para separarse de la doctrina tradicional sobre el lugar de presentación del recurso de amparo expuesta en el párrafo anterior. Ciertamente, el Tribunal trata de paliar los daños ocasionados por el legislador sobre los recurrentes al distorsionar el régimen general de la presentación de los recursos, introduciendo la posibilidad de presentación del recurso de amparo en lugar distinto al Registro General del Tribunal Constitucional una vez que ya había extendido el plazo de interposición hasta las quince horas del día hábil posterior al del vencimiento, no siendo entonces precisa la alteración de dicho régimen general.[4] Pero la cuestión es que la resolución, sin argumentos convincentes, no interpreta sino que manipula el tenor literal de la norma.

4 STC 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 2-5, la resolución cuenta con el voto particular discrepante del magistrado Aragón Reyes.

3. La objetivación del recurso de amparo a través del requisito de la especial trascendencia constitucional

Si bien la falta de publicación de las providencias dictadas sobre la admisibilidad de los recursos de amparo impide un análisis más riguroso, de la lectura de los Autos y Sentencias es posible extraer algunas conclusiones acerca de cómo el Tribunal Constitucional ha aplicado el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 23 de mayo. Desde luego la propia redacción normativa no ha facilitado las cosas al Tribunal, pues de una lectura sistemática de los arts. 49.1 y 50.1 LOTC se advierte que el legislador declinó expresar los supuestos en los que puede concretarse materialmente la objetivación del amparo constitucional. El Tribunal, con cierta calma, suplió la omisión mediante la STC 155/2009, de 25 de junio, en la que en su fundamento jurídico segundo se encuentran dichos supuestos, en forma de *numerus apertus*, pues se deja la puerta abierta a una futura ampliación (para un estudio más amplio sobre este particular: Beladiez Rojo, 2017).

La cuestión realmente no radica, sin embargo, en que el Tribunal haya tenido que decir lo que el legislador calló. A fin de cuentas, este decidió cambiar la naturaleza del recurso de amparo y dejó a aquél la determinación autónoma del modo aplicar la objetivación. Así, un examen de la práctica del Tribunal revela lo siguiente:

En primer lugar, que durante los primeros años, el recurrente no supo si su recurso carecía de especial trascendencia o adolecía de manifiesta ausencia de lesión, pues la respuesta que recibía por parte del Tribunal era que su recurso se inadmitía por falta de especial trascendencia constitucional (ATC 272/2009, de 26 de noviembre). Una vez reconocido que la constatación liminar de que no hay lesión continúa siendo un motivo de inadmisión del recurso (STC 183/2011, de 21 de noviembre, FJ 2), el siguiente paso fue estimar abiertamente que dicha apreciación supone la concurrencia del requisito de inadmisión previsto en el art. 50.1,a) LOTC en relación con el precepto conforme al que se haya presentado el recurso y así se hace constar

en la motivación de la inadmisión (AATC 134 a 147/2011, de 3 de noviembre). Así, ha de sospecharse que el principal motivo material de inadmisión continuó siendo, prácticamente durante siete años, la inexistencia de lesión y, quizá solo en presencia de la lesión, el análisis de la especial trascendencia constitucional quedaba aplazado a un ulterior momento (ATC 116/2012, de 4 de junio, en el antecedente 2º).

En segundo lugar, la propia parte sustancial del requisito parece haber quedado inicialmente desactivada, en buena medida, por el propio Tribunal en lo que se antoja un auténtico pánico a enjuiciar la relevancia objetiva del asunto si se ha constatado la posible existencia de lesión. Este tipo de problemas no son en absoluto nuevos y vienen existiendo desde el comienzo de la andadura de nuestro máximo órgano de garantías constitucionales, que no siempre actuó con contención a la hora de discernir el contenido constitucional de las controversias que habría de dirimir, deslizándose hacia los terrenos de la impartición de justicia ocupados por la jurisdicción ordinaria (sobre esta cuestión en general véase Bilbao Ubillos, 1993: pp. 152 y ss.).

En tercer lugar, resulta cuestionable la forma en que se viene administrando el requisito. Como máximo custodio del contenido y significado de la especial trascendencia constitucional, una vez apreciada el Tribunal no acepta de buen grado las alegaciones de contrario. La relevancia objetiva se erige así, frente a la pretensión del recurrente de desistir de la demanda, en un argumento para no admitirla (STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 2) y convierte al Tribunal en «amo y señor» del recurso sin que quepa alegar tras la admisión que determinados motivos de los contenidos en un recurso carecen de dicha relevancia (STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 3). De lejos, el criterio de que el recurso plantea una cuestión o faceta nueva sobre la que no existe doctrina es, según parece, el motivo principal para apreciar la concurrencia de la especial trascendencia constitucional cuando hay que contestar a la alegación de que la demanda carece de la misma. Si ya de por sí, los esfuerzos del Tribunal por construir la especial trascendencia constitucional del recurso son extraordinariamente llamativos en lo que

al alumbramiento de nuevas cuestiones se trata (González Alonso, 2013: p. 32), mayor perplejidad ha de suscitar el examen de las sentencias en las que, por no alegarse sobre la cuestión, el Tribunal omite indicar la relevancia objetiva del asunto que, por otro lado, se antoja difícil de advertir sobre todo –aunque no solo– cuando se denuncian infracciones del art. 24.1 CE en materia de emplazamientos o, no digamos, sobre incongruencia omisiva. Esta situación, en la que el carácter objetivo del recurso se presentaba como un arcano para las partes presentes en el proceso se ha pretendido solventar desde 2015 indicando en las resoluciones por las qué se admite el recurso de amparo el motivo por el que el Tribunal apreció que concurre en la demanda especial trascendencia constitucional… eso sí, tan solo siete años más tarde de la reforma legislativa y, en buena medida, el Tribunal se ha visto obligado por Estrasburgo (en particular la STEDH, de 20 de enero de 2015, en el asunto Arribas Antón c. España; sobre este particular me he ocupado en Durán Alba, 2017: pp. 262-265).

IV. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional y voluntad de las partes para disponer del objeto del proceso una vez admitido: el caso del desistimiento

1. Controversia sobre el alcance del desistimiento en los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencia

A pesar de que el Tribunal Constitucional ha declarado con cierta rotundidad que no rige en su plenitud el principio dispositivo, pues no queda vinculado unilateralmente por la voluntad del que plantea desistir, y que ha de examinar las circunstancias concurrentes en orden a apreciar la no subsistencia de un interés que aconseje la prosecución del proceso hasta su culminación por Sentencia, el rechazo del desistimiento parece la excepción a la regla que es atender al mismo «salvo que otras razones prevalentes lo impidan» (STC 237/1992, de

15 de diciembre, FJ 1; a este problema se ha referido Rodríguez de Santiago, 2008: pp. 65 y ss.). Ahora bien, contrasta la indefinición del interés público prevalente esgrimido para rechazar el desistimiento que dio lugar al ATC 419/1986, de 13 de mayo, achacando en cierta medida a los recurrentes la falta de motivos que justifiquen el desistimiento sustentado aparentemente en razones políticas, para concluir sin muchas explicaciones que el objeto de la controversia ni ha quedado resuelto ni es descartable que se reproduzca en el futuro, con las fórmulas un tanto apodícticas que el propio Tribunal viene empleando para admitir el desistimiento, del estilo *no son de advertir razones específicas de interés general que justifiquen proseguir el procedimiento*.

La existencia de dos posiciones sobre el particular se ha manifestado en los votos particulares al ATC 359/2006, de 10 de octubre, de los Magistrados Conde Martín de Hijas y Rodríguez-Zapata Pérez.[5]

El voto particular del Magistrado Conde Martín de Hijas parte de considerar que la reserva introducida por el Tribunal en los distintos Autos por los que se acuerda el desistimiento, en orden de no advertir interés que aconseje la prosecución del proceso carece, a su juicio, de sustento legal. La razón deriva de que del tenor literal de los preceptos a los que se remite el art. 80 LOTC (singularmente los arts. 19.1 y 20, apartados 2 y 3, LEC) no se deduce que el Tribunal disponga de ningún margen de apreciación para considerar la pertinencia de no declarar desistido del recurso al solicitante cuando no se ha formulado oposición. Continuar el proceso constitucional, en estas circunstancias, supondría por ello, a juicio del Magistrado, el ejercicio en este caso de una facultad autoatribuida. A mayor abundamiento, se sostiene que continuar el proceso en contra de la intención de las partes supone una quiebra de la necesaria imparcialidad de la que debe estar revestida

5 En la STC 2/1995, de 10 de enero, se contiene igualmente un voto particular disidente con la aceptación del desistimiento, formulado por el Magistrado de Mendizábal Allende, sin embargo en aquel caso de trataba de un Recurso de Amparo, por lo que sus consideraciones sobre el proceso de tutela de derechos como un juicio histórico distinto a los recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencias, no son trasladables al ámbito que nos ocupa.

la actuación del Tribunal, con un posible riesgo de la erosión de la *auctoritas* de la propia institución. El núcleo del razonamiento está en la consideración subjetiva en la descansa un eventual interés a que continúe el procedimiento, que escasamente compatible con la posición de imparcialidad del Tribunal.

Sentado lo cual, el Magistrado disidente advierte que si el Tribunal considera la reserva en los términos expuestos, resulta criticable que la misma se enerve con fórmulas acríticas como la expuesta, pues a su juicio debiera desarrollarse una argumentación o justificación más trabada de la inexistencia de interés constitucional.

En el voto particular del Magistrado Rodríguez-Zapata sí se admite la facultad de matizar el principio dispositivo que se ha venido haciendo en las distintas resoluciones en materia de desistimiento, pues, como señala: «los procesos constitucionales son, en efecto, procesos de naturaleza objetiva en los que, junto a los intereses de las partes, está presente el interés general de supremacía efectiva de la Constitución y consiguiente depuración del ordenamiento jurídico, lo que modula en los mismos el carácter dispositivo del desistimiento». Sin embargo, a continuación admite que, precisamente por ello, el interés de quien desiste ha de atenderse salvo que concurran esos intereses generales, lo cual a su juicio explica las escasas ocasiones en las que el desistimiento se ha rechazado. En el caso en particular, concurrían razones para haber rechazado el desistimiento y que fueron indebidamente rechazadas por criterios formales erróneamente apreciados por el Tribunal. En un primer momento, la parte cuya norma se recurría no se opuso al desistimiento, pero posteriormente presentó nuevo escrito de oposición manifestando que la impugnación revestía «un alto grado de interés general que trasciende al utilizado por la representación del Estado para fundar la legitimación y hace aconsejable sostener la procedencia de continuar la actuaciones hasta que mediante Sentencia, el Tribunal Constitucional declare la constitucionalidad o no de la norma legal impugnada»; que sin embargo fue rechazado por presentarse una vez

concluido el plazo otorgado para alegaciones.[6] En esencia, sostiene el Magistrado disidente, la voluntad de desistir manifestada inicialmente, en tanto manifestación libre de voluntad, ha de poderse revocar libremente en tanto el Tribunal (como era el caso) no se hubiera pronunciado sobre la misma. Por lo demás, en el caso concreto, sostiene que concurrían precisamente razones para que el Tribunal concluyera el proceso mediante Sentencia por la relevancia de los derechos fundamentales concernidos (el art. 23 CE en tanto la norma controvertida se trataba de una reforma electoral).

2. Controversia sobre el alcance del desistimiento en los recursos amparo

En el ATC 89/2013, de 6 de mayo, el Tribunal no accede al desistimiento planteado por los iniciales recurrentes en amparo en un supuesto que tenía que ver con los casos de actuaciones administrativas en las que, invocando el derecho a la no discriminación, se impedía el concierto en los centros educativos que acogieran lo que se conoce pedagógicamente como «educación diferenciada o segregada», en lo que suponía un contraste entre el principio de igualdad, alegado por la Administración, y la libertad de enseñanza invocada por la persona jurídica recurrente a la que se había negado el concierto educativo con la administración. Sorprende, a primera vista, la solicitud de desistimiento –sin expresar motivo alguno– toda vez que pendía conflicto entre la recurrente y la Administración. Así las cosas, de la lectura de la resolución y de los votos particulares que la acompañan –singularmente en estos– se advierte que con posterioridad al primer recurso de amparo se presentó un nuevo recurso sobre el mismo particular –circunstancia que oculta la resolución, pero desvelan los votos– que fue admitido a trámite con la misma fecha en la que se

6 En orden a comprender tan sorprendente proceder no es ocioso indicar que la mayoría política en ambos entes territoriales era contraria y, que en ambos, había cambiado desde el momento de dictarse la norma controvertida e interponerse el recurso y el momento posterior en el que se ejerció el desistimiento, subsistiendo la diferencia política.

acuerda denegar el desistimiento. Sin tener que desplegar una sagacidad desmesurada puede aventurarse que, dada la naturaleza del derecho invocado por el recurrente –íntimamente ligado a la libertad ideológica, por cierto–, las razones del desistimiento podrían encontrarse en los ponentes asignados a cada recurso, esto es, que a juicio de los recurrentes el segundo resultara más próximo ideológicamente –insisto, siempre desde la conjetura– a las pretensiones alegadas en el recurso.

La pregunta es si a una argucia de la parte actora en este caso el Tribunal puede oponer una triquiñuela vestida como autonomía procesal, más estrictamente, con el argumentos del interés prevalente del asunto (este trasciende obviamente del caso concreto pues el acto administrativo impugnado afectaba a todos los centros educativos que se encontraran en la misma situación que la del demandante) o especial trascendencia constitucional del recurso, en una suerte de «juego de pillos». Sin menospreciar el reproche que se formula a la resolución por parte de una de las opiniones discrepantes, en orden a que la misma se separa de los precedentes consolidados en la materia y que, por ello, fue cuestión que debió avocarse el Pleno del Tribunal, lo realmente grave es que la resolución oculta el dato fundamental que desvirtúa el argumento que le sirve de soporte: la existencia en el órgano de un recurso posterior que, por tanto, dejaba expedito el pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión suscitada –ciertamente relevante y hasta entonces no abordada por el Tribunal Constitucional– permitiendo la intervención del órgano juzgador sin violentar la voluntad de renunciar a la acción del primero de los recurrentes.

V. Referencias bibliográficas

Beladiez Rojo, M.: «El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional* (Iustel), 25, octubre de 2017 (RI §419399).

Bilbao Ubillos, J. M.ª: «Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional»,

Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, tomo I, Santander, Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, 1993, pp. 123-177.

Borrajo Iniesta, I.: «Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes», *Teoría y Derecho*, 3/2008, pp. 159-203

Caamaño Domínguez, F., Gómez Montoro, A., Medina Guerrero, M., Requejo Pagés, J. L.: *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid, McGraw Hill, 2000 (2ª ed.).

Durán Alba, J. F.: «Poliorcética del amparo constitucional: asedio y defensa del recurso de amparo en términos procedimentales», *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, 2 (año 2), 2017, en particular pp. 231-268.

González Alonso, A.: «¿Ha cambiado algo el recurso de amparo español tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo?», *Justicia Administrativa,* 59, 2013, pp. 17-40.

González Rivas, J. J. (dir.-coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, La Ley, 2010 (para la referencia de Moreno Fernández y Corte Heredero).

Requejo Pagés, J. L. (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, Tribunal Constitucional, 2001.

Rodríguez-Patrón Rodríguez, P.: *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*. Madrid, Thomson Civitas, 2003.

Rodríguez-Patrón Rodríguez, P.: *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*. Madrid, Iustel, 2005.

Balaguer Callejón, F. (coord.), Cámara Villar, G., Medina Rey, L. F.: *La Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, Tecnos, 2008 (para la referencia de Medina Rey).

TÍTULO X.
DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

CORTS VALENCIANES

Una reflexión crítica sobre la regulación de la reforma constitucional

José Tudela Aranda
Letrado de las Cortes de Aragón.
Profesor titular (a) de Derecho Constitucional.

Resumen

El procedimiento de reforma constitucional se encuentra regulado en el Título X de la Constitución, Título de cierre. No es casualidad. La institución de la reforma es una institución de garantía de la Constitución. La Constitución habilita un específico procedimiento de reforma tanto para evitar su banalización, equiparándola a cualquier otra norma jurídica, como para posibilitar su adaptación a los cambios provocados por el transcurso del tiempo. Ahora bien, si el procedimiento habilitado en el texto constitucional es la primera y más relevante de las formas mediante las cuales se puede cambiar la Constitución, no es la única. Junto a ella, habría que citar, cuando menos, la mutación constitucional y la interpretación bien por el Tribunal Constitucional bien por el propio legislador, especialmente a través de leyes orgánicas. El hecho de que, en particular, el número de mutaciones constitucionales detectadas sea particularmente elevado en nuestro ordenamiento, es una señal inequívoca de que el procedimiento diseñado en el texto de 1978 no ha cumplido plenamente su función. En este sentido, parecería conveniente que una eventual reforma constitucional procediese a su reforma. Por una parte, sería conveniente unificar los procedimientos de reforma, suprimiendo el contenido en el artículo 168. Por otra, y ligado a lo anterior, sería necesario suprimir la posibilidad de reforma total,

estableciendo un núcleo de intangibilidad, esencialmente alrededor de las declaraciones esenciales contenidas en el Título Preliminar.
Palabras clave: constitución, reforma constitucional, mutación constitucional, garantía de la Constitución, reforma total, cláusula de intangibilidad.

Resum

El procediment de reforma constitucional es troba regulat en el títol X de la Constitució, títol de tancament. No és casualitat. La institució de la reforma és una institució de garantia de la Constitució. La Constitució habilita un procediment de reforma específic tant per a evitar la seua banalització, equiparant-la a qualsevol altra norma jurídica, com per a possibilitar la seua adaptació als canvis provocats pel transcurs del temps. Ara bé, si el procediment habilitat en el text constitucional és la primera i més rellevant de les formes mitjançant les quals es pot canviar la Constitució, no és l'única. Amb ella caldria citar, si més no, la mutació constitucional i la interpretació, bé pel Tribunal Constitucional bé pel mateix legislador, especialment a través de lleis orgàniques. El fet que, en particular, el nombre de mutacions constitucionals detectades siga particularment elevat en el nostre ordenament, és un senyal inequívoc del fet que el procediment dissenyat en el text de 1978 no ha complit plenament la seua funció. En aquest sentit, semblaria convenient que una eventual reforma constitucional procedira a la seua reforma. D'una banda, seria convenient unificar els procediments de reforma i suprimir el contingut en l'article 168. D'una altra, i lligat a això, caldria suprimir la possibilitat de reforma total i establir un nucli d'intangibilitat, essencialment al voltant de les declaracions essencials contingudes en el títol preliminar.
Paraules clau: constitució, reforma constitucional, mutació constitucional, garantia de la constitució, reforma total, clàusula d'intangibilitat.

Abstract

The procedure for constitutional amendments is regulated in Title X of the Spanish Constitution, which is the last title. This is not a coincidence. The amendment provisions are provisions of guarantee of the Constitution. The Constitution contains a specifics amendment procedures both to avoid the banalisation of the Constitution and to enable its adaptation

to the changes caused by the time. Although the amendment provisions outlined in the Constitution are the most important for a constitutional change, they are not the only ways of how to reform the Constitution. Constitutional mutation and the interpretation either by the Constitutional Court or by the legislator, especially through organic laws, are further ways of constitutional development. The high number of constitutional mutations in Spain can be seen as an indicator that the procedure designed in the Spanish Constitution of 1978 has not fulfilled its function. In this sense, a constitutional amendment could reform these procedures. On the one hand, the reform procedures could be unified by deleting the content of article 168. On the other hand, it would be necessary to exclude a total reform, establishing some articles of intangibility, essentially linked to the Preliminary Title.
Key Words: Constitution, Constitutional amendment, Constitutional mutation, Constitutional guarantee, Total reform, Intangibility clause.

Sumario

I. A modo de explicación (y excusa).
II. Aproximación a la institución de la reforma constitucional.
III. El Título X de la Constitución. Aplicación, mito y realidad.
    1. Descripción indicativa.
    2. El error de la «revisión total».
    3. Las enseñanzas de su aplicación.
IV. Algunas cuestiones ante una eventual reforma de la reforma.
    1. Los presupuestos jurídicos de la reforma de la reforma.
    2. Posibles modificaciones a introducir en la regulación del Título X.
    3. Alguna reflexión conclusiva.
V. Bibliografía.

I. A modo de explicación (y excusa)

Tratar la reforma constitucional en el espacio del que se dispone, es una tarea casi imposible. Es inevitable que alguien que lea estas páginas pueda llegar a acusar a su autor de frivolidad o ligereza. Habrá cuestiones, incluso relevantes, que se tratarán de forma muy reducida o que, directamente, no se tratarán. En mi auxilio viene una notable carga doctrinal. La reforma constitucional ha sido abundante y brillantemente tratada entre nosotros. Desde los clásicos y tempranos trabajos de Pedro de Vega, Jiménez Campo o Javier Pérez Royo hasta el muy reciente de Javier Tajadura, hay un hilo de continuidad al que remitirse en conjunto para tener la comprensión que exige la relevancia del instituto estudiado. Por ello, limitaré mis palabras a subrayar aquellas cuestiones que considero más relevantes de la regulación actual y de lo que ha deparado su aplicación, para a continuación plantear algún posible cambio a introducir en una eventual reforma constitucional. Y terminaré realizando alguna reflexión de oportunidad sobre el debate contemporáneo acerca de la reforma de la Constitución de 1978.

II. Aproximación a la institución de la reforma constitucional

La reforma es, ante todo, un instrumento de garantía de la Constitución. Un instrumento que permite asegurar su continuidad en el tiempo mediante su adaptación a los cambios sociales (Tajadura, 2018: 15). Desde esa idea de garantía, deben entenderse las otras dos funciones que se suelen atribuir al instituto de la reforma: adecuar la realidad jurídica a la realidad política y articular la continuidad jurídica del Estado (De Vega, 1985: 68-70). La idea de garantía es esencial para una comprensión cabal de la institución de la reforma constitucional. La reforma es, ante todo, un procedimiento de garantía de pervivencia del texto originario. Por ello, hay que entender que, por definición, no es posible utilizar este instrumento para proceder a la destrucción de un texto constitucional y su sustitución por otro que contrarié las decisiones políticas fundamentales del texto reformado. Como

habrá de verse, este punto de partida es esencial para el estudio y eventual aplicación de la regulación que de su propia reforma, hace la Constitución en su Título X.

Una premisa que, inmediatamente, ha de relacionarse con la posición del poder de reforma en relación con el poder constituyente. No es lugar para siquiera una mera descripción de la relación poder constituyente/poder constituido, pero sí resulta preciso señalar que el poder de reforma se anuda, necesariamente, al poder constituido. Un poder limitado por las disposiciones del poder constituyente, único auténticamente soberano y capaz de subvertir radicalmente un orden político con premisas totalmente nuevas. En consecuencia, por definición, hay que entender que el poder de reforma es un poder limitado (De Vega, 1985: 65). Limitado por las reglas establecidas por el poder constituyente. De esta manera, será posible atender tres tipos de límites, en realidad dos. Por un lado, procedimentales y temporales. Por otro, materiales. Como habrá de verse, la constatación de la existencia de los mismos, muy en particular de los materiales, no será tan sencilla como pudiera parecer.

En estas páginas, se procede a estudiar el Título X de la Constitución, los tres artículos que se dedican a regular su reforma. Desde luego, este procedimiento formalmente establecido es la vía más ortodoxa para modificar el texto fundamental y, en puridad, el único que garantiza el contenido de la reforma. Pero ello no significa que sea la única manera de cambiar el contenido de una Constitución. Bajo la genérica denominación de mutación constitucional, se alude a un amplio abanico de prácticas políticas y jurídicas que, en última instancia, suponen un cambio del significado de algún contenido constitucional (Tajadura, 2018: 40-42; Sánchez Urrutia, 2000: 105-135). La mutación puede tener su origen en el cambio del significado de una palabra; en prácticas políticas consolidadas contrarias a la Constitución; en el desarrollo legislativo de la Constitución (especialmente importante en España por el papel dado a las leyes orgánicas, (De Vega, 1985: 192-193); o, entre otras, en prácticas que, no siendo contrarias, no

encuentran amparo en la Constitución. Es decir, que llenan algún vacío. La interpretación puede no ser en si misma fuente de mutación, aunque en ocasiones lo sea. Pero siempre es una vía de adaptación, y, por tanto, de resistencia, de la Constitución al paso del tiempo. El alcance y significado de la interpretación constitucional remite necesariamente a la posición que en nuestro sistema constitucional ocupa el Tribunal Constitucional, que ha llegado a ser calificado como poder constituido (Requejo, 2008: 2757-2758).

Precisamente, el alcance de la mutación constitucional es una de las pautas que puede indicar la necesidad de proceder a un reforma formal de la Constitución. Por un lado, cuando se acumulan, transmiten una inequívoca señal de distancia entre la realidad normativa que representa la Constitución y el orden político y social. Una distancia que, de perdurar en el tiempo, pone en riesgo la salud de la propia Constitución. Entonces emerge el instituto de la reforma con la citada función de garantía. Por otro, la mutación constitucional advertirá de la necesidad de proceder a una reforma de la Constitución, cuando una práctica determinada se oponga frontalmente al texto constitucional y no exista la posibilidad de una interpretación conciliadora. En ese caso, por la misma razón, la reforma será necesaria, aunque sea para abordar un única cuestión. Existe consenso en estimar que el fenómeno de la mutación es frecuente en relación con el texto de 1978 (Lucas Murillo, 2018). Una circunstancia que se relaciona con las dificultades para llevar a cabo la consiguiente reforma (Tajadura, 2018: 49).

Dos reflexiones finales deben cerrar estas palabras preliminares. En primer lugar, es preciso subrayar como la relación entre reforma y tiempo subyace de forma permanente a la reforma de la Constitución. En segundo lugar, es preciso realizar una aproximación al consenso. Consenso es una palabra con un significado especial en el constitucionalismo español. Traduce el apoyo político con el contó la Constitución española de 1978. Y, más importante, el apoyo social. Una especificación que es relevante si se habla de reforma. Más allá de los acuerdos políticos y de las mayorías exigidas por la Constitución,

su reforma deberá contar con el acuerdo social que garantice su efectividad.

III. El Título X de la Constitución. Aplicación, mito y realidad

1. Descripción indicativa

No voy a estudiar el contenido del Título X de la Constitución que integran los artículos 167, 168 y 169. A los efectos de estas páginas, es suficiente señalar sus rasgos esenciales, por lo demás, por todos conocidos. El constituyente español optó por una Constitución rígida, con un procedimiento cualificado de reforma. Si bien no introdujo cláusulas de intangibilidad, previó un procedimiento agravado de revisión, artículo 168 que dificulta sobremanera la reforma de determinadas materias (Título preliminar; Capítulo segundo, Sección primera del Título I; Título II). Baste con decir que exige de la aprobación sucesiva por mayoría de dos/tercios por dos Legislaturas y un referéndum obligatorio, para tener una idea del grado de exigencia que implica este procedimiento. Hasta el extremo de que algunos han identificado el mismo con una cláusula de intangibilidad encubierta con la que se protegería de un eventual procedimiento de reforma al núcleo de las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el constituyente (Tajadura, 2018: 112-135; Requejo, 2008: 2765).

Por el contrario, y frente a lo normalmente sostenido, el procedimiento ordinario de reforma es un procedimiento relativamente sencillo. Es suficiente la aprobación de la reforma, en una votación de totalidad, por los 3/5 de Congreso y Senado. El referéndum es optativo. Se planteará si lo exigen una décima parte de Diputados o Senadores. Su resultado, por el contrario, será vinculante. Hay que destacar que frente a lo que es habitual en Derecho comparado, se facilita considerablemente la celebración del referéndum (VV. AA., 2014: 127).

La iniciativa de reforma no plantea grandes temas. De hecho, el artículo 167 regula esta cuestión por remisión a los párrafos primero y segundo del artículo 87, iniciativa legislativa ordinaria. En todo caso, esa remisión plantea dos cuestiones que es preciso destacar. Por un lado, se otorga a las Comunidades Autónomas (en concreto, a sus Parlamentos) la potestad de la iniciativa de la reforma constitucional. Por otro, se excluye de la remisión el párrafo tercero. Lo que significa que se excluye la reforma constitucional de la iniciativa legislativa popular. En mi opinión, ambas decisiones son acertadas. En el Estado autonómico, las Comunidades Autónomas deben disponer de la posibilidad de plantear una reforma constitucional. Es más, parece que la previsión es insuficiente y que, al menos, sería necesario prever la incorporación de un trámite que diese audiencia a las Comunidades Autónomas sobre un procedimiento en marcha. Vedar la reforma constitucional a la iniciativa legislativa popular es, creo, plenamente coherente con un régimen parlamentario. Si la iniciativa legislativa popular plantea en cualquier caso graves problemas de encaje al suponer un enfrentamiento directo entre la lógica de la democracia directa y la lógica de la democracia representativa, esos problemas son casi insolubles en relación con una propuesta de reforma constitucional (Pérez Royo, 1999: 450).

La última cuestión a la que es preciso aludir es a los límites de la reforma. Como se dijo, el poder de reforma es un poder necesariamente limitado. Si no fuese así, nada lo distinguiría del poder constituyente. Así, es habitual que las Constituciones establezcan límites a su reforma. En el texto de 1978, los únicos límites establecidos son temporales. No cabrá iniciar la reforma ni en tiempos de guerra ni estando vigentes los estados contemplados en el artículo 116, de acuerdo con lo que establece el artículo 169. No se puede considerar una redacción afortunada (Pérez Royo, 1999: 513; Tajadura, 2018: 95). Por un lado, la prohibición se limita a la iniciativa, cuando es evidente que esos tiempos no son acordes con las condiciones que exige una reforma constitucional. Por otro, la expresión tiempo de guerra es demasiado ambigua, ya que nuestro derecho no regula la declaración de guerra.

Frente a lo que es casi común en otros textos constitucionales, en el nuestro no hay límites materiales a la reforma. Siguiendo el procedimiento agravado del artículo 168, en teoría, se podría reformar todo. Y así lo ha reiterado el Tribunal Constitucional. La base es la expresión «reforma total» que incorpora el artículo 168 para subsumir la misma como uno de los supuestos que necesitan del procedimiento agravado. De esta manera, siguiendo ese procedimiento, se podría modificar o suprimir cualquiera de las decisiones políticas fundamentales del constituyente de 1978. Se trata de una cuestión esencial que merece análisis singularizado.

2. El error de la «revisión total»

Es un lugar común entender que la referencia a la revisión total es la consecuencia lógica de la inexistencia de límites materiales expresos a la reforma. A su vez, la dificultad que conlleva el procedimiento rígido de reforma como una circunvalación de la inexistencia de esas cláusulas. Así, las materias mencionadas en el artículo 168, serían, de hecho, los límites materiales fijados por el constituyente (Tajadura, 2018, 138). Pero si bien es evidente la dificultad para cumplir los requisitos establecidos en el precepto mencionado, es posible. No se trata de un imposible. Así, el presupuesto es la posibilidad de la reforma total de la Constitución mediante un procedimiento de reforma. ¿No hay nada de contradictorio en ello? No lo ha visto el Tribunal Constitucional que en diferentes sentencias (SSTC 48/2003, FJ 7; 42/214 y 259/2015, entre otras), ha afirmado que no existen límites y que mediante una reforma se podría incluir cualquier contenido o suprimir cualquier precepto. El único límite sería el respeto a los procedimientos. La Constitución no establecería un deber de vinculación material a la misma y cualquier artículo puede ser suprimido o cualquier determinación incluida, siempre que se respete el procedimiento previsto en los artículos 167 y 168 (Requejo, 2008: 2767-2768). En este punto, parece necesario recordar las tempranas palabras del profesor De Vega que entendió que

la introducción de cualquier cláusula contraria a la unidad y soberanía del Estado, habría de entenderse como un acto revolucionario, de destrucción de la Constitución y no como una reforma (De Vega, 1985: 286). En dirección opuesta, hay que recordar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su Sentencia 42/2014, en el que se insinúa la posibilidad de la inclusión de un derecho a la secesión mediante el procedimiento de reforma.

Es una cuestión central. Coincido con aquellos que sostienen que no cabe confundir el poder de reforma con el poder constituyente (Tajadura, 2018: 151-152). No otra cosa sería dotar de una capacidad material ilimitada al poder de reforma. Es posible que en el caso de que una reforma afectase a las decisiones políticas fundamentales adoptadas en 1978, la Constitución fuese respetada formalmente. Pero nadie podría negar que, materialmente, habría sido destruida. Hay que recordar a Hesse cuando afirmaba que «Cuando la identidad de una Constitución concreta es suprimida, deja de tratarse de un cambio, una reforma, la cual presupone que aquello que cambia conserva su núcleo esencial, aunque con un contenido modificado» (Hesse, 2011: 114). Desde esta interpretación, la Constitución queda privada de cualquier componente axiológico y se llega a incurrir en un «agnosticismo constitucional» (Jiménez Campo, 1980: 94-98).

Identidad constitucional. Creo que es la expresión síntesis ineludible. La Constitución de 1978 no sería tal sin el Estado social, democrático y de derecho: la afirmación de la unidad y de la autonomía; la dignidad de la persona humana; o de la monarquía parlamentaria. Desde luego, se puede, discrepar sobre si una u otra materia forman parte de ese núcleo identitario. Siempre resultará problemático determinar este núcleo. En concreto, se puede discutir, el resto son difícilmente cuestionables, sobre la monarquía. Personalmente, y vuelvo a coincidir con Tajadura, creo que la monarquía forma parte de la identidad constitucional de 1978 (Tajadura, 2018: 152-152). Podrían alegarse razones meramente relacionadas con la estructura del Estado. Así, la alternativa, una forma republicana que habría que concretar, podría modificar incluso

radicalmente la organización de los poderes. Pero, en mi opinión, lo que provoca que la monarquía sea parte de ese núcleo identitario es su relación con el consenso y pacto que alumbró la Constitución. Uno de los símbolos del acuerdo sobre el que se levantaba el nuevo Estado constitucional era la aceptación unánime de la monarquía como forma de la Jefatura del Estado. Un pacto que transcendía el pasado más inmediato para adentrase en la historia de España. La Constitución de 1978, resulta preciso recordarlo, persiguió acabar con las más graves disputas sociales y constitucionales. La forma de la Jefatura del Estado había sido hasta entonces una de ellas. Eliminada la necesidad en la conexión entre República y democracia, se suprimía uno de los obstáculos simbólicos más relevantes para la consecución del pacto social. Por ello, creo que es posible entender la monarquía como parte de la identidad constitucional de la España contemporánea.

3. Las enseñanzas de su aplicación

La Constitución de 1978 solo ha sido reformada en dos ocasiones, aunque ha habido propuestas adicionales de reforma. Como se recordará, las dos ocasiones en las que la Constitución ha sido reformada lo ha sido siguiendo el procedimiento simplificado del artículo 167. En concreto, se reformó para modificar el artículo 13.2 y hacerlo compatible con el artículo 8.B.1 del Tratado de la Unión Europea y para modificar el artículo 135, incluyendo el principio de estabilidad presupuestaria, siguiendo recomendaciones de la Unión. Si bien en el primer caso la reforma se realizó por práctica unanimidad, en el segundo, la decisión fue mucho más controvertida y su aprobación descansó, básicamente, en el apoyo de los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular. Junto a ello, ha habido una propuesta formal de reforma que conllevó un importante informe del Consejo de Estado sobre la misma (VV. AA., 2006); una proposición de ley de reforma constitucional planteada por la Junta General del Principado de Asturias; y, más recientemente, se ha planteado la posibilidad de reformar la Constitución para suprimir los

aforamientos[1]. Cito estos tres supuestos, porque considero que de los mismos se pueden extraer enseñanzas significativas.

Más allá del ámbito material de las reformas, es preciso extraer alguna conclusión en relación con cuestiones procedimentales. La primera tiene que hacer referencia al procedimiento de urgencia y lectura única empleado en la reforma del artículo 135 de la Constitución. Si bien se habilitó la posibilidad de presentar enmiendas, fue claro desde el primer momento que no se trataba de un procedimiento idóneo para una reforma que en ningún modo podía considerarse de trámite. De hecho, la reforma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional, en su Auto 9/2012, inadmitió el recurso de amparo planteado por distintos Diputados que alegaban que la reforma del 135 afectaba a materias incluidas en el procedimiento del 168. La inadmisión, además, sin excesiva argumentación, ratificó las dificultades que plantea el control de la reforma (Tajadura, 2018: 163-165). Parece claro que en una eventual modificación del procedimiento de reforma, debería garantizarse tanto un procedimiento que asegurara los requisitos de una deliberación adecuada como un posible control efectivo de la misma.

La segunda tiene que ver con los avatares de la reforma presentada por la Junta General del Principado de Asturias. En este caso, el problema es la no tramitación. La Constitución prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan presentar una proposición de reforma. Pero no establece un plazo para su tramitación. Y así, admitida a trámite el 9 de febrero de 2016, hasta la fecha no ha sido tramitada. Y si bien puede suceder lo mismo con un proyecto o con una proposición de las propias Cortes Generales, creo que en el caso de una propuesta

1 Particular relevancia tuvo la iniciativa del Presidente José Luis Rodríguez Zapatero que solicitó informe al Consejo de Estado sobre una eventual reforma constitucional que afectase a la inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas en la Constitución; el Senado; la eliminación de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona; y la introducción de la denominada cláusula europea. La iniciativa de la Junta General tiene como objetivo la profundización en los instrumentos de democracia semi directa mediante la reforma de los artículos 87.3, 92 y 166 de la Constitución.

«exterior», ajena a la dinámica común de las Cortes Generales, es razonable evitar que mediante la no tramitación se pueda diluir esta importante facultad. El hecho de que sea la única posibilidad que a las Comunidades Autónomas ofrece la Constitución de participar en el proceso de reforma, reafirma, a mi entender, la necesidad de hacerla realmente efectiva.

Finalmente, la propuesta de reforma para suprimir los aforamientos, ha puesto de manifiesto la virtualidad del referéndum al que podría someterse la reforma en el caso de demandarlo una décima parte de los miembros de cualquiera de las dos cámaras. Esta previsión constitucional no tuvo consecuencias prácticas en las dos reformas realizadas. En ninguno de esos casos, las formaciones que hubiesen podido plantear el referéndum disponían del número de Diputados o Senadores suficiente para forzar el referéndum. Una situación que se ha alterado radicalmente con el cambio del sistema de partidos acaecido en los últimos años. Un cambio que tiene una consecuencia fáctica de indudable transcendencia sobre el régimen de la reforma constitucional en España, en concreto sobre el procedimiento previsto en el artículo 167. Se puede sintetizar señalando que el referéndum pasa de ser excepción, algo extraordinario, a algo común, ordinario, sino regla generalizada. Así es cuando, al menos, un partido cómodamente instalado por encima de los 35 Diputados anuncia que forzará el referéndum para todo supuesto de reforma constitucional. Algo que en un sistema que tiende a consolidarse como multipartidista, hay que entender como normal. Si el referéndum en relación con la reforma constitucional siempre plantea cuestiones problemáticas, estas se multiplican si cualquier reforma, por leve que sea, es sometida a consulta popular. En última instancia, esta posibilidad se levanta como un obstáculo adicional y muy relevante a la reforma. Un referéndum es, siempre, un ejercicio político de consecuencias no controlables. Así, y es solo un ejemplo, un referéndum sobre una reforma como la de los aforamientos, por si misma sin gran relevancia constitucional, puede convertirse en un juicio general sobre la Constitución, con particular

relevancia en alguna Comunidad Autónoma. Desde esta premisa, es comprensible la anterior afirmación. La dificultad de proceder a una reforma constitucional se incrementa significativamente si esta, sea cual sea su contenido, va a ser sometida a referéndum.

IV. Algunas cuestiones ante una eventual reforma de la reforma

1. Los presupuestos jurídicos de la reforma de la reforma

En la actualidad, desde hace algunos años, la reforma de la Constitución forma parte de la agenda política. Desde hace menos, se ha transcendido la organización territorial, ámbito material inicial de todas las propuestas de reforma, para suscitar la posibilidad de una reforma amplia de la Constitución. Asimismo, hay posiciones políticas que han defendido el inicio de un proceso constituyente. En todo caso, lo que interesa a estas páginas es que la reflexión sobre la necesidad de introducir cambios en el texto constitucional, ha alcanzado al propio Título X, a la regulación de la reforma constitucional.

En algunos ámbitos se ha llegado incluso a plantear la posibilidad de proceder en primer lugar a una reforma exclusiva de este Título. Una reforma que solo exigiría de los requisitos previstos en el artículo 167. Así, se ha indicado, el sentido de la reforma podría ser suprimir el artículo 168, facilitando posteriores reformas que en la actualidad tienen que superar los rígidos requisitos del citado artículo. Es evidente que ello no es posible. Se trataría de un fraude de Constitución, con consecuencias jurídicas sobre el texto reformado (en sentido contrario, Requejo, 2008: 2768-2769). La reforma de la Constitución no puede ser utilizada para quebrar la voluntad del constituyente. Cualquier modificación que se quiera introducir en el régimen de la reforma, tendrá vigencia en una posterior reforma. O, lo que es lo mismo, toda reforma que se haga del actual texto constitucional deberá realizarse

conforme a lo previsto en los artículos 167, 168 y 169, sin que quepa tomar atajo. Es indudable que la inexistencia de un sistema eficaz de control jurisdiccional puede parecer que hace inútil la apelación al fraude. Pero la legitimación, y legitimidad, de una Constitución, no descansa únicamente en la estricta observancia de los requisitos procedimentales. Junto a ellos, deberán tenerse en cuenta un mínimo de consideraciones materiales, sin las cuales la Constitución pierde su razón de ser.

Con todo, aun vinculado con lo anterior, el debate de más alcance se puede plantear alrededor de la existencia de cláusulas de intangibilidad implícitas. Como se vio, la posición del Tribunal Constitucional, siguiendo en este punto la estricta literalidad de la Constitución, es que no existen esas cláusulas. Observando los correspondientes procedimientos, la Constitución puede ser privada de cualquiera de las decisiones hoy incorporadas a su texto y asumir todo tipo de contenidos. En cualquier caso, seguiría siendo la Constitución de 1978. Aunque hubo ocasión de referirse a ello, creo que es necesario insistir. Si es así ¿Cuál es la diferencia entre el poder constituido y el poder constituyente? ¿No es posible predicar la existencia de una identidad que define a un texto constitucional? ¿Sería posible que la Constitución mexicana de Querétaro siguiese en vigor como tal privada del reconocimiento de los derechos sociales? Creo que las respuestas marcan la misma dirección. La inexistencia de cláusulas de intangibilidad expresa, incluso la referencia a una posible reforma total, no puede comprenderse de tal manera que el resultado suponga la aprobación de un texto con planteamientos ideológicos radicalmente opuestos a aquellos que dispuso el constituyente de 1978. Ello puede suceder, pero siempre como consecuencia de un proceso constituyente y nunca en el marco de una reforma constitucional. Alguien puede advertir que los requisitos procedimentales, paradójicamente, pueden ser menos exigentes en un proceso constituyente. Es cierto, sobre todo, si como sería normal, el origen del mismo fuese una situación revolucionaria o proceso asimilable. Pero es que solo desde un origen similar se pueden

legitimar, constitucionalmente, decisiones políticas fundamentales. Y, en su caso, contrarias a las adoptadas en 1978. Desde otra perspectiva, la Constitución de 1978 no puede poner su legitimidad al servicio de cualquier idea o principio. Evidentemente, el poder constituyente puede dar rango constitucional a cualquier idea. Pero con la legitimidad que le corresponda en ese momento y no con la que deriva de un texto al que busca destruir.

Finalmente, hay que hacer alusión a una materia que transita entre los hechos y el Derecho. Me refiero a la vocación de integración que debe presidir cualquier proceso de reforma. La Constitución tiene vocación y función de integración. Y si ello es regla general (Hesse, 1985: 165-169), es preciso reiterar que esta fue la característica fundamental del proceso constituyente de 1978. Alcanzar un acuerdo sobre un texto que permitiese quebrar la dinámica tradicional de la historia constitucional española. Un texto para todos, en el que todos los españoles se viesen reflejados y que permitiese gobernar a unos y otros, aun situados en polos opuestos del espectro político. Pues bien, es habitual escuchar que hoy sería imposible un consenso similar al alcanzado en 1978. Es razonable. Pero ello no puede restar valor al hecho del consenso ni, menos, olvidar la necesaria función integrativa de cualquier texto constitucional. Así, una reforma debe abordarse con vocación de acuerdo. La Constitución, como ya señaló Ortega, es fruto de una definición política. Su reforma, uno de los paradigmas de la política. No puede olvidarse. Pero lo es en el sentido de organización de la comunidad, de respuesta del todo al todo. Por ello, un presupuesto imprescindible para el éxito será el evitar convertir este tema en objeto de la dialéctica partidista (Solozábal, 2015: 320-322).

2. Posibles modificaciones a introducir en la regulación del Título X

Llegados a este punto, es factible plantear algunas de las cuestiones en las que podría centrarse una eventual reforma del Título X de la Constitución. Como se descrito, aun de forma somera, la regulación actual no parece

cumplir adecuadamente las finalidades de la institución de la reforma. Además, aspectos esenciales relativos a las garantías que, en todo caso, deben acompañarla, como lo son los relativos a procedimiento o al propio control de constitucionalidad de la reforma, se encuentran deficientemente previstos, sino, simplemente, no contemplados.

Siguiendo las pautas de este trabajo, me limitaré a señalar las cuestiones que estimo serían más relevantes en el momento de reflexionar sobre esta cuestión. En primer lugar, se puede hacer referencia a una modificación sobre la que hay amplio consenso doctrinal (Tajadura, 2018: 165; VV. AA., 2014: 125-126), como es la de la unificación de procedimientos de reforma. Se subraya que el doble procedimiento no se encuentra justificado y que los requisitos del 167 serían suficientes como regla general para la reforma. En todo caso, se apunta, se podría establecer el referéndum obligatorio para las decisiones políticas fundamentales, es decir, las contenidas en el Título Preliminar, si bien filtrado. En mi opinión, la unificación de procedimientos en el procedimiento simplificado es correcta. Pero ello debería ir acompañado por la incorporación de una cláusula de intangibilidad que incorporase las materias que se consideran núcleo de la identidad del texto de 1978. Es decir, aquellas materias que si se modifican implicarían de hecho la derogación de la misma. Una variante a esta posible modificación sería el mantenimiento de los dos procedimientos, pero revisando la relación de materias afectadas por el procedimiento rígido. Así, hoy resulta evidente que fue un error incluir en el artículo 168 la sección primera del Capítulo segundo del Título primero. En 1978 se entendió que era una forma de garantizar los derechos fundamentales. Hoy, con la democracia perfectamente consolidada y una sólida cultura social y política alrededor de esos derechos, la garantía se ha vuelto en contra, ya que la no modificación incluye la imposibilidad de ampliarlos o mejorarlos. También se ha demostrado la impertinencia de esa regulación en relación con la Corona. La extensión a todo el Título II de los requisitos del 168 ha impedido introducir en la regulación constitucional de la Corona

modificaciones sobre las que hay unanimidad, como la supresión de la prevalencia del varón sobre la mujer en la sucesión. Una extensión además inútil, ya que la monarquía como forma de la jefatura del Estado, quedaba excluida del procedimiento del 167 por el Preámbulo.

Una segunda cuestión sobre la que debe reflexionarse es sobre el rol del referéndum en el procedimiento de reforma. Como se advirtió, hay argumentos para considerar que la actual regulación le otorga excesivo protagonismo, frente a, como se ha señalado, lo que suele ser pauta en el derecho comparado (VV. AA., 2014: 127). En mi opinión, el referéndum en la reforma constitucional debe considerarse excepcional y habilitarse para reformas que supongan un significativo cambio del orden constitucional. Es decir, no debe caber la posibilidad de que cualquier reforma se pueda someter a referéndum. En el supuesto de que así sea, como lo es de hecho en la actual regulación española, se produce, además, la paradoja de que esta previsión se alce como un obstáculo grave para la incorporación de la reforma a la «normalidad constitucional». Junto a ello, hay que indicar que la exigencia de mayorías parlamentarias altamente cualificadas salvan cualquier posible déficit de legitimidad. Frente a esas mayorías, el referéndum, o solo es un instrumento de ratificación o bien se presenta como un posible choque de legitimidades. Por ello, cabría realizar una referencia expresa a las reformas que sí exigirían el referéndum o que, en su caso, lo posibilitarían previa petición de un número determinado de Diputados o Senadores. Para el resto de materias, se suprimiría el referéndum.

En tercer lugar, la experiencia ha demostrado que no sería ocioso realizar una previsión constitucional sobre el procedimiento parlamentario de reforma. Se puede alegar que una previsión de este tipo encorseta demasiado y que priva a las Cámaras de la flexibilidad necesaria ante determinados supuestos. Y es cierto. Pero también lo es que, casi por definición, una reforma constitucional no es extraordinariamente urgente y que, en cualquier caso, puede adecuarse a los plazos de tramitación ordinaria. En este sentido, hay que presumir que la reforma está impulsada por una mayoría que tiene capacidad

para evitar cualquier tipo de obstruccionismo parlamentario. Esa tramitación conforme al procedimiento legislativo común es la única manera de asegurar la publicidad y deliberación que exige un debate de tanta transcendencia. Y en consecuencia, la plena legitimidad de la aprobación parlamentaria.

En cuarto lugar, hay que meditar sobre la posibilidad de incluir una referencia expresa al control de la reforma constitucional. Una referencia que bien podría ser incluida en la legislación sobre el Tribunal Constitucional. Si bien se acepta que el Tribunal puede ejercer un control formal, hay más dudas en que pueda ejercer un control material. Esas dudas son lógicas con la actual redacción del Título X. Pero no tendrían cabida admitida la existencia de cláusulas de intangibilidad. Por otro lado, la explicitación de ese control, reforzaría la posición del Tribunal Constitucional en supuestos como la reforma del artículo 135. En todo caso, es obvio que el control de la reforma es hoy una cuestión pendiente (Tajadura, 2018: 157-162).

Finalmente, creo que debería meditarse sobre la presencia de las Comunidades Autónomas en la reforma. Es lógico que en el momento de aprobar la Constitución de 1978 no se previese una intervención activa de las Comunidades Autónomas. Con todo, hay que recordar que sí se les otorgó la posibilidad de iniciar el procedimiento (artículo 166 en relación con 87.2). Hoy, con una organización territorial consolidada e inserta en la lógica federal, parece que sería oportuno debatir sobre el lugar que correspondería a las Comunidades Autónomas en una eventual reforma de la Constitución. En mi opinión, debería introducirse una fase de consulta a todas las Comunidades Autónomas. Una consulta que podría articularse de manera diferente. Así, podría solicitarse un dictamen escrito del Parlamento correspondiente o bien, habilitar una fase de audiencia. Dadas las características de la reforma y de la propia consulta, creo que el protagonismo debería recaer en los Parlamentos autonómicos. Se puede alegar que dicha consulta solo resultaría pertinente en el caso de que la reforma afectase a la organización territorial del Estado. Teóricamente es correcto, pero en la

práctica cualquier reforma afecta directa o indirectamente al ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, quedaría en manos de las Comunidades Autónomas, responder o no a la consulta o, en su caso, hacerlo de forma somera.

3. Alguna reflexión conclusiva

Es momento de realizar alguna reflexión conclusiva. En estas páginas se ha pretendido poner en evidencia tanto algunos de los problemas que plantea la actual regulación de la reforma constitucional como posibles vías de reforma. Como es lógico, se trata de una mera aproximación. La reforma constitucional plantea más cuestiones y, sobre todo, aquellas que han sido mencionadas, deben ser analizadas con más profundidad. Pero, al menos, pienso que se puede concluir que se trata de una cuestión relevante, compleja y necesaria. Relevante en grado sumo porque la reforma afecta necesariamente al concepto de Constitución que se adopte como presupuesto. El debate sobre la existencia o no cláusulas de intangibilidad, sobre el alcance de la expresión reforma total, es suficientemente significativo al respecto. En este sentido, debe reiterarse que el régimen jurídico de la reforma debiera dejar clara la distinción entre poder constituyente y poder constituido, algo que no lo está en la actual regulación del Título X.

Esa misma relevancia es la primera razón de la complejidad de esta materia. No caben soluciones simplistas. La reforma, como todas las grandes instituciones jurídicas, es un delicado equilibrio. Cualquier pieza que se toque afecta al conjunto. Y afectar al conjunto es afectar al entero orden constitucional. Es, además, una institución compleja técnicamente que exige precisión en la concreción de las voces y de las reglas (definición precisa de las materias que se adjudiquen a un régimen especial; procedimientos y mayoría que han de adoptarse…). Y que exige un cuidado añadido para que de su regulación no resulten consecuencias no deseadas (enfrentamiento de legitimidades o la propia exclusión de la reforma como normalidad por los requisitos exigidos).

Necesaria. Sí, parece que se puede afirmar que es preciso revisar la regulación que de la reforma constitucional realiza la Constitución de 1978. La experiencia demuestra las ineficiencias del régimen actualmente vigentes. Así, por poner un ejemplo, no es de recibo que cuestiones relevantes sobre las que hay consenso como la supresión de la primacía del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona o la ampliación y mejora del régimen de algunos derechos fundamentales, no pueda llevarse a cabo por la sobre protección constitucional. O que, por el contrario, se pueda reformar un artículo relevante mediante el procedimiento parlamentario de urgencia y lectura única. Pero, lo más importante es que es preciso reformar el Título X para facilitar que la reforma se inserte en la normalidad constitucional, cambiando lo que ha sido pauta en nuestro constitucionalismo.

Desde estas premisas, es posible realizar alguna consideración final sobre el debate actual alrededor de la reforma constitucional. A pesar de lo indicado, de los problemas objetivos que existen en la actual regulación, el problema de la reforma de la Constitución no es el Título X. No hay que culpar a la Constitución de aquello que no es responsable. Si la Constitución no se ha reformado en aspectos destacados ha sido porque no ha existido voluntad política de llegar al acuerdo necesario. Un acuerdo, hay que recordar, que hasta hace poco tiempo, solo implicaba a dos formaciones políticas, PSOE y PP. Es decir, que si cuestiones que hoy son demandadas como perentorias no han sido objeto de reforma, ha sido porque ninguno de los dos grandes partidos que durante décadas han protagonizado la vida política española, han tenido la capacidad ni la voluntad de hacerlo. Voluntad. La cualidad esencial a la que debe vincularse cualquier reforma. No habrá reforma posible si no existe voluntad real de llevarla efectivamente a puerto.

Para que esa voluntad se materialice, será preciso trabajar determinadas condiciones. No es la menos relevante la de excluir la reforma del debate partidista. La reforma constitucional es, por supuesto, una decisión política. Pero no debe ser una opción de

partido. Es una distinción fundamental. Por supuesto, ello no implica que un partido determinado no asuma con prioridad esta causa. Pero sí implica que no la convierta en objeto del debate político cotidiano. Asumirla para convencer, no para confrontar. Si se desea la reforma, debe buscarse el acuerdo desde el inicio. Lo contrario será dificultar sobremanera el acuerdo que finalmente es imprescindible.

Así, es preciso insistir en que el presupuesto de cualquier reforma es la cultura política. Por supuesto, el régimen jurídico es relevante. Pero aquello que, en última instancia, va a condicionar hasta posibilitar o imposibilitar la reforma, es ese intangible que se viene en denominar cultura política. Una forma de estar en la política que en este supuesto equivale a no frivolizar la reforma; no utilizar como arma en la lucha interpartidista; o aceptar que la reforma deviene necesaria cuando hay un poso de demandas consistentes y ampliamente reconocidas socialmente. Aceptar, en fin que la Constitución es un bien valioso al que hay que servir tanto favoreciendo aquellas modificaciones que faciliten su evolución con el transcurso del tiempo como evitando su inclusión en el debate político cotidiano. Aceptar, en fin, que la reforma es un fin instrumental que solo se justifica cuando su resultado trae consigo beneficios imposibles sin la misma (Solozábal, 2015: 320).

V. Bibliografía

García Roca, J. (ed.): *Pautas para una reforma constitucional.* Madrid, Thomson Reuters, Aranzadi, Instituto de Derecho Parlamentario, 2015.

Hesse, K.: *Constitución y Derecho Constitucional.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Jiménez Campo, J.: «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *Revista de Derecho Político,* 7, 1980, pp. 82-103.

Lucas Murillo de la Cueva, P.: «Constitución y realidad constitucional: reforma, integración y mutación del texto de 1978», *Real Academia*

de Ciencias Morales y Políticas, 2018, disponible en <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A95/A95-28.pdf>.

Pérez Royo, J.: «Comentario al Título X de la Constitución», en Alzaga, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978.* Madrid, Cortes Generales-Edersa, 1999.

Requejo Pagés, J. L.: «Comentario a los artículos 167, 168 y 169 de la Constitución española», en *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario.* Fundación Wolters Kluwer, 2008, 2757-2772.

Sánchez Urrutia, A. V.: «Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 58, 2000, pp. 105-135.

Solozábal Echavarría, J. J.: *Ideas y nombres. La mirada de un constitucionalista.* Madrid, Biblioteca Nueva, 2015.

Tajadura Tejada, J.: *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución española de 1978.* Madrid, Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2018.

Vega, P. de: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.* Madrid, Tecnos, 1985.

VV. AA.: *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del debate y debates académicos.* Madrid, CEPC, 2006.

Las reformas de la Constitución Española de 1978

Mª Josefa Ridaura Martínez
Catedrática de Derecho Constitucional.
Universitat de Valencia.

Resumen

Esta contribución se centra, esencialmente, en el estudio evolutivo de las dos reformas operadas en el texto constitucional de 1978 desde su entrada en vigor. Concluyendo con una breve reflexión acerca de las posibilidades y dificultades advertidas en orden a afrontar nuevo proceso de reforma constitucional.

Palabras clave: reforma constitucional, sufragio pasivo, ciudadanía europea, estabilidad presupuestaria; autonomía financiera.

Resum

Aquesta contribució se centra, essencialment, en l'estudi evolutiu de les dues reformes operades en el text constitucional de 1978 des de la seua entrada en vigor. I conclou amb una breu reflexió sobre les possibilitats i dificultats advertides amb vista a afrontar nou procés de reforma constitucional.

Paraules clau: reforma constitucional, sufragi passiu, ciutadania europea, estabilitat pressupostària, autonomia financera.

Sumario

I. Introducción.
II. La reforma del artículo 13.2 CE.
III. La reforma del artículo 135 CE.
IV. Retos de una futura reforma constitucional.
V. Bibliografía.

I. Introducción

Como sabiamente dejo sentado el Juez Brandeis la Constitución es un cuerpo vivo en adaptación continua, para que no acabe convirtiéndose en una «camisa de fuerza» (*United States v. Moreland*, 1892). En coherencia, la normalidad constitucional ofrece procedimientos de revisión constitucional que permiten actualizarla y acompasarla a la realidad; asegurándose, así, la supremacía del texto, al arbitrar él mismo los procedimientos que permitan su revisión, sustrayéndola del legislador ordinario en el trance de acomodo a la nueva realidad social y política.

Por ello, la Constitución Española de 1978 culmina con un Título (el X) en el que se regulan dos procedimientos de reforma constitucional: uno ordinario y otro extraordinario, caracterizado este último por su rigidez y su dificultad, consecuencia de la opción del constituyente español de no incluir clausulas de intangibilidad.

No obstante, durante los cuarenta años de vigencia de la Constitución española de 1978 tan solo se ha podido materializar en dos ocasiones la reforma constitucional. Y ello exclusivamente a través del procedimiento ordinario; dadas las dificultades con las que se ha encontrado el poder legislativo para proceder a una reforma mediante el procedimiento agravado. La explicación de las mismas ha sido de diverso orden: por un lado, el persistente problema de la organización territorial del Estado ha ahondado, desde sus inicios, en los temores de la apertura del proceso de reforma agravada. Por otro, porque en nuestra Historia constitucional nos costó tanto llegar a una vigencia tan estable y duradera de un texto constitucional que su pérdida ha condicionado toda reforma constitucional, pues difícilmente se ha podido alcanzar el mismo consenso que presidió el proceso constituyente. Y también han influido determinadas exigencias del procedimiento agravado, esencialmente la de disolver las Cámaras y la convocatoria de elecciones, por lo que implica de renuncia a finalizar un mandato del Gobierno.

La no actualización de un texto constitucional puede acabar abocando a su mutación (teorizada por G. Jellinek), y ello es lo

que ha sucedido en nuestro caso, ya que se han sucedido diversas mutaciones constitucionales a lo largo de estos cuarenta años de vigencia constitucional, que, en ocasiones, han venido de la mano del legislador y en otras de la interpretación constitucional; motivadas, fundamentalmente, por nuestra incorporación a la Unión Europea. Y, aunque muchas de las mutaciones «están postuladas por la propia Constitución rígida» (Rubio Llorente, 2009: 2745), sin embargo, acaban determinando un desvanecimiento del texto constitucional.

Las mencionadas reformas del texto mediante la activación del procedimiento estipulado en el Título X del mismo tan solo han sido dos: la del artículo 13.2 y la más reciente del artículo 135. Ambas, mediante el procedimiento ordinario previsto en el artículo art. 167 CE, ya que en ningún caso se trataba de una reforma total, evidentemente, ni afectaba a las materias reservadas al procedimiento agravado; esto es, al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II. Estamos ante un procedimiento sencillo, que puede conducir, tal y como ha sucedido, a reformas meteóricas en cuanto al tiempo, pues el artículo 167 no establece ninguna especialidad procedimental, más allá de que los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras.

Además, la práctica ha evidenciado que la reforma constitucional ordinaria pueda tramitarse por el procedimiento de Lectura única. Se trata de un procedimiento que reduce considerablemente la tramitación de los textos, ya que suprime determinados trámites, esencialmente, la fase de Comisión, y, por tanto, se debate solo en Pleno, siendo de aplicación al respecto las normas sobre debate y votación de totalidad. Esta especialidad procedimiental excluye las votaciones de las enmiendas al articulado, ya que la limitación se traduce concretamente en la imposibilidad de presentar propuestas de modificación al articulado. Esta vía procedimental ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 153/2016, de 22 de septiembre, al entender que ni de la lectura del texto constitucional

en su conjunto, ni en concreto del título X, ni del Reglamento del Congreso de los Diputados, se advierte que la aprobación de la reforma constitucional haya quedado excluida del procedimiento de lectura única ya que en esta ordenación no se establecen materias vedadas a dicha tramitación.

Incluso la reforma ordinaria puede tramitarse por el procedimiento de urgencia**,** que reduce los plazos de duración a la mitad, sin supresión ni modificación de trámites.

Junto a las dos reformas operadas en el texto constitucional, cabe mencionar, por su repercusión, la que podríamos denominar *non nata*, referida a cuatro aspectos constitucionales: 1.ª La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono. 2.ª La recepción en la Constitución del proceso de construcción europea. 3.ª La inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas. 4.ª La reforma del Senado. Esta fue anunciada en el Programa electoral del Partido Socialista, así como en el debate de investidura a Presidente del Gobierno por parte de Rodríguez Zapatero; quien, una vez accedió al Gobierno, solicitó el preceptivo Informe al Consejo de Estado[1] con el fin de elaborar el correspondiente Proyecto de reforma y proceder a su tramitación parlamentaria durante el año 2006. Sin embargo, este Proyecto de reforma no llegó a tramitarse pues no hubo acuerdo entre las principales fuerzas parlamentarias; principalmente, porque el problema territorial volvía a manifestarse –sin que ello sorprendiera a nadie– ya que el empecinamiento de las fuerzas nacionalistas, manifestado en los debates, de no apoyar ninguna reforma que no contemplara la autodeterminación abocó al fracaso esta propuesta formulada en 2004. Este proceso, además, se vio sorprendido por la irrupción de las reformas estatutarias que se plantearon en aquella época, y que dieron paso a los denominados Estatutos de Tercera

1 Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005. En virtud de la reforma operada en la LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado por Ley Orgánica 3/2004, el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado. (Artículo 21. Añadido por la Ley Orgánica 3/2004).

Generación. Si bien es cierto que el Informe que el Consejo de Estado emitió el 16 de febrero de 2006 generó importantes debates y reflexiones, constituyendo un estudio de referencia en orden a afrontar futuras reformas constitucionales.

II. La reforma del artículo 13.2 CE

La primera reforma operada en el texto constitucional desde su entrada en vigor afectó a su artículo 13, apartado 2º, consistiendo en adicionar el término «y pasivo» al sufragio contemplado en dicho precepto, que, inicialmente, reconocía que «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales».

La reforma, que parecía aparentemente sencilla, tenía un importante calado, pues a la postre equiparaba los derechos de los españoles y extranjeros comunitarios en materia de sufragio pasivo en las elecciones municipales. La complejidad se reflejó en todo el proceso que condujo hasta la reforma final del precepto.

1. En el dinámico proceso de construcción y consolidación europea, El Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 constituía un importante avance para la consecución de una Unión más política superadora de la originaria y clásica organización de carácter económico. Junto con otros avances, resultado de una iniciativa española, incluía un nuevo Título en los Tratados constitutivos consagrando la «Ciudadanía europea», que, sin superponerse a la nacionalidad, confería una serie de derechos a los ciudadanos europeos, de entre los que destacaba la posibilidad de presentarse a las elecciones europeas y municipales en los respectivos países de residencia. España, que ya era miembro de las Comunidades Europeas, debía ratificar, entonces, un Tratado cuyo artículo 8 B, apartado 1 del T.C.E.E., en la redacción dada por el art. G B, apartado 10 del T.U.E., establecía que:

«1. Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá *derecho a ser elector y elegible* en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado…».

Las dudas que se planteaban en orden a la ratificación del Tratado se centraban en su posible contradicción con el tenor literal del artículo 13.2 de la Constitución Española, que tan solo se refería al derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones municipales, pero no contemplaba el derecho de sufragio pasivo.

2. Advertida dicha contradicción en la fase de negociación del Tratado en el seno de la Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Comunidad Europea, se solicitó al Consejo de Estado que emitiera un Dictamen[2] sobre las cuestiones constitucionales que suscitaría un eventual reconocimiento en el Tratado de Unión Política, del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales a favor de los ciudadanos de la Unión en el Estado miembro en el que residan.

Las reticencias del Gobierno para reformar la Constitución se advirtieron desde el primer momento. Y en este primer Dictamen el Consejo entendió, en síntesis, que la celebración del Tratado podría autorizarse mediante Ley Orgánica, al amparo del art. 93 de la Constitución, ya que «el reconocimiento en un futuro Tratado de Unión Política del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a favor de los ciudadanos de la Unión residentes en España no afectaría al contenido de los derechos declarados en el artículo 23 de la Constitución», ni tampoco conmovería los principios orgánicos básicos contenidos en su Título preliminar. Esta posición se reiteró en un segundo Dictamen (421/1992, de 9 de abril). Aunque ciertamente, como se ha puesto de manifiesto,

2 Dictamen número 850/91de la Comisión Permanente de 20 de junio de 1991. Reiterada su posición en el Dictamen 421/1992, de 9 de abril.

esta argumentación era discutible, y el Consejo «no acababa de explicar bien» la idoneidad del artículo 93 para evitar la reforma constitucional (Lopez Aguilar, 1992: 80).

No obstante, el Consejo de Estado no descartó la posibilidad de plantear el control previo del Tratado para su enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional

3. En consecuencia, antes de prestar definitivamente el consentimiento del Estado, el Gobierno de la Nación acordó requerir del Tribunal Constitucional, por la vía prevista en el artículo 95.2 de la Constitución, para que se pronunciase, con carácter vinculante, sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones del Tratado.

   Nuevamente, quedaba reflejada en su planteamiento la posición del Gobierno dirigida a evitar la reforma constitucional, argumentando a) la posibilidad de salvar la posible contradicción entre el T.U.E. y la Constitución por la vía de la Ley Orgánica, al entender que no existía contradicción entre el art. 13.2 de la Constitución y el futuro art. 8 B.1 del T.C.C.E.E., pues ambos eran preceptos dictados en ámbitos competenciales distintos y en el seno de ordenamientos diferentes, aunque coordinados; b) asimismo, planteaba una solución a través de una ficción como era la de considerar que los residentes de la Unión fueran tratados, a efectos electorales, como si fueran nacionales, aduciendo que hasta la doctrina más autorizada había afirmado que estas son un instrumento técnico imprescindible para el progreso del Derecho «bastará que el legislador promulgue una norma legal en la que, a los efectos del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y europeas, los ciudadanos de la Unión sean tenidos por españoles para que los derechos del Tratado les sean de aplicación, sin acudir a la reforma constitucional». Argumento calificado como «sorprendente», dada «la escasa consistencia jurídica que presenta» (Aragón Reyes, 1994: 13); c) por último, y en el caso de que las soluciones antecedentes no fueran viables, se preguntaba

el Gobierno cuál habría de ser el procedimiento de reforma constitucional que habría de seguirse, sosteniendo que, a su juicio, debía ser el contemplado en el art. 167 C.E.

4. El Tribunal Constitucional entendió en su Declaración 1/1991, de 1 de julio de 1992 que la ratificación del Tratado exigía la reforma del artículo 13.2 de la Constitución, puesto que entraba en contradicción con lo estipulado en el misma acerca de la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles. Descartaba, así, que pudiera resolverse el problema acudiendo a la vía del artículo 93 CE, pues a esta solo cabría acudir una vez que se hubiera reformado la Constitución para autorizar la prestación del consentimiento del Estado al Tratado. Además, entendió que el procedimiento de reforma constitucional que debía seguirse era el establecido en su art. 167. Tesis sustentada por gran número de constitucionalistas, descartando el procedimiento agravado (Arnaldo Alcubilla, 1992: 97).

   La Declaración, además de abocar a la reforma constitucional, sirvió para que el Tribunal Constitucional se pronunciara acerca de función que cumple la vía preventiva de control de constitucionalidad de los Tratados prevista en el artículo 95.2 en orden a garantizar la primacía de la Constitución, a través del procedimiento de reforma constitucional. Reclamando del Tribunal, no una opinión, sino una decisión jurisdiccional vinculante, que posee los efectos materiales de cosa juzgada (FJ 1).

5. La Proposición de reforma, consistente en intercalar en el texto la expresión «y pasivo»[3] se presentó conjuntamente el 7 de julio de 1992 por todos los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados; aprobándose por el Pleno del Congreso de los Diputados de 22 de julio de 1992 y por el Pleno del Senado el día 30 del mismo mes.

---

3 Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 147-1, de 9 de julio.

Puesto que ningún grupo solicitó, como permite el 167.3 de la Constitución, que la reforma aprobada fuera sometida a referéndum, el texto definitivo fue sancionado por el Rey el 27 de agosto de 1992 y al día siguiente se publicó en el Boletín Oficial del Estado. De este modo, las Cortes Generales aprobaron la Ley Orgánica 10/1992, de 23 de diciembre, que autorizaba la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, produciéndose la ratificación al día siguiente.

Todo este proceso evidencia, por un lado, la prevención por plantear reformas constitucionales. Por otro, la celeridad en su consecución, ya que planteándose la proposición, como hemos visto, el 7 de julio de 1992, se publicó la reforma aprobada en el BOE el 27 de agosto; esto es, en menos de dos meses, mediando incluso el mes de agosto, se consiguió alcanzar el acuerdo entre todas las fuerzas políticas para proseguir nuestro proceso de integración europea. Se cumplía, así, el compromiso de ratificar el Tratado de Maastricht a finales del año, convirtiéndose España en el octavo país en conseguirlo[4].

III. La reforma del artículo 135 CE

El día 27 de septiembre de 2011[5] entró en vigor la reforma del artículo 135 de la Constitución española de 1978; segunda de las revisiones del texto constitucional que se produjo cerca de 20 años después de la primera.

Ciertamente, esta reforma comparte un rasgo esencial con la que le precedió, puesto que ambas respondían a exigencias derivadas de la Unión Europea: la primera para la ratificación del Tratado de Maastricht con el objeto de incorporar el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos comunitarios; esta segunda tiene su anclaje jurídico, también, en el mismo Tratado de la Unión Europea, pero esta vez

4 Los primeros fueron Irlanda, Luxemburgo, Grecia, Francia, Italia, Bélgica y Holanda.
5 BOE Núm. 233 martes 27 de septiembre de 2011.

para incorporar al texto constitucional el principio de estabilidad presupuestaria. De ahí que pueda afirmarse, cabalmente, que nuestro texto constitucional tan solo se ha reformado como respuesta a exigencias externas, concretamente, las europeas.

Siendo las dos reformas importantes, la del artículo 135 tiene un calado mayor que la anterior ya que consagra, como principio constitucional, el principio de estabilidad presupuestaria de las Administraciones; extendiendo sustancialmente el contenido de dicho precepto reformado, e implicando su reformulación, en tanto que incorpora materias no reguladas previamente en el mismo (Ridaura Martínez, 2012: passim).

1

Este principio, ligado al liberalismo económico, contrapuesto al keynesianismo, y revivido por James M. Buchanan con sus contribuciones a la llamada «economía constitucional» (García Roca, 2017: 738-739), se había convertido en el eje fundamental de la política económica comunitaria en materia presupuestaria, pues el éxito de la instauración de la Unión Económica y Monetaria dependía de que las finanzas de los Estados miembros estuvieran saneadas. Así pues, este principio, recogido en el artículo 104 del Tratado de la Unión Europea, encomendaba a los Estados miembros que evitaran déficits públicos excesivos; fortaleciéndose dicha exigencia tras la aprobación en Ámsterdam en el año 1997 del Pacto Europeo de Estabilidad y Crecimiento (PEC)[6]; posteriormente se reconoció en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y se reforzó en la reformulación del PEC por el Parlamento Europeo. En expresión de Moreno (2017: 386) su desembarco «en la arquitectura institucional

6 Resolución del Consejo Europeo de 17 de junio de 1997, núm. 1466/1997, del Consejo, de 7 de julio, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas. [Diario Oficial C 236 de 2.8.1997]. Modificado por Reglamento (CE) nº 1055/2005 del Consejo de 27 de junio de 2005 [DO L 174, 17.7.2005].

comunitaria para situarse en un vértice supraestal juridificado» era palmario; tejiéndose una red de afianzamiento del principio de estabilidad presupuestaria que los Estados debían asumir.

Pero, todo este escenario sufrió la fuerte sacudida de la crisis económica y financiera que irrumpió en 2008, y la realidad no pudo superar la gravedad con la que esta se manifestó. En efecto, el fracaso de los mecanismos jurídico-institucionales de gobernanza europea, el desconcierto económico y el riesgo inminente de intervención en países de importancia económica en el seno de la Unión, condujeron al eje franco-alemán a tomar el timón de la gobernanza europea; instando al resto de miembros de la eurozona a la adopción de medidas en orden a garantizar la gobernanza económica de la eurozona y la austeridad fiscal. Entre ellas destacaba la inclusión en sus respectivas Constituciones de una regla de equilibrio presupuestario: la denominada regla de oro, cuyo objeto era frenar el endeudamiento de los Estados miembros.

Sin embargo, conviene resaltar que dicha orden tenía como plazo el final del verano de 2012; revelando este dato que se contaba con un margen, no muy elevado, pero si prudencial para afrontar la reforma constitucional. Sin embargo, como hemos expuesto con mayor detalle en otro trabajo, tan solo 10 días después del anuncio efectuado por los dos líderes europeos, el 26 de agosto, los grupos parlamentarios Socialista y Popular presentaban ante la Mesa del Congreso la Proposición de Reforma Constitucional del artículo 135 de la Constitución con el objeto de garantizar el principio de la estabilidad presupuestaria, limitando el déficit de las administraciones públicas[7], y el día 27 de septiembre, una vez aprobada por las Cortes españolas, la reforma entró en vigor.

Es cierto que frente a los 24 días que duró la tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 13.2 de la Constitución, esta fue más rápida incluso (13 días), pese a que materialmente el contenido

7 BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 329-1, de 26/08/2011.

de la reforma del artículo 135 presentaba aristas muy vidriosas, habida cuenta de las consecuencias jurídico-constitucionales en el modelo de Estado proclamado constitucionalmente, particularmente en el ejercicio de la autonomía financiera de las CCAA. Además, en la reforma del artículo 13.2 había más prisa ya que existía el compromiso de ratificar el tratado con mayor urgencia y menor plazo; en esta ocasión la urgencia no era tanta.

2

Esencialmente, tres razones desaconsejaban el apresuramiento en su tramitación:

a) El principio de estabilidad presupuestaria ya se había incorporado a nuestro ordenamiento positivo, materializado en la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (vigente hasta enero de 2008), regulándose de tal modo que establecía, incluso, una mayor exigencia de disciplina presupuestaria de la regulada en el Derecho Comunitario. Posteriormente la ley fue derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley general de estabilidad presupuestaria. Esta norma fue completada por la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, que proclamaba como objetivo el establecimiento de los mecanismos jurídicos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para alcanzar la estabilidad presupuestaria (art. 1).
b) El encaje constitucional de la legislación española reguladora del principio de estabilidad presupuestaria había sido confirmado por el Tribunal Constitucional[8], declarando su constitucionalidad.
c) El margen para la determinación del déficit concluía a finales de 2012, y el compromiso de estabilidad presupuestaria debía cumplirse en 2020.

8 SSTC 134/2011, de 20 de julio.

3

Pese a ello, se planteó la reforma constitucional, de modo excesivamente apresurado, a través de un procedimiento altamente cuestionado, de urgencia, con lectura única y sin someterse a referéndum; habiéndose calificado como «muy cercano a un fraude de ley» (Aranda, 2012: 399).

Ciertamente, el procedimiento fue igual que el seguido en la primera reforma constitucional; pese a ello, había importantes diferencias entre ambas, ya que en este segundo caso se concatenaban el importante calado del contenido de la reforma, al tratarse «de una reforma con evidente trasfondo constitucional europeo» (Jimena Quesada, 2012: 337), la difícil situación provocada por la crisis, la ausencia de consenso entre las distintas fuerzas políticas, y los *tempus*, que no eran tan perentorios como en 1992, de modo que hubieran permitido, cabalmente, acudir a procedimientos parlamentarios no tan expeditivos y acelerados como los que se siguieron.

Es verdad que había otros escollos, pues la convocatoria de las elecciones generales y la disolución de las Cámaras era eminente y la reforma constitucional debía, por razones de oportunidad, de naturaleza económica y política, aprobarse antes de que finalizara la legislatura.

El resultado fue una reforma llevada a cabo solo por las dos fuerzas políticas mayoritarias, sin el consenso de las de otros grupos parlamentarios; consumada en menos de un mes, y tramitada parlamentariamente en 13 días; con un procedimiento, que no puede tacharse de inconstitucional, pero que, por el contrario, nos plantea serias dudas sobre su acierto o idoneidad. Precisamente porque habida cuenta de la trascendencia del contenido de la reforma no ha sido el adecuado «para llevar a cabo una reforma constitucional con sosiego ni para intentar llegar a un consenso con los grupos minoritarios» (García-Escudero Márquez, 2012: 79). En el mismo sentido García Roca (2017: 746) advertía, entre otros errores, que ni siquiera se solicitó el Informe del Consejo de Estado, aprobándose la reforma sin apenas debate parlamentario –en solo 2 horas y 40 minutos–.

Ello revela que el procedimiento parlamentario se plegaba a una decisión política en aras de calmar a los mercados; pero no que respondiera a exigencias jurídicas verdaderamente apremiantes (Ridaura Martínez, 2012: 250).

Este cuestionado procedimiento fue objeto de impugnación mediante la interposición del Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional núm. 5241-2011, por considerar, entre otras razones, que la reducción de plazos para la presentación de enmiendas lesionaba el derecho al ejercicio de las funciones parlamentarias regulado en el artículo 23.2 de la Constitución.

El Pleno del Tribunal, que avocó el conocimiento del Recurso de Amparo, resolvió la inadmisión mediante Auto de 13 de enero de 2012, revelándose así la importancia del tema. No obstante, el Tribunal no apreció lesión en la determinación del procedimiento de lectura única, ya que consideró que ni de la lectura del artículo 146 ni del 150 RCD, ni de la Constitución, se advierte que la aprobación de la reforma constitucional haya quedado excluida de dicho procedimiento. Argumento, además, que la adopción de dicho procedimiento fue resultado de la voluntad del Pleno de la Cámara mediante la oportuna votación, por lo que los recurrentes habían tenido la oportunidad «de intervenir en la fase plenaria durante el trámite de toma en consideración y de oponerse mediante el oportuno voto a la misma, en la tramitación de la proposición mediante el controvertido procedimiento y, ulteriormente, en la propia aprobación de la iniciativa de reforma». Finalmente, justificó la urgencia por el anuncio del término de la legislatura mediante el recurso a la convocatoria de elecciones anticipadas.

4

La reforma del precepto confiere rango constitucional al principio de estabilidad presupuestaria, y, en consecuencia, lo convierte en parámetro de constitucionalidad.

a) En primer lugar, la reforma incorpora al artículo la sujeción de todas las Administraciones Públicas al principio de estabilidad presupuestaria (135.1); contenido previsto ya en el Decreto 2/2007 mencionado.
b) En segundo lugar, regula la prohibición de que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas incurran en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para los Estados Miembros; remitiendo a una Ley Orgánica la fijación de ese déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Por su parte, las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario (135.2).
c) En tercer lugar, mantiene el anterior artículo 135 apartado 3, pero modifica el contenido prexistente, ya que, en su versión previa a la reforma, el contenido del artículo se ceñía a la necesidad de que el Gobierno estuviera autorización por ley para emitir deuda pública o contraer crédito. La nueva redacción del precepto amplía el ámbito también a las Comunidades Autónomas, y añade que el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones no pueda superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es decir, el 60% del PIB. Además, reformulando la anterior redacción, el pago de los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones pasa a tener una prioridad absoluta.
d) En cuarto lugar, la regulación aporta cierta flexibilidad, ya que, inspirándose en el modelo alemán, pero de modo más abierto que este, establece tres supuestos en los que dicho límite se puede superar: situación de catástrofe natural a la que el Estado no puede hacer frente, recesión económica, o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado; debiendo ser apreciadas dichas

excepciones por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados (135.4)

e) En quinto lugar, remite a una Ley Orgánica el establecimiento de los límites de déficit estructural y el volumen de deuda pública. Se produce, así, una elevación del rango de la ley reguladora, requiriéndose que sea Ley Orgánica, a diferencia de la existente hasta ahora que es ordinaria, y sustrayéndose con ello su regulación por Decreto Ley.

Tras la reforma constitucional la estabilidad presupuestaria parece acrisolada en nuestro ordenamiento, materializándose en La Ley Orgánica 2 /2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (modificada en 2016). La norma predica como objetivos garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas; fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española; y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria. Regulando, en un único texto la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social.

La reforma del artículo 135 ha tenido consecuencias jurídico-constitucionales de hondo calado en el modelo de Estado proclamado constitucionalmente, particularmente en el ejercicio de la autonomía financiera de las CCAA. No cabe duda de que la regla de estabilidad presupuestaria afecta significativamente al comportamiento fiscal de las CCAA, ya que su margen de actuación en la aprobación de sus presupuestos queda afectado en aras de la consecución del principio de estabilidad presupuestaria, pues también ellas deben acatar los compromisos adquiridos por el Estado en esta materia; además, porque la consecución de los objetivos de estabilidad confieren al Gobierno central un mayor protagonismo ya que es a él quien le corresponde fijar los objetivos de estabilidad, aprobándose, en su caso, posteriormente por las Cortes Generales. En consecuencia, su autonomía financiera y política se ve significativamente afectada.

IV. Retos de una futura reforma constitucional

Las constantes propuestas de reforma del texto constitucional que se han ido planteando a lo largo de los 40 años de vigencia del texto se han reforzado en los últimos años; especialmente en relación con la organización territorial. Y es que la excesiva apertura constitucional ha permitido su desarrollo, pero, al mismo tiempo, su inestabilidad, llegando a un punto en el que el desarrollo del modelo tanto legislativa, como estatuaria, y jurisprudencialmente se identifica poco con los contenidos constitucionales; por lo que la comprensión certera y cabal del modelo de organización territorial no puede hacerse ya desde la mera lectura constitucional.

Adicionalmente, los problemas de articulación y de ordenación jurídica e institucional, que con el paso del tiempo han sido más palmarios, se han visto acrecentados en los últimos años con la irrupción de la crisis económica, que ha obligado a la adopción de medidas que han tenido un impacto muy palmario en la autonomía financiera y, en consecuencia, política de las Comunidades Autónomas. Y, particularmente, el desafío soberanista que ha supuesto un fuerte cuestionamiento del orden constitucional, ha roto las costuras de nuestro modelo de organización territorial. En esta dirección se vienen planteando diversas propuestas, incluso antagónicas: desde la recentralización y desmantelamiento del Estado Autonómico; la Vía Federal, o la revisión, en profundidad, del mismo.

En todo caso, siendo tan manifiestas las aristas vidriosas que plantea la apertura de la reforma constitucional, esta no puede llevarse afrontarse desde la inestabilidad, la confrontación y la ausencia de diálogo; pues nuestra Historia ha demostrado que la estabilidad constitucional de la que ha gozado el texto constitucional vigente ha sido deudora de la fórmula empleada para su elaboración.

V. Bibliografía

Aragón Reyes, M.: «La Constitución española y el Tratao de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 42, 1994.

Aranaldo Alcubilla, E.: «El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992.

Aranda Álvarez, E.*:* «La "Sustancialidad" del Procedimiento para la reforma constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012.

Belda Pérez-Pedrero, E.: *La fallida reforma de la Constitución Española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2008.

García-Escudero Márquez, P.: «La reforma del artículo 135: ¿son suficientes trece días para ña tramitación parlamentaria de una reforma constitucional?, *Cuadernos de Derecho Público*, 38, 2012.

García Roca, J.: «El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento», en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo,* tomo IV, vol. 1*,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Jimena Quesada, L.: «La reforma del artículo 135 de la carta magna española (La superación de los clichés del tabú y de la rigidez constitucionales)», *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 2012.

López Aguilar, J. F.: «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, 77, 1992.

Moreno González, G.: «El marco teórico-constitucional de los nuevos mecanismos de gobernanza económica»,en Martín Cubas, J. (ed)., *Constitución, política y administración: España 2017, reflexiones para el debate*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 375-389.

Ridaura Martínez, M.: La reforma del artículo 135 de la Constitución Española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?, *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012.

Rubio Llorente, F.: «De la reforma constitucional», en Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., *Comentarios a la Constitución española*. Wolters Kluver, 2009.

CORTS VALENCIANES