

ASAMBLEA

REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID



Número 43 • Segundo semestre 2022

SUMARIO

I. ESTUDIOS

- VALLE ESCOLANO, RAQUEL Y GUILLÉN PAJUELO, ÁNGEL: *¿Municipios transparentes? Análisis de la situación de los ayuntamientos madrileños a la entrada en vigor de la Ley 10/2019, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid.*
- GONZÁLEZ ESCUDERO, M.ª TERESA: *La elección parlamentaria de miembros de órganos constitucionales y otros cargos públicos. Crónica de un fracaso.*
- ORTEA GARCÍA, ENRIQUE: *Técnica legislativa en tiempos revueltos: un examen de las declaraciones del estado de alarma y los Reales Decretos-leyes en 2020 y 2021.*
- RUIZ ALMENDRAL, VIOLETA: *Límites y problemas constitucionales del impuesto “armonizador” sobre las grandes fortunas en España.*
- ARRIOLA ECHANIZ, NAIARA: *La justicia electoral como elemento de cierre de las democracias representativas. Un estudio comparado.*

II. NOTAS Y DICTÁMENES

- GONZÁLEZ BOTIJA, FERNANDO: *La ejecución de sentencias y Derecho urbanístico: el reciente caso de El Corte Inglés de Madrid.*

III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- DARANAS PELÁEZ, MARIANO: *Una virtual denegación de justicia: STEDH de 1 de septiembre de 2022, caso Ines de Pracomtal v. Francia y Fundación Jérôme Lejeune v. Francia, recurso núm. 34701/17 y 35133/17.*
- DOMÍNGUEZ VILA, ANTONIO Y PÉREZ SÁNCHEZ, GERARDO: *La inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de medidas urgentes de ordenación del empleo público.*
- RECODER VALLINA, TATIANA: *El derecho a la información de los parlamentarios en la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente.*

IV. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO Y DURÁN RAMOS, JOSÉ MARÍA: *La Actividad Parlamentaria de enero a junio de 2022 (XII Legislatura).*

V. RECENSIONES

- LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS: *Escritos de Derecho Constitucional*, de Antonio Rovira Viñas.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO: *El liberalismo y sus desencantos. Cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales*, de Francis Fukuyama.
- ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE: *Derecho Público Romano*, de Antonio Fernández de Buján.

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la
Asamblea de Madrid

43

Segundo semestre
2022

Asamblea de Madrid
- Servicio de Publicaciones -

Plaza de la Asamblea de Madrid, 1. 28018 - Madrid

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de la Asamblea de Madrid.

Edita: Servicio de Publicaciones de la Asamblea de Madrid

Depósito Legal: M-30.989-1999

ISSN: 1575-5312

ISSNe: 2951-665X

Imprime: Unidad de Digitalización, Fotografía y Reprografía de la Asamblea de Madrid

MADRID, 2022

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

PRESIDENCIA

- Eugenia Carballado Berlanga
Presidenta de la Asamblea de Madrid

CONSEJO DE HONOR

- Ramón Espinar Gallego
- Pedro Díez Olazábal
- Juan Van-Halen Acedo
- Jesús Pedroche Nieto
- Concepción Dancausa Treviño
- María Elvira Rodríguez Herrer
- José Ignacio Echeverría Echániz
- Paloma Adrados Gautier
- Juan Trinidad Martos
Ex-Presidentes/as de la Asamblea de Madrid

CONSEJO ASESOR

- Jorge Rodrigo Domínguez
Vicepresidente Primero de la Asamblea de Madrid
- José Ignacio Arias Moreno
Vicepresidente Segundo de la Asamblea de Madrid
- Esther Rodríguez Moreno
Vicepresidenta Tercera de la Asamblea de Madrid
- José María Arribas del Barrio
Secretario Primero de la Asamblea de Madrid
- Diego Cruz Torrijos
Secretario Segundo de la Asamblea de Madrid
- Francisco Galeote Perea
Secretario Tercero de la Asamblea de Madrid
- Ángel Gabilondo Pujol
Defensor del Pueblo. Universidad Autónoma de Madrid
- Manuel Alba Navarro
Cortes Generales
- Manuel Aragón Reyes
Universidad Autónoma de Madrid
- Feliciano Barrios Pintado
Universidad Complutense de Madrid. Real Academia de la Historia
- José Antonio Escudero López
Universidad Complutense de Madrid. Real Academia de la Historia
- Manuel Fraile Clivillés
Cortes Generales

- Pedro González-Trevijano Sánchez
Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Tribunal Constitucional
- Carmen Iglesias Cano
Universidad Complutense de Madrid. Real Academia de la Historia
- Luis López Guerra
Universidad de Extremadura. Tribunal Constitucional
- Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
Universidades de Salamanca, Zaragoza y Complutense de Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
- José F. Merino Merchán
Universidad Rey Juan Carlos
- Santiago Muñoz Machado
Universidad de Valencia, de Alcalá de Henares y Complutense de Madrid. Real Academia de la Lengua
- Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona
Consejo de Estado. ICADE
- Luciano Parejo Alfonso
Universidades de La Laguna, Alcalá de Henares y Carlos III de Madrid
- Benigno Pendás García
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Universidad Complutense de Madrid. Cortes Generales
- José Luis Piñar Mañas
Universidad CEU San Pablo
- Emilio Recoder de Casso
Abogado del Estado. Cortes Generales
- José Manuel Sala Arquer
Universidad de Navarra. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
- Miguel Sánchez Morón
Universidades de Barcelona, Castilla-La Mancha, Alcalá de Henares y Complutense de Madrid
- Juan Alfonso Santamaría Pastor
Universidad Complutense de Madrid. Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. Cortes Generales
- José Eugenio Soriano García
Universidad Complutense de Madrid

CONSEJO TÉCNICO Y DE REDACCIÓN

- Fabio Pascua Mateo
Universidad Complutense de Madrid
- Alfonso Cuenca Miranda
Cortes Generales
- Daniel Capodiferro Cubero
Universidad Nacional de Educación a Distancia
- Antonio Lucio Gil
Asamblea de Madrid
- Ángel L. Sanz Pérez
Parlamento de Cantabria. Universidad de Cantabria
- Laura Seseña Santos
Cortes de Castilla y León
- Esteban Greciet García
Asamblea de Madrid
- Antonio Jesús Alonso Timón
ICADE

DIRECCIÓN

- Bárbara Cosculluela Martínez
Secretaria General de la Asamblea de Madrid

SUBDIRECCIÓN

- Tatiana Recoder Vallina
Directora de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

SECRETARÍA

- Blanca Cid Villagrasa
Letrada de la Asamblea de Madrid

SERVICIO DE PUBLICACIONES

- Ana Villena Cortés
Jefa del Servicio de Publicaciones
- Gema Moreno Rodríguez
Jefa de la Sección de Publicaciones
- Susana Moreno Rodríguez
Jefa del Negociado de Publicaciones no Oficiales
- Raquel del Sol Herreros
Administrativa del Negociado de Publicaciones no Oficiales

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES PARA LA PUBLICACIÓN EN LA REVISTA “ASAMBLEA”

La Revista *Asamblea* tiene una vocación interdisciplinar, sin perder sus orígenes de ser una Revista esencialmente jurídico-pública, constitucional y administrativa, centrando su enfoque en el Derecho político, constitucional, administrativo, parlamentario y autonómico.

La Revista *Asamblea* es una publicación de carácter semestral, se edita en los meses de junio y diciembre, en formato digital y en papel y sigue un criterio de acceso abierto.

El Consejo Técnico y de Redacción de la Revista se reserva el derecho de rechazar cualquier original que considere que por criterios formales o de calidad no se adecue a la política editorial de la Revista.

1. Lugar y modo de presentación de originales

Los trabajos o colaboraciones remitidos para su publicación en la Revista *Asamblea* deberán ser inéditos y no estar pendientes de publicación en otras revistas.

Se presentarán por escrito en lengua castellana o inglesa. La revista utilizará herramientas antiplagio para garantizar la autoría y la originalidad de los trabajos.

Los trabajos o colaboraciones se enviarán por correo electrónico, en formato Microsoft Word, al correo institucional revistaasamblea@asambleamadrid.es o bien en papel acompañado de soporte electrónico, dirigidos al Servicio de Publicaciones, Plaza de la Asamblea de Madrid, 1. 28018 – Madrid.

2. Extensión y formato de presentación

— Datos del autor

Los trabajos originales irán encabezados por el nombre del autor/a o autores, y dirección de contacto y de correo electrónico. Así mismo, si se está en posesión del código ORCID, deberá incluirse.

Se acompañará una hoja a efectos administrativos en la que se harán constar el título del trabajo, los datos del autor/a o autores (dirección, NIF, teléfono, correo electrónico, situación académica y nombre de la institución científica a la que pertenecen).

— Extensión y formato

Los trabajos tendrán una extensión máxima aproximada de treinta y cinco páginas (DIN A4) y las recensiones de seis a ocho páginas. El tipo de letra deberá ser Times New Roman, 12, con interlineado sencillo y sangría en primera línea.

— Título del trabajo

Los trabajos irán encabezados por el título o enunciado (con traducción al inglés), en letra negrilla, Times New Roman, cuerpo superior a 12, texto en minúscula y en mayúsculas solo las palabras pertinentes.

— Sumario

Al principio del trabajo se incluirá un sumario en español y en inglés, que permita identificar los apartados y subapartados del mismo. Los epígrafes de los apartados principales irán en mayúscula, numerados I, II, III... y los epígrafes de los subapartados en minúscula 1.1, 2.1, 2.2, 3.1... etc.

— Resumen, palabras clave, abstract y key words

Los trabajos incluidos en las Secciones de la Revista I. TEMA DE DEBATE, II. ESTUDIOS y III. NOTAS Y DICTÁMENES, deberán presentar, además del título y del sumario, de tres a cinco palabras clave identificativas del tema tratado y un RESUMEN en español y otro en inglés de entre 400 y 500 palabras. Dicho resumen debe reflejar los apartados del artículo: el estado de la cuestión, el contenido y desarrollo de la investigación y las conclusiones obtenidas.

— Notas a pie de página y referencias bibliográficas

Las notas a pie de página deberán ir en Times New Roman, cuerpo 9, numeradas correlativamente.

Las notas y referencias se harán de acuerdo con las normas UNE-ISO 690:

- **Libros:** APELLIDOS DEL AUTOR/ES, nombre con inicial en mayúscula (o nombre completo de autores y literatos de relevancia histórica como José ORTEGA Y GASSET, etc.), año de publicación entre paréntesis. *Título del libro en cursiva*. Ciudad de publicación: editorial y páginas.
- **Revistas:** APELLIDOS DEL AUTOR/ES, nombre con inicial mayúscula (o nombre completo de autores y literatos de relevancia histórica), año entre paréntesis. “Título del artículo o capítulo entrecomillado”, apellidos e iniciales del editor o coordinador del libro, si lo hubiere. *Título de la obra a la que pertenece en cursiva*, número de la obra a la que hace referencia en abreviatura núm. Ciudad de publicación: editorial y páginas. Para señalar el número de páginas se utilizará p. o pp., y ss. para indicar las siguientes.
- **Cita en el texto:** (Mankiw 2014).

— Bibliografía

Las obras citadas o referencias bibliográficas se incluirán siempre al final del trabajo en un listado, bien en el mismo documento, bien en un documento aparte.

— Ilustraciones

Las ilustraciones, fotos, gráficos, mapas, tablas, cuadros...etc., deberán ir insertados en el texto en el lugar exacto donde deban reproducirse, tendrán la suficiente calidad técnica y contener el título y la fuente de los datos mostrados.

— Pruebas de imprenta

Se enviarán para corregir posibles erratas, en ningún caso se podrán introducir cambios en el texto ya que una vez aceptados los trabajos, se considera que han sido presentados con su redacción definitiva.

3. Evaluación de los trabajos

Respecto a los trabajos recibidos, el Consejo de Redacción decidirá sobre su aceptación o no.

Los trabajos aceptados se remitirán al menos a dos evaluadores anónimos y externos, según el método “doble ciego”, los cuales realizarán una revisión objetiva, técnica y de carácter constructivo del trabajo.

La decisión sobre la publicación o rechazo de un artículo se le comunicará inmediatamente al autor. Si fuera afirmativa, se le indicará la fecha y número de la Revista Asamblea en el que se incluirá el trabajo.

Puede también que la publicación del trabajo quede condicionada por la introducción de cambios con respecto a la versión original por recomendación de los evaluadores. Entre los cambios propuestos podrá estar la inclusión del trabajo en otra sección de la Revista.

Para poder publicar un trabajo es necesario que el autor/a o autores ceda(n) en exclusiva a la Revista Asamblea los derechos de reproducción. Por lo tanto, en caso de peticiones de terceros para reproducir tanto artículos como parte de los mismos o para su traducción, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

4. Política anti plagio

El plagio en cualquiera de sus formas será motivo de rechazo inicial del artículo o de retirada inmediata de los trabajos publicados en los que se constate.

A fin de evitar el mismo, los trabajos recibidos por la Revista Asamblea, podrán ser sometidos a un análisis de similitud, al efecto de garantizar su originalidad.

5. Política de acceso abierto

En cumplimiento de este objetivo la Revista se adhiere al sistema Open Access (OA), y remite la totalidad de sus contenidos a diversas bases de datos e índices nacionales e internacionales bajo este protocolo. Los usuarios podrán leer, descargar, copiar, distribuir e imprimir el texto completo de los artículos publicados, con la única salvedad del reconocimiento del autor y citación adecuada de los textos. Para ello los autores de los trabajos publicados por la Revista aceptan explícitamente el principio de acceso abierto y distribución.

NOTA DE REDACCIÓN: la Revista “Asamblea” no se hace responsable ni comparte necesariamente las opiniones expresadas por los diferentes autores y colaboradores, quienes las formulan bajo su exclusiva responsabilidad.

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

VALLE ESCOLANO, RAQUEL Y GUILLÉN PAJUELO, ÁNGEL: <i>¿Municipios transparentes? Análisis de la situación de los ayuntamientos madrileños a la entrada en vigor de la Ley 10/2019, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid ...</i>	17
GONZÁLEZ ESCUDERO, M. ^a TERESA: <i>La elección parlamentaria de miembros de órganos constitucionales y otros cargos públicos. Crónica de un fracaso</i>	55
ORTEA GARCÍA, ENRIQUE: <i>Técnica legislativa en tiempos revueltos: un examen de las declaraciones del estado de alarma y los Reales Decretos-leyes en 2020 y 2021</i>	97
RUIZ ALMENDRAL, VIOLETA: <i>Límites y problemas constitucionales del impuesto “armonizador” sobre las grandes fortunas en España</i>	127
ARRIOLA ECHANIZ, NAIARA: <i>La justicia electoral como elemento de cierre de las democracias representativas. Un estudio comparado</i>	183

II. NOTAS Y DICTÁMENES

GONZÁLEZ BOTIJA, FERNANDO: <i>La ejecución de sentencias y Derecho urbanístico: el reciente caso de El Corte Inglés de Madrid.....</i>	221
--	-----

III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DARANAS PELÁEZ, MARIANO: <i>Una virtual denegación de justicia: STEDH de 1 de septiembre de 2022, caso Ines de Pracomtal v. Francia y Fundación Jérôme Lejeune v. Francia, recurso núm. 34701/17 y 35133/17</i>	257
DOMÍNGUEZ VILA, ANTONIO Y PÉREZ SÁNCHEZ, GERARDO: <i>La inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de medidas urgentes de ordenación del empleo público</i>	271
RECORDER VALLINA, TATIANA: <i>El derecho a la información de los parlamentarios en la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente.....</i>	297

IV. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO Y DURÁN RAMOS, JOSÉ MARÍA: <i>La Actividad Parlamentaria de enero a junio de 2022 (XII Legislatura).....</i>	307
--	-----

V. RECENSIONES

LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS: <i>Escritos de Derecho Constitucional</i> , de Antonio Rovira Viñas	345
ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO: <i>El liberalismo y sus desencantados. Cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales</i> , de Francis Fukuyama.....	359
ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE: <i>Derecho Público Romano</i> , de Antonio Fernández de Buján	365

CONTENTS

I. ARTICLES

VALLE ESCOLANO, RAQUEL Y GUILLÉN PAJUELO, ÁNGEL: <i>Transparent municipalities? Analysis of the situation of the Madrid city councils at the entry into force of Law 10/2019, on Transparency and Participation of the Community of Madrid...</i>	17
GONZÁLEZ ESCUDERO, M. ^a TERESA: <i>The parliamentary election of members of constitutional bodies and other public offices. Chronicle of a failure.....</i>	55
ORTEA GARCÍA, ENRIQUE: <i>Legislative drafting in challenging times: an analysis of the declarations of the state of alarm and the Decree-laws in 2020 and 2021.....</i>	97
RUIZ ALMENDRAL, VIOLETA: <i>Limits and constitutional problems of the “harmonising” Wealth Tax in Spain</i>	127
ARRIOLA ECHANIZ, NAIARA: <i>Electoral justice as a definitive element representative democracies. A comparative study.....</i>	183

II. RESEARCH NOTES

GONZÁLEZ BOTIJA, FERNANDO: <i>Enforcement of a judgment and town planning law: the recent case of El Corte Inglés in Madrid.....</i>	221
--	-----

III. CASE LAW (ANALYSIS)

DARANAS PELÁEZ, MARIANO: <i>A virtual denial of Justice: ECHR, 1 september 2022, case Ines de Pracomtal v. France and Foundation Jérôme Lejeune v. France, Application n.º 34701/17 and 35133/17.....</i>	257
DOMÍNGUEZ VILA, ANTONIO Y PÉREZ SÁNCHEZ, GERARDO: <i>The unconstitutionality of the Law of the Parliament of the Canary Islands 18/2019, on urgent measures for the regulation of public employment</i>	271
RECORDER VALLINA, TATIANA: <i>The right to information of parliamentarians in recent contentious-administrative jurisprudence</i>	297

IV. PARLIAMENTARY ACTIVITY REPORT

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO Y DURÁN RAMOS, JOSÉ MARÍA: <i>Parliamentary Activity from January to June 2022 (XII Legislature)</i>	307
--	-----

V. BOOKS REVIEWS

LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS: <i>Escritos de Derecho Constitucional</i> , by Antonio Rovira Viñas.....	345
ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO: <i>El liberalismo y sus desencantados. Cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales</i> , by Francis Fukuyama.....	359
ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE: <i>Derecho Público Romano</i> , by Antonio Fernández	365

I

ESTUDIOS
ARTICLES

¿Municipios transparentes? Análisis de la situación de los ayuntamientos madrileños a la entrada en vigor de la Ley 10/2019, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid

Transparent municipalities? Analysis of the situation of the Madrid city councils at the entry into force of Law 10/2019, on Transparency and Participation of the Community of Madrid

Fecha de recepción: 01/08/2022

Fecha de aceptación: 17/10/2022

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. EL VALOR DE LA TRANSPARENCIA.—II. EL MARCO NORMATIVO DE LA TRANSPARENCIA EN LOS MUNICIPIOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—III. METODOLOGÍA.—3.1. Objeto de la investigación. Dimensiones del análisis u objetivos específicos.—3.2. Diseño de la investigación.—IV. RESULTADOS.—4.1. El diseño de una Administración transparente. Iniciativas de gobierno abierto.—4.1.1. Requisitos y condiciones de la información.—4.1.2. Diseño de procedimientos para el acceso a la información.—4.1.3. Los responsables de la transparencia.—4.1.4. Sensibilización y capacitación de responsables y de empleados públicos.—4.2. El proceso de implantación de la transparencia.—4.2.1. El cumplimiento de la normativa de transparencia.—4.2.2. Grados de dificultad del proceso.—4.2.3. Open data y Gobierno municipal participativo.—4.3. La demanda ciudadana de información y la voluntad de participación en el ámbito local.—4.3.1. El interés por la información.—4.3.2. Las materias más y menos consultadas.—4.3.3. Perfil de los ciudadanos solicitantes de información.—4.3.4. Límites del acceso a la información.—4.3.5. Acceso parcial, denegaciones y solicitudes no respondidas.—4.4. Consecuencias de la implantación de la normativa sobre transparencia.—V. A MODO DE REFLEXIÓN.—VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Raquel Valle Escolano, profesora de la Universidad Internacional de la Rioja. <https://orcid.org/0000-0003-4100-3905>.

Ángel Guillén Pajuelo, Doctorando de la Universidad Rey Juan Carlos. <https://orcid.org/0000-0003-0226-1661>.

RESUMEN

Ante la reciente entrada en vigor de la Ley 10/2019, de Transparencia de la Comunidad de Madrid, de aplicación a sus entidades locales, resulta de sumo interés conocer la situación en materia de transparencia que ofrecen los municipios madrileños. Este es el objetivo de este estudio, que utiliza de forma complementaria diversas técnicas de investigación (una encuesta y entrevistas en profundidad a los responsables políticos y empleados públicos de los ayuntamientos, así como un análisis de sus páginas web), llegando a interesantes resultados en torno a aspectos clave en materia de publicidad activa y derecho de acceso a la información. El estudio permite destacar los logros conseguidos, así como los obstáculos encontrados, mostrando un balance mejorable, que al tiempo subraya los cambios y avances realizados en el camino de la transparencia, y que dibuja un panorama más positivo que el que presentan el resto de municipios españoles.

PALABRAS CLAVE: Transparencia; Municipios; Administración municipal; Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

Upon the recent enforcement of Law 10/2019, on Transparency of the Community of Madrid, applicable to its local entities, it is very interesting to know the picture that Madrid municipalities offer in terms of transparency. This is the scope of this study, which uses in a complementary way various research techniques (a survey and in-depth interviews with the politicians and municipal employees responsible for transparency, as well as an analysis of their institutional websites), reaching interesting results about key aspects of publicized data and the right of access to information. The study stands out the achievements, as well as the obstacles encountered, showing room to improvement, but it highlights at the same time the changes and advances made in the path of transparency, drawing a more positive landscape than that of the rest of Spanish municipalities.

KEYWORDS: Transparency; Municipalities; Municipal administration; Community of Madrid.

I. EL VALOR DE LA TRANSPARENCIA

La transparencia se presenta en nuestros días como un valor esencial, que se ha instalado en la vida pública, con mayor o menor arraigo, para satisfacer el derecho de la ciudadanía a saber, a poseer la información necesaria para conocer en detalle qué hacen aquellos que gobiernan y gestionan sus intereses, haciendo posible la toma de decisiones consciente e informada y la participación. La apertura de la actividad pública se convierte de este modo en una idea que se configura hoy como un paradigma emergente en la construcción de nuevos modelos de gobierno, considerada además en nuestros días como un verdadero termómetro del grado de realización efectiva del Estado democrático y de Derecho.

España se ha subido recientemente al tren de la transparencia, adoptando una ley estatal con importantes obligaciones en materia de publicidad activa y derecho de acceso a la información, que completó e integró exigencias de apertura informativa ya presentes en diversos ámbitos sectoriales de la gestión. Una norma que se aplica sin salvedades a las entidades locales, a partir de los dos años desde su entrada en vigor. Las leyes autonómicas y las ordenanzas locales completan un paisaje normativo complejo, cuya observancia debe posibilitar que contemos con municipios transparentes, abiertos al ciudadano y cada vez más participativos, que permitan al tiempo el control democrático de los gobiernos municipales y la creación de valor a partir de la reutilización de los datos y documentos públicos.

La transparencia y el derecho a acceder a la información pública, se consideran en la sociedad actual y a nivel internacional como factores clave de la buena gobernanza y como requisitos previos para cualquier régimen democrático, al constituir herramientas esenciales capaces de generar confianza en el gobierno, de posibilitar una toma de decisiones informada basada en el suministro de datos precisos y adecuados, siendo asimismo fórmulas idóneas para prevenir la corrupción y fomentar la participación democrática (Bertot, J. C.; Jaeger, P.T. & Grimes, J. M., 2010; Villoria, 2018; Lizcano Álvarez, 2008, 2010). Los beneficios que la buena información y la transparencia aportan a la democracia son importantísimos, y están vinculados, entre muchos otros factores, a una mayor eficiencia económica (Stiglitz, 2000; Islam, 2003); a la rendición de cuentas o accountability (Finn, 1994; Mulgan, 2000; Armstrong, 2005; Fox, 2007; Bovens, 2007; Alonso-Magdaleno, M. L. & García-García, 2014); a la prevención del abuso de poder que supone la visibilidad y la exposición de las actividades y acciones públicas (Arendt, H., 1963), y al otorgamiento de influencia a los más débiles, actuando como contrapeso a potentes intereses corporativos e individuales (Cunill, 2006), que funcionan a menudo a través del poder que da la información exclusiva o privativa. Y desde luego la transparencia constituye un prerequisite de toda participación ciudadana que pretenda la real consideración de las opiniones e intereses de todos los afectados por las decisiones públicas (Villoria, M. & Ramírez-Alujas, V., 2011).

Como señala Uvalle (2007), desde el mirador de la gobernabilidad, la transparencia responde a la nueva edad institucional del poder democrático, de modo que para restaurar la imprescindible legitimidad en la que debe descansar hoy la existencia del Estado democrático, es esencial favorecer un ambiente de confianza que presida las relaciones entre la ciudadanía y los poderes públicos, impidiendo la corrupción y el abuso de poder. Se trata de asegurar la pervivencia de la democracia representativa a través de las garantías institucionales y legislativas que nos ofrece la constitución democrática (Ferrajoli, 2011). La sociedad democrática necesita de poderes transparentes, no solo como forma de garantizar el derecho a la información de los ciudadanos, sino para conseguir la legitimación y la preservación del sistema político (Aranda Álvarez, 2013).

La transparencia y la apertura ocupan además un espacio destacado en todas las visiones que, desde el institucionalismo, se generan sobre el buen gobierno y la buena gobernanza, al tiempo que constituyen pilares esenciales del gobierno abierto (Villoria & Cruz, 2015). Por todo ello, la transparencia en la actividad pública constituye hoy no solo una apuesta de futuro, sino más bien una exigencia del tiempo presente. Su vinculación con todos los valores de la buena gobernanza la convierte en un elemento transversal irrenunciable que debe permear la organización y el funcionamiento del gobierno y la administración, a todos los niveles y en cualesquiera ámbitos.

Los municipios han asumido en nuestros días el reto de la transparencia en la gestión pública, un desafío que tiene en este ámbito perfiles propios, al tratarse del nivel más cercano a los vecinos, el de mayor sensibilidad y potencial capacidad de respuesta a sus expectativas y problemas. La calidad de vida de las personas pasa así en gran medida por las actividades y programas de los ayuntamientos, que asimismo representan el primer nivel de participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, con un creciente protagonismo en las políticas públicas, y un papel que goza de un reconocimiento cada vez mayor en un mundo globalizado, tanto por el fortalecimiento de los gobiernos locales, como por los sustanciales cambios de estos en su modo de operar (Caamaño-Alegre et al, 2013).

II. EL MARCO NORMATIVO DE LA TRANSPARENCIA EN LOS MUNICIPIOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG), aparece en nuestro país con el propósito, expresado en su Exposición de Motivos, de regular la transparencia, el acceso a la información pública y el buen gobierno, como paso esencial para la regeneración democrática, la promoción de la eficiencia y eficacia del Estado y el favorecimiento del crecimiento económico, ya que el legislador afirma que los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social, al tiempo que permiten a los ciudadanos juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia.

Con esta Ley, ciertamente anhelada en nuestro país, se avanza y se profundiza en la configuración de obligaciones de publicidad activa, superando las regulaciones ya existentes en muchos ámbitos; y en general la norma supone, en las tres vertientes que regula, y de nuevo remitiéndonos a su Preámbulo, un importante avance en la materia, estableciendo unos estándares homologables al del resto de democracias consolidadas. Tan esencial se consideró la norma en el momento de su aprobación, que en el Congreso de los Diputados se oyeron repetidamente, por parte de los diversos grupos

políticos y expertos participantes en el debate parlamentario sobre el proyecto de ley, expresiones como que esta norma era la más importante, o una de las más importantes, de la legislatura, además de que la misma constituía un claro cambio de paradigma en la administración: si hasta entonces había predominado el secreto en la gestión de los asuntos públicos, que se entendían privativos de la administración y de los empleados públicos, con esta ley se abría una era en la que la transparencia sería la norma, y en la que la información pública pasaba a ser patrimonio de la ciudadanía.

La LTAIPBG tiene carácter de legislación básica y como tal es aplicable a las entidades que integran la Administración Local, a las que concedió un plazo máximo de dos años desde su entrada en vigor, para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley.

Hasta la llegada de la LTAIPBG, la publicidad activa, e incluso el derecho de acceso a la información pública, se encontraban presentes en numerosas normas del ámbito local¹, aunque de un modo fraccionado y disperso. Con todo, eran ya muchas las regulaciones existentes, referidas a materias bien diversas, en las que se consagraban derechos de transparencia, información, participación, consulta, acceso a los datos de la actividad local... Entre estas cuestiones podemos mencionar previsiones relativas a la publicidad de normas, procedimientos, planes; a recibir información de la actividad municipal y sus diversas actuaciones; a la participación de los vecinos; favorecimiento de asociaciones para la defensa de los intereses vecinales; consultas populares; al planeamiento urbanístico; a las retribuciones, dedicación y nombramientos de empleados públicos; a los bienes y actividades de los representantes locales; a las ordenanzas; a la oferta de empleo público y convocatorias de personal; a los bienes patrimoniales y comunales; a las obras; a numerosos actos y acuerdos municipales de contenido bien diverso, etc. En definitiva, que los entes locales no partían en absoluto de cero cuando entró en vigor la LTAIPBG en su ámbito; por el contrario, muchas materias gozaban de un saludable grado de publicidad y transparencia, realizada por canales bien diversos.

Por otro lado, aunque la LTAIPBG es el eje fundamental de la normativa de transparencia en nuestro país, dado su carácter básico, con ella no acaba la regulación existente en la materia. De forma previa a su irrupción en el panorama legislativo, existían ya algunas leyes autonómicas en este terreno, y posteriormente a la aprobación de ley estatal, han sido muchas las Comu-

¹ Entre ellas, el Decreto, de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL); la Ley 7/1985, de 2 de abril, de las Bases de Régimen Local; el Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local; el Real Decreto 1372/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; el Real Decreto 2568/1986, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales; el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; o el Real Decreto 500/1990, por el que se desarrolla el capítulo I del título VI de la Ley 39/1998, que regula las Haciendas Locales.

nidades autónomas que han dictado leyes de desarrollo. Y no solo eso, sino que también han aparecido Ordenanzas en algunos ayuntamientos, dirigidas a regular de la transparencia.

En su momento, la aparición de la ley estatal generó numerosos estudios académicos y opiniones diversas, que giraban ya en torno a la norma globalmente considerada —su oportunidad, su demora, su procedimiento de elaboración (Guichot (2014)— como a numerosos aspectos que la misma regulaba, tales como su ámbito subjetivo (Barrero, 2014); objetivo (Ares, 2014); el silencio administrativo (Ballesteros, 2014); la publicidad activa (Blanes, 2014); el Consejo de Transparencia (Jiménez, 2014); o los límites del derecho de acceso a la información pública (Moretón, A.), entre otras muchas cuestiones.

En particular, y centrándonos en la Comunidad de Madrid y en sus municipios, la Asamblea de Madrid aprobó en fechas relativamente recientes la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 1 de enero de 2020. Su objeto es la regulación en el ámbito de la Comunidad de Madrid de la transparencia en su doble vertiente de publicidad activa y de derecho de acceso a la información pública, al tiempo que establece mecanismos de participación y colaboración ciudadana en los asuntos públicos.

Esta Ley se declara aplicable, en todo aquello que no afecte a la autonomía local reconocida constitucionalmente, a las entidades que integran la Administración local, las asociaciones, fundaciones y demás entes constituidos por las entidades locales, en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, así como las empresas públicas que por ejercer una posición dominante, conforme a la legislación estatal, hayan sido adscritas al sector público local.

Este trabajo documenta los resultados parciales de un estudio sobre la transparencia en el ámbito municipal, centrándose en los municipios de la Comunidad de Madrid, y lo hace buscando tomar la temperatura al nivel de transparencia alcanzado en los ayuntamientos, precisamente en el momento de entrada en vigor de la ley de transparencia autonómica. El hecho de disponer de estudios y análisis previos sobre los municipios españoles, permite además realizar comparaciones, estableciendo paralelismos de la situación de la Comunidad de Madrid con la de los ayuntamientos españoles o, por el contrario, poniendo de manifiesto sus diferencias en cuanto a la transparencia de sus actuaciones.

III. METODOLOGÍA

3.1. Objeto de la investigación. Dimensiones del análisis u objetivos específicos

El objeto de la investigación pone directamente el foco en los municipios de la Comunidad de Madrid, con objeto de medir su grado de transparencia cuando empieza su andadura la Ley autonómica en la materia, la Ley

10/2019, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, de aplicación a las entidades locales de su ámbito territorial.

El objeto central de la investigación es susceptible de desgranarse en diversos objetivos específicos, que constituyen interesantes perspectivas en dicho análisis. A través de las mismas, los grandes propósitos de la investigación son los siguientes:

- Identificar las políticas, acciones e iniciativas puestas en marcha en los municipios madrileños, conducentes a la efectiva implantación de las obligaciones que la Ley estatal estableció, junto a las derivadas de otras normativas locales en vigor, tanto en materia de publicidad activa como las dirigidas a posibilitar el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información pública.
- Analizar las experiencias de dichos municipios, desde el momento de entrada en vigor de la ley estatal. Para ello, el estudio se centra en los dos polos protagonistas de sus previsiones, esto es, por un lado, los ayuntamientos (comprobando el grado de cumplimiento de la normativa alcanzado en relación a la publicidad activa y el derecho de acceso a la información), así como la utilización que el ciudadano está haciendo de los datos publicados, y la intensidad y características del ejercicio del derecho de acceso a la información.
- Determinar las debilidades y fortalezas de la Administración municipal en la Comunidad de Madrid, a la hora de implantar la transparencia efectiva en su ámbito, y con ellas las eventuales oportunidades y dificultades para conseguir dicho objetivo.
- En definitiva, hacer balance de las transformaciones y avances realizados en el ámbito de la transparencia, y medir asimismo la magnitud del reto que se abre ante los ayuntamientos madrileños en esta materia, situándolo en el contexto del resto de la administración municipal española, comparando los indicadores de cumplimiento de los municipios de la Comunidad del Madrid y los del conjunto del Estado español.

3.2. Diseño de la investigación

Los numerosos y variados objetivos específicos de esta investigación, exigen necesariamente la aplicación de diferentes métodos o técnicas de aproximación a dicha realidad.

Las técnicas de investigación utilizadas han sido las siguientes:

1. Análisis y estudio de Fuentes documentales: fundamentalmente, el examen de los textos legales vigentes en la materia en el ámbito local, así como el análisis de las leyes de transparencia estatal y autonómica de la Comunidad de Madrid.

2. Examen de páginas web: se han analizado las sedes electrónicas y portales de transparencia de diversos ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, dado que conocer su situación en materia de transparencia, así como el grado de implantación real de las leyes existentes a la entrada en vigor de la normativa autonómica, particularmente en lo referente a publicidad activa, exigía dicho análisis. Para ello se han examinado páginas web y portales de una muestra de municipios adicional a la utilizada para la encuesta. Al escoger la muestra de ayuntamientos (45 en total), se procuró además que estos fueran de diferentes tamaños, así como que tuvieran características diversas, de orden socioeconómico, población, etc., factores que estuvieron en la base de dicha selección.

La metodología a utilizar es la matriz de observación o de análisis de datos, útil para categorizar y codificar los frutos de la observación, como herramienta que permite ordenar y clasificar los datos consultados y analizados, facilitando así su sistematización y la elaboración de conclusiones. La matriz sirvió para operacionalizar variables, unidades observables y medibles de la investigación. Matriz e indicadores vienen en este caso dados por la normativa de transparencia, en la medida en que los aspectos a comprobar constituyen aspectos de la publicidad activa de obligado cumplimiento.

3. Encuesta a una muestra representativa de los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid.

La encuesta se llevó a cabo en dos fases. En un primer momento, se realizó una encuesta on line de ámbito nacional, a un elevado número de Ayuntamientos españoles (339) encuadrados en las 17 Comunidades Autónomas, encuadrándose un importante grupo de los mismos en la Comunidad de Madrid. Con objeto de completar dicha selección, se enviaron cuestionarios y se llevaron a cabo encuestas telefónicas a un cupo adicional de municipios madrileños, cuyas respuestas sirvieran para reforzar la muestra y llevar a cabo un estudio monográfico centrado en la administración municipal de dicha CCAA.

En cuanto al tipo de entrevista, se utilizó un cuestionario remitido y devuelto on line, con asistencia por email cuando existían dudas sobre alguna cuestión determinada, o en otros casos leído y recogidas las respuestas al mismo por vía telefónica.

Se consiguió con ello un número de encuestas importante de ayuntamientos madrileños con tamaño y cifras de población muy diversas. Este dato es fundamental, en la medida en que la experiencia de implantación de la transparencia es muy diferente para ayuntamientos de gran población (tomando como tales los de más de 50.000 vecinos/as), de tamaño mediano (una categoría que abarcaría los que tienen más de 5.000 y menos de 50.000 habitantes), que abar-

caría municipios, o para pequeños ayuntamientos (los de menos de 5.000 habitantes).

El número (78) y tipología de respuestas recibidas a esta encuesta la convierten en una herramienta capaz de proporcionar datos e información numerosos y extraordinariamente ricos a la hora de analizar el proceso de implantación de la transparencia en los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid.

Los datos extraídos de las respuestas al cuestionario se codificaron y trabajaron utilizando un soporte informático, el paquete estadístico S.P.S.S. Statistical Package for the Social Sciences), en su versión 24.

4. Realización de Entrevistas en profundidad especializadas (8) a especialistas técnicos, junto a algunos responsables políticos, todos ellos con responsabilidades en materia de efectiva implantación de la transparencia en diversos ayuntamientos de la Comunidad de Madrid. Son personas conocedoras de esta materia, comprometidas en el objetivo de adaptar los entes locales a los requerimientos de una nueva administración, que el ciudadano pueda conocer y en la que pueda tener mayores niveles de participación.

Se trata de entrevistas especializadas y a élites, tal y como las describe Vallés (2014), siguiendo en gran parte a Dexter (1970), quienes la recomiendan siempre que los objetivos del estudio lo requieran, y estemos ante un entrevistado experto o bien informado. Son, además, entrevistas en profundidad, pero al tiempo semi-estructuradas. En profundidad, por la riqueza del juego conversacional que se establece en el diálogo entre entrevistado y entrevistador, en el que el primero, a partir de las cuestiones que le presenta el investigador, va desplegando a lo largo de la conversación elementos cognoscitivos (información sobre sus experiencias y vivencias en torno al objeto de análisis), así como creencias (orientaciones personales, predisposiciones...) y desde luego deseos (motivaciones y expectativas) en torno a las variadas temáticas que la persona que lo entrevista le va planteando.

DETALLE DE LOS DATOS DEL ESTUDIO	
Encuentras recibidas	78 municipios
Webs institucionales y portales de transparencia analizados	45 municipios
Entrevistas semi-estructuradas en profundidad realizadas	8 entrevistas

Tabla 1. Detalle de los datos del estudio. Elaboración propia.

En definitiva, la riqueza de los datos recabados responde a la aplicación de las técnicas de investigación descritas, que nos han proporcionado información sobre un elevado número de ayuntamientos (123) de los 179 situados en la Comunidad de Madrid, tal y como muestran las tablas 1 y 2.

Todas las estrategias utilizadas en esta investigación son intercambiables y se han beneficiado, sin duda, de su aplicación mutua y complementaria, sin que exista predominio de ninguna de ellas. Por el contrario, han sido articuladas y combinadas al mismo nivel en el presente estudio, en función de los diferentes objetivos específicos a cubrir en los diversos momentos por los que atravesó su desarrollo. La idea fue profundizar mediante las entrevistas realizadas en los diversos temas cuyas tendencias e importancia apuntaran los resultados de la encuesta, técnica esta última que no permite a las personas que respondan al cuestionario expresarse. Por otro lado, ambos tipos de estrategias de investigación, cuantitativas y cualitativas, son útiles en cualquier caso para llevar a cabo una función importantísima, una respecto a la otra: validar o refutar los resultados alcanzados a través de cada una de ellas. Finalmente, el análisis de las páginas web institucionales de los ayuntamientos, nos aportó una información extraordinariamente valiosa en materia de publicidad activa.

La complementariedad entre técnicas de investigación utilizadas es un elemento muy positivo del presente estudio, que por otro lado analiza un importante número de temas, los más relevantes que plantea la implantación del proceso de transparencia, a partir de las experiencias de un numeroso grupo de ayuntamientos madrileños de muy diversa tipología, lo que subraya la representatividad y la riqueza de la información obtenida, acerca de un importante conjunto de cuestiones que son singularmente relevantes para conocer la situación de los municipios de la Comunidad de Madrid, a la entrada en vigor de su Ley autonómica de transparencia.

MUNICIPIOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARTICIPANTES EN EL ESTUDIO		
Ajalvir	El Vellón	Rivas-Vaciamadrid
Alcalá de Henares	Fresnedillas de la Oliva	Robledo de Chavela
Alcobendas	Fuente el Saz de Jarama	Robregordo
Alcorcón	Fuentidueña de Tajo	San Agustín del Guadalix
Aldea del Fresno	Galapagar	San Martín de Valdeiglesias
Algete	Gascones	San Sebastián de los Reyes
Alpedrete	Getafe	Santa María de la Alameda
Ambite	Griñón	Santorcaz
Anchuelo	Guadarrama	Serranillos del Valle
Aranjuez	Horcajo de la Sierra-Aoslos	Sevilla la Nueva
Arganda del Rey	Hoyo de Manzanares	Soto del Real
Arroyomolinos	Las Rozas de Madrid	Talamanca de Jarama
Batres	Loeches	Tielmes
Belmonte de Tajo	Los Molinos	Torrejón de Ardoz
Berzosa del Lozoya	Madrid	Torrejón de la Calzada
Boadilla del Monte	Majadahonda	Torrejón de Velasco
Brunete	Manzanares el Real	Torrelaguna
Buitrago del Lozoya	Meco	Torrelodones
Cabanillas de la Sierra	Moraleja de Enmedio	Torremocha de Jarama
Cadalso de los Vidrios	Moralzarzal	Torres de la Alameda
Carabaña	Morata de Tajuña	Valdaracete
Casarrubuelos	Móstoles	Valdeavero
Cenicientos	Navacerrada	Valdelaguna
Cercedilla	Navalcarnero	Valdemanco
Cervera de Buitrago	Navarredonda y San	Valdemaqueda
Chinchón	Mamés	Valdemorillo
Ciempozuelos	Navas del Rey	Valdemoro
Cobeña	Nuevo Baztán	Valdeolmos-Alalpardo
Collado Mediano	Paracuellos de Jarama	Valdetorres de Jarama
Colmenar de Oreja	Parla	Valdilecha
Colmenar del Arroyo	Perales de Tajuña	Velilla de San Antonio
Colmenarejo	Pezuela de las Torres	Villa del Prado
Corpa	Pinilla del Valle	Villaconejos
Coslada	Pinto	Villalbilla
Cubas de la Sagra	Piñuécar-Gandullas	Villamanrique de Tajo
Daganzo de Arriba	Pozuelo de Alarcón	Villamanta
El Álamo	Pozuelo del Rey	Villanueva de Perales
El Atazar	Prádena del Rincón	Villanueva del Pardillo
El Berrueco	Puentes Viejas	Villarejo de Salvanés
El Boalo	Quijorna	Villaviciosa de Odón
El Escorial	Rascafría	
El Molar	Ribatejada	

Tabla 2. Municipios de la Comunidad de Madrid participantes en el estudio.

IV. RESULTADOS

El estudio nos ha procurado interesantes resultados en cuatro órdenes de cuestiones:

4.1. El diseño de una Administración transparente. Iniciativas de gobierno abierto

4.1.1. *Requisitos y condiciones de la información*

La normativa aplicable en materia de transparencia a las entidades locales (la ley estatal de transparencia, las leyes autonómicas y la normativa específica de aplicación en la Administración local), no solo establece la obligación de publicar información de muy diversa índole en los portales de transparencia, sedes electrónicas o páginas web, sino que además describe las condiciones y requisitos que dicha información debe cumplir. Así la ley estatal señala que la información será publicada de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables, así como la necesidad de establecer los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada, su identificación y localización. Accesibilidad, interoperabilidad y reutilización se alzan así en características clave de la información a publicar.

También la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, menciona la necesidad de publicar de modo comprensible, estructurado y actualizado la información pública; la obligatoriedad de elaborar y difundir un índice de información pública que obre en poder de la Administración, con indicaciones claras de dónde puede encontrarse dicha información; exige mecanismos de gestión de información adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad, la geolocalización, la reutilización y la divulgación de la información pública; la utilización de un lenguaje no sexista ni discriminatorio; la accesibilidad de la información para las personas discapacitadas, etc.

Tales exigencias hacen pensar que en los dos años que transcurrieron desde la publicación de la Ley 19/2013, LTAIPBG, hasta la efectiva entrada en vigor de la misma en los municipios, los ayuntamientos debieron planificar esta cuestión, y con ello ir avanzando hacia la elaboración y difusión de una información que fuera clara, accesible, interoperable, segura, etc; unos requerimientos que no han sido ni son fáciles de implementar.

La información constituye un activo importantísimo de las organizaciones, y en el caso de los ayuntamientos, su seguridad es la de los datos de los ciudadanos y del interés público que la misma gestiona. De ahí que sea esencial poner en marcha estrategias reflejadas en políticas, tecnologías,

procedimientos y controles capaces de detectar riesgos y vulnerabilidades y de proteger y salvaguardar tanto la información como los sistemas que la almacenan y administran.

Los municipios así lo han entendido, por lo que tales exigencias de seguridad, integridad y conservación de la información han sido implementadas en el 81,1 % de los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, en una proporción superior a la observada en los ayuntamientos del conjunto del Estado español (73 %).

El balance también es bastante favorable si analizamos la puesta en funcionamiento de técnicas de accesibilidad de la información, entendiendo por tal los medios, mecanismos y alternativas comunicativas y técnicas que posibilitan el acceso a la comunicación e información de toda la población. Tales requisitos de accesibilidad de la información han sido implementados por el 76,7 % de los municipios encuestados, restando casi la cuarta parte de los mismos con tal objetivo pendiente. De nuevo, la situación de los municipios madrileños es mejor, en este punto, que la del resto de municipios españoles, ya que solo el 65,8 % afirman contar con una información accesible.

Una tercera condición clave que debe reunir la información para posibilitar su transparencia, es su interoperabilidad, entendida como la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos. Hoy en día, la interoperabilidad de los datos es una exigencia de funcionamiento diario en las Administraciones públicas, y así lo establecen las normativas de transparencia. Para los municipios de la Comunidad de Madrid, el mayor grado de dificultad se encuentra precisamente en conseguir que la información sea interoperable, lo que solo han logrado dos tercios de los mismos (66,6 %), mientras que para el resto constituye una importante asignatura pendiente. En el conjunto español, tan solo un 42,1 % de los ayuntamientos lo ha conseguido, por lo que también para esta variable, la Comunidad de Madrid presenta un mejor balance que el resto del paisaje municipal español.

Finalmente, interesaba conocer la situación de los municipios respecto a la tenencia y mantenimiento de una política de gestión integral de la información, concebida como una estrategia que hiciera posible, entre otras cuestiones, el almacenamiento y gestión de los datos, su actualización, el flujo de datos, la comunicación eficaz, la gestión de la documentación y de los procesos, la difusión de la información mediante portales y otras herramientas de índole diversa, el seguimiento de indicadores, la toma de decisiones basada en dicha información, etc.

Se trata de un reto ambicioso, pero a la vez irrenunciable en aras a la eficacia y a la eficiencia de las organizaciones pública, y que además constituye hoy en día una exigencia de las leyes de transparencia vigentes, configurándose como un requisito ineludible para la consecución del derecho de acceso a una información pública de calidad. Lo cierto, sin embargo, es que hoy

por hoy esta condición no parece concurrir en los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, ya que solo un tercio de los mismos (33,3 %) cuenta con una política de gestión integral de la información, de la que el resto (66,7 %) carecen. De nuevo, esta situación se enmarca en un panorama general, el que presentan los ayuntamientos españoles, que es verdaderamente alarmante, ya que solo 2 de cada 10 de los mismos declaran poseer una política de gestión integral de la información (el 20,5 %), careciendo de ella el resto, esto es, 8 de cada 10 (el 79,5 %).



Gráfico 1. Características de la información en los municipios de la Comunidad de Madrid. Elaboración propia.

Todos los datos anteriores, conformadores de una información de calidad (seguridad, accesibilidad, interoperabilidad y gestión integral de la misma), se encuentran fuertemente mediatizados por el tamaño del municipio, ya que los datos globales mejoran ligeramente en el caso de los ayuntamientos de mayor tamaño y población, mientras que resultan mucho menos exitosos en el caso de los ayuntamientos más pequeños, donde las cifras descienden de forma importante.

4.1.2. *Diseño de procedimientos para el acceso a la información*

La Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información pública y Buen Gobierno, menciona el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información, señalando que se iniciará con la presentación de la correspondiente solicitud, al tiempo que detalla qué cuestiones deberá mencionar, sus causas de inadmisión, y finalmente regula algunos aspectos

de su tramitación y de la resolución que le pondrá fin, concediendo o denegando el acceso. Las leyes autonómicas también lo hacen, y singularmente la Ley 10/2019, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, regula de forma pormenorizada en el Capítulo II de su Título III toda una serie de aspectos clave de dicho procedimiento, relativos a su solicitud, posible inadmisión de la misma, remisión al órgano competente, resolución, plazo y sentido del silencio, costes, etc. Esta norma también prevé un Registro de solicitudes de acceso y reclamaciones y establece derechos específicos de la ciudadanía en relación con el acceso a la información, entre otras cuestiones.

La norma estatal señala asimismo que las Administraciones Públicas incluidas en su ámbito de aplicación establecerán sistemas para integrar la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el funcionamiento de su organización interna.

Con respecto a esta cuestión, la consulta realizada sobre la existencia de previsión de un procedimiento que regule en cada municipio la solicitud o el derecho al acceso a la información pública, nos indica que una proporción importante de municipios madrileños (el 83,3 %) han previsto un procedimiento para ello que integrara las previsiones legales al respecto, mientras que resta un 16,7 % que no lo han hecho. Un dato éste que, aunque mejorable, supera la cifra correspondiente al conjunto de municipios españoles, donde solo uno de cada dos (el 50,3 %) cuenta con una vía específica de obtención de datos para satisfacer el derecho de acceso a la información consagrado en las leyes.

Por otro lado, aunque el balance en relación con esta cuestión es bueno, se observa que, a medida que nos hallamos ante municipios más grandes, con un número más elevado de habitantes, su capacidad y facilidad para instrumentar un procedimiento específico de acceso a la información pública es mayor, mientras que en el grupo de municipios más pequeños la proporción de aquellos que cuentan con este procedimiento descende de forma importante. Valgan dos datos que lo atestiguan: en los municipios más grandes, de 100.001 a 500.000 habitantes, solo el 8,3 % carecen de un procedimiento *ad hoc* para facilitar información a la ciudadanía, dato que en los ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes asciende hasta el 25 %.

En otro orden de cosas, en el procedimiento de acceso a la información, las competencias suelen estar divididas entre una unidad que tramita el proceso, y un órgano que finalmente resuelve.

Por lo que respecta a la unidad tramitadora, en los municipios de la Comunidad de Madrid se encuentran igualados, y suponen en cada uno de los cuatro casos el 22,2 % del total, los ayuntamientos en los que el procedimiento está a cargo de una Concejalía o una unidad de transparencia de la información pública competente para suministrar la información; aquellos en que se encarga la Secretaría General o Intervención; los que lo hace la Regiduría o unidad responsable del área a que pertenece la información o,

finalmente, el grupo en los que la responsabilidad corresponde a una Oficina de Atención, Asistencia y Servicio Ciudadano.

En cuanto al órgano competente para resolver el procedimiento de acceso a la información pública, de nuevo se encuentran igualados como tales, en cada caso para una quinta parte de los municipios, la Alcaldía, la Concejalía u órgano responsable del área a que la información se refiere, y la Secretaría o los Servicios centrales, como órganos centrales para la resolución del procedimiento. Igualmente reseñables resultan esa décima parte de municipios en los que resuelve la Concejalía o Regiduría de Transparencia o Calidad, las dependencias de Administración general o los Servicios Jurídicos, entre otros.

4.1.3. *Los responsables de la transparencia*

El diseño de una Administración transparente debe tener en cuenta como pilar esencial el factor humano, considerando tanto a las personas que van a asumir la responsabilidad de diseñar y liderar desde sus responsabilidades políticas el perfil de las organizaciones tradicionales, convirtiéndolas en entes transparentes, como a los empleados públicos municipales, que realizan todos los cometidos diarios que deben de asumir los municipios, garantizando en todos los ámbitos los derechos de la ciudadanía en este terreno.

A los primeros compete planificar, dirigir, impulsar y coordinar, todos los recursos dedicados a la transparencia, procurando el cumplimiento íntegro de la ley, mientras que los empleados públicos son quienes día a día tienen que instrumentar las obligaciones que conlleva la ley de transparencia, así como garantizar el derecho de acceso a la información a todos los ciudadanos. Unos y otros han de estar concienciados, sensibilizados y formados, en una materia que es novedosa y que supone en gran medida un cambio cultural importante en nuestro país.

La responsabilidad de la puesta en marcha de la transparencia en una organización podríamos señalar que se sustancia a tres niveles, político, jurídico-organizativo y tecnológico, tres ejes todos ellos esenciales en dicho proceso.

Comencemos por el nivel político, analizando si en la corporación municipal existe una Concejalía, o incluso si es la propia Alcaldía, en función de las materias y carga de trabajo, tamaño de los municipios y distribución interna de responsabilidades, la instancia específicamente competente de los temas de transparencia. Dicha cuestión entronca además con la visibilidad y relevancia que desde el ámbito municipal se otorgue a tales atribuciones, dado que la existencia de una persona responsable de forma concreta de la transparencia, en la medida en que tal cometido resulte mencionado de forma expresa en la relación de áreas de su competencia, contribuye a resaltar la idea de que la transparencia es importante para dicho municipio, que existen

numerosos y relevantes cometidos asociados a tal atribución, y que para ello se ha previsto específicamente en el organigrama un miembro de la corporación municipal que trabaja en la materia y que, en última instancia, responde políticamente de la misma.

Un 91,7 % de los municipios de la Comunidad de Madrid cuentan, en este sentido, con una persona responsable de asumir políticamente los temas de transparencia. Una cifra muy superior a la del conjunto del resto de municipios españoles, donde solo el 51,5 % se hallaban en idéntica situación. En los ayuntamientos en los que existe un cargo político encargado del tema de la transparencia, en más de la mitad de los casos (54,5 %), se trata de una persona con el rango de Concejal o Regidor, adscribiéndose dicha materia a un área específica de Transparencia, o a otras muy diversas, tales como Modernización, Comunicación, Régimen Interior, Calidad, Organización, Relaciones Ciudadanas, Nuevas Tecnologías o Coordinación, entre otras. En un 27,3 % de los ayuntamientos, la responsabilidad política de los temas de transparencia se atribuye directamente al titular de la Alcaldía, mientras que casi en uno de cada diez municipios (9,1 %) es el titular de una Tenencia de Alcaldía (de Transparencia, Modernización, Innovación, Gobierno Abierto...) quien los asume.

Otra de las vertientes fundamentales que presenta la implantación de la transparencia en las administraciones, es la jurídica-organizativa. La normativa de publicidad activa y acceso a la información, pese a la existencia de obligaciones previas en ordenamientos sectoriales ya existentes, es muy novedosa, y su cumplimiento entraña necesariamente un importante número de obligaciones de índole jurídico, así como las oportunas adaptaciones de carácter procedimental y organizativo, que por otra parte, deben ser permanentemente evaluadas, a efectos de introducir, en su caso, modificaciones y/o mejoras.

De nuevo la Comunidad de Madrid presenta, en su vertiente municipal, un panorama mucho más positivo que el del resto de ayuntamientos españoles, ya que un 91,7 % de sus municipios cuentan con un responsable de esta índole, frente al 40,9 % del resto del conjunto español. En el 36,4 % de los ayuntamientos que disponen de un responsable jurídico-organizativo, este cometido se ha asignado al Secretario, Secretario General o Secretario/Interventor. En un 27,4 % de los mismos, tal perfil se identifica con la figura de un Responsable o técnico especializado, que recibe diversas denominaciones, en función de su área de competencias (Transparencia, Participación ciudadana, Gobierno Abierto, Modernización Administrativa). Y ya igualados, con un 9,1 % de los ayuntamientos en cada uno de los casos, asumen las responsabilidades derivadas de los requerimientos de la transparencia los juristas, asesores jurídicos o letrados del ayuntamiento; técnicos especializados o generalistas, encargados de otras áreas afines (Técnico o Director de Organización; Atención ciudadana; Calidad; Régimen Interior; o los administrativos).

Finalmente, los requerimientos tecnológicos que precisa la puesta en marcha de la ley de transparencia son numerosos y altamente especializados. Las obligaciones de publicidad activa afectan a un considerable número de áreas, y dicha información debe estar permanentemente actualizada, y difundirse a través de portales de transparencia o páginas web. Por otro lado, debe mostrarse de forma estructurada y comprensible, y para todo ello hacen falta profesionales formados, con cometidos bien diversos, entre los cuales ocupan un lugar esencial aquellos de perfil tecnológico. Y en ese campo resulta esencial que exista una persona en el ayuntamiento que asuma la responsabilidad máxima.

En tres de cada cuatro ayuntamientos de la Comunidad de Madrid sí que existe dicha figura —con la que solo cuentan el 43,5 % del conjunto de los ayuntamientos españoles— (Valle, 2020). En cuanto al cargo que ostenta el responsable tecnológico encargado de las cuestiones derivadas de la implantación de la normativa de transparencia, en un número importante de ayuntamientos (22 %), dicha responsabilidad la asume un informático, técnico de nuevas TIC, de actualización de contenidos, etc. Con denominaciones diversas se trata de un técnico informático, esto es, una persona con conocimientos especializados, que realiza las tareas directa y personalmente. Dicha cifra está igualada con los casos en que el servicio se encuentra externalizado, desempeñándolo un conjunto de técnicos informáticos o una empresa ajena al ayuntamiento. Finalmente, el resto de municipios atribuyen dicha tarea a figuras como un Responsable Técnico de Transparencia y Buen Gobierno; un Director Área Informática/Gerente Empresa Municipal Informática; un Jefe de Sistemas de Información/Director Técnico Proceso Datos; o un Webmaster de la web municipal.

Los resultados globales y las tendencias apuntadas resultan matizables al tamizarlos en función del tamaño y población de los municipios, ya que si los ayuntamientos grandes suelen contar con responsables políticos, jurídicos y técnicos para la transparencia en una proporción elevada, tales cifras descienden cuando hablamos de municipios pequeños, con menores recursos, tanto humanos como materiales, y con un menor volumen de gestión municipal, que no hace necesaria una división de las funciones administrativas tan exhaustiva.

4.1.4. *Sensibilización y capacitación de responsables y de empleados públicos*

La transparencia, configurada tal y como aparece en las normativas estatal y autonómicas en la materia, fue en España una cuestión novedosa cuando se reguló, a finales de 2013. De hecho, nuestro país fue uno de los últimos europeos y occidentales en tener una normativa en la materia. También para las entidades locales lo era, y tuvieron dos años a partir de esa fecha para instrumentar los cambios y planificar en todos

los ámbitos necesarios para realizar, en lo posible, un tránsito fácil hacia el cumplimiento de la ley.

Entre las cuestiones en las que más había que incidir para conseguir que esa nueva regulación fuera eficaz, destacan dos terrenos complementarios, que son absolutamente cruciales: la formación y la sensibilización o concienciación de todos los responsables y de los empleados públicos. De ahí que este estudio abordara esta materia, determinando que en el 66,6 % de los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, se realizó alguna acción formativa o de sensibilización o concienciación en materia de transparencia, mientras que un tercio de los municipios iniciaron la andadura de una ley compleja y novedosa sin recibir ninguna capacitación, lo cual resulta preocupante en términos de falta de planificación y previsión de la administración local. Un dato todavía más negativo lo ofrecen el resto de municipios españoles, ya que el 49,4 % de los mismos no procuró adiestramiento alguno en la materia a sus empleados públicos. Esta ausencia de políticas de formación se agudiza también a medida que nos encontramos ante municipios con menor población, frente a la mayor capacitación que ofrecen aquellos más grandes.

4.2. El proceso de implantación de la transparencia

La implantación de transparencia no es un proceso sencillo, y en la evaluación de su desarrollo cabe analizar diversos aspectos, entre los que destacan los abordados a continuación.

4.2.1. El cumplimiento de la normativa de transparencia

Una cuestión relevante en el presente estudio ha sido la evaluación del grado de cumplimiento global de la Ley de Transparencia estatal por parte de los municipios de la Comunidad de Madrid, que arroja un balance razonablemente positivo, ya que todos ellos se sitúan en la franja de cumplimiento que va del 50 al 100 %, mientras que uno de cada dos declara cumplir dicha norma en un porcentaje superior al 90 %. Finalmente, un 9,1 % de los mismos estima que cumple la mitad de las previsiones de la ley, mientras que el 18,2 % afirman respetar el 70 % de las obligaciones legales.

INFORMACIÓN CUYA PUBLICACIÓN RESULTA MÁS FRECUENTEMENTE INCUMPLIDA POR LOS AYUNTAMIENTOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
Gestión contractual, incluyendo contratos menores y estadística sobre procedimientos de adjudicación
Cartas de servicios y grado de cumplimiento de los compromisos
Convenios suscritos
Agenda institucional del Alcalde y Concejales
Relación de puestos de trabajo (RPT) y retribuciones del personal
Subvenciones y ayudas públicas concedidas
Estadísticas sobre grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos
Urbanismo, Obras públicas y Medio Ambiente
Funciones, Organigrama, Corporación Municipal
Información presupuestaria
Planes y Programas de Objetivos (Municipal, de Gobierno, Estratégico...)
Ordenanzas y Reglamentos. Reglamento de Participación Ciudadana
Cuentas anuales e Informes de Auditoría y Fiscalización
Declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales
Información básica (biografía y/o currículum, datos de contacto) de cargos electos
Catálogo general de servicios municipales
Código Ético, Código de Conducta y Buen Gobierno de los altos cargos
Inventario general del patrimonio
Catálogo actualizado de procedimientos administrativos
Directrices, instrucciones, acuerdos, circulares
Retribuciones de Altos Cargos
Gestión de personal (Oferta Empleo público, procedimientos selectivos...)

Tabla 3. Información cuya publicación resulta más frecuentemente incumplida por los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid. Elaboración propia.

En cuanto a los ítems más frecuentemente incumplidos por los ayuntamientos, existe una importante coincidencia de los municipios madrileños con la situación que presenta el resto de ayuntamientos españoles. En la tabla 3 se puede apreciar cuáles son los datos cuya publicidad activa resulta más frecuentemente infringida, ordenados de mayor a menor grado de incumplimiento.

Sorprende que muchas de estas cuestiones son importantes, y en muchos casos, como los contratos y las subvenciones o ayudas públicas, figuran desde hace tiempo en normativas sectoriales, que obligan a publicitar los datos correspondientes a tales actuaciones públicas. En otros casos, sin embargo

(p. ej., estadística sobre el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos), se trata de un tipo de información más novedosa, cuya dificultad de elaboración desde los municipios puede ser mayor.

4.2.2. *Grados de dificultad del proceso*

La implantación de las leyes de transparencia, tanto la estatal como las autonómicas (con requerimientos en algunos casos adicionales y diversos), e incluso las ordenanzas municipales en la materia, entraña a priori no poca dificultad para los municipios. Precisamente en este campo resulta de sumo interés conocer la opinión de los ayuntamientos, con objeto de apreciar hasta qué punto les ha resultado dificultoso o, en el otro extremo, sencillo, cumplir las numerosas obligaciones que, en materia de publicidad activa, de acceso a la información pública y en materias conexas, establece nuestro ordenamiento jurídico.

El estudio ha permitido concluir que para los municipios de la Comunidad de Madrid no ha resultado ni resulta fácil poner en marcha la normativa de transparencia. En este sentido, en una puntuación de 0 a 10 (0 = Ninguna dificultad; 10 = Máxima dificultad), los ayuntamientos arrojan una media de 6,25, lo que equivale a reconocer a la efectiva implantación de la transparencia un grado de dificultad notable. Además de ello, un tercio de los mismos, ha puntuado dicha dificultad con valores de 8, 9 o 10.

El nivel de dificultad se eleva a medida que nos encontramos ante municipios más pequeños, con un número menor de vecinos, de modo que sus carencias de todo tipo y lo complicado que les resulta instrumentar unos requerimientos complejos, provocan que la valoración que realizan de la dificultad que les supone el cumplir las leyes de transparencia aumente significativamente. Y en el extremo opuesto encontramos los municipios más grandes, cuyos recursos humanos, financieros y tecnológicos son mayores, lo que lógicamente es un elemento esencial que está en la base de la menor puntuación que asignan al grado de dificultad para cumplir íntegramente la ley.

4.2.3. *Open data y Gobierno municipal participativo*

Los municipios de la Comunidad de Madrid participantes en el estudio también aportaron información sobre si, además de cumplir la normativa de transparencia, desde su ayuntamiento desarrollaban políticas o acciones tanto de open data y reutilización de la información, como de gobierno participativo, dos principios absolutamente priorizados por la Ley 10/2019, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid. En virtud del primero, la norma establece que la información pública podrá ser

reutilizada con cualquier objetivo legítimo, en especial la reproducción y divulgación, por cualquier medio, de los datos objeto de publicidad activa y la creación de productos o servicios de información basados en estos datos. Por lo que respecta al segundo, aunque el presente estudio no se centra en dicha cuestión, la ley prevé toda una regulación detallada y extensa, destinada a promover la participación y la colaboración ciudadana en la dirección de los asuntos públicos.

Comenzando con la primera cuestión, existe sobrado espacio para la mejora, ya que solo un tercio de los municipios madrileños (el 33,3 %) realiza actualmente políticas de open data y reutilización de la información, mientras que los dos tercios restantes no han puesto en marcha ninguna acción en este ámbito. Una proporción realmente baja, que hay que poner en relación con el desarrollo todavía escaso de sistemas y técnicas de accesibilidad o interoperabilidad de la información, así como de gestión integral de la misma, en la administración local. Porque difícilmente se pueden difundir y hacer accesibles los datos, documentos, y en general la información de una organización, si la misma no se genera de forma ágil, está actualizada, y existen cauces y herramientas para ofrecerla en formatos abiertos, de modo que esté disponible y pueda utilizarse por la ciudadanía, generando en su caso un valor añadido a través de los nuevos productos que puedan surgir a partir del uso de la misma.



Gráfico 2. Tipología de acciones y políticas de gobierno abierto emprendidas por los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid (% municipios). Elaboración propia.

Por lo que respecta a la participación ciudadana, ésta ha sido un valor en alza en los últimos tiempos, habiéndose incorporado en algunos casos a las diversas normativas de transparencia o de otros ámbitos sectoriales

(entre ellas, al procedimiento de elaboración de normas, previsto en la Ley 39/2015, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), y en todo caso ha dado lugar a diversas iniciativas de las organizaciones públicas, que invitan a la ciudadanía a actuar en el espacio público. En este terreno, la cercanía de los municipios como primer nivel administrativo a los vecinos, los convierte en administraciones ideales para canalizar un cambio de cultura mucho más tendente a la participación ciudadana. El balance que presenta el fomento de la participación en los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid es bastante más positivo que el de las políticas de open data, ya que el 83,3 % de los municipios encuestados ha declarado contar con algún tipo de medida participativa en marcha. La tipología de tales acciones se aprecia claramente en el gráfico 2.

4.3. La demanda ciudadana de información y la voluntad de participación en el ámbito local

La Ley 10/2019, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, alude repetidamente en su Preámbulo a la existencia de una importante demanda ciudadana que exige una mayor transparencia en la actuación de los poderes públicos, así como un notable aumento de interés ciudadano por participar activamente y de forma continuada en el devenir político, social y económico de la sociedad de la que forma parte. La norma se erige precisamente en la respuesta legislativa a tales expectativas, subrayando que el hecho de que la apertura de la actividad y la documentación públicas se plasme en una ley, pone de relieve su importancia y puede contribuir a que se cree y expanda la cultura de la transparencia administrativa.

Estas ideas, que la norma madrileña de transparencia destaca, justifican varios son los objetivos del estudio en esta área. Nos interesa así, en primer lugar, medir el interés de la ciudadanía por la información, saber si éste es o no elevado, si se ha incrementado a partir de la entrada en vigor de una normativa que abre puertas y ventanas de las Administraciones. Una segunda cuestión relevante es conocer qué tipo de información, de entre la que necesariamente debe ser objeto de publicidad, se consulta en mayor medida. Los datos que los ayuntamientos publicitan son de muy diversa índole: la normativa de transparencia ha realizado una selección de información organizativa, jurídica, económica y estadística, entre otros aspectos, que entiende es esencial que los ciudadanos puedan conocer. Pero a partir de ahí, es la ciudadanía la que consulta una u otra tipología de datos en mayor o menor medida.

En directa conexión con el tema anterior, interesa saber quiénes son los peticionarios de información, los individuos o grupos que la solicitan a

los ayuntamientos de forma repetida y con qué frecuencia lo hacen. Finalmente, también resulta relevante conocer las pautas seguidas por los ayuntamientos desde la entrada en vigor de la ley hasta ahora, en relación con las respuestas a las consultas de información habidas. En particular, interesa conocer la eventual existencia y volumen de solicitudes no respondidas; si se ha denegado el acceso a la información; así como si han otorgado el acceso parcial a alguna de las peticiones, circunstancias todas ellas previstas en las normativas estatal y autonómicas de transparencia y acceso a la información pública.

4.3.1. *El interés por la información*

Los ciudadanos de los municipios de la Comunidad de Madrid no parecen tener un gran interés por la información, puesta de manifiesto a través de un número importante de solicitudes de acceso a la misma, que haya aflorado a partir de la entrada en vigor de la Ley 19/2013, LTAIPBG, normativa que facilita y con ello incentiva el poder conseguir datos y documentación sobre el funcionamiento de los ayuntamientos y el perfil de actividad de sus responsables.

Así, solo un 16,6 % de los ayuntamientos madrileños declara haber respondido a un número relevante de solicitudes de acceso a la información (el 8,3 % habla de un número importante, idéntica cifra a aquellos que señalan haber gestionado muchas). En el otro extremo, un 83 % de los municipios apenas ha tramitado peticiones de información, cifra que se desglosa en un 50 % de ayuntamientos que ha atendido a pocas, mientras que un 33 % lo ha hecho a muy pocas, o incluso jamás ha recibido ninguna.

Los datos anteriores dan idea de que en 8 de cada diez ayuntamientos, existe un interés muy limitado por parte de sus habitantes de conocer datos relativos a la actividad municipal, que como vecinos les atañen.

4.3.2. *Las materias más y menos consultadas*

La normativa estatal de transparencia establece la obligación de publicidad activa, relativa a una serie de temas, que las leyes autonómicas en la materia reproducen y en muchos casos amplían. En particular, la ley de transparencia de la Comunidad de Madrid relaciona a lo largo de 18 artículos un elenco de datos de tipología diversa, prácticamente coincidente con el resto de normativas en la materia (información institucional; en materia organizativa, relativa a altos cargos, personal directivo y personal eventual; en materia de empleo en el sector público, de retribuciones, normativa; sobre los servicios y procedimientos; económico-financiera;

del patrimonio; de la planificación y programación; de las obras públicas; de los contratos; de los convenios, encomiendas de gestión y encargos a medios propios; sobre concesión de servicios públicos; de las ayudas y subvenciones; en materia de ordenación del territorio y estadística). Por su parte, las cuestiones objeto de publicidad activa se agrupan en la ley estatal tres bloques:

- Información institucional, organizativa y de planificación
- Información de relevancia jurídica
- Información económica, presupuestaria y estadística

Los municipios no cumplen tales obligaciones en su totalidad; de hecho, algunos de ellos presentan grandes carencias en la información pública, limitándose a difundir lo más básico. Por otro lado, muchos de ellos no disponen de una herramienta que específicamente les informe del cómputo de consultas para cada materia, por lo que las respuestas a esta cuestión, en muchos casos son intuitivas.

En general la ciudadanía de los municipios de la Comunidad de Madrid no examina la información publicada con demasiada frecuencia. Las materias menos consultadas, son las siguientes:

- Resoluciones de autorización de compatibilidad
- Obsequios recibidos
- Viajes de los responsables
- Declaraciones de bienes de los representantes
- Estadística sobre servicios públicos
- Agendas de los responsables

Algunas de estas informaciones en gran parte de los municipios pequeños son inexistentes, ya porque apenas se producen los hechos que las justifican (por la inexistencia de obsequios, la falta de complejidad de las agendas, los limitados viajes...), y en otros casos no se ofrecen a la ciudadanía porque no se elaboran, como la estadística sobre servicios públicos.

En el otro extremo figuran los ítems que en mayor medida consulta la población, entre ellos:

- Contratos
- Subvenciones concedidas
- Presupuestos
- Perfil y Trayectoria profesional de los responsables
- Retribuciones Altos Cargos
- Directrices, Circulares, Consultas
- Cuentas e Informes de Control Financiero
- Declaraciones de Bienes de los Representantes



Gráfico 3. Información consultada con bastante o mucha frecuencia (% municipios). Elaboración propia.

Como puede constatar, son los contratos y subvenciones concedidas el ítem que mayor interés despierta en una proporción muy elevada de ayuntamientos. Resulta fácil concluir que este patrón de consulta puede corresponderse con personas directamente interesadas, que hayan participado en los procedimientos de licitación contractual o hayan optado a recibir una subvención, más que los vecinos del municipio en general. A continuación figura el presupuesto, que un 54,6 % de los ayuntamientos identifica como un documento que sus ciudadanos examinan bastante, lo cual también es lógico, dado su carácter esencial en el ámbito económico: se trata del instrumento fundamental para conocer los ingresos y gastos del municipio. Una proporción idéntica de ayuntamientos destaca también la relativa frecuencia de la consulta del perfil y trayectoria profesional de los responsables, así como de las retribuciones de los altos cargos. También resulta comprensible que la índole de dichos datos despierte la curiosidad de los vecinos, especialmente en municipios de pequeño tamaño, en los que la población conoce personalmente a sus representantes. Un argumento que explica también ese 45,5 % de los municipios que destaca el acceso de la ciudadanía a las declaraciones de bienes de los representantes. Idéntica proporción alcanza la información relativa a las cuentas e informes de control financiero, que resulta muy o bastante analizada por los ciudadanos; de nuevo nos encontramos ante datos de índole económico que son básicos y que por ello suelen ser visualizados por la población. Y lo mismo vale para las directrices, circulares y consultas, que contienen normativa de general aplicación, y por ello de interés para muchos ciudadanos y colectivos. La frecuencia de la consulta del resto de datos está por debajo de las cifras anteriores, y todo ello puede ser claramente advertido en el gráfico correspondiente.

Finalmente, hay que mencionar que el interés por la información que se ofrece por parte de los municipios en los portales de transparencia y/o páginas web, está más acentuado en los ayuntamientos de mayor tamaño y población, mientras que en los más pequeños, especialmente en algunas cuestiones, resulta absolutamente irrelevante. Esta tendencia se produce en relación con todos los tipos de información que comprenden las obligaciones de publicidad activa

4.3.3. Perfil de los ciudadanos solicitantes de información

Otra cuestión importante en el presente estudio ha sido conocer quiénes son los peticionarios de la información, las personas o colectivos que aprovechan en mayor medida las facilidades de acceso a los datos de que disponen los municipios de la Comunidad de Madrid en las distintas esferas de la gestión pública, que las nuevas normativas han procurado.

En este sentido, el mayor volumen de solicitudes de información procede de ciudadanos que las formulan de forma individual. Valorada la afluencia de peticiones de datos en una escala de 0 a 10, los municipios han cuantificado como media las solicitudes ciudadanas en un 5,5. Tras los ciudadanos que solicitan información por razones personales, el siguiente grupo de peticionarios por importancia lo constituyen las personas que actúan en representación de otros grupos o entidades, cuya cantidad y frecuencia se evalúa en un 4, de 0 a 10. El tercer puesto lo ostentan las empresas, cuya incidencia como solicitantes de información a los municipios de la Comunidad de Madrid se ha cuantificado en un 3,92, en una escala de 0 a 10. Puede suponerse que algunas de ellas podrían estar interesadas en diversos datos e información municipal de cara a elaborar estrategias de mercado para incrementar y/o fidelizar su actividad comercial. Finalmente, quienes menos solicitan información municipal son los profesionales, personas que requieren información que puede serles necesaria o útil por motivos relacionados con su ocupación habitual (periodistas, abogados...). Sus solicitudes de información no son, sin embargo, muy numerosas, ya que han sido evaluadas con un valor medio de 3,92, en una escala de 0 a 10. Y solo resta por referirnos a un grupo adicional, heterogéneo, de peticionarios, no encuadrables en las categorías anteriores, cuyas solicitudes, en una escala de 1 a 10, se han cuantificado en una media de 2,25, y que responden a perfiles como investigadores, sindicatos, estudiantes, etc.

Una conclusión asimismo interesante en relación con esta cuestión, es el hecho de que todos los grupos de peticionarios resultan valorados en mucha mayor medida en los municipios madrileños, que lo están en el resto de ayuntamientos españoles. No es de extrañar, porque el importante dinamismo económico, cultural, social, profesional, etc., de esta Comunidad autónoma frente a otras, se desarrolla en gran parte en sus municipios, por

supuesto en la capital, pero también en muchos otros del área metropolitana, que son grandes y que concentran un elevado número de población y por tanto pueden ser tremendamente activos. Todo ello genera interés y las consiguientes solicitudes de información de los individuos y grupos a que tales actividades afectan.

Si estos son los datos generales, la estratificación de los mismos atendiendo al tamaño y población de los municipios permite matizar ligeramente los resultados anteriores, en el sentido de que los ayuntamientos grandes declaran recibir un mayor volumen de solicitudes de información de todos los grupos de peticionarios, mientras que en los pequeños, dichas cifras se desploman. Las razones que lo explican, especialmente el limitadísimo número de peticiones en los municipios más pequeños, responde a factores diversos. En primer lugar, en los pueblos más pequeños la actividad general posee un ritmo mucho más limitado que en los más grandes, y el número de actores en las diversas esferas social, económica, etc., es mucho menor. En los municipios más pequeños y menos poblados, no solo hay una menor población en general, sino que por grupos también existe una cifra menor de profesionales, así como de empresas radicadas en su término municipal. Lo mismo ocurre con las organizaciones, asociaciones y en general entidades de diverso objeto y finalidad: su número en los grandes municipios es mayor, mientras que su existencia en los más pequeños es, por lógica, más escasa. Y respecto de las peticiones de información de personas individuales, sus propias características en cuanto a edad, nivel cultural, habilidades y destrezas digitales, así como tenencia y manejo de recursos informáticos para cursar las solicitudes de información, difieren muchísimo en los municipios pequeños y en los grandes núcleos de población.

4.3.4. *Límites del acceso a la información*

La Ley 10/2019, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, establece que el derecho de acceso a la información pública sólo podrá ser limitado o denegado en los supuestos previstos en la normativa de la Unión Europea y en la legislación básica del Estado. Se remite así a la regulación que sobre los límites estableció la ley española, una de las cuestiones más controvertidas en su proceso de elaboración.

Esta última establece que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:

- a) La seguridad nacional.
- b) La defensa.
- c) Las relaciones exteriores.
- d) La seguridad pública.
- e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.

- f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.
- g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.
- h) Los intereses económicos y comerciales.
- i) La política económica y monetaria.
- j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.
- k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.
- l) La protección del medio ambiente.

La norma subraya asimismo la necesidad de que la aplicación de los límites sea justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y de que atienda a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso. También establece el modo en que se publicarán las resoluciones que se dicten en aplicación de este apartado, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran. Y la norma concluye estableciendo una previsión especial en materia de protección de datos personales, ya se trate de datos especialmente protegidos, o el resto de información, que es objeto de una protección ordinaria, a través de los diversos mecanismos que prevé la normativa en la materia.

En este estudio, enfocado en los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, se han eliminado aquellos límites que por definición son inoperantes en el ámbito local, ya que tienen una directa relación con competencias que son exclusivas del Estado, y por tanto difícilmente podrá una solicitud de información en el área municipal toparse con una de estas materias. En esta situación estarían, por ejemplo, el que el revelar ciertos datos pudiera ocasionar un perjuicio para la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores o la política monetaria. El resto de motivos que pueden actuar como límites según la LTAIPBG se han mantenido.

La primera conclusión que cabe señalar al analizar los datos sobre los límites que han operado en las solicitudes de información existentes en los municipios de la Comunidad de Madrid, es que aquellos han tenido muy poca incidencia, en un panorama en el que ya de por sí las peticiones de acceso a la información han sido pocas. Casi todas las razones que según la normativa constituyen límites al derecho de acceso a la información tienen una nula o muy escasa relevancia cuantitativa, salvo alguna de ellas.

Así, para cuatro de los ocho posibles motivos que pueden eventualmente operar como límites, la proporción de municipios que declaran haberlos apreciado efectivamente, a la hora de responder a solicitudes de información recibidas, está por debajo del 10 %. En ese caso se encontrarían los siguientes límites:

- Perjuicio para la protección del medio ambiente, así como Vigilancia, Inspección, Control: Estas razones no han operado como límites en ninguno de los municipios de la Comunidad de Madrid.

- Perjuicio para la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, así como Perjuicio para la seguridad pública: en ambos casos han limitado el derecho a la información en un 8,3 % de los municipios.

Tres de los límites para el acceso a la información establecidos por la legislación básica, han tenido una incidencia media, no demasiado elevada, y en los tres casos han impedido el acceso a las peticiones de información en un 16,7 % de los municipios españoles. Se trata de los siguientes:

- Confidencialidad, Secreto en la toma de decisiones.
- Secreto Profesional, Propiedad Intelectual e Industrial.
- Protección de Información de terceros.

El límite que verdaderamente tiene una incidencia notable, y de hecho resulta regulado monográficamente por la ley básica, es la protección de datos. Tanto es así, que uno de cada dos ayuntamientos de la Comunidad de Madrid declara haber limitado el acceso a la información por esta importante razón.

Finalmente, de nuevo puede subrayarse que, aunque los límites al acceso a la información no operan de forma demasiado destacable, sí lo hacen en los municipios de la Comunidad de Madrid en mayor medida que en el resto de los municipios españoles. Una segunda cuestión a subrayar es que la incidencia de estos límites es mayor en los ayuntamientos de mayor tamaño y población, que en los más pequeños. En ambos casos, el hecho de que los municipios madrileños grandes gestionen una actividad municipal más intensa, es la explicación que está en la base de que los límites de acceso a los datos tengan también un mayor protagonismo.

4.3.5. *Acceso parcial, denegaciones y solicitudes no respondidas.*

El juego de las limitaciones al derecho de acceso a la información puede ocasionar que tan solo se favorezca por parte de los ayuntamientos el acceso parcial a los datos y/o documentación solicitada, o incluso que se deniegue dicho acceso, en el caso de que, tras la ponderación efectuada por los responsables de dicha información, entre el interés público en la divulgación de la información y los derechos que los límites previstos en la norma tratan de proteger, se estime que deben prevalecer estos últimos. En ambos casos, la Ley 19/2013, LTAIPBG, prevé que la resolución deberá ser motivada.

Al acceso parcial se refiere la normativa estatal de transparencia señalando que en los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en dicha norma no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite, salvo que de ello re-

sulte una información distorsionada o carente de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida.

Prácticamente cuatro de cada diez municipios de la Comunidad de Madrid (el 41,7 %), afirma haber resuelto solicitudes de acceso parcial a la información, frente al 58,3 % de los municipios que no lo ha hecho. Se trata de una cifra no excesiva, pero importante, y en todo caso superior a la media de municipios españoles, que se situaba en el 28,5 %. Sin embargo, solo un 8,3 % de tales ayuntamientos declara que tales solicitudes de acceso parcial han sido bastantes, mientras que el resto (91,7 %) las cuantifica como pocas.

Cuando la ponderación de los derechos protegidos por las distintas limitaciones legales supera la otorgada al derecho que posee la ciudadanía a obtener información objetiva y veraz sobre las distintas facetas de la gestión pública —criterio fijado por la LTAIPBG, cuando señala que la aplicación de los límites que la misma fija atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso—, los responsables públicos que están al frente de los municipios, deniegan dicho acceso a los datos solicitados. Uno de cada cuatro ayuntamientos de la Comunidad de Madrid declara haberlo hecho, frente a tres de cada cuatro en los que no se da tal condición. De nuevo, sin embargo, son pocas las solicitudes denegadas en un 95 % de los municipios, y tan solo un 5 % afirma haber denegado bastantes.

Finalmente, la Ley 19/2013, LTAIPBG, regula el procedimiento de acceso a la información pública, que ordinariamente concluye mediante la resolución a través de la cual los responsables facilitan a los peticionarios la información solicitada. Dicha resolución en la que se conceda o deniegue el acceso, deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver, plazo que podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante. La ley de transparencia de la Comunidad de Madrid, por su parte, señala que las resoluciones sobre las solicitudes de acceso se adoptarán y notificarán en el plazo máximo de veinte días desde su recepción. Cuando el volumen o la complejidad de la información solicitada lo justifiquen, el plazo se podrá ampliar por otros veinte días más, informando de esta circunstancia al solicitante.

En el caso de que la Administración no resolviera en dicho plazo, tanto la ley estatal, en este punto con carácter básico, como la ley de la Comunidad de Madrid, otorgan carácter desestimatorio al silencio administrativo. Una situación que se invirtió en algunas CCAA, en las que el significado del silencio en esta materia, aunque poco relevante en su incidencia práctica, tiene un carácter estimatorio o positivo².

² Sobre este punto, es conocida la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2018, de 4 de octubre de 2018, Cuestión de inconstitucionalidad 5228-2017, que declaró nulo el artículo 31.2 de la Ley

A partir de dicha regulación legal, resulta interesante conocer cuántos municipios de la Comunidad de Madrid han desatendido solicitudes de información recibidas. Sin ser demasiados, lo cierto es que un 8,3 % de los mismos manifiesta haber dejado de responder peticiones de datos y documentación municipal procedentes de la ciudadanía (una proporción ligeramente inferior a la del conjunto de los municipios españoles en idéntica situación, que son el 13,5 %). Dentro de este grupo de ayuntamientos, el 90,6 % señala que las solicitudes no respondidas han sido alguna o pocas. Sin embargo, un 8,3 % de los mismos afirma que éstas han sido bastantes, e incluso un 1,1 % de los ayuntamientos manifiesta que las peticiones de información sin respuesta han sido muchas.

Al considerar el tamaño de los municipios, vemos que existe un mayor volumen de solicitudes denegadas o a las que se concede acceso parcial en los ayuntamientos a medida que aumenta su tamaño y población. Este incremento responde al hecho de que en los ayuntamientos más grandes, en primer lugar, hay más peticiones de datos y documentación por parte de la ciudadanía, de modo que ese primer factor es ya importante, al actuar como criba. Y a ello se une el hecho de que la mayor actividad socioeconómica, pública y privada, esto es, el mayor número de población involucrada, de actividades de tipología diversa en todas las esferas, hace que exista una mayor probabilidad de que los límites a la información existan, especialmente los dos que hemos visto que inciden en mayor medida, esto es, los perjuicios que la difusión de los datos solicitados pudieran ocasionar a terceros, al tratarse de información propia, así como los derechos que consagra la normativa de protección de datos

4.4. Consecuencias de la implantación de la normativa sobre transparencia

Las leyes de transparencia llevan poco tiempo implantadas en la Administración local. Ello no obstante, algunos de sus más importantes efectos han podido ya sentirse, siendo por ello posible evaluar las consecuencias de dicha normativa en toda una serie de cuestiones, esenciales para perfilar el tipo de Administración local que tiene España y su calidad en la respuesta que da a la sociedad al gestionar los intereses públicos. La propia Ley estatal de transparencia ya destaca que los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. Dicha ley resalta asimismo los efectos que la implantación de esta normativa puede desarrollar, en aras de que la ciudadanía pueda juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y con ello tomar las oportunas decisiones.

8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón, así como la expresión «y sentido del silencio» contenida en su rúbrica.

Esta circunstancia, el posibilitar una mejor fiscalización de la actividad pública, así como el contribuir con ello a la necesaria regeneración democrática, sin duda promoverá, en opinión del legislador estatal, la eficiencia y eficacia de la Administración y favorecerá el crecimiento económico.

En la misma línea, la Ley de transparencia de la Comunidad de Madrid, Ley 10/2019, considera la transparencia como uno de los valores esenciales para que las instituciones y administraciones sean consideradas como propias, cercanas y abiertas a las expectativas, necesidades y percepciones de la ciudadanía, subrayando asimismo en su Preámbulo que la misma constituye un instrumento vital para lograr que la actuación de los poderes públicos sea más eficaz y eficiente. El legislador autonómico también considera que la transparencia es una vía eficaz de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción.

En definitiva, son varios los efectos que las diversas normas de transparencia, estatal y autonómicas, pretenden conseguir, muchos de ellos íntimamente conectados: la mejora de la rendición de cuentas a la ciudadanía; la promoción de la participación ciudadana, a partir de una mejor información; el facilitar el ejercicio de derechos de los ciudadanos; la mejora de la relación de la Administración con la ciudadanía; la lucha contra la corrupción; la eficacia y eficiencia de la Administración; la mejora de la organización de la información pública; la satisfacción ciudadana; o de una forma más amplia, el contar con una democracia de mayor calidad.

Nuestro estudio ha sistematizado las opiniones de los responsables de la transparencia de los ayuntamientos madrileños, pudiendo concluirse que los efectos de la ley de transparencia más valorados —un hecho que se refleja en que más de la mitad de los municipios los han evaluado otorgándoles una puntuación de 6 a 10—, son los siguientes (y en cada caso se indica la proporción de ayuntamientos que les otorga tal valoración):

- Mejora de la relación de la Administración pública con la ciudadanía (81,8 %).
- Mejora de la rendición de cuentas a la ciudadanía (72,7 %).
- Facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos (72,7 %).
- Mejora de la organización de información administrativa (63,6 %).
- Consecución de una democracia de mayor calidad (63,6 %).

Por el contrario, las consecuencias de la normativa de transparencia menos apreciadas, una conclusión avalada por el hecho de que más de la mitad de los municipios las valoran escasamente, de 0 a 5, son las siguientes (de nuevo se indica la proporción de ayuntamientos que otorga tal valoración):

- Lucha contra la corrupción (63,6 %).
- Eficacia y eficiencia de la Administración (54,5 %).
- Promoción de la participación ciudadana (45,5 %).
- Satisfacción ciudadana (45,5 %).

El gráfico 4 muestra claramente las valoraciones descritas.



Gráfico 4. Valoración de los efectos de la implantación de la transparencia (% municipios de la Comunidad de Madrid). Elaboración propia.

Vemos, pues, que calidad y mejor organización de la información, rendición de cuentas y relación con el ciudadano, y por ende, una democracia de mayor calidad, son los efectos más ponderados. Las expectativas no son tan positivas en materia de corrupción, o de eficacia y eficiencia administrativas.

Finalmente, es interesante destacar algunas conclusiones adicionales. La primera de ellas, que existe una coincidencia entre las consecuencias más valoradas de la implantación de la normativa de transparencia entre los municipios de la Comunidad de Madrid y los del conjunto del Estado español. La segunda cuestión es que la valoración de los municipios madrileños es superior, ya que existe una proporción de los mismos mayor que en el resto de España que valora positivamente los cinco efectos más destacados de la puesta en marcha de dicha normativa, a los que ya se ha hecho referencia.

Finalmente, si filtramos los resultados generales de los ayuntamientos madrileños por el tamaño y población de los mismos, podemos concluir que los municipios pequeños aprecian escasamente las consecuencias de la ley de transparencia en los diversos ámbitos, mientras que a medida que el tamaño de los mismos aumenta, sus responsables se muestran más sensibles a los efectos positivos de la norma, siendo los más grandes los que valoran en mayor medida el conjunto de factores analizados.

V. A MODO DE REFLEXIÓN

El nivel local es la esfera de la Administración pública más idónea para posibilitar la participación del ciudadano en los asuntos públicos. La premisa para lograrlo no es otra que lograr un elevado grado de transparencia en sus relaciones con la ciudadanía. Por otro lado, y particularmente en los municipios de menor tamaño, el trabajo y las actividades que llevan a cabo los ayuntamientos resultan muy cercanos a los vecinos, lo que puede incentivar en mayor medida su interés de conocer de qué modo se gestionan sus intereses.

En este trabajo hemos visto una serie de resultados, relativos a algunas de las cuestiones más importantes en el proceso de implantación de la transparencia a nivel municipal, cuyo conocimiento resulta sumamente interesante a la hora de aplicar la Ley 10/2019, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, ya que algunos de estos rasgos operan como fortalezas o, en el otro extremo, debilidades de los municipios madrileños en el terreno de la transparencia, y por tanto las estrategias y medidas públicas pueden incidir en mayor grado sobre los mismos.

El paisaje de los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid presenta un grado de transparencia bastante más elevado, en la inmensa mayoría de aspectos, que el que observan el resto de municipios españoles en conjunto. La capitalidad de Madrid y la propia centralidad de la Comunidad, que cuenta con algunos de los municipios más ricos de España, sin duda actúan como motor de una actividad municipal más relevante, así como con una población con determinado perfil económico y sociocultural, siendo todas ellas cuestiones que actúan como acicate de la transparencia de los ayuntamientos. Ello sin perjuicio de destacar que el tamaño y población de los municipios opera como un tamiz importantísimo, que matiza estos resultados generales, ya que los resultados del estudio son mucho menos halagüeños en los ayuntamientos más pequeños, mientras que mejoran en aquellos de poblaciones medianas y grandes.

En este sentido, cuestiones como las cualidades de la información —seguridad, integridad y conservación de la información, o su accesibilidad—; el liderazgo a nivel político jurídico-organizativo o tecnológico; la formación y sensibilización de los empleados municipales; o el diseño de sistemas y procedimientos para integrar la gestión de solicitudes de información, presentan un panorama que, aunque mejorable, es razonablemente positivo, si consideramos que las exigencias en materia de transparencia son novedosas, y aparecieron en un contexto de crisis económica, en el que la Administración local no pudo contar con los recursos materiales y personales que hubiera dedicado a tales objetivos en otros contextos. Otros aspectos, sin embargo, no merecen idéntica valoración, como ocurre con la carencia de sistemas integrales de información; o con las políticas y acciones en materia de open data. El grado de cumplimiento global de la Ley de Transparencia no resulta demasiado elevado, y hemos podido

ver, en este sentido, la gran variedad de ítems pendientes de cumplimiento, en materia de publicidad activa. No en vano el proceso de la efectiva implantación de la transparencia presenta un grado de dificultad bastante notable, tal y como han señalado los responsables municipales.

Por otro lado, la demanda ciudadana de información es muy escasa; la ciudadanía tiene un interés por la información muy limitado, atribuible a factores culturales, a la sobreabundancia de información en múltiples canales, a un déficit democrático y finalmente, en los municipios de menor tamaño, al predominio del contacto directo frente a los canales oficiales, entre otros factores, como pueden ser una gestión municipal centrada en un número y tipología más limitada de temas que en los municipios grandes, la edad avanzada de la mayor parte de sus habitantes, su perfil, con intereses muy alejados en muchos casos de la gestión municipal, o el menor uso por parte de los mismos de las tecnologías de la información.

De ahí que, si consideramos todos los posibles efectos de la ley en las diversas áreas, desde los municipios madrileños no se considera que la entrada en vigor de las diversas normas en la materia haya propiciado grandes cambios tendentes a la mejora de la Administración, ni a incentivar de un modo destacable la participación ciudadana, ni que los ayuntamientos hayan avanzado de forma apreciable en la rendición de cuentas, ni que nos encontremos ante una sociedad en la que la lucha contra la corrupción y con ella la calidad de la democracia hayan experimentado alteraciones cualitativamente relevantes. Y dichas valoraciones son todavía menores en los municipios más pequeños, mientras que gozan de una mejor apreciación en los ayuntamientos de mayor tamaño y población, donde factores como la mayor capacidad y recursos de toda índole de la Administración para cumplir con la normativa, así como un interés y una demanda ciudadana de información más acentuados, han permitido estimar en mayor medida cambios fruto de la transparencia en los diversos terrenos.

En definitiva, y valorando positivamente los cambios habidos en el panorama de la administración local española, medida en este caso a través de los municipios madrileños, en materia de transparencia en los últimos años, queda todavía mucho terreno para la mejora en terrenos diversos que pasan por el compromiso político, la dotación de recursos humanos, tecnológicos y económicos, la formación y sensibilización de los empleados públicos, y las transformaciones culturales en la propia administración y en su relación con la ciudadanía. Son necesarios avances que traspasen la superficie y provoquen cambios de fondo en el funcionamiento de la administración municipal en materia de apertura y rendición de cuentas, capacitando con ello a los ciudadanos para la participación en la toma de decisiones, en el marco del desarrollo de políticas de gobierno abierto, hasta alcanzar un grado de cumplimiento razonable de los estándares de calidad que nos permita calificar a los municipios españoles como ayuntamientos transparentes del siglo XXI.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO-MAGDALENO, M. L. & García-García, J. (2014). “Evaluación de la transparencia municipal en el Principado de Asturias”. Auditoría Pública núm. 64, pp. 75-86.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. (2013). “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”. Revista “Cuadernos Manuel Giménez Abad”, núm. 5, pp. 214-229.
- ARES, V. (2014). “Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León* 33, 1-27.
- ARENDT, H. (1963). *On Revolution*. Nueva York: Penguin Books.
- ARMSTRONG, E. (2005). *Integrity, transparency and accountability in public administration: recent trends, regional and international developments and emerging issues*. New York: United Nations.
- BALLESTEROS, L. A. (2014). “La inactividad de la Administración frente al «derecho a saber» del ciudadano”, *Revista Jurídica de Castilla y León* 33, 1-29.
- BARRERO, C. (2014). “Transparencia: Ámbito subjetivo”, pp. 63-96. En Guichot, E. (Coord.). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Op. Cit.
- BERTOT, J. C.; JAEGER, P. T. & GRIMES, J. M. (2010). “Using ICTs to create a culture of transparency: E-government and social media as openness and anti-corruption tools for society.” *Government Information Quarterly* núm. 27, pp. 264-271. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2010.03.001>
- BLANES, M. A. (2014). “La información activa en la nueva Ley de transparencia y en la legislación sectorial”, *Revista española de derecho administrativo*, n.º 165, pp. 339-376.
- BOVENS, M. (2007). *Public Accountability. A framework for the analysis and assessment of accountability arrangements in the public domain*. The Oxford Handbook of Public Management. DOI: 10.1093/oxford-hb/9780199226443.003.0009
- CAAMAÑO-ALEGRE, J.; LAGO-PENAS, S.; REYES-SANTIAS, F. & SANTIAGO-BOUBETA, A. (2013). *Budget Transparency in Local Governments: An Empirical Analysis*. *Local Government Studies*, 39:2, pp. 182-207. DOI: 10.1080/03003930.2012.693075
- CUNILL, N. (2006). “La transparencia en la gestión pública. ¿Cómo construirle viabilidad?”. *Estado, Gobierno, Gestión pública. Revista chilena de Administración pública*, pp. 22-44.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- FINN, P. (1994). Public Trust and Public Accountability. *Griffith Law Review*, vol. 3 núm. 2, pp. 224-244.
- FOX, J. (2007). “The Uncertain Relationship between Transparency and Accountability”. *Development in Practice*, 17 (4-5), pp. 663-671.

- GUICHOT REINA, E. (2014a) (Coord.). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos.
- GUICHOT REINA, E. (2014b). “El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”. En Guichot Reina, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Op. Cit. pp. 17-34.
- ISLAM, R. (2003). “Do More Transparent Governments Govern Better?” *Policy Research Working Paper No. 3077*. World Bank, Washington, DC.
- JIMÉNEZ, F. (2014). “El Consejo de Transparencia en la ley española: una visión comparativa”, *Tiempo de paz*, n.º 114, 2014, pp. 17-24.
- LIZCANO ÁLVAREZ, J. (2008). “La transparencia como antídoto contra la corrupción”. *Cuadernos de periodistas*, pp. 17-30.
- (2010). “Corrupción y transparencia: el ámbito municipal”. *Economía Exterior*, núm. 54, pp. 137-144.
- MORETÓN, A. (2014). “Los límites del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León* 33, 1-24.
- MULGAN, R. (2000). *Accountability: an ever-expanding concept?* Discussion Paper No. 72. Disponible en https://openresearch-repository.anu.edu.au/bitstream/1885/41945/1/dp_72.htm [Consulta: 2 julio 2018].
- STIGLITZ, J. (2000). “The Contribution of the Economics of Information to the Twentieth Century Economics.” *The Quarterly Journal of Economics*, 115 (4), pp. 1441-1478.
- UVALLE BERRONES, R. (2007). “Gobernabilidad, transparencia y reconstrucción del Estado”. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 14, núm. 45, pp. 47-74.
- VALLE, R. (2020). *Arrojando luz sobre la gestión municipal: el necesario camino hacia la transparencia de los municipios españoles*. Granada: Centro Estudios Municipales y de Cooperación Internacional.
- VILLORIA MENDIETA, M. (Dir); FORCADELL ESTELLER, X. (Coord.) (2015a). *Bon Govern, Transparència i Integritat Institucional al Govern Local*. Barcelona: Tecnos, Diputació de Barcelona.
- (2018). “La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia”. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 27, pp. 311-331. En <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/issue/view/28>
- VILLORIA MENDIETA, M. & Cruz-Rubio, C. (2015). *Govern Obert, transparència i rendició de comptes: marc conceptual*. En Villoria Mendieta, M. (Dir.); Forcadell Esteller, X. (Coord.). Op. Cit.
- VILLORIA MENDIETA, M. & RAMÍREZ-ALUJAS, A. (2011). “La transparencia: marco conceptual”. *Revista Democracia y Gobierno Local* núm. 5, pp. 10-15.

La elección parlamentaria de miembros de órganos constitucionales y otros cargos públicos. Crónica de un fracaso.

The parliamentary election of members of constitutional bodies and other public offices.
Chronicle of a failure.

Fecha de recepción: 08/11/2022

Fecha de aceptación: 14/12/2022

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. FUNCIÓN Y FUNDAMENTO.—II. LA CUESTIÓN DE LAS MAYORÍAS.—III. EL BLOQUEO INSTITUCIONAL COMO ANOMALÍA DEL SISTEMA.—3.1. El procedimiento de elección. Reglas generales.—3.2. Los procedimientos de elección. Reglas específicas.—3.2.1. Defensor del Pueblo.—3.2.2. Tribunal de Cuentas.—3.2.3. Consejo General del Poder Judicial.—3.2.4. Tribunal Constitucional.—3.2.5. Consejo de Administración de la Corporación RTVE.—3.2.6. Observatorio de la Vida Militar.—IV. LAS POSIBLES SOLUCIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

RESUMEN

La evolución de la función de elección parlamentaria de los órganos constitucionales y otros cargos públicos desarrollada en las Cámaras Legislativas a partir de la segunda mitad del siglo XX, y reconocida en el artículo 66.2 de nuestra Constitución es, sin duda, la historia de un fracaso. Del análisis pormenorizado de los mecanismos de elección regulados por nuestro ordenamiento y del estudio de su puesta en práctica a lo largo de las legislaturas, se constata la dificultad de ejercer esta potestad con eficacia y lealtad institucional, así como la necesidad de llevar a cabo una profunda reflexión sobre cuándo y cómo deben nuestras Cortes Generales ejercer la competencia de nombramiento o designación de los miembros de órganos constitucionales u otras instituciones y cargos del Estado, sin que, por el momento, se pueda afirmar que existe una solución que acabe con los males del sistema.

PALABRAS CLAVE: Cortes Generales, nombramientos, órganos constitucionales, porrogatio.

* Letrada de las Cortes Generales. <https://orcid.org/0000-0002-0056-8339>.

ABSTRACT

The evolution of the function of parliamentary election of the constitutional bodies and other public offices, developed in the Legislative Chambers from the second half of the 20th century, and recognized in article 66.2 of our Constitution is, without a doubt, the story of a failure. With the detailed analysis of the election mechanisms regulated by our system and the study of their implementation throughout the legislatures, the difficulty of exercising this power with efficiency and institutional loyalty is verified, as well as the need to carry out a profound reflection on when and how our Parliament should exercise the power to appoint or designate the members of constitutional bodies or other State institutions and positions, without, for the time being, expressing that there is a solution that puts an end to the evils of system.

KEY WORDS: *Parliament, appointment or election of Constitutional Bodies. The extension of Constitutional Bodies, State Institutions and Public Offices.*

I. FUNCIÓN Y FUNDAMENTO

El artículo 66.2 CE señala que las funciones de las Cortes Generales son la legislativa, la presupuestaria y la de control, pero añade una cláusula abierta que permite ejercer a las Cortes otras competencias atribuidas por la Constitución dentro de las que podemos encontrar la de la elección de los miembros de órganos constitucionales y en general de otros cargos públicos.

Esta función según la doctrina¹ se incardinaría en la función de impulso y dirección política del Estado, ya que mediante ella el Parlamento participa de forma activa en el funcionamiento del aparato estatal.

Por otra parte, y aunque su enganche inicial lo encontremos en el propio artículo 66 de la Constitución, lo cierto es que esta función no siempre tiene un reconocimiento constitucional directo, lo que, a juicio de nuestro Alto Tribunal, es perfectamente posible pues según señala en la STC 108/1986²,

“la recta interpretación del último inciso del artículo 66.2 de la Norma Suprema no es que las Cortes sólo puedan tener las funciones expresamente contenidas en la Constitución, sino que ésta les asigna algunas que forzosamente han de cumplir y que la ley no puede atribuir a ningún otro órgano, sin que ello suponga que, por ley, no pueda reconocérseles otras, que no estén específicamente mencionadas en la Constitución”.

La justificación del reconocimiento a los Parlamentos de la competencia de designar a los miembros de los órganos constitucionales y de elegir o participar en la elección de otros cargos públicos, ha estado clara desde sus inicios.

¹ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., 2010, p. 14.

² Sentencia del Tribunal Constitucional, número 108/1986, de 29 de julio. Pleno. Recurso de inconstitucionalidad número 839/1985. «BOE» núm. 193, de 13 de agosto de 1986, pp. 14 a 26. FJ. Duodécimo.

Esta participación del Parlamento en la vida de los órganos les dota de mayor legitimidad ya que surgen de un órgano representativo y de composición plural, legitimidad que, además, se ve reforzada por el hecho de que en muchos de estos supuestos de elección parlamentaria se abandona el principio general de su adopción por mayoría simple y se opta por mayoristas reforzadas, con el propósito, señala Lucas Murillo de la Cueva³, de sustraer a la mayoría gobernante la elección de quienes van a desempeñar cargos relevantes y ello porque la función que les corresponde ejercer no está relacionada con la función de decisión y dirección política que tienen atribuidas las Cortes y el Gobierno⁴.

En definitiva, esta función pretende evitar que aquellos órganos que no forman parte del ejecutivo queden bajo su total dependencia, buscando la neutralidad política de estos mediante una composición equilibrada que el Parlamento les puede otorgar al ser este el principal exponente del valor superior del pluralismo político que reconoce nuestra CE (art. 1.1)⁵.

Bajo esta perspectiva, el desarrollo de esta función en los Parlamentos de la segunda mitad del siglo XX no puede considerarse ni perversa ni inadecuada, pero tampoco debe ser tratada como una función cuyo ejercicio puede aplicarse sin límites, y ello porque su abuso, por un lado, puede llevar al Parlamento a asumir en exceso un papel directivo y decisorio, al estilo de los sistemas políticos asamblearios, olvidando o diluyendo su función fiscalizadora o de control, y, por otro, puede producir en los órganos sometidos a la elección parlamentaria el efecto contrario al deseado, esto es, su politización al trasladar a su composición la dinámica partidista propia de los Parlamentos.

Esclarecedoras son en este punto las palabras del ya expresidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, don Carlos Lesmes Serrano, quien en el último discurso de la apertura del año judicial (7 de septiembre de 2022) afirmó que

“es indudable que la elección parlamentaria proporciona al Consejo una especial legitimidad para todas aquellas tareas de gobierno que tras-

³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., 2010, p. 131.

⁴ Esta idea se expone también en la STC 191/2016, de 15 de noviembre (FJ 5) en la que el Alto Tribunal, además de reiterar la independencia del CGPJ del Ejecutivo e insistir en la independencia también de sus órganos electores, esto es, del Congreso y del Senado, concluye que «Esta autonomía y separación funcionales del Consejo respecto de los demás poderes públicos es la única que se compadece con su condición de órgano no político; esto es, de institución que no ha sido llamada por la Constitución a ejercer sus funciones sobre la base de orientaciones ideológicas o de partido, del todo legítimas para el actuar de gobiernos o parlamentos, pero inconciliables con los cometidos y la función de garantía de la independencia judicial que corresponden al Consejo».

⁵ En concreto, y por lo que al CGPJ se refiere, la STC 108/1986 dejó claro que el objetivo del constituyente con el artículo 122 era crear un órgano autónomo que desempeñe determinadas funciones atinentes a los jueces cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de independencia judicial, pero sin que de ello se derive que ese órgano sea expresión del autogobierno de los jueces. En esta misma línea, la STC 134/2021, en relación con el Consejo de Administración de la Corporación RTVE, fundamenta en el artículo 1.1 de la CE la competencia de las Cortes para la elección de los miembros de dicho Consejo de Administración.

cienden del interés corporativo de Jueces y Magistrados por afectar a la sociedad entera, pero no es menos cierto que dicho modelo genera una percepción negativa, muy generalizada, de politización, de manejo interesado por los políticos, que compromete su apariencia de neutralidad y la confianza en la Justicia, percepción que, además, se ha incrementado exponencialmente los últimos años precisamente por las circunstancias que rodean a la no renovación⁶”.

Pero es que además, la importancia de lograr el equilibrio en el ejercicio de la función de elección o nombramiento de miembros de órganos o instituciones del Estado trasciende el ámbito del derecho constitucional interno, alcanzado incluso dimensiones europeas en el caso de Polonia y la vulneración de la independencia judicial, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reclamado su competencia (por vulneración de los artículos 19 TUE y 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea) para conocer de los asuntos relativos a la independencia del poder judicial y, por ende, al ser un elemento de tal independencia, sobre el nombramiento de magistrados destacando que es necesario que las reglas relativas al nombramiento de los jueces no «susciten dudas legítimas en el ánimo de los justiciables»⁷.

El equilibrio del sistema es pues fundamental, debiendo, a juicio de Santaolalla López⁸, excluirse de esta participación parlamentaria a los órganos que, por su naturaleza, entran dentro del ámbito del ejecutivo, exclusión que, sin embargo, está lejos de producirse, pues una revisión rápida del ordenamiento nos muestra una pluralidad de órganos de ese ámbito en los que las Cortes, y muy especialmente el Congreso de los Diputados, participan de alguna manera en la elección de sus miembros⁹. Hagamos una rápida enumeración¹⁰:

⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2022). Discurso del Presidente del Tribunal Supremo en la apertura del año judicial 2022. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/El-presidente-del-TS-y-del-CGPJ-urge-a-las-fuerzas-politicas-mayoritarias-a-poner-solucion-a-la-situacion-insostenible-de-la-Justicia-renovando-el-Consejo-o-devolviendole-sus-competencias-->

⁷ Para un análisis exhaustivo de las STJUE relacionadas con la independencia judicial, véase CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., 2020.

⁸ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., 2010, p. 14.

⁹ Supuesto especial es la Junta Electoral Central, artículo 9 LOREG: «1. La Junta Electoral Central es un órgano permanente y está compuesta por:

a) Ocho Vocales Magistrados del Tribunal Supremo, designados mediante insaculación por el Consejo General del Poder Judicial.

b) Cinco Vocales Catedráticos de Derecho o de Ciencias Políticas y de Sociología, en activo, designados a propuesta conjunta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores con representación en el Congreso de los Diputados.

2. Las designaciones a que se refiere el número anterior deben realizarse en los noventa días siguientes a la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados. Cuando la propuesta de las personas previstas en el apartado 1 b) no tenga lugar en dicho plazo, la Mesa del Congreso de los Diputados, oídos los grupos políticos presentes en la Cámara, procede a su designación, en consideración a la representación existente en la misma».

¹⁰ Recientemente CUENCA MIRANDA, A., ha publicado un artículo en este sentido la intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos, 2022, pp. 275 a 303.

— Consejo de Seguridad Nuclear (art. 5.2 Ley 15/80). El presidente y consejeros serán nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Industria, Comercio y Turismo, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, en los términos que prevea el Reglamento del Congreso. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, manifestará su aceptación o veto razonado en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos.

— Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (art. 15 Ley 3/2013). Los miembros del Consejo, y entre ellos el presidente y el vicepresidente, serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Asuntos Económicos y Transformación Digital, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos.

— Presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (art. 24 Ley Orgánica 6/2013). El presidente será nombrado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y Función Pública, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, con el fin de que examine si la experiencia, formación y capacidad de la persona propuesta son adecuadas para el cargo. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, aceptará la propuesta. Si transcurridos quince días desde la comparecencia no hubiera aceptación, será suficiente la mayoría simple de la Comisión competente del Senado para manifestar la aceptación.

— Agencia de protección de datos (Ley Orgánica 15/1999). El Consejo consultivo estará formado, entre otros miembros, por un diputado y un senador. En el Senado lo elige la Mesa de la Cámara y, en el Congreso, la Comisión Constitucional.

— Comisión de Transparencia y Buen Gobierno (Ley 19/2013). Entre sus miembros están un diputado y un senador que se eligen por mayoría simple en las respectivas Comisiones de Función Pública.

— Gobernador del Banco de España (art. 24, Ley 13/1994). Con carácter previo al nombramiento del Gobernador, el Ministro de Asuntos Económicos y Transformación Digital comparecerá en los términos previstos

en el artículo 203 del Reglamento del Congreso de los Diputados ante la Comisión competente, para informar sobre el candidato propuesto.

Pero también el deseado equilibrio, al que aludíamos más arriba, debe lograrse en la elección de los miembros de órganos que no están en la órbita del ejecutivo, en los que sí se justifica plenamente la participación del Parlamento y en los que el sistema, por un lado, ha de proteger su independencia (del Gobierno, del Parlamento y de cualquier otro órgano de poder) y, por otro, ha de procurar una composición basada en la cualificación profesional de sus miembros.

Ahora bien, siguiendo a Santamaría Pastor¹¹, si el objetivo fundamental en la elección de los órganos e instituciones del Estado ha de ser asegurar «su funcionamiento competente e independiente», y no el de buscar su control político o el de ejercer influencia sobre sus «decisiones y actuaciones relevantes y sensibles», si aquel debe ser el objetivo como decíamos, la cuestión de las mayorías para su elección adquiere un papel muy relevante.

II. LA CUESTIÓN DE LAS MAYORÍAS

El artículo 79.2 CE señala que para ser válidos los acuerdos de las Cámaras, «deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas y las que para elección de personas establezcan los Reglamentos de las Cámaras».

Es decir, la composición de estos órganos requiere de acuerdos adoptados por una mayoría que, en principio, ha de venir expresamente especificada en la normativa que regule su elección (si esta es la Constitución o una ley orgánica) o en las disposiciones de los Reglamentos del Congreso y el Senado que regulan el procedimiento de las propuestas de nombramiento, de designación o de elección de personas (RCD arts. 204 a 206 y RS arts. 184 a 186).

Si analizamos el sistema de adopción de acuerdos, parece claro que en los órganos unipersonales solo cabe el sistema mayoritario (véase el Defensor del Pueblo), mientras que en los órganos colegiados la opción estaría entre el sistema mayoritario o el proporcional. Según señala Santaolalla López, el sistema español ha optado por un «curioso punto intermedio» ya que en principio establece un sistema mayoritario, al resultar elegidos los que obtengan mayor número de votos siempre que hayan superado un umbral mínimo, pero este principio se ve corregido al exigirse un umbral mínimo muy elevado, con lo que se pretende lograr un resultado parecido al sistema proporcional de distribución equitativa de puestos entre las distintas afinidades

¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 2008, p. 19.

políticas, para así buscar pactos que favorezcan la pluralidad de los miembros y con ello mayor independencia de los órganos¹².

La realidad, sin embargo, ha sido otra, ya que estos sistemas de elección se han convertido en un reparto de cuotas, con retrasos en la renovación y prórroga de los mandatos, con aprobación de reformas legales tendentes más a presionar los nombramientos que a buscar soluciones definitivas, y con reformas de los reglamentos parlamentarios o sus normas de desarrollo de escaso éxito, y es aquí, a juicio de López Guerra¹³, donde radica el problema, no en la adopción del sistema de cuotas, sino en la deslealtad en la práctica del sistema, sin perjuicio de que, como veremos a continuación, esta afirmación no es plenamente compartida por otra parte de la doctrina.

En efecto, para Santaolalla López, la perversión del sistema se ve en el hecho de que el consenso no se busca en los candidatos (como era el objetivo) si no que se busca sobre la adjudicación de cuotas, que luego cada partido administra discrecionalmente¹⁴. Este sistema de «cuotas ciegas»¹⁵ como las denomina Lucas Murillo, choca con el consenso parlamentario que busca la exigencia de mayorías tan cualificadas como las que regulan los artículos 122 y 159 de la CE y que debe recaer sobre un doble aspecto: el de la cualidad profesional de los elegidos y en el de la idoneidad personal para el cargo.

Sin duda la cualidad profesional de los elegidos ha sido, en la mayoría de los casos, objetivada por el constituyente o el legislador al establecer unos requisitos profesionales mínimos de los candidatos¹⁶. Es en la idoneidad, sin

¹² SANTAOLALLA LÓPEZ, F., 2010, p. 24.

¹³ LÓPEZ GUERRA, L., 2020, pp. 82-83.

¹⁴ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., 2010, p. 91.

¹⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., 2010, p. 134.

¹⁶ **El artículo 122 CE** exige, en el CGPJ, que 12 de sus vocales sean jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, y que los otros 8 sean abogados y juristas de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

El artículo 159 CE exige que los magistrados del Tribunal Constitucional sean magistrados y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

El artículo 30 de la LO 2/1982 exige que los consejeros del Tribunal de Cuentas sean censores del Tribunal de Cuentas, censores jurados de cuentas, magistrados y fiscales, profesores de universidad y funcionarios públicos pertenecientes a cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores Mercantiles, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional.

El artículo 55 de la LO 9/2011 al regular el Observatorio de la Vida Militar señala que sus miembros han de ser personalidades de reconocido prestigio en el ámbito de la defensa o en el de recursos humanos o en el de derechos fundamentales y libertades públicas.

El artículo 10 de la Ley 17/2006 exige que los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE han de ser personas con suficiente cualificación y experiencia profesional. Además, conforme a la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 10 de julio de 2018, su idoneidad habrá de ser valorada por un comité de expertos independientes.

Quizá la única excepción sea el Defensor del Pueblo, ya que el **artículo 3 de la LO 3/1981** solo exige ser español mayor de edad que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos.

embargo, donde el sistema se rompe, pues si la idoneidad persigue, según expone Lucas Murillo¹⁷, evitar que lleguen a las instituciones *outsiders* de uno y otro lado, o candidatos cuya posición frente a los principales temas que afectan al orden constitucional lo violentan, o, finalmente, quienes se han significado en demasía con determinadas opciones políticas, independientemente de su valía profesional, también es obvio que la total neutralidad no existe y, por ello, coincidimos con Pauner Chulvi¹⁸ que la legitimidad de origen que debe presidir estas elecciones deberá venir acompañada con una legitimidad de ejercicio, lo que en el sistema americano, como explica la autora, se denominaba «obligada ingratitud». Lograr este equilibrio es, sin duda, el talón de Aquiles del sistema parlamentario de elección de cargos¹⁹.

Pero la suspensión de la regla propia del parlamentarismo por la que los acuerdos se han de tomar por mayoría simple tiene otros efectos que pervierten el sistema, pues con esta excepción la oposición deja de actuar como tal y, en cierta medida, participa de una función que debería corresponder a la mayoría que sustenta al Gobierno. Las mayorías cualificadas otorgan a las minorías una posición privilegiada en esta función de impulso y dirección de la política del Estado, lo cual, como era previsible, lleva en muchas ocasiones al bloqueo del ejercicio de esta función (no en vano estamos ante una especie de veto) con la consecuencia inmediata de ser imposible la renovación del órgano de que se trate.

Este peligro o, mejor dicho, esta realidad de nuestro sistema, lo advierte el Informe sobre el Estado de Derecho en 2022 Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España²⁰ que, a su vez, se remite a los informes de la Comisión de Venecia [CDL-AD (2018)015-f], apartado 12. [CDL-AD (2015) 037-e], apartado 162. Todos ellos resaltan la necesidad de establecer mecanismos contra el bloqueo que disuadan a la oposición de adoptar un comportamiento irresponsable, al tiempo que eviten que la mayoría presente propuestas imposibles que exijan la aplicación de dichos mecanismos. Estos informes no rechazan totalmente la figura del bloqueo, que no debe ser anulada, por cuanto consideran que su existencia (que no su uso abusivo) puede expresar la necesidad de un cambio político. El Informe de la Comisión Europea, eso sí, hace hincapié en «la importancia de una cultura política fuerte-

¹⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., 2010, pp. 132 y 133.

¹⁸ PAUNER CHULVI, C., 2010, p. 67.

¹⁹ Esta idea la podemos ver también en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE, que en su Sentencia AK y otros (independencia de la sala Disciplinaria del TS de Polonia) en los asuntos acumulados C585/18 C624/18 y C625/18 ha señalado que «el mero hecho de que los miembros sean nombrados por el Presidente de la República no es susceptible de crear una situación de dependencia entre aquellos y este ni de suscitar dudas en cuanto a la imparcialidad si, una vez nombrados, no están sometidos a presión alguna y no reciben instrucciones en el ejercicio de sus funciones». CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., (2020).

²⁰ COMISIÓN EUROPEA. documentos de trabajo de los servicios de la comisión. Luxemburgo 13.7.2022. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/24_1_194017_coun_chap_spain_es.pdf.

mente arraigada según la cual las fuerzas de la mayoría y las de la oposición puedan llegar a acuerdos» y desaconseja «soluciones transaccionales conforme a las cuales cada parte acepta candidatos menos cualificados a cambio de que se acepte a sus propios candidatos menos cualificados».

III. EL BLOQUEO INSTITUCIONAL COMO ANOMALÍA DEL SISTEMA

El bloqueo institucional, por tanto, se convierte en la principal perversión del sistema cuando su constante reiteración y su intensidad en el tiempo hacen imposible la renovación de las instituciones y así, en el sistema español observamos que desde el principio han sido constantes los retrasos en la elección parlamentaria de los miembros de órganos e instituciones del Estado, retrasos que lejos de moderarse, se han ido acentuando con el paso del tiempo hasta llegar a la actual situación en la que la elección del Consejo General del Poder Judicial está totalmente bloqueada²¹, provocando no solo el enfrentamiento entre el ejecutivo y el legislativo sino también con el órgano garante de la independencia del Poder Judicial y, como efecto colateral, bloqueando la renovación del Tribunal Constitucional.

El análisis de los distintos métodos de elección que nuestro ordenamiento ha previsto para los distintos órganos y la constante sucesión de bloqueos institucionales en prácticamente todos ellos nos parece la mejor forma de calibrar el grado de anomalía que presenta nuestro sistema.

3.1. El procedimiento de elección. Reglas generales

Tanto el Reglamento del Congreso de los Diputados (arts. 204 a 206 y Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 25 de mayo de 2000, relativa a la intervención de la Cámara en el nombramiento de Autoridades del Estado) como el Reglamento del Senado (arts. 184 a 186), establecen una normativa general para la propuesta de nombramientos, de designación o de elección de personas, normativa que, desde el año 2000, incorpora en este procedimiento de elección de cargos a la Comisión consultiva de Nombramientos en el Congreso de los Diputados, y a la Comisión de Nombramientos en el Senado, como primer intento (vano) de regular las fases previas hasta alcanzar el necesario acuerdo para que los Plenos elijan o designen a los cargos públicos en órganos constitucionales y otros órganos

²¹ Tras 4 años de prórroga del Consejo General del Poder Judicial, su presidente cesó por renuncia el pasado 11 de octubre. Real Decreto 881/2022, de 11 de octubre, por el que se dispone el cese de don Carlos Lesmes Serrano como presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. «BOE» núm. 245, de 12 de octubre de 2022, pp. 139152 a 139152.

estatales en los casos en que la Constitución o las leyes atribuyen a las Cámaras tal potestad.

En términos generales, el procedimiento habría de desarrollarse conforme a las siguientes reglas:

1.º Las Mesas de cada Cámara abren plazo para presentar candidaturas. Cabe, además, la posibilidad de sucesivas ampliaciones del plazo bien por acuerdo de la Mesa, bien porque la Presidencia abre sucesivos plazos para la presentación de candidaturas cuando su necesidad se deduce de las deliberaciones en Comisión o del tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento.

2.º Los grupos parlamentarios, por escrito, pueden presentar tantas candidaturas como puestos a cubrir, acompañado de una justificación sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos para poder considerar al candidato idóneo.

3.º Corresponde verificar el cumplimiento por los candidatos de los requisitos exigidos por la Constitución o la Ley, a la Comisión consultiva de nombramientos en el Congreso y a la Mesa de la Cámara en el Senado, (que puede solicitar a la Comisión criterio sobre dicho cumplimiento). En el caso de inadmisión de la candidatura por no cumplirse aquellos se pueda abrir un nuevo plazo para que el grupo parlamentario proponente haga una nueva propuesta²².

4.º A continuación, se podrán celebrar las comparecencias de los candidatos ante las Comisiones de Nombramientos. Si bien en el régimen general no se establece la obligatoriedad de las comparecencias, lo cierto es que, si se acuerda su celebración, solo podrán incluirse en el informe de idoneidad que se eleva al Pleno aquellos candidatos que hayan comparecido ante la Comisión²³.

²² Si bien esa regla se aplica con matices como se verá más adelante, esta situación se produjo en el curso del procedimiento de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo origen era el Senado (años 2007 a 2010), en el que la Mesa del Senado en su reunión de 1 de junio de 2010 acordó no admitir a trámite dos de las candidaturas presentadas por las Asambleas Legislativas Autonómicas para magistrados del Tribunal Constitucional, por no cumplir el requisito relativo a tener más de quince años de ejercicio profesional o en activo en las respectivas funciones, previsto en el artículo 159.2 de la CE y 18 de la LOTC. Consecuentemente, las Asambleas autoras podían presentar nuevo candidato, en el bien entendido que los candidatos que se presentaran debían tener cumplido este requisito (y por un principio de igualdad de condiciones) a la misma fecha en que se exigió al resto de candidatos, esto es, 29 de septiembre de 2008.

²³ Para ejemplo de exclusión de un candidato del informe de idoneidad que se ha de elevar al Pleno ver BOCG. Senado. XII Legislatura. Núm. 260, de 5 de julio de 2018 en el procedimiento de elección de miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del Consejo de Administración de la Corporación RTVE y de su presidente, a propuesta del Senado.

5.º Estas comisiones tienen una composición y un funcionamiento peculiar, no en vano la Resolución del Congreso califica a su comisión como órgano de asesoramiento, a diferencia del Reglamento del Senado que la incluye dentro de la enumeración de las Comisiones permanentes no legislativas. En ambos casos, están presididas por el presidente de la Cámara correspondiente y compuestas por los portavoces de los grupos parlamentarios, que no obstante pueden ser sustituidos si la especificidad del nombramiento lo requiere. La adopción de acuerdos se realizará por voto ponderado y se le aplicará el régimen general de publicidad de las sesiones de Comisión.

6.º El Pleno de la respectiva Cámara elige a los candidatos mediante votación por papeletas, tras un breve debate, si así se solicita, que consiste en la presentación del informe y la intervención de los portavoces de los grupos parlamentarios.

Cada parlamentario puede emitir tantos votos como puestos a cubrir (tanto en primera votación como en las sucesivas que puedan celebrarse por falta de cobertura al no alcanzarse la mayoría requerida o por empate) y quedarán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos, siempre que alcancen la mayoría que para cada elección determinen la correspondiente normativa.

Si no se cubrieran todos los puestos, se realizará una nueva votación en la que el número de candidatos será como máximo igual al doble del de puestos a cubrir. En esta votación serán candidatos los que hayan obtenido mayor número de votos en la anterior.

Finalmente, de producirse empate con relevancia a efectos de la propuesta, se repetirá la votación entre los que hubieren obtenido igual número de votos y, en su caso, entre los que les sigan, en la medida necesaria para cubrir las vacantes.

A partir de estas reglas generales, sin embargo, observamos una abundancia de reglas específicas, en función de los cargos a cubrir que, en ocasiones, se desarrollan en el propio articulado de los Reglamentos²⁴ y, en otras, se desarrollan en resoluciones de las Mesas del Congreso y del Senado aprobadas al efecto²⁵.

²⁴ Véase, por ejemplo, en la designación de magistrados al Tribunal Constitucional las especialidades del Reglamento del Senado, apartado 7 del artículo 184, o en la propuesta de nombramiento de los seis vocales del CGPJ que esta Cámara debe realizar entre jueces y magistrados, apartado 6 de dicho artículo.

²⁵ Tales son los supuestos del Defensor del Pueblo o del Consejo de Administración de la Corporación RTVE.

3.2. Los procedimientos de elección. Reglas específicas

3.2.1. Defensor del Pueblo

Dado el carácter de alto Comisionado de las Cortes Generales, la elección de este cargo se ha llevado a cabo por un procedimiento peculiar que no involucra (a diferencia de otros) a las Comisiones de Nombramientos de ambas Cámaras, sino que se articula mediante la Comisión Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo, órgano encargado de hacer la propuesta de candidato, que deberá ser elegido primero por el Pleno del Congreso y luego, en su caso, ratificado por el del Senado²⁶.

Conforme a la regulación contenida en los artículos 2 a 4 de la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo y en la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado sobre organización y funcionamiento de la Comisión Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo, de 21 de abril de 1992, los posibles candidatos comparecerán ante la Comisión Mixta que será la encargada de proponer, por mayoría simple, a los Plenos de ambas Cámaras al candidato o candidatos a Defensor del Pueblo.

Así mismo, y en aras a evitar (sin éxito como veremos a continuación) bloqueos *sine die* en la elección del Defensor del Pueblo, la Ley orgánica prevé que si no se logra la mayoría de tres quintos en ambas Cámaras en la primera elección, la Comisión Mixta, en el plazo máximo de un mes deberá formular sucesivas propuestas²⁷ que deberán ser aprobada por el Pleno del Congreso por mayoría de tres quintos, rebajándose en el Senado esta mayoría a solo absoluta, en aras, como decíamos, a favorecer el acuerdo y evitar o paliar las posibles situaciones de bloqueo.

La historia de los nombramientos, sin embargo, no es alentadora, y las situaciones de bloqueo, lejos de aminorar han ido *in crescendo* a lo largo de las legislaturas, incumpléndose abiertamente la exigencia de formulación de nuevas candidaturas en el plazo perentorio de un mes.

En efecto, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/1981, se inició el procedimiento de elección del Alto Comisionado que, tras una votación fallida en el Congreso de los Diputados al final de la I legislatura, el 28 de junio de

²⁶ La Comisión Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo se creó tras la reforma de la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo de Modificación de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, a efectos de constituir una Comisión Mixta Congreso-Senado de Relaciones con el Defensor del Pueblo, con carácter previo la elección se llevaba a cabo mediante la reunión conjunta de las Comisiones encargadas de relacionarse con el Defensor del Pueblo constituidas en el Congreso y en el Senado, para proponer a los Plenos de las Cámaras el candidato o candidatos a Defensor del Pueblo.

²⁷ Entendemos que más que presentar sucesivas propuestas en el plazo de un mes lo que se debe hacer es presentar en el plazo de un mes una propuesta que, si no prospera, obligaría a abrir un nuevo plazo para la presentación de una nueva, y así sucesivamente.

1982²⁸ y la celebración de unas elecciones generales, culminó con la elección de don Joaquín Ruiz-Giménez Cortés en las sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado de 28 y 29 de diciembre de 1982, respectivamente, con más de un año de retraso.

Entre el cese de don Álvaro Gil-Robles Gil-Delgado y la elección de don Fernando Álvarez de Miranda y Torres pasaron un año y nueve meses (marzo de 1993 a diciembre de 1994).

Entre el fin del segundo mandato de don Enrique Múgica Herzog y la elección de doña Soledad Becerril Bustamante pasaron dos años (julio 2010 a julio de 2012).

Entre el final del mandato de doña Soledad Becerril Bustamante y la elección del actual defensor del Pueblo don Ángel Gabilondo Pujol han pasado 4 años (desde julio de 2017 a noviembre de 2021).

3.2.2. *Tribunal de Cuentas*

La elección de los Consejeros del Tribunal de Cuentas no nace directamente de la Constitución, la cual en su artículo 136 no va más allá de establecer su dependencia directa a las Cortes Generales, dejando la regulación de su composición, organización y funcionamiento para una Ley Orgánica, a la sazón la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, que sí establece la elección parlamentaria de sus miembros en su artículo treinta, apartado uno al señalar que «Los Consejeros de Cuentas serán designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años...». Regulación que fue completada por la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en cuyo artículo 22 se establecen las reglas siguientes:

- Antes de los cuatro meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos de los consejeros de cuentas, el presidente del Tribunal, o quien legalmente le sustituya, solicitará de los presiden-

²⁸ DS Congreso de los Diputados Año 1982, núm. 253 «El señor Presidente informa a la Cámara de que las Comisiones del Congreso de los Diputados y del Senado han formulado la propuesta de candidatura a favor de don Joaquín Ruiz Giménez y Cortés. A continuación, señala la forma en que se desarrollará la votación, indicando que el quórum exigido conforme a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo es de tres quintas partes de los miembros de la Cámara. Como la composición actual de la Cámara es de 346 Diputados, el quórum será 208 Diputados. Por el señor Secretario Bono Martínez (don José), se procedió a la lectura de los nombres de las señoras y señores Diputados, quienes fueron depositando su papeleta en la urna. Efectuado el escrutinio, el señor Presidente anuncia a la Cámara que la votación ha sido la siguiente: 289 votos emitidos, 179 favorables a la candidatura del señor Ruiz-Giménez, cinco negativos, 102 en blanco y tres votos nulos. A continuación, añade que, no habiéndose alcanzado, en consecuencia, el quórum exigido por la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo se procederá a la formulación de nueva propuesta en los términos previstos por dicha Ley Orgánica».

tes del Congreso de los Diputados y del Senado la iniciación del procedimiento que haya de conducir a la elección de los nuevos consejeros.

- Si durante el período de nueve años por el que son designados se produjese alguna vacante de consejero, el presidente del Tribunal, o quien legalmente le sustituya, procederá en la forma antes expuesta, al objeto de que se elija consejero por el tiempo que reste del mandato del inicialmente designado.
- Los consejeros de cuentas continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles.

Las primeras elecciones tuvieron lugar en junio de 1982, eligiendo los Plenos de ambas Cámaras a sus respectivos consejeros, si bien, y por renuncia de don Rafael Mendizábal Allende, y previa modificación del orden del día en la sesión plenaria del Senado (extraordinaria) de 29 de julio se procedió a la elección de la vacante, resultando elegido don Marcial Moreno Pérez. Durante el mandato de este primer Tribunal de Cuentas se produjeron además sucesivas bajas de sus miembros que fueron puntualmente cubiertas²⁹.

El segundo Tribunal de Cuentas fue elegido en diciembre de 1991, consecuentemente con un retraso de solo seis meses con respecto al fin del mandato anterior, pero la elección de los consejeros del Senado no estuvo exenta de polémica al retirarse de la votación diversos senadores, integrados en el Grupo Parlamentario Mixto, por no ser tenidas en cuenta sus respectivas fuerzas políticas a la hora de elaborar las candidaturas³⁰. También en este periodo las renovaciones parciales se cubrieron con normalidad³¹.

La siguiente renovación del Tribunal debía haber tenido lugar antes del 20 de diciembre de 2000 pero no se sustituyeron los consejeros hasta noviembre de 2001, con una demora de once meses, y nuevamente con cierto malestar manifestado al hilo del proceso de elección desarrollado en el Senado y del que quedaba constancia en el informe de idoneidad emitido por la Comisión de Nombramientos de aquella Cámara, en el que se abstuvieron en la votación del dictamen los representantes de los Grupos Parlamentarios Socialista y Entesa Catalana de Progrés, por cuanto, roto el acuerdo existente en un principio, se había retomado el procedimiento sin su restablecimiento y sin la existencia del consenso necesario para la aceptación de los candidatos; y el representante del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Con-

²⁹ El cese, en 1986, de D. Josep Subirats Piñana, elegido por el Senado se suplió con la elección de D. Álvaro Rodríguez Bereijo y el cese de este, en 1989, se cubrió con la elección de D. Adolfo Carretero Pérez. La vacante de D. Pascual Sala Sánchez, en 1990, elegido por el Congreso, se cubrió con la elección de D. Ciriaco de Vicente Martín.

³⁰ DS del Pleno del Senado de 19 de diciembre de 1991, IV legislatura, núm.95. Ver también el DS del Congreso de los Diputados, sesión plenaria 151, de 19 de diciembre de 1991, IV legislatura, núm. 157.

³¹ La vacante de D. Adolfo Carretero Pérez, en 1994, elegido por el Congreso, se cubrió con D. Andrés Fernández Díaz.

vergència i Unió, también por razones de desacuerdo con la tramitación de este proceso. En uno y otro caso se hacía constar que el sentido de su voto era ajeno a la cuestión de la idoneidad de los candidatos³². Posteriormente, en noviembre de 2007 se comunicó el fallecimiento del Consejero de Cuentas don Antonio de la Rosa Alemany, sin que el Senado, Cámara de la que provenía el Consejero, procediera a una nueva elección por el tiempo que restaba del mandato, tal y como se solicitó por el entonces presidente del Tribunal de Cuentas, don Ubaldo Nieto de Alba.

La cuarta renovación del Tribunal de Cuentas debía tener lugar en noviembre de 2010, el presidente del Tribunal don Manuel Núñez Pérez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 7/1988, de 5 de abril, solicitó la iniciación del procedimiento que llevara a la elección de los nuevos consejeros, procedimiento que no culminó hasta julio de 2012, con año y medio de retraso.

La última elección, celebrada en noviembre de 2021, no tuvo retrasos significativos, más allá de que, nuevamente, el Senado no procedió a renovar la vacante ocurrida por la renuncia en 2018 a su cargo de consejero de don Lluís Armet i Coma, tal y como solicitó el presidente del Tribunal don Ramón Álvarez de Miranda García, lo que hace sospechar que, con el correr de los años, los acuerdos se logran en bloques de nombramientos, pero parecen romperse cuando hablamos de renovaciones parciales y anticipadas del órgano.

3.2.3. *El Consejo General del Poder Judicial*

Mayor complejidad presenta sin duda la renovación del Consejo General del Poder Judicial.

Lejos queda la regulación establecida por la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial que en su capítulo segundo (arts. séptimo a vigesimoprimer) regulaba la composición, designación y sustitución de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, en los términos siguientes:

Se establecía una clara distinción entre los 8 vocales provenientes de las categorías de abogados y otros juristas elegidos por el Congreso de los Diputados y el Senado y los 12 vocales de procedencia judicial que eran elegidos, entre jueces y magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales³³, por todos los jueces y magistrados en servicio activo, mediante voto personal, igual, directo y secreto, admitiéndose el voto por correo, y mediante un sistema electoral mayoritario corregido.

³² BOCG. Senado.VII Legislatura. Serie I, 22 de octubre de 2001. Núm. 288.

³³ Tres magistrados del Tribunal Supremo, seis magistrados y tres jueces.

Según establecía la ley de 1980, el Consejo General se renovaba en su totalidad cada cinco años, computados desde la fecha de su constitución. Transcurrido dicho plazo, el Consejo continuaría en el ejercicio de sus funciones hasta la fecha de constitución del nuevo, a estos efectos y con seis meses de antelación a la expiración del mandato del Consejo saliente, su presidente debía dirigirse a los presidentes de las Cámaras, para que se procediera a la elección de los vocales que a cada una correspondía designar, mientras que el proceso de elección de los de procedencia judicial debía convocarse con tres meses de antelación a la terminación del mandato.

Sin perjuicio de lo anterior, el cese anticipado de un Vocal daba lugar a su sustitución, conforme a las siguientes reglas:

- Si el cese afectaba a uno de los vocales propuesto por las Cámaras, el presidente del Consejo General lo ponía en conocimiento de estas para que se procediera a la elección del sustituto.
- Si afectaba a uno de los restantes doce vocales, ocuparía su lugar el que hubiere sido elegido sustituto. Si la sustitución no podía realizarse conforme a dicha regla, debían convocarse elecciones parciales para cubrir el puesto o puestos vacantes.
- El mandato de los sustitutos tenía la duración que restare al de los sustituidos.

La primera (y única) elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial con este sistema tuvo lugar por las Cámaras en septiembre de 1980. Los cuatro candidatos elegidos por el Congreso de los Diputados lo fueron de entre una propuesta de cinco nombres, lo que era un reflejo claro del rechazo que el sistema planteaba a las minorías parlamentarias y que queda plasmado en el debate que tras la votación se desarrolló en el Pleno del Congreso³⁴, mientras que los candidatos del Senado resultaron elegidos en segunda votación, pues la candidatura (aun siendo única) no obtuvo la mayoría requerida en la primera.

La segunda elección del Consejo General del Poder Judicial (octubre de 1985), la tercera (noviembre de 1990) y la Cuarta (julio de 1996, con seis meses de retraso) se produjeron ya bajo el sistema de elección aprobado en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (arts. 111 a 116) en su redacción inicial, de tal forma que cada Cámara eligió 10 consejeros, 4 en votación por papeletas y mayoría de tres quintos por el turno de abogados y juristas y 6 en otra votación distinta por el mismo sistema y mayoría, de entre jueces y magistrados, todos ellos a propuesta de los grupos parlamentarios.

La renovación que debía tener lugar en julio de 2001 se hizo ya bajo las premisas de dos reformas, una legislativa (Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, por la

³⁴ DS del Congreso de los Diputados, sesión plenaria 112, de 23 de septiembre de 1980.

que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) y otra parlamentaria, ya que ambos reglamentos habían modificado sus artículos 205 RCD³⁵ y 184.6 RS³⁶ para adaptarse a las previsiones de la Ley orgánica del 2001, y un año antes, en el Congreso de los Diputados, se había aprobado la Resolución relativa a la intervención de la Cámara en el nombramiento de Autoridades del Estado, de 25 de mayo de 2000³⁷, que incluía en el procedimiento de elección de cargos a la Comisión Consultiva de Nombramientos, mientras que en Senado se había aprobado una reforma de su reglamento, el 14 de junio de 2000³⁸ que, a su vez, creaba la Comisión de Nombramientos.

Conforme a la nueva regulación, los vocales de entre los jueces y magistrados serían elegidos, directamente por los Plenos, sucesivamente por el Congreso de los Diputados y el Senado de entre 36 candidatos (30 ya para la Cámara Alta) presentados por las asociaciones profesionales de jueces y magistrados o por un número de jueces y magistrados que representara, al menos, el 2 por 100 de todos los que se encuentren en servicio activo. La determinación del número máximo de candidatos que correspondía presentar a cada asociación y del número máximo de candidatos que podían presentarse con las firmas de jueces y magistrados debía ajustarse a criterios estrictos de proporcionalidad, de acuerdo con las reglas que establecía el artículo 112, y sin perjuicio de que para esa primera ocasión se estableciera un régimen transitorio.

Por otra parte, los vocales que debían ser elegidos de entre abogados y juristas de reconocido prestigio con más de 15 años de ejercicio profesional, por primera vez comparecerían ante las Comisiones de Nombramientos de las Cámaras conforme a las reglas generales de elección de cargos que hemos detallado anteriormente.

La elección de estos candidatos no fue, sin embargo, tranquila. Iniciado el procedimiento en enero de 2001 con la comunicación del presidente del Consejo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de que el día 24 de julio de ese año se cumplirían cinco desde la constitución del Consejo General del Poder Judicial que debía renovarse, tuvo que completarse con un informe de las actuaciones realizadas por el presidente del Consejo en relación con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, a principios de julio, y con la remisión, a mediados de dicho mes, de los candidatos presentados por las asociaciones profesionales de jueces y magistrados y por los jueces y magistrados no aso-

³⁵ BOCG., Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 149-4, de 29 de junio de 2001.

³⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Senado, Serie III-A, núm. 17 (g), de 28 de junio de 2001.

³⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 20, de 26 de mayo de 2000.

³⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Senado, Serie III A, núm. 2 (f), de 15 de junio de 2000.

ciados para su elección como miembros del Consejo General del Poder Judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 y en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica de 2001.

Así mismo, por lo que se refiere a las candidaturas del turno de abogados y juristas en el Senado, y tras sucesivas ampliaciones del plazo, se presentaron seis candidaturas para 4 puestos, tal y como se refleja en el Informe emitido por la Comisión de Nombramientos³⁹, una del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria, otra del Grupo Parlamentario Mixto, y cuatro de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y Entesa Catalana de Progrés. Sin embargo, posteriormente, los Grupos Parlamentarios Socialista y Entesa Catalana de Progrés procedieron a retirar su firma de esta propuesta y con fecha 16 de octubre de 2001, el Grupo Parlamentario Mixto y el Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria retiraron las suyas. Finalmente, se eligieron los 10 vocales del Senado en la sesión plenaria de 6 de noviembre.

La siguiente renovación del Consejo que debía tener lugar en el año 2006 se retrasó casi dos años (de noviembre de 2006 a septiembre de 2008), la renovación de 2013 tuvo lugar, tras sucesivas ampliaciones para la presentación de candidaturas del turno de juristas en noviembre de ese año, bastante ajustada al plazo de cinco años, pero presidida nuevamente por dos reformas legislativas que condicionaron su desarrollo.

En efecto, en primer lugar, se aprueba Ley Orgánica 1/2013, de 11 de abril, sobre el proceso de renovación del Consejo General del Poder Judicial, por la que se suspende la vigencia del artículo 112 y parcialmente del 114 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y poco después se aprueba la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que añade un nuevo Libro VIII, denominado «Del Consejo General del Poder Judicial» que en sus artículos 566 y siguientes fija el régimen jurídico de la designación y sustitución de los vocales del Consejo, derogando definitivamente los artículos 111 y siguientes y, regulando las especialidades para el procedimiento ya en curso en la disposición transitoria décima.

Según señalara la Exposición de Motivos de esta última reforma, con ella se pretende el diseño de

“un sistema de elección que, por un lado, garantice la máxima posibilidad de participación en el proceso de todos y cada uno de los miembros de la carrera judicial, estén o no asociados, y que, por otro, atribuya al Congreso y al Senado, como representantes de la soberanía popular, la responsabilidad de la designación de dichos Vocales. Este sistema de elección se articulará sobre tres premisas básicas. En primer lugar, la designación de los Vocales

³⁹ BOCG. Serie I: Boletín General.VII Legislatura, 22 de octubre de 2001. Núm. 288.

del Consejo General del Poder Judicial con arreglo a exclusivos criterios de mérito y capacidad de los candidatos. En segundo término, la apertura de la posibilidad de ser designados como Vocales a la totalidad de los miembros de la carrera judicial que cuenten con un número mínimo de avales de otros Jueces y Magistrados o de alguna asociación. Y, finalmente, la consideración en la designación de los Vocales de origen judicial de la proporción real de Jueces y Magistrados asociados y no asociados”.

Además de estos principios, la reforma incluía diversas modificaciones tendentes a facilitar el funcionamiento normal de la institución, evitando posibles situaciones de bloqueo o de vacancia, para lo cual señalaba como plazo de inicio del proceso de elección cuatro meses antes del final del mandato del Consejo que se había de renovar; permitía la constitución de un nuevo Consejo con los miembros recién elegidos de una Cámara y los antiguos de la otra, y preveía la asignación de tres suplentes para cada uno de los turnos por los que se puede acceder a la designación como Vocal, fijándose el orden por el que deba procederse en caso de sustitución.

Esta normativa, declarada conforme a la Constitución por la STC 191/2016, era pues la que estaba en vigor en el momento en que debía renovarse el Consejo en el año 2018, pero, cuatro años después, en vez de la renovación lo que se ha producido es un bloqueo institucional que ha llevado a nuevas reformas de la LOPJ, y a la dimisión del presidente del Consejo General del Poder Judicial, el pasado 11 de octubre de 2022, bloqueo que se mantiene en la actualidad con los conflictos y acusaciones cruzadas que todos bien conocemos.

En efecto, con cuatro meses de antelación (agosto de 2018) el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial remitió a ambas Cámaras las oportunas comunicaciones que advertían del cumplimiento del plazo de 5 años desde la constitución del Consejo saliente, así como la documentación relativa a los datos del escalafón y del Registro de Asociaciones Judiciales y el acuerdo de apertura del plazo de presentación de candidaturas para la designación de los vocales correspondientes al turno judicial. Aunque no podemos obviar las circunstancias un tanto excepcionales del momento, (en junio de 2018 había triunfado, por primera vez una moción de censura y, aunque la legislatura se mantenía, el Gobierno y los apoyos parlamentarios habían sufrido un importante cambio), la apertura del plazo para presentar candidaturas, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, se abrió en octubre de ese año, sin embargo, y tras sucesivas ampliaciones de plazo, las candidaturas presentadas conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular en el Congreso, así como la presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea fueron retiradas, de forma que la Comisión consultiva de Nombramientos de esa Cámara no emitió el preceptivo informe de idoneidad y, consecuentemente, el punto

del orden del día de la Sesión plenaria de 22 de noviembre de 2018, relativo a propuesta de nombramiento de vocales del Consejo General del Poder Judicial, decayó.

La disolución de las Cámaras tanto el 5 de marzo de 2019 (fin de la XII Legislatura) como el 29 septiembre de ese mismo año (fin de la XIII Legislatura), supuso que la cuestión del nombramiento de los vocales pasara a la actual XIV Legislatura, en la que se ha evidenciado (más allá del retraso fruto de las especiales circunstancias que marcaron su inicio) un evidente desacuerdo entre las distintas fuerzas políticas sobre el modelo que debe presidir la elección de los miembros del Consejo y que tiene su mejor reflejo en la actividad legislativa desarrollada en este punto. Así, los Grupos Parlamentarios Ciudadanos⁴⁰, Vox⁴¹ y Popular⁴², presentaron cada uno de ellos proposiciones de Ley que propugnaban un cambio en el sistema, tendente a establecer que los 12 vocales provenientes del turno judicial fueran elegidos directamente por los jueces y magistrados. Al mismo tiempo, el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentaron una Proposición de Ley⁴³ que, si bien posteriormente fue retirada, venía a establecer una nueva mayoría (en segunda vuelta) para la elección de los vocales provenientes del turno judicial, que, no obstante, debían ser elegidos por los Plenos de ambas Cámaras⁴⁴.

La solución que solo de momento podemos calificar como de final, ha quedado regulada por dos normas posteriores: la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones, que introduce dos nuevos artículos, el 570bis y el 598bis, en los que se limitan las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial y las de su presidente cuando aquel esté en funciones. Y la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que matiza dicha limitación⁴⁵.

⁴⁰ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-59-1 de 28/02/2020.

⁴¹ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-121-1 de 23/10/2020.

⁴² BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-122-1 de 30/10/2020.

⁴³ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-120-1 de 23/10/2020.

⁴⁴ Recientemente, el Pleno del Senado, en su sesión 58, celebrada el día 26 de octubre de 2022, ha acordado no tomar en consideración la Proposición de Ley para la reforma del procedimiento de designación de los miembros de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, presentada por el Grupo Parlamentario Democrático (Ciudadanos, Agrupación de Electores «Teruel Existe» y Partido Regionalista de Cantabria).

⁴⁵ Tanto 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular, como 50 diputados del Grupo Parlamentario Vox han presentado sendos recursos de inconstitucionalidad (3101-2021 y 2379-2021, respectivamente) a la Ley Orgánica 4/2021.

3.2.4. *El Tribunal Constitucional*

La regulación sobre la elección de los magistrados que han de formar parte del Tribunal Constitucional la encontramos en el artículo 159 CE y en los artículos 16 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC) que, sin sufrir tantas modificaciones como la regulación del Consejo, también ha experimentado cambios de gran importancia en relación con el procedimiento de designación de sus miembros.

Partimos en todo caso del precepto constitucional, que regula con más detalle que en otros supuestos las características que han de regir la composición de este órgano y que la Ley de 1979, en su redacción original, apenas matizaba⁴⁶.

Así, la Ley nada añade al apartado 1 del artículo 159 al que simplemente se remite y según el cual el Alto Tribunal está formado por 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

En cuanto a la duración del mandato, la Constitución establece que serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres, añadiendo la Ley que «ningún Magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro período inmediato salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años».

También la Constitución especifica la cualificación profesional de los magistrados del Tribunal que deberán ser «Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional». La Ley del 79 por su parte incorporó la exigencia de ser ciudadanos españoles, y la expresión «o en activo en la respectiva función» a la hora de contabilizar los quince años, inciso este que tendrá especial trascendencia en los requisitos que los candidatos han de cumplir⁴⁷ para poder acceder a la categoría de magistrado del Tribunal Constitucional.

⁴⁶ Esta realidad no es óbice para que, como dijera el Alto Tribunal en su STC 49/2008, de 9 de abril «no es posible partir (...) de que la norma constitucional sobre la elección de los Magistrados impide un desarrollo normativo que incluya condicionamientos procedimentales y, lo que es más importante, materiales para llevarla a cabo».

⁴⁷ Véase a este respecto el Acuerdo de la Mesa del Senado, de 1 de junio de 2010 en relación con dos de las candidaturas presentadas por las Asambleas Parlamentarias de las Comunidades Autónomas, respecto de las que se consideró no cumplían el requisito de contar con 15 años en activo al no computarse el tiempo transcurrido en servicios especiales, siguiendo así el criterio sentado por el TS en su sentencia de 28 de junio de 1994 por la que se declaró no ajustado derecho el nombramiento como Fiscal General del Estado a D. Eligio Hernández Gutiérrez, y en atención a la debates parlamentarios de tramitación de la LOTC.

Por lo que respecta al procedimiento de elección nada especifica la Constitución, y poco precisa la LOTC, en cuyo artículo 17.1 recoge la regla, común en otros procedimientos similares, de que, antes de los cuatro meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el presidente del Tribunal habrá de solicitar de los presidentes de los órganos que han de hacer las propuestas para la designación de los nuevos magistrados, que inicien el procedimiento para ello. Y en su apartado dos contempla la figura de la *prorrogatio*, pues «los Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles»⁴⁸.

La primera reforma importante en el procedimiento de elección no llega hasta el año 2007, con la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que introduce, como principales novedades en lo que ahora nos interesa, las siguientes:

La primera es la referencia, en el apartado 2 del artículo 16, a que los candidatos de designación parlamentaria han de comparecer ante las comisiones correspondientes en los términos de los respectivos reglamentos.

La segunda, de mayor trascendencia, consistió en establecer un régimen específico para la propuesta de candidatos a magistrados provenientes del Senado, que habrían de venir de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determinase el Reglamento de la Cámara.

Este cambio que, siguiendo a nuestro Alto Tribunal, podríamos calificar de claro reflejo de la función de representación territorial del Senado, al convertirle en el vehículo de participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, en el hacedor de «la voluntad constitucional inequívoca de integrar la estructura territorial del Estado en la composición del Tribunal Constitucional»⁴⁹, tuvo la consecuencia práctica e inmediata de promover una reforma del Reglamento del Senado, aprobada por el Pleno de esta Cámara en su sesión del día 21 de noviembre de 2007⁵⁰, que introduce un nuevo apartado 7 al artículo 184 y a partir del que se articula el procedimiento siguiente:

- Cuando proceda la elección por el Senado de los magistrados del Tribunal Constitucional, el presidente de esta Cámara comunicará

⁴⁸ Desde el punto de vista del procedimiento parlamentario de elección, y hasta llegar a la regulación actual se sucedieron: sendas Resoluciones de la Presidencia del Congreso de 7 de febrero de 1980 y del Senado de 30 de enero de 1980, los Reglamentos de las Cámaras de 1982 (RCD 10 de febrero de 1982, todavía en vigor), el Texto Refundido del Reglamento del Senado de 9 de mayo de 1994 y sus reformas aprobadas el 15 de junio de 2000 y el 21 de noviembre de 2007, así como la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 25 de mayo de 2000.

⁴⁹ STC 49/2008, de 9 de abril. FJ 13.

⁵⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Senado, Serie III A, núm. 53 (h), de 22 de noviembre de 2007.

- a los presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura de un plazo para la presentación de las candidaturas.
- Cada Asamblea Legislativa podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos.
 - Las candidaturas deberán acreditar, de forma indubitada, que los candidatos cumplen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo y se presentarán acompañadas de una relación de los méritos profesionales y demás circunstancias que, en opinión de la Asamblea Parlamentaria, manifiesten la idoneidad del candidato para el puesto.
 - La Mesa podrá solicitar a la Comisión criterio acerca del cumplimiento por el candidato o candidatos propuestos de los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo. Oída la Comisión, la Mesa decidirá sobre la admisión a trámite de la candidatura. En caso de inadmisión, se dará cuenta a la Asamblea o Asambleas Parlamentarias autoras de la propuesta, que podrán presentar nuevo candidato en el plazo que al efecto establezca la Mesa del Senado.
 - La Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos.

La última reforma de la LOTC en esta materia sería la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que añade un nuevo apartado cinco en el artículo 16 para regular las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del periodo para el que se hicieron los nombramientos, que serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del Magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase, y para establecer, en los supuestos de retrasos en la renovación por tercios, que a los nuevos magistrados designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación.

Sin perjuicio de los que ahora calificamos pequeños retrasos en las primeras elecciones de los magistrados del Tribunal Constitucional, que valieron el reproche del que fue su presidente don Francisco Tomás y Valiente⁵¹, hemos de destacar que son estas últimas reformas las que han influido no precisamente de forma positiva, en lo que al cumplimiento de los plazos de renovación se refiere.

⁵¹ LÓPEZ GUERRA, L., 2020, p. 75.

En efecto, los 4 magistrados que el Senado debía elegir en 2007 se eligieron el 1 de diciembre de 2010, con tres años de retraso.

Recién aprobadas las reformas de la ley y del reglamento que afectaban directamente al procedimiento de elección de los magistrados de procedencia senatorial, debía procederse por esa Cámara a la renovación del Tribunal, al expirar el periodo de nombramiento en diciembre de 2007. Si bien se abrió plazo inmediato para la presentación de las candidaturas por las Asambleas (hasta el 15 de diciembre), lo cierto fue que, la Mesa de la Cámara hubo de suspender el plazo, el 4 de diciembre a solicitud de diversas Asambleas autonómicas, sin que, como consecuencia de la disolución de las Cámaras el 15 de enero de 2008, se retomara el procedimiento hasta ya iniciada la IX Legislatura.

El principal escollo que encontraría este procedimiento en la legislatura fue el de la decisión de la Mesa respecto de la admisión a trámite de las candidaturas y que, tras finalizar el plazo de su presentación y ser necesaria la solicitud de aclaración a las Asambleas sobre diversos datos relativos a algunos de los candidatos, quedó pendiente de calificación en noviembre de 2008 y hasta junio de 2010, cuando volvió a activarse el procedimiento.

Pero ni siquiera en el año 2010 el Tribunal Constitucional contó con todos sus miembros, ni su composición fue acorde con los procesos de renovación, pues el Congreso de los Diputados no había cubierto la vacante por fallecimiento, en mayo de 2008, de uno de los magistrados del Tribunal elegidos por esa Cámara, ni en diciembre de 2010 había procedido a renovar los tres restantes tal y como le correspondía. De hecho, los cuatro candidatos del Congreso no fueron elegidos hasta julio de 2012. A esta circunstancia se le añade la reforma de la LOTC de 2010, antes expuesta, por lo que los magistrados que debieron ser elegidos en 2007 y que lo fueron, sin embargo, en 2010, solo lo serían por un mandato de seis años (el procedimiento de renovación iniciado por la comunicación del presidente del Tribunal en junio de 2016 culminaría con la elección de los nuevos magistrados en marzo de 2017), y los de 2012 lo serían por un periodo de siete años, aunque el retraso en su renovación (de julio de 2019 a marzo de 2021) les permitiera, por efecto de la *prorrogatio*, alargar su mandato.

La lista de anomalías no acaba en este punto, más allá de los problemas para renovar el tercio de magistrados del Tribunal Constitucional provenientes del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, por lo que a la elección parlamentaria se refiere, hemos de recordar que con fecha 27 de julio de 2022 cesó como magistrado (proveniente del turno del Senado) don Alfredo Montoya Melgar. En consecuencia, y conforme a lo dispuesto en el artículo 184.7 del RS, el presidente dio traslado de la vacante a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, abriéndose el plazo correspondiente para presentación de candidaturas, plazo que, por el momento y a solicitud de algunas de estas Asambleas se ha prorrogado primero hasta el 12 de diciembre de 2022 y, posteriormente, hasta el 14 de febrero de 2023.

3.2.5. Consejo de Administración de la Corporación RTVE

El reconocimiento y evolución de la competencia parlamentaria para elegir a los miembros del Consejo de Administración de la ahora Corporación RTVE (antes Ente Público de RTVE) es también uno de los recorridos más azarosos.

Si iniciamos la andadura con la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, que definía a la radiodifusión y la televisión como servicios públicos esenciales cuya titularidad correspondía al Estado y que se ejercerían a través del Ente público RTVE, observamos que ya existe un claro reconocimiento de la participación parlamentaria en la elección de los miembros que han de formar parte de los órganos del gobierno de este Ente.

En efecto según la ley de 1980, el Ente público RTVE se estructura, a efectos de su funcionamiento, administración general y alta dirección en los siguientes órganos:

- a) Consejo de Administración (compuesto por 12 miembros).
- b) Consejeros asesores de Radio Nacional de España (RNE), Radio Cadena Española (RCE) y Televisión Española (TVE).
- c) Director general.

Tanto al Congreso como al Senado correspondía la elección de los miembros del Consejo de Administración (seis cada Cámara), así como las vacantes que pudieran producirse, mediante mayoría de dos tercios entre personas de relevantes méritos profesionales y por un periodo que venía a acompañarse con la legislatura⁵². Según esta primera regulación, el Director general del Ente lo elegía el Gobierno.

La Primera elección tuvo lugar en primer término en el Congreso de los Diputados bajo la normativa aprobada por la Resolución de la Presidencia sobre el procedimiento de propuesta y elección por el Congreso de los Diputados de vocales o miembros de órganos o instituciones exigida por disposiciones constitucionales o legales, de 7 de febrero de 1980⁵³, que había regido también para las primeras elecciones de los magistrados del Tribunal Constitucional y de los vocales del Consejo General del Poder Judicial. El proceso fue desde el principio conflictivo, requiriendo de hasta tres sesiones plenarias fallidas para lograr un acuerdo sobre los seis consejeros que debía elegir la Cámara Baja, lo que finalmente tuvo lugar en la sesión plenaria de

⁵² La Ley de 1980 en el artículo séptimo, apartado uno expresamente recoge la expresión «elegidos para cada Legislatura». Y Para el Director general, que nombra el Gobierno establece en el artículo diez, apartado dos «el mandato del Director general será de cuatro años, salvo disolución anticipada de las Cortes Generales. En este supuesto continuará en su cargo hasta la designación de Director general».

⁵³ BOCG. Congreso de los Diputados. I legislatura. Serie H. Otros Textos Normativos Núm. 28-I, de 9 de febrero de 1980.

30 de octubre de 1980⁵⁴. En su sesión plenaria del 5 noviembre de ese año, el Senado eligió a sus seis consejeros.

La elección siguiente, en mayo de 1983, requirió dos sesiones plenarias esta vez en el Senado, eligiéndose primero cinco consejeros de una propuesta de seis miembros formulada conjuntamente por los Grupos parlamentarios Socialista y Popular y, un mes más, tarde el sexto consejero⁵⁵.

Las siguientes elecciones de los miembros del Consejo de Administración en sucesivas legislaturas y hasta la aprobación de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, se llevaron a cabo con las mismas patologías que observamos en la elección de otros cargos, esto es, protestas de los grupos parlamentarios minoritarios, que en cada elección manifestaban su rechazo al sistema⁵⁶, aumento de los retrasos en el plazo de la elección (de un año en las Legislaturas IV y V) o la sucesión de vacantes anticipadas que no siempre se llegaban a cubrir.

Nada más constituirse la VIII Legislatura se aprueba el Real Decreto 744/2004, de 23 de abril, por el que se crea el Consejo para la reforma de los medios de comunicación de titularidad del Estado, con el fin de que elabore una propuesta que permita articular un marco legal para la Radio y la Televisión Pública más acorde con el mandato del artículo 20.3 de la CE.

En dicho informe se señala abiertamente que

“El Consejo de Administración, designado por el Senado y el Congreso por mayoría de dos tercios, ha sido objeto estos años de acuerdos entre los grandes grupos parlamentarios, pero la indefinición del perfil de sus componentes (“personas de relevantes rasgos profesionales”) y el sistema de cuotas por grados de representatividad en las Cámaras, han empujado generalmente el consenso mayoritario hacia militantes o simpatizantes, incluso totalmente ajenos a los sectores de la comunicación o de la gestión. Las consiguientes mayorías automáticas para los partidos gobernantes difícilmente podían permitir que cada Consejo actuara como contrapeso al poder de cada Director General. Además, sus competencias recortadas, impropias de un auténtico Consejo de Administración, han impedido que, incluso en casos puntuales de minoría del partido gubernamental, este órgano haya sido capaz de controlar efectivamente ni siquiera aspectos tan fundamentales como los presupuestos o la programación anual⁵⁷”.

⁵⁴ Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1980, Números 77, de 27 de marzo, 78, de 9 de abril, 80, de 15 de abril, 86, de 6 de mayo y 126 de 30 de octubre.

⁵⁵ Diarios de Sesiones del Senado. II Legislatura. Año 1983. Números 14, de 12 de mayo y 17, de 14 de junio.

⁵⁶ Diario de Sesiones del Senado III Legislatura. Año 1986. Núm. 15, de 18 de diciembre de 1986. Diario de Sesiones del Senado IV Legislatura. Año 1990. Núm. 46, de 5 de diciembre de 1990.

⁵⁷ También crítica este informe la elección gubernamental del Director general «El nombramiento gubernamental directo del Director General, centro de casi todo el poder ejecutivo en RTVE, ha mostrado durante estos años, en ausencia de tradición democrática, una clara y reincidente desviación

En este informe el Consejo, además de proponer que la estructura del Ente Público pasara al de Corporación (participada al 100 por 100 por el Estado), hacía una nueva propuesta de órganos de dirección que daba mayor protagonismo al Consejo de Administración cuyos consejeros, solo en parte estarían elegidos por el Parlamento⁵⁸.

Tras la presentación del informe, se aprobaría la Ley 17/2006, de 5 de Junio, que, a pesar de señalar en su Exposición de Motivos que «recoge las principales propuestas del informe elaborado por el Consejo para la reforma de los medios de comunicación de titularidad del Estado»⁵⁹ se aparta de las propuestas de los expertos en cuanto al procedimiento de elección de los miembros de Consejo de Administración.

respecto a los objetivos de la ley. Carente el Consejo de Administración de cualquier facultad de control, por su función previa de “oído” en esta designación, los Gobiernos han optado, en la mayor parte de los casos, por personas afectas a sus filas, como llave de un intervencionismo sistemático, que no sólo ha implicado distorsiones en la programación o sospechas sobre la independencia e imparcialidad de la información. La dependencia gubernamental sistemática ha determinado una estructura de poder no orientada a la gestión económica eficiente. La inestabilidad crónica de la dirección general, contraria a su preceptiva permanencia de cuatro años, ha sido sobre todo incompatible con una gestión racional de la empresa pública —tres directores generales bajo UCD (1980-82), cuatro en los mandatos del PSOE (1982-1994); cinco en los del Partido Popular (1996-2004)— y explicaría por sí sola la dificultad de una gestión estable y racional, además de la ausencia de planes aprobados de viabilidad o estratégicos de futuro». Y el funcionamiento de la Comisión de Control Parlamentario de RTVE que según el informe «ha reproducido las mayorías gubernamentales, duplicando en la práctica las funciones del Consejo de Administración, sin otras consecuencias que la reiteración de un debate político permanente sobre las manipulaciones del Gobierno de turno. Y los numerosos errores de gestión y problemas económicos expuestos en los informes de la Intervención Delegada de Hacienda o del Tribunal de Cuentas, no han recibido por parte de los gestores o del propio Parlamento la atención suficiente para promover los cambios que se recomendaban». https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_reforma_medios_publicos.pdf (pp. 31 y 32).

⁵⁸ Según señala el informe mencionado en la nota anterior, p. 135, la elección se efectuará a razón de: «Cuatro miembros elegidos para cada mandato, la mitad por el Congreso (2) y la mitad por el Senado (2), mediante mayoría reforzada de dos tercios de la Cámara correspondiente, a propuesta de al menos la mitad de los Grupos parlamentarios existentes redondeada al alza. Y previo examen de idoneidad ante la Comisión parlamentaria correspondiente.

Dos miembros elegidos por el Consejo Audiovisual, por mayoría de al menos dos tercios de sus miembros

Dos miembros designados por los dos sindicatos más representativos en RTVE.

– El tiempo de mandato será de seis años, sin posibilidad de reelección en el periodo consecutivo.

– La renovación de los miembros del Consejo se realizará por mitades, a razón de cuatro cada tres años, por cuotas iguales de cada uno de sus electores. Para el caso de los primeros electos, se realizará un sorteo entre los mismos al inicio de su mandato, resultando aquellos que cesen con un mandato de tres años, y con la posibilidad excepcional de ser reelegidos por una sola vez.

– Las vacantes que se produzcan serán cubiertas por las Cámaras, el Consejo Audiovisual o los sindicatos, según corresponda.

– Los acuerdos del Consejo de Administración se adoptarán por la mayoría de los miembros presentes, salvo en los supuestos en los que se exija expresamente mayoría cualificada.

– El Consejo contará con un Presidente, elegido de entre sus miembros, que tendrá voto de calidad en caso de empate».

⁵⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9958&tn=1&p=20060606>.

En efecto, el número de consejeros, según la redacción original de la ley, es de 12 que serán íntegramente elegidos por «las Cortes Generales, a razón de ocho por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado, de entre personas de reconocida cualificación y experiencia profesional». Eso sí «dos de los miembros del Consejo a elegir por el Congreso, lo serán a propuesta de los dos sindicatos más representativos a nivel estatal con implantación en la Corporación RTVE y sus sociedades». Los candidatos propuestos «deberán comparecer previamente en audiencia pública en el Congreso y el Senado, en la forma que reglamentariamente se determine, con el fin de que ambas Cámaras puedan informarse de su idoneidad para el cargo. Su elección requerirá una mayoría de dos tercios de la Cámara correspondiente».

En cumplimiento de la remisión que hace la ley, las Mesas del Congreso y del Senado aprobaron la Resolución de 12 de noviembre de 2007, sobre el ejercicio de las funciones atribuidas a las Cortes Generales mediante la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal, en la que se incluye una sucinta regulación del procedimiento de elección de los miembros del Consejo que remite a lo establecido en los reglamentos, con dos peculiaridades, una referida a la renovación parcial de los consejeros de propuesta sindical y la otra para reconocer la obligatoriedad de la comparecencia de los candidatos ante la «comisión competente».

Finalmente, la Ley se apartaba de la propuesta de elección del Director general hecha en el informe del Consejo, ya que se regula la figura del presidente de la Corporación RTVE y del Consejo que será designado por el Congreso de los Diputados, de entre los doce consejeros electos, por mayoría de dos tercios de la Cámara⁶⁰.

El 19 de diciembre de 2006 el Pleno del Congreso de los Diputados eligió a sus ocho consejeros y al presidente y el del Senado eligió a sus cuatro.

Así mismo, y aunque el artículo 11 disponía que el mandato de los consejeros era por seis años no renovables, el artículo 12, apartados 2 y 3, establecía que las vacantes se deberían cubrir por las Cámaras, a propuesta de los grupos parlamentarios o de los sindicatos más representativos, según correspondiera⁶¹ y que el Consejo de Administración se habría de renovar parcialmente por mitades, cada tres años, por cuotas iguales en razón del origen de su propuesta, rigiendo para la primera renovación lo dispuesto en la transitoria cuarta.

De esta forma, correspondería proceder a la primera renovación a principios del año 2010, renovación que no tendría lugar, a pesar de que el enton-

⁶⁰ Artículo 11 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, en su versión original.

⁶¹ Así, en noviembre de 2009 renunciaría a sus cargos de consejero y presidente de la Corporación, Luis Fernández Fernández, procediéndose por el Congreso de los Diputados, ya que de él provenía este consejero, a la elección de un nuevo que a la sazón también sería nombrado presidente de la Corporación, en la sesión plenaria de 24 de noviembre de 2009 (DS Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Año 2009. Núm. 125).

ces presidente de la Corporación RTVE comunicara en enero de ese año los nombres de los consejeros que debían ser sustituidos en virtud del artículo 12 y la disposición transitoria cuarta. Tras sucesivas ampliaciones del plazo de presentación de candidaturas, la elección se trasladó a la X Legislatura.

Bajo esta situación de parálisis se produce, además de la modificación introducida por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (solo tangencial a nuestros efectos), una reforma vía decreto ley que afecta directamente a la regulación de la composición y a la elección parlamentaria de los miembros del Consejo de Administración.

Esta nueva regulación, introducida por el Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio, se presentaba para solucionar una clara situación de crisis institucional en el Consejo de Administración, con dos presidentes dimitidos (uno en 2009 y otro en 2011) dos vacantes entre los consejeros y cinco consejeros cuyo mandato había expirado a principios de 2010 (esto es dos años antes de la aprobación de esta norma).

El decreto ley modificaba así el número de consejeros, que pasaba de doce a nueve, y hacía desaparecer los dos consejeros que debían venir de la propuesta de los dos sindicatos más representativos a nivel estatal con implantación en la Corporación. Consecuentemente con esta reducción, el decreto-ley establecía un nuevo reparto entre las Cámaras del número de consejeros que debían elegir cada una de ellas (cinco el Congreso y cuatro el Senado) y matizaba el sistema de mayorías que debía regir para la elección tanto de los consejeros, como del presidente, pues en primera vuelta se mantenía la mayoría de dos tercios, pero se reconocía, en caso de no lograrse esta mayoría, una nueva votación trascurridas veinticuatro horas, en la que solo se exigía mayoría absoluta. Por último, el real decreto ley (apartado seis) también modificaba la redacción original del apartado 2 del artículo 12, introduciendo una regla que ya imperaba en otros nombramientos, esto es, que las personas designadas para sustituir por vacante a un consejero lo serán por el tiempo que reste del mandato de su antecesor y añadía que estas vacantes deberán ser cubiertas por las Cámaras a propuesta de los grupos parlamentarios.

A pesar de que los apartados uno a cinco del real decreto ley fueron recurridos ante el Tribunal Constitucional, la renovación parcial tendría lugar en el Senado en la sesión plenaria del 18 a 20 de junio de 2012, y en el Congreso de los Diputados en las sesiones plenarias del 19 y 21 de junio de 2012, en ambos casos en segunda votación y por mayoría absoluta⁶². Dos años más tarde se produciría nuevamente la vacante en la Presidencia de la

⁶² Diarios de Sesiones. Senado. X Legislatura. Sesión plenaria número 13. Núm. 22, de 18 de junio de 2012 y núm. 24, de 20 de junio de 2012. Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados. X Legislatura. Números 41 (sesiones plenarias 40, de 19 de Junio) y 43 (sesión plenaria 42, de 21 de junio).

Corporación, debiendo el Congreso elegir nuevo consejero (lo que hizo en las sesiones plenarias de 14 y 16 de octubre de 2014) y nuevo presidente, elección que tuvo lugar en las sesiones plenarias del 16 y 22 de octubre, incumpléndose así el plazo de las veinticuatro horas para celebrar la segunda votación exigido en la Ley 17/2006⁶³.

Ante esta situación, nada más comenzar la XII legislatura, el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, con el objetivo de volver a la redacción original de la ley de 2006, presentó una proposición de Ley sobre la modificación de la ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, para recuperar la independencia de la corporación RTVE y el pluralismo en la elección parlamentaria de sus órganos.

La tramitación de esta iniciativa es el mejor reflejo de una situación que, en la elección de estos cargos, combinaba el desacuerdo con vanos intentos de llegar a una solución definitiva.

Tomada en consideración la iniciativa por el Pleno del Congreso en marzo de 2017, se acuerda a continuación disponer su tramitación por el procedimiento de urgencia, y en la sesión plenaria de 17 de mayo se acuerda también su tramitación directa y en lectura única.

A la vista de las enmiendas de los grupos parlamentarios en el Congreso, se podía anticipar el desastre, si bien no era muchas las enmiendas presentadas (29) sí era muy distinto el tenor de unas y otras, no existiendo coincidencia ni siquiera en el número de miembros que debían integrar el Consejo de Administración. En la sesión plenaria de 22 de junio de 2017 el Congreso aprobaría, entre otras, dos enmiendas, la número 8 Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, y la 21 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que proponían un número diferente de miembros para el Consejo de Administración (doce la primera, nueve la segunda). Finalmente, el consenso se logró en el Senado, con un Consejo de Administración formado por diez consejeros⁶⁴.

La Ley aprobada, Ley 5/2017, de 29 de septiembre, por la que se modifica la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, para recuperar la independencia de la Corporación RTVE y el pluralismo en la elección parlamentaria de sus órganos, tuvo dos consecuencias fundamentales.

La primera de ellas fue la de dejar sin efectos jurídicos directos a la STC 150/2017, de 21 de diciembre que, si bien declaraba la inconstitucionalidad

⁶³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. X Legislatura. Año 2014 Núm. 227, sesión plenaria núm. 215 de 14 de octubre (en esta sesión los diputados del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural y el señor Larreina Valderrama, la señora Fernández Dávila y el señor Baldoví Roda, del Grupo Parlamentario Mixto, se ausentaron del hemiciclo durante la votación) Diarios de sesiones del Congreso de los Diputados. X Legislatura. Año 2014 Núm. 231, sesión plenaria núm. 216 de 16 de octubre y Núm. 233, sesión plenaria núm. 218, de 22 de octubre.

⁶⁴ Para ver la tramitación completa de esta iniciativa consultar <https://www.senado.es/web/actividad-parlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=12&id1=624&id2=000005>.

y nulidad de los apartados primero, segundo y tercero y del inciso «de entre los nueve consejeros electos» del apartado quinto del artículo 1 del Real Decreto-Ley 15/2012, de 20 de abril, lo hacía respecto de una norma que ya no estaba en vigor.

A pesar de ello, sí son interesantes algunos pasajes del pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal en relación con el tema que nos ocupa, por un lado, porque al hilo de la determinación de qué materias pueden regularse por decreto-ley, rechaza abiertamente considerar a la Corporación RTVE una institución básica del Estado⁶⁵ pero le confiere, siguiendo pronunciamientos anteriores, la naturaleza de servicio público «estrechamente vinculada a este respecto, en relación de dependencia, a los poderes públicos». Por otro lado, al reconocer la constitucionalidad de la regulación del nombramiento en doble vuelta vía decreto ley, el Tribunal rechaza que la regulación de este procedimiento de elección forme parte de la autonomía reglamentaria del artículo 72.1 CE, que solo abarca «la vida interna de las Asambleas ... para articular las fases o procedimientos que se desarrollan en su seno», y deja sentado que es la Ley 17/2006, la que regula el modo de renovación y cese de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE y no la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 12 de noviembre de 2007⁶⁶.

En efecto, la segunda consecuencia que trae la Ley 5/2017 es precisamente la regulación de un nuevo Consejo de Administración de la Corporación RTVE formado por diez miembros que debían ser elegidos seis por el Congreso (a quien también corresponde la designación del presidente) y cuatro por el Senado, manteniéndose la mayoría de dos tercios para la elección y la exigencia de la comparecencia pública de los candidatos. Así mismo, se consagra la desaparición de los miembros de procedencia sindical y se mantiene la redacción del apartado 2 del artículo 12 que ya daba el Real Decreto-Ley 15/2012.

La ley de 2017 también introducía un régimen transitorio para la primera elección del nuevo Consejo que bajo la premisa de que las Cortes Generales debían aprobar, en el plazo de tres meses, una normativa que contemplase la selección de los miembros del Consejo de Administración y del presidente de la Corporación RTVE, fijaba los siguientes requisitos:

- 1) El proceso de selección y de elección debía hacerse también en el plazo de tres meses antes aludido.
- 2) Si en una primera votación no se alcanzare la mayoría de dos tercios, se habría de celebrar una segunda votación en un plazo no inferior a quince días donde los candidatos podían ser elegidos por mayoría

⁶⁵ Fundamento jurídico 9.

⁶⁶ Fundamento jurídico 10. Con ello el Tribunal reitera su doctrina a este respecto ya expuesta en sentencias como la 49/2008 o la 191/2016.

- absoluta, siempre que su candidatura hubiera sido propuesta por, al menos, la mitad de los grupos parlamentarios de la Cámara que correspondiera.
- 3) La selección debía hacerse por concurso público con la participación de un comité de expertos designados por los grupos parlamentarios.
 - 4) Este Comité debía hacer públicos sus informes de evaluación y remitirlos a la Comisión competente para la correspondiente audiencia de los candidatos.
 - 5) En tanto no se apruebe esta normativa, la elección y las comparecencias previstas en el artículo 11 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, se llevarían a cabo con arreglo al procedimiento vigente.

La Ley entró en vigor el 1 de octubre de 2017, pero no tuvo el efecto deseado pues la situación de bloqueo institucional se mantuvo durante el último trimestre de ese año y el primer semestre de 2018.

El nuevo Gobierno surgido de la aprobación de la moción de censura al Gobierno presidido por don Mariano Rajoy Brey, el 1 de junio de 2018, aprobó entonces y casi de forma inmediata el Real Decreto-ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del Consejo de Administración de la Corporación de RTVE y de su presidente, decreto que impelía a las Cámaras a elegir en el plazo de 15 días naturales a los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE y, al Congreso, a su presidente.

Además, este decreto-ley, si bien mantenía el régimen de mayorías que la ley establece para el nombramiento de los consejeros y presidente, introducía, con el fin de cumplir con la situación de urgencia, además de la reducción de los plazos, dos modificaciones: una era la sustitución del Senado para el caso de que esta Cámara no hubiera elegido en plazo a los consejeros que le correspondían y, la otra era la competencia del Gobierno para proponer un candidato que viniera a hacer las veces de Consejo de Administración y presidente de la Corporación (denominado administrador provisional único), elegido por el Congreso de los Diputados por mayoría de dos tercios, en primera vuelta, o por mayoría absoluta, en segunda y que se aplicaría si fracasaba el procedimiento parlamentario de designación.

A todo correr las Cámaras iniciaron un procedimiento de elección de los nuevos Consejeros. En el Senado las comparecencias ante la Comisión de Nombramientos y la celebración del primer Pleno tuvieron lugar el 3 de julio, y la segunda votación, tal y como disponía el real decreto-ley, el día 5 de julio, sin que en esta segunda vuelta se alcanzara la mayoría absoluta requerida. Mientras, en el Congreso de los Diputados, el resultado de la elección de sus seis consejeros fue distinta, alcanzando la mayoría absoluta en segunda votación la propuesta sometida al Pleno. Acto seguido, y tal y como exigía el real decreto ley, en sesión (extraordinaria) el Pleno del Congreso de los Diputados se reunió el 10 y el 16 de julio para elegir los cuatro consejeros de

propuesta senatorial, y en sustitución de aquella Cámara, sin que, nuevamente, se obtuviera las mayorías requeridas.

Al fracasar el procedimiento parlamentario de elección del Consejo de Administración de la Corporación RTVE, y siempre siguiendo el real decreto, el Gobierno pasaba a asumir un papel protagonista proponiendo una administradora provisional única que fue elegida en segunda votación y por mayoría absoluta en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 27 de julio de 2018.

A su vez, la disposición final primera del Real Decreto 4/2018 modificaba la transitoria segunda de la Ley 5/2017, dando una redacción más detallada del procedimiento que deberían regular las Cortes Generales para la elección del Consejo de Administración de RTVE y que, finalmente, se aprobaría mediante la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 10 de julio de 2018, por la que se aprueban las normas para la renovación de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE⁶⁷.

Entre julio de 2018 y marzo de 2021, asistimos a un largo proceso de renovación del Consejo, en el que se intentó, por un lado, una mayor apertura del sistema, al articularse sobre la base de un concurso público al que se presentaron cerca de 100 candidatos, y, por otro, la incorporación de criterios objetivos para selección, al incluir un Comité de expertos encargado de evaluar la idoneidad de los concursantes.

Por otra parte, y al igual que ocurriera en el año 2017, el Tribunal Constitucional dictó Sentencia, tardía, con respecto al recurso presentado contra el Real Decreto Ley 4/2018.

La STC 134/2021, de 24 de junio, que declara inconstitucionales y nulos el apartado tercero, del artículo único y la disposición final primera del Real Decreto-ley 4/2018, mantiene, sin embargo, la validez de la Resolución de 10 de julio de 2018 y los nombramientos realizados con arreglo a la misma, sin perjuicio de que las Mesas del Congreso y del Senado pudieran modificar, a la vista de esta inconstitucionalidad, dicha resolución si así lo consideran oportuno.

Por otra parte, de la interpretación que el Tribunal Constitucional hace en su fundamento jurídico 4, obtenemos una importante doctrina en relación con dos aspectos fundamentales de este estudio. Por un lado, que la potestad de designación de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE es un elemento sustancial del control parlamentario que ejercen las Cámaras, y es contenido esencial del apartado 3 del artículo 20 CE, considerando a esta función de nombramiento reflejo del pluralismo político que consagra la constitución y, por otro, que la expresión «parlamentario» alude a las Cortes Generales y, en consecuencia, el régimen de designación debe atender «al carácter bicameral de las Cortes

⁶⁷ BOCG, Cortes Generales, Serie A, núm. 214, de 13 de julio de 2018.

Generales, sin perjuicio de que en las distintas concreciones de tal régimen pueda plasmarse la distinta posición que ocupan el Congreso de los Diputados y el Senado en el sistema parlamentario caracterizado por un notorio bicameralismo imperfecto»⁶⁸.

Que la solución del nombramiento de los miembros del Consejo de Administración se había cerrado en falso con las reformas de 2017 y la Resolución de las Mesas de ambas Cámaras de 2018, lo demuestra el hecho de que año y medio después de su nombramiento el presidente de la Corporación RTVE, elegido conforme a este nuevo procedimiento, presentó su dimisión a finales de septiembre de 2022, abriéndose una nueva crisis institucional por cuanto que, aunque la representación de la Corporación venga a ser ejercida por la presidenta interina del Consejo de Administración de la Corporación RTVE, conforme a lo previsto en los estatutos sociales de la Corporación, el Congreso debería iniciar los trámites para la cobertura de la vacante en el Consejo conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 12 de la Ley 17/2006, y en la disposición adicional de la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 10 de julio de 2018, para, posteriormente, designar, de entre los diez consejeros electos, al que desempeñará el cargo de presidente de la Corporación RTVE y del Consejo, según dispone el apartado 4 del artículo 11 de la mencionada Ley 17/2006⁶⁹.

3.2.6. *El Observatorio de la Vida Militar*

El último de los procedimientos de elección que corresponde revisar hace referencia al más reciente de los órganos de elección parlamentaria, que tiene su origen en la disposición final tercera de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

Los retrasos en este órgano comienzan ya desde su origen pues su regulación no se aprueba hasta Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (arts. 53 y ss.), que configura al Observatorio de la Vida Militar como un órgano colegiado, asesor y consultivo, adscrito a las Cortes Generales «cuyas funciones son analizar aquellas cuestiones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los miembros de las Fuerzas Armadas y fomentar aquellas actuaciones que coadyuven a la mejor regulación de la condición militar».

⁶⁸ Para un estudio más detallado de la STC 134/2021 véase GONZÁLEZ ESCUDERO, M.^a T., 2022.

⁶⁹ Más allá de la polémica surgida de la modificación de los estatutos sociales de la Corporación, tras el acuerdo favorable del Consejo de Ministros en su reunión de 4 de octubre, la actual situación, de alargarse en el tiempo, podría suponer una nueva crisis institucional de la que, ni el Parlamento, ni la Corporación, habrán de salir beneficiados, pero de la que quien más sufrirá será el propio sistema democrático ya muy dañado por la crisis institucional que también existe en el Consejo General del Poder Judicial.

Formado por un total de nueve miembros propuestos por al menos tres grupos parlamentarios de la Cámara correspondiente, cinco son elegidos por Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado, en ambos casos por mayoría absoluta y por un mandato de cinco años.

Por otra parte, y a pesar de que la disposición final décima de la Ley establecía que este órgano debía estar constituido en el plazo de seis meses a partir de su entrada en vigor, esto es, en abril de 2012, el primer Observatorio no se constituyó hasta noviembre de 2013, y en los debates de la Comisión Consultiva de Nombramientos del Congreso, ya se aprecia el desacuerdo, otra vez, de los grupos minoritarios, por el procedimiento establecido para su designación⁷⁰.

Finalmente, y como claro reflejo de la generalización de los retrasos en la renovación de todos los órganos de elección parlamentaria, el segundo Observatorio, que debería haber sido elegido en noviembre de 2018, se renovó en junio de 2021, con año y medio de retraso, periodo durante el que no hubo Observatorio alguno en funcionamiento, al no prever la Ley el régimen del saliente en caso de renovación tardía.

IV. LAS POSIBLES SOLUCIONES

La anomalía que supone la elección parlamentaria tardía de los miembros de las instituciones y otros órganos del Estado se ha intentado paliar de diversas formas.

Aunque en el caso del Defensor del Pueblo su posible vacante se cubre con la figura de los adjuntos, en la mayoría de los supuestos⁷¹ se regula la prórroga del órgano saliente. No obstante, en uno y otro caso parece que la norma está pensada para vacantes de corta duración.

Las situaciones de anomalía prolongada descritas en este trabajo, han favorecido que, más allá del plano doctrinal, se hayan buscado soluciones legislativas que maticen este régimen de *prorrogatio*, la más significativa, además de la descrita para la Corporación RTVE, la del Consejo General del Poder Judicial, en la que, tal y como hemos señalado anteriormente, la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, introduce dos nuevos artículos, el 570bis y el 598bis, en los que se limitan las atribuciones del Consejo y las de su presidente cuando aquel está en funciones, equiparando, según se expresa en la Exposición de Motivos, la situación en la que este órgano constitucional se encuentra a la del Gobierno en funciones o a la de las Cámaras disueltas,

⁷⁰ DS. Congreso de los Diputados. Comisiones. X legislatura, Año 201, núm. 455. Sesión de la Comisión Consultiva de Nombramientos de 6 de noviembre de 2013.

⁷¹ Tribunal Constitucional, artículo 17.2 LOTC; Consejo General del Poder Judicial, artículo 570.2 LOPJ; Tribunal de Cuentas, artículo 22.3 de su Ley de funcionamiento; Corporación RTVE, artículo 12.1 de la Ley 17/2006.

como justificación para limitar las competencias del Consejo mientras no se proceda a su renovación.

Sin embargo, más allá de que una importante parte de la doctrina⁷² considere inadecuada la opción de la *prorrogatio* de los órganos constitucionales cuando no se llegue a un acuerdo para su renovación, y de que es imprescindible buscar una solución a las situaciones de anormal alargamiento de los mandatos, más allá de esto, parece necesario advertir que estas reformas no surgen de un sosegado estudio para solucionar las situaciones de *prorrogatio*, sino que más bien parecen una estratagema de los ejecutivos ante una situación de bloqueo, eso sí, con gravísimas consecuencias⁷³. Pero en esta situación nadie está libre de culpa. Los bloqueos del sistema por la oposición no suelen justificarse con razones objetivas, sino que aquella basa su negativa en considerar inadecuados a los candidatos del otro sin ofrecer mayor argumentación, o bien utiliza este bloqueo como mecanismo de presión para modificar una norma aun cuando no se cuenta con la suficiente mayoría para hacerlo.

Así, si volvemos al último discurso de apertura del año judicial⁷⁴ vemos la abierta crítica del entonces presidente del Tribunal Supremo y del Consejo a una y otra actitud, destacando, por un lado, los efectos devastadores de la LO 4/2021 que se van extendiendo a toda la organización judicial y que son un agravio para los propios ciudadanos, los grandes damnificados en cuanto destinatarios del servicio de la justicia, pero reiterando, por otro, que

“la renovación del Consejo debe acometerse con urgencia y de conformidad con la legislación vigente, sin que se pueda supeditar por ninguna fuerza política a sucesivas condiciones que impiden el cumplimiento del claro mandato constitucional del plazo, que no admite interpretaciones”.

Y ello sin perjuicio de considerar «ineludible» abordar la reforma del modelo una vez se haya producido la renovación, lo que se justifica en la crisis permanente del actual sistema. En todo caso, en su discurso don Carlos Lesmes Serrano, descartaba «remedios excepcionales», como la propuesta de dimisión en bloque del Consejo, pues ello llevaría a su paralización total con la imposibilidad material y jurídica de desarrollar su misión constitucional.

⁷² SANTAMARÍA PASTOR, J.A., 2008, p. 17.

⁷³ A modo de ejemplo recordemos que en un solo año el legislador se ha visto obligado a rectificar su propio criterio en relación con el Consejo General del Poder Judicial de forma que, cuando lo ha necesitado, lo que no se podía hacer según la LO 4/2021 ya sí se puede en virtud de la LO 8/2022.

⁷⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2022). Discurso del Presidente del Tribunal Supremo en la apertura del año judicial 2022. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/El-presidente-del-TS-y-del-CGPJ-urge-a-las-fuerzas-politicas-mayoritarias-a-poner-solucion-a-la-situacion-insostenible-de-la-justicia-renovando-el-Consejo-o-devolviendole-sus-competencias>

En esta misma línea se ha pronunciado el Comisario Europeo responsable de justicia (don Didier Reynders) durante su comparecencia ante la Comisión Mixta para la Unión Europea, en su sesión celebrada el jueves 29 de septiembre de 2022, al señalar que

“la Comisión recomienda que se proceda de forma prioritaria a la renovación de los miembros del Consejo General y que, inmediatamente tras esta renovación, se inicie un procedimiento que tenga por fin adaptar las normas de nombramiento aplicables. Los estándares europeos prevén, de hecho, que el Consejo General del Poder Judicial se componga por una mayoría de jueces y que estos sean elegidos por sus pares, es decir, por otros jueces⁷⁵”.

A la vista de estas afirmaciones la cuestión que se nos plantea es la de si la *prorrogatio* es una solución adecuada al bloqueo de las instituciones o si, por el contrario, deberían buscarse otras alternativas.

Partimos de la base de que gran parte de la doctrina rechaza la figura de la *prorrogatio*. Santamaría Pastor resalta que no es una opción del constituyente y, aunque no puede tacharse de inconstitucional, sí considera totalmente inadecuada la opción de admitirla con carácter general, aceptando su uso solo si concurre algún requisito material, si se limita en el tiempo, o si se prevén formas alternativas de renovación⁷⁶, y analiza sus males al afirmar que:

- Es una técnica que por su naturalidad y aparente bajo coste al utilizarse, invita a su empleo sistemático (el órgano sigue funcionando y en consecuencia los peligros de su no renovación quedan ocultos).
- Es un factor de deslegitimación del órgano prorrogado y a la larga puede traer la deslegitimación del propio sistema constitucional, dañando a las instituciones al acentuar la sospecha de lealtad partidista.
- Potencia la sensación de interinidad de sus miembros, lo que fomenta la pasividad ante la toma de decisiones trascendentes.Y
- Justifica la limitación de sus potestades o competencias por cuanto se encuentran en una suerte de órgano en funciones⁷⁷.

Abundando más en su rechazo este autor, en 2008, llegó a tildar a la prórroga de figura con cierta «pulsión totalitaria» que podría llevar a la quiebra del sistema constitucional y ello porque, haciendo suyas las afirmaciones de Hanna Arendt, un «horizonte utópico de todos los partidos políticos consiste en una ocupación indefinida del poder político», lo que unido a la profesionalización de sus cúpulas acrecienta la necesidad del control de todos los órganos del aparato estatal.

⁷⁵ DS de las Cortes Generales, año 2022. XIV Legislatura, núm. 149.

⁷⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., 2008, p. 17.

⁷⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., 2008, pp. 20-23.

Quizá cuando el autor escribió su artículo «la *porrogatio* de los órganos constitucionales, apuntes mínimos sobre un tema que no lo es» sus afirmaciones parecerían arriesgadas, hoy, sin duda, estas palabras están más cerca de la realidad y parecen premonitorias. 14 años después de este artículo parece claro que la falta de renovación de un órgano apenas tiene coste social si este sigue cumpliendo con sus competencias mientras está en funciones, y también parece claro que esta situación de bloqueo solo adquiere protagonismo cuando se denuncia por quienes deben cumplir con su renovación, deslegitimando a sus miembros y por ende al sistema que representan. Finalmente, hoy observamos que una situación de prorroga prolongada ha justificado en ocasiones el nombramiento de cargos que suplen al órgano prorrogado (véase el caso de la Corporación RTVE) y, en otras, justifican la limitación de las funciones del órgano en cuestión (como es el caso del Consejo General del Poder Judicial).

A la vista de todos estos inconvenientes, analizamos otras opciones que buscan neutralizar el bloqueo institucional. Las soluciones que se barajan, obviamente, no son la panacea universal que buscaran los antiguos alquimistas, todas tienen pros y contras, solo las enumero.

- 1) La primera y quizá más radical de las soluciones sería la de prohibir la prórroga, esto es, cuando se acaba el mandato se cesa *ope legis*. Esta solución, sin embargo, solo parece viable si la renovación del órgano se hace por partes y siempre de tal manera que el quorum no se vea afectado. Además, este sistema para poder ser efectivo requiere el reconocimiento de lo que la doctrina denomina renovaciones individualizadas por las que, claramente, no optado nuestro legislador, pues, tal y como se ha ido exponiendo, la opción de nuestro legislador ha sido la de cubrir las vacantes solo por el plazo que restaba al sustituido⁷⁸. Por otra parte, y como señala Lucas Murillo⁷⁹, con estas renovaciones individualizadas se corre el riesgo de asistir a una reducción progresiva del número de miembros hasta llegar a la inoperancia de los órganos, lo que, a nuestro entender, produciría un vaciamiento del órgano que puede fomentar la búsqueda de soluciones alternativas de elección, no siempre muy acordes con el sistema constitucional vigente. La renovación del órgano por bloques (en el caso del Tribunal Constitucional por tercios, en el caso de la Corporación RTVE por mitades cada tres años) o la posibilidad de constituirse con los miembros nuevos de uno de los órganos encargados de la elección y los antiguos del órgano que incumple (véase el art. 570.1 de LOPJ) no ha sido tampoco la solución del problema al bloqueo institucional.

⁷⁸ Artículo 16 LOTC, artículo 22.2 de la Ley funcionamiento de Tribunal de Cuentas; artículos 570.3 y 571 LOPJ, artículo 12.2 de la Ley 17/2006.

⁷⁹ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., 2010, p. 138.

- 2) Menos radical es la postura de autores como Aguiar de Luque⁸⁰ que propone en ocasiones una prórroga limitada (en el Consejo General del Poder Judicial admite la prórroga solo de los miembros de la Comisión Permanente) y, en otras defiende la limitación de las funciones cuando el órgano tenga vacantes (así propone que, al Tribunal Constitucional, cuando esté incompleto, se le impida resolver recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencias). Pero estas opciones, al dañar el funcionamiento pleno del órgano de que se trate pueden romper con el equilibrio constitucional de poderes, favoreciendo, aunque sea a corto plazo, la actuación incontrolada del órgano que ostenta la posición más privilegiada del sistema (que en un sistema de parlamentarismo racionalizado es el Ejecutivo).
- 3) Otra propuesta sería la de buscar un sistema alternativo de elección, siguiendo el ejemplo del Tribunal Constitucional alemán, sin embargo, nada impide que este sistema alternativo, por mor de los bloqueos políticos, también paralice el proceso de elección, riesgo que ha llevado a que, incluso, se proponga la cobertura de los puestos por sorteo, si bien dudamos que esta solución encaje en nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, la figura de la elección con suplentes contemplada para los vocales del Consejo General del Poder Judicial podría considerarse un acercamiento hacia un sistema de cobertura automática de vacantes.
- 4) Reducir la exigencia de las mayorías y pedir, a lo sumo, mayoría absoluta, ha sido otra de las propuestas, pero esta opción, que como hemos visto se elige en determinados procedimientos como una opción en segunda vuelta, rompe la idea de consenso y participación de las minorías y favorece que el Ejecutivo controle la designación de un gran número de puestos. Pero es que, además, la experiencia nos dice que tampoco esta mayoría asegura evitar el retraso en la renovación del órgano y baste para ello remitirnos a la última elección del Observatorio de la Vida Militar.
- 5) López Guerra⁸¹, tras revisar algunas de las soluciones adoptadas por nuestro legislador, que trasladan la presentación de candidatos a instancias no parlamentarias, y tras constatar su fracaso, afirma que la solución requiere que los cambios incidan directamente en los órganos parlamentarios sin cuya actuación no hay elección, y propone fijar plazos para la realización de cada una de las fases parlamentarias del procedimiento que constriñan a estos órganos a actuar una vez iniciado este⁸². Finalmente, en la misma línea de buscar las soluciones en el ámbito

⁸⁰ AGUIAR DE LUQUE, L., 2009.

⁸¹ LÓPEZ GUERRA, L., 2020, pp. 82-83.

⁸² En esta línea se ha pronunciado recientemente Carmona Contreras en su artículo *Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica*, 2022 pp. 268-269.

parlamentario, Vidal Fueyo propone incluso sanciones económicas a los diputados y senadores cuando incumplen su obligación de elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional⁸³.

En definitiva, la doctrina no se cansa de buscar mecanismos que fuercen al Parlamento a actuar. Proponen ceses automáticos dejando vacantes los órganos pendientes de renovación, o sugieren fijar plazos específicos para las fases parlamentarias de la elección, pero la inmediata pregunta es: ¿qué pasa si a pesar de estos mecanismos de presión se incumple por las Cámaras su obligación de renovar estos órganos? La supuesta «presión social» claramente no revierte esta perversión del sistema y la sustitución de los órganos parlamentarios (a modo de sanción por su inactividad), si bien es posible en aquellos supuestos en los que el reconocimiento de esta función es un reconocimiento legal (véase Tribunal de Cuentas o la Corporación RTVE) no parece que sea posible, sin la correspondiente reforma constitucional, para otros como el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional o el Consejo General de Poder Judicial.

La solución pues no es fácil, pero si se quiere preservar el prestigio del órgano elegido y también del elector, no se puede ni debe abandonar su búsqueda, pues como dijera con enorme acierto Tomás y Valiente⁸⁴ «las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace».

V. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- AGUIAR LUQUE, L. «una nueva reflexión sobre la prorrogatio de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J.A. Santamaría», en revista española de derecho constitucional, n.º 85/2009, pp. 83 y ss.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M. (2020). «La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 11-31. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.65.01>.
- CARMONA CONTRERAS, A. (2022). «Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica». *Revista De Las Cortes Generales*, (113), 245-273. <https://doi.org/10.33426/rcg/2022/113/1698>.

⁸³ VIDAL FUEYO, M. DEL C., 2022, p. 34.

⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. DISCURSOS DE SUS PRESIDENTES (1980-2005).

Discurso de despedida del Presidente del Tribunal Constitucional, don Francisco Tomás y Valiente, con ocasión de la renovación del Tribunal (Madrid, 8 de julio 1992), p. 35, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/publicaciones/Publicaciones/OTRAS-05.pdf>.

- CUENCA MIRANDA, A. (2022). «La intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos». *Revista de las Cortes Generales*, (113), 275-303. <https://doi.org/10.33426/rcg/2022/113/1699>.
- GONZÁLEZ ESCUDERO, M.^a T., <https://orcid.org/0000-0002-0056-8339> «el papel del Senado y los límites a la regulación por decreto-ley en el proceso de designación del Consejo de Administración de la Corporación de Radio y Televisión Española y de su Presidente como parte del control parlamentario de los medios de comunicación públicos. comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/2021, de 24 de junio, recurso de inconstitucionalidad 3883-2018. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021)».
- LÓPEZ GUERRA, L. «Vexata quaestio: sobre las dilaciones parlamentarias en la designación de titulares de órganos constitucionales» <https://orcid.org/0000-0002-2106-7410> En: *Revista de las Cortes Generales*. - Madrid. - n. 108 (2020), <https://doi.org/10.33426/rcg/2020/108/1480>.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. «Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos Constitucionales (comentarios sobre la actualidad)» En: *Parlamento y Constitución*. - Toledo. - n. 13 (2010).
- PAUNER CHULVI, C. «Nuevas y viejas cuestiones en torno a la designación parlamentaria de cargos públicos. Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos» Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2010.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. «La prorogatio de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es» En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. -Madrid. - n. 84 (sept.-dic. 2008).
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. «El problema de la renovación de los órganos constitucionales» En: *Revista de Derecho Político*. - Madrid. - n. 77 (en.-abr. 2010).
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. «Procedimientos de designación parlamentaria de Cargos Públicos. Problemas de las designaciones parlamentarias en nuestro derecho». Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2010.
- VIDAL FUEYO, M. DEL C., «El Tribunal Constitucional». Ed, Marcial Pons. Fundación Giménez Abad. Madrid 2022.
- COMISIÓN EUROPEA
Documentos de trabajo de los servicios de la Comisión. Luxemburgo 13.7.2022. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/24_1_194017_coun_chap_spain_es.pdf.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2022). Discurso del Presidente del Tribunal Supremo en la apertura del año judicial 2022. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/El-presidente-del-TS-y-del-CGPJ-urge-a-las-fuerzas-politicas-mayoritarias-a-poner-solucion-a-la-situacion-insostenible-de-la-Justicia-renovando-el-Consejo-o-devolviendole-sus-competencias-->

CONSEJO PARA LA REFORMA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE TITULARIDAD DEL ESTADO

Informe para la reforma de los medios de comunicación de titularidad del Estado https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_reforma_medios_publicos.pdf.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. DISCURSOS DE SUS PRESIDENTES (1980-2005)

Discurso de despedida del Presidente del Tribunal Constitucional, don Francisco Tomás y Valiente, con ocasión de la renovación del Tribunal (Madrid, 8 de julio de 1992), p. 35, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/publicaciones/Publicaciones/OTRAS-05.pdf>.

Técnica legislativa en tiempos revueltos: un examen de las declaraciones del estado de alarma y los Reales Decretos-leyes en 2020 y 2021

Legislative drafting in challenging times:
an analysis of the declarations of the state of
alarm and the Decree-laws in 2020 and 2021

Fecha de recepción: 17/10/22

Fecha de aceptación: 08/11/22

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS ANTE SITUACIONES EXTRAORDINARIAS.—III. LA TÉCNICA NORMATIVA COMO GARANTÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA: ¿UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL?—IV. EL PRESUPUESTO DE LA URGENCIA: UNA CAJA DE PANDORA.—V. LA ENTRADA EN VIGOR: UN LABERINTO.—VI. HOMOGENEIDAD Y PRECEPTOS INTRUSOS: UN TORNADO NORMATIVO.—VII. PUBLICIDAD Y URGENCIA: UNA COMBINACIÓN PENDIENTE.—VIII. APUNTES PROPOSITIVOS A UN PROBLEMA MULTINIVEL.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El artículo pretende incidir en la necesidad de que los análisis de técnica normativa tomen conciencia de la importancia que en los últimos tiempos vienen teniendo el Derecho de emergencia y la legislación extraordinaria. Preliminarmente, el estudio presenta la panorámica actual de la jurisprudencia constitucional en relación con el principio de seguridad jurídica. A continuación, se abordan algunos de los problemas que presentan las declaraciones del estado de alarma y los Reales Decretos-leyes aprobados en 2020 y 2021. Concretamente; la justificación en sus Preámbulos de la concurrencia de los presupuestos, la entrada en vigor, la homogeneidad (o, más bien, su quiebra a través de la inserción de

* Universidad Complutense de Madrid. Estudiante en el Instituto de Derecho Parlamentario.
<https://orcid.org/0000-0003-0291-7835>.

preceptos intrusos) y la publicidad. Todo ello servirá para esbozar unas propuestas mínimas a los efectos de mejorar la certeza del ordenamiento, siempre con especial atención a la perspectiva del ciudadano lego en la materia y a la relevancia creciente que en la actualidad adquieren los mecanismos de la sociedad de la información.

PALABRAS CLAVE: Certeza, Decreto-ley, Derecho de emergencia, Estado de alarma, Publicidad de las normas, Técnica legislativa.

ABSTRACT

The paper intends to remark the need for legal drafting studies to become aware of the importance that emergency law and extraordinary legislation have had in recent times. Preliminarily, the study presents the current overview of constitutional jurisprudence in relation to the principle of legal certainty. Some of the problems presented by the declarations of the state of alarm and the Decree-laws approved in 2020 and 2021 are also addressed. Specifically, the justification in their Preambles of the concurrence of the requirements, the entry into force, the homogeneity (or, rather, its break due to the insertion of intrusive precepts) and publicity. All this will lead to present some minimum proposals to improve the certainty of the system, always with special attention to the perspective of the clueless citizen and to the growing relevance that the information society currently acquires.

KEY WORDS: Certainty, Decree-law, Emergency law, State of alarm, Publicity of regulations, Legal drafting.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, la consagración de la paralización legislativa y del gobierno por decreto-ley habían puesto ya el foco en la incidencia que las normas de urgencia tienen en el conjunto del ordenamiento español. Esta tendencia se ha agudizado más si cabe en un contexto en el que, en dos años (2020 y 2021), el país ha vivido casi la mitad del tiempo bajo estados de emergencia que daban pie a una intervención sin precedentes de los poderes públicos en la esfera de los derechos de la ciudadanía. El acrecentamiento del protagonismo del Ejecutivo plantea una pluralidad de problemas jurídicos sobre los que la doctrina ha derramado ríos de tinta. No obstante, la atención a esta cuestión no ha ido acompañada de un incremento equivalente de la preocupación por la calidad técnica de los instrumentos normativos.

Desde el convencimiento de que el principio de seguridad jurídica ha de proyectarse sobre el conjunto del Derecho incluso en los tiempos más difíciles de la vida del pueblo que lo alumbra, abordamos en las siguientes páginas un examen de algunas de las principales deficiencias que en los referidos años adolecieron las declaraciones de los estados de alarma y los Reales Decretos-leyes que marcaron la actualidad jurídica del país. Nuestro análisis podría eventualmente servir para identificar esferas en las que aún quedaría mucho camino por recorrer, así como de hecho permite la

configuración de ciertas propuestas de mejora. En todo caso, se ha tratado de primar una perspectiva (en la selección de los temas y en su estudio) paralela a la posición del conjunto de los destinatarios de las normas, generalmente legos en la materia.

Muchos maestros llevan décadas advirtiendo sobre las perniciosas consecuencias de despreciar y banalizar las bases nucleares del sistema constitucional, riesgo que se intensifica en las etapas de excepcionalidad. En estas jugarán un papel fundamental los instrumentos jurídicos que analizamos a continuación, caracterizados por la urgencia en sus presupuestos y contenido. Así pues, se examinará el grado en el que adquieren la materialización “más perfecta posible, tanto desde un punto de vista formal como material, adecuándose lo más plenamente posible a los fines que persigue”, ámbito propio de la técnica legislativa según definición de García-Escudero (2006: 42).

II. LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS ANTE SITUACIONES EXTRAORDINARIAS

Cuando el Gobierno decide declarar el estado de alarma para hacer frente a la crisis sanitaria en lugar de optar por otras soluciones como el de excepción¹, queda definido el instrumental jurídico con el que cuenta para el dictado de las normas necesarias y los límites fundamentales del mismo. Antes de adentrarnos en la exposición de tales herramientas, conviene establecer una serie de apreciaciones.

Por un lado, el período objeto de análisis es muy extenso, por lo que cualquier apreciación que no pretenda quedarse en la especulación teórica desconectada de la realidad exige un mínimo esfuerzo por ponerse en la piel del legislador y de los gestores de la crisis. La evolución de la situación política y del clima social entre marzo de 2020 y diciembre de 2021 cambiaría casi tanto como el conocimiento acerca del virus, por lo que los estándares del análisis no pueden necesariamente ser los mismos. Así pues, parece razonable asumir una mayor benevolencia al abordar las primeras semanas del envite pandémico, pero desde luego no su mantenimiento meses más tarde. En estas últimas etapas procede un reproche especialmente duro de aquellos vicios que evidenciaban un desdén de los poderes públicos por las normas de juego cuyo cumplimiento, a la postre, garantiza los derechos y libertades más sagrados de la ciudadanía.

¹ Atendiendo al supuesto de hecho del artículo 4.b LOEAES, las voces en la doctrina que se decantan por esta última opción eran en un primer momento minoritarias, destacando Aragón Reyes (2020). Sin embargo, el debate iría ampliándose hasta el punto de que una parte de las tesis expuestas serían asumidas por la STC 148/2021, que declara inconstitucionales algunos de los preceptos medulares del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Por otro lado, la tutela del Tribunal Constitucional es extremadamente lenta, por lo que los principales pronunciamientos sobre los asuntos que aquí se tratan no estarían disponibles sino hasta un momento muy posterior a aquel en el que su objeto produjo efectos jurídicos. Ello engarza con el problema estructural de la efectividad de la justicia constitucional. Como muestra, baste señalar que la primera sentencia tras la declaración del primer estado de alarma el 14 de marzo de 2020 data del 15 de junio (el primer auto, de inadmisión a trámite de un recurso de amparo sobre ejercicio del derecho de manifestación, se fecha el 30 de abril).

Sentado esto, el tipo de normas empleadas hasta la fecha para la adopción de las medidas de urgencia son principalmente las declaraciones del estado de alarma (con sus prórrogas, en su caso) y el Real Decreto-ley. En estos instrumentos se reconocen un buen número de similitudes y diferencias.

Entre los parecidos está que el recurso a ellos en un momento inicial depende únicamente de la valoración que haga el Gobierno respecto a la concurrencia de los correspondientes supuestos de hecho. En este sentido, aunque se dé alguna de las situaciones previstas en el artículo 4 LOEAES o un caso de “extraordinaria y urgente necesidad”, son la discrecionalidad y el criterio del Ejecutivo las notas determinantes de su adopción, configurándose ambos instrumentos como potestades propias del órgano y no como deberes ante tales coyunturas. Por otro, su vigencia sin intervención del Congreso de los Diputados² está temporalmente limitada a 15 o 30 días, respectivamente. Se configuran así como mecanismos que sacrifican al inicio el *control* parlamentario en pro de la efectividad de la respuesta estatal a una circunstancia que exige inmediatez, pero que mantienen los rasgos básicos de la fiscalización. Otra cosa será, claro, que el Parlamento decida poco menos que abdicar de sus funciones, como ocurrió en la llamativa prórroga del RD 926/2020. En fin, también puede advertirse la vocación provisional de los dos, que nacen para morir: eso sí, mientras que el Real Decreto-ley puede encontrar acomodo permanente en el ordenamiento (y es lo habitual); la declaración del estado de alarma fenece cuando decae, sin que sus dictados puedan incorporarse en modo alguno a la legislación ordinaria.

Por lo tocante a las diferencias, *a priori* pareciera que la fundamental se referiría al rango de ley de la norma. Sin embargo, a la vista del control constitucional de las normas propias del estado de alarma, creemos más acertado caracterizar la disparidad atendiendo a la atmósfera jurídica dentro de la que se mueven (o sea, a si hay una quiebra del “sistema ordinario de fuentes” con la introducción de una norma *sui generis*). No en vano, res-

² Nótese que el Senado está completamente desaparecido en ambos supuestos, lo cual resulta especialmente llamativo en los casos de declaración del estado de alarma, máxime cuando se desarrollan experiencias de “cogobernanza” como las ensayadas recientemente.

pecto de aquellos ya señaló la STC 83/2016 que desplazarían “la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en la que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese período la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley” (FJ 10). Asimismo, mientras que en el caso del estado de alarma no parece posible diferir la producción de sus efectos sin contravenir el espíritu de su régimen jurídico (art. 2 LOEAS), nada obsta para que ello se haga en el Real-Decreto ley.

Así pues, la concurrencia de la crisis sanitaria situó al Gobierno ante la necesidad de, idealmente, hacer un diagnóstico técnico de la situación epidemiológica y de sus eventuales consecuencias en el plano fáctico, determinar las medidas necesarias para proteger aquellos bienes jurídicos que estimase merecedores de tutela, así como encontrar un acomodo jurídico para cada una de las referidas decisiones. Para mayor complicación coyuntural, sobre todo en los primeros momentos, los dictados del Ejecutivo debían acompasarse con los límites que en materia de sanidad exterior dibuja el ordenamiento comunitario y con las complicaciones propias de un Consejo de Ministros bicolor y un hemicycle fragmentado, en el que señala García-Escudero (2021: 91) que “mermado el Gobierno en su iniciativa legislativa por la incertidumbre sobre el resultado, la misma incertidumbre planea sobre el destino de los decretos-leyes y hace que el Gobierno sea cauto en su uso cuando no tiene la mayoría asegurada”. Desde luego, todo ello no dibuja el escenario propicio para una especial preocupación por la técnica normativa.

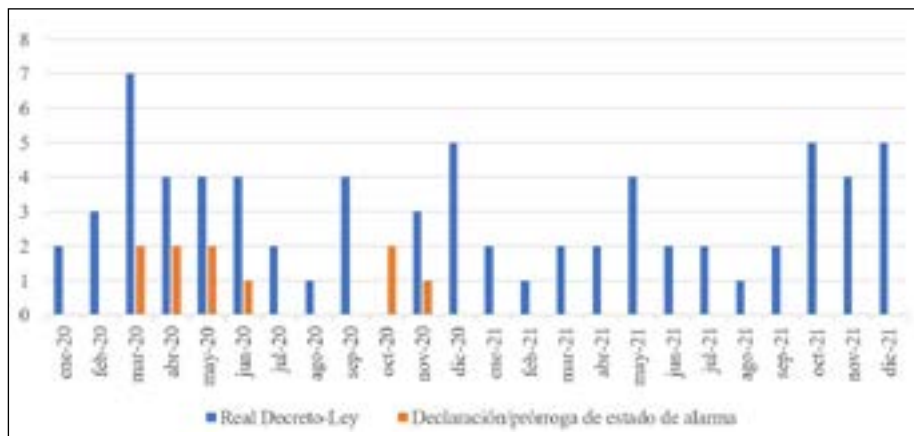
Como panorámica, cabe referir que, solamente en 2020 y 2021, se aprobaron:

- 3 declaraciones del estado de alarma y 7 prórrogas, cuando el único precedente de uso de estos instrumentos databa de 2010 y de una forma infinitamente menos incisiva en la esfera de derechos de la ciudadanía.
- 71 Reales Decretos-leyes, una cifra igual o superior al total de los que se aprobaron en cada una de once legislaturas anteriores distintas. Solamente en la X hubo apenas un puñado más de estas normas extraordinarias y urgentes que las dictadas en ese lapso de apenas dos años.

La **Figura 1** muestra la distribución temporal correspondiente. En ella cabe advertir la concentración de Reales Decretos-leyes durante el período de vigencia del primer estado de alarma (marzo de 2020 destaca sobre cualquier otro mes con 7) y en los meses de diciembre (el 14,1 % del total), algo que ya se veía como una tendencia en Sanz Gómez y Sanz Gómez (2020, p. 132). De estos, la mayoría (43; el 60,6 %) fueron convalidados y tramitados como proyecto de ley, resultando los restantes únicamente convalidados (27; el 38 %) salvo uno (1,4 %): el RDL 27/2020, de 4 de agosto,

de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las Entidades Locales³.

Figura 1. Distribución cronológica de Reales Decretos-Leyes y declaraciones/prórrogas de estados de alarma (2020-21).



Fuente: Elaboración propia.

Así pues, la entidad de la emergencia exigió un despliegue tal de la acción del Estado que, sin la mínima observancia de los parámetros mínimos de la técnica normativa, no sería posible que llegase siquiera a materializarse: si hasta los gestos más anodinos de la vida cotidiana (literalmente, ir a comprar el pan) pasan a estar sometidos a la norma, el tornado regulador en el que los ciudadanos quedan atrapados solo puede conducir a la apatía, la anarquía o el enloquecimiento. García de Enterría (1999: 48) citaba la tesis de Ortega y Gasset sobre las consecuencias de la producción normativa: “se ha convertido en una ametralladora que dispara leyes sin parar”, lo que conllevaría que “el individuo no pueda proyectar su vida, y como la función más sustantiva del individuo es precisamente eso, proyectar su propia vida, la legislación incontinente, le desencaja de sí mismo, le impide ser”. El poder del Leviatán, en una situación como la vivida en los albores de la crisis sanitaria, conoció una extensión de tal intensidad que su capacidad para transformar la realidad únicamente podía encontrar apoyo en la conjunción de su monopolio de la violencia legítima y su poder de persuasión. Y, dado que no se puede compartir lo que no es comprendido, la inteligibilidad del Derecho pasa a un primer plano. Cumplir conscientemente una norma que no se entiende es un oxímoron.

³ Este se suma a una escasísima lista de iniciativas legislativas de este tipo rechazadas en la Cámara baja: hasta la fecha cinco (además del citado; RDL 1/1979, RDL 1/2006, RDL 4/2017 y RDL 21/2018). Téngase en cuenta que la derogación se entiende producida desde la fecha en la que el BOE da publicidad de la Resolución de la Presidenta del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación.

III. LA TÉCNICA NORMATIVA COMO GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA: ¿UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL?

De todos los principios que la Constitución garantiza en el artículo 9.3 CE, el más relevante en términos de técnica legislativa es el de seguridad jurídica. Cuando el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 refería que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás y que el único límite a los derechos naturales del hombre es el goce por los demás de los suyos propios, se cuidaba de añadir que tales límites tan solo pueden ser determinados por la ley. Con ello no solo se consagraba el principio de legalidad, sino que de forma inescindible se aseguraba la necesidad de que lo dispuesto en aquella no fuera caprichoso. La importancia de la seguridad jurídica queda plasmada en los textos constitucionales contemporáneos como tesoro heredado de la “libertad de los modernos” y sirve de base para la construcción del conjunto del ordenamiento.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, esta idea no solo puede entenderse en un sentido estricto como certeza del derecho (o sea, valoración de si un mandato normativo concreto es claro e indubitado; STC 183/2014, FJ 3), sino también ampliamente como “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad”. Esta operación no habría de entenderse como una mera adición de partes, mas como sistematización o involucramiento holístico de todos ellos, o sea, “equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad” (STC 27/1981, FJ 10). La agradable caracterización (que no estrictamente definición) del Tribunal acierta al configurar el entrecruzamiento de los diversos principios reconocidos en el texto constitucional (que muestran la faz diversa de todo problema jurídico), pero desde luego es un tanto decepcionante por cuanto supone un apoyo bastante endeble a cualquier argumentación. Cuáles sean los vicios de las normas que determinen una quiebra del principio de seguridad jurídica suficiente para justificar una declaración de inconstitucionalidad queda a expensas del intérprete supremo, que de hecho se muestra reacio a contemplar un problema con tantas aristas.

No es este el lugar para analizar en detalle las notas de la seguridad jurídica, pero sí conviene advertir su carácter nuclear respecto de la técnica normativa. Rodríguez-Arana (2007: 252) refería precisamente que la mejor sería “aquella en la que más resplandece el principio de seguridad jurídica y sus corolarios necesarios: buena fe o confianza legítima entre otros”. Se presentan así dos caras de la misma moneda, que en nuestro caso contemplaremos desde la perspectiva de dos instrumentos jurídicos a disposición del Gobierno, lo que exige una precisión fundamental.

Así, a pesar de que no sean normas reglamentarias (ni siquiera en puridad las declaraciones del estado de alarma), su origen únicamente en el Ejecutivo exige tener en cuenta consideraciones relativas no solo a la técnica legislativa sino además a la de aquellas primeras, emanadas de ese brazo del Estado. A esta tarea se afanan, por ejemplo, Bassols Coma (2008) o Álvarez González (2020), para quien también en este caso el principio de seguridad jurídica “debe operar como un parámetro o regla de derecho, y no solo como un valor reconocido, en el más alto nivel de exigencia” (*ibid.*: 63). En este sentido, una consecuencia fundamental será que generalmente no tendrá un reflejo tan claro el pluralismo político, protagonista y causante último de muchas de las objeciones estilísticas y de fondo de las leyes, en tanto que “los mayores desafíos a la coherencia, y a la misma calidad del texto normativo se producen en la fase parlamentaria, por cuanto los compromisos necesarios han de alcanzarse, no ya con órganos administrativos incardinados en el Gobierno, o con grupos o agentes sociales afines, sino con quienes por definición son competidores o adversarios directos de ese Gobierno” (López Guerra, 2006: 17).

La formación del primer gobierno de coalición de nuestro actual período constitucional podría haber supuesto un desafío a esta afirmación, pero no existen elementos suficientes para sostener la configuración de un cambio de paradigma respecto de la tendencia advertida durante el tiempo en el que la legislación extraordinaria era elaborada por Ejecutivos monocolor.

Por otra parte, cabe advertir la distinta situación en la que se encuentran los Parlamentos y el Gobierno respecto a las dificultades que entraña la elaboración de normas que pretenden ordenar una realidad cada vez más inabordable. En este sentido, se ha advertido un “desequilibrio del que son víctimas las Cámaras legislativas en comparación con el poder ejecutivo que goza de personal cualificado habilitado inicialmente para afrontar esa complejidad” (González de la Garza: 78). Ello consagraría la primacía del Gobierno, erigida “sobre una burocracia dentro de la cual ocupan una posición de especial importancia los técnicos de redacción de las leyes —o técnicos de drafting— quienes se habrían convertido, en lugar de los propios parlamentarios, en el verdadero poder legislativo” (Salvador y Salvador, 2019: 79).

Sin embargo, es evidente que una mayor profundidad en el conocimiento de aquellas materias que son objeto de regulación no se traduce necesariamente en una mejor plasmación de las mismas, ámbito de estudio propio de la técnica normativa. Ello obliga a poner de manifiesto las profundas carencias existentes en la formación del cuerpo funcional de la Administración en este extremo, las cuales afortunadamente no se advierten en el caso de los servidores públicos de los órganos constitucionales parlamentarios, cuya labor sigue siendo fundamental no solo en relación con la corrección formal de las normas, sino también en la transferencia del saber sobre esta cuestión.

Finalmente, el mayor enemigo que encuentra la técnica normativa en el caso de la legislación extraordinaria y del Derecho de emergencia es precisamente la urgencia inherente a estos instrumentos, que obliga a un análisis más benevolente de los posibles errores e incumplimientos del Gobierno, pero no a una difuminación absoluta de su responsabilidad en cuanto que garante de la constitucionalmente mandatada seguridad jurídica. En este sentido, García-Escudero (2018: 191) incide en “lo cercanos que se encuentran a veces los ámbitos de la constitucionalidad y de la calidad de la ley”.

IV. EL PRESUPUESTO DE LA URGENCIA: UNA CAJA DE PANDORA

El principio de división de poderes en su configuración constitucional confiere al Gobierno facultades más allá de las ejecutivas para que, con la fuerza de la inmensa fracción del “aparato del Estado” que está a sus órdenes, haga frente a coyunturas que exigen una pronta respuesta. Para ello ya hemos visto que dispone de una serie de instrumentos entre los cuales destacan el Real Decreto-ley y la declaración (y prórroga) del estado de alarma. Ambos tienen distintos presupuestos: el primero exigirá la concurrencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” (art. 86.1 CE) y la segunda de una de las alteraciones graves de la normalidad que se prevén en el artículo 4 LOEAES siempre que “hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”. No vamos a incidir en aquellos asuntos que han sido tratados por la doctrina de forma abundante y que exceden del propósito del artículo. Empero, a partir de ellos, vamos a justificar la importancia que en relación con el supuesto habilitante tiene la Exposición de Motivos.

En primer lugar, el análisis de la concurrencia del supuesto habilitante en el estado de emergencia que nos ocupa ha estado centrado en la vinculación de este con la limitación o suspensión de derechos. Pasándose por alto en la mayor parte de los casos la adecuación o conveniencia de las medidas (un tema al que solo asomarse produce vértigo), juristas y legos en Derecho entendieron que la discusión fundamental radicaba en cuál de los mecanismos previstos por el artículo 116 CE debía desplegarse, dándose muy *grosso modo* dos perspectivas de análisis: desde la condición fáctica (alarma, en coherencia con el art. 4.b LOEAES) o desde las consecuencias jurídicas (excepción, en la línea de la STC 148/2021). En este sentido, la presencia continua de la amenaza a la salud ha opacado una cuestión fundamental: la necesaria reflexión acerca de si no se cayó en lo que ha venido en llamarse “populismo pandémico” al adoptarse ciertas medidas con especial incidencia en la esfera de los derechos individuales y que, por las herramientas jurídicas que exigen, han abierto la veda a una aplicación indiscriminada de los mecanismos de excepción.

Profundicemos en esto desde el análisis de las Exposiciones de motivos⁴ de los diferentes Reales Decretos que declararon la alarma.

En el caso de la del RD 463/2020, de 14 de marzo, tenía 360 palabras (aproximadamente el 7,8 % del total de las que contenía la norma). Las más repetidas fueron “salud”, “medidas” y “gobierno”. En este caso se seguía el precedente del RD 1673/2010, de 4 de diciembre, que con 266 vocablos hacía una presentación del contexto y afirmaba sin más detalle que “las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación y resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma”. En este sentido, el texto de 2020 sostiene que “sin duda” las circunstancias extraordinarias exigen las medidas, que serían “las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución”. Esta adición bien parece a toro pasado una *excusatio non petita*.

La Exposición de motivos del RD 900/2020, de 9 de octubre, contaba 2954 palabras (aproximadamente el 82,9 % sobre el conjunto). Se reiteraban especialmente “medidas”, “municipios” y “salud”. Téngase en cuenta que el ámbito territorial de esta declaración del estado de alarma serían únicamente nueve municipios de la Comunidad de Madrid. Tendrá cuatro apartados con el siguiente contenido:

- exposición de la situación previa y de las actuaciones desarrolladas en el marco del Consejo Interterritorial de Salud. Se habla de “un incremento de la incidencia de la enfermedad en todas las comunidades autónomas que incluyó un componente de transmisión comunitaria”.
- establecimiento la distinción espacial, ya no fundamentada en la división autonómica, sino haciéndose referencia a “la implementación de medidas más estrictas que permitan facilitar el control de la epidemia en *aquellos territorios* más afectados por la misma”, a “zonas geográficas con mayor propagación, en los que las medidas adoptadas en el marco del Plan de Respuesta Temprana y otros protocolos de actuación no han dado el resultado esperado”. Asimismo, reconociendo que la incidencia

⁴ García-Escudero (2011: 102) advierte la necesidad de diferenciar, a pesar de que en la práctica casi nunca se haga, entre Preámbulo (dirigido a los destinatarios de la ley) y Exposición de motivos (dirigida al Parlamento). Asimismo, lo pone en valor frente a otras tesis que preconizan su eliminación, considerando que “suprimir el preámbulo sería tanto como suprimir los debates contenidos en el Diario de Sesiones, los cuales sirven para ayudar a determinar la voluntad del legislador” (*ibid.*: 108). Aquí tendrá relevancia ver que en las declaraciones del estado de alarma, en tanto no se solicite la prórroga correspondiente, el mensaje se dirige principalmente (al margen de los debates parlamentarios) al ciudadano: cuando se toman medidas de tanta trascendencia para su vida cotidiana, qué menos que ofrecerle una mínima explicación en el instrumento jurídico correspondiente.

acumulada a 14 días no puede ser el único indicador, se entiende que este es “prioritario, reconocido y recomendado por organismos internacionales” y se sitúa el umbral de alto riesgo (en 250 casos por 100.000 habitantes). En fin, se hace una mención especialmente importante destacando el papel fundamental de “núcleos poblacionales grandes, con más volumen de intercambio de personas con otras zonas de la comunidad autónoma o del país”. Todo ello va encaminado hacia la delimitación espacial de sus efectos.

- referencia a una pluralidad de indicadores (incidencia acumulada, ocupación hospitalaria, pruebas diagnósticas positivas), así como al Acuerdo del Consejo Interterritorial que había dado lugar a la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad (en contra del criterio del gobierno autonómico), no ratificada por el órgano judicial competente. Así pues, se establece que el Real Decreto “regula específicamente la medida referida a la restricción de entrada y salida de los municipios en los que concurran las circunstancias señaladas anteriormente y lo hace con *la única y exclusiva finalidad* de proteger la salud de la población”.
- concreción del título habilitante, volviendo a reiterarse que las decisiones “no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución”.

En fin, en el caso del RD 926/2020, de 25 de octubre, sumaba 2367 palabras (aproximadamente el 55,7 %), entre las que destacaban de nuevo “medidas” y “salud” junto a “control” y “transmisión”. Su contenido se divide en tres bloques distintos:

- un repaso muy breve y general del contexto de la pandemia, haciéndose referencia al marco jurídico (sin mención del estado de alarma declarado por el RD 900/2020, entonces ya decaído) que habría “permitido hasta ahora ofrecer respuestas apropiadas y proporcionales en función de las distintas etapas de evolución de la onda epidémica en cada territorio”.
- planteamiento de la situación epidemiológica con referencia a varios datos expuestos de forma dispar al estado de alarma anterior y dificultándose, en consecuencia, su comparación. Una interesante novedad son las menciones al “estudio de los brotes notificados por las comunidades autónomas” o a “diferentes estudios, como los llevados a cabo por el ECDC”; considerándose que esas investigaciones justificarían las *limitaciones* consideradas en la norma.
- exposición de diferentes medidas, reiterándose “el propósito de reducir sustancialmente la movilidad del virus” o de “detener la expansión de la epidemia”.

Sanz Gómez y Sanz Gómez (2020: 146) ya habían apuntado respecto de las Exposiciones de motivos de los Reales Decretos-Leyes, que “más que buscar una explicación en las dinámicas parlamentarias podríamos aventurar que la mayor longitud se debe a la voluntad de justificar escrupulosamente el uso (...) para el caso de una posible impugnación ante el TC”. Creemos que en los casos analizados ocurre igual.

La primera declaración respondía a un contexto en el que se reclamaba acción urgente al Gobierno, con un escasísimo cuestionamiento público respecto de la pertinencia de las medidas. Una muestra fue la ausencia de votos negativos a la primera prórroga del estado de alarma (RD 476/2020). Como dijimos, al analizar las decisiones políticas abordadas al inicio de la pandemia suele pasarse por alto la situación de absoluto caos sanitario y desconocimiento de la enfermedad en la que se encontraban no solo las autoridades sino el conjunto de la comunidad científica. En un principio, aunque la reacción se hizo esperar, su llegada fue de la mano de una adaptación de las formas de trabajo y de vida que hoy parecen ciencia ficción; la población asumió con temor y resignación que el mejor lugar en el que podía estar era en su casa. El transcurso de las semanas fue haciendo mella, la contestación creció y empezaron las reivindicaciones también en el ámbito jurisdiccional⁵. Ello no debe hacernos olvidar, empero, cuál era la atmósfera en la que se gestó el referido Preámbulo.

Sin embargo, el alumbramiento del RD 900/2020 fue muy diferente. Este tuvo lugar tras semanas de choque institucional entre el Gobierno central y el de la Comunidad de Madrid, que no descartaba recurrir la decisión. La principal dificultad estribaba precisamente en aquella tarea en la que más se afana el Ejecutivo, a saber, motivar la elección de un ámbito territorial de aplicación tan preciso: por qué ese y no otros que podrían justificar la misma medida. En este caso el TC se ahorró tener que pronunciarse sobre la cuestión: aunque millones de ciudadanos vieron *limitados* sus derechos, ninguno de los legitimados para ello tuvo a bien interponer recurso.

Finalmente, el tercer estado de alarma declarado para afrontar la pandemia surge fundamentalmente como una demanda de las comunidades autónomas para poder dictar medidas limitativas de derechos fundamentales que hasta entonces habían dado lugar a pronunciamientos dispares de los Tribunales. A pesar de que estas no cuestionaban el marco jurídico que habían exigido; el segundo partido de la oposición tardaría muy pocos días en presentar un recurso de inconstitucionalidad y otro de amparo, siendo que el primero acabaría dando lugar a la parcialmente estimatoria STC 183/2021.

En suma, la Exposición de motivos de las declaraciones del estado de alarma no solo tendrá un valor interpretativo capital, sino que su extensión y

⁵ De hecho, muchos de los asuntos fueron analizados de forma abstracta y sin aterrizar lo más mínimo en las exigencias que imponía entonces la desdichada realidad, siendo quizás el máximo exponente la STC 168/2021.

complejidad ponen de manifiesto cierta cautela por el Gobierno respecto del eventual pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución.

Respecto del Real Decreto-ley, es sabida la tranquilidad con la que se ha asumido como un instrumento fundamental de la acción legislativa. Lejos de ser un mecanismo excepcional, la doctrina del TC ha abierto la puerta a que en él quepa todo lo que no sea el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, el régimen de las comunidades autónomas o el Derecho electoral general (art. 86.1 CE).

Sin embargo, al mismo tiempo, mantiene que la exigencia de “extraordinaria y urgente necesidad” no es “una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna” (STC 39/2013, FJ 5). Su función en estos casos sería doble: por un lado, “verificar” pero no “sustituir el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno” (STC 182/1997, FJ 3) y, por otro lado, “que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan” (STC 29/1982; FJ 3). A estos efectos, junto al debate parlamentario y al expediente de elaboración del texto, tendrá un papel crucial la Exposición de motivos (STC 1/2012, FJ 6).

En cualquier caso, la realidad siembra dudas sobre lo anterior. De todos los Reales Decretos-leyes aprobados durante el período analizado, hasta la fecha de redacción de este artículo el TC se ha pronunciado sobre tres en procedimientos de recurso de inconstitucionalidad: el RDL 8/2020 (SSTC 110/2021 y 124/2021), el RDL 15/2020 (STC 111/2021) y el RDL 20/2020 (STC 158/2021; desestimando). En los dos primeros se consideraría que no existe justificación suficiente para acudir a este instrumento, siendo especialmente relevante por su trascendencia política la STC 111/2021, en la que el análisis de constitucionalidad se ceñía a la aprobación por este medio de la reordenación parcial de la Comisión Delegada para Asuntos de Inteligencia. En dicha resolución, se refería que:

“El Real Decreto-ley 8/2020 no pretende motivarse en la yuxtaposición o agregación de una diversidad de causas de extraordinaria y urgente necesidad heterogéneas que hubiera deparado una coyuntura genérica de crisis. Se ha dictado, por el contrario, sobre la base de un presupuesto habilitante muy definido y común (la necesidad de hacer frente a las consecuencias socioeconómicas de la pandemia) que trasciende a unas u otras de las ordenaciones allí establecidas, y solo a la luz del cual podrían estimarse justificadas, en términos de conexión de sentido, cada una de estas disciplinas específicas. No existe razón jurídico-constitucional alguna para que en el cuerpo unitario de este real decreto-ley se injerte una u otra regla que responda a una supuesta circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad diferente de la que anima y da sentido a este texto normativo en su conjunto [la cursiva es nuestra]”

Es decir, a pesar de que se ha admitido en numerosas ocasiones que un mismo instrumento normativo (sobre el que, recuérdese, el Congreso de los Diputados ha de pronunciarse en un debate y votación de totalidad) sirva para dar cobijo a una pluralidad de medidas que se entienden reconducibles a él, ahora una decisión sobre la organización del propio Gobierno y que en la práctica podía adoptarse sin necesidad de acudir al Real Decreto-ley (como refiere el FJ 9) parece que exige el puntilloso reproche del Tribunal. A ello apunta Conde-Pumpido en su voto particular cuando dice que “el control que correspondería hacer al tribunal es externo, jurídico y no de oportunidad política ni de excelencia técnica”. Quizás esta postura no sea la más deseable y una mínima preocupación por la técnica en el *totum revolutum* que suponen este tipo de normas no estaría de más (en este sentido, sobre leyes *ómnibus*; García-Escudero, 2010: 158-160), pero al menos se muestra coherente con el papel que el TC había venido adoptando. Sería sin duda una buena noticia que el mismo canon y empeño se manifestase en sentencias posteriores, aunque parece haber poco espacio para el optimismo.

V. LA ENTRADA EN VIGOR: UN LABERINTO

La cuestión de la publicidad normativa entronca necesariamente con la previsión del momento de determinación de la entrada en vigor y de la *vacatio legis*, siendo esta última el instituto jurídico que persigue garantizar un mínimo espacio temporal para que las normas puedan ser conocidas por sus destinatarios (durante el cual se encuentran “en suspenso”). Puede contemplarse como una reminiscencia de otros tiempos en los que la difusión de aquellas presentaba muchos más obstáculos, siendo que en la actualidad pervive no sin dificultades con el objetivo principal de que se desarrollen cuantas adaptaciones o cambios sean menester para el cumplimiento de lo dispuesto por el legislador. Sin embargo, los supuestos de urgencia normativa, por su propia naturaleza, vienen a presentar especialidades en este punto.

Por un lado, en relación con la declaración del estado de alarma, el artículo 2 LOEAES exige que tanto esta como la del de excepción y sitio sea “publicada de inmediato en el Boletín Oficial del Estado, y difundida obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen, y entrará en vigor *desde el instante mismo* de su publicación en aquél”. En términos similares pero no uniformes se recogió en el RD 1673/2010, de 4 de diciembre (“en el instante de”); en los RD 463/2020, de 14 de marzo y el RD 926/2020, de 25 de octubre (“en el momento de”); así como en el RD 900/2020, de 9 de octubre (“desde el instante mismo”). La referencia en estos casos al punto temporal exacto en el que se da difusión a la norma a través del BOE es algo que puede tener cierto sentido en el entendimiento de la necesidad de dar cobertura jurídica a eventuales intervenciones administrativas de policía, pero en la práctica da

lugar a situaciones rocambolescas. En este sentido, llaman la atención fundamentalmente las publicaciones de:

- el n.º 67 del BOE el sábado 14 de marzo de 2020 a las 23:48; con un despliegue de efectos al filo de la medianoche, tras un Consejo de Ministros que se alargó siete horas y en el que se decidió posponer la respuesta económica a la crisis. Cabe destacar que horas antes se había anunciado en una comparecencia del Presidente del Gobierno la declaración de estado de alarma, pero sin concretar su contenido⁶ y que ello había dado lugar a especulaciones y filtraciones periodísticas durante toda la jornada⁷.
- el n.º 268 del BOE el viernes 9 de octubre de 2020 a las 16:48; tras varios días de enfrentamiento institucional del Gobierno estatal con el de la Comunidad de Madrid, se decretó el estado de alarma básicamente para dar amparo a una serie de medidas entre las que se encontraba el cierre perimetral de varios municipios. Estas se habían adoptado previamente por medio de la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, que se dictaba a su vez en cumplimiento del Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 30 de septiembre de 2020 (y con la oposición expresa de la propia comunidad⁸). Sin embargo, su ratificación fue denegada con buen criterio por el Auto del TSJM n.º 128/2020, en cuyos razonamientos se dejaba claro que “nuestro sistema constitucional articula instrumentos jurídicos de diversa naturaleza que ofrecen cauces jurídicos diferentes para delimitar, modular, restringir, e incluso suspender los derechos fundamentales de las personas, respetuosos con las garantías constitucionales”. La urgencia radicaba en que justo ese viernes daba comienzo el puente del Pilar y las autoridades estatales consideraban perentorio restringir la movilidad dentro y fuera de algunos núcleos poblacionales de la comunidad.
- en menor medida, el n.º 282 del BOE el domingo 25 de octubre de 2020, toda vez que se incluyó en una edición extraordinaria en el día de la semana en el que de ordinario no hay publicación oficial.

⁶ Esta puede consultarse en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/130320-sanchez-declaracio.aspx> (último acceso: 26/04/2022).

⁷ Véanse, por ejemplo: https://www.lasexta.com/noticias/nacional/real-decreto-filtrado-combatir-coronavirus-oficial-trata-borrador-gobierno_202003145e6cf16a77b6810001a6eec5.html (último acceso: 26/04/2022). El supuesto borrador sería el reflejado en: <https://www.lavozdecordoba.es/wp-content/uploads/2020/03/rd-estado-alarma-v-4-00-h.docx.docx.pdf.pdf-2.pdf> (último acceso: 26/04/2022). Quepa decir que en este se contemplaba la demora en la entrada en vigor de las limitaciones a la libertad de circulación, cuya adecuación con el referido artículo 2 LOEAS sería discutible.

⁸ Téngase en cuenta, sin embargo, que el artículo 151.2.a LRJSP determina el carácter obligatorio de los Acuerdos de las Conferencias Sectoriales cuando la Administración General del Estado ejerza funciones de coordinación.

Por otro lado, en el caso de los Reales Decretos-leyes se aplican las mismas normas que para el resto de leyes: habrá de estarse a lo dispuesto en el propio texto y, si no, a la regla general supletoria del artículo 2.1 CC (entrarán en vigor a los 20 días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado). La publicación, de acuerdo con Muñoz Machado (2015: 139), es para las leyes (léase aquí normas con rango de ley) un “requisito procedimental del que depende su perfeccionamiento”: la entrada en vigor determinaría su nacimiento, o sea, la plenitud de sus efectos. En este sentido, el referido autor entiende que la Constitución no daría una base suficiente para comprender la *vacatio legis* como un “período en el que la eficacia plena de la ley está suspendida” (*ibid.*: 140). En efecto, al igual que ocurre en ese caso, el Decreto-ley será netamente eficaz desde su entrada en vigor (como tal norma), pero todos o algunos de los efectos jurídicos contemplados en él pueden sin problema demorarse a un momento posterior. En este sentido, la “extraordinaria y urgente necesidad” (quizás de modo sorprendente) no introduciría grandes alteraciones al régimen general.

Lo habitual es que siempre se incluya este asunto en la última Disposición Final y que, por regla general, la vigencia se demore a lo sumo al día posterior a aquel en el que se pone a disposición del público el contenido. En los Reales Decretos-leyes aprobados en 2020 y 2021, cabe distinguir diferentes modelos de regular la entrada en vigor. Mayoritariamente se producirá el “día siguiente al de su publicación” (60,5 %; 23 en 2020 y 20 en 2021); en algunos casos, “el mismo día de su publicación” (33,8 %: 14 en 2020 y 10 en 2021) y, de forma testimonial, tras una *vacatio legis* (2,8 %; 1 a los 20 días en 2020 y 1 a los 3 meses en 2021) o un día en concreto (2,8 %; 1 en 2020 y 1 en 2021).

Sin embargo, no es inusual que se establezca un comienzo de la vigencia distinto respecto de ciertos elementos del articulado. Así ha ocurrido en el 16,9 % de las ocasiones (7 en 2020 y 5 en 2021). Puede decirse que en la mayoría de estos supuestos se determina una fecha concreta específica y que solamente uno de ellos se integra en la misma norma con aquellos en los que la entrada en vigor comienza el mismo día (RDL 11/2021). Así pues, cabe referir que cuando el legislador extraordinario pretende efectos inmediatos lo hace respecto de la totalidad del texto, lo cual nos puede conducir a valorar que, si no se espera ni siquiera una jornada, probablemente sea por la premura singular de lo dictado. No obstante, debe remarcarse que los Reales Decretos-leyes fueron publicados en todos los casos en ediciones ordinarias del BOE, excepto el RDL 10/2020, de 19 de marzo (en domingo: sobre el “permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19”) y el RDL 30/2021, de 23 de diciembre (la vuelta de la obligatoriedad de la mascarilla en exteriores).

En fin, cabe hacer dos menciones especiales que ponen de manifiesto el nivel el entrecruzamiento y la dificultad que puede producirle al ciudadano interpretar a qué normas se halla vinculado.

La primera, al RDL 21/2020, que en su DF8ª determina la entrada en vigor el día siguiente al de su publicación, pero añadiendo *in fine* que ello será “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 respecto del ámbito de aplicación”. En dicho precepto se refiere que determinadas medidas (de “desescalada”, como eufemísticamente vino a decirse) únicamente se aplicarían “en aquellas provincias, islas o unidades territoriales que hayan superado la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, y en las que hayan quedado sin efecto todas las medidas del estado de alarma, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto, 555/2020, de 5 de junio”. De este modo, se condiciona la efectividad espacial de parte del contenido del Real Decreto-ley a una Orden del Ministro de Sanidad dictada en virtud del Real Decreto de prórroga del estado de alarma. La situación llegaba a tal punto que, por ejemplo, para Cataluña se tomó como referencia a las regiones sanitarias, que ni coinciden con las provincias ni tampoco con sus subunidades, sino con las veguerías.

La segunda, respecto de los casos en los que se establecen períodos de vigencia específicos para algunas partes del articulado, o sea, verdaderas condiciones resolutorias que ya no solo exigen preocuparse del *dies a quo* sino también del *dies ad quem*. Estas cláusulas se añaden en la Disposición Final correspondiente a la entrada en vigor, pero otras veces se incorporan menciones que, lejos de clarificar, podrían contribuir a generar una mayor confusión. Por ejemplo, en el artículo 2 RDL 38/2020 se advierte de que “las medidas previstas en el presente real decreto-ley sujetas a un plazo de vigencia dejarán de estar en vigor por el mero transcurso de dicho plazo, salvo que el Gobierno, mediante acuerdo, proceda a prorrogarlo” (es lo suyo que se haga mediante otro Real Decreto-ley). Sin embargo, el problema más grave viene cuando existe una indeterminación respecto del término: en algunos casos este se identifica con la finalización del estado de alarma, pero en otros se hace referencia, por ejemplo, a cuando “el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19” (RDL 21/2020⁹). ¿Esto qué significa? Parece ser que parte de la norma con rango de ley dejará de regir cuando el Ejecutivo así lo considere en una decisión que, en última instancia, no está claro qué carácter debería tener. A mayor abundamiento, cabría considerar dos opciones:

- que el artículo verdaderamente pretenda que una disposición general de rango inferior a la ley modifique una norma que sí lo tiene, determinando el final de su vigencia. Así pues, no es lo mismo que

⁹ Este precepto se entiende tácitamente derogado por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Sin embargo, en su artículo 2 se incorpora pero con la matización de que “el Gobierno consultará a las comunidades autónomas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud con carácter previo a la finalización de la situación de crisis sanitaria a que se refiere el párrafo anterior”.

aquella esté supeditada a un acontecimiento cuya concurrencia es *certus an, certus quando* (por ejemplo, una fecha determinada o indeterminada, pero segura y determinable) que a una decisión libre del Gobierno (toda vez que, por regla general, se entiende que el correspondiente informe no es vinculante). O sea: “este Real Decreto-ley está vigente hasta que el Gobierno quiera, pero no hace falta que exprese su querer por una norma con el mismo rango”.

- que el precepto sea inútil, por cuanto un Real Decreto-ley no condiciona (con la exigencia de previo pronunciamiento de un centro dependiente del Ministerio de turno) la facultad constitucionalmente reconocida al Gobierno (que encuentra en el texto de 1978 sus únicos límites). ¿Este se estaría autolimitando?

En suma, la única conclusión que entendemos plausible es que el Ejecutivo pretendiese esquivar el control del Congreso de los Diputados aún al precio de innovar en la teoría general del Derecho. O sea, evitar que las medidas decaigan por Real Decreto-ley (lo que supone, a la postre, que precisarán convalidación) para, estableciendo una condición que haga también recaer la decisión en él, no tener que asumir el *viacrucis* que parece resultar el paso por la Cámara baja. Por complicarlo más: supuesto que se dicta “la finalización de la situación de crisis sanitaria” (es decir, concurre la causa) pero no se deroga el precepto (porque eso exige una norma con el mismo rango), ¿qué ocurre si luego (como no es extraño de imaginar) se vuelve a considerar la existencia de tal contexto crítico?, ¿cómo ha de interpretarse ese artículo?

VI. HOMOGENEIDAD Y PRECEPTOS INTRUSOS: UN TORNADO NORMATIVO

Otra de las manifestaciones del principio de seguridad jurídica es la relativa a la homogeneidad de las normas, que sirve como una mínima brújula para orientarse en ese *mundo de leyes desbocadas*, por decirlo con García de Enterría (1999). Del mismo modo que quien acude a una enciclopedia espera encontrar en la entrada correspondiente fundamentalmente aquella información sobre el término buscado, es razonable que el ciudadano confíe en que los diversos preceptos de un instrumento normativo guarden una conexión de sentido entre ellos. Sin embargo, el TC se muestra reticente a considerar esta derivada del artículo 9.3 CE, toda vez que únicamente se ha interpretado que existe una delimitación del contenido material de una ley en el caso de la de Presupuestos (por todas, STC 141/2018 FJ 5).

Respecto de las declaraciones del estado de alarma, cabe en ellas distinguir un contenido necesario, que según el artículo 116 CE y el artículo 6 LOEAS serán la determinación del ámbito territorial, duración y efectos. Esos últimos podrán incluir “excepciones o modificaciones *pro tempo-*

re en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales” (STC 83/2016 FJ 10). Así pues, a pesar de que la jurisprudencia constitucional y las aportaciones doctrinales sobre esta cuestión son mínimas, puede advertirse el carácter singularísimo de tales dictados del Ejecutivo como una suerte de palancas capaces de desplazar temporalmente la aplicación de leyes (ordinarias, pero también orgánicas¹⁰) y reglamentos. Se da, en suma, un absoluto desplazamiento de la lógica del Derecho ordinario: lo relevante será la concurrencia del supuesto de hecho que da lugar a la declaración y, en consecuencia, el instrumental analítico deberá flexibilizarse también respecto de las exigencias de homogeneidad, que debe contemplarse con relación a dicha situación fáctica y no por lo tocante a las materias transversales que necesariamente se abordan en la norma.

Cabe, en todo caso, desarrollar una clasificación de las declaraciones del estado de alarma que hasta el momento se han dado.

Por un lado, aquellas que establecían una medida concreta: el RD 1673/2010 (militarización de todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA) y el RD 900/2020 (limitación de la libertad de circulación solo en ciertos municipios). En su articulado se contenía únicamente la disposición específica y aquellas que le eran estrictamente conexas, además del contenido exigido por el propio instrumento, a saber: la declaración *stricto sensu*, el ámbito territorial (y material, en su caso), la determinación de la duración y la de la autoridad competente.

Por otro lado, las que aprobaban una pluralidad de medidas: el RD 463/2020 y el RD 926/2020. En ellas se contendría toda una macedonia de normas, algunas de las cuales podrían perfectamente adoptarse por instrumentos de Derecho ordinario (piénsese, por ejemplo, en la suspensión de la actividad educativa¹¹). Respecto de estas, ya Teruel Lozano (2020: 223-224) refería que la necesidad de un gran despliegue normativo había llevado a la configuración de una suerte de doble régimen que distinguía

¹⁰ No existe límite constitucional alguno respecto del tipo de normas que pueden ser “sustituidas” durante el tiempo de vigencia del estado de alarma, encontrándose esa frontera delimitada en la LOEAEs. De hecho, este texto da un margen de actuación amplísimo al Gobierno, advirtiéndose su capacidad de incidir en materias de ley orgánica ex artículo 81 CE como la organización competencial autonómica (en virtud del art. 9 LOEAEs) o los derechos fundamentales con el límite del artículo 55 CE sobre la suspensión (véanse las medidas del art. 11 LOEAEs).

¹¹ De hecho, esta medida ya había sido adoptada a través de Órdenes de Consejerías en algunas autonomías. Como muestra: en la Comunidad de Madrid la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas y recomendaciones de salud pública en la Comunidad de Madrid como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19); en el País Vasco, la de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Salud por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19). No obstante, no puede dejar de mencionarse que muchas otras normas adoptadas por algunas comunidades supusieron una flagrante violación de derechos y una actuación desproporcionada y excesiva. Compartimos en lo sustancial el análisis de García Majado (2022).

entre “aquellas cuestiones relacionadas con la respuesta a la crisis sanitaria”, instrumentadas en las declaraciones del estado de alarma y sus normas de desarrollo y “las consecuencias sociales, laborales, económicas” así como “ciertas reformas administrativas puntuales necesarias a consecuencia de la crisis”, reservadas al Real Decreto-Ley, convertido en algo así como una norma de acompañamiento.

De este modo, en la esfera de los Reales Decretos-leyes la anteriormente referida jurisprudencia constitucional también desplegará sus indeseados efectos. De forma explícita y tras exponer su doctrina en la materia, la STC 199/2015 (FJ 3) reconoce la aplicabilidad de aquella a la legislación de extraordinaria y urgente necesidad: si bien la estrategia omnibus “puede ser expresión de una deficiente técnica normativa”, no competiría al órgano constitucional “efectuar un control sobre su calidad técnica”. Así pues, durante el período que analizamos en este trabajo, cabe apreciar cómo el Gobierno continuó haciendo uso de esta manga ancha para articular medidas: de los 71 Reales Decretos-leyes, solo el 30 % (21) podrían ser calificados como homogéneos. También de forma (muy) aproximativa, puede darse una clasificación en consonancia con la propuesta de Martín Rebollo (2015), seguida también por Sanz Gómez y Sanz Gómez (2020) respecto de las normas adoptadas en 2020 y 2021 según la materia que regulan, lo cual daría lugar a los resultados expuestos en la **Tabla 1**¹².

Tabla 1. Número de Reales Decretos-Leyes por categoría (2020-21).

Economía	30	Catástrofes	32	Modificación	64
		COVID-19	28		
Financiero	30	Personal	14	Transposición	8
Tributario	33	Organización	16	Resto	2

Fuente: Elaboración propia.

Asimismo, previamente habíamos mencionado que la cuestión de la homogeneidad presenta una especial relevancia por cuanto el juicio que el Congreso de los Diputados ha de emitir acerca de la convalidación o derogación de los Reales Decretos-leyes es unitario. Quizás esta perspectiva hubiera servido para que el TC reconsiderara su posición a propósito de los omnibus. No ha habido suerte. Y es que el marco jurídico actual permite que el Go-

¹² Se añade una subcategoría en “catástrofes” para atender expresamente a la pandemia (aquellas que no entrarían dentro de esta clasificación serían, por ejemplo, las relativas a la erupción volcánica en la zona de Cumbre Vieja en La Palma o las vinculadas a los daños causados por la borrasca Filomena). Dado su carácter heterogéneo, un mismo texto puede enmarcarse en distintas categorías.

bierno someta a la consideración de la Cámara baja un paquete de medidas dispares, desconectadas y totalmente inconexas. En el refranero español, un plato de lentejas (o las tomas o las dejás).

Este menú fue analizado por Teruel Lozano (2020: 220-223), pero incluso llegó a ser más escandaloso en un momento posterior. Como muestra, el RDL 30/2021, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención y contención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. En él se combinan, entre otras cuestiones, la modificación del uso obligatorio de mascarillas y la revalorización de las pensiones. Aunque fue convalidado por una diferencia de nueve votos, muchos de los grupos criticaron lo que fue percibido como una estrategia del Gobierno para sortear la oposición a una medida de más que cuestionable eficacia para combatir la pandemia y, en ciertos segmentos de la población, realmente impopular¹³.

VII. PUBLICIDAD Y URGENCIA: UNA COMBINACIÓN PENDIENTE

Todo lo anterior ilustra la extensa problemática anudada a los instrumentos jurídicos a disposición del Gobierno para hacer frente a contextos de urgencia. Esta puede analizarse desde diversas perspectivas, siendo crucial la del destinatario, el ciudadano, quien corre varios riesgos, entre los que destacan el de verse arrastrado por el tsunami normativo y quedarse aislado y paralizado sin poder reaccionar a las vulneraciones que sufran sus derechos. En un contexto distópico como el producido por la pandemia, hemos constatado que una de sus necesidades perentorias es la de información. Más allá de cuestiones como la aceptabilidad de las órdenes y prohibiciones impuestas por las autoridades, es fundamental saber cuáles sean estas. Hemos afirmado previamente que solo conociéndolas es posible cuestionarlas y, entonces sí, entrar en el debate más sustantivo acerca de su legalidad (que prácticamente ha monopolizado la atención de la doctrina). A esta problemática se reconducen las aristas que hemos abordado hasta el momento: evidentemente, la

¹³ Puede verse el Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados de 1 de febrero de 2022, con reproches de intervinientes de diversas sensibilidades políticas. Por todos, puede citarse al diputado Gorospe Elezcano, quien refería que el “popurri” técnico “es un chantaje con el cual quieren conseguir que se aprueben las propuestas que están trayendo, como por ejemplo cómo vamos a votar en contra de la actualización de las pensiones de las personas que tienen pensiones más bajas. Es difícil y es una práctica política que, sinceramente, entiendo que no se rige por la honestidad política de poder diferenciar las distintas propuestas y que así los distintos grupos parlamentarios podamos fijar nuestra posición”. En este sentido, decía Aragón Reyes (2016: 113) que esta heterogeneidad contraviene los mandatos de la Constitución, “de tal manera que si la situación de urgencia requiriese la adopción de medidas sobre varias materias, cada una de ellas debiera ser objeto de decretos-leyes separados, con la única excepción (y por ello de interpretación restrictiva) de los casos en que la regulación de una materia exija, necesariamente, para la cabal intelección de dicha regulación, la modificación de otras con las que esté indudablemente conectada”.

relativa a la vigencia temporal y la homogeneidad de las normas; de forma menos clara, el presupuesto habilitante. Sin embargo, la importancia de este último es crucial, toda vez que permite enmarcar a los otros dos: es el que juridifica la necesidad de respuesta del Estado ante una situación percibida socialmente como urgente.

Así pues, ya García de Enterría (1994: 145-146) refería, al analizar los progresos de la Revolución Francesa y su vertiente “nomocrática”, el cambio de paradigma que suponía la puesta a disposición de los ciudadanos de las normas escritas y ciertas “fijas e inmutables para los intérpretes y para los aplicadores, seguras, pues, para los ciudadanos, que por primera vez en la historia pueden conocer el Derecho a través de su publicación regular, en su tenor exacto, con los límites rigurosos de sus derechos, sin las imprecisiones y las arbitrariedades de la jurisprudencia”.

En este sentido, la publicidad se configura como uno de los principios consagrados por el artículo 9.3 CE, siendo que conforme a la STC 179/1989 (FJ 2) cabe afirmar su nexo respecto del de seguridad jurídica, al que sirve como “instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento”. La tarea corresponderá en la esfera nacional fundamentalmente a la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado y se concretará en el cumplimiento del servicio público de publicidad de las normas, propósito para el que destacarán dos instrumentos que se relacionan con sendos primeros objetivos estratégicos recogidos en los Planes de Acción del organismo para los años 2020 y 2021.

En primer lugar, la publicación de las normas cobraría una importancia singular en relación con las ediciones extraordinarias. Estas aparecen referidas en el artículo 5 RD 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial Boletín Oficial del Estado. En él se dispone que corresponde al Ministerio de la Presidencia a través de la Secretaría General Técnica-Secretariado del Gobierno decidir su publicación. Estos números especiales (entre los que se cuentan los dados en domingo) se justificarán por la importancia de su contenido, que exigen un conocimiento público o una entrada en vigor de carácter inmediato. Sin embargo, cabe advertir que la decisión sobre el manejo de los tiempos siempre tiene un carácter político, incluso en aquellos casos en los que la ley parece querer limitar aquella¹⁴. El único lapso técnico es aquel ínterin entre la recepción de los originales y la edición, que de acuerdo con el Informe General de Actividad de la Agencia para 2020 no se demoró en ningún caso más de dos

¹⁴ Así, por ejemplo, ya vimos que el artículo 2 LOEAES refiere que la entrada en vigor de los estados de emergencia se producirá “desde el instante mismo de su publicación en aquel”. No obstante, ello no veda que dicha publicidad no se demore, por ejemplo, hasta el día siguiente o incluso dos si el primero es domingo. El referido precepto únicamente excluye la posibilidad de establecer una *vacatio legis*.

horas (BOE, 2021: 22). Así pues, cabe advertir que este instrumento ha sido empleado mayoritariamente a lo largo de 2020 (hasta 27 ediciones, frente a 1 en 2021) para publicar órdenes ministeriales. Inicialmente destacarían las medidas prohibitivas en materia de transporte o fronteras, si bien más adelante se emplearía para las relativas a las fases de la “desescalada”, para otras sin aparente justificación¹⁵ o bien que podían haberse previsto para darlas a conocer en una edición ordinaria¹⁶.

En segundo lugar, en consonancia con el objetivo de llevar a cabo la máxima difusión de la legislación, el organismo elabora códigos electrónicos. En abril de 2022 la web¹⁷ ofrecía en relación con la COVID-19 títulos actualizados relativos a: medidas tributarias, trabajadores autónomos, colectivos vulnerables, arrendamiento de vivienda y locales comerciales, Derecho Europeo y Estatal y Derecho Autonómico. En ese momento, sumaban un total de 4511 páginas de legislación (algunas repetidas). Evidentemente, el loable objetivo de sistematizar toda la normativa relativa a la pandemia se ve oscurecido por la integración en estos recursos de normas dispares. Una muestra: se incluyen los relevantes Reales Decretos-leyes junto a otras tan poco útiles para el ciudadano (o, al menos, para aquel no aficionado a la numismática) como la Orden ETD/777/2020, de 3 de agosto, por la que se acuerda la emisión, acuñación y puesta en circulación de monedas de colección de 30 euro “Agradecimiento a todas las personas y colectivos profesionales que más han destacado en la lucha contra la enfermedad COVID-19 en nuestro país”.

Es así que se evidencia el déficit existente en materia de publicidad normativa, intensificado de forma especial en los contextos en los que el ordenamiento responde a situaciones de urgencia. Se tratará, por tanto, de un desafío añadido al de la mejorable técnica de las leyes y reglamentos, objeto central de este trabajo. Precisamente, uno de los vídeos que más circuló durante las primeras horas de confinamiento estricto en España mostraba a un despreocupado paseante que era entrevistado por una reportera. Tras las preguntas de rigor y al percatarse de que su interlocutor parecía no saber qué ocurría, la periodista le informa de que no se puede salir de casa salvo para ir a la compra o al médico y que, de no cumplir con la norma, se le puede multar. La sorpresa del ciudadano sintetiza en dos frases toda esta cuestión objeto de nuestro análisis: “Pero no hay ningún letrero por ahí que ponga eso. Hay que mirar la televisión para eso”. Y es que se da un desplazamiento del BOE por los medios de comunicación, debiendo ante esta realidad formularse nuevas ideas.

¹⁵ ¿Qué sentido tenía cuando ya estaban vigentes las medidas del primer estado de alarma la Orden SND/290/2020, de 26 de marzo, por la que se prorroga la Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo de 2020, de la Generalitat de Cataluña, por la que se acuerda restringir la salida de las personas de los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena?

¹⁶ Por ejemplo, la Orden SND/370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

¹⁷ Véase: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/index.php?tipo=C (último acceso: 23/04/2022).

VIII. APUNTES PROPOSITIVOS A UN PROBLEMA MULTINIVEL

Con todo lo anterior, se advierte que los problemas relativos al acercamiento de los instrumentos jurídicos al ciudadano son propios de la técnica normativa, pero que las posibles soluciones, aun relacionándose con esta, no se agotan en ella. Planteamos a continuación una serie de propuestas a modo de catálogo de sugerencias, conscientes de la dificultad de que muchas de estas lleguen a materializarse, máxime en un contexto de polarización del debate público. Al igual que los desafíos se entretejían y retroalimentaban, los remedios apuntados no son ninguna fórmula milagrosa ni tampoco circunscriben su potencial influencia positiva a uno de aquellos retos.

Un primer nivel de análisis es el relativo a las normas y lo que estrictamente se identificaría con su calidad técnica. En este sentido, se han articulado reflexiones respecto de la labor parlamentaria en relación con el fondo y con la forma de las leyes. Por un lado, González de la Garza (2018: 85) planteaba la posibilidad de establecer comisiones interuniversitarias para paliar la insuficiencia de conocimiento que en muchas ocasiones padecerían los miembros de las Cámaras, apuntando como mayor valor (además de su capacitación) la neutralidad ideológica que presentarían. Por otro, Salvador Salvador y Salvador Salvador (2019: 83) especulaban acerca de la posible intervención de la RAE en la elaboración de los textos legislativos a los efectos de mejorarlos desde un punto de vista lingüístico. Evidentemente, estas ideas y otras similares presentan un evidente interés teórico, pero en la práctica se toparían con las dificultades derivadas de la necesidad de dar una respuesta rápida a situaciones imprevistas, caracterizándose la actuación del Gobierno (o debiendo hacerlo, en teoría) por la indisponibilidad del tiempo del que goza una iniciativa en su tramitación parlamentaria a los efectos de que los legisladores desarrollen una tarea análoga a la del artesano, cuidando y dando forma al producto de su trabajo. Es así que el conjunto de servidores públicos que se afanan en las tareas de redacción de estas normas deben estar en disposición de dar una respuesta mecánica que sea técnicamente aceptable, objetivo para el que sería más que recomendable potenciar la formación impartida por expertos jurídicos y lingüistas a estos funcionarios. Por ejemplo, ello podría servir para potenciar entidades como el Instituto Nacional de Administración Pública a través, además, de una eventual colaboración con las instituciones de educación superior. Aunque ya existen experiencias en este sentido, es evidente que resultan insuficientes.

El segundo nivel pasa por el problema del conocimiento y el acceso a las normas, que ya hemos puesto en valor como síntesis de los demás.

Así pues, cabe advertir que la urgencia en la adopción de las diferentes medidas para dar respuesta a la catástrofe y su carácter transversal ha llevado a que a lo largo de dos años la regulación de esta materia haya adquirido una dimensión cuantitativamente inabarcable. Sin embargo, una vez definidas las

principales áreas en las que se hacía necesario actuar, no parece desdeñable desde el punto de vista de la seguridad jurídica el esfuerzo sistematizador de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Sorprendentemente esa motivación no se incluye en el Preámbulo de la norma, pero es un feliz resultado de su aplicación práctica. La ley ha sido modificada o corregida a través de Reales Decretos-leyes (incluso por medio de Real Decreto¹⁸), posibilitándose que el ciudadano tenga acceso en un mismo instrumento al conocimiento de una pluralidad de cuestiones que inciden directamente en su vida cotidiana. Hubiera sido deseable, empero, que se afianzara esta técnica en relación con el conjunto de regulaciones que guardan relación con la situación de excepcionalidad y son relevantes para el día a día de la población (más allá de las sanitarias).

En este sentido, sigue gozando de plena vigencia el planteamiento de García de Enterría (1999: 73), quien abogaba por “una idea nueva de codificación en tiempo real, sin intentar suspender el proceso de sucesiva innovación normativa que las sociedades actuales imponen, pero que puede contribuir de manera decisiva al perfeccionamiento del hoy caótico material normativo”. Evidentemente, ha de verse con ello una evolución respecto de la técnica codificadora propia de las corrientes ilustradas, cuyo producto Tomás y Valiente (1979: 465) sintetizaba magistralmente en la noción de “una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada”. Sin embargo, el objetivo seguiría siendo el mismo: “los Códigos, pocos, breves y sencillos contienen un Derecho claramente delimitado, un Derecho simplificado (...) El Derecho de los Códigos es legible e inteligible por cualquier ciudadano y esto genera seguridad jurídica” (*ibid.*, pp. 471-472).

Las transformaciones del Estado contemporáneo imposibilitan en la actualidad el aglutinamiento y la fijación de normas al modo en el que se pretendía en el siglo XIX. Sin embargo, quizás la mejor forma de guiar al ciudadano en el maremágnum normativo sea un replanteamiento de las técnicas que entonces sirvieron para forjar la certeza a través de, entre otros, el lenguaje cercano pero riguroso (en este sentido; García-Escudero, 2011: 246-254). No en vano, las codificaciones electrónicas desarrolladas por la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado parecen aproximarse a eso con un éxito debatible, pero disculpable a la vista de las limitaciones impuestas por las competencias y funciones que tiene reconocidas. Quizás,

¹⁸ En concreto, uno de los aspectos más polémicos del texto es la DF7ª en la que se contiene una habilitación normativa “al Gobierno, mediante real decreto, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Sanidad y oído el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, [par]a modificar la obligatoriedad del uso de la mascarilla en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 6 cuando se den las circunstancias sanitarias apropiadas que así lo aconsejen”. Este punto fue introducido por el RDL 30/2021, de 23 de diciembre, de cuya problematicidad ya hemos dado sumaria cuenta.

si se considera excesivamente difícil articular normativamente este objetivo podría venir a limitarse al ámbito de la difusión de leyes y reglamentos. Es decir, en lugar de articular instrumentos jurídicos amplios sobre una misma materia, hacerlos accesibles como tales a la ciudadanía. En esta línea, planteamos tres medidas fundamentales.

La primera, específicamente en los estados de emergencia: el uso responsable y proporcionado de herramientas como la prevista en el artículo 2 LOEAS (su declaración será “difundida obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen”). En este sentido, por ejemplo, el artículo 19 RD 463/2020 consagraba la obligación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada de insertar los “mensajes, anuncios y comunicaciones que las autoridades competentes delegadas, así como las administraciones autonómicas y locales, consideren necesario emitir”.

La segunda: el establecimiento de una suerte de gabinete de prensa encargado de trasladar una información jurídicamente solvente a los medios de comunicación respecto de la norma. Ello no implicaría que un organismo administrativo desarrollase una labor de interpretación que no le corresponde (no es una adaptación jurídica del tan de moda *fact-checking*), sino la articulación de un recurso público a los efectos de garantizar la inteligibilidad del ordenamiento a los profesionales de la información, muchas veces carentes de herramientas para ello. Que en el ámbito privado hayan surgido iniciativas tendentes a paliar estos desajustes¹⁹ pone de manifiesto la importancia que tienen: los poderes del Estado no deberían perder de vista la incidencia que una buena difusión de sus actuaciones tiene en su propia legitimidad.

La tercera: la articulación de un servicio de publicidad (que bien podría darse en el marco de la Agencia del Boletín Oficial del Estado) con el objetivo de ofrecer de forma sencilla y comprensible la panorámica del Derecho vigente. Una de las dificultades fundamentales se relaciona con el régimen competencial español y las profundas disparidades espaciales, exigiéndose en todo caso el desarrollo de una labor de coordinación con los organismos autonómicos análogos. No parece aceptable que la iniciativa se deje en la práctica a los medios de comunicación sin mucha más garantía que la deontológica²⁰. Hay mucho camino recorrido ya en este sentido, pudiendo mencionarse dos senderos que convendría explorar. En el ámbito internacional, respecto del uso del lenguaje, iniciativas como la Plain Writing Act de 2010 aprobada en Estados Unidos, que tiene entre sus objetivos “mejorar el acceso de los ciudadanos a la información y los servicios gubernamentales al

¹⁹ Como muestra, la exposición del funcionamiento más básico de los Parlamentos que se ofrece en la web de la Asociación de Periodistas Parlamentarios, disponible en: <http://www.periodistasparlamentarios.org/?cat=19> (último acceso: 24/04/2022).

²⁰ También como ejemplo, la “guía de restricciones” de Radio Televisión Española, disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20220412/mapa-confinamientos-espana-coronavirus-restricciones/2041269.shtml> (último acceso: 24/04/2022).

establecer que los documentos gubernamentales emitidos al público deben estar escritos claramente”²¹. En España, a propósito de la sistematización, los esfuerzos desarrollados por diferentes Parlamentos a los efectos de configurar recursos para ordenar material normativo y doctrinal sobre distintas temáticas, generalmente desconocidos por el gran público, pero de notable accesibilidad y calidad. En este sentido, los *dossiers* electrónicos del Senado²² o de Asambleas autonómicas como la catalana²³.

En suma, se echa en falta una mayor iniciativa por parte del Gobierno para acercar su actividad no solo estrictamente política, sino también normativa a los ciudadanos. Ponerse manos a la obra con esta tarea conduciría como una pendiente resbaladiza a asumirla también respecto de las leyes *stricto sensu*, en consonancia con las competencias que tiene atribuidas. Y lo más importante: contribuiría a fortalecer el Estado de Derecho mediante el robustecimiento de uno de sus principios nucleares, el de la seguridad jurídica.

IX. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, puede verse que el problema de fondo pasa por una concepción de la cultura democrática. La técnica normativa es un instrumento necesario para mejorar la calidad de nuestro ordenamiento, pero en absoluto suficiente. Así pues, los supuestos vinculados al Derecho de emergencia y a la legislación de urgencia analizados ilustran la necesidad de armonizar la vertiente técnica y la estrictamente sustantiva no como manifestaciones dispares de los principios que articulan el conjunto del sistema, sino en tanto que dos caras de la misma moneda. Siguiendo a García-Pelayo (1959: 139), “la Constitución ha sido definida como una forma abierta a través de la cual pasa la vida. Pero hay que añadir que la vida no pasa sin dejar su impronta en la configuración de esa forma”. En este sentido, la experiencia de los últimos años muestra tanto la consolidación y agudización de una serie de prácticas lesivas del principio de seguridad jurídica en relación con los Reales Decretos-leyes como también la configuración de nuevos vicios de dudosa aceptación constitucional en relación con las declaraciones del estado de alarma.

En suma, ante una situación de inestabilidad, el jurista debería colocar en un primer plano el interés por la técnica normativa también en relación con aquellos instrumentos que, sin ser leyes, cuentan con su mismo rango o están en disposición de incidir en el sistema de fuentes con la misma o mayor inten-

²¹ Véase <https://www.plainlanguage.gov/> (último acceso: 24/04/2022).

²² Véase <https://www.senado.es/web/conocersenado/biblioteca/dossieresareastematicas/index.html> (último acceso: 24/04/2022).

²³ Véase <https://www.parlament.cat/web/documentacio/recursos-documentals/dossiers-tematics/index.html> (último acceso: 24/02/2022).

sidad. Solo de este modo se podría hacer frente a un proceso de perversión del texto fundamental que puede llevar a su desvalorización y a la merma de un elemento clave de su corazón mismo: los principios consagrados en el artículo 9.3 CE. En este sentido, Lasalle (1931: 109) advertía del peligro de los precedentes al referir que “basta con que una vez, la primera vez, [se] tenga poder para hacer algo, para que a la segunda vez, al repetirse el acto, se considere ya asistido del derecho necesario”. La preocupación por la calidad técnica de las normas es así una herramienta indispensable para luchar contra la erosión de los derechos de los ciudadanos, debiendo denunciarse la vulneración de ambas para evitar que daños concretos se enquisten. Del mismo modo, la elaboración de propuestas ha de tener en cuenta el papel que hoy juegan los medios de comunicación y las tecnologías de la sociedad de la información. Todos deberíamos tomar conciencia de este reto, clave para la defensa de la Constitución en tiempos convulsos y marcados por la interacción digital.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (2020). “Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales”. *Revista Vasca de Administración Pública*, 17-73.
- ARAGÓN REYES, M. (2016). *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*. Madrid: Iustel.
- ARAGÓN REYES, M. (10 de abril de 2020). “Hay que tomarse la Constitución en serio”. *El País*.
- BASSOLS COMA, M. (2008). “El control de la elaboración de los reglamentos: nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de la evaluación de la simplificación y calidad de las normas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (33), 43-60.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Real Academia Española.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA MAJADO, P. (2022). Libertad de circulación de las personas, leyes de policía sanitaria y COVID-19. *Revista de Derecho Político* (113), 127-152.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2006). *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2010). *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Cizur Menor: Aranzadi.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2011). *Manual de Técnica Legislativa*. Cizur Menor: Aranzadi.

- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2018). “40 años de técnica legislativa”. *Revista de las Cortes Generales*, 179-213.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2021). “Paralización legislativa y gobierno por decreto-ley”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad* (21), 82-104.
- GARCÍA PELAYO, M. (1959). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Revista de Occidente.
- GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. (2018). “Órganos de apoyo técnico a las Cámaras legislativas en el Parlamento del siglo XXI”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad* (15), 75-89.
- LASSALLE, F. (1931). *¿Qué es una Constitución?* (2012 ed.). Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2006). “Pluralismo y técnica normativa”. *Cuadernos de Derecho Público*, 11-18.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2015). “Uso y abuso del Decreto-ley (un análisis empírico)”. *Revista Española de Derecho Administrativo* (174), 23-92.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. IV. El ordenamiento jurídico*. Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2007). “Principio de seguridad jurídica y técnica normativa”. *Revista de Derecho Administrativo*, 251-268.
- SALVADOR SALVADOR, G., Y SALVADOR SALVADOR, J. (2019). La simplificación del lenguaje jurídico en España: una propuesta de regulación del proceso de redacción legislativa. *Ámbitos. Revista de estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, 75-85.
- SANZ GÓMEZ, R., Y SANZ GÓMEZ, S. (2020). Análisis cuantitativo del uso del decreto ley en España (1979-2018). *Revista de Estudios Políticos* (188), 127-158.
- TERUEL LOZANO, G. (2020). Los Decretos-leyes en la crisis del coronavirus: perspectiva constitucional. *Cuadernos Manuel Giménez Abad* (8), 216-225.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1979). *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid: Tecnos.

Límites y problemas constitucionales del impuesto “armonizador” sobre las grandes fortunas en España¹

Limits and constitutional problems of the “harmonising” Wealth Tax in Spain

Fecha de recepción del artículo: 12/12/2022

Fecha de aceptación y versión final: 16/12/2022

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO EN ESPAÑA EN CONTEXTO INTERNACIONAL.—III. EL ESTABLECIMIENTO DE UN IMPUESTO SOBRE GRANDES FORTUNAS.—3.1. La olvidada reforma propuesta en el Libro Blanco para la Reforma Tributaria.—3.2. El Impuesto sobre el Patrimonio en un Estado descentralizado: problemas y propuestas de coordinación.—3.3. La estructura propuesta del Impuesto temporal sobre solidaridad de las grandes fortunas: consideraciones preliminares.—3.4. La oportunidad e idoneidad de la medida de armonización de la imposición sobre el patrimonio.—IV. LA CUESTIONADA COMPETENCIA DEL ESTADO PARA ESTABLECER EL ITSGF EN EL VIGENTE MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: LUCES Y SOMBRAS.—4.1. La Hacienda Autonómica en la Constitución española: LOFCA y estatutos de autonomía.—4.2. La opción de desarrollar la corresponsabilidad fiscal mediante la cesión de impuestos.—4.3. Funcionamiento de la “delegación” de potestades normativas sobre el impuesto sobre el patrimonio: las alternativas de control y armonización.—4.4. El olvido de los mecanismos de control del ejercicio de potestades normativas en impuestos cedidos.—V. CONCLUSIONES: UNA NUEVA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA REFORMAR LA TRIBUTACIÓN PATRIMONIAL.—VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Carlos III de Madrid. <https://orcid.org/0000-0002-5401-6441>.

¹ Este trabajo se enmarca en la Acción estratégica (IPV.Ruiz Almendral) titulada: “Los sistemas financiero y tributario en un entorno multinivel: diseño constitucional, aplicación práctica, distribución de competencias”. Referencia: 2022/00517/001, 2022–2028. Al mismo tiempo, se hace constar el apoyo recibido por el proyecto Prometeo, del que soy investigadora [“La necesaria actualización de los sistemas tributarios ante los retos del S. XXI (XXITAX)”. Prometeo 2021–041, Generalitat Valenciana, Dir.: A. García Prats].

RESUMEN

La aprobación del “Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, como una suerte de impuesto “complementario” del Impuesto sobre el Patrimonio plantea dudas acerca de su compatibilidad con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y, más concretamente, con el propio marco de cesión de impuestos. Al mismo tiempo, se aparta de las propuestas de reforma de este tipo de imposición, tanto internacionales, como derivadas de informes nacionales, como es el caso del Libro Blanco para la Reforma Tributaria.

El objeto de estas líneas es examinar algunas de las cuestiones que la creación de esta curiosa figura impositiva suscita a quien firma, examinando la oportunidad del establecimiento del ITSGF en el contexto de la imposición patrimonial y a la luz tanto del contexto internacional más cercano como de las recomendaciones de los trabajos e informes que han examinado esta clase de gravámenes. Se lleva a cabo una valoración de la nueva figura impositiva, a partir de sus elementos centrales, comprobando su relación con el ejercicio realizado de las potestades normativas de las Comunidades Autónomas, así como su idoneidad para cumplir los fines con los que se introduce en el sistema tributario. Finalmente, se contrastará la reforma acometida con el marco legal vigente de cesión de impuestos, con hincapié en la evolución de la propia cesión del IP, y con la finalidad de alcanzar una primera conclusión acerca del efecto que el establecimiento del ITSGF implica, así como las vías alternativas existentes a la opción seguida por el legislador.

PALABRAS CLAVE: impuestos, solidaridad, patrimonio, federalismo fiscal, coordinación.

ABSTRACT

The approval of the “Temporary Solidarity Tax on Wealth”, as a sort of “complementary” tax to the existing Wealth Tax, raises doubts about its compatibility with the financial autonomy of the Autonomous Communities and, more specifically, with the framework of tax devolution itself. At the same time, it departs from the proposals for reform of this type of taxation, both international and derived from national reports, such as the White Paper on Tax Reform.

The purpose of this article is to examine some of the questions raised by the creation of this curious tax figure, examining the appropriateness of establishing the ITSGF in the context of wealth taxation and in the light of both the international context and the recommendations of the studies and reports that have examined this type of taxation. An assessment is made of the new tax, based on its central elements, verifying its relationship with the exercise of the Autonomous Communities’ regulatory powers, as well as its suitability for fulfilling the purposes for which it was introduced into the tax system. Finally, the reform will be contrasted with the current legal framework for the transfer of taxes, with emphasis on the evolution of the transfer of the IP itself, and with the aim of reaching an initial conclusion on the effect that the establishment of the ITSGF implies, as well as the existing alternatives to the option followed by the legislator.

KEY WORDS: taxation, solidarity, patrimony, fiscal federalism, co-ordination.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación del “Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas” (ITSGF, en lo sucesivo), como un impuesto “complementario” del Impuesto sobre el Patrimonio (IP, en lo sucesivo), puede plantear dudas acerca de su compatibilidad con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y, más concretamente, con el propio marco de cesión de impuestos vigente desde 1997, que incluye la delegación de determinadas potestades normativas.

En las líneas que siguen se abordarán algunas de las cuestiones que la creación de esta curiosa figura impositiva, paralela al IP, suscita a quien firma. Específicamente (i) la oportunidad del establecimiento del ITSGF en el contexto de la imposición patrimonial y a la luz tanto del contexto internacional más cercano como de las recomendaciones de los trabajos e informes que han examinado esta clase de gravámenes. A continuación (ii), se hará una valoración preliminar de la nueva figura impositiva, a partir de sus elementos centrales, comprobando su relación con el ejercicio realizado de las potestades normativas de las Comunidades Autónomas, así como su idoneidad para cumplir los fines con los que se introduce en el sistema tributario. En tercer lugar (iii), se hará una recapitulación del marco legal vigente de cesión de impuestos, con hincapié en la evolución de la propia cesión del IP, y con la finalidad de alcanzar una primera conclusión acerca del efecto que el establecimiento del ITSGF implica en el sistema de reparto de competencias tributarias, así como las vías alternativas que, en su caso, podrían haberse seguido.

II. EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO EN ESPAÑA EN CONTEXTO INTERNACIONAL

Puede afirmarse que España no tuvo un sistema tributario moderno, comparable a los estados de nuestro entorno más cercano, hasta la Transición, a partir de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, que sentaría las bases para la aprobación, el año siguiente, de las leyes 44 y 61/1978, del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre sociedades. La transformación del sistema tributario español se produjo en un lapso relativamente corto de tiempo. Como muestra la serie más antigua de la que se dispone, los ingresos públicos totales sobre el producto interior bruto (PIB) en 1980 ascendían al 21’9, cantidad que subiría más de diez puntos durante la siguiente década (en el año 1992 ascendía a 33’7 por cien), mientras que en 1965 era de apenas el 14’3 por cien, muy alejada de los países más avanzados entonces² y con los que, gracias al proceso de Transición y la aprobación de la Constitución española en 1978, ahora estamos en condiciones de compararnos.

² Fuente: OECD Revenue Statistics (serie que se inicia en 1965), cap. III, tabla 3.1: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/revenue-statistics-full-time-series.htm> (acceso último el 28 de noviembre de 2022).

El IP se establece en el año 1977, con la finalidad declarada, según el artículo 1 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma, de ser “un impuesto excepcional y transitorio sobre el patrimonio neto de las personas físicas, como tributo directo de naturaleza personal, que se exigirá en todo el territorio español”³. Sobre esa primera regulación, se harían después diferentes reformas en la estructura del gravamen, en la que inicialmente no se preveía ni mínimo exento ni medida alguna de coordinación con el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF). En ese momento, este gravamen estaba en línea con lo que era frecuente en ese momento en los países de nuestro entorno más inmediato. Hasta 1990, 12 países de la OCDE⁴ aplicaban algún tipo de impuesto sobre el patrimonio neto individual, cifra que en 2017 desciende a 4⁵.

Pronto se empezaría a transformar la estructura del impuesto, para adaptarlo a la capacidad de pago de un tributo que, si bien recae sobre el patrimonio, debe pagarse con renta. Por ello, en el año 1982 se estableció por vez primera un mínimo exento (Real Decreto-ley 24/1982, de 29 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria) que luego sería modificado cinco años más tarde (mediante el Real Decreto-ley 6/1988, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes sobre tributación de la familia en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas).

El IP perdería su carácter “excepcional”, y devendría “definitivo”, tras la regulación por la Ley 19/1991, de 6 de junio, con la finalidad, según el preámbulo, de que el impuesto no tuviera únicamente un fin censal o de control, sino que, además, cumpliera “otros objetivos fundamentales como la consecución de una mayor eficacia en la utilización de los patrimonios y la obtención de una mayor justicia redistributiva complementaria de la aportada por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”. Destaca de esta regulación el hecho de que ya en el preámbulo de la Ley 19/1991 se aborde de forma directa lo que ha constituido uno de los principales focos de conflictividad en los impuestos patrimoniales, el de la valoración, defendiéndose entonces la

³ Sobre la evolución del IP en España véase, entre otros, ADAME MARTÍNEZ, F. D.: “Pasado, presente y futuro de la imposición patrimonial en España”. Revista técnica tributaria, n. 119/2017, pp. 83-113; así como capítulo V del Libro Blanco: Comité de Personas Expertas para la Reforma Tributaria (Dir.: J. RUIZ-HUERTA): *Libro Blanco para la Reforma Tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2022. Disponible en: https://www.ief.es/docs/investigacion/comiteexpertos/LibroBlancoReformaTributaria_2022.pdf

Citado como “Libro Blanco” en el texto (la autora de este artículo participó en la elaboración de este documento).

⁴ OECD: *The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD*, OECD Tax Policy Studies, No.26, Paris, 2018. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264290303-en>, pp. 16 y ss.

⁵ A partir de los años 90 algunos estados comenzaron a eliminarlos [Austria (en 1994), Dinamarca (en 1997), Alemania (en 1997), Países Bajos (en 2001), Finlandia, Islandia, Luxemburgo (los tres en 2006) y Suecia (en 2007)]. España de hecho lo eliminó en 2008, reintroduciéndolo en 2011.

noción de estanqueidad, y ello porque: “la posibilidad de configurar un valor único de los bienes y derechos, que sea válido para todo el sistema tributario y que asegure al mismo tiempo la consecución de los objetivos de suficiencia, equidad y eficiencia asignados al mismo, resulta impracticable en nuestro sistema tanto teórica como prácticamente ya que es distinto el objeto de cada impuesto y es distinta la participación esperada de cada uno en el logro de los objetivos citados. Las tesis favorables a la valoración única para su consecución no aportan una solución técnica o cuando concretan sus planteamientos, ponen de relieve su aspiración a la consolidación del menor valor de los conocidos, lo que perturbaría gravemente los fines generales a conseguir por el sistema tributario. Al respecto es muy importante tener en cuenta que los pocos países que han experimentado soluciones de valoración unitaria están revisando las mismas, después de haber sufrido fracasos totales o parciales en la obtención de resultados similares a aquéllos con que en nuestro país se pretende justificar la búsqueda de la misma solución”⁶.

Un simple vistazo a la sección análisis del BOE permite comprobar las numerosas modificaciones que la Ley 19/1991 ha sufrido a largo de su historia. Entre ellas, interesa resaltar la transformación del fin y la estructura del tributo mediante la reforma acometida en 1993, mediante la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, para declarar exentos “[l]os bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituya su principal fuente de renta”, así como las participaciones en determinadas entidades y bajo condiciones relativamente estrictas (art. 4.8 LIP). Más adelante, se estableció, mediante la Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa, una exención de la vivienda habitual limitada a la cifra equivalente a 150.253,03 euros.

Estas dos reformas, que son sólo una muestra de las muchas que ha sufrido este impuesto, se justifican, según se lee en los respectivos preámbulos de las normas que las aprueban, por relación a la situación económica. Ello sirve de única razón para la rebaja de la presión fiscal, como impulso a la misma, con

⁶ Debe dejarse para otra ocasión el análisis del profundo cambio de perspectiva que se ha venido produciendo en los últimos años acerca de la (no) estanqueidad, culminando en la reforma de la Ley del Catastro (Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario), acometida por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego, y que afectará al IP de forma limitada, a los bienes adquiridos desde el 1 de enero de 2022. Sobre la cuestión de la estanqueidad y su problemática jurídica, sigue siendo una referencia el trabajo de GARCÍA MARTÍNEZ, A.: *El valor tributario: su determinación objetiva y convencional*. Barcelona: Bosch, 2006.

afirmaciones como éstas: “[l]a actual situación económica demanda la adopción de medidas legislativas de diversa índole que coadyuven al cabal cumplimiento de los objetivos económicos previstos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1994 (...) A este respecto, la Ley establece determinados estímulos fiscales” (preámbulo de la Ley 22/1993”; o “[e]stas medidas de fomento resultan necesarias en la actual coyuntura económica, para garantizar el crecimiento estable de la economía española y evitar el afloramiento de presiones inflacionistas” (preámbulo de la Ley 6/2000).

No hay constancia de que ninguna de estas exenciones hayan sido objeto de evaluación alguna. Nótese que la asociación entre reducción de impuestos y crecimiento de la economía se emplea con frecuencia, pese a que la relación dista de ser sencilla, máxime en impuestos patrimoniales⁷. Sin embargo, está muy arraigada en el pensamiento de muchos operadores jurídicos, de manera que suele darse por hecha con frecuencia, algo de lo que dan fe, entre otros muchos, los citados preámbulos de reformas normativas.

Con el mismo fundamento de adaptarse a la situación económica actual, en cada momento, se ha defendido tanto la eliminación como la reintroducción de éste y otros gravámenes. En efecto, como es sabido, en pleno inicio de la Gran Recesión una de las primeras medidas estrictamente tributarias que se adoptaría sería la supresión del IP a nivel nacional, lo que tuvo lugar mediante la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio. Un mes antes, en noviembre de 2008, la entonces Presidenta de la Comunidad de Madrid había anunciado su futura eliminación en esta Comunidad. El preámbulo de la norma se limita a justificar esta supresión señalando que “desde el momento de su establecimiento, las transformaciones, tanto del entorno económico internacional como las mismas modificaciones introducidas en el tributo, han hecho que pierda su capacidad para alcanzar de forma eficaz los objetivos para los que fue diseñado. En el actual contexto, resulta necesario suprimir el gravamen derivado de este impuesto mediante la fórmula más idónea para asegurar su eliminación efectiva e inmediata. Dicha eliminación del gravamen se produce tanto para la obligación real como para la obligación personal de contribuir” (preámbulo Ley 4/2008). Esta supresión supuso de inmediato, no sólo la pérdida de recaudación, sino un incremento del gasto público, al preverse una compensación a las Comunidades Autónomas con la cuantía de 2.100 millones de euros⁸, por la pérdida estimada de recauda-

⁷ Como botón de muestra de la complejidad de esta relación, no lineal, véase este informe: GRAVELLE, J. G.; MARPLES, D. J. (2014): “Tax Rates and Economic Growth”. Congressional Research Service, US Congress, January 2, 2014 (www.crs.gov, R42111).

⁸ En el preámbulo del Real Decreto-ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal, se señala que “lógicamente, la supresión futura de este impuesto o la creación de otro de naturaleza estatal, no implicará compensación adicional a las Comunidades Autónomas, puesto que ya se les compensó de manera definitiva consignándose a su favor alrededor de 2.100 millones de euros en el año base del modelo del actual sistema de financiación”.

ción, tal y como quedó recogido en la disposición transitoria sexta de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, referida a los ejercicios 2009 a 2011, y estimada por relación al ejercicio 2008 (“Las Comunidades Autónomas recibirán en concepto de compensación estatal por la supresión del gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio correspondiente a cada uno de los años 2009, 2010 y 2011, el importe transferido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en el año 2008 a cada Comunidad Autónoma, por el Impuesto sobre el Patrimonio. Para hacer esto posible, se realizarán los ajustes y correcciones necesarios en los recursos del sistema y se revisará el Fondo de Suficiencia Global con efectos de 1 de enero de 2011, de manera que el importe que corresponda a la compensación estatal de patrimonio integrada en este sea equivalente, en el año 2011, al valor señalado en el párrafo anterior”).

En cuanto a su articulación técnica, la supresión se llevó a cabo mediante una “Bonificación general de la cuota íntegra” del 100 por cien, seguramente para dejar la estructura del impuesto, útil en conexión con otros impuestos, seguir ocupando el hecho imponible y evitar impuestos adicionales autonómicos y, en fin, también para permitir su restablecimiento, como se haría tres años después, tras la evolución negativa del déficit, y a la luz de las consecuencias de la Gran Recesión, momento en el que se aprueba el Real Decreto-ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal. En esta norma se elevan el mínimo exento y la cuantía de la vivienda habitual exenta. La recuperación se pretendía temporal, para los ejercicios 2011 y 2012. Sin embargo, de forma sucesiva, se prorrogaría su vigencia para los ejercicios siguientes mediante las leyes 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica; y 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

Este breve y limitado resumen de las diferentes reformas de esta figura, evidencia que el IP, pese a su escaso potencial recaudatorio incluso en los ejercicios de mayor recaudación nacional⁹, ocupa a la vez una posición rele-

⁹ De acuerdo con la información pública, en 2007, último ejercicio antes de su eliminación temporal, la cuota a ingresar total del IP en España ascendió a 2.121 millones de euros. En el ejercicio 2019 esta cifra se reduce a 1.219 millones de euros. De ésta, más de 554 millones corresponde a la Comunidad de Cataluña. De acuerdo con la distribución del patrimonio, esta Comunidad, junto con Madrid, tienen la mayor concentración de patrimonio de España.

Esta información está disponible en los siguientes enlaces (acceso: 2 de diciembre de 2022):

https://sede.agenciatributaria.gob.es/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Estadisticas/Publicaciones/sites/patrimonio/2007/jrubik0cb8.html

https://sede.agenciatributaria.gob.es/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Estadisticas/Publicaciones/sites/patrimonio/2019/jrubik611b53e7db302b12949ba276be4a1fd3ade263e9.html

vante en el debate público como señal o indicativo indirecto de a dónde se debe dirigir el sistema tributario.

Esto no sucede sólo en España. Las propuestas y discusiones sobre este tipo de imposición han sido frecuentes en países de nuestro entorno, y en estos momentos estamos asistiendo a una nueva corriente favorable a su reintroducción, en parte tras la influencia de la obra de T. Piketty, así como los trabajos posteriores de E. Saez y G. Zucman, en el contexto post Gran Recesión que, como es sabido, impulsaría también la iniciativa BEPS (en el año 2013)¹⁰. Sin que proceda en este lugar abordar estos trabajos, sí conviene resaltar que las propuestas sobre figuras tributarias específicas a veces desconocen la vertiente práctica de gestión y “practicabilidad” que, en mi opinión, han pesado más en contra del mantenimiento de las figuras tributarias sobre el patrimonio neto. El gravamen sobre el patrimonio neto, mediante una figura de carácter recurrente, anual, y que recaiga sobre toda la riqueza acumulada no es una idea novedosa, pero su implantación ha sido asimétrica en los países de nuestro entorno. El examen comparado de esta figura es así incompleto y fácilmente manipulable en función de la tesis que se quiera defender, a diferencia de lo que sucede con otros tributos, porque rara vez se encuentra ya como una figura separada, pero al mismo tiempo se ha sustituido por medidas encuadradas en otras figuras tributarias, como el IRPF o los impuestos sobre el patrimonio inmobiliario. En efecto, en la actualidad, en todos los ordenamientos de nuestro entorno (OCDE y Estados miembros de la Unión Europea) conviven distintos gravámenes sobre el patrimonio¹¹, al igual que sobre la renta y el consumo.

En los últimos años, y en particular tras la Gran Recesión, se ha planteado, en diversos foros y con diferentes resultados, la necesidad de garantizar que los sistemas tributarios graven correctamente, y de forma equitativa, todas las fuentes de capacidad económica, haciendo hincapié en la mayor facilidad que tradicionalmente han tenido para eludir el gravamen las rentas más elevadas, así como algunos modelos de organización empresarial. Estas circunstancias contribuyen a que la desigualdad de patrimonio sea sustan-

¹⁰ Específicamente en la obra inicial de PIKETTY, T.: *Capital in the Twenty-First Century*. Cambridge-London: Harvard-Belknap, 2014 (original del francés, se cita la versión leída por quien firma este artículo), se da cuenta del incremento sustancial de la desigualdad del patrimonio (pp. 432 y ss.) para, a continuación, en las pp. 527 a 530, exponer una propuesta para un impuesto sobre la riqueza a nivel europeo que, entre otras cuestiones, parece partir de la asunción de falta de movilidad internacional. Incluso en dicha propuesta, los tipos no excederían del 2 por cien para rentas superiores a 5 millones de euros (p. 528). Más elaborada es la propuesta desarrollada por Saez y Zucman, a partir de los diagnósticos de desigualdad (véase: SAEZ, E.; ZUCMAN, G.: “The Rise of Income and Wealth Inequality in America: Evidence from Distributional Macroeconomic Accounts.” *Journal of Economic Perspectives* 34 (4): 2020, pp. 3–26) en SAEZ, E.; ZUCMAN, G.: “Wealth Taxation: Lessons from History and Recent Developments”. *AEA Papers and Proceedings* 2022, 112: 58–62 (<https://doi.org/10.1257/pandp.20221055>, acceso 1 de diciembre de 2022).

¹¹ OCDE: *The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD... cit.*, pp. 16 y ss.

cialmente superior a la que se aprecia en renta¹². A esto cabe añadir que, bien diseñado, un impuesto sobre la riqueza neta es susceptible de mejorar la progresividad en los tramos altos de renta¹³.

Este debate ha cobrado igualmente relevancia a medida que se tienen mejores datos y análisis acerca de las tasas de pobreza y desigualdad relativa, magnitudes ambas relacionadas, y que en España alcanzan cotas crecientes en la última década¹⁴ (relativas a nuestra riqueza) que son preocupantes, no solo porque evidencian la insuficiente efectividad de los principios de justicia redistributiva a que aspira la Constitución, sino por el conocido efecto depresor del crecimiento futuro que ello supone, lo que constituye uno de los riesgos conocidos de la economía española¹⁵.

Puesto que existen ya impuestos que gravan el patrimonio tanto de forma implícita (como hace nuestro IRPF) como específica —riqueza inmobiliaria— (sería el caso del IBI entre otros), el argumento adicional para el establecimiento de un impuesto general sobre el patrimonio (*Wealth tax*) descansa en la progresividad adicional y en la eficiencia, en la medida en que podría fomentar un reajuste de activos improductivos hacia activos productivos¹⁶. Ya en el Informe MEADE se aportaba el argumento central que justificaría este tipo de tributos “[l]a riqueza da oportunidades, seguridad, poder social, influencia e independencia. Por esta razón se puede argumentar

¹² OECD: *The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD...* cit., pp. 47-72.

¹³ Véase: Norwegian Ministry of Finance (2022): Prop. 1 LS (2022–2023). Proposition to the Storting (Bill and Draft Resolution). For the 2023 Budget Year. <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/prop.-1-ls-20222023/id2931482/>. (Acceso: 2 diciembre 2022).

¹⁴ Además de los datos citados en los informes del Bde, y que se desprenden de la Encuesta Financiera de las Familias, véase CANTÓ, O.; AYALA, L.: “Radiografía de la desigualdad en España” AYALA CAÑON, L. (Coord.): Desigualdad y pacto social, Observatorio Social de la Fundación “la Caixa”, Barcelona, 2022, pp. 9 y ss. En la misma obra, véase también: DURÁN CABRÉ, J. M.; ESTELLER MORÉ, A.: ¿Se adapta el sistema fiscal español a la demanda social de redistribución?” (pp. 93 y ss.); y LABORDA, J. L.; ONRUBIA, J.; RODADO RUIZ, M. C.: “Fortaleciendo la capacidad redistributiva del sistema fiscal”, pp. 111 y ss.

¹⁵ Véase, entre otros informes anuales de esta misma institución que se han referido al problema de la desigualdad, BANCO DE ESPAÑA: Informe Anual 2021, cap. 2 (“Retos y políticas para un crecimiento sostenible y equilibrado de la economía española”), pp. 150 y ss.

Acceso 2 de diciembre de 2022: https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/21/Fich/InfAnual_2021_Cap2.pdf.

Véase también: CINGANO, F. (2014), “Trends in Income Inequality and its Impact on Economic Growth”, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No. 163, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/1815199X>. En cuanto al papel que en España desempeñan el sistema tributario y las transferencias sobre la renta de los hogares, debe verse LÓPEZ LABORDA, J. L.; MARÍN GONZÁLEZ, C.; ONRUBIA, J.: *Observatorio sobre el reparto de los impuestos y las prestaciones entre los hogares españoles*. FEDEA, 2021. En: <https://fedea.net/observatorio-sobre-el-reparto-de-los-impuestos-y-las-prestaciones-entre-los-hogares-espanoles-sexto-informe-2017-y-2018/>.

¹⁶ En este sentido, véase los trabajos de SCHEUER, F.; SLEMRÖD, J.: “Taxation and the Super-rich”. *Annual Review of Economics*, vol 12(1)/2020, pp. 206. [disponible en: <https://www.nber.org/papers/w26207>, acceso 20 de septiembre de 2022]; SCHEUER, F.; SLEMRÖD, J.: “Taxing Our Wealth”. *Journal of Economic Perspectives* —Volume 35, Number 1— Winter 2021, pp. 207-230.

que, por muy bien que se conciba un sistema de imposición de la renta o del consumo, la equidad exige que la propia riqueza se incluya en la base de la imposición progresiva”¹⁷, pese a que ello no daría lugar a que se formulara una propuesta específica, como tampoco lo haría el documento técnico que sirvió para las propuestas del Informe Mirrlees (*Dimensions of Tax Design*), que también estimó que había mejores herramientas para lograr la redistribución de la renta que un impuesto anual.

Con todo, en este segundo informe se destacaba la dificultad práctica de la gestión de un tributo de este tipo, además de la escasa evidencia internacional sobre sus efectos, con estas palabras (mi traducción): “[s]e ha argumentado en el pasado que los individuos se benefician directamente de la posesión de la riqueza (en lugar de limitarse a gastarla) y que el estatus y el poder que conlleva significan que la imposición adicional de la riqueza es apropiada. Incluso si se acepta este argumento, es discutible si un impuesto sobre toda la riqueza es la forma correcta de gravar tales beneficios. Es costoso de administrar, podría recaudar pocos ingresos y podría funcionar de forma injusta e ineficiente. Es menos probable que funcione bien en el entorno actual, donde el capital es muy móvil. La mayoría de los países de la OCDE han suprimido los impuestos sobre el patrimonio. Una opción que podría explorarse más a fondo es un impuesto anual dirigido a las propiedades residenciales de muy alto valor, sin reducción para la deuda. Quizá la forma más sencilla de aplicarlo sería mediante la imposición de un impuesto municipal adicional que sólo afectaría a los ocupantes de una propiedad residencial con un valor bruto superior a un gran límite y que se pagaría dondequiera que el ocupante fuera residente o estuviera domiciliado”¹⁸.

En otro orden de consideraciones, una crítica frecuente entre algunos comentaristas es que el IP supone doble imposición. Esta crítica está desenfocada, como se recuerda en el *Informe Lagares*: “[t]écnicamente no puede considerarse que exista doble imposición al gravarse el patrimonio o el consumo de forma simultánea a la renta. No debe perderse de vista que la capacidad para soportar impuestos —la capacidad de pago a la Hacienda Pública— tiene tres manifestaciones distintas: la renta, el consumo y el patrimonio. Si no se tuviesen en cuenta simultáneamente esas tres manifestaciones de la capacidad, quedarían sin gravamen, pese a generar numerosos costes públicos, quienes consumieran

¹⁷ MEADE, J. (Chair of Committee) (1978), *The Structure and Reform of Direct Taxation*. London: Institute for Fiscal Studies (mi traducción, tomo la cita de: ARUN ADVANI, A.; MILLER, H.; SUMMERS, A.: “Fiscal Studies Special Issue on a Wealth Tax: Time for Another Look?” en: *Fiscal Studies Special Issue on a Wealth Tax: Time for Another Look? Volume 42 Issue 3-4 Oct 2021*, documento IFS, <https://ifs.org.uk/journals/taxes-wealth-time-another-look>.

¹⁸ *Dimensions of Tax Design*, cap. 8 (“Taxation of Wealth and Wealth Transfers”), por Robin Boadway, Emma Chamberlain, y Carl Emmerson, p. 741. En relación con la justificación constitucional del Impuesto sobre el Patrimonio debe verse la visión crítica de HERRERA MOLINA, P.: *Capacidad Económica y Sistema Fiscal. Análisis del Ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 327 y ss.

sin obtener renta previamente o quienes disfrutasen de patrimonios importantes no generadores de rentas fiscalmente gravables. Por todo ello, parecen que podrían resultar necesarias desde el punto de vista de la equidad tanto la imposición sobre el consumo como la que recae sobre el patrimonio, conviviendo ambas con la imposición sobre la renta”¹⁹.

Debe destacarse que, cuando se ha propuesto la eliminación del IP, se ha propuesto una compensación. Así se señala, sorprendentemente en una nota a pie de página, en el Informe Lagares²⁰ (“[e]l Impuesto sobre el Patrimonio perdería la mayor parte de las razones para su existencia si la propiedad inmueble estuviese suficientemente gravada por el nuevo IBI reforzado que propone la Comisión en este Informe”). En dicho Informe, en todo caso, se propone su eliminación (propuesta número 54), con este fundamento: “la existencia de regímenes específicos en IP condiciona su equidad horizontal y su capacidad redistributiva. De las consideraciones anteriores pueden derivarse algunas conclusiones: primera, el Impuesto sobre el Patrimonio no resulta adecuado para conseguir una mejor distribución de la riqueza, que ha sido siempre su objetivo prioritario. La amplitud de las posibilidades de elusión fiscal de este impuesto conculcan fuertemente su teórica contribución a la equidad, haciendo que en la práctica recaiga fundamentalmente sobre las clases medias. Segunda, la cesión de este impuesto a las Comunidades Autónomas con amplias competencias normativas ha generado en la práctica diferencias de gravamen tan elevadas que impiden la existencia de una mínima equidad horizontal en este ámbito. Tercera, la recaudación que se obtiene con el Impuesto sobre el Patrimonio es muy poco relevante. Cuarta, la experiencia, propia y comparada, demuestra que el IP acaba recayendo principal sino únicamente sobre la propiedad inmobiliaria convirtiéndose así en un Impuesto sobre Bienes Inmuebles bis”²¹.

Sin duda el problema de la correcta valoración de los activos que integran este tipo de impuestos es el principal argumento en contra de su mantenimiento, tal y como ha resaltado la doctrina en distintas ocasiones. Como afirman en un trabajo reciente (2021) Scheuer y Slemrod, de hecho, la propia experiencia europea no es muy alentadora, puesto que si hasta hace unos años había doce países que mantenían impuestos sobre el patrimonio, en la hora actual sólo tres los mantuvieron²², lo que no significa que hayan renunciado a abordar la desigualdad como problema, sino quizá que se hayan decantado por otros instrumentos. En efecto, en la mayor parte de los estados de nuestro entorno los problemas de administración parecen haber inclinado la balanza

¹⁹ Comisión de Expertos nombrada por Acuerdo del Gobierno español de 5 julio de 2013. Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español (2014). Citado como “Informe Lagares” en el texto, p. 224.

²⁰ Informe Lagares, *cit.*, p. 227, nota a pie 62.

²¹ Informe Lagares, p. 240.

²² SCHEUER, F.; SLEMRD, J.: “Taxing Our Wealth”. *Journal of Economic Perspectives*—Volume 35, n. 1/ 2021, pp. 207-209.

hacia su eliminación como figura independiente, persistiendo sin embargo la tributación de patrimonio a través de otras figuras, incluso en el marco del impuesto sobre la renta personal, como es el caso de Países Bajos²³. Asimismo, todos los estados de nuestro entorno se mantiene algún tipo de impuesto anual sobre la propiedad inmobiliaria, como nuestro IBI, gravan las transferencias mortis causa, sea mediante un impuesto sobre sucesiones —que tiene un éxito relativo más alto que el impuesto sobre el patrimonio—, y gravan las ganancias de capital²⁴.

La cuestión es si los problemas de gestión y la escasa información podrían superarse con la tecnología actual, recuperando una figura que podría desempeñar un papel relevante en el sistema tributario, como cierre y elemento de legitimidad del sistema, en un momento en el que los datos disponibles no sólo sobre el incremento de la desigualdad sino sobre su impacto sobre las sociedades democráticas son mejores y arrojan resultados más preocupantes relacionados con la inestabilidad y la mayor polarización²⁵. Ahora bien, el problema de examinar estos argumentos en detalle, es que precisamente porque es un impuesto poco frecuente, escasean los estudios amplios sobre sus consecuencias reales, como señalan Scheuer y Slemrod, que en todo caso llaman la atención sobre los estudios, limitados temporalmente y que además excluyen los sistemas forales, de Durán-Cabré, Esteller-Moré, and Mas-Montserrat (2019); y de Agrawal, Foremny y Martínez-Toledano (2020) acerca del efecto de la eliminación y reintroducción del IP²⁶. Es destacable que no existen pruebas inequívocas de que se hayan producido cambios de domicilio de forma masiva como consecuencia o en respuesta al establecimiento del impuesto sobre el patrimonio, aunque sí parecen haberse incrementado las maniobras que pretenden su elusión, fingiendo, en suma, un traslado de domicilio que por tanto es más aparente que real.

²³ Libro Blanco para la reforma tributaria, pp. 630 y ss.

²⁴ SCHEUER, F.; SLEMRD, J.: “Taxing Our Wealth”. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 35, n. 1/2021, pp. 215 y ss.

²⁵ Una discusión reciente sobre la imposición sobre la riqueza, puede verse en este informe de la “Wealth tax Commission”: ADVANI, A.; CHAMBERLAIN, E.; SUMMERS, A.: *A wealth tax for the UK*, 2022. Disponible aquí: <https://www.wealthandpolicy.com/wp/WealthTaxFinalReport.pdf>. Véase la literatura de apoyo aquí: <https://www.ukwealth.tax/evidencepapers>, acceso: 30 de octubre de 2022. Para un resumen de las principales cuestiones, véase igualmente la reciente presentación de ADAM, S.: “The economic arguments for and against a wealth tax”, en *Institute for Fiscal Studies (IFS)*, July 2022 [acceso 2 de noviembre de 2022: https://ifs.org.uk/sites/default/files/output_url_files/HMRC-wealth-tax-1.pdf].

²⁶ *Libro Blanco para la reforma tributaria*, pp. 637 y ss.; véase: DURAN-CABRÉ, J.; ESTELLER-MORÉ, A.; MAS-MONTSERRAT, M.: “Behavioural Responses to the (Re)Introduction of Wealth Taxes. Evidence from Spain.” IEB Working Paper 2019/04. AGRAWAL, D.; FOREMNY, D.; MARTÍNEZ-TOLEDANO, C.: “Paraísos Fiscales, Wealth Taxation, and Mobility”, 2020. <https://ieb.ub.edu/publication/2020-15-paraiss-fiscales-wealth-taxation-and-mobility>. De este segundo trabajo llama la atención la calificación de un territorio nacional (Madrid) como “paraíso fiscal”, no sólo porque jurídicamente el término no está utilizado con precisión, sino porque se ciñe al examen de una sola figura tributaria sobre la que además se dispone de poder normativo limitado.

III. EL ESTABLECIMIENTO DE UN IMPUESTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

3.1. La olvidada reforma propuesta en el Libro Blanco para la Reforma Tributaria

El *Libro Blanco para la Reforma Tributaria* dedica el capítulo V al examen de la tributación patrimonial. Se comienza destacando que, en su conjunto, la recaudación de la denominada imposición “sobre la riqueza” (esto es, no solo IP, sino también Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) e Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), no puede desdeñarse al representar el 7 por cien de la recaudación de los países de nuestro entorno, alcanzando más del 10 por cien en EE. UU., Reino Unido o Japón²⁷. Con todo, si se examina únicamente la recaudación del IP en España, su posición es más modesta.

En el análisis realizado, a partir de los mejores datos disponibles en cada momento, y teniendo en cuenta el contexto de la discusión internacional a la que se ha hecho referencia más arriba, no se oculta que la regulación vigente en particular del IP y del ISD, tiene defectos que es urgente corregir, de manera que “la aplicación de estos impuestos, manteniendo su regulación actual, plantea notables problemas. Junto a la obsolescencia que se aprecia en su diseño y características estructurales, el ejercicio de las competencias normativas por parte de las CC. AA. ha dado lugar a una regulación dispar, que está incidiendo en su aplicación efectiva, con implicaciones negativas en relación con la eficiencia y equidad (...). La justificación y el mantenimiento de estos impuestos está directamente relacionada con un diseño moderno y eficiente de los mismos, en estrecha relación con el sistema tributario en su conjunto y con la imposición sobre la renta en particular. Su diseño ha de corregir sus defectos estructurales, sin perjuicio de los ajustes que en su caso pudieran corresponder en los sistemas de financiación autonómico y local, pese a que no constituyen el objeto de este informe” (Libro Blanco, p. 620).

Con todo, se da cuenta en las páginas siguientes (Libro Blanco, pp. 621 y ss.) de que los fundamentos económicos del gravamen de la riqueza no han perdido vigencia teórica en la actualidad, como tampoco en la práctica, formando parte de una de las herramientas recomendadas para mitigar el incremento de la desigualdad, y destacando en particular los datos de desigualdad de patrimonio que se desprenden de la Encuesta Financiera de las Familias que desarrolla el Banco de España²⁸. Entre otros datos destacables, ocupa un lugar

²⁷ Libro Blanco para la reforma tributaria, p. 614, y *vid* nota a pie 603.

²⁸ Herramienta elaborada por el Banco de España cada tres años. La más reciente, disponible en este enlace: https://app.bde.es/efs_www/home?lang=ES

central el deterioro de la posición relativa por edad, lo que ahonda en los datos, ya conocidos, de mayor pobreza relativa de los jóvenes en España. En concreto, y pese a que es una constante que las franjas de edad menores tengan menor riqueza neta media (franjas de menos de 35 y franja 35-44), esta situación se ha deteriorado sustancialmente en España tras la gran recesión, lo que ahonda el problema de inequidad intergeneracional que afecta a buena parte de los países de nuestro entorno, pero que es algo superior en España²⁹.

Partiendo de que la contribución a la equidad del sistema tributario en su conjunto está en el fundamento de esta clase de imposición, en particular el gravamen sobre el patrimonio tendría sentido como herramienta para el gravamen de rentas difíciles de observar, como es el caso de las rentas latentes o las que han eludido la tributación sobre la renta personal (Libro Blanco, pp. 630 y ss.), además de como un potencial incentivo al uso productivo del capital acumulado (pp. 634 y ss.). Con todo, no se ignoran las limitaciones de este tipo de impuestos, que fundamentan los argumentos contrarios a su mantenimiento (pp. 637 y ss.; y, en particular, pp. 664 y ss.), y entre los que se encuentra el riesgo de deslocalización tanto interna como internacional, así como el incentivo a su elusión mediante la creación de sociedades “refugio” (pp. 667 y ss.).

Particular atención merece el examen de los problemas que lleva arrastrando, desde hace años, la propia configuración de la base imponible del impuesto. De este modo, lleva a cabo un balance de algunos de los problemas que presenta la valoración de la base imponible del impuesto, a la luz igualmente del nuevo valor de referencia (Libro Blanco, pp. 671 y ss.), así como de otras formas de riqueza, a las que se refieren las propuestas 98 (criptoactivos) o 101 (valoración de acciones y participaciones en entidades patrimoniales o de mera tenencia). Se llama la atención en el Libro Blanco también acerca de otros problemas estructurales del IP, que contribuyen a su mal funcionamiento en la práctica, fundamentalmente por la obsolescencia normativa que afecta a su regulación, algo sobre lo que también había llamado la atención, entre otros, el Informe sobre la reforma del Sistema de Financiación Autonómica de 2017³⁰, pero también otros trabajos fuera de España³¹.

Particular atención merecen el tipo de gravamen y el mínimo exento, en conexión con los tipos de gravamen, estableciéndose la propuesta (núm. 103)

²⁹ “hasta 2011, los hogares con sustentadores principales con una edad comprendida entre 55 y 64 años eran los que poseían, en media, niveles de riqueza más altos. En 2014 y 2017 la edad aumenta y son los mayores de 65 años los que alcanzan los mayores niveles de riqueza neta. La tendencia observada en el tiempo transcurrido desde 2002-2017 es a un empeoramiento claro de los niveles medios de riqueza de los más jóvenes a favor de las generaciones más mayores. Esta evidencia es importante a la hora de instrumentar medidas contra la desigualdad”, Libro Blanco, p. 626.

³⁰ Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica: Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica... *cit.*, pp. 55-56.

³¹ Por ejemplo, SAEZ, E.; ZUCMAN, G.: “Wealth Taxation: Lessons from History and Recent Developments... *cit.*, pp. 59-60.

de mantener el límite conjunto con el IRPF, si bien invitando al legislador a “considerar la posibilidad de revisar al alza del límite conjunto IRPF-IP, actualmente situado en el 60 % de la base imponible del IRPF, con una cuota mínima del 20 por ciento. Originariamente el artículo 31 de la Ley del IP estableció un límite conjunto IRPF-IP del 70 por ciento con una cuota mínima del 30, que estuvo vigente desde la entrada en vigor de la Ley del IP hasta el ejercicio 2003. En particular, el Comité sería partidario de elevar la cuota mínima del IP hasta un máximo del 30 por ciento con el fin de incrementar el potencial redistributivo del impuesto”.

Adicionalmente, (núm. 104) se propone que sea el Estado el que establezca un mismo mínimo exento, ascendiendo el mismo a un millón de euros. Ello guarda conexión con las propuestas de ampliar la base del impuesto, revisando las exenciones referidas a la vivienda habitual y a la empresa familiar (pp. 681 y ss.). Sobre esta segunda, se llama la atención acerca del hecho de que “la ausencia de una definición y delimitación clara del concepto de empresa familiar en la regulación inicial del IP y del ISD y la evolución normativa (relajando los requisitos en general para poderse acoger a la exención de participación en la Sociedad) han favorecido el uso de la exención. La evolución normativa ha supuesto que, mientras en el año 1994 las acciones exentas representaban únicamente alrededor del 15 por ciento del total de las acciones en cartera declaradas por los principales poseedores de riqueza (0,01 por ciento), en 2002 dicha fracción hubiera crecido hasta el 77 por ciento” (Libro Blanco, p. 681).

En este punto, se llama la atención acerca del efecto de esta exención, a la luz de la flexibilización de la misma, y la cuantía que supone³², sobre los principios de justicia tributaria, teniendo en cuenta que beneficia mucho más a las rentas más altas. Pero, sobre todo, se llama la atención sobre la ausencia de evaluación alguna acerca de su impacto, de manera que no es posible saber si este tipo de incentivos “ha tenido algún efecto sobre el emprendimiento empresarial y la creación de empleo”, evaluación que sería necesaria si se mantiene (Libro Blanco, propuesta núm. 105). Ciertamente la falta de evaluación, o al menos la insuficiente evaluación, de las medidas tributarias es una constante en nuestro ordenamiento, que tímidamente se empieza a paliar por parte de los trabajos de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF)³³, pero sobre lo que queda mucho por hacer, como se insiste de hecho en el Libro Blanco (Libro Blanco, pp. 44 y ss.; 87 y ss.).

Finalmente, las propuestas de ensanchamiento de la base deberían permitir el establecimiento de una tarifa inferior, situada entre el 0,5 y el 1 por cien (Libro Blanco, propuesta núm. 107). En conexión con ello, se re-

³² Según datos públicos (AEAT) la exención de participaciones habría beneficiado, en 2017, a 13.157 contribuyentes, ascendiendo a 8.978 millones de euros (Libro Blanco, p. 681).

³³ Véase los Spending Review en la propia página web de la institución [<https://www.airef.es/en/spending-review/>].

comienda tener en cuenta la sobreimposición de la vivienda, ajustando en consecuencia el IBI, en coordinación con el IP (Libro Blanco, propuesta núm. 108). Esta propuesta de tipo reducido y ensanchamiento de la base está en línea con la doctrina más avanzada sobre esta clase de tributos. Por ejemplo, la propuesta desarrollada por Saez y Zucman, limitada a un gravamen de los “ultrarricos”, precisamente para evitar problemas de liquidez tradicionalmente asociados a los IP. La propuesta además implica un incremento de la base, y un generoso mínimo exento con la finalidad de que el gravamen recaiga sobre los patrimonios que se encuentran en el 1 por ciento de la distribución de renta, a los que se gravaría con un tipo único también del 1 por cien³⁴.

3.2. El Impuesto sobre el Patrimonio en un Estado descentralizado: problemas y propuestas de coordinación

Las Comunidades Autónomas de régimen común ostentan competencias normativas sobre algunos impuestos cedidos, desde que la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de medidas fiscales complementarias estableciera por primera vez las reglas generales para la posterior delegación, mediante ley marco del artículo 150.1 CE, de dichas potestades normativas Autónomas. En su momento, la cesión del IP suscitó las críticas de parte de la doctrina, que consideraban que se podía vulnerar con ello el límite del artículo 157.2 CE. La discusión, olvidada en la actualidad, pivotó en su momento sobre la interpretación posible de la STC 150/1990, FJ 3, y la naturaleza de la imposición sobre el patrimonio como impuesto personal³⁵. Por su parte, el IP es un impuesto concertado y convenio desde las primeras normas reguladoras del Concierto económico con el País Vasco y del Convenio con Navarra (respectivamente, Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra).

³⁴ Propuesta que se realiza a partir de los diagnósticos de desigualdad (véase: SAEZ, E.; ZUCMAN, G.: “The Rise of Income and Wealth Inequality in America: Evidence from Distributional Macroeconomic Accounts.” *Journal of Economic Perspectives* 34 (4): 2020, pp. 3–26) en SAEZ, E.; ZUCMAN, G.: “Wealth Taxation: Lessons from History and Recent Developments”. *AEA Papers and Proceedings* 2022, 112: 58–62 (<https://doi.org/10.1257/pandp.20221055>, acceso 1 de diciembre de 2022) en: SAEZ, E.; ZUCMAN, G.: “Wealth Taxation: Lessons from History and Recent Developments...*cit.*”, pp. 60 y ss.

³⁵ Me permito remitir al lector a RUIZ ALMENDRAL, V.: *Impuestos Cedidos y Corresponsabilidad Fiscal*, pp. 180 y ss., y a las referencias allí contenidas. Véase también RAMOS PRIETO, J.: *La cesión de impuestos del estado a las comunidades autónomas. Concepto, régimen jurídico y articulación*. Granada: Editorial Comares, 2001, pp. 430 y ss.

Centrándonos en el sistema común, específicamente para el caso del Impuesto sobre el Patrimonio, cuya recaudación ya estaba cedida desde 1983³⁶, el marco de cesión, fijado en el artículo 13.Dos de la citada Ley 14/1996, establecía que éstas podrían “regular el mínimo exento y la tarifa”, si bien con el límite de que “[l]a estructura de la tarifa deberá tener una progresividad similar a la del Estado, siendo idéntica a la de este último en cuanto a la cuantía del primer tramo de base liquidable y tipo marginal mínimo”.

Esta redacción parecía precluir la posibilidad de eliminar la tributación efectiva mediante el uso de las potestades normativas delegadas. Posteriormente, este marco se ampliaría sustancialmente mediante las leyes 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, cuyo artículo 39 no se refería ya a restricción alguna, y 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

El resultado de esta cesión es bien conocido, pues ha colocado la figura tributaria al borde de su desaparición, aunque debe destacarse que las políticas específicas de las Comunidades Autónomas son dispares. En el momento de escribir estas líneas, hay siete Comunidades Autónomas que no han regulado su tarifa, por lo que en ellas se aplicaría la tarifa del Estado, si bien dos de ellas (Comunidad de Madrid y, desde 2022, Andalucía³⁷), han bonificado en el 100 % la cuota íntegra, por lo que sólo cinco aplican, en la práctica, dicha tarifa estatal.

Por ello, como es obvio, en España el debate sobre este tipo de imposición no puede desvincularse del comportamiento que, sobre la imposición patrimonial, han tenido las Comunidades Autónomas, tanto las de régimen foral como las del sistema común, con frecuencia excluidas del análisis. En este punto, debe destacarse que, a diferencia de lo que se hizo en el Informe para la Reforma del Sistema de Financiación Autonómica³⁸, en el Libro Blanco para la reforma tributaria no se aborda la normativa de las haciendas forales en este punto, al entender que “la delimitación del encargo no incluye el tratamiento de los sistemas tributarios de los Territorios Forales”, aunque señalando que: “el Comité llama la atención sobre el problema que plantean las diferencias de capacidad normativa en el IP y el ISD, en particular, para las

³⁶ Artículo 1 de la Ley 30/1983, de 28 de diciembre, reguladora de la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas. El artículo 12 de esta misma norma previó la delegación de competencias de gestión del IP, si bien articulando igualmente mecanismos de colaboración, con la finalidad de que este tributo pudiera cumplir la función de control que había motivado su establecimiento.

³⁷ Decreto-ley 7/2022, de 20 de septiembre con efectos desde 2022

³⁸ Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica (2017), Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica. Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2017, pp. 80 y ss.

CC. AA. de régimen común limítrofes con los territorios forales. Como es sabido, la competencia fiscal territorial en el ISD en cuenta su origen en las medidas que adoptaron los Territorios Forales para reducir esa carga impositiva en los años noventa del siglo pasado” (Libro Blanco, p. 708).

Como es sabido, tanto en el Informe Lagares (2014) como en el Libro Blanco se proponen medidas de coordinación de la imposición patrimonial, de manera que la preocupación por una mayor coordinación en el ejercicio de potestades normativas y en el propio mecanismo de cesión de impuestos es escasamente nueva. En el Informe Lagares se propuso eliminar el impuesto sobre el patrimonio (propuesta 54), si bien a cambio de reforzar el IBI, armonizar el impuesto sobre sucesiones y donaciones (propuestas 55 y siguientes) y suprimir parcialmente el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (propuestas 62 y siguientes). En 2017, la Comisión del Sistema de Financiación Autonómica ya propuso una suerte de armonización normativa, así como una comisión de control de normas tributarias autonómicas dependiente del CPFF³⁹.

En el Libro Blanco para la Reforma tributaria se recalca la asimetría entre la falta de competencia normativa, en el IRPF, sobre la base del ahorro, y la amplitud de competencias en ISD e IP, en particular tras la reforma de 2001, en parte motivada por la reducción de la tributación efectiva en estas figuras en los territorios forales (Libro Blanco, pp. 712-713).

Es en todo caso revelador el resultado del proceso de consulta pública que se llevó a cabo durante la elaboración del Libro Blanco, a results del cual cinco comunidades autónomas se oponían a una restricción de las potestades normativas en el IP e ISD, pero nueve de ellas eran favorables (Libro Blanco, pp. 719 y ss.), habiendo en todo caso distintas opciones de coordinación (Libro Blanco, pp. 722 y ss.), si bien todas ellas exigen la modificación de la Ley 22/2009 al menos.

La propuesta final, en todo caso, está alineada con las consideraciones formuladas en el Informe Lagares (2014) y la Comisión de expertos para la reforma de la financiación autonómica (2017), señalando que las competencias normativas en estos impuestos cedidos deben ser compatibles con la coordinación en todo el territorio de las bases impositivas y liquidables, y fijando límites mínimos de gravamen efectivo (Libro Blanco, pp. 724-725).

Como es notorio, ni estas propuestas de coordinación contenidas en el Libro Blanco, ni tampoco las consideraciones sobre su estructura (supra) parecen haber tenido influencia alguna en el diseño del ITSGF.

³⁹ Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica (2017), Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica. Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2017, párrs. 42 y 44, p. 18. Disponible en: https://www.hacienda.gob.es/CDI/sist%20financiacion%20y%20deuda/informaci%C3%B3nccaa/informe_final_comisi%C3%B3n_reforma_sfa.pdf (acceso 10 de octubre de 2022).

3.3. La estructura propuesta del Impuesto temporal sobre solidaridad de las grandes fortunas: consideraciones preliminares

En lo que sigue me detendré en el funcionamiento mismo del nuevo impuesto⁴⁰, y cuya tramitación está próxima a finalizar, en relación con el vigente IP, y a la luz de las competencias ejercidas por las Comunidades Autónomas.

El texto del impuesto se encuentra en el artículo 3 de la Proposición de Ley para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, que cuenta con veintiocho disposiciones.

1. *La finalidad del impuesto.* La figura se crea con una doble finalidad: “[d]os son las finalidades principales de este nuevo impuesto. La primera de ellas es recaudatoria, a fin de exigir, en estos tiempos de crisis energética y de inflación, un mayor esfuerzo a quienes disponen de una mayor capacidad económica, es decir, una muestra de solidaridad de las grandes fortunas. La segunda finalidad es armonizadora, con el objetivo de disminuir las diferencias en el gravamen del patrimonio en las distintas CC. AA., especialmente para que la carga tributaria de los contribuyentes residentes en aquellas CC. AA. que han desfiscalizado total o parcialmente el Impuesto sobre el Patrimonio no difiera sustancialmente de la de los contribuyentes de las CC. AA. en las que no se ha optado por reducir la tributación por dicho impuesto”⁴¹.

La primera finalidad es la propia de todo tributo, pues ínsito en el concepto del mismo es el fin de allegar recursos a las arcas públicas (art. 31.1 CE). La segunda finalidad declarada del impuesto es dejar sin efecto práctico las medidas tributarias establecidas por algunas Comunidades Autónomas (fundamentalmente Madrid y Andalucía, aunque el texto no las mencione expresamente, como parece lógico). Esta finalidad armonizadora es llamativa por el propio empleo del término, que en el esquema de reparto de competencias derivado de la Constitución

⁴⁰ La norma reguladora ha sido aprobada en Cortes Generales, pero en el momento de escribir estas líneas no se ha publicado en el B.O.E. Se cita la justificación del texto de la Ponencia, a fecha 16 de diciembre de 2022, y en su versión aprobada en el Congreso, cuya tramitación está finalizando en el Senado. El texto del impuesto se encuentra en el artículo 3 de la “Proposición de Ley para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias” (624/000018) (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 271, 23 de noviembre de 2022, Número de expediente 122/000247). A dicho texto se han presentado distintas enmiendas (cuyo texto puede verse en BOCG, Senado, n. 427, 15 de diciembre de 2022 (pp. 78 a 148), de las cuales se refieren a este impuesto (art. tres) las enmiendas 20, 36, 48, 67, 68 y 72.

⁴¹ Página 9 de la “Proposición de Ley para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias” (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 271, Núm. exp. 122/000247).

se utiliza exclusivamente para competencias de titularidad autonómica (art. 150.3 CE). Como se verá en lo que sigue, el propio mecanismo de cesión de impuestos es, en sí mismo, un mecanismo con fines de armonización y coordinación, por lo que resulta extraño, por innecesario, la creación de una adicional.

Resulta llamativa la cláusula de “afectación” que se establece en el artículo veinticinco, que establece que el impuesto “se destinará a financiar políticas de apoyo a los más vulnerables”, sin mayores precisiones (artículo 3.Veinticinco). Parece querer reforzarse con ello la finalidad de “solidaridad” que inspira el título del impuesto, pero lo cierto es que la escasa recaudación esperada (1.500 millones de euros), junto a la falta de mayores indicaciones hace que esta afectación no resulte demasiado creíble.

En todo caso, la recaudación obtenida por el nuevo ITSGF vendría dada, en su caso, de los contribuyentes con residencia en la Comunidad de Madrid, así como en la de Andalucía. Ahora bien, dado que como se verá el ITSGF presenta una escala de gravamen inferior al vigente IP, la recaudación podrá ser inferior si las Comunidades Autónomas que ya lo habían regulado se adaptan al nuevo impuesto. Tampoco cabe descartar que las Comunidades que optaron por eliminarlo, lo recuperen, de manera que perciban la recaudación que proceda.

2. Estructura del impuesto: elementos de cuantificación. En la práctica, el diseño del ITSGF (artículo 3, disposiciones tres a once) obedece más bien a la lógica de un impuesto mínimo, que se aplicará sólo en aquellas Comunidades Autónomas que hayan ejercido sus potestades normativas a la baja. Pese a ello, se define como impuesto complementario. De forma innecesaria, se precisa que el impuesto no podrá ser cedido a las Comunidades Autónomas. Lo cierto es que una ley ordinaria no vincula a otra ley; por lo que, al menos en teoría, cualquier otra norma podrá modificar el impuesto y calificarlo como cedible.

A lo largo de la estructura se hace hincapié, de forma reiterada, en que el gravamen sólo alcanzará a los patrimonios netos superiores a 3 millones de euros, cifra que convive con el mínimo exento de 700.000 euros, tal y como se establece en la vigente Ley 19/1991, a la que en este punto no se contiene remisión, aunque si se efectúen remisiones en otros lugares de la estructura del impuesto.

En este punto debe resaltarse que algunas Comunidades Autónomas habían optado por elevar la tributación efectiva del IP por la vía de reducir el mínimo exento, por lo que parece que se está estimulando a éstas a incrementarlo, de nuevo una finalidad contraria de la que parece ser la finalidad de la norma, que según su justificación radicaría en lograr una mayor tributación efectiva. Del mismo modo, el tipo medio del nuevo ITSGF es inferior al existente en algunas Comunidades, como es notoriamente el caso de Cataluña.

Las escalas de gravamen del ITSGF son en parte similares a las del IP estatal, si bien con la sustancial diferencia de dejar exentos de tributación los patrimonios inferiores a las nuevas cuantías:

Escala estatal vigente del IP (art. 30 LIP)

Base liquidable – Hasta euros	Cuota – Euros	Resto Base liquidable – Hasta euros	Tipo aplicable – Porcentaje
0,00	0,00	167.129,45	0,2
167.129,45	334,26	167.123,43	0,3
334.252,88	835,63	334.246,87	0,5
668.499,75	2.506,86	668.499,76	0,9
1.336.999,51	8.523,36	1.336.999,50	1,3
2.673.999,01	25.904,35	2.673.999,02	1,7
5.347.998,03	71.362,33	5.347.998,03	2,1
10.695.996,06	183.670,29	En adelante	3,5

Escala estatal del ITSGF (art. 3.Once Texto propuesto)

Base liquidable – Hasta euros	Cuota – Euros	Resto Base liquidable – Hasta euros	Tipo aplicable – Porcentaje
0,00	0,00	3.000.000,00	0,00
3.000.000,00	0,00	2.347.998,03	1,7
5.347.998,03	39.915,97	5.347.998,03	2,1
10.695.996,06	152.223,93	En adelante	3,5

Para evitar la doble imposición, se establece en el artículo quince la deducción de la cuota pagada, en su caso, en virtud del IP. La consecuencia básica, teniendo en cuenta únicamente las tarifas vigentes, es que los contribuyentes residentes en aquellas Comunidades Autónomas con tipos de gravamen más reducidos se verían afectados directamente. Partiendo de los datos comparativos que han recopilado recientemente D. Martínez, M. Díaz y C. Marín en un documento publicado por FEDEA⁴², éste sería el caso, en el sistema común, de Cataluña, Galicia, Andalucía, Principado de Asturias, Cantabria, Región de Murcia, Islas Baleares, Comunidad de Madrid, así como de las cuatro haciendas forales.

⁴² MARTÍNEZ, D.; DÍAZ, M.; MARÍN, C.: “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las grandes fortunas y su encaje con el Impuesto sobre el Patrimonio”. FEDEA, Apuntes 2022/29, noviembre 2022 [<https://ideas.repec.org/p/fda/fdafen/2022-29.html>].

La siguiente tabla, tomada del mismo documento, recoge los datos comparativos, aunque no parece tener en cuenta las diferentes bonificaciones aprobadas por algunas Comunidades Autónomas, por ejemplo en el caso de discapacidad, o por determinadas actividades económicas, como es el caso, entre otros, de las creadas por Cataluña, Galicia, Asturias o Andalucía, entre otras⁴³.

Tabla: Impacto del establecimiento del ITS GF por Comunidades Autónomas⁴⁴

Comunidad Autónoma	Tipo máximo IP 2022	Tipo máximo ITS GF	Diferencia entre tipo máximo IP y tipo máximo ITS GF	Patrimonio neto a partir del cual operaría el ITS GF (euros)
Cataluña	2,75	3,50	-0,75	16.613.315
Galicia	1,88	3,50	-1,63	8.639.577
Andalucía	0,00	3,50	-3,50	3.700.000
Principado de Asturias	3,00	3,50	-0,50	23.892.291
Cantabria	3,03	3,50	-0,47	26.293.614
La Rioja	3,50	3,50	0,00	SIN EFECTO
Región de Murcia	3,00	3,50	-0,50	25.032.081
C. Valenciana	3,50	3,50	0,00	SIN EFECTO
Aragón	3,50	3,50	0,00	SIN EFECTO
Castilla-La Mancha	3,50	3,50	0,00	SIN EFECTO
Canarias	3,50	3,50	0,00	SIN EFECTO
Extremadura	3,75	3,50	0,25	SIN EFECTO
Illes Balears	3,45	3,50	-0,05	209.853.351
Madrid	0,00	3,50	-3,50	3.700.000
Castilla y León	3,50	3,50	0,00	SIN EFECTO
Álava	2,50	3,50	-1,00	13.166.853
Bizkaia	2,00	3,50	-1,50	9.597.712
Gipuzkoa	2,50	3,50	-1,00	13.066.853
Navarra	2,00	3,50	-1,50	10.612.803

⁴³ Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FinanciacionTerritorial/Autonomica/Capitulo-IV-Tributacion-Autonomica-2022.pdf>

⁴⁴ Tabla recogida en: MARTÍNEZ, D.; DÍAZ, M.; MARÍN, C.: "El Impuesto Temporal de Solidaridad de las grandes fortunas y su encaje con el Impuesto sobre el Patrimonio...". *cit.* p. 5.

Según recogen en el mismo documento de FEDEA⁴⁵ D. Martínez, M. Díaz y C. Marín, a partir de una simulación tomando como patrimonio neto 4, 7,5 y 15 millones de euros, el impacto del ITSGF sería positivo en estos tres grupos de patrimonio para las comunidades de Andalucía y Madrid, de manera que los residentes en las mismas tendrían una cuota a pagar por ITSGF, en cada uno de los tres tramos de patrimonio, de 5.100 euros (para un patrimonio neto de 4 millones), 70.408, para un patrimonio de 7,5 millones, y de 278.364, para un patrimonio de 15 millones de euros. En este tercer tramo de patrimonio, de 15 millones de euros, los contribuyentes residentes en Galicia tendrían una cuota a pagar en concepto de ITSGF de 73.036 euros (que complementaría a la cuota de 205.328 a pagar en la Comunidad de Galicia).

Asimismo, en los territorios forales de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, la cuota adicional que supondría el ITSGF sería, respectivamente, de 23.564, 67.964 y 21.064 euros, mientras que en el caso de Navarra ascendería a 51.693, en los cuatro casos, también de forma complementaria a las cuotas a pagar en los respectivos territorios forales por IP que, respectivamente, sería de 254.800, 210.400, 257.300 y 226.671 euros.

De acuerdo con la estructura del nuevo ITSGF, sólo deberán presentar declaración aquellos sujetos pasivos con una cuota superior a cero (art. 3. Diecinueve). Dado que la AEAT está gestionando en la actualidad todas las declaraciones del IP en territorio común, se debería haber articulado un sistema para prever un solo modelo de declaración, integrado por los dos impuestos, cuya recaudación se destina a distintas administraciones, tal como se hace con el IRPE.

La norma propuesta prevé igualmente (art. 3.Veinticuatro) que el impuesto sea convenido o concertado con las Comunidades Autónomas del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, lo que corresponderá acordar en la correspondiente Comisión bilateral. En este punto, caben distintas alternativas. La más respetuosa con el objetivo y finalidad que se pretende del ITSGF, pero también con el propio sistema de Concerto y Convenio, es que, en dichas comisiones bilaterales, se acuerde un incremento de los tipos de gravamen coherentes con el nuevo impuesto estatal, de manera que se logre el objetivo de coordinación que se dice pretender. Ello es necesario porque, como se ha expuesto más arriba, lo contrario determinaría que el efecto de coordinación sólo se proyectara sobre Andalucía y Madrid o, en los patrimonios más elevados, Galicia. Sin el mecanismo de concertación o convenio, sin embargo, el ITSGF no podrá aplicarse en los territorios forales (por todas, véase SSTC 9/2019, de 17 de enero, FFJJ 3 y 5; 110/2014, de 26 de junio; y 208/2012, de 14 de noviembre). Al mismo tiempo, de no concertarse el impuesto, se quebraría la lógica de sistemas coordinados o espejo que preside el sistema de convenio o concerto.

⁴⁵ Véase la tabla recogida en: MARTÍNEZ, D.; DÍAZ, M.; MARÍN, C.: “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las grandes fortunas y su encaje con el Impuesto sobre el Patrimonio...” *cit.* p. 6.

3. *Coordinación con el IRPF*: El límite de la cuota íntegra respecto a la base imponible del IRPF se adapta a la existencia de ambos impuestos, sin modificarse los porcentajes (art. 3.Doce). En relación con este punto, el Libro Blanco señalaba que “para el conjunto de las CC.AA., la cuota íntegra para patrimonios por debajo de un millón de euros antes y después de aplicar los topes varía de 46.700,0 miles de euros a 46.270,1 miles de euros. A medida que aumenta el patrimonio, esta diferencia se incrementa de forma llamativa. Para patrimonios comprendidos entre 5 y 10 millones, la diferencia de cuotas es casi de la mitad”. Por ello se formulaba la propuesta de mantener estos límites, pero considerando la posibilidad de elevarlos para retornar al origen de la Ley de 1991: “En particular, el Comité sería partidario de elevar la cuota mínima del IP hasta un máximo del 30 por ciento con el fin de incrementar el potencial redistributivo del impuesto” (Libro Blanco, p. 675).

A falta de un examen más detallado, una vez se comience a aplicar el impuesto, y puedan observarse sus consecuencias prácticas, la primera conclusión es que se ha renunciado a abordar la práctica totalidad de los problemas de coordinación, pero también de definición de la base y estructura de tipos, aprobando una norma que, en lo sustancial, no innova el ordenamiento jurídico, pues se limita a establecer un impuesto clónico del vigente IP, cuya obsolescencia tantas veces se había puesto de manifiesto.

3.4. La oportunidad e idoneidad de la medida de armonización de la imposición sobre el patrimonio

Como ha quedado expuesto, el nuevo impuesto tiene el objetivo (y el efecto) de eliminar en la práctica el efecto de la bonificación de este tipo de tributación en aquellos territorios que habían optado por ejercer sus potestades normativas en sentido negativo, esto es, dejando sin gravamen estas capacidades económicas.

Ciertamente la opción ejercida por algunas Comunidades Autónomas de no someter a gravamen precisamente las capacidades más altas resulta sorprendente a la luz de los datos de distribución de renta que se han expuesto más arriba, y teniendo en cuenta igualmente que ninguna de estas comunidades ha renunciado a percibir los mecanismos extraordinarios de financiación que se han puesto a disposición de las Comunidades Autónomas tanto con posterioridad a la gran recesión como, más recientemente, tras la crisis de la Covid-19, dentro de la estrategia del Estado central de proteger financieramente a todas las autonomías⁴⁶.

⁴⁶ Lo cual en sí mismo entraña riesgos que no deberían desdeñarse, como ya advertimos en CUENCA, A.; RUIZ ALMENDRAL, V.: “La transparencia en la normativa de estabilidad presupuestaria”. Presupuesto y Gasto Público. Número 73/2013, pp. 149-162; y CUENCA, A.; RUIZ ALMENDRAL, V.: “Estabilidad presupuestaria en las Comunidades Autónomas: más allá de la reforma de la Constitución”. Cuadernos de

Ahora bien, desde la perspectiva estrictamente jurídica no parece que la medida de bonificar la imposición sobre el patrimonio fuera directamente contraria al marco de cesión. Cabe desde luego plantear que pudiera cuestionarse desde la perspectiva del olvidado artículo 19.2 de la LOFCA, que como es sabido contiene un mandato expreso referido al ejercicio de las potestades normativas en impuestos cedidos, de modo que “[e]n el ejercicio de las competencias normativas a que se refiere el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas observarán el principio de solidaridad entre todos los españoles, conforme a lo establecido al respecto en la Constitución; no adoptarán medidas que discriminen por razón del lugar de ubicación de los bienes, de procedencia de las rentas, de realización del gasto, de la prestación de los servicios o de celebración de los negocios, actos o hechos; y mantendrán una presión fiscal efectiva global equivalente a la del resto del territorio nacional”. Este mandato es similar al que prevén el artículo 3 b) de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, que establece que “Los Territorios Históricos en la elaboración de la normativa tributaria: (...) b) Mantendrán una presión fiscal efectiva global equivalente a la existente en el resto del Estado”, y al que prevé el artículo 7 b) de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, que de modo similar prevé, como uno de los “Criterios generales de armonización”, que “La Comunidad Foral de Navarra, en la elaboración de la normativa tributaria (...) b) Establecerá y mantendrá una presión fiscal efectiva global equivalente a la existente en el resto del Estado”.

Sin embargo, como es sabido estos límites han sido invocados ante el Tribunal Constitucional con escaso éxito, de manera que apenas hay cuatro sentencias que los mencionan (SSTC 96/2002, de 25 de abril; 161/2012, de 20 de septiembre; 197/2012, de 6 de noviembre; y 208/2012, de 14 de noviembre). Por otro lado, en la STC 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 5, se aclara expresamente que “el propio tenor del precepto permite concluir a las claras que se refiere al ejercicio de potestades normativas sobre todos los tributos cedidos, en conjunto”.

La pregunta jurídica a la que se dará respuesta en lo que sigue es si el Estado puede adoptar una medida que, en la práctica, anula una competencia previamente delegada, y que se enmarca en el propio sistema de financiación. Incluso si la respuesta es positiva, cabe preguntarse si el instrumento normativo (ley ordinaria) encaja en la arquitectura normativa de la cesión de tributos, y si no habría si necesario el previo acuerdo en comisión mixta.

Información Económica, número 241, julio/agosto 2014, pp. 35-44; y recalca más recientemente LAGO PEÑAS, S.: “Finanzas descentralizadas: el segundo año de la pandemia”. Cuadernos de Información Económica, N.º 281 (marzo-abril 2021), [disponible en: <https://www.funcas.es/articulos/finanzas-descentralizadas-el-segundo-ano-de-la-pandemia>]. Véase también: LAGO PEÑAS, S.: “Las cuentas públicas de la pandemia: balance y perspectivas”. Papeles de Economía Española, n. 173/2022, pp. 127 y ss.

IV. LA CUESTIONADA COMPETENCIA DEL ESTADO PARA ESTABLECER EL ITSGF EN EL VIGENTE MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: LUCES Y SOMBRAS

Como ha quedado expuesto, la principal duda de constitucionalidad que podría plantear el establecimiento del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas es su encaje en la infraestructura jurídica vigente de reparto de la materia tributaria, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional. En lo que sigue se abordará esta cuestión, comenzando con la recapitulación de las reglas básicas que ordenan este reparto de competencias.

4.1. La Hacienda Autónoma en la Constitución española: LOFCA y estatutos de autonomía

Es ya una obviedad resaltar que la Constitución española no definió de forma terminada un modelo de Estado autonómico, sino la opción y el procedimiento para desarrollar el mismo. En coherencia con ello, tampoco la financiación de esas eventuales Comunidades Autónomas está definida de forma acabada en la Constitución, que, de forma simplificada, se refiere a los principios y reglas que habrían de orientar el reparto de competencias en materia financiera y tributaria (arts. 133, 149, 156, 157 y 158 CE).

Por su parte, las disposiciones adicionales primera y tercera, referidas respectivamente a los regímenes forales y a las especialidades de la Comunidad Autónoma de Islas Canarias, tampoco implicaron una mayor precisión, pues como se ha reiterado en la jurisprudencia consolidada, no suponen sin más un traslado inmediato de los regímenes o derechos que existieron en otro momento histórico, pues debe ser la Constitución, y los correspondientes estatutos de autonomía, los que precisen y delimiten el concreto ámbito competencial en materia tributaria [en relación con las normas forales fiscales, véase, *inter alia*, las SSTC 9/2019, de 17 de enero, FJ 3 a); 100/2012, de 8 de mayo, FJ 7; 118/2016, de 23 de junio, FJ 2 b); y 203/2016, de 1 de diciembre, FJ 3; en relación con el régimen especial en materia económica y fiscal de Canaria, véase, entre otras, las SSTC 62/2003, de 27 de marzo, FJ 4; 109/2004, de 30 de junio, FJ 3, y 164/2014, de 26 de septiembre, FJ 3].

Esta indefinición inicial de la Constitución fue necesaria e incluso deliberada, ante un sistema de reparto de competencias que se debía todavía desarrollar, pero ello explica la particular relevancia práctica que ha tenido, y sigue teniendo, la doctrina del Tribunal Constitucional, en particular en los primeros años de andadura autonómica. Una muestra de esta doctrina es la referida al título competencial “Hacienda general”, al que desde la STC 1/1982, de 28 de enero, el Tribunal Constitucional ha dedicado algo más de cien resoluciones de fondo examinando su alcance y contenido.

De forma simplificada, el Tribunal Constitucional ha reiterado que el título “Hacienda general” tiene como principal virtualidad que permite al Estado establecer conexiones y relaciones entre las distintas haciendas (estatal, autonómica y local), así como delimitar los aspectos básicos de las haciendas de los entes subcentrales. De este modo en el ejercicio de la función estatal de coordinación entre haciendas (art. 156.1 CE), el Estado puede legítimamente dictar, ex artículo 149.1.14 CE, principios y normas jurídicas generales de procedimiento en el ámbito tributario con el fin de “garantizar que el ejercicio del poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de ‘un sistema tributario’ (art. 31.1 CE)” [STC 65/2020, de 18 de junio, FJ 7 D), con cita, entre otras, de las SSTC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 b); 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 4; 53/2014, de 10 de abril, FJ 3 a); 26/2015, de 19 de febrero, FJ 4 b); 120/2018, de 31 de octubre, FJ 3 c); 4/2019, de 17 de enero, FJ 3 c); 22/2019, de 14 de febrero, FJ 3 c), y 43/2019, de 27 de marzo, FJ 3]. En fin, la conclusión constante que se extrae del examen de la doctrina del 149.1.14 CE, es que se trata fundamentalmente de un título de coordinación entre todas las Haciendas territoriales.

En todo caso, la competencia del Estado así descrita es compatible con que las Comunidades Autónomas tengan también, constitucionalmente reconocida, su propia Hacienda, tal y como el Tribunal Constitucional ha reiterado, desde sus primeras sentencias, como se recuerda en la STC 65/2020, de 18 de junio, FJ 4 b), con cita de otras; “de una lectura conjunta del artículo 156.1 CE sobre autonomía financiera autonómica, del artículo 157.3 CE sobre delimitación de competencias financieras autonómicas mediante ley orgánica y del artículo 149.3 CE (al ser una materia no expresamente atribuida al Estado y por tanto asumible estatutariamente por las comunidades autónomas), se desprende que la hacienda privativa autonómica “es no tanto una competencia que se reconoce a las comunidades autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autonómica” (STC 14/1986, de 31 de enero, FJ 2; citada, entre otras, en SSTC 192/2000, de 13 de julio, FJ 6, y 130/2013, de 4 de junio, FJ 5). Y así se ha asumido estatutariamente por las comunidades autónomas competencia sobre su propia hacienda autónoma; en este caso, por Cataluña, en el actual artículo 211 EAC, atribuyendo a la Generalitat competencia exclusiva “para ordenar y regular su hacienda”, “como elemento indispensable para la consecución de su autonomía política” (STC 31/2010, FJ 130), si bien tanto la Constitución (arts. 138, 156 y 149.1.14 CE) como la Ley Orgánica a la que se remite el artículo 157.3 CE para delimitar el ejercicio de las competencias financieras autonómicas (la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas) establecen los límites de tal exclusividad” [STC 65/2020, FJ 4 b)].

En cuanto a los límites mismos de la autonomía financiera, con carácter general, del título contenido en el artículo 149.1.14 CE, en conexión con el

artículo 157.3 CE, resulta que corresponde al Estado la “fijación del marco y los límites en que esa autonomía ha de actuar mediante una Ley Orgánica a la que confiere una función específica y constitucionalmente definida, atribuyéndole no sólo la regulación del ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, sino también el establecimiento de normas para resolver los conflictos que pudieran surgir, así como la determinación de las posibles fórmulas de colaboración entre las Comunidades Autónomas y el Estado (STC 13/2007, FJ 7; y 76/2014, FJ 4 a)]. Por lo tanto, “junto a la garantía de autonomía financiera, la Constitución otorga al Estado la competencia de coordinar y establecer la financiación de las Comunidades Autónomas, en virtud del título contenido en el artículo 149.1.14 CE en conexión con el artículo 157.3 CE, lo que le otorga un margen de discrecionalidad para la fijación del marco y los límites en que la autonomía financiera puede desenvolverse, mediante una ley orgánica a la que confiere una función específica y constitucionalmente definida; en la actualidad, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas” [SSTC 76/2014, FJ 4 c); y 96/2016]. La conexión existente entre los artículos 133.1, 149.1.14 y 157.3 CE supone la competencia del Estado para “la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado” (STC 31/2010, FJ 130), especificando que la competencia de aquél se desenvuelve, con la coordinación del propio Estado, en un marco de cooperación entre éste y las Comunidades Autónomas (SSTC 31/2010, FJ 135; 134/2011, de 20 de julio, FJ 8).

Como es sabido, en el artículo 157 CE se contiene la definición misma de la Hacienda autonómica y un pergeño de lo que podemos denominar modelo de “federalismo fiscal”. Este precepto ya contiene en su primer apartado todos los recursos con los que, idealmente, podría contar una Hacienda. Dentro del modelo flexible y abierto de descentralización territorial que posibilita la Constitución española, el constituyente dejó establecido que los nuevos entes de base territorial habrían de contar con Hacienda propia. En el listado del artículo 157.1 CE queda esbozado, un modelo de federalismo fiscal, asumiendo la premisa general de que un reparto de materias competenciales entre distintos niveles de gobierno debe ir seguido de un reparto correlativo de los recursos o medios financieros, tanto en la vertiente de los ingresos (posibilidad de obtenerlos), como en la del gasto (posibilidad de decidir sobre su asignación)⁴⁷.

Ahora bien, la Constitución ni define ni otorga peso específico a los diferentes recursos, dejando al legislador orgánico, y por tanto estatal, la función de completar el modelo de reparto de competencias financieras y tributarias entre Estado y Comunidades Autónomas, dejando en la práctica en una ley orgánica, fundamentalmente, aunque no sólo, la vigente Ley Orgánica

⁴⁷ CASTELLS, A.: *Hacienda autonómica. Una perspectiva de federalismo fiscal*. Barcelona: Ariel, 1988, pp. 15 y ss.

8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA, en lo que sigue), el papel de Constitución financiera. La LOFCA ocupa de este modo, en la práctica, el lugar de la Constitución financiera, ocupando la falta de concreción constitucional sobre el sistema de recursos, tal como ha recordado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, entre otras la STC 65/2020, de 18 de junio, FJ 4 b): “el artículo 157.1 CE tampoco establece el sistema de distribución de competencias sobre los distintos recursos tributarios de cuyo producto puede ser titular la comunidad autónoma, que habrá que buscar no solo en otros preceptos constitucionales [art. 157.1 b) en relación con el art. 133.2 CE para los propios, y art. 157.1 c) en relación con los arts. 133.1 y 149.1.14 CE para los impuestos cedidos] sino también en el bloque de la constitucionalidad.

El esquema anterior estaría incompleto si no se recordara que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la LOFCA ocupa un papel preponderante en la distribución de competencias entre Estado y Comunidades autónomas, de manera que constituye “un punto de referencia para determinar la extensión y límites de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y las facultades que al respecto se reservan a los órganos centrales del Estado para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las competencias que la Constitución les atribuye” (tempranamente, STC 179/1985, de 12 de noviembre, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones, por ejemplo en la SSTC 76/2014, de 8 de mayo, con cita de muchas otras en su FJ 4). De los citados pronunciamientos se deducen las siguientes características de la LOFCA: (i) En primer lugar, se trata de una norma integrante del bloque de la constitucionalidad, lo que significa que constituye parámetro de constitucionalidad en la distribución de competencias en el ámbito que el artículo 157.3 le encomienda. (ii) En segundo lugar, la LOFCA es expresión de la voluntad unilateral del Estado de forma que no está prevista en la Constitución la participación de las Comunidades Autónomas en su aprobación, sin perjuicio de que la propia LOFCA prevea dicha participación en algunos supuestos, como veremos. Así, mediante esta ley el Estado tiene la posibilidad de establecer el marco para el reparto de competencias tributarias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; (iii) En tercer lugar, que este papel preponderante de la LOFCA en relación con la delimitación del poder financiero obedece a que la Constitución renuncia expresamente a delimitar este sistema, lo que ha llevado a algunos autores a afirmar que esta función ha sido “delegada” por la Norma fundamental a una ley orgánica. (iv) Por último, en cuarto lugar, la aprobación de la LOFCA responde a la finalidad de dotar de cierta homogeneidad al sistema, cumpliendo una función de norma armonizadora ex ante, a modo de un artículo 150.3 CE a la inversa. De este modo, tempranamente, el Tribunal sugirió cierta función armonizadora en la LOFCA, en la STC 150/1990, en cuyo FJ. 4 afirma que: “desde una perspectiva estrictamente jurídica, que, como señalábamos en la STC 76/1983 (FJ 3), el artículo 150.3 de la

Constitución constituye una norma de cierre del sistema, aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa, o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general. Y dado que el Estado, en virtud del artículo 157.3 de la Constitución, puede regular mediante ley orgánica el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas enumeradas en el artículo 157.1, no sería preciso, en principio, que el legislador estatal acudiera al procedimiento previsto en el artículo 150.3 de la Constitución”.

Se trata así de la norma que delimita la distribución del poder tributario entre Estado y Comunidades Autónomas, especificando qué competencias pueden ser ejercidas por éstas y supliendo así la relativa indefinición de la Constitución. Ahora bien, es preciso introducir aquí una matización esencial, que nos ayudará a comprender mejor dicho papel; la materia tributaria es una materia competencial más pero confluyen en ella una serie de particularidades a las que ya se ha hecho referencia. Pues bien, consecuencia de éstas, y de la escasa atención que a la Hacienda autonómica dedica la Constitución, es la redacción del artículo 157.1 que no hace referencia expresa a competencias, aunque éstas deben entenderse incluidas de manera implícita, según se expuso más arriba. Por otro lado, precisamente para subrayar esa preponderancia, y la caracterización de la LOFCA como una norma de transferencia o delegación específica en materia de financiación autonómica, se acuerda concederle el rango de orgánica. De ahí que, pueda sostenerse que la LOFCA cumple en cierta medida funciones asimilables a las de las leyes del artículo 150 CE.

El papel de la LOFCA es coherente con el papel, secundario en este contexto, que corresponde al Estatuto de Autonomía en materia tributaria. Y ello pese a que en el orden básico de reparto competencial que deriva del Estado autonómico, las reglas constitucionales colocan en un lugar central el Estatuto de Autonomía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 147 CE, y en todo caso de forma subordinada a la Constitución⁴⁸, como ha reiterado el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias, entre las que cabe citar, a título de ejemplo, la STC 18/1982: “el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo precep-

⁴⁸ Un reciente y detallado examen de las consecuencias que sobre el juicio de constitucionalidad tiene la posición del bloque de la constitucionalidad puede verse en: IBÁÑEZ BUIL, P.: *Recurso de inconstitucionalidad y delimitación de competencias. Un estudio de la doctrina constitucional*, Madrid, 2022. [Tesis doctoral leída en la Universidad Autónoma de Madrid, Dir. Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, fecha julio 2022. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/704155>. Obra pendiente de publicación, se cita con permiso de su autor], pp. 218 y ss.

tos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma” (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 1).

Pues bien, en relación con las competencias de una Comunidad Autónoma sobre su propia Hacienda, el papel de la norma estatutaria encuentra los límites que se han reiterado, entre otras, en la STC 128/2016, (en relación a la creación de posibles “estructuras de Estado”), en la que se recordó que las competencias sobre su Hacienda serán siempre las asumidas en el propio Estatuto de Autonomía, lo que al mismo tiempo significa que “una Comunidad Autónoma no puede asumir más potestades, competencias en sentido propio o funciones, sobre las ya recogidas en su Estatuto en vigor, si no es mediante modificaciones normativas que quedan extramuros de su capacidad de decisión” (STC 128/2016, FJ 6).

De esta manera, en realidad el problema de la relación entre Estatutos y LOFCA en materia tributaria no se plantea en términos de jerarquía ni de competencia, ya que ambas normas operan en momentos distintos: al Estatuto de autonomía le corresponde habilitar y concretar el ámbito material del poder tributario autonómico y a la LOFCA delimitar las condiciones de su ejercicio. Por eso es también irrelevante que los Estatutos de autonomía hayan sido aprobados antes o después de la LOFCA, pues en cualquier caso el ejercicio de las competencias tributarias por éstos asumidas deberá amoldarse a ésta. Igualmente, con esta interpretación quedan descartadas tanto las tesis que propugnaban que el poder tributario autonómico viene atribuido directamente por la Constitución, de manera que la función que cumple el Estatuto de autonomía en relación con la atribución de dicha competencia no pasa de ser declarativa como las que, en el extremo contrario, han afirmado que es la LOFCA la norma que otorga poder tributario a las Comunidades Autónomas⁴⁹.

4.2. La opción de desarrollar la corresponsabilidad fiscal mediante la cesión de impuestos

A primera vista, la creación del ITS GF no parece coherente con la idea de autonomía financiera, y, específicamente, con el desarrollo de la corresponsabilidad fiscal, que es el motivo en el que se fundamenta la transformación del mecanismo de cesión de impuestos para que éstos sean de normaación compartida⁵⁰.

⁴⁹ Véase referencia a este debate en: RUIZ ALMENDRAL, V.: *Impuestos cedidos y corresponsabilidad fiscal... cit.*

⁵⁰ Así lo ha señalado, entre otros, J. J. RUBIO GUERRERO, en esa entrada del blog de RIFDE (“De fueros y de huevos. Blog sobre financiación autonómica o local”), titulada: “Impuesto Temporal de Solidaridad de Grandes Patrimonios: Consideraciones preliminares”, disponible aquí: <https://www.expansion.com/blogs/defuerosyhuevos/2022/12/05/impuesto-temporal-de-solidaridad-de.html> (acceso 5 de diciembre de 2022).

Es pertinente, antes de alcanzar una conclusión al respecto, examinar cuál ha sido la evolución de este término, al que no se refiere expresamente la Constitución española.

De acuerdo con el reparto de competencias vigente, el sistema tributario estatal (y local, que es de competencia del Estado) actúa como límite al desarrollo potencial del poder tributario de las Comunidades Autónomas. De este modo, la creación de tributos propios por parte de las Comunidades Autónomas encuentra un límite difícil de superar en la redacción de los artículos 6 y 9 de la LOFCA, que tienen el efecto de convertir el sistema tributario del Estado, en su totalidad, en parámetro de control de los impuestos creados por las Comunidades Autónomas. Así lo recordó, por poner un ejemplo, el Tribunal Constitucional en relación con la creación del impuesto estatal sobre los depósitos en las entidades de crédito estatal, afirmando que la norma reguladora (Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica) “no integra el bloque de la constitucionalidad. Sin embargo, sí constituye un parámetro de control de los impuestos creados por las Comunidades Autónomas, a consecuencia de la aplicación del artículo 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), precepto que establece que “[l]os tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado. Cuando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos imponible gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a éstas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de las mismas” (STC 30/2015, de 19 de febrero, FJ 2).

La dificultad de aplicar cabalmente las prohibiciones de equivalencia del artículo 6 LOFCA explica seguramente que la conflictividad sobre impuestos propios, pese a su escasa recaudación en términos relativos (menos del 2 por cien de los ingresos autonómicos) haya ocupado un lugar relevante en la conflictividad ante el Tribunal Constitucional.

El artículo 6 de la LOFCA refleja el papel preponderante del Estado central a la hora de establecer y regular tributos, sentado que éste no sólo ostenta la competencia para regular sus propios tributos, sino específicamente “el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado” (por todas, SSTC 101/2013, de 23 de abril, FJ 3; y 26/2015, FJ 4). Dicho modelo de reparto de competencias “se traduce en una preferencia del Estado en la ocupación de los hechos imponible expresamente recogida en el artículo 6 LOFCA, cuyos límites ‘reflejan que la competencia autonómica para establecer tributos ex novo no se configura constitucionalmente en términos absolutos, sino que se encuentra sujeta a lo establecido en las leyes del Estado a que se refieren los artículos 133.2 y 157.3 CE (...)”.

Así, la finalidad última de los citados límites no es otra que la coordinación del ejercicio de las competencias tributarias de las Comunidades Autónomas, garantizando de esta manera que el ejercicio de poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de ‘un sistema’ tributario en los términos exigidos por el artículo 31.1 CE” [SSTC 26/2015, de 19 de febrero, FJ 4; 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 4; y 53/2014, de 10 de abril, FJ 3 a), con cita de las SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 b)].

Como se ha reiterado tantas veces⁵¹, estos límites tienen un alto potencial para eliminar en la práctica toda posibilidad de que se pueda desarrollar la imposición propia autonómica, lo que exige que sean interpretados salvaguardando dicha competencia tributaria, reconocida constitucionalmente [arts. 133.2 y 157.1.a)], teniendo en cuenta que “ninguno de los límites constitucionales que condicionan dicho poder tributario puede ser interpretado de tal manera que haga inviable el ejercicio de aquella potestad tributaria” (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 3; 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 4; 53/2014, de 10 de abril). Por ello, tempranamente se afirmó que los límites deberían aplicarse teniendo en cuenta que “la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría ... a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos, por el momento, nuevos impuestos autonómicos” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14).

Esta realidad propició el desarrollo de la cesión de impuestos como manera de potenciar la denominada “corresponsabilidad fiscal”, noción que no aparece en la Constitución española de forma expresa. El término “corresponsabilidad fiscal” se cita en apenas diez sentencias del Tribunal Constitucional, empezando por la STC 289/2000, de 30 de noviembre, donde se usa por vez primera, con referencia directa al modelo de financiación aprobado en 1996, en el que por vez primera se delegan potestades normativas en impuestos cedidos; “... no cabe duda alguna de que en los últimos años se ha pasado de una concepción del sistema de financiación autonómica como algo pendiente o subordinado a los Presupuestos Generales del Estado, a una concepción del sistema presidida por el principio de “corresponsabilidad fiscal” y conectada, no sólo con la participación en los ingresos del Estado, sino también y de forma fundamental, de la capacidad del sistema tributario para generar un sistema propio de recursos como fuente principal de los ingresos de Derecho público. Basta con acudir al último modelo de financiación, co-

⁵¹ En este sentido, sin perjuicio de publicaciones posteriores, sigue siendo referencia el trabajo de ADAME MARTÍNEZ, F.D.: *Tributos propios de las comunidades autónomas*. Granada: Comares, 1996. Véase también: ADAME MARTÍNEZ, F.D.; AURIOLES MARTÍN, J.; CASTILLO MANZANO, J. I.; JIMÉNEZ AGUILERA, J. D.; JIMÉNEZ RUBIO, D.; MOLINA GARRIDO, C.; RAMOS PRIETO, J. (coord.): “Propuestas para el debate sobre la reforma del sistema de financiación autonómica”. *Revista de estudios regionales*, n. 114/2019, pp. 199-244. [Acceso a texto completo el 10.11.2022, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7073535&orden=0&info=link>]

rrespondiente al quinquenio 1997-2001” STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3). Posteriormente, en la STC 168/2004, de 6 de octubre, se recuerda la conexión de la corresponsabilidad fiscal con la vertiente de los ingresos; “[v]ertiente que implica, en lo que ahora estrictamente interesa, la ‘capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer y exigir sus propios tributos’ (STC 168/2004, FJ 4). En la STC 204/2011, de 15 de diciembre se desarrolla algo más esta idea, con cita de la STC 289/2000, y señalando que “el sistema permite en la actualidad que las Comunidades Autónomas puedan, por sí mismas, incrementar sustancialmente los recursos con los que han de financiarse. En consecuencia, esta evolución del sistema de financiación ha supuesto un mayor desarrollo del principio de autonomía financiera, de manera que la financiación autonómica no descansa ya, casi en su totalidad, en las transferencias del Estado” (STC 204/2011, FJ 8).

Posteriormente se trazaría, tímidamente, una vinculación entre la corresponsabilidad fiscal y la estabilidad presupuestaria, en la STC 53/2014, de 10 de abril, en la que tras recordar la noción de corresponsabilidad fiscal se afirma que “[a] esta perspectiva debe añadirse la necesidad de garantizar que el sistema tributario en su conjunto, y los distintos subsistemas tributarios que lo integran (autonómico y local), puedan desarrollar la capacidad de sostener los ingresos públicos, dando así cumplimiento a las exigencias derivadas de la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE)” (STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 3). Otra vuelta de tuerca se da en la STC 76/2014, de 8 de mayo, que conecta la corresponsabilidad fiscal con la posibilidad de perder ingresos, señalando que “esta mayor autonomía financiera encuentra su contrapartida en el mayor riesgo que asumen las Comunidades Autónomas al adquirir mayor control sobre sus propios recursos, que al mismo tiempo no se garantizan de forma estática sino en función de la propia evolución de los ingresos públicos. En concreto, el sistema de financiación autonómica prevé, como uno de los ingresos principales de las Comunidades Autónomas, la cesión de tributos del Estado (regulados en los arts. 10 y ss. LOFCA), recurso sobre el que, desde el ejercicio de 1997, las Comunidades Autónomas ostentan además determinadas potestades normativas en el marco de lo dispuesto por la legislación del Estado (por todas, STC 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 3). Pues bien, esta mayor dependencia de la recaudación tributaria, que obedece a lo que las sucesivas leyes de financiación autonómica denominan “corresponsabilidad fiscal”, supone, lógicamente, que buena parte de los ingresos de las Comunidades Autónomas dependa directamente del comportamiento recaudatorio del sistema tributario. Esto tiene como consecuencia inmediata que el sistema de financiación, en su aplicación práctica, no garantice a las Comunidades Autónomas unas cantidades cerradas a futuro, de la misma manera que resulta imposible prever, con una mínima exactitud, los ingresos tributarios que se obtendrán en un determinado ejercicio, pues ello depende como es notorio de diversos factores entre los que adquieren particular relevancia el propio comportamiento de la economía española, que encuentra su reflejo

en indicadores generalmente aceptados como es la estimación del producto interior bruto (PIB) y la estimación de su crecimiento o disminución (STC 76/2014, de 8 de mayo, FJ 4).

Esta idea del riesgo se reitera en la STC 40/2021, de 18 de febrero, aunque por vez primera, en relación con la financiación de las Entidades locales; “[l]o que reciban las entidades locales en cada ejercicio por este fondo dependerá directamente de lo que se recaude por los tributos “participados”, sin que se les garantice un mínimo, lo que resulta coherente con el principio de “corresponsabilidad fiscal” (por todas, SSTC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3, y 65/2020, de 18 de junio, FJ 4)” (STC 40/2021, FJ 5).

También se refieren al principio de corresponsabilidad, sin añadir nada nuevo, las SSTC 120/2018, de 31 de octubre, FJ 3; 4/2019, de 17 de enero, FJ 3; y 22/2019, de 14 de febrero. Finalmente, en la STC 65/2020, de 18 de junio, FJ 4, se recapitula la doctrina anterior en conexión con la propia evolución seguida hasta el momento; “[d]entro del marco constitucional flexible y abierto que regula el sistema de financiación autonómica (arts. 156 a 158 CE), completado por la LOFCA ex artículo 157.3 CE y los estatutos de autonomía, se han ido sucediendo diferentes modelos. Como ha señalado este tribunal, a partir del quinquenio 1997-2001 (con la consiguiente modificación de la LOFCA por la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre; y con la aprobación de la nueva Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las comunidades autónomas) se pasó de un modelo de hacienda autonómica de transferencias “en las que el grueso de sus ingresos procedían del presupuesto estatal, a través del porcentaje de participación en los ingresos del Estado (SSTC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7; 68/1996, de 18 de abril, FJ 10, y 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3) a una concepción del sistema presidida por el principio de ‘corresponsabilidad fiscal’, potenciando la capacidad del sistema tributario para generar un sistema propio de recursos como fuente principal de los ingresos de Derecho público” [STC 65/2020, FJ 4, con cita de las SSTC 289/2000, FJ 3; 168/2004, de 6 de octubre, FJ 4; 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 8, y 53/2014, de 10 de abril, FJ 3 a)].

La doctrina constitucional recoge así la noción de corresponsabilidad fiscal en su sentido clásico en la doctrina del federalismo fiscal, como herramienta vinculada fundamentalmente a los ingresos y que ha de permitir una mejor equivalencia, y responsabilidad, acerca del nivel de ingresos y del gasto⁵² así como una mejor transparencia del sistema, que al menos en teoría debería permitir que la relación entre los recursos obtenidos y los recursos gastados en un determinado ejercicio fuera visible. En la práctica,

⁵² OATES, W. E.: “An Economist’s Perspective on Fiscal Federalism”, en: AA.VV. (Ed. OATES, W. E.): *The Political Economy of Fiscal Federalism*. Toronto: Lexington Books, 1977, p. 16; BOADWAY, R. W.; HOBSON, P. A. R.: *Intergovernmental Fiscal Relations in Canada*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1993, pp. 28 y ss; BOADWAY, R. W.: “Recent developments in the Economics of Federalism”, en: AA. VV. (Ed.: H. LAZAR): *Towards a New Mission Statement for Canadian Fiscal Federalism*. Kingston: Institute of Intergovernmental Relations. Queen’s University, 2000, pp. 46 y ss.

sin embargo, el desarrollo del principio se ha vinculado fundamentalmente a los impuestos cedidos, desde el principio una de las piezas esenciales en la financiación de los nuevos entes territoriales, y no tanto a la vía del gasto público autonómico. Además, la práctica se ha alejado del ideal clásico citado, pues el empleo de potestades normativas en impuestos cedidos no siempre se ha ejercido de forma financieramente corresponsable, ni ha limitado en la práctica la dependencia financiera del Estado.

En concreto, la deriva de la última década ofrece —en mi opinión— un panorama de transformación, o incluso involución, de la financiación autonómica. Además del aparente olvido en el que ha quedado el Informe para la reforma del sistema de 2017⁵³, las reformas derivadas de la estabilidad presupuestaria, que podrían haber propiciado una mayor corresponsabilidad fiscal, han pivotado en exceso sobre sistemas de garantía de endeudamiento y control del gasto, realizados desde el Estado central, lo que de hecho ha incrementado la dependencia financiera de las Comunidades Autónomas⁵⁴. Como ha señalado S. Lago Peñas, a raíz de la crisis del Covid-19 el Estado ha desplegado una “extraordinaria protección financiera” en favor de las Comunidades Autónomas, de manera que, pese al incremento sustancial del gasto y la caída de los ingresos tributarios, incluyendo los gestionados por las Comunidades Autónomas, su saldo presupuestario ha caído relativamente poco. Esta protección del Estado con respecto de las Comunidades Autónomas se ha canalizado tanto manteniendo los ingresos a cuenta con datos anteriores a la pandemia como a través de dos fondos extraordinarios (16.000 millones de euros en 2020 y aproximadamente 13.000 en 2021).

Esta protección ha generado como resultado “el claro contraste entre el fuerte crecimiento del déficit de la Administración central y la previsión de mantenimiento del déficit de las comunidades autónomas en cifras equivalentes a las del año 2019. El Estado ha nutrido de fondos extraordinarios a las haciendas autonómicas, de forma que estas han podido afrontar aumentos de gasto en áreas prioritarias afectadas por la pandemia, como sanidad y educación, sin generar déficit”⁵⁵.

⁵³ Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica: *Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica*. Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2017. Disponible en: https://www.hacienda.gob.es/CDI/sist%20financiacion%20y%20deuda/informaci%C3%B3nccaa/informe_final_comisi%C3%B3n_reforma_sfa.pdf.

⁵⁴ Ya criticamos esta desconexión de la estabilidad presupuestaria con la corresponsabilidad fiscal en CUENCA, A.; RUIZ ALMENDRAL, V.: “La transparencia en la normativa de estabilidad presupuestaria”. Presupuesto y Gasto Público. Número 73/2013, pp. 149-162; y “Estabilidad presupuestaria en las Comunidades Autónomas: más allá de la reforma de la Constitución”. Cuadernos de Información Económica, número 241, julio/agosto 2014, pp. 35-44.

⁵⁵ LAGO PEÑAS, S.: “Finanzas descentralizadas: el segundo año de la pandemia”. Cuadernos de Información Económica, N.º 281 (marzo-abril 2021), [disponible en: <https://www.funcas.es/articulos/finanzas-descentralizadas-el-segundo-ano-de-la-pandemia>]. Véase también: LAGO PEÑAS, S.: “Las cuentas públicas de la pandemia: balance y perspectivas”. Papeles de Economía Española, n. 173/2022, pp. 127 y ss.

Una futura reforma del sistema de financiación autonómica deberá abordar estas cuestiones, como ya se propuso en el postergado informe sobre la reforma del sistema de financiación autonómica (2017). Debería replantearse, en ese contexto, una mejor conexión entre los ingresos y los gastos, de forma que la corresponsabilidad fuera creíble, lo que sin duda redundaría en un mejor debate sobre las reformas fiscales y sus efectos inmediatos y a medio plazo.

4.3. Funcionamiento de la “delegación” de potestades normativas sobre el impuesto sobre el patrimonio: las alternativas de control y armonización

La cesión de impuestos no se define en el artículo 157.1 de la Constitución, pero su evolución posterior lo ha transformado en un mecanismo de estructura variable, que puede conllevar el reparto de diferentes potestades normativas sobre el mismo tributo entre dos órdenes de gobierno que son el Estado y las Comunidades Autónomas. Desde enero de 1997, una de las potestades objeto de cesión, que se añade a la gestión y al producto o recaudación del impuesto, es la normativa, que hasta ese año había permanecido exclusivamente en manos del Estado. Aquella reforma obedeció a un intento de dotar al sistema de la denominada *corresponsabilidad fiscal*, con el objeto de corregir el tradicional desequilibrio entre el limitado poder tributario autonómico y su más amplio poder de gasto.

Los impuestos cedidos, en su evolución, se han convertido en una figura de geometría variable y altamente flexible. Pues bien, una de las características de la atribución de potestades normativas parciales sobre impuestos estatales es que la normativa autonómica se inserta dentro de la estatal, de manera que pasa a formar parte de la estructura del impuesto cedido, lo que significa que la coordinación en dicho ejercicio de competencias debería constituir, por definición, un elemento de la mayor relevancia para que el impuesto mantenga los perfiles originales otorgados por el Estado.

El Tribunal Constitucional ha tenido ya distintas ocasiones de abordar la adecuación al marco jurídico establecido por el Estado del ejercicio de potestades normativas, entre otras en las SSTC 35/2012, de 15 de marzo, FJ 9; y 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 5, en las que se expone el armazón jurídico de la cesión de impuestos, integrado por los Estatutos de Autonomía, la LOFCA (arts. 10, 11 y 19 fundamentalmente), la actual Ley general del sistema de financiación (Ley 22/2009 de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CC.AA. de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y por la que se modifican determinadas normas tributarias), y las leyes individuales de cesión de impuestos a cada Comunidad Autónoma, que adoptan la forma de ley marco del artículo 150.1 CE. En el sistema vigente, dichas leyes específicas de cesión son las leyes 16 a 30/2010,

de 16 de julio. En todas ellas se recoge la delegación de potestades normativas (art. 2.2) en el marco de lo dispuesto en el artículo 150.1 de la Constitución española, estableciéndose además y de forma expresa un mecanismo de control, consistente en el mandato de que cada Comunidad Autónoma “remitirá a la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado los proyectos de normas elaborados como consecuencia de lo establecido en este apartado, antes de la aprobación de las mismas”.

Se diseña así un marco que expresamente había de permitir su adaptación para lograr un efecto armonizador o coordinador. Es cierto que la ley marco, un instrumento jurídico casi inédito en nuestro Ordenamiento⁵⁶, no tiene unos perfiles jurídicos del todo claros, si bien la interpretación más probable es que contienen un mecanismo de delegación de competencias legislativas. En todo caso, el esquema normativo de atribución de competencias no termina ahí, pues como se ha expuesto la ley marco aparece como eslabón en la cadena normativa necesaria para la cesión de impuestos. Como afirmé en otro lugar⁵⁷, es probable que, teniendo en cuenta el contexto que rodea la reforma de 1997, que el empleo de la ley marco para delegar una serie de potestades normativas sobre impuestos cedidos no fuera una elección excesivamente meditada por el legislador⁵⁸, pero lo cierto es que, al menos en teoría, seguramente constituye el mecanismo jurídicamente idóneo para garantizar dos objetivos cuya concurrencia no resulta sencilla de conseguir: por un lado, otorgar un determinado nivel de autonomía tributaria a las Comunidades Autónomas, que les permita ejercer determinadas potestades en algunos de los principales impuestos del sistema estatal. Y, por otro, garantizar al mismo tiempo un grado de homogeneidad tal que permita al Estado mantener un cierto control sobre los impuestos cedidos (sobre el sistema tributario) que evite distorsiones en su estructura.

Dado el escaso empleo de la ley marco, no hay doctrina acerca de qué mecanismos tiene el Estado para controlar, en su caso, el ejercicio de las potestades normativas atribuidas. El mecanismo de control específicamente previsto en las leyes de cesión, consistente en el examen de los anteproyectos de la normativa autonómica en la Comisión General de las Comunidades Autónomas, no parece coherente con la exigencia del artículo 150.1 de la Constitución⁵⁹, que establece que “s[ic]in perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas”. Este mecanismo de control aparece vinculado a la propia he-

⁵⁶ DONAIRE VILLA, F.J.: *La Ley Marco. Teoría y Práctica Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

⁵⁷ RUIZ ALMENDRAL, V.: *Impuestos Cedidos y Corresponsabilidad Fiscal...* p. 235 y ss.

⁵⁸ Sino una respuesta a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos en su momento por las Comunidades que no aceptaron el modelo de financiación (Andalucía, Castilla-La Mancha y Extremadura).

⁵⁹ En este sentido: GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P. Y ZORNOZA PÉREZ, J.: *Constitución y financiación autonómica*. Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 1998, pp. 73 y ss.

rramienta de cesión, garantizando así que el Estado retenga siempre poder normativo suficiente que le permita definir los principios normativos básicos de la materia en cuestión, o incluso prever las consecuencias de la falta de ejercicio de las facultades delegadas, como sucedería en este caso.

En todo caso, tampoco parece que esté alineada con el propio texto del artículo 150.1 CE es la previsión, contenida inicialmente en el artículo 63 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, (que crea el “Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria”), y posteriormente en el artículo 65 de la Ley 22/2009, de que sea un órgano administrativo (que crea el denominado “Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria”) el que analice e informe sobre los anteproyectos normativos de rango legal que modifiquen la regulación de los tributos cedidos en cada Comunidad Autónoma. Sin duda puede que sea un mecanismo útil, pero que no puede sustituir al que exige el artículo 150.1 CE, que se refiere a un control parlamentario, como por otro lado es propio cuando de lo que se trata es de proyectos de ley de una Comunidad Autónoma. En todo caso, ni el mecanismo de control en el Senado parece haber sido empleado más que ocasionalmente, y siempre como una modalidad de control formal⁶⁰, ni son públicos los informes del citado Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria⁶¹.

⁶⁰ Tras la aprobación del marco de cesión de tributos en 1997, hubo casos puntuales de control [las Comunidades Autónomas de Galicia (13 de noviembre de 2000), Baleares (16 de noviembre de 2000 y 3 de diciembre de 2002), Madrid (5 de septiembre de 2002) y Cantabria (20 de noviembre de 2002) han remitido, en las fechas indicadas, sendos proyectos de ley en materia de impuestos cedidos a la Comisión General de las Comunidades Autónomas]. No nos consta que se hayan enviado más proyectos, ni que dicha Comisión haya emitido algún pronunciamiento de fondo en relación con los mismos. Posteriormente, el artículo 64 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, creó la *Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria*, entre cuyas funciones estaría la de “Analizar e informar los anteproyectos y proyectos normativos de rango legal que deban ser sometidos a la aprobación del Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo y que modifiquen la regulación de los tributos cedidos” (art. 64.3.b). Aprobado el sistema vigente, el artículo 65 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias creó el *Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria*, entre cuyas competencias está la de “proponer criterios generales de armonización de las políticas normativas del Estado y de las comunidades y Ciudades con Estatuto de Autonomía en materia de tributos cedidos”. No se tiene constancia de la actividad de estos órganos, ya que los informes no son públicos en su web, salvo error de quien escribe.

⁶¹ La información disponible, salvo error por quien escribe, se limita a la que se puede encontrar en las páginas web de la AEAT (https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/informacion-institucional/sobre-agencia-tributaria/2022/El_Consejo_Superior_para_la_Direccion_y_Coordinacion_de_la_Gestion_Tributaria.html) Y el Ministerio de Hacienda y Función Pública: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/Comision%20Mixta%20de%20Coordinacion%20para%20la%20Gestion%20Tributaria.aspx> (acceso 10 de noviembre de 2022).

En fin, esta estructura normativa diseñada para la cesión de impuestos, tal y como ha recalcado el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 197/2012, de 6 de noviembre, FJ 2; o 21/2022, de 9 de febrero), implica que en el procedimiento de atribución de los impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas intervengan, además del correspondiente Estatuto de Autonomía y la LOFCA, otras dos normas, una general, que precisa las condiciones generales de la cesión de tributos, y una última ley que concreta la cesión para cada Comunidad Autónoma, y que adopta la citada forma de ley marco. Pero, adicionalmente, en muchos supuestos la propia norma reguladora del impuesto en cuestión, actúa como marco de la cesión.

Esto tiene la consecuencia de que, “aunque las leyes estatales reguladoras de los tributos cedidos no son parámetro de enjuiciamiento de forma directa, sí pueden serlo por remisión”, actuando así como normas de contraste (como recuerda la STC 21/2022, de 9 de febrero, FJ 2; con cita de las SSTC 197/2012, FJ 3, con cita de la STC 161/2012, FJ 3).

Es decir, jurídicamente, el propio ejercicio de las competencias tributarias, por parte del propio Estado, tenía ya como efecto inmediato el potencial de modular el ámbito de competencias autonómicas. Así, por ejemplo, cualquier modificación del mínimo personal o familiar del IRPF estatal, incide automáticamente en las competencias autonómicas, que de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 22/2009 se ciñen a “establecer incrementos o disminuciones” sobre las categorías definidas por la norma estatal. Incluso en el propio IP el artículo 47 establecía el límite de que las deducciones y bonificaciones autonómicas fueran “compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto”, y sin que pudieran suponer una modificación de las mismas.

El esquema de cesión obedece a la idea tradicional de que, entendiendo que la materia objeto de delegación vía ley marco sigue siendo de titularidad estatal, es preciso que el Estado retenga siempre poder normativo suficiente que le permita definir los principios normativos básicos de la materia en cuestión, o incluso prever las consecuencias de la falta de ejercicio de las facultades delegadas, como sucedería en este caso⁶².

En las primeras regulaciones de la cesión de impuestos se contemplaba en todo caso que la normativa supletoria estatal sería además de aplicación si la Comunidad en cuestión no legislaba. Esta normativa no sólo operaba en defecto de ley autonómica, sino que ostenta además un carácter complementario del marco limitativo de dicha normativa, en tanto que se utiliza en ocasiones como parámetro de control de la normativa autonómica. Así sucedía en el caso del IP, y todavía en la actualidad, en el caso del ISD con res-

⁶² Así lo señalaba S. MUÑOZ MACHADO; en: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I. Madrid: Civitas, 1982, p. 462. En este sentido, en relación con el caso concreto: Comisión para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas aplicable a partir de 2002: *Informe sobre la reforma del sistema de financiación autonómica*. Madrid: MEH-IEF, 2002, p. 72.

pecto de las reducciones, entre otros aspectos, y se mantiene igualmente en el IRPF, pues la ley estatal define las categorías del mínimo personal y familiar, como se recuerda en la citada STC 21/2022, de 9 de febrero. Ciertamente la pervivencia de tarifas supletorias planteó el problema de que suponía un desincentivo al ejercicio de competencias normativas por parte de las Comunidades Autónomas⁶³, lo que finalmente motivó su supresión.

Finalmente, no debe olvidarse que una última pieza de la cesión de impuestos es la necesidad de acuerdo en Comisión mixta, prevista en la mayoría de los estatutos de autonomía, que prevén que la norma específica de cesión se apruebe previo acuerdo en la misma, comisión a la que por tanto corresponderá acordar el alcance y condiciones de la cesión de tributos de titularidad estatal. Con carácter general, y específicamente en la definición y configuración del sistema de financiación autonómica el Tribunal Constitucional ha adoptado una línea cautelosa, con el argumento de que “conferir carácter vinculante a la voluntad autonómica, no sólo anularía la potestad exclusiva del Estado para configurar el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas que considere más idóneo, sino que le privaría, tanto de ejercer sus potestades de coordinación (art. 156.1 CE), como de garantizar la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución” (SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 9 y 31/2010, de 28 de junio, FJ 135). No cabe, por tanto, interpretar el principio dispositivo en el sentido de que han de ser las Comunidades Autónomas las habilitadas para elegir el sistema con arreglo al cual deberán financiarse, como pretenden los recurrentes (STC 204/2011, FJ 7).

Ello no es incompatible con que existan en el sistema de financiación elementos de voluntariedad de los que no se podría haber prescindido, pues así viene obligado por el propio modelo de Estado. Expresión máxima del mismo es el carácter voluntario del propio sistema de financiación autonómica, según se expresa en todas las normas que hasta ahora han desarrollado los sistemas de financiación autonómica (la última, Ley 22/2009, disposición adicional cuarta), que se refieren a la aceptación del mismo mediante acuerdo en Comisión Mixta. La tensión existente entre, por un lado, la voluntad de racionalizar la distribución de competencias mediante la igualación de las mismas entre las distintas Comunidades Autónomas y, por otro, la persistencia de la citada asimetría subyacente, que tiene su origen en el principio dispositivo, se manifiesta, en lo que respecta a los acuerdos, en la coexistencia de lógicas multilaterales y bilaterales. Esto encuentra claro reflejo en materia de financiación autonómica. Así, la elevación a rango legal de una serie de materias que hasta este momento venían contempladas exclusivamente

⁶³ En este sentido se pronunció igualmente la Comisión para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas... *cit.*, p. 33, señalando que “convendría reflexionar sobre...la posibilidad de incentivar el ejercicio de las competencias normativas por parte de las Comunidades Autónomas mediante la supresión de la normativa estatal supletoria”.

en acuerdos no elimina el papel de estos últimos, sino que los reconduce a una lógica adecuada, ya que parece indiscutible que los acuerdos entre el Estado y las Comunidades Autónomas representan un papel relevante en la articulación de la cesión de impuestos. Dichos acuerdos se producen en dos órganos, el Consejo de Política Fiscal y Financiera y las Comisiones mixtas que obedecen, respectivamente, a una lógica multilateral y bilateral. Así se reconoce expresamente, entre otras, en las SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 8; 31/2010, de 28 de junio, FJ 130; y 204/2011, FJ 7, que abordan el papel del Consejo de Política Fiscal y Financiera desempeña en la actualidad como órgano de coordinación de las competencias financieras entre Estado y Comunidades Autónomas.

La anterior cautela no se limita al sistema común. Tampoco las comunidades forales pueden, en fin, decidir sobre su sistema propio de financiación enteramente. En cuanto al contenido de la garantía institucional de foralidad, en su vertiente financiera, el Tribunal Constitucional ha reiterado que tiene una vertiente material, consistente en que es fundamentalmente tributario, implicando en concreto “la posibilidad de que la Comunidad Foral disponga de un sistema tributario propio, si bien en coordinación con el del Estado”, así como una vertiente participativa, lo que implica en concreto que dicho sistema tributario debe ser acordado previamente con el Estado. Por tanto “la Comunidad Foral tiene así un plus de participación en la delimitación del sistema, pero no le es dado decidir unilateralmente sobre su contenido” [para el caso de Navarra, STC 208/2012, FJ 4 b), con cita de la STC 148/2006, de 11 de mayo, FJ 8; doctrina reiterada en la STC 207/2013, FJ 2]. Al hecho de que el régimen foral tenga un contenido sustancialmente tributario es preciso añadir que, en todo caso, las remisiones históricas contenidas en sus respectivos Estatutos de autonomía, “han de ser interpretadas en el actual contexto (...) pero no a su contenido material en cada momento histórico, contenido que, por otro lado, ha experimentado una sustancial transformación en el último siglo” [STC 208/2012, FJ 4 a)]. Se trata así, en suma, de sistemas evolutivos que se enmarcan en la Constitución y en el Derecho de la Unión Europea, y teniendo en cuenta que “en el sistema constitucional de reparto de competencias financieras no caben compartimentos estancos, al margen del ordenamiento jurídico general, de forma que “las Comunidades Autónomas no están habilitadas para elegir de forma unilateral el sistema con arreglo al cual deberán financiarse” (STC 208/2012, de 14 de noviembre, FJ 5, con cita, entre otras, de las SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 9; 31/2010, de 28 de junio, FJ 135; y 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 7)” (STC 101/2013, de 23 de abril, FJ 11). Esto es coherente con el plus de participación que en su definición pueden tener también algunas Comunidades Autónomas, como Islas Canarias, lo que en tal caso deriva de su particular régimen económico-fiscal (por todas, SSTC 16/2003, de 30 de enero, FFJJ 5 a 7; y 62/2003, de 27 de marzo, FJ 4; STC 101/2013, de 23 de abril, FJ 11) y, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, de su carácter de región ultraperiférica.

En concreto en relación con la cesión de impuestos, la necesidad del acuerdo constituye, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, una garantía procedimental, que en todo caso “no impide, limita ni menoscaba la potestad legislativa plena que, de acuerdo con el artículo 66.2 CE, ejercen las Cortes Generales” (SSTC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 4, y 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 7), en particular en el caso de impuestos cedidos en los que, como también se ha reiterado por el Tribunal, el Estado, titular de los mismos, puede modificarlos o incluso suprimirlos, pues “la cesión del tributo no implica, en modo alguno, ni la transmisión de la titularidad sobre el mismo o sobre el ejercicio de las competencias que le son inherentes, ni, tampoco ... el carácter irrevocable de la cesión” (por todas, STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 11).

No obstante, es evidente que este acuerdo no es necesario cuando lo que haga el Estado sea modificar el impuesto en sí, por mucho que de ello pueda derivar la modificación de los términos de la cesión, por formar ello parte de la propia “libertad de configuración del legislador estatal, con respecto de estos impuestos (cedidos)” tal y como se afirmó en la STC 35/2012, de 15 de marzo (FJ 7), que estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad que había sido interpuesto (más de diez años antes) por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con el artículo 24 y la disposición adicional vigésima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Precisamente en esta controversia se examinaba una cuestión que guarda parecido con la actual, cual es si el ejercicio de sus competencias normativas por el Estado, en aquel caso en relación con el hecho imponible de la tasa sobre rifas. El Tribunal examina el contenido y significado de la cesión de impuestos, y concluye, en su FJ 7, que “si la cesión del tributo no implica, en modo alguno, “la transmisión de la titularidad sobre el mismo o sobre el ejercicio de las competencias inherentes al mismo” (SSTC 192/2000, de 13 de julio, FJ 8; 16/2003, de 30 de enero, FJ 11; y 72/2003, de 10 de abril, FJ 5), pues los tributos cedidos son de titularidad estatal (art. 10 LOFCA, art. 45 de la Ley 22/2009), es evidente que forma parte de la libertad de configuración del legislador estatal, con respecto de estos impuestos, la regulación del hecho imponible que se lleva a cabo en el artículo 36 aquí impugnado, lo que es coherente con la propia regulación de las tasas sobre rifas, como parte de los “tributos sobre el juego”, y su configuración en el bloque de la constitucionalidad como impuesto cedido” (STC 35/2012, FJ 7).

En base a lo expuesto, no parece haber fundamento para afirmar que la creación de un impuesto como el ITSGF haya supuesto una alteración ni siquiera de las condiciones de la cesión del IP, por mucho que ese fuera el objetivo e incluso el efecto. Por otro lado, y aunque el esquema de la cesión de impuestos no obedece estrictamente al de una competencia compartida, pues la titularidad sigue siendo estatal, un examen de la doctrina constitucional en este tipo de competencias arroja igualmente la conclusión de

compatibilidad del ITSGF con el orden constitucional vigente. A esta conclusión se llega tras examinar la doctrina del Tribunal Constitucional, dictada ciertamente sobre supuestos distintos, pero con los que se podría encontrar una conexión. Por poner sólo un ejemplo, en las SSTC 182/2013, de 23 de octubre, FJ 8; y 146/2013, de 11 de julio, FJ 4 se recordaba que “es doctrina reiterada de este Tribunal que no puede pretenderse que el previo ejercicio de una competencia autonómica en una materia compartida entre el Estado y las Comunidad Autónoma impida o limite al Estado el pleno ejercicio de sus competencias” (con cita, a su vez, de las SSTC 99/2012, de 8 de mayo, FJ 2, y 207/2012, de 14 de noviembre, FJ 5), puesto que “si se reconoce que el Estado tiene la competencia para desarrollar las bases en una determinada materia, esa competencia integra la capacidad para modificar la regulación básica, de modo tal que el ejercicio de la competencia autonómica de desarrollo no puede bloquear esa capacidad de revisión por parte del Estado, bajo el argumento de que la nueva normativa básica va contra los dictados de las disposiciones autonómicas previas” [STC 99/2012, de 8 de mayo, FJ 2 b)].

En este supuesto concreto, el esquema de reparto competencial no obedece a las bases-desarrollo, sino que, de hecho, va más allá, porque el Estado no ha perdido la competencia sobre el sistema tributario, pudiendo de hecho utilizar la creación misma de impuestos con una finalidad armonizadora. En efecto, como ya estableció el Tribunal Constitucional en la STC 26/2015, de 19 de febrero, el propio marco jurídico establecido en la LOFCA tiene como finalidad la coordinación del ejercicio de las competencias tributarias de las Comunidades Autónomas, “garantizando así que el ejercicio de las competencias tributarias por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de un ‘sistema’ tributario en los términos exigidos por el artículo 31.1 CE [SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 b); 210/2012, FJ 4, y 53/2014, de 10 de abril, FJ 3 a)].

Con todo, cabe preguntarse si éste era el mecanismo más idóneo, así como si no se habría debido actuar, utilizando los mecanismos de control, en otros supuestos de uso cuestionable de las potestades normativas en impuestos cedidos. A esta pregunta dedico el siguiente apartado.

4.4. El olvido de los mecanismos de control del ejercicio de potestades normativas en impuestos cedidos

Hasta ahora, la forma de actuar cuando una norma dictada por una Comunidad Autónoma ha podido rebasar el ámbito de la cesión ha sido siempre el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad, lo que ha dado lugar a situaciones paradójicas, derivadas de la propia lógica de este mecanismo procesal. Es el caso de la controversia resuelta en la STC 161/2012, de 20 de septiembre, que declaró contrario al ordenamiento una deducción en el IRPF, establecida por la Comunidad Autónoma de Andalucía, para

empresarios y profesionales menores de 35 años. La norma era claramente contraria al marco de la cesión, así como al propio Derecho de la Unión Europea⁶⁴, al exigir que la actividad económica se desarrollara únicamente en la propia Comunidad. El Tribunal concluyó por ello apreciando “la extralimitación competencial de la Comunidad Autónoma, ya que se trata de deducciones ligadas al ejercicio de actividades económicas, de manera que no resulta factible su encuadramiento en las tres clases de deducciones permitidas a las Comunidades Autónomas (por circunstancias personales y familiares, por inversiones no empresariales o por aplicación de renta)” (STC 161/2012, FJ 5), pero no se pronuncia, porque ello no formaba parte del análisis, sobre otras deducciones similares que en ese momento mantenían Comunidades como Madrid o La Rioja. La paradoja es que la sentencia resuelve un recurso interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, que se dirige sólo frente a la norma andaluza, obviando el resto de medidas. En la fecha actual, esta deducción sigue manteniéndose en la Comunidad de Madrid.

Esta controversia es una muestra de lo inidóneo que resulta que el único mecanismo de control sea el recurso de inconstitucionalidad, pues por definición ésta es una vía de último recurso, no pensada para facilitar el efecto coordinador que se pretende con la delegación de competencias tributarias.

La cuestión no es baladí, porque la realidad es que perviven en la actualidad numerosas medidas adoptadas en impuestos cedidos que son dudosamente compatibles, no ya con el marco de cesión de tributos, sino incluso con el Derecho de la Unión Europea, si bien no han sido objeto de recurso alguno. Como botón de muestra, pueden citarse, en el IRPF, las deducciones autonómicas por donaciones o inversiones realizadas a favor de entidades públicas o sin fin de lucro vinculadas al territorio de la Comunidad Autónoma⁶⁵. Entre muchos ejemplos, pueden citarse las deducciones en el IRPF por inversión en el Mercado Alternativo Bursátil, dudosas en la medida en que se supeditan a que la sociedad en la que se invierta tenga el domicilio fiscal y social en la misma Comunidad Autónoma, las deducciones por inversión en la adquisición de acciones o participaciones sociales de nuevas entidades o de reciente creación igualmente supeditada a que la entidad esté domiciliada en la misma Comunidad Autónoma. Del mismo modo, en el impuesto sobre sucesiones y donaciones subsisten numerosas medidas que otorgan un tratamiento fiscalmente más gravoso a los no residentes. Tal modo de diferenciar resulta incompatible con el Derecho de

⁶⁴ Sobre esta medida, y otras similares: RUIZ ALMENDRAL, V.: “Poder tributario autonómico y Derecho de la Unión Europea: consecuencias de un federalismo fiscal inacabado”. *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 64/2017.

⁶⁵ Un listado de las medidas autonómicas puede verse en la página web del Ministerio de Hacienda, aquí: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FinanciacionTerritorial/Autonomica/Capitulo-IV-Tributacion-Autonomica-2022.pdf> (acceso 30 de noviembre de 2022).

la Unión Europea, algo que si bien se derivaba ya de la doctrina del caso *Barbier*, entre otros⁶⁶, es ya evidente tras el caso *Mattner*⁶⁷, que se refiere al impuesto que grava las donaciones. Con carácter general, hay al menos 26 medidas fiscales diferentes que supeditan su aplicación a que determinadas entidades mantengan su domicilio fiscal y social en la Comunidad Autónoma, lo que resulta difícilmente compatible con el Derecho de la Unión Europea y, específicamente, con las libertades comunitarias tal y como han venido siendo interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las últimas dos décadas⁶⁸.

Por poner solo un ejemplo adicional, en la hora actual hay 19 medidas que penalizan (en el AJD) o premian (en ITP) el ejercicio de la opción prevista en el artículo 20.2 de la LIVA, que arbitra la posibilidad de renunciar a la exención en el IVA. Las medidas suelen consistir en un tipo más elevado en la modalidad de AJD para las escrituras notariales que formalicen transmisiones de inmuebles en las que se renuncia a la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y en un tipo reducido en el ITP. La primera Comunidad Autónoma que estableció este tipo de medida fue Aragón, en 2001. Le siguieron Cataluña, Madrid y La Rioja en 2002. En mi opinión, las normas autonómicas descritas, resultan contrarias al régimen del IVA, es que esta posibilidad de renuncia a la exención, lejos de constituir un mero beneficio individual, es uno de los elementos fundamentales para asegurar la neutralidad del impuesto en las operaciones económicas. Dicha finalidad pública se pone de manifiesto en los estrictos requisitos exigidos para que proceda la renuncia, en ausencia de los cuales, ésta quedaría al arbitrio de las partes, lo cual sería contrario a la propia naturaleza de la obligación tributaria. Por ello, el establecimiento de las citadas disposiciones normativas autonómicas, suponen una interferencia en el correcto funcionamiento del impuesto estatal y, en definitiva, una posible infracción del principio de buena fe en el ejercicio de las propias competencias⁶⁹.

⁶⁶ STJUE de 11 de diciembre de 2003, *Barbier*, C-364/01, EU:C:2003:665, en la que se declara contrario a Derecho comunitario, y en concreto a la libre circulación de capitales, la norma holandesa del impuesto sobre sucesiones que supeditaba la aplicación de una reducción a que el causante residiera en el mismo Estado miembro, pero la denegaba si residía en un Estado distinto.

⁶⁷ STJUE de 22 de abril de 2010, C-510/08, *Mattner*, EU:C:2010:216. Véase la doctrina posterior contenida en las SSTJUE 8 de junio de 2016, C479/14, *Hünnebeck*, EU:C:2016:412. Para mayor detalle, inter alia: ADAME MARTÍNEZ, F. D.: “The Inheritance Tax in Spain from the Perspective of Free Movement of Capital and Right of Establishment”. *Intertax*, Vol. 38, N. 6-7, 2010, pp. 359-370; WEISS, M.: “The Influence of ECJ Case Law on the German Inheritance and Gift Tax Act”. *European taxation*, vol. 56/2016, pp. 444 a 450.

⁶⁸ Con mayores referencias, RUIZ ALMENDRAL, V.: “Tax Decentralization and Tax Reform in Spain in the EU context”. *Revista General de Derecho Europeo*. n. 57/2022 (pp. 37-76). [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4131775>].

⁶⁹ Esta situación no es nueva. En su momento, me referí a ella en RUIZ ALMENDRAL, V.: “Autonomous Communities taking advantage of the mechanism to ensure the neutrality of VAT”. *International Vat Monitor (IBFD, Holanda)*. Vol. 14, no. 5. Sept/Oct. 2003 (pp. 373-380).

Del mismo modo, si el problema detectado era la deslocalización de algunas personas, incluso si el mismo parece deberse más a movibilidades fingidas que reales, no resulta comprensible que no se haya abordado también la tributación efectiva en el impuesto sobre sucesiones y donaciones, y que no se haya hecho, además, en coordinación con las haciendas forales, usando los mecanismos de armonización existentes para ello.

En este sentido, también parece haber quedado totalmente olvidadas las reglas de la propia LOFCA, cuya aplicación podría haber contribuido a evitar la eliminación, en la práctica, de un impuesto cedido, pero también las sustanciales asimetrías de presión fiscal con las haciendas forales, pues tanto la LOFCA como las leyes del Concierto y Convenio cuentan, como ha quedado expuesto, con el límite o mandato de que, en materia tributaria, se mantenga “una presión fiscal efectiva global equivalente a la del resto del territorio nacional”. Ciertamente es un límite difícilmente conciliable con la propia descentralización tributaria, así como examinando únicamente la perspectiva local, pero sigue siendo una norma jurídica vigente, y por tanto un mandato de obligado cumplimiento. Nótese que este límite guarda conexión con la idea de solidaridad, y la interdicción de “adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general”, y la obligación de tener en cuenta “la comunidad de intereses que las vinculan entre sí” (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 7). De esta manera, el principio de solidaridad no es más que la concreción del principio de “lealtad constitucional”, que el Tribunal ha aplicado a numerosos supuestos⁷⁰. Ahora bien, es también dudoso que este principio se haya visto cumplido, a la vista de la descoordinación entre algunas medidas autonómicas y estatales, lo que en suma compromete la credibilidad del sistema de reparto de competencias normativas⁷¹.

En cuanto a la previsible conflictividad de esta medida, la realidad es que no hay muchos ejemplos comparados de impuestos de normativa compartida parecidos a los impuestos cedidos, aunque en Canadá hay algún ejemplo parecido. Sin ánimo de exhaustividad, el esquema utilizado recuerda en parte al establecimiento del denominado “Carbon Tax” en Canadá, aunque se trata realmente de un mecanismo de precios a la energía (de tintes parecidos a un tributo). El mecanismo de precios actúa establecimiento el recargo en aquellos territorios que no lo han establecido, logrando así una armonización en los precios a la energía, de acuerdo con lo establecido en la ley (federal) re-

⁷⁰ Por todas, STC 235/1999, de 16 de diciembre, (FJ 13), donde se pone de manifiesto la conexión con el citado principio de *lealtad federal* (*Bundestreue*), procedente del constitucionalismo alemán; ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 248 a 250.

⁷¹ ZORNOZA PÉREZ, J. J.: “Corresponsabilidad fiscal y financiación de las Comunidades Autónomas: el modelo para el quinquenio 1997-2001”. AA.VV. (codirigido por Jiménez-Blanco y Martínez Simancas): *El Estado de las Autonomías*, t. IV. Madrid: CEURA, 1997, p. 4016; RAMOS PRIETO, J.: *La cesión de La cesión de impuestos del estado a las comunidades autónomas*. Concepto, régimen jurídico y articulación. Editorial Comares, 2001, p. 552.

guladora (*Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*). Este mecanismo armonizador se ha declarado constitucional mediante la Sentencia del Tribunal Supremo Canadiense de 25 de marzo de 2021 [2021 SCC 11]⁷², en respuesta a los recursos interpuestos por las provincias de Saskatchewan, Ontario y Alberta. La cuestión controvertida en este caso era el posible socavamiento, por parte del Estado central, de las competencias sobre recursos naturales, de carácter provincial. Con todo, esta medida de centralización ha generado la protesta, entre otras, de la provincia de Alberta, lo que ha motivado la propuesta de la *Alberta Sovereignty Within a United Canada Act*⁷³ norma que curiosamente tiene algún punto en común con la recién aprobada Ley 10/2022, de 16 de noviembre, de Defensa de la Autonomía Financiera de la Comunidad de Madrid (BOCM de 21-11-2022).

V. CONCLUSIONES: UNA NUEVA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA REFORMAR LA TRIBUTACIÓN PATRIMONIAL

La principal conclusión que cabe extraer del establecimiento del ITSGF es que no parece haber sido la consecuencia de una cuidada reflexión, como incluso muestra el apresurado procedimiento para su creación, y la deliberada ausencia de debate parlamentario sobre el mismo. La finalidad de evitar la desaparición de esta figura tributaria no es objetable, pero es evidente que existían otras herramientas para lograr este mismo objetivo.

Resulta igualmente llamativo que, en el contexto actual, y con el caudal de datos e informes —más allá del citado Libro Blanco⁷⁴— acerca de una posible reforma de la tributación patrimonial, ni siquiera se haya intentado llevar a cabo esa tarea. Es sabido que el IP ha sufrido una erosión derivada no sólo del ejercicio descoordinado de las potestades normativas por quienes las tenían delegadas, concertadas o convenidas, sino también por la obsolescencia de su propia normativa. Sólo en el Libro Blanco ya se señalaban distintos problemas —que en absoluto quedan resueltos con el ITSGF— y que no solo merman sustancialmente el potencial recaudatorio del IP sino que impiden que pueda cabalmente realizar los fines redistributivos anunciados, incluso si los mismos son exiguos⁷⁵. Por nombrar sólo algunos de estos pro-

⁷² El documento completo y su resumen están disponibles aquí: <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2021/38663-38781-39116-eng.aspx> (acceso 1 de diciembre de 2022).

⁷³ Véase el texto de la norma, en proceso de deliberación en el parlamento de esta provincia, en: https://docs.assembly.ab.ca/LADDAR_files/docs/bills/bill/legislature_30/session_4/20221129_bill-001.pdf (acceso 3 de diciembre de 2022).

⁷⁴ Por ejemplo, la reciente propuesta en Reino Unido, disponible aquí: ADVANI, A.; CHAMBERLAIN, E.; SUMMERS, A.: *A wealth tax for the UK*, 2022. Disponible aquí: <https://www.wealthandpolicy.com/wp/WealthTaxFinalReport.pdf>.

⁷⁵ Como se destaca en LÓPEZ LABORDA, J. L.; MARÍN GONZÁLEZ, C.; ONRUBIA, J.: *Observatorio sobre el reparto de los impuestos y las prestaciones entre los hogares españoles*. FEDEA, 2021, p. 24. En:

blemas, pueden citarse los referidos a los problemas de utilización de sociedades para eludir el impuesto (Libro Blanco, pp. 667 y ss.), las valoraciones (pp. 671 y ss.), los derivados de los límites de gravamen y del mínimo exento (pp. 674 y ss.), la sobre imposición de los bienes inmuebles (pp. 683 y ss.), o los problemas de definición de la “empresa familiar”, pues a la luz de los mejores datos, hay razones fundadas para reconsiderar la exención de las participaciones, teniendo en cuenta su deriva y la creciente flexibilización de los criterios para su aplicación, lo que como se ha constado constituye un importante “agujero negro” de la recaudación que, en este caso, afecta a las CC.AA. que sí aplican el impuesto a sus residentes, y que constituye un generoso beneficio fiscal que, como mínimo, debería haberse evaluado, pues no se ha hecho hasta ahora (Libro Blanco, p. 681). Estas y otras muchas cuestiones podrían haberse abordado en una posible reforma de la tributación patrimonial, en la que como es lógico deberían examinarse igualmente el resto de figuras conectadas, como el ISD o el IBI, como tantas veces se ha reiterado.

Con el establecimiento del ITSGF quizá se haya sentenciado de muerte el propio IP, en la medida en que parece haberse renunciado a abordar la práctica totalidad de los problemas de coordinación, pero también de definición de la base y estructura de tipos, aprobando una norma que, como se ha adelantado, no supone realmente una innovación jurídica, al limitarse a clonar el vigente IP, con todos los problemas que ya se habían detectado.

Al mismo tiempo, la precipitada creación del ITSGF no deja de plantear diversas dudas que deberán ser examinadas también con detenimiento, y que no se han abordado aquí. Por mencionar sólo dos, la retroactividad media o impropia de la norma deberá ser examinada a la luz de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 121/2016, de 23 de junio, FJ 4 y 49/2015, de 5 de marzo, FJ 4), como también sucederá en relación con el requisito de conexión de homogeneidad entre las enmiendas [en particular véase la STC 209/2012, de 14 de noviembre, FJ 4 b); con cita, entre otras, de las SSTC 119/2011, de 5 julio, FJ 6; y 136/2011, de 13 septiembre, FJ 7].

Desde la perspectiva estricta de la corresponsabilidad fiscal, no puede afirmarse que, en el contexto actual, esta medida suponga una merma excesiva. Todo lo más, quizá sea el reconocimiento de que lo que se pretendía como una evolución de la autonomía financiera, con excesiva frecuencia se ha transformado en un mecanismo que ahonda la desconexión entre los ingresos y los gastos, en contra del propio espíritu que inspiró el artículo 31.2 CE, tras la enmienda defendida por Enrique Fuentes Quintana. En efecto, como ha quedado expuesto, en los últimos años se ha incrementado la dependencia de las Comunidades Autónomas con respecto del Estado

central⁷⁶. Por otro lado, ciertamente la medida contribuye a afianzar una idea que está ínsita en el mecanismo de reparto de materia tributaria, y es que la cesión de impuestos nunca ha implicado la cesión, sin más, de un espacio fiscal, pues éste sigue perteneciendo al Estado. Por tanto, las Comunidades Autónomas no pueden pretender ostentar competencias negativas, con la supuesta finalidad de “proteger” a sus contribuyentes (pues tampoco esto es así: todo contribuyente en una Comunidad Autónoma es, por definición, al menos también contribuyente de algún ente local y del Estado central). En este punto, conviene llamar la atención acerca del hecho de que la cesión de impuestos, y su incorporación como una parte central del sistema de financiación, contribuye a visibilizar la recaudación de forma territorializada, lo cual a su vez puede inducir a la confusión de entender que son las propias Comunidades Autónomas las que aportan más o menos, en lugar de los contribuyentes. Esta confusión tiene consecuencias, y es el sesgo o incluso manipulación del debate entre quienes consideran que aportan y quienes reciben. El mismo contribuyó a alentar el movimiento separatista catalán que acabó con el intento frustrado de ruptura del orden constitucional, pero también este tipo de argumentos se ha esgrimido, con indudable éxito, en procesos de la relevancia del Brexit. El argumento de “España nos roba”, ha sido esgrimido con distinto éxito en los extremos del arco político, para defender una mayor autonomía, siempre sesgada, y sin asumir todas las cargas, entendida como autonomía de ingresos, pero sin renunciar al gasto o a la inversión. También desde esta perspectiva el debate público es mejorable, y a ello debería igualmente contribuir la ya urgente reforma del sistema de financiación autonómica, cuyo análisis excede con creces del objeto de esta contribución.

La creación de un impuesto nuevo podría ser una oportunidad para mejorar la conversación pública acerca del sistema tributario. No ha sido así en este caso. La figura nueva se ha defendido desde algunos sectores como la pieza necesaria para que “al fin paguen los ricos”, como si desde 1977 España no contara con un sistema tributario —mejorable, lógicamente— dirigido precisamente a gravar más a quién más tiene, como exige el artículo 31.1 CE, y con figuras más idóneas para ello, por la mayor dimensión recaudatoria. Del mismo modo, se han escuchado voces alertando de un incremento de desplazamientos por razones tributarias, pese a que en la literatura del federalismo fiscal se ha demostrado, hace ya años, que las razones tributarias no están entre las más importantes para moverse de ciudad, región o país, aunque puedan ser un argumento marginal, y que incluso con la evidencia acumulada en estos impuestos de menor recaudación, los traslados son más aparentes que reales. Tampoco, en fin, el establecimiento de un impuesto tiene un efecto

⁷⁶ CUENCA, A.; RUIZ ALMENDRAL, V.: “Estabilidad presupuestaria en las Comunidades Autónomas: más allá de la reforma de la Constitución... *cit.*”, pp. 35-44. LAGO PEÑAS, S.: “Las cuentas públicas de la pandemia: balance y perspectivas... *cit.*”, pp. 127 y ss.

depresor sobre las actividades económicas, en particular si su estructura está diseñada para excluirlas de gravamen.

Reconducir el debate a la mejor evidencia disponible, enmarcar las reformas en un plan de mayor alcance, vincular el sistema tributario adecuadamente con la estructura de gastos y, en el caso de las Comunidades Autónomas, con una mayor y mejor exigencia de corresponsabilidad fiscal, es la única vía de salida a una polarización que también ha llegado para quedarse en materia tributaria y que es, siempre, un juego en el que todos pierden. Por ello, sería deseable que cualquier reforma del sistema tributario se llevara a cabo, no sólo con algo de sosiego y mediante un mecanismo parlamentario que permita una discusión plena, sino fundamentalmente siguiendo la mejor información disponible en cada momento acerca de las diferentes medidas, y sus efectos. El 1 de enero de 2023 hará 25 años desde que las Comunidades Autónomas de régimen común estrenaran nuevas potestades normativas sobre impuestos de titularidad estatal. Quizá sea el momento de reflexionar si este mecanismo de reparto de poder tributario ha logrado los objetivos de incremento de corresponsabilidad fiscal y coordinación para el que fue diseñado.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAM, S.: “The economic arguments for and against a wealth tax”, en Institute for Fiscal Studies (IFS), July 2022 [acceso 2 de noviembre de 2022: https://ifs.org.uk/sites/default/files/output_url_files/HMRC-wealth-tax-1.pdf].
- ADAME MARTÍNEZ, F. D.; AURIOLES MARTÍN, J.; CASTILLO MANZANO, J. I.; JIMÉNEZ AGUILERA, J. D.; JIMÉNEZ RUBIO, D.; MOLINA GARRIDO, C.; RAMOS PRIETO, J. (coord.): “Propuestas para el debate sobre la reforma del sistema de financiación autonómica”. *Revista de estudios regionales*, n. 114/2019, pp. 199-244. [Acceso a texto completo el 10.11.2022, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7073535&orden=0&info=link>]
- ADAME MARTÍNEZ, F. D.: “Pasado, presente y futuro de la imposición patrimonial en España”. *Revista técnica tributaria*, n. 119/2017.
- ADAME MARTÍNEZ, F. D.: *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*. Granada: Comares, 1996.
- ADAME MARTÍNEZ, F. D.: “The Inheritance Tax in Spain from the Perspective of Free Movement of Capital and Right of Establishment”. *Intertax*, Vol. 38, N. 6-7, 2010.
- ADVANI, A.; CHAMBERLAIN, E.; SUMMERS, A.: A wealth tax for the UK, 2022. Disponible aquí: <https://www.wealthandpolicy.com/wp/WealthTaxFinalReport.pdf>.
- AGRAWAL, D.; FOREMNY, D.; MARTÍNEZ-TOLEDANO, C.: “Paraísos Fiscales, Wealth Taxation, and Mobility”, 2020. <https://ieb.ub.edu/publication/2020-15-paraisos-fiscales-wealth-taxation-and-mobility>.

- AIREF (2021): *Informe sobre la actualización del Programa de estabilidad 2021-2024* (www.airef.es).
- ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ARUN ADVANI, A.; MILLER, H.; SUMMERS, A.: “Fiscal Studies Special Issue on a Wealth Tax: Time for Another Look?” en: *Fiscal Studies Special Issue on a Wealth Tax: Time for Another Look? Volume 42, n. 3-4 Oct 2021*, documento IFS, <https://ifs.org.uk/journals/taxes-wealth-time-another-look>.
- BANCO DE ESPAÑA: Encuesta Financiera de las Familias (https://app.bde.es/efs_www/home?lang=ES). 2022.
- BANCO DE ESPAÑA: Informe Anual 2021. https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/21/Fich/InfAnual_2021_Cap2.pdf.
- BOADWAY, R. W.; HOBSON, P. A. R.: *Intergovernmental Fiscal Relations in Canada*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1993.
- BOADWAY, R. W.: “Recent developments in the Economics of Federalism”, en: AA.VV. (Ed.: H. LAZAR): *Towards a New Mission Statement for Canadian Fiscal Federalism*. Kingston: Institute of Intergovernmental Relations. Queen’s University, 2000.
- CANTÓ, O.; AYALA, L.: “Radiografía de la desigualdad en España”, en AYALA CAÑON, L. (Coord.): *Desigualdad y pacto social*, Observatorio Social de la Fundación “la Caixa”, Barcelona, 2022.
- CASTELLS, A.: *Hacienda autonómica. Una perspectiva de federalismo fiscal*. Barcelona: Ariel, 1988.
- CINGANO, F. (2014), “Trends in Income Inequality and its Impact on Economic Growth”, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No. 163, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/1815199X>.
- Comisión de Expertos nombrada por Acuerdo del Gobierno español de 5 julio de 2013. Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español (2014). Citado como “Informe Lagares” en el texto. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>
- Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica: *Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica*. Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2017. Disponible en: https://www.hacienda.gob.es/CDI/sist%20financiacion%20y%20deuda/informaci%C3%B3nccaa/informe_final_comisi%C3%B3n_reforma_sfa.pdf
- Comisión Europea (2020): Commission staff working document. Country Report Spain 2020. Brussels, 26.2.2020, SWD (2020) 508 final.
- Comisión para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación

- de las Comunidades Autónomas aplicable a partir de 2002: *Informe sobre la reforma del sistema de financiación autonómica*. Madrid: MEH-IEF, 2002.
- Comité de Personas Expertas para la Reforma Tributaria (Dir.: J. RUIZ-HUERTA): Libro Blanco para la Reforma Tributaria. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2022 (“Libro Blanco”).
- CUENCA, A.; RUIZ ALMENDRAL, V.: “Estabilidad presupuestaria en las Comunidades Autónomas: más allá de la reforma de la Constitución”. Cuadernos de Información Económica, número 241, julio/agosto 2014.
- CUENCA, A.; RUIZ ALMENDRAL, V.: “La transparencia en la normativa de estabilidad presupuestaria”. Presupuesto y Gasto Público. Número 73/2013,
- DONAIREVILLA, F.J.: *La Ley Marco: Teoría y Práctica Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009.
- DURAN-CABRÉ, J.; ESTELLER-MORÉ, A.; MAS-MONTSERRAT, M.: “Behavioural Responses to the (Re)Introduction of Wealth Taxes. Evidence from Spain.” IEB Working Paper 2019/04.
- DURÁN CABRÉ, J. M.; ESTELLER MORÉ, A.: *¿Se adapta el sistema fiscal español a la demanda social de redistribución?* en AYALA CAÑON, L. (Coord.): *Desigualdad y pacto social*, Observatorio Social de la Fundación “la Caixa”, Barcelona, 2022.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A.: *El valor tributario: su determinación objetiva y convencional*. Barcelona: Bosch, 2006.
- GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES, P. Y ZORNOZA PÉREZ, J.: *Constitución y financiación autonómica*. Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 1998.
- GRAVELLE, J. G.; MARPLES, D. J. (2014): “Tax Rates and Economic Growth”. Congressional Research Service, US Congress, January 2, 2014 ([www.crs.gov, R42111](http://www.crs.gov/R42111)).
- HERRERA MOLINA, P.: *Capacidad Económica y Sistema Fiscal. Análisis del Ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- IBAÑEZ BUIL, P.: *Recurso de inconstitucionalidad y delimitación de competencias. un estudio de la doctrina constitucional*, Madrid, 2022. [Tesis doctoral leída en la Universidad Autónoma de Madrid, Dir. Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, fecha Julio 2022. repositorio.uam.es/handle/10486/704155. Obra pendiente de publicación, se cita con permiso de su autor].
- LAGO PEÑAS, S.: “Finanzas descentralizadas: el segundo año de la pandemia”. Cuadernos de Información Económica, N.º 281 (marzo-abril 2021), [disponible en: <https://www.funcas.es/articulos/finanzas-descentralizadas-el-segundo-ano-de-la-pandemia>].
- LAGO PEÑAS, S.: “Las cuentas públicas de la pandemia: balance y perspectivas”. Papeles de Economía Española, n. 173/2022.
- LAGO PEÑAS, S.: “La reforma de las reglas fiscales: ¿qué se juega España?”. Cuadernos de Información Económica, n. 287, marzo-abril 2022.

- LÓPEZ LABORDA, J. L.; MARÍN GONZÁLEZ, C.; ONRUBIA, J.: *Observatorio sobre el reparto de los impuestos y las prestaciones entre los hogares españoles*. FEDEA, 2021. En: <https://fedea.net/observatorio-sobre-el-reparto-de-los-impuestos-y-las-prestaciones-entre-los-hogares-espanoles-sexto-informe-2017-y-2018/>
- LABORDA, J. L.; ONRUBIA, J.; RODADO RUIZ, M. C.: *Fortaleciendo la capacidad redistributiva del sistema fiscal*, en AYALA CAÑÓN, L. (Coord.): *Desigualdad y pacto social*, Observatorio Social de la Fundación “la Caixa”, Barcelona, 2022.
- MARTÍNEZ, D.; DÍAZ, M.; MARÍN, C.: “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las grandes fortunas y su encaje con el Impuesto sobre el Patrimonio”. FEDEA, Apuntes 2022/29, noviembre 2022 [<https://ideas.repec.org/p/fda/fdafen/2022-29.html>].
- MEADE, J. (Chair of Committee) (1978), *The Structure and Reform of Direct Taxation*. London: Institute for Fiscal Studies.
- MIRRLIES, et aliii. Dimensions of Tax Design, cap. 8 (“Taxation of Wealth and Wealth Transfers”), por Robin Boadway, Emma Chamberlain, y Carl Emmerson. 2010.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas, I*. Madrid: Civitas, 1982.
- Norwegian Ministry of Finance (2022): Prop. 1 LS (2022–2023). Proposition to the Storting (Bill and Draft Resolution) For the 2023 Budget Year (<https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/prop.-1-ls-20222023/id2931482/>).
- OATES, W. E.: “An Economist’s Perspective on Fiscal Federalism”, en: AA.VV. (Ed. OATES, W. E.): *The Political Economy of Fiscal Federalism*. Toronto: Lexington Books, 1977.
- OCDE: Revenue Statistics (serie que se inicia en 1965), cap. III, tabla 3.1: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/revenue-statistics-full-time-series.htm>.
- OCDE: *The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD*, OECD Tax Policy Studies, No.26, OECD Publishing, Paris, 2018. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264290303-en>.
- PIKETTY, T.: *Capital in the Twenty-First Century*. Cambridge-London: Harvard-Belknap, 2014.
- RAMOS PRIETO, J.: *La cesión de La cesión de impuestos del estado a las comunidades autónomas. Concepto, régimen jurídico y articulación*. Granada: Editorial Comares, 2001.
- RUBIO GUERRERO, J. J.: “Impuesto Temporal de Solidaridad de Grandes Patrimonios: Consideraciones preliminares”. Blog RIFDE (“De fueros y de huevos. Blog sobre financiación autonómica o local”), 5 de diciembre de 2022. <https://www.expansion.com/blogs/defuerosyhuevos/2022/12/05/impuesto-temporal-de-solidaridad-de.html>.
- RUIZ ALMENDRAL, V.: “Poder tributario autonómico y Derecho de la Unión Europea: consecuencias de un federalismo fiscal inacabado”.

- Revista Española de Derecho Europeo, n. 64/2017 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3738291>).
- RUIZ ALMENDRAL, V.: “Tax Decentralization and Tax Reform in Spain in the EU context”. *Revista General de Derecho Europeo*. n. 57/2022 (pp. 37-76). [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4131775>].
- RUIZ ALMENDRAL, V.: “Autonomous Communities taking advantage of the mechanism to ensure the neutrality of VAT”. *International Vat Monitor* (IBFD, Holanda, ISSN 0925-0832). Vol. 14, no. 5. Sept/Oct. 2003.
- RUIZ ALMENDRAL, V.: *Impuestos Cedidos y Corresponsabilidad Fiscal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- SAEZ, E.; ZUCMAN, G.: “The Rise of Income and Wealth Inequality in America: Evidence from Distributional Macroeconomic Accounts.” *Journal of Economic Perspectives* 34 (4): 2020.
- SAEZ, E.; ZUCMAN, G.: “Wealth Taxation: Lessons from History and Recent Developments”. *AEA Papers and Proceedings* 2022, 112: 58-62 (<https://doi.org/10.1257/pandp.20221055>).
- SCHEUER, F.; SLEMROD, J.: “Taxation and the Superrich”. *Annual Review of Economics*, vol 12(1)/2020.
- SCHEUER, F.; SLEMROD, J.: “Taxing Our Wealth”. *Journal of Economic Perspectives—Volume 35, Number 1—Winter 2021*.
- WEISS, M.: “The Influence of ECJ Case Law on the German Inheritance and Gift Tax Act”. *European taxation*. Vol. 56/2016.
- ZORNOZA PÉREZ, J. J.: “Corresponsabilidad fiscal y financiación de las Comunidades Autónomas: el modelo para el quinquenio 1997-2001”. AA.VV. (codirigido por Jiménez-Blanco y Martínez Simancas): *El Estado de las Autonomías*, t. IV. Madrid: CEURA, 1997.

La justicia electoral como elemento de cierre de las democracias representativas. Un estudio comparado.

Electoral justice as a definitive element
representative democracies.
A comparative study

Fecha de recepción: 05/12/2022

Fecha de aceptación: 19/12/2022

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. UN REPASO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELATIVOS A LA JUSTICIA ELECTORAL.—III. ASPECTOS GENERALES DE LOS DISTINTOS REGÍMENES DE JUSTICIA ELECTORAL: UN ESTUDIO COMPARADO.—IV. SISTEMAS MIXTOS DE JUSTICIA ELECTORAL BASADOS EN CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS Y JURISDICCIONALES.—4.1. España: sistema mixto administrativo y jurisdiccional.—4.2. Chile: sistema mixto administrativo y jurisdiccional.—4.3. México: sistema mixto con contencioso electoral administrativo y jurisdiccional.—4.4. Colombia sistema mixto con contencioso electoral administrativo y jurisdiccional.—V. SISTEMAS MIXTOS DE JUSTICIA ELECTORAL CON UN CONTROL POLÍTICO COMO CIERRE.—5.1. La *Giustizia elettorale italiana*: sistema mixto con cierre del control político.—5.2. EE. UU.: Sistema mixto con cierre del control político.—5.3. Argentina: sistema mixto con controles administrativos y políticos.—VI. CONCLUSIONES.—VII. FUENTES.—7.1. Fuentes bibliográficas.—7.2. Documentos institucionales.

RESUMEN

La instauración de según qué tipo de organismos electorales contribuye a una solución más o menos pacífica de los contenciosos electorales y, por tanto, aumenta (o no) la confianza de la ciudadanía en su respectiva democracia y respeta la máxima de que el pueblo es el titular del poder político.

La justicia electoral constituye un escenario de estudio específico que permite analizar, desde un punto de vista crítico, de qué manera y en qué medida las prácticas que regula contribuyen a reforzar la democracia representativa, solucionando de una manera eficaz y comprensible para la ciudadanía las controversias que puedan surgir en la celebración de unas

* Profesora Doctora de Derecho Constitucional en la Universidad de Deusto, <https://orcid.org/0000-0002-9504-5601>.

elecciones. El análisis comparado mostrará cómo cada sistema constitucional regula de manera particular su sistema electoral y desarrolla su respectivo proceso electoral en aras de poder mantener de su ciudadanía en el mismo. Las conclusiones determinarán cuáles son los sistemas de justicia electoral más eficaces y garantes con el proceso democrático y se propondrán reformas para los Estados objeto de análisis, respecto de su sistema de justicia electoral.

PALABRAS CLAVE: derecho constitucional, sistema electoral, proceso electoral, justicia electoral, derecho comparado.

ABSTRACT

The regulation of different types of electoral bodies, contributes to a more or less peaceful solution to electoral disputes and, therefore, increases (or not) the confidence of the citizens in their respective democracy and respects the maxim that the people are the holder of political power.

Electoral justice constitutes a case of study to analyze, from a critical point of view, how and to what extent the practices which regulate and contribute to reinforce the representative democracy, resolve controversies in an effective and understandable manner for citizens and keep their trust in this system. The comparative methodology will show how each constitutional system regulates its electoral system and develops its respective electoral process to achieve these goals. The conclusions will determine which are the most effective electoral justice systems and guarantors of the democratic process and reforms will be proposed for the States under analysis, regarding their electoral justice system.

KEYWORDS: Constitutional law, electoral system, electoral procedure, electoral justice, comparative law.

I. INTRODUCCIÓN

La democracia actualmente es eminentemente representativa y, por tanto, el proceso electoral constituye un elemento clave para que las sociedades mantengan su confianza en las instituciones del Estado, pudiendo expresar sus diferentes intereses y convicciones. El sistema electoral constituye un proceso amplio y complejo que posibilita que la participación ciudadana colme, mediante la celebración de unas elecciones, con garantías democráticas suficientes, las instituciones de los Estados. Un reflejo fiel de la pluralidad social no existe. No obstante, en la actualidad, la polarización del discurso político pone de manifiesto la conveniencia de repensar y reforzar los sistemas de justicia electoral, como garante y, además, elemento de cierre de nuestras democracias representativas. Durante la celebración de un proceso electoral pueden surgir situaciones controvertidas que requieran de un tercero imparcial que resuelva dicha cuestión para que la sociedad y la clase política se sientan adheridos y representados por dicha democracia¹.

¹ Respecto de las situaciones debilitantes que pueden vivir algunas democracias, vide, entre otros: LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel (2018). *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel; SNYDER, Timothy (2018) *Sobre la tiranía. Veinte lecciones que aprender del siglo XX*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.

En este trabajo de investigación se pretende analizar, desde una perspectiva comparada, el sistema de justicia electoral de determinados Estados. La justicia electoral constituye un escenario de estudio específico que permitirá analizar, desde un punto de vista crítico, de qué manera y en qué medida las prácticas que regula contribuyen a reforzar la democracia representativa, solucionando de una manera eficaz y comprensible para la ciudadanía, las controversias que puedan surgir en la celebración de unas elecciones. Aunque cada país regula de manera particular su sistema electoral y desarrolla su respectivo proceso electoral, las conclusiones de este trabajo determinarán cuáles son los sistemas de justicia electoral más eficaces y garantes con el proceso democrático y se propondrán reformas para los Estados objeto de análisis, respecto de su sistema de justicia electoral.

A los efectos de la investigación, se entenderá por “sistema electoral” el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso electoral de todo Estado democrático, desde el momento en que se convocan las elecciones hasta la designación definitiva de las personas que ocuparán los escaños en las instituciones estatales; y se empleará el término de “proceso electoral” para designar al conjunto de fases, temporales y/o procedimentales, que se suceden en la práctica para acometer, con garantías constitucionales, la conversión de votos en escaños con el objetivo de alcanzar un recto gobierno. El Código Iberoamericano de Buen Gobierno define como “buen gobierno aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho”². Ergo, la elección de un buen gobierno retroalimentará su propio sistema de elección democrática y la democracia de todo el sistema constitucional.

Esta investigación se va a centrar en los mecanismos de la tutela de la Administración Pública, el poder político o el poder judicial (según los casos) para asegurar la legalidad y la legitimidad de dicho proceso electoral a nivel nacional. Dichos mecanismos conforman la “justicia electoral”. La instauración de según qué tipo de organismos electorales contribuye a una solución, mas o menos pacífica, de los contenciosos electorales y, por tanto, aumenta (o no) la confianza de la ciudadanía en su respectiva democracia. Antes de adentrarnos en esta cuestión, procede aclarar qué se entenderá por contencioso electoral, así como por órganos electorales. En primer lugar, el “contencioso electoral” alude a los diversos medios jurídico-técnicos de impugnación o control, mediante juicios, recursos o reclamaciones, de los actos propios del proceso electoral. Dicha impugnación se sustanciará ante los órganos electorales estatales (administrativos, judiciales o políticos) con carácter de tercero, que resolverán dichas controversias para garantizar la regularidad del proceso electoral, pudiendo corregir eventuales errores o infracciones del Derecho

² CLAD (2006). *Código Iberoamericano de Buen Gobierno*.

electoral³. Dichos órganos electorales se pueden dividir, por un lado, en “órganos electorales supremos” que agrupan a las cortes o tribunales electorales o las instituciones, organismos o autoridades electorales jerárquicamente superiores o que sirvan como instancias de cierre en la organización, dirección y vigilancia de los procesos electorales. Por otro lado, se encuentran los “órganos electorales inferiores” que se refieren: tanto a las instituciones de ámbito nacional, encargadas de la elaboración del registro electoral; como a los cuerpos encargados de la organización electoral regional (federal, departamental, autonómica o provincial) y municipal o local; como a los que asisten directamente a las mesas electorales⁴. En definitiva, los órganos electorales inferiores se componen de todas aquellas instituciones dentro de un Estado que se encargan de la supervisión y vigilancia de los procesos electorales y que dependen, en última instancia, de los órganos electorales supremos.

En este trabajo se clasificarán los sistemas de justicia electoral según los órganos a los cuales se le atribuya el control de la regularidad del proceso electoral, es decir, los órganos sobre los que recae la competencia para resolver la interposición de una impugnación por presuntas irregularidades en una determinada elección. Esta tipología relativa al contencioso electoral se puede dividir en: contencioso político, cuando se confía la función a una asamblea política; contencioso jurisdiccional, cuando la función le compete a un órgano de carácter judicial; contencioso electoral administrativo, cuando la resolución de las controversias le corresponde al órgano de naturaleza propiamente administrativa encargado de organizar las elecciones; y, por último, el contencioso mixto, que tiene alguna combinación de los anteriores (política, jurisdiccional y/o administrativa) en la solución de los recursos electorales⁵. Los sistemas constitucionales analizados *infra* se ubican, con distintas graduaciones, en este último apartado. Dada la complejidad del tema objeto de estudio y la extensión disponible para su desarrollo se ha decidido abordar el estudio de los sistemas mixtos porque permiten también adentrarse en los otros tipos expuestos.

Tras la delimitación conceptual y la exposición del objeto de investigación de la introducción de este trabajo, en su segundo apartado, se exponen los estándares internacionales relativos a la justicia electoral. Dichos estándares señalan qué aspectos refuerzan y, por el contrario, cuáles debilitan los procesos de justicia electoral. Más adelante, dichos estándares servirán como parámetros en el estudio comparado de los apartados cuatro y cinco. En el tercer apartado se concretarán los aspectos o cuestiones generales que con-

³ NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, pp. 1153 y 1176.

⁴ *Ibidem*, pp. 377– 379.

⁵ *Ibidem*, p. 1156.

vergen en los distintos regímenes de justicia electoral. Estos aspectos generales junto con los estándares internacionales servirán de marco de análisis para los apartados cuarto y quinto.

En el cuarto apartado se analizarán sistemas mixtos de justicia basados en contenciosos administrativos y judiciales, como son a España, Chile, México y Colombia. El apartado quinto analiza sistemas mixtos de justicia electoral con un control político como cierre al proceso, como son a Italia, Estados Unidos y Argentina. Por último, el apartado sexto, cerrará esta investigación con unas conclusiones se determinarán cuáles son los sistemas de justicia electoral más eficaces y garantes con el proceso democrático y se propondrán reformas para los Estados objeto de análisis, respecto de su sistema de justicia electoral.

Más allá de la justificación aportada respecto de la elección de sistemas mixtos de justicia electoral, conviene detenerse en la elección de los citados países en concreto. En primer lugar, se ha tratado de aportar una variedad geográfica y cultural en los Estados seleccionados porque la democracia se construye también desde circunstancias de naturaleza extrapolítica, como son la mentalidad, las convicciones o los valores económicos, que, aunque se aleja del objeto de investigación, puede sentar las bases para futuras investigaciones. Los Estados seleccionados pueden equipararse en cuanto a su grado de democratización ya que, aunque han alcanzado la democracia en momentos históricos diversos, todos ellos cuentan con tiempo suficiente para analizar sus respectivos sistemas de justicia electoral y las variaciones que se han producido en ellos desde su instauración. La apertura para posteriores análisis también se mantiene al tratarse todos de Estados de naturaleza compuesta que cuentan con una forma de organización regional⁶. No obstante lo anterior, la investigación se va a centrar en la justicia electoral para las elecciones de carácter nacional porque permite abordar un análisis de sistemas de justicia electoral comparables y alcanzar conclusiones sustanciales que permitan perfeccionar y fortalecer sus regímenes democráticos.

II. UN REPASO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELATIVOS A LA JUSTICIA ELECTORAL

Como se ha apuntado *supra*, el desafío en la regulación de los sistemas y procesos electorales pretende alcanzar controles eficaces y eficientes para asegurar los procesos de elección de las instituciones en los Estados democráticos. Con esto, la justicia electoral no sólo garantiza la democracia política, sino también las democracias menores, subordinadas y condicionadas por la

⁶ En esta línea, pueden encontrarse investigaciones como la propuesta para Italia y España en: FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2022). *Sistemas electorales regionales en Estados multinivel: los casos de Alemania, Bélgica, Italia y España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

anterior, como son la democracia económica o la social⁷. El concepto político de democracia se fundamenta en tres aspectos: uno, la radicación popular del poder y la teoría constitucional de la soberanía; dos, la concepción plural de la sociedad; y, tres, una paralela visión participativa del proceso político⁸. Esto es, la democracia y, a su vez, la forma de Estado y de gobierno se constituyen sobre la base de la soberanía popular, el pluralismo en sus distintas formas y la participación política. El principio democrático se proyecta en una dimensión material y en una dimensión estructural. En lo que concierne a la dimensión material, se traduce en el reconocimiento del derecho a la participación política a todos los ciudadanos. En cuanto a su vertiente estructural, el principio democrático es el fundamento del sistema de división de poderes, del sufragio universal y de la democracia representativa como modelo democrático⁹.

De acuerdo con lo anterior, la legislación electoral es un aspecto determinante en todo sistema democrático. Mediante los procesos electorales, la ciudadanía elige a sus representantes políticos. Los tipos de sistemas que existen para determinar cómo se distribuyen los escaños son muy variados, y en función de cuál se utilice se pueden obtener resultados electorales muy diversos partiendo de unos mismos datos. La arquitectura electoral constituye un elemento que fomenta la democracia y el Estado de Derecho y, para ello, requiere de la justicia electoral. Los sistemas constitucionales analizados en esta investigación convergen en tutelar la regularidad de las elecciones, ya que si el sistema electoral permite que se eleve el nivel de irregularidad a un punto en el que estén en peligro su credibilidad y legitimidad, se toman medidas correctivas de manera óptima y eficaz¹⁰. Con el objetivo de conocer los niveles y las medidas existentes se analizarán a continuación los estándares internacionales respecto de la justicia electoral¹¹. Dichos estándares señalan qué aspectos refuerzan y, por el contrario, cuáles debilitan los procesos de justicia electoral. Más adelante, dichos estándares servirán como parámetros

⁷ SARTORI, Giovanni (2007). *¿Qué es la democracia?* Madrid: Taurus, p. 6.

⁸ GARRORENA MORALES, A., citado en AGUDO ZAMORA, Miguel; FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO, Micheo; CANO BUESO, Juan; GÓMEZ CORONA, Esperanza; LÓPEZ ULLA, Juan Manuel; MARTÍNEZ RUANO, Pedro; MORALES ARROYO, José María; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; PÉREZ SOLA, Nicolás; PORRAS NADALES, Nicolás Antonio; RASCÓN ORTEGA, Juan L.; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel; RODRÍGUEZ, ÁNGEL; RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo; SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2018). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, p. 75.

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel; CASAS BAAMONDE, María Emilia (2018) *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, p. 31.

¹⁰ DE ICAZA, Gerardo; MACEDO, Aidé (2014). *Estándares internacionales de justicia electoral*. México, D.F.: Tribunal Electoral del Distrito Federal, pp. 43-44.

¹¹ Los estándares analizados han tratado de mantener cierta diversidad respecto de su origen ya que algunos provienen de fundaciones y otros de organizaciones internacionales, todos ellos con sentido reconocimiento doctrinal. No obstante, aunque convergen en lineamientos similares, existe una miríada de estándares, *vide*: EODS – Electoral Observation and Democratic Support (2016) *Compendio de Estándares Internacionales sobre Elecciones*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

en el estudio comparado de los apartados cuatro y cinco. Estos estándares internacionales no persiguen determinar un modelo de justicia electoral a los Estados soberanos, sino fortalecer sus propios sistemas electorales.

El derecho a participar en los asuntos políticos está consagrado en las convenciones y los tratados internacionales de derechos humanos que versan sobre los derechos políticos. El artículo 23 de la Convención Americana determina que toda la ciudadanía debe gozar del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos y el artículo 3 del Protocolo adicional del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece que los Estados partes se comprometen a “(...) celebrar elecciones libres en periodos razonables, mediante sufragio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”.

En 2011 el *International Foundation for Electoral System* (en adelante, IFES) identificó siete estándares internacionales aplicables a la justicia electoral: uno, el derecho a un sistema de medios de impugnación en materia electoral; dos, un régimen legal, electoral, adjetivo y sustantivo, definido claramente; tres, un árbitro imparcial e informado; cuatro, un sistema expeditivo de solución de conflictos; cinco, el establecimiento de criterios sobre la carga de la prueba y el procesamiento de la evidencia; seis, la existencia de recursos legales efectivos; y, siete, la capacitación efectiva¹².

Se pueden destacar algunos aspectos de dichos estándares, atendiendo al objeto de la investigación. Primero, es imperativo que el marco jurídico ofrezca a la ciudadanía, los partidos políticos, las personas candidatas y los medios de comunicación el derecho explícito a buscar la resolución a sus demandas, quejas y denuncias en materia electoral. La determinación de quién tiene derecho a la reparación puede ser el aspecto más delicado del sistema. Segundo, el sistema electoral debe estar claramente definido para evitar recursos notoriamente frívolos y evitar disparidad de criterios en la resolución de conflictos electorales, debido a que generalmente son casos políticos sensibles y controvertidos. Este sistema debe prever también un sistema de recursos eficaces antes los conflictos electorales, que dé garantías de oportunidad y de apelación. Además, los árbitros imparciales y formados son fundamentales para mantener la integridad del sistema electoral, para lo cual deben tener suficiente autoridad para evaluar y resolver las quejas que se les presenten, siempre sujetos a la ley y a los estándares. Tercero, los procedimientos de solución de conflictos electorales deben realizarse con inmediatez, deben equilibrar este requisito con las garantías relativas al debido proceso. Cuarto, tener criterios de prueba adecuados y previamente establecidos da certeza a los impartidores de justicia electoral y a todo el proceso. El criterio que se utiliza actualmente en todo el mundo es el crite-

¹² International Foundation for Electoral System (IFES) (2011). *Guidelines for Understanding Adjudication and Resolving Disputes in Elections* (GUARDE). Washington: IFES, p. 12.

rio de prueba de una evidencia clara y convincente que es intermedio entre la preponderancia de la evidencia y la esta más allá de toda duda razonable. Sin embargo, en algunos casos, este criterio puede ser perjudicial para la justicia electoral porque, en un sentido práctico, los denunciantes se pueden enfrentar a grandes dificultades para la obtención de las pruebas, sobre todo, en las democracias en desarrollo. Quinto, para asegurar la comprensión de todo el proceso electoral y, concretamente, de la justicia electoral es crucial la educación cívica y electoral de la ciudadanía, de las personas candidatas, de los partidos políticos, de los funcionarios de los diversos organismos electorales y de los observadores. Sin ello, todo es proceso podría ser malentendido y haría ineficaz su propósito¹³.

En 2011, la Declaración Final de Principios para la Justicia Electoral, promovida por los expertos del *Electoral Integrity Group* (en adelante, EIG) y conocida como los Principios Accra mantiene la misma línea ideológica que los estándares del IFES. Sin embargo, trataron de plasmarse en un documento corto y de fácil lectura que pudiera alcanzar una elevada aplicación práctica, prescindiendo de vaguedades y de un uso de excesivos tecnicismos¹⁴. Los once estándares formulados en los Principios Accra son: integridad, participación, legalidad, imparcialidad y justicia, independencia, profesionalismo, transparencia, oportunidad, la no violencia, regularidad y la aceptación resultados. La integridad es la piedra angular de los demás valores y sin ella se comprometen todos los demás principios. La aceptación de resultados se colocó el último lugar porque se entiende que es el resultado esperable de una elección organizada de conformidad con los otros diez principios anteriores.

Muchos de los principios que recoge la declaración ya están presentes en la práctica de muchas democracias, sin embargo, no se han llegado a consolidar en algunas democracias jóvenes, como son: la regularidad, entendida como periodicidad de las elecciones; la participación, basada en el principio fundamental de la igualdad y no discriminación; la legalidad, fundamentada en la estabilidad de la legislación electoral y en sanciones efectivamente aplicadas en caso de violación de las normas; y el profesionalismos que permite aumentar la relación de confianza con todas las partes interesadas y minimizar el riesgo de conflictos de interés. Además, los Principios Accra ponen el énfasis en el proceso electoral completo y exigen la independencia, la no violencia, la imparcialidad y la justicia a todas las autoridades que están involucradas en el proceso electoral, incluidos los organismos de gestión electoral, las autoridades administrativas y de seguridad, electores, personas candidatas,

¹³ DE ICAZA, Gerardo; MACEDO, Aidé (2014). *Estándares internacionales de justicia electoral*. México, D.F.: Tribunal Electoral del Distrito Federal, pp. 43-68.

¹⁴ La presentación de los Principios Accra se realizó en Accra (Ghana) el 15 de septiembre de 2011 porque el acuerdo primigenio era que los principios fueran desarrollados para su implementación en los Estados africanos DE ICAZA, Gerardo; MACEDO, Aidé (2014). *Estándares internacionales de justicia electoral*. México, D.F.: Tribunal Electoral del Distrito Federal, pp. 71 y 77. Los Principios Accra citados en esta investigación se han extraído de la obra citada en esta nota a pie, pp. 71-95.

partidos políticos, medios de comunicación, sociedad civil y poder judicial. Por último, señalaremos la oportunidad ya que es el estándar menos abordado por otros instrumentos. Este principio trata de poner de manifiesto que las elecciones democráticas son procesos electorales que se organizan en ciclos y cada fase del ciclo debe tener el tiempo adecuado para que los electores puedan tomar sus decisiones con conocimiento apropiado. La oportunidad así entendida es un elemento clave en la resolución de conflictos electorales durante un proceso electoral¹⁵. Los Principios Accra se aplicaron por primera vez en Sierra Leona entre finales de 2011 y hasta poco después de que concluyeran las elecciones generales allí celebradas en 2012.

Por último, en este apartado, se analizarán los estándares internacionales respecto de la justicia electoral aportados por la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho¹⁶. Desde 2002, el Código de buenas prácticas en materia electoral es la principal fuente de estándares en el ámbito que nos ocupa¹⁷. Este código se compone de dos partes: I. Los principios fundamentales del patrimonio electoral europeo y II. Las condiciones de la aplicación de los principios. El presente análisis crítico se focalizará en la parte II.3.3. relativa a las garantías del procedimiento donde se recogen los siguientes elementos: organización del escrutinio por un órgano imparcial; observación de las elecciones; existencia de un sistema eficaz de interposición de recursos; organización y funcionamiento de las mesas electorales; financiación; y, por último, la seguridad. Y, concretamente, por un lado, en el análisis de los mecanismos de la tutela de la Administración Pública y de la justicia electoral para asegurar la legalidad y la legitimidad de dicho proceso y así valorar cómo la instauración de los organismos electorales que contribuyen a la solución de los contenciosos electorales, por ejemplo: gracias a la existencia de un sistema eficaz de interposición y resolución de recursos¹⁸. Para asegurar que la regulación del proceso electoral sea efectiva debe ser posible que la ciudadanía pueda interponer recursos si detecta o considera que se ha producido irregularidades a lo largo del mismo.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 83-84.

¹⁶ Comúnmente conocida como la Comisión de Venecia, este organismo presta asistencia legal a sus Estado miembros. De entre sus miembros, a los efectos que ocupan a nuestro análisis mencionaremos: a España e Italia, como miembros del Consejo de Europa, y Estados Unidos, México y Chile los cuales son Estados miembros; y Argentina que cuentan con el status de Estado miembro asociado, disponible en: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN (última consulta, 6 de diciembre de 2022). Los estándares de la Comisión se publican en documentos propios que tienen un carácter general, aunque esta Comisión también emite opiniones o recomendaciones respecto de la legislación electoral de un Estado miembro.

¹⁷ Comisión de Venecia (2002). CDL-AD (2002)023rev2-cor. *Código de prácticas en materia electoral. Directrices e informe explicativo*. Adoptados por la Comisión en su 52ª sesión plenaria (Venecia, 18-19 de octubre de 2002).

¹⁸ *Ibidem*, pp. 32-34.

Para crear exitosamente un mecanismo de recursos, la Comisión de Venecia señala dos opciones posibles: bien, tribunales (ya sean ordinarios, especiales o constitucionales); o bien, comisiones electorales, las cuales presentan ventajas reales, ya que estas comisiones están muy especializadas y, por lo tanto, están más al tanto de las cuestiones electorales que los tribunales. Con todo, de forma preventiva, es preferible establecer alguna forma de control jurisdiccional, según el cual el primer nivel de recurso corresponde a la comisión electoral superior y el segundo al tribunal competente. Por último, la Comisión advierte de cómo, a veces, se prevé el recurso ante el Parlamento, como juez de su propia elección, pero ello va acompañado del riesgo de decisiones políticas. Es admisible en primera instancia cuando es práctica establecida desde hace mucho tiempo, pero en ese caso debería ser posible interponer un recurso de apelación ante un tribunal, ya sea de carácter judicial o constitucional. El procedimiento de recurso debería ser sencillo y lo más breve posible. Ello implica plazos muy cortos para la interposición de los recursos y también que la instancia llamada a oír el recurso deberá dictar fallo a la mayor brevedad posible. Sin embargo, los plazos deberán ser suficientemente largos para poder interponer un recurso, para garantizar el ejercicio de los derechos de la defensa y para llegar a una decisión meditada. Un plazo de tres a cinco días en primera instancia (tanto para la presentación de los recursos como para el dictado del fallo) parece razonable por lo que respecta a las decisiones que deben tomarse antes de las elecciones. Con todo, es admisible conceder un poco más de tiempo a las instancias superiores (Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional) para que dicten sus fallos.

Además, la Comisión de Venecia destaca que las disposiciones en materia de recursos, y, sobre todo, la competencia y las responsabilidades de las diversas instancias, deben estar claramente reguladas por la ley, a fin de evitar todo conflicto de jurisdicción, positivo o negativo. De hecho, respecto de la competencia de la instancia llamada a oír el recurso se señala que deberá ser competente para ordenar la anulación de las elecciones cuando una irregularidad hubiera podido influir en el resultado, es decir, que se hubiera visto afectada la repartición de los escaños. Este principio general debería ajustarse a las circunstancias del caso; para evitar dos situaciones extremas: por una parte, la anulación de todos los resultados de las elecciones cuando las irregularidades afecten solamente un área limitada geográficamente, y lo opuesto, el rechazo de la anulación del escrutinio porque la extensión geográfica donde se han producido irregularidades es muy limitada. La anulación del escrutinio deberá llevar aparejada la convocatoria a nuevas elecciones en el territorio donde fueron anulados los resultados. Por otro lado, cuando la instancia que está llamada a oír el recurso corresponde a las comisiones electorales superiores, éstas deberían ser competentes para rectificar o anular de oficio las decisiones de las comisiones electorales de nivel inferior.

III. ASPECTOS GENERALES DE LOS DISTINTOS REGÍMENES DE JUSTICIA ELECTORAL: UN ESTUDIO COMPARADO

El diseño general del sistema electoral determina los mecanismos del control judicial de las elecciones¹⁹. ¿Cuáles son los organismos responsables de la organización electoral? En las democracias donde existe un alto grado de confianza en la Administración pública, las elecciones son responsabilidad del gobierno y/o de sus agencias especializadas. Otros Estados prefieren mantener la distancia entre quienes llevan a cabo las elecciones y quienes compiten por el poder y, por ello, han creado comisiones electorales en varios niveles. Otra cuestión nuclear para nuestro trabajo es determinar: ¿qué instancias existen para tratar los contenciosos electorales? En todos los sistemas donde el poder judicial es el árbitro supremo para determinar los resultados electorales y tutelar la legalidad durante las distintas fases del proceso electoral. Por un lado, si además es el gobierno el responsable de las elecciones, existirán instancias administrativas para conocer de los contenciosos electorales en sus primeras fases. Por otro lado, los sistemas electorales con administración propia, pueden impartir la justicia electoral sólo bajo esta autoridad o combinar esta administración con el poder judicial, que siempre será la última instancia de cualquier proceso. Por último, surge otra tercera opción, como en México, y es que existan tribunales independientes especializados en materia electoral, como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación²⁰.

Concretamente respecto de los tribunales electorales, los órganos electorales supremos de algunos de los países objeto de análisis han asumido una amplia gama de tareas que van más allá de la organización y vigilancia de las elecciones y se extienden a otras actividades que se relacionan con la materia electoral como pueden ser facultades administrativas o de tipo registral. No obstante, el presente apartado se centrará en sus facultades jurisdiccionales-electorales que constituyen *strictu sensu* la justicia electoral. Estas facultades podrían dividirse en dos que conforman la vigilancia y tutela del cumplimiento de la regulación electoral:

¹⁹ Cada sistema electoral en concreto viene determinado por circunstancias históricas, sociales y políticas del momento en que adoptó. Esta cuestión se aleja del objeto de la investigación, pero, para una introducción crítica y general al mismo en el caso de España, *vide*, entre otros: ARNALDO AL-CUBILLA, Enrique; AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel; BASTIDA FREIJEDO, Francisco; BIGLINO CAMPOS, Paloma; BLANCO VALDÉS, Roberto; GÁLVEZ MUÑOZ, Luis; GARCÍA MAHAMUT, Rosario; GAVARA DE CARA, Juan Carlos (2020). “Encuesta sobre el sistema electoral”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 19–110. Para ampliar el rango a una perspectiva comparada, *vide*, entre otros: FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2022). *Sistemas electorales regionales en Estados multinivel: los casos de Alemania, Bélgica, Italia y España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

²⁰ DE ICAZA, Gerardo; MACEDO, Aidé (2014). *Estándares internacionales de justicia electoral*. México, D.F.: Tribunal Electoral del Distrito Federal, pp. 100–103.

por un lado, la decisión final sobre las controversias electorales y, por otro lado, el orden sancionatorio electoral y las facultades disciplinarias de los agentes implicados en el proceso.

En Latinoamérica, la norma general es que los tribunales electorales sean organismos independientes y autónomos de los tres poderes estatales tradicionales y, por lo tanto, no se pueden enmarcar dentro del esquema clásico de división tripartita del poder público²¹. Los sistemas de justicia electoral latinoamericanos cuentan con órganos supremos jurisdiccionales o administrativos especializados en materia electoral que se encargan de impartir la justicia electoral con las garantías de independencia e imparcialidad²². Otro rasgo característico es el uso de una fórmula diversificada, según la cual la justicia electoral la imparte un órgano distinto del que administra los procesos electorales²³. Sin embargo, la regulación de la justicia electoral y, concretamente, de los medios de impugnación electoral en los países de América Latina analizados adolece de cierta vaguedad, en cuanto que son insuficientes e imprecisas las disposiciones respectivas, en tanto que en algunos se advierte cierta sobrerreglamentación de la materia, en ocasiones, compleja y farragosa, dificultando la comprensión del respectivo régimen, incluso para el especialista. Asimismo, la regulación del contencioso electoral se encuentra dispersa en varios ordenamientos²⁴.

Además, se ha optado por que los órganos supremos de justicia electoral funcionen de manera permanente. Esta decisión ha permitido se desarrollen como órganos especializados y experimentados en la materia; antes, durante y después de la celebración de los procesos electorales²⁵. Más adelante, retomaremos esta cuestión para valorar si algunas de sus acciones podrías ser asumidas por el poder legislativo o sus organismos subordinados durante los períodos interelectorales.

²¹ NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, p. 377.

²² SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio (2009). “La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 7, pp. 4-5.

²³ *Ibidem*, p. 6.

²⁴ NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, p. 1170.

²⁵ *Ibidem*, p. 378.

IV. SISTEMAS MIXTOS DE JUSTICIA ELECTORAL BASADOS EN CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS Y JURISDICCIONALES

4.1. España: sistema mixto administrativo y jurisdiccional

El sistema de justicia electoral español encaja con lo que se podría calificar como sistema austriaco ya que el órgano encargado de decidir en última instancia sobre los conflictos electorales es el Tribunal Constitucional²⁶ y, siguiendo los términos de clasificación adoptados en este trabajo de investigación, el sistema de justicia electoral español es un sistema mixto ya que la tutela y vigilancia del proceso electoral combina la actuación de la Junta electoral central y el Tribunal Constitucional. La Ley que regula en España los procedimientos electorales es la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. La LOREG se encarga de regular los procesos electorales en España, concretamente las elecciones generales, europeas y municipales²⁷.

La Junta Electoral Central es el órgano superior de la Administración Electoral²⁸. Tiene carácter permanente y su sede se encuentra en el Congreso de los Diputados en Madrid. La Junta Electoral Central vela por la transparencia y objetividad del proceso electoral, para ello, tal y como recoge el artículo 19.1 de la LOREG: dirige y supervisa la actuación de la Oficina del Censo Electoral; informa los proyectos de disposiciones que en lo relacionado con el censo electoral se dicten en desarrollo y aplicación de la presente Ley; cursar instrucciones de obligado cumplimiento a las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma; resuelve, con carácter vinculante, las consultas que le eleven las Juntas Provinciales y, en su caso, las de la Comunidad Autónoma; puede revocar de oficio en cualquier tiempo o, a instancia de parte interesada, dentro de los plazos previstos en el artículo 21 de la LOREG, las decisiones de las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma, cuando se opongan a la interpretación de la normativa electoral realizada por la Junta Electoral Central; unifica los criterios interpretativos de las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de

²⁶ SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio (2009). “La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 7, pp. 4-5.

²⁷ Para profundizar en el sistema electoral español, véase el siguiente repertorio bibliográfico: FERNÁNDEZ CAÑUETO, D. (2020). “Repertorio bibliografía sobre el sistema electoral en España”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 45, 599-625. Concretamente sobre las reformas electorales en España, vide, entre otros: ÁLVAREZ CONDE, Enrique; LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, Alicia; SANJUÁN ANDRÉS, Francisco Javier (Coords.) (2011). *Estudios sobre la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la reforma continua y discontinua*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos. Instituto de Derecho Público.

²⁸ PAJARES MONTOLÍO, Emilio J. (Dir.) (2015). *Las funciones de la Junta Electoral Central*. Valencia: Tirant lo Blanch; Madrid: Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III de Madrid.

Comunidad Autónoma en la aplicación de la normativa electoral; aprueba a propuesta de la Administración del Estado o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas los modelos de actas de constitución de Mesas electorales, de escrutinio de sesión, de escrutinio general y de proclamación de electos. Tales modelos deberán permitir la expedición instantánea de copias de las actas, mediante documentos autocopiativos u otros procedimientos análogos; resuelve las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan, de acuerdo con la presente Ley o con cualquier otra disposición que le atribuya esa competencia; vela por el cumplimiento de las normas relativas a las cuentas y a los gastos electorales por parte de las candidaturas durante el período comprendido entre la convocatoria y el centésimo día posterior a la celebración de elecciones; ejerce la potestad disciplinaria sobre todas las personas que intervengan con carácter oficial en las operaciones electorales; corrige las infracciones que se produzcan en el proceso electoral siempre que no sean constitutivas de delito e impone multas hasta la cuantía máxima prevista en esta Ley y expide las credenciales a los Diputados, Senadores, Diputados Provinciales y Consejeros insulares en caso de vacante por fallecimiento, incapacidad o renuncia, una vez finalizado el mandato de las Juntas Electorales Provinciales y de Zona.

El contencioso electoral *strictu sensu* está regulado en los artículos 109 a 120 de la LOREG y, con carácter supletorio, se remite a la Ley de Procedimiento Administrativo. Contra los acuerdos de la Junta Electoral Central cabe recurso contencioso electoral, del que conocerá la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el caso de elecciones generales (art. 112 de la LOREG)²⁹. Tienen legitimación activa para el interponer el recurso: las personas candidatas, los representantes de las candidaturas y los partidos, federaciones, coaliciones y asociaciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción. Los recursos electorales tienen carácter de preferencia y urgencia³⁰. Según establece el artículo 113.2 de la LOREG, la sentencia habrá de emitir alguno de los fallos siguientes: a) Inadmisibilidad del recurso; b) Validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada; c) Nulidad de acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquél o aquéllos a quienes corresponda; o, d) Nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación, o de proceder a una nueva elección cuando se trate del Presidente de una Corporación Local, en todo caso en el plazo de tres meses a partir de la sentencia. No obstante, la invalidez de la votación en una o varias Mesas o en una o varias Secciones no comportará nueva convocatoria

²⁹ PÉREZ-MONEO, Miguel; GARROTE DE MARCOS, María; PANO PUEY, Esther (2019). *Derecho electoral español*. Portugal: Dykinson.

³⁰ BARAS, Montserrat; BOTELLA, Juan (2009). *El sistema electoral*. Madrid: Tecnos, p. 89.

electoral en las mismas cuando su resultado no altere la atribución de escaños en la circunscripción. Contra la misma no procede recurso contencioso alguno, ordinario ni extraordinario, salvo el de aclaración, y sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El amparo debe solicitarse en el plazo de tres días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los quince días siguientes.

La Ley Orgánica de Régimen Electoral General ha previsto dos modalidades de recurso de amparo contra actos y decisiones de la Administración electoral: a) recurso de amparo contra los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidatos y candidaturas (art. 49.3 de la LOREG); b) recurso de amparo contra los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de Presidentes de las Corporaciones locales (art. 114.2 de la LOREG). La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en su artículo 55 establece que la sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos; b) reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado; c) restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación³¹.

El sistema electoral en España se enfrenta a la desafección de la ciudadanía. Las causas que explican esta desafección política son variadas y provienen tanto de la regulación el propio sistema como a aspectos tales como: la corrupción, especialmente vinculada a asuntos como la especulación urbanística, la ocultación y el blanqueo de capitales, la malversación de fondos públicos o las irregularidades en la contratación pública³². Este fenómeno es percibido por la ciudadanía como algo cotidiano y sistémico. Sin embargo, para su superación parece más acertado que se refuercen los mecanismos institucionales de control que el propio sistema electoral³³. Reforzar estos mecanismos requiere a su vez reforzar el poder judicial acelerando el tiempo de resolución de las controversias y asegurar su independencia del poder político, esta independencia debería extenderse a cualquier organismo que se constituya para la supervisión del sistema.

³¹ BELLIDO PENADÉS, Rafael (2017). "La protección de derechos fundamentales y libertades públicas mediante el recurso de amparo constitucional en España". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 45, pp. 127-148.

³² LLERA RAMO, Francisco José (Coord.) (2016). *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnóstico y propuestas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; PRESNO LINERA, M. A. (2015). "Régimen electoral (maquiavélico) y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, 13-48.

³³ SAN SEGUNDO MANUEL, Juan Magín (2016). *El sistema electoral: una reforma obligada*. España: Bosch editor, pp. 53-55.

4.2. Chile: sistema mixto administrativo y jurisdiccional

La legislación chilena aplicable a la justicia electoral, así como la relativa a la organización y atribuciones de los órganos que la ejercen se encuentra dispersa y casi sin sistematicidad³⁴. Respecto de los mecanismos de la tutela de la Administración Pública y de la justicia electoral a nivel nacional para asegurar la legalidad y la legitimidad de dicho proceso electoral, a continuación, se van a destacar las normas chilenas que regulan la vigilancia y tutela del cumplimiento de la regulación electoral en dos sentidos: por un lado, la decisión final sobre las controversias electorales y, por otro lado, el orden sancionatorio electoral y las facultades disciplinarias de los agentes implicados en el proceso. Con el objetivo de condensar tales normas, cabe mencionar las leyes que regulan la organización y atribuciones de los órganos de la justicia electoral: ley orgánica constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones (L 18460), ley de los tribunales electorales regionales (L 18593) y ley orgánica constitucional del Servicio Electoral (L 18556, en su título IV), órgano que también es regulado por su ley orgánica de planta (L 18583). La ley orgánica constitucional sobre sistema de inscripciones electorales y Servicio Electoral (L 18556) regula también el sistema de registro e inscripción electoral, estableciendo, además, tanto reglas relativas al correcto funcionamiento del proceso de inscripción, como las correspondientes sanciones y procedimientos aplicables. Además, la ley orgánica constitucional de los partidos políticos (L 18603) establece para ellos una serie de reglas con incidencia electoral, además de establecer la competencia de la justicia electoral para conocer de la infracción a esas reglas.

La justicia electoral chilena está compuesta fundamentalmente por tres órganos: un órgano administrativo, el Servicio Electoral, y dos órganos de carácter jurisdiccional, el Tribunal Calificador y los Tribunales Electorales Regionales³⁵. El capítulo IX de la Constitución chilena regula al Tribunal Calificador de Elecciones (arts. 94 bis a 97) Tanto el Tribunal Calificador como los tribunales regionales son tribunales especiales, que no tienen supervigilancia de la Corte Suprema, por expresa decisión del legislador constitucional (artículo 82 de la Constitución chilena).

La ley orgánica del Tribunal Calificador de Elecciones recoge las competencias del mismo: a) Conocer del escrutinio general de las elecciones del Presidente de la República, de diputados y senadores y del de los plebiscitos; b) Resolver las reclamaciones que se interpongan en materias de su competencia; c) Calificar los procesos electorales y Ley 18963 plebiscitarios, ya

³⁴ MARSHALL BARBERÁN, Pablo (2007). “Sinopsis de la Justicia Electoral en Chile”. *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, p. 2. Para revisar la normativa electoral chilena, vide: <https://triel.cl/normativa/> (última consulta, 3 de abril de 2022).

³⁵ MARSHALL BARBERÁN, Pablo (2007). “Sinopsis de la Justicia Electoral en Chile”. *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, p. 4.

sean nacionales o comunales, y artículo 5.º proclamar a quienes resulten electos o el resultado del plebiscito. La proclamación del Presidente electo se comunicará al Presidente del Senado y, la de senadores y diputados, a los Presidentes de las respectivas Cámaras; el resultado del plebiscito nacional, al Presidente de la República; y, el del plebiscito comunal, al alcalde respectivo. La circunstancia de que quede alguna repetición de elección, no obstará al envío de las proclamaciones de aquellos a quienes ésta no afecte; d) Nombrar, en conformidad al inciso segundo del artículo 85º de la Constitución Política, a los miembros de los tribunales electorales regionales que sean de su designación; e) Reglamentar los procedimientos comunes que deban aplicar los Tribunales Electorales Regionales, en la forma señalada en el artículo 12 y consultando previamente la opinión de éstos, y Ley 20568 f) Cumplir las demás funciones que le encomienden artículo séptimo número 1 la Constitución Política y las leyes (art. 9 de la Ley 18460 - Ley Orgánica Constitucional Tribunal Calificador de Elecciones).

Respecto de la decisión final sobre las controversias electorales, “[e]n el caso chileno, la calificación de las elecciones y de los plebiscitos reside —a nivel nacional— en el Tribunal Calificador de Elecciones, cuyas decisiones no son recurribles de ninguna forma. Pero, además, al Tribunal le han sido asignadas algunas funciones de control sobre el Servicio Electoral, de manera que diversas resoluciones de este último pueden ser recurribles ante él, y el mismo Tribunal puede sancionar las faltas o abusos del director del Servicio Electoral en la aplicación de la ley de partidos”³⁶.

El Decreto con Fuerza de Ley 5 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º18.556, orgánica, constitucional sobre sistema de inscripciones electorales y Servicio Electoral, en su artículo 60 establece que el Servicio Electoral será el continuador y sucesor legal de la Dirección del Registro Electoral. En consecuencia, las referencias que la legislación y reglamentación vigentes hacen a este organismo, se entenderán hechas al Servicio Electoral. Y en el siguiente artículo, el número 61 regula que el Servicio Electoral tendrá por objeto: “1) Administrar, supervigilar y fiscalizar el proceso de inscripción electoral, la elaboración y actualización de los padrones electorales y el acto electoral. 2) Supervigilar y fiscalizar el cumplimiento de las normas que regulen las actividades propias y ámbitos sobre campañas electorales y su financiamiento. 3) Supervigilar y fiscalizar el cumplimiento de las normas que regulen las actividades propias y ámbitos de acción de los partidos políticos, con pleno respeto por la autonomía de estos y su financiamiento”.

La Ley 18593 regula los Tribunales Electorales Regionales que actúan normalmente como la primera instancia en el procedimiento judicial elec-

³⁶ NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, p. 402.

toral, y tienen las siguientes funciones reconocidas en el artículo 10: “1. Calificar las elecciones de carácter gremial y las de los grupos intermedios que tengan derecho a participar en la designación de los integrantes de los consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil. Lo anterior no se aplicará respecto de las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias regidas por la ley núm. 19.418, cuyas elecciones no serán calificadas por los tribunales electorales regionales, sin perjuicio del derecho que tiene cualquier vecino afiliado a la organización para reclamar ante éstos. Para calificar las elecciones, los gremios y grupos intermedios a que se refiere este número deberán comunicar al Tribunal respectivo la realización de toda elección que tenga lugar en ellos, dentro de quinto día de efectuada. La contravención a esta obligación, hará aplicable lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 23. El Tribunal deberá requerir los antecedentes necesarios, dentro del décimo día, contado desde el ingreso en la secretaría del Tribunal de la comunicación aludida en el inciso anterior. 2. Conocer de las reclamaciones que se interpongan con motivo de las elecciones de carácter gremial y de las de cualesquiera otros grupos intermedios. 3. Declarar las incompatibilidades que deriven de la aplicación del artículo 23 de la Constitución Política y las inhabilidades que, de acuerdo a esa norma constitucional, establezca la ley. 4. Cumplir las demás funciones que les encomienden las leyes. La resolución de las calificaciones y reclamaciones comprenderá también el conocimiento de cualquier vicio que afecte la constitución del cuerpo electoral o cualquier hecho, defecto o irregularidad que pudiera influir en el resultado general de la elección o designación, sea que haya ocurrido antes, durante o después del acto eleccionario de que se trate”.

4.3. México: sistema mixto con contencioso electoral administrativo y jurisdiccional

El sistema de justicia electoral mexicano encaja con lo que se podría calificar como sistema mixto ya que combina un contencioso electoral administrativo con uno jurisdiccional. Como se verá en este sistema, las resoluciones respecto del tribunal electoral son definitivas e inapelables³⁷. El órgano supremo de la justicia electoral en México actualmente es el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación surgido en 1986 como resultado de una serie de reformas constitucionales que han sido parte de la democratización del país³⁸. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia.

³⁷ *Ibidem*, pp. 1180 y 1182.

³⁸ MEDINA TORRES, Luis Eduardo; JARAMILLO, Adriana Valeria (2021). “La relación del Tribunal Electoral con el Presidente de la República. Historia de un conflicto”. *El Cotidiano*, México D.F., 36, núm. 225, pp. 80-81.

De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 99), el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene competencia para resolver, en forma definitiva e inatacable, los siguientes tipos de controversias electorales: “I. Las impugnaciones en las elecciones federales de diputados y senadores; II. Las impugnaciones que se presenten sobre la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos que serán resueltas en única instancia por la Sala Superior. Las salas Superior y regionales del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente se establezcan en las leyes. La Sala Superior realizará el cómputo final de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, una vez resueltas las impugnaciones que se hubieren interpuesto sobre la misma, procediendo a formular, en su caso, la declaración de validez de la elección y la de Presidente Electo respecto del candidato que hubiese obtenido el mayor número de votos. III. Las impugnaciones de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal, distintas a las señaladas en las dos fracciones anteriores, que violen normas constitucionales o legales, así como en materia de revocación de mandato; IV. Las impugnaciones de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones. Esta vía procederá solamente cuando la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y sea factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios elegidos; V. Las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, en los términos que señalen esta Constitución y las leyes. Para que un ciudadano pueda acudir a la jurisdicción del Tribunal por violaciones a sus derechos por el partido político al que se encuentre afiliado, deberá haber agotado previamente las instancias de solución de conflictos previstas en sus normas internas, la ley establecerá las reglas y plazos aplicables; VI. Los conflictos o diferencias laborales entre el Tribunal y sus servidores; VII. Los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Nacional Electoral y sus servidores; VIII. La determinación e imposición de sanciones por parte del Instituto Nacional Electoral a partidos o agrupaciones políticas o personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, que infrinjan las disposiciones de esta Constitución y las leyes; IX. Los asuntos que el Instituto Nacional Electoral someta a su conocimiento por violaciones a lo previsto en la Base III del artículo 41 y párrafo octavo del artículo 134 de esta Constitución; a las normas sobre propaganda política y electoral, así como por la realización de actos anticipados de precampaña o de campaña, e imponer las sanciones que correspondan, y X. Las demás que señale la ley”³⁹.

³⁹ Aunque se aleja del objeto de análisis de esta investigación, resulta destacable que la Sala Superior y las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con algunas de sus sen-

Por tanto, Tribunal Electoral del Poder Judicial es el órgano competente para resolver en última instancia las controversias electorales. “En este punto la legislación mexicana ha tenido grandes cambios, pues hasta las reformas constitucional y legal de 1993 cada una de las Cámaras Legislativas era la encargada de calificar las elecciones de sus miembros, tal como ocurre todavía en Argentina. Además, hasta la reforma de 1996 la calificación de las elecciones para presidente de la República era realizada por la Cámara de Diputados”⁴⁰. Para el ejercicio de sus atribuciones, el Tribunal Electoral funcionará en forma permanente con una Sala Superior y salas regionales; sus sesiones de resolución serán públicas, en los términos que determine la ley. Contará con el personal jurídico y administrativo necesario para su adecuado funcionamiento (art. 99 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

En general, el sistema de medios de impugnación de que conoce el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México tiene por objeto garantizar que los actos y resoluciones de las autoridades electorales se ajusten a los principios de constitucionalidad y legalidad⁴¹. Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incluyendo las controversias en materia electoral (fracción II del art. 105 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

El Instituto Federal Electoral, cuyo Consejo General es el órgano superior de dirección y, al igual que otros órganos inferiores, según el caso, conocen del recurso administrativo de revisión⁴².

Después de la calificación presidencial de 2018, en agosto, comenzó una compleja relación del Ejecutivo electo con las autoridades electorales. Una frase describe muy bien tal compleja relación: “ganamos, a pesar del INE”, afirmación que puede extenderse también al Tribunal Electoral, ya que, según el presidente electo y sus seguidores, su triunfo electoral se debe solamente a los votantes. Esta percepción se ha mantenido hasta la actualidad⁴³. Las conferencias del Presidente han sido materia de impugnación constante. Cuando el Presidente anunció, la realización de consultas gubernamentales, fueron impugnadas por los partidos de oposición, amparándose

tencias, han permitido ampliar los derechos político-electorales de las mujeres mexicanas. Sobre esta cuestión, vide: FREIDERG, Flavia; GILAS, Karolina (2021). “Justicia electoral y representación política de las mujeres en México”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 191, pp. 109-148.

⁴⁰ NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, p. 402.

⁴¹ *Ibidem*, p. 1183.

⁴² *Ibidem*, p. 1182.

⁴³ MEDINA TORRES, Luis Eduardo; JARAMILLO, Adriana Valeria (2021). “La relación del Tribunal Electoral con el Presidente de la República. Historia de un conflicto”. *El Cotidiano*, México D.F., 36, núm. 225, p. 84.

en un mecanismo específico para llevar a cabo tales ejercicios consultivos. Sin embargo, el Presidente determinó que fuera la Secretaría de Gobernación la responsable de llevar a cabo tales consultas gubernamentales. La Sala Superior determinó que las consultas hechas por la Secretaría de Gobernación no son actos electorales, por lo que se declaró incompetente para conocer del asunto (SUP-JDC-40 y 46/2019). Esta dinámica se ha mantenido en otros asuntos abordados en las conferencias del Presidente (SRE-PSC-33/2019 o SUP-REP-138/2019). En estos casos, el Tribunal Electoral ha considerado al Presidente en calidad de gobernado y no como gobernante. Esta confusión conceptual y política es la que ha provocado que el Tribunal haya decidido declararse incompetente. Si esta posición se mantiene, puede redundar en una relación más tensa entre las autoridades electorales y el presidente López Obrador⁴⁴.

4.4. Colombia sistema mixto con contencioso electoral administrativo y jurisdiccional

El sistema de justicia electoral colombiano encaja con lo que se podría calificar como sistema mixto ya que combina un contencioso electoral administrativo con uno jurisdiccional⁴⁵. La organización electoral está formada por: el Consejo Nacional Electoral de Colombia, la Registraduría Nacional del Estado Civil y otros órganos electorales subordinados. Al primero le corresponde elegir y remover al titular del segundo, además de resolver los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados sobre escrutinios (quienes, previamente, conocen de las impugnaciones contra las resoluciones dictadas por las respectivas comisiones escrutadoras), así como efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar. Jurídicamente, se prevé acción popular ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en contra de los actos de las corporaciones electorales, para que se anulen, rectifiquen, modifiquen o adicionen aquellas resoluciones por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente sean inelegibles, se hubiere dejado de computar un registro o se hubiere alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos⁴⁶.

Una de las funciones del Consejo Nacional Electoral, enumerada en el artículo 265 de la Constitución, establece que debe ejercer la inspección,

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 87-88.

⁴⁵ NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, p. 1180.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 1184-1185.

vigilancia y control de la organización electoral, así como velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos. El artículo 265 de la Constitución fue modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2019 y establece que: “El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa: El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales:

“1. Ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral. (...).

6. Velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías”.

En Colombia, como se ha mencionado, el artículo 265 de la Constitución ha establecido que será el Consejo Nacional Electoral quien se encargue de la inspección, vigilancia y control de la organización electoral. El artículo 13 de la Ley 1475 de 2011 establece que el Consejo Nacional Electoral es el titular del ejercicio preferente en la competencia y procedimiento para imponer sanciones a partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Adicionalmente, el mismo artículo reconoce la competencia del Consejo de Estado para conocer de demandas de nulidad sobre algunos actos administrativos que profiera el Consejo Nacional Electoral.

Respecto del orden sancionatorio electoral y las facultades disciplinarias de los agentes implicados en el proceso, en Colombia, no es el mismo Consejo Nacional Electoral el que ostenta la facultad disciplinaria, pero es el que elige antes de cada debate electoral a los integrantes de los tribunales nacional y seccionales de garantías electorales, los cuales tienen por fin controlar el cumplimiento de las normas sobre imparcialidad política de los funcionarios públicos. En Colombia, el artículo 12 de la Ley 1475 de 2011 establece que los partidos y movimientos políticos con personalidad jurídica podrán ser objeto de sanciones. Respecto de la decisión final de las controversias electorales, las resoluciones de los órganos electorales son consideradas como de naturaleza administrativa e impugnables en todo momento ante tribunales administrativos y Consejo de Estado. En la reforma constitucional de 2003

se dispuso que las acciones de nulidad electoral debían ser decididas por la jurisdicción contencioso-administrativa en un término máximo de un año, o de seis meses si se trata de casos de única instancia⁴⁷.

Colombia constituye un ejemplo vivo de la importancia de asegurar la pronta resolución de las controversias electorales. Este objetivo impulsó la reforma constitucional de 2003, por las quejas acerca de la demora de los tribunales para fallar los asuntos electorales. Como prueba de ello se aducía el caso de un gobernador departamental, cuya elección fue anulada luego de dos años y medio de haberse realizado las elecciones, cuando restaban solamente nueve meses de los tres años de gobierno⁴⁸. En la reforma política constitucional de 2003 también se modificó la tradición jurídica colombiana sobre la dedicación parcial de los miembros de los órganos supremos electorales deben ser funcionarios de dedicación o parcial y se estableció que los miembros del Consejo Nacional Electoral serían de dedicación exclusiva. La decisión fue controvertida, dados los gastos que ocasiona. Las críticas fueron respondidas con el siguiente razonamiento: un funcionario bien remunerado se compromete con el sistema y, por tanto, otorga mejores resultados a la administración pública para la que trabaja⁴⁹.

V. SISTEMAS MIXTOS DE JUSTICIA ELECTORAL CON UN CONTROL POLÍTICO COMO CIERRE

5.1. La *Giustizia elettorale italiana*: sistema mixto con cierre del control político

El sistema de justicia electoral italiano encaja con lo que se podría calificar como sistema mixto, pero, en última instancia, es el control político el que impera en las elecciones al Parlamento. En las elecciones a comunas, provincias o regiones, el contencioso electoral se resuelve ante las autoridades administrativas competentes y, en última instancia, ante la Corte de Apelación o la Corte de Casación, según proceda. El análisis de la justicia electoral italiana se va a centrar las elecciones a las cámaras de representación nacional⁵⁰.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 401, nota a pie de página 31.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 401, nota a pie de página 31.

⁴⁹ JARAMILLO, Juan Fernando (2008). “La reforma de la organización electoral colombiana”. *Elecciones*, núm. 8, pp. 195-233.

⁵⁰ NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, pp. 1157-1158. Para una introducción sistema electoral italiano y sus sucesivas reformas, vide, entre otros: al GROPPi, Tania (2008) “Forma de gobierno y sistemas electorales en Italia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, pp. 153-173.

En lo que compete a las elecciones nacionales, en Roma se encuentra la oficina central de la circunscripción, constituye el organismo electoral superior, adjunto a la Corte de Casación. Por tanto, se aplican dos tipos de contenciosos: el administrativo, por violaciones administrativas al proceso electoral y el jurisdiccional, por violaciones al derecho electoral como derecho público subjetivo. Por último, el control político, la *verifica dei poteri* queda reservado al Cámara de Diputados o Senado, según corresponda, según el artículo 66 de su Constitución⁵¹. En este proceso de verificación, cada Cámara examinará la validez de los títulos de admisión de sus miembros y se pronunciará sobre las causas de inelegibilidad e incompatibilidad que sobrevinieran⁵². Este control carece de recurso y, por tanto, impide que este control político pueda ser revisada, como podría ser razonable, por la Corte constitucional italiana. Este procedimiento se encuentra regulado en *Il regolamento per la verifica dei poteri*⁵³.

Italia representa un caso excepcional en perspectiva comparada respecto de su sistema electoral porque en el período comprendido entre lo que se ha denominado la *Segunda República italiana* hasta la actualidad se han sucedido cinco sistemas electorales distintos⁵⁴. A inicios de la década de los noventa, los principales partidos políticos estaban desacreditados ante la opinión pública relacionados con importantes casos de corrupción y financiación ilegal⁵⁵. Estas sucesivas reformas han tenido cabida porque la Constitución italiana no impone ni prohíbe ningún sistema o fórmula electoral, a pesar de que en el pasado algunos expertos intentaran demostrar que contiene una prohibición implícita de los sistemas mayoritarios⁵⁶.

La primera de estas reformas en 1993 fue producto de la interacción entre las élites dominantes y la sociedad civil movilizada y organizada. Esta última se impuso a las élites partidistas aprovechando el artículo 75 de la Constitución italiana y se aprobaron finalmente las leyes núm. 276 y 277,

⁵¹ SOBRINO, Giorgio (2020). “La giustizia elettorale in Italia e in Messico: un primo confronto”. *DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, 3, núm. 2, p. 70.

⁵² SAITTA, Antonio (2021). “La verifica dei poteri nel Parlamento italiano e la possibilità di un sindacato successivo della Corte costituzionale”. *Rassegna parlamentare*, 62, núm. 1, pp. 33-73.

⁵³ *Il regolamento per la verifica dei poteri*. Fuente: <https://www.senato.it/istituzione/il-regolamento-per-la-verifica-dei-poteri> (última revisión, 30 de marzo de 2022).

⁵⁴ La *Segunda República italiana* comprende el ascenso y ocaso de la figura clave de Silvio Berlusconi. Para una breve contextualización, *vide*, entre otros: ÁLVAREZ TARDÍO, Manuel (2020) “La inestabilidad del sistema electoral y el fracaso de la «democracia gobernante» en Italia (2008-2018)”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 189, pp. 41-70; BOTTL, Anna; PATTUZZI, Alfonso (2016) “Autoconciencia de una nación: el debate cultural sobre la crisis política y moral italiana”, *Ayer*, 104, núm. 4, pp. 95-122.

⁵⁵ FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2020). “El maremágnun de las reformas electorales en Italia: una necesaria recapitulación”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 187, p. 75.

⁵⁶ FUSARO, Carlo (2016). “La nueva ley electoral italiana de 2015, un reto para el parlamentarismo débil”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, p. 549. Sobre esta sentencia de la Corte constitucional italiana *vide*, entre otros: MILANI, Giammaria; SORDA, Elena (2015). “Ley electoral y relevancia. La Corte Constitucional italiana supera una zona de sombra”, *Justicia electoral*, núm. 15, pp. 17-63.

de 4 de agosto de 1993 reguladoras de los nuevos sistemas electorales para la Cámara de Diputados y el Senado de la República italiana. La segunda ley electoral 270/2005 se aprobó entre octubre y noviembre de 2005, auspiciada por los partidos de la coalición gubernamental de centro-derecha que acordaron impulsar una modificación de las reglas de juego en su propio beneficio⁵⁷. Haciendo uso de su control de constitucionalidad de las leyes, la Corte constitucional italiana en su sentencia 1/2014, de 13 de enero, declaró la inconstitucionalidad el premio de la mayoría y el mecanismo de las listas bloqueadas⁵⁸. En 2016 entró en vigor la tercera de las leyes electorales para la Cámara de Diputados, ley electoral 52/2015, que sólo cobraba sentido de mano de una reforma constitucional que fue rechazada por la sociedad italiana en diciembre de 2016⁵⁹. La Corte constitucional italiana en su sentencia 35/2017 declaró inconstitucional la segunda vuelta electoral y la posibilidad de presentar candidaturas múltiples. La doctrina subrayó la necesidad de armonizar las leyes electorales⁶⁰. Esta situación nos lleva a la cuarta reforma electoral: la ley electoral 165/2017 de 3 de noviembre⁶¹. Y esta a su vez a la que, a día de hoy es, la última reforma electoral: la Ley 51/2019, de 27 de mayo. La reforma reduce el número de diputados de los 630 actuales a 400, y el de los senadores de 315 a 200⁶².

En esta investigación se ha analizado este proceso reformista por su atipicidad porque ha sido conducido por intereses a corto plazo de los partidos en el poder y ejecutada de forma precipitada, lo que ha generado reveses en referéndums por la falta de apoyo de la sociedad italiana o declaraciones de inconstitucionalidad de la Corte constitucional. La miriada de reformas rea-

⁵⁷ FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2020). “El maremágnum de las reformas electorales en Italia: una necesaria recapitulación”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 187, p. 82.

⁵⁸ FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2019). “El creciente activismo de la Corte constitucional italiana ante las reformas del sistema electoral nacional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23, núm. 1, pp. 209-230; FUSARO, Carlo (2016). “La nueva ley electoral italiana de 2015, un reto para el parlamentarismo débil”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, pp. 547-574, p. 562.

Para una traducción al español de la sentencia de la Corte constitucional italiana de 1/2014, de 13 de enero, vide: BINDI, E.; VALLE AGUILASOCHO, C. (2018). *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, 16, *Sentenza 1, anno 1014. Corte Costituzionale di Italia*. México: TEFJE Fuente: https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/SRCE_16.pdf (última consulta, 30 de marzo de 2022).

⁵⁹ FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2020). “El maremágnum de las reformas electorales en Italia: una necesaria recapitulación”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 187, p. 91.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 92.

⁶¹ *Ibidem*, p. 96.

⁶² Para una revisión crítica sobre esta reforma, vide: FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2020). “¿Una reforma electoral populista en Italia?”. *Agenda Pública*, 17 de septiembre de 2020. Fuente: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/16833/reforma-electoral-populista-italia> (última consulta: 30 de marzo de 2022). Por otro lado, como postura a favor de la misma, vide: FUSARO, C. (2020). “Reducing the Size of the Italian Parliament: A Limited Constitutional Reform with No Risks and Some Benefits”. *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 16 de septiembre de 2020. Fuente: <http://www.iconnect-blog.com/2020/09/symposium-reducing-the-size-of-the-italian-parliament-a-limited-constitutional-reform-with-no-risks-and-some-benefits/#more-10164> (última consulta, 30 de marzo de 2022).

lizadas es un caso atípico en las democracias consolidadas y a esta actividad legislativa se añade el activismo electoral de la Corte constitucional⁶³.

La justicia electoral italiana, como se ha señalado *supra*, constituye también un sistema atípico porque es un sistema mixto con un control último de carácter político. Profundizando en dicho sistema, cabe comenzar aclarando que la Constitución italiana no contiene ninguna otra norma relativa al contencioso electoral, salvo su artículo 66. Sentada esta primera premisa, el contencioso electoral italiano se encuentra regulado en la legislación ordinaria y de esta regulación se puede concluir que el sistema está judicializado, en última instancia, y es de carácter administrativo, en las primeras instancias, tanto para las elecciones nacionales como regionales, provinciales y comunales como para las elecciones al parlamento europeo⁶⁴. Para complementar el contencioso italiano son fundamentales las sentencias de la Corte constitucional italiana 1/2014 y 35/2017 producto de las reformas electorales analizadas en los párrafos precedentes⁶⁵.

Por tanto, los dos mecanismos para las elecciones nacionales en Italia serían: una tradicional, y expresamente prevista por la Constitución, la *verifica dei poteri* (art. 66 de la Constitución italiana) y, la segunda, es la vía *pretoria* por los de jueces ordinarios mediante la acción para comprobar la “plenitud” del derecho al voto, es decir, el derecho del elector a “votar conforme a la Constitución”. Esta segunda vía ha sido establecida por la Corte constitucional italiana en las sentencias 1/2014 y 35/2017⁶⁶.

El sistema contencioso italiano es un sistema que aún hoy se caracteriza por una justicia electoral eminentemente política: los recursos relativos a la elección de los miembros del Parlamento son tratados y decididos, sobre una base incuestionable, por las mismas cámaras, sin posibilidad de intervención de diferentes órganos (de carácter judicial o, como ocurre en otros sistemas constitucionales, por ejemplo, en América Latina, de garantía constitucional). La lógica detrás de este enfoque radica en el deseo de sustraer de órganos externos al poder político de las decisiones que afecten a la composición del Parlamento, fundamentándose en una concepción rígida y tradicional la separación de poderes de una matriz liberal decimonónica⁶⁷. El sistema italiano de justicia electoral tomó la concepción liberal de la soberanía del Parlamento del derecho inglés para instaurar su procedimiento de la *verifica dei poteri* (art. 66 de la Constitución italiana).

⁶³ FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2020). “El maremágnum de las reformas electorales en Italia: una necesaria recapitulación”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 187, pp. 96-97.

⁶⁴ SOBRINO, Giorgio (2020). “La giustizia elettorale in Italia e in Messico: un primo confronto”. *DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, 3, núm. 2, p. 71.

⁶⁵ Sobre esta cuestión, *vide*, entre otros: CECILI, Marco (2019). “El sistema electoral italiano: lo que el legislador hace, el Tribunal lo deshace”. *Revista de Derecho Político*, 160, pp. 265-283.

⁶⁶ SOBRINO, Giorgio (2020). “La giustizia elettorale in Italia e in Messico: un primo confronto”. *DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, 3, núm. 2, p. 74.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 70.

Ante estas circunstancias, el carácter político del sistema italiano, hace necesario un aparato normativo y judicial que prevenga de los riesgos asociados a la ausencia, en el modelo actual, de garantías adecuadas en materia de verificación de las elecciones para el cargo de los miembros del Parlamento. La adopción de un sistema que involucre, en una forma posterior y posible con respecto al juicio interno, la intervención de un control judicial parece más conforme con los arreglos político-institucionales vigentes⁶⁸.

5.2. EE. UU.: Sistema mixto con cierre del control político

El contencioso electoral de los EE. UU. se puede calificar como mixto porque combina impugnaciones ante un órgano jurisdiccional de carácter local y, posteriormente, ante un órgano político: la respectiva cámara del Congreso, con motivo de las elecciones de sus miembros, así como el correspondiente colegio electoral, tratándose de las elecciones presidenciales⁶⁹.

El análisis se va a centrar en las elecciones de carácter nacional y, en este sentido, el aspecto político más singular en los EE. UU. es la elección indirecta y con un cómputo de votos que se efectúa Estado por Estado, diferente a la forma común en los sistemas presidenciales que es la elección directa en una circunscripción nacional única. Además, la organización de las elecciones es igualmente original debido a su grado de descentralización. En términos de regulación y capacidad de vigilancia durante el proceso electoral, el nivel estatal es débil frente al federal que es donde se administran y gestionan las elecciones. Como consecuencia de esta descentralización apenas existen reglas nacionales y el proceso se regula bajo una miríada de legislaciones y de prácticas estatales para el registro de electores, de candidatos y de procedimientos de votación, así como de jurisdicción⁷⁰.

EE. UU. no cuenta con una autoridad electoral administrativa federal, encargada de realizar los comicios. No obstante, cuenta con la *Electoral Federal Commission* (Comisión Federal Electoral, CFE), que se creó en 1974, debido al impacto del caso Watergate, cuyas atribuciones y competencias permanecen limitadas a la supervisión del cumplimiento de las leyes sobre el financiamiento. Tras la polémica presidencial de 2000, se aprobó por primera vez una ley federal sobre la administración de las elecciones, *Help America Vote Act*. La ley conformó la *Election Assistance Commission*, se trata de una agen-

⁶⁸ *Ibidem*, p. 87.

⁶⁹ NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, p. 1158.

⁷⁰ BALLIVIÁN, Romero (2018). "El sistema electoral presidencial de Estados Unidos: entre la originalidad del modelo administrativo-jurisdiccional y el inconcluso debate sobre participación", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68, núm. 270, p. 653.

cia federal pequeña, bipartidista, con el objetivo de estandarizar los procesos electorales en los Estados. La actividad de la *Election Assistance Commission* se activó a partir de 2014, enfocada en difundir buenas prácticas, recabar información estadística electoral, generar estándares de calidad, brindar certificaciones electorales, sin imponer normas uniformes. El énfasis se ha colocado en facilitar la inscripción, facilitar el voto y crear condiciones para el ejercicio de un voto seguro. Ante estas propuestas, los Estados adoptan con libertad los parámetros que consideren útiles. Tal es la capacitación estatal que ni siquiera las candidaturas presidenciales se inscriben a nivel federal, sino que se registran en los Estados, según los requisitos y las reglas de cada uno⁷¹.

El sistema administrativo de la elección presidencial generó interés a partir de las controversias de la elección del 2000. Por este motivo, se van a incluir algunas referencias en este apartado. Normalmente la administración electoral recae en primera instancia en el Secretario del Estado, elegido de manera conjunta con el gobernador. Se trata de un cargo con alto perfil político y que comúnmente designa un Director electoral. Otros Estados asignan la administración a un *State Board of Elections*, nombrado por el gobernador con la aprobación del Senado estatal⁷². La administración electoral se torna más variada y compleja porque los Estados delegan en los aproximadamente 13.000 condados una amplia autonomía para administrar la elección dentro de pautas comunes. Así, por ejemplo, la instancia local es la competente para decidir si la votación es manual; manual con cómputo en lector óptico o electrónica. Cuestiones como las expuestas, generan una gran dispersión de reglas y prácticas en todos los campos y, a su vez, provoca disparidades en la calidad de la administración electoral, dentro de un Estado como entre Estados⁷³.

La justicia electoral es igualmente regulada a nivel estatal. Es frecuente que los Estados contemplen el recuento administrativo de votos para superar errores o, de manera obligatoria, cuando la diferencia es menor a un determinado porcentaje. En caso de insatisfacción en vía administrativa, la elección se puede impugnar en sede jurisdiccional. La confianza en la rectitud de la elección se encuentra anclada en la cultura política. En caso de inconformidad con la sentencia jurisdiccional estatal, cabe recurso ante el Tribunal Supremo de los EE. UU⁷⁴. Sin embargo, la última instancia, al tratarse de un sistema mixto de carácter político, corresponde al poder legislativo. Cada una de las dos Cámaras resuelve, en definitiva, la elección de sus miembros⁷⁵. Asimismo,

⁷¹ *Ibidem*, pp. 661-662.

⁷² *Ibidem*, pp. 663-664.

⁷³ *Ibidem*, p. 666.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 667.

⁷⁵ NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, p. 1158.

el Congreso tiene la facultad, con el voto concurrente de ambas Cámaras, de contar los votos de la presidencial y rechazar la resolución de un Estado sobre la elección (Ley del escrutinio electoral, 1887)⁷⁶.

A través del Tribunal Supremo de los EE. UU., la justicia juega un papel decisivo en la definición de las reglas del juego político. Su capacidad de influencia es notable en comparación con el resto de democracias consolidadas. El débil rol federal en el área administrativa del proceso electoral es inversamente proporcional a fortaleza del ámbito jurisdiccional. La raíz se halla en los orígenes de la República, cuando los jueces asumieron las funciones potenciales que les otorgaba la Constitución y consolidaron una cultura de legalidad. De hecho, además de resolver las controversias electorales, las sentencias del Tribunal Supremo de los EE. UU. y del poder judicial han supuesto el principal impulso de las reformas políticas y electorales desde la segunda mitad del siglo XX⁷⁷.

Para comprender la cultura política y la confianza de la ciudadanía en el sistema electoral de los EE. UU., se puede mencionar, por ejemplo, que: “La observación electoral se encuentra poco difundida, en la práctica y en las normas, sin duda por la confianza en los procesos electorales. No existe normativa federal y varios Estados no contemplan la observación internacional, ni siquiera la nacional (Minnesota). (...). También es mínima la presencia de delegados partidarios para controlar las mesas. Los partidos prefieren que los militantes incentiven el voto, lo que supone un trabajo en centros de llamada y de terreno, fuera de los recintos electorales”⁷⁸. “A la luz de las consideraciones, las probabilidades que las bases del sistema de administración y de justicia electoral, así como las disputas sobre la participación, se preserven, son muy altas. La excepcionalidad norteamericana tiene aún largos días por delante”⁷⁹.

5.3. Argentina: sistema mixto con controles administrativos y políticos

El sistema de justicia electoral argentino encaja con lo que se podría calificar como sistema mixto que combina sucesivamente impugnaciones ante órganos administrativos y políticos. Este aspecto le diferencia del resto de sistemas electorales de América Latina que se analizan en esta investigación. Además, Argentina no regula en su Constitución los órganos electorales especializados encargados de la dirección, administración y vigilancia del

⁷⁶ Esta facultad se considera tan excepcional que ni siquiera fue utilizada en la elección presidencial del año 2000. BALLIVIAN, Romero (2018). “El sistema electoral presidencial de Estados Unidos: entre la originalidad del modelo administrativo-jurisdiccional y el inconcluso debate sobre participación”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68, núm. 270, p. 668.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 668-669.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 681.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 687.

proceso electoral. Sin embargo, para la reforma de esa legislación secundaria, la Constitución exige una mayoría cualificada para reformar la legislación electoral⁸⁰. La justicia electoral ha sido confiada a una jurisdicción propia compuesta por la Cámara Nacional Electoral y los jueces electorales. Estos últimos, no obstante, no existen como tales, sino que se trata de jueces federales de otras jurisdicciones, pero con tareas electorales adicionales y una secretaría al efecto⁸¹. Calificar al contencioso electoral argentino de mixto es adecuado porque las impugnaciones interpuestas ante el órgano electoral administrativo autónomo, ulteriormente se pueden⁸².

Como consecuencia de la reforma constitucional de 1994 que estableció la elección directa de presidente y vicepresidente de la República Argentina, los artículos 75, numeral 21, del mismo ordenamiento y 120 del Código Electoral Nacional, prevén como atribución de ambas Cámaras del Congreso: hacer el escrutinio general y proclamar a quienes resulten electos como presidente o vicepresidente de la República; determinar si se debe realizar una segunda vuelta conforme con lo dispuesto en el artículo 96 constitucional o; incluso, declarar que es el caso de proceder a una nueva elección. Por lo que se refiere a las elecciones de diputados y senadores, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 64 constitucional, se conserva como facultad de la Cámara de Diputados y del Senado, respectivamente, el ser “juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez”, sin que exista recurso alguno contra sus decisiones. Sobre esta última cuestión, parte de la doctrina considera que cabría un control judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia⁸³.

La Justicia Electoral argentina está conformada por veinticuatro juzgados federales de primera instancia con competencia en cada uno de los distritos electorales en que se divide el país (veintitres provincias y la Ciudad de Buenos Aires) y un único tribunal de apelaciones, la Cámara Nacional Electoral, que ejerce su jurisdicción en toda la República Argentina y constituye la máxima autoridad en la materia (cf. Ley 19.108, modif. por Ley 19.277). En cuanto a sus funciones jurisdiccionales, la Cámara Nacional Electoral se encarga de aplicar la ley orgánica de los partidos políticos, el Código Electoral Nacional, y sus complementarias. En relación a las funciones de control, estas se vinculan a la existencia, organización, financiamiento y actividades de los partidos

⁸⁰ NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, pp. 1157-1158; 1170 y 1180.

⁸¹ *Ibidem*, p. 377. Para Más información sobre la CNE, su historia y otras cuestiones, vide: https://www.electoral.gob.ar/nuevo/paginas/cne/historia_cne.php (última consulta, 7 de marzo de 2022).

⁸² NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, p. 1185.

⁸³ *Ibidem*, pp. 1185-1186.

políticos. Sus funciones de administración electoral recaen en confeccionar, corregir, imprimir y exhibir las listas provisionales y los padrones definitivos, designar los lugares en donde funcionarán las mesas de votación y sus autoridades, y controlar el despliegue y repliegue de las urnas. Además, la Cámara tiene funciones registrales: están a su cargo el Registro Nacional de Electores, el Registro Nacional de Afiliados a los Partidos Políticos, el Registro General de Cartas de Ciudadanía, el Registro de inhabilitados para el ejercicio de los derechos electorales, el Registro General de Consulados, el Registro de Electores Residentes en el exterior, el Registro de faltas electorales y el Registro de nombres, símbolos, emblemas, números de identificación, cuentas bancarias y responsables financieros de los partidos políticos.

Respecto de la decisión final de las controversias electorales, en Argentina, la calificación acerca de la validez o nulidad (parcial o total) de las elecciones de los parlamentarios es practicada por las respectivas cámaras legislativas. De hecho, Argentina es el único país latinoamericano en el que la calificación definitiva de las elecciones reside todavía en el Congreso⁸⁴. De ahí que se pueda calificar como contencioso electoral mixto típico, al ser la suma del contencioso administrativo autónomo y del político.

Por su parte, los conflictos preelectorales son resueltos definitivamente por la Cámara Nacional Electoral, sin embargo, se tiene el recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia. “GONZÁLEZ ROURA señala que no son tantas las ocasiones en las que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre los fallos de la Cámara, si bien lo ha hecho sobre temas fundamentales. Anota que del total de los fallos sustantivos dictados por la Cámara Nacional Electoral desde 1983, apenas 13.5 % fue impugnado ante la Corte Suprema de Justicia. Agrega que no más de 30 % de estos recursos fueron aceptados por la Corte y que en 81 % de los casos la decisión de la Corte confirmó el fallo de la Cámara”⁸⁵.

VI. CONCLUSIONES

Primera. La seguridad jurídica del sistema de justicia electoral se refuerza gracias a los sistemas justicia electoral centralizados y judicializados con celeridad en la resolución de las controversias electorales. El sistema español puede servir como ejemplo de centralización y judicialización ya que el sistema de justicia electoral español encaja con lo que se podría calificar

⁸⁴ *Ibidem*, p. 401, nota a pie de página 32.

⁸⁵ González Roura (1999), p. 1158, citado en NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, Internacional IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, p. 401, nota a pie de página 33 y p. 1186.

como sistema austriaco y, por tanto, el órgano encargado de decidir en última instancia sobre los conflictos electorales es el Tribunal Constitucional y, siguiendo los términos de clasificación adoptados, el sistema de justicia electoral español es un sistema mixto ya que la tutela y vigilancia del proceso electoral combina la actuación de la Junta electoral central y el Tribunal Constitucional donde los plazos son sumarísimos. En este sentido, destaca la reforma en 2003 de Colombia para asegurar la pronta resolución de las controversias electorales.

En aquellos sistemas de justicia electoral en que se pueda apreciar una deficiente técnica legislativa y procesal en la regulación del contencioso electoral debe reflexionarse seriamente respecto de las consecuencias que se derivan de las mismas, máxime cuando de ahí pueden generarse problemas de acceso a la justicia y de seguridad jurídica (aun cuando una conformación y funcionamiento adecuados del respectivo tribunal permitirán que éste supere tales cuestiones). Incluso, la eventual ausencia de reglas claras, congruentes y sencillas para la solución de conflictos electorales puede generar impugnaciones o cuestionamientos políticos que pretendan canalizar aquéllos al margen de las vías institucionales. Esta situación puede generar un descrédito no sólo en los órganos constitucionales del sistema de justicia electoral sino de todo el sistema democrático.

Segunda. Los sistemas de justicia electoral con un control político de cierre pueden tener limitaciones para justificar una decisión imparcial y ajena a intereses partidistas. Además, los sistemas en un Estado descentralizado deberían asegurar una homogeneidad en las resoluciones para garantizar la equidad y la justicia electoral. Italia representa un caso excepcional en perspectiva comparada respecto de su sistema electoral porque mantiene un control político del proceso electoral. Esta regulación, aunque encaje con la cultura política italiana, contraviene el Código de buenas prácticas en materia electoral de la Comisión de Venecia. En este sentido, Italia y Argentina podrían tener en cuenta tales estándares para una reforma de su sistema de justicia electoral en esta línea, la Comisión de Venecia señala dos opciones posibles: bien, tribunales (ya sean ordinarios, especiales o constitucionales); o bien, comisiones electorales, las cuales presentan ventajas reales, ya que estas comisiones están muy especializadas y, por lo tanto, están más al tanto de las cuestiones electorales que los tribunales. Con todo, de forma preventiva, es preferible establecer alguna forma de control jurisdiccional, según el cual el primer nivel de recurso corresponde a la comisión electoral superior y el segundo al tribunal competente. Por último, la Comisión advierte de cómo, a veces, se prevé el recurso ante el Parlamento, como juez de su propia elección, pero ello va acompañado del riesgo de decisiones políticas.

El contencioso electoral de los EE. UU. está altamente descentralizado y se basa en la confianza en los procesos electorales, ya que su cierre también se basa en un control político. A la luz de la investigación desarrollada en este trabajo, se puede afirmar que las bases del sistema de administración y de justicia electoral, así como las disputas sobre la participación, se resuelven con normativas diversas

que provocan que, ante situaciones análogas, las decisiones son, de igual modo, dispares. Por este motivo, se podría indagar en la posibilidad de que los EE. UU. adoptaran una normativa federal, aunque sea de mínimos que armonice la miríada de regulaciones nacionales respecto del proceso electoral en los EE. UU.

Tercera. La permanencia de los tribunales electorales permite que se asienten en organigrama estatal como órganos constitucionales especializados y generadores de la confianza de la ciudadanía. En Latinoamérica, la norma general es que los tribunales electorales sean organismos independientes y autónomos de los tres poderes estatales tradicionales y, que funcionen de manera permanente. Esta decisión ha permitido se desarrollen como órganos especializados y experimentados en la materia; antes, durante y después de la celebración de los procesos electorales. Esta especialización y permanencia de los tribunales electorales, hace necesaria también la regulación de mecanismos de control que garanticen la imparcialidad de dichos tribunales de los partidos políticos, así como de otros agentes que pudieran estar interesados en la orientación de los resultados electorales.

Los sistemas de justicia electoral latinoamericanos analizados cuentan con órganos supremos jurisdiccionales o administrativos especializados en materia electoral que se encargan de impartir la justicia electoral con las garantías de independencia e imparcialidad. Además, se emplea una fórmula diversificada, según la cual la justicia electoral la imparte un órgano distinto del que administra los procesos electorales. Sin embargo, la regulación de la justicia electoral y, concretamente, de los medios de impugnación electoral en los países de América Latina analizados se advierte cierta sobrerreglamentación de la materia, en ocasiones, compleja y farragosa, dificultando la comprensión del respectivo régimen, incluso para el especialista. Asimismo, la regulación del contencioso electoral se encuentra dispersa en varios ordenamientos. En este sentido, se recomienda refundir la regulación electoral y emplear procesos claros y directos que permitan entender el sistema y generar la confianza necesaria de la ciudadanía para con el proceso democrático de Estado que se trate.

VII. FUENTES

7.1. Fuentes bibliográficas

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique; LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, Alicia; SANJUÁN ANDRÉS, Francisco Javier (Coords.) (2011) *Estudios sobre la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la reforma continua y discontinua*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos. Instituto de Derecho Público.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel; BASTIDA FREIJEDO, Francisco; BIGLINO CAMPOS, Paloma; BLANCO VALDÉS, Roberto; GÁLVEZ MUÑOZ, Luis; GARCÍA

- MAHAMUT, Rosario; GAVARA DE CARA, Juan Carlos (2020) “Encuesta sobre el sistema electoral”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 19–110.
- ÁLVAREZ TARDÍO, Manuel (2020) “La inestabilidad del sistema electoral y el fracaso de la «democracia gobernante» en Italia (2008–2018)”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 189, pp. 41–70.
- BALLIVIÁN, Romero (2018) “El sistema electoral presidencial de Estados Unidos: entre la originalidad del modelo administrativo-jurisdiccional y el inconcluso debate sobre participación”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68, núm. 270, pp. 651–687.
- BARAS, Montserrat; BOTELLA, Juan (2009) *El sistema electoral*. Madrid: Tecnos.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael (2017) “La protección de derechos fundamentales y libertades públicas mediante el recurso de amparo constitucional en España”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 45, pp. 127–148.
- BINDI, Elena; VALLE AGUILASOCHO, Claudia (2018). *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, Sentenza 1, anno 1014, *Corte Costituzionale di Italia*, núm. 16. México:TEFJE. Fuente: https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//archivos_libros/SRCE_16.pdf
- BOTTI, Anna; PATTUZZI, Alfonso (2016) “Autoconciencia de una nación: el debate cultural sobre la crisis política y moral italiana”, *Ayer*, 104, núm. 4, pp. 95–122.
- CECILI, Marco (2019) “El sistema electoral italiano: lo que el legislador hace, el Tribunal lo deshace”. *Revista de Derecho Político*, núm. 160, pp. 265–283.
- DE ICAZA, Gerardo; MACEDO, Aidé (2014) *Estándares internacionales de justicia electoral*. México, D.F.:Tribunal Electoral del Distrito Federal.
- FERNÁNDEZ CAÑUETO, Daniel (2020) “Repertorio bibliografía sobre el sistema electoral en España”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 599–625.
- FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2020) “¿Una reforma electoral populista en Italia?”. *Agenda Pública*, 17 de septiembre de 2020. Fuente: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/16833/reforma-electoral-populista-italia>
- FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2022) *Sistemas electorales regionales en Estados multinivel: los casos de Alemania, Bélgica, Italia y España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2020) “El maremágnum de las reformas electorales en Italia: una necesaria recapitulación”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 187, pp. 71–100.
- FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2019) “El creciente activismo de la Corte constitucional italiana ante las reformas del sistema electoral nacional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23, núm. 1, pp. 209–230.

- FREIDERG, Flavia; GILAS, Karolina (2021) “Justicia electoral y representación política de las mujeres en México”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 191, pp. 109-148.
- FREIDERG, Flavia; SAAVEDRA, Camilo (2020) “La democracia en América Latina”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 30, pp. 1-42.
- FUSARO, Carlo (2020) “Reducing the Size of the Italian Parliament: A Limited Constitutional Reform with No Risks and Some Benefits” *I-CONnect Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 16 de septiembre de 2020. Fuente: <http://www.iconnectblog.com/2020/09/symposium-reducing-the-size-of-the-italian-parliament-a-limited-constitutional-reform-with-no-risks-and-some-benefits/#more-10164>
- FUSARO, Carlo (2016) “La nueva ley electoral italiana de 2015, un reto para el parlamentarismo débil”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, pp. 547-574.
- GROPPI, Tania (2008) “Forma de gobierno y sistemas electorales en Italia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, pp. 153-173.
- GARRORENA MORALES, A. citado en AGUDO ZAMORA, Miguel; FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO, Micheo; CANO BUESO, Juan; GÓMEZ CORONA, Esperanza; LÓPEZ ULLA, Juan Manuel; MARTÍNEZ RUANO, Pedro; MORALES ARROYO, José María; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; PÉREZ SOLA, Nicolás; PORRAS NADALES, Nicolás Antonio; RASCÓN ORTEGA, Juan L.; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel; RODRÍGUEZ, Ángel; RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo; SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2018). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- JARAMILLO, Juan Fernando (2008) “La reforma de la organización electoral colombiana”, *Elecciones*, núm. 8, pp. 195-233.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel (2018) *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel.
- LLERA RAMO, Francisco José (Coord.) (2016) *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnóstico y propuestas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo (2007) “Sinopsis de la Justicia Electoral en Chile”. *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, pp. 1-21.
- MEDINA TORRES, Luis Eduardo; JARAMILLO, Adriana Valeria (2021). “La relación del Tribunal Electoral con el Presidente de la República. Historia de un conflicto”. *El Cotidiano*, México D.F., 36, núm. 225, pp. 80-89.
- MILANI, Giammaria; SORDA, Elena (2015) “Ley electoral y relevancia. La Corte Constitucional italiana supera una zona de sombra”, *Justicia electoral*, núm. 15, pp. 17-63.
- NOHLEN, Dieter; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José; ZOVATTO, Daniel (Compiladores) (2007). *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral.

- PAJARES MONTOLÍO, Emilio J. (Dir.) (2015) *Las funciones de la Junta Electoral Central*. Valencia: Tirant lo Blanch; Madrid: Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III de Madrid.
- PÉREZ-MONEO, Miguel; GARROTE DE MARCOS, María; PANO PUEY, Esther. (2019) *Derecho electoral español*. Portugal: Dykinson.
- PRESNO LINERA, M.A. (2015). “Régimen electoral (maquiavélico) y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, 13-48.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel; Casas Baamonde, María Emilia (2018). *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- SAITTA, Antonio (2021) “La verifica dei poteri nel Parlamento italiano e la possibilità di un sindacato successivo della Corte costituzionale”, *Rassegna parlamentare*, 62, núm. 1, pp. 33-73.
- SAN SEGUNDO MANUEL, Juan Magín (2016). *El sistema electoral: una reforma obligada*. España: Bosch editor.
- SARTORI, Giovanni (2007). *¿Qué es la democracia?* Madrid: Taurus.
- SNYDER, Timothy (2018) *Sobre la tiranía. Veinte lecciones que aprender del siglo XX*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio (2009) “La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 7, pp. 1-41.
- SOBRINO, Giorgio (2020) “La guistizia elettorale in Italia e in Messico: un primo confronto”, *DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, 3, núm. 2, pp. 66-91.
- VEGA GARCÍA, A. S. (1992). Constitución, pluralismo político y partidos. *Revista de las Cortes Generales*, 26, 69-116.

7.2. Documentos institucionales

- CLAD (2006) *Código Iberoamericano de Buen Gobierno*. Fuente: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Codigo-Iberoamericano-de-buen-gobierno.pdf>
- Comisión de Venecia (2002) CDL-AD (2002)023rev2-cor. *Código de prácticas en materia electoral. Directrices e informe explicativo*. Adoptados por la Comisión en su 52ª sesión plenaria (Venecia, 18-19 de octubre de 2002).
- Electoral Integrity Group (EIG). (2011). *Declaración Final de Principios para la Justicia Electoral* (Principios Accra o PAJE). Accra.
- EODS - Electoral Observation and Democratic Support (2016) *Compendio de Estándares Internacionales sobre Elecciones*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- International Foundation for Electoral System (IFES) (2011) *Guidelines for Understanding Adjudication and Resolving Disputes in Elections* (GUARDE). Washington: IFES, disponible en: <https://www.ndi.org/sites/default/files/GUARDE.pdf>

II

NOTAS Y DICTÁMENES RESEARCH NOTES

La ejecución de sentencias y Derecho urbanístico: el reciente caso de El Corte Inglés de Madrid

Enforcement of a judgment and town planning law:
the recent case of El Corte Inglés in Madrid

Fecha de recepción: 11/11/2022

Fecha de aceptación: 14/12/2022

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.—III. ANULACIÓN DE LAS LICENCIAS Y NECESIDAD DE DEMOLER.—IV. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.—4.1. Introducción.—4.2. La inexistencia de la causa de imposibilidad legal de ejecución.—4.3. La inexistencia de la causa de imposibilidad material de ejecución.—4.4. La omisión del trámite de audiencia a terceros interesados.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia el reciente caso de El Corte Inglés. La conocida empresa española solicitó una modificación del planeamiento urbanístico para poder aumentar la edificabilidad de varios de sus centros comerciales en diferentes áreas de la capital. Este estudio analiza, en primer lugar, los antecedentes del problema, el tema de la anulación de las licencias y la necesidad de demoler. A continuación se centra en la problemática de la ejecución de la sentencia, examinando los requisitos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa española para solicitar que no se ejecute una sentencia. En concreto se abordan las cuestiones sobre la inexistencia de las causas de imposibilidad legal y material de ejecución, así como la omisión del trámite de audiencia a terceros interesados. Se destaca que el Tribunal de Madrid no aprecia la concurrencia de causas que justifiquen la imposibilidad legal y material de ejecución de las sentencias en sus propios términos en cuanto a la demolición de lo construido y en funcionamiento. Estima el Tribunal madrileño que la imposibilidad legal no es procedente y que la material ha de examinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto y los derechos e intereses comprometidos en la ejecución. Entiende que no puede identificarse con el hecho de que la ejecución presente dificultades o la conveniencia de atender otros intereses que no pueden imponerse a los que resultan tutelados por los pronunciamientos judiciales que se

* Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, <https://orcid.org/0000-0003-1040-8133>

trata de llevar a efecto, en garantía de la seguridad jurídica. Esta última se vería seriamente afectada por la falta de realización del derecho reconocido judicialmente, ejecución que como señala el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, constituye un derecho fundamental y ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo. El trabajo concluye reforzando la idea de que las causas de imposibilidad deben interpretarse de manera muy restrictiva para evitar poner en cuestión fundamentos básicos del Estado de Derecho como el principio de la separación de poderes y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Hay que evitar que los jueces se vean forzados a realizar un análisis económico del Derecho cada vez que se encuentran con el dilema si es procedente o no ejecutar una sentencia. Si no se ejecutan las sentencias en sus propios términos las normas jurídicas pueden quedar reducidas a normas morales ya que el cumplimiento de las sentencias dependerá en última instancia de la buena voluntad de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: Derecho administrativo. Planeamiento urbanístico. Ejecución de sentencias.

ABSTRACT

This paper studies the recent case of *El Corte Inglés*. The well-known Spanish company requested a modification of the urban planning in order to increase the buildability of several of its shopping centers in different areas of the capital. This study analyzes, firstly, the background of the problem, the issue of the annulment of licenses and the need to demolish. Next, it focuses on the problem of the enforcement of the judgment, examining the requirements of the Spanish Contentious-Administrative Jurisdiction Law to request that a judgment not be enforced. Specifically, questions about the non-existence of causes of legal impossibility and material enforcement of the judgment are addressed, as well as the omission of the hearing process for interested third parties. It is highlighted that the Court of Madrid does not appreciate the concurrence of causes that justify the legal and material impossibility of enforcement of a judgment in their own terms regarding the demolition of what was built and in operation. The Madrid Court considers that the legal impossibility is not appropriate and that the material should be examined taking into account the circumstances of the specific case and the rights and interests involved in the execution. It understands that it cannot be identified with the fact that the enforcement presents difficulties or the convenience of attending to other interests that cannot be imposed on those who are protected by the judgments that are trying to be carried out, in guarantee of legal certainty. The latter would be seriously affected by the lack of enforcement of the judicially recognized right, enforcement that, as the Constitutional Court points out in its Case law, constitutes a fundamental right and should consist precisely of what is established and provided for in the ruling. The work concludes by reinforcing the idea that the causes of impossibility should be interpreted in a very restrictive way to avoid questioning basic foundations of the Rule of Law such as the principle of the separation of powers and the fundamental rights of citizens. It is necessary to avoid that judges are forced to carry out an economic analysis of Law every time they are faced with the dilemma of whether or not it is appropriate to enforce a judgment. If the judgments are not enforced on their own terms, the rules can be reduced to moral standards, since compliance with the judgments will ultimately depend on the good will of the citizens.

KEYWORDS: Administrative Law. Town planning. Enforcement of judgments.

I. INTRODUCCIÓN

Se puede afirmar con rotundidad que el problema de la ejecución de las sentencias siempre ha sido y es, tomando prestada la expresión del profesor (FERNÁNDEZ TORRES: 2018: 165)¹, un quebradero de cabeza del ordenamiento jurídico administrativo. Una vez que el ciudadano consigue derrotar formalmente a la Administración en los tribunales, como es obvio, desea conseguir que esa derrota se materialice en la realidad. Pero esa realidad al final puede frustrarse por diversas circunstancias. Como se ha dicho en la exposición de Motivos de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), este tema de la ejecución es “desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso administrativo”. Desde luego es un tema que ha interesado especialmente desde la perspectiva doctrinal².

Lo cierto es que el artículo 117.3 de la Constitución de 1978 (CE), señala que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, texto que se reitera en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo LOPJ). Además, en el artículo 118 CE, se dice que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”. Este precepto es precisado en el

¹ Ver FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, (2018). “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”. *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, (Ejemplar dedicado a: Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas), núm. 100. Sevilla. Instituto Andaluz de Administración Pública, pp. 165-189.

² Sin ánimo de ser exhaustivos, se pueden citar los siguientes trabajos: BAÑO LEÓN, José María, (1998). “Título IV. Procedimiento Contencioso-Administrativo. Capítulo IV. Ejecución de Sentencias: Artículo 103.4 y 5”. *Revista española de derecho administrativo*, núm. 100, (Ejemplar dedicado a: Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998). Madrid. Thomson-Civitas, pp. 719-726; El mismo problema se plantea en el caso de las sentencias del TC; FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, (1977). “De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas”. *Revista de administración pública*, núm. 84. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. pp. 263-278; GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, (1987). “Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas”. Documentación administrativa, núm. 209. Madrid. INAP. pp. 7-16; GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael, (2008). *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. Sobre esta cuestión pueden verse los clásicos trabajos de FERNÁNDEZ FARRERES, German, (2018). “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la ejecución de sus resoluciones”. *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* / coord. por VAQUER CABALLERÍA, M, MORENO MOLINA, A.M y DESCALZO GONZÁLEZ, A; Vol. 1, (*Crisis y renovación del Derecho Público*), pp. 379-401 y “Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones”. *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional*. XXIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, pp. 123-153.

artículo 17 de la citada LOPJ al afirmar que “1. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes... 2. Las Administraciones Públicas, las autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes”.

Esta perspectiva constitucional supuso tener que cambiar el planteamiento de la vieja Ley jurisdiccional de 1956. Como se recordará dicho texto normativo destacaba en su artículo 103 que la ejecución de las sentencias correspondería al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso. La posterior y vigente LJCA da la vuelta a la cuestión. De este modo en su Exposición de Motivos se destacan ciertas ideas capitales para motivar ese cambio en la manera de abordar esta problemática, ideas³ que podemos sintetizar del siguiente modo:

- 1.º se trata de incrementar las garantías de ejecución de las sentencias,
- 2.º el punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto,
- 3.º hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos,
- 4.º la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas.

De este modo, en coherencia con el texto constitucional proclama el artículo 103.1 de la LJCA de 1998 que “la potestad de hacer ejecutar las

³ Del mismo modo las reitera el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia al recordar que el derecho a la ejecución de las sentencias constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen. También se destaca su intangibilidad, es decir, el derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado. Esto implica un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Ley. No puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido. Cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, y que cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental. Ver SSTC 149/1989, de 22 de septiembre y 86/2006, de 27 de marzo.

sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia”. 2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen. 3. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto. Por tanto, la obligación de cumplir recae tanto en las partes procesales como en los otros entes y personas del apartado tercero.

Pero el legislador ha sido consciente que estos buenos deseos pueden chocar con elementos que impidan física o jurídicamente la ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas⁴. Aquí la cuestión choca con la literalidad del artículo 105 de la LJCA cuando afirma lo siguiente: “1. No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo. 2. Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

La habilitación legal para declarar la imposibilidad de ejecutar una sentencia se considera escasamente explorada en la práctica jurisdiccional. Implica una específica habilitación al Juez o Tribunal que la puede ejercer de oficio, de forma amplia (“cuantas medidas resulten necesarias para la ejecución de la sentencia, aunque fuere de una forma diferente a la contemplada en el fallo”), y sin tener que recurrir, de forma irremisible y necesaria, al mecanismo expresamente previsto de la indemnización, que, si bien se observa, no cuenta con el carácter de obligatorio, por cuanto el legislador se cuida de establecer, tal posibilidad, “en su caso”.

Finalmente, destacar que el Tribunal Supremo en su jurisprudencia histórica, aplicando la Ley Jurisdiccional de 1956, ya apuntaba la necesidad de interpretar el tema de la imposibilidad de ejecutar las sentencias por estos supuestos de forma restrictiva, pues se estima que es un principio capital y esencial de todo el sistema judicial la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos en que se hacen constar en las mismas⁵.

Aquí nos interesa el caso concreto de los supuestos en los que la ejecución de las sentencias en sus propios términos puede resultar imposible debido a

⁴ SSTC 73/2000, de 14 de marzo, 312/2006, de 8 de noviembre, 285/2006, de 9 de octubre y 22/2009, de 26 de enero.

⁵ SSTs de 15 de julio de 2003, de 16 de abril de 2013 y 4 de junio de 2013.

una modificación sobrevenida de la normativa urbanística aplicable a la ejecución de que se trate o una alteración de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta⁶. Y es que pueden imponerse modificaciones obligatorias del planeamiento con las que tratar de compensar la anterior vulneración de las normas urbanísticas. Vamos a centrarnos en examinar un caso concreto que afecta a la ciudad de Madrid y a la aplicación de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (en adelante LSCM)⁷. Antes debemos advertir que el caso, debido a sus complicaciones intrínsecas, se ha desarrollado a lo largo de más de una década durante la cual se han generado pleitos de diversa índole. Estos litigios han culminado con la necesidad de plantearse, una vez más, el alcance o dimensión que hay que dar al tema de la ejecución de las sentencias judiciales en el ámbito urbanístico.

II. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

La problemática que aquí nos interesa se produce a raíz de la solicitud presentada el 17 de diciembre de 2009 por El Corte Inglés, S.A. ante el Ayuntamiento de Madrid para que estudiase la posibilidad urbanística de incrementar la superficie edificada en sus Centros Comerciales de Campo de las Naciones. En concreto dicha Modificación Puntual tenía por objeto la creación de un nuevo ámbito de actuación de suelo urbano no consolidado⁸, discontinuo de 42.194 m² cuadrados, que denominó Área de planeamiento específico (en adelante APE) 00.02, formado por cinco parcelas. Con ello se posibilitaba un incremento de la edificabilidad en las parcelas que se correspondía con tres edificios de “El Corte Inglés”, situados en la calle Serrano, n.º 47, Avenida de los Andes, n.º 50 y calle Retama, n.º 8. A la vez se obtenían, mediante cesión de redes públicas, dos parcelas, situadas en la calle

⁶ Sobre el Derecho urbanístico en general resulta de imprescindible consulta el clásico trabajo de FERNÁNDEZ, T. R., (2018). *Manual de derecho urbanístico*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. Sobre el tema de la ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico véase MARTÍN REBOLLO, Luis, (2013). “Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas (A propósito de la STC 92/2013, de 22 de abril)”. *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 28. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi, pp. 19-40; SORIANO GARCÍA, José Eugenio, (2020). “Solución extrajudicial de conflictos y ejecución de sentencias contencioso-administrativas. La mediación como remedio (asunto edificio Conde de Fenosa, La Coruña)”. *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 44. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi, pp. 163-175.

⁷ Sobre esta normativa autonómica se puede consultar la clásica obra de FERNÁNDEZ, Tomás Ramón y FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, (2004). *Derecho urbanístico de Madrid*. Madrid. Iustel. También son de interés los trabajos de PAREJO ALFONSO, Luciano (dir.), (2002). *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*. Barcelona. Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente. Marcial Pons; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), (2002). *Comentarios a la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid*. Valladolid. Lex Nova; VELASCO CABALLERO, Francisco, (2018). *Derecho Urbanístico en la Comunidad de Madrid*. Madrid. Instituto de Derecho local. Universidad Autónoma de Madrid.

⁸ Hay que advertir que el artículo 37.1, al regular las “determinaciones sobre la división del suelo”), dispone que “dentro de las áreas homogéneas se delimitarán los ámbitos de actuación en suelo urbano no consolidado que proceda, pudiendo constituir todo el área homogénea un único ámbito”.

Peyre y Avenida Gran Vía del Este, 25, que se destinaban a zonas verdes y equipamientos. De este modo, la conocida empresa pretendía equilibrar, en el conjunto de la ciudad, estos incrementos de edificabilidad con las nuevas redes públicas a que se refería la legislación del suelo de la Comunidad de Madrid en el ámbito de las parcelas del APR 04.01 y del proyecto de parcelación del AE 19.10 “Valderribas” ambas de El Corte Inglés, S.A. Así, el ámbito de actuación que se propuso, APE 00.02, sustituyó íntegramente las Áreas de planeamiento remitido 4.01 y 4.10 y modificó las Áreas de planeamiento incorporado (en adelante API) 2.12, 16.22 y el APE 19.10, al excluir de ellos las citadas parcelas afectadas por la modificación donde estaban ubicados los edificios cuya edificabilidad se incrementaba⁹. A esta nueva unidad de ejecución se aplicaba el régimen del suelo urbano no consolidado¹⁰.

De esta manera el citado ámbito se dividía en cinco porciones sobre las que se actuaba urbanísticamente de la siguiente manera: a) En la calle de Serrano, n.º 47, en un entorno de innegable prestigio comercial, se proponía un aumento de la edificabilidad de 6.500 metros cuadrados, incrementando el volumen existente. Había sido dictaminado por la Comisión Local de Patrimonio Histórico y la Dirección General de Patrimonio Histórico, al tratarse de un edificio catalogado con el número 14.362 del Catálogo de Establecimientos Comerciales y estar dentro de los varios ámbitos de orden superior de protección de patrimonio histórico¹¹; b) en la calle Peyre, a la vista del déficit dotacional del distrito correspondiente y de los problemas urbanísticos que tenía para el desarrollo del APR 04.01 de uso residencial, se planteó su modificación cambiando sus 5.544 metros cuadrados de edificabilidad residencial por zonas verdes y equipamientos de uso y dominio públicos. La edificabilidad patrimonializable en este ámbito era el 90 por 100, es decir, 4.989,6 metros cuadrados, que eran los que debían tenerse en cuenta en el cálculo del incremento de la edificabilidad media pormenorizada. c) en la Avenida Gran Vía del Este, n.º 25, ante las carencias de dotaciones públicas en el distrito correspondiente, se intervino sobre esta parcela vacante de edificación y calificada de usos terciario comercial y de oficinas, con una edificabilidad máxima de 10.524,73 metros cuadrados, cambiando su calificación para ser zonas verdes y dotaciones de uso y dominio públicos. d) En la calle de Retama, n.º 8, en la zona de Méndez Álvaro, donde se había producido un gran desarrollo terciario y residencial en torno a la Estación

⁹ Los API 2.12 y 16.22 y el APE 19.10 quedaban parcialmente afectados, al excluirse de ellos las parcelas correspondientes a las porciones 3, 4 y 5 del nuevo APE 00.02. En las Fichas de cada API se había incluido una observación sobre que la parcela afectada estaba sujeta a las condiciones señaladas en el APE 00.02 del que formaba parte.

¹⁰ Ver artículo 18 de la LSCM.

¹¹ APE 00.01 del Centro Histórico. “Recinto de la Villa de Madrid”, declarado BIC en la categoría de Conjunto Histórico en 1995. Dichos organismos habían informado favorablemente, estableciéndose prescripciones para evitar afecciones al conjunto urbano desde el punto de vista estético y compositivo, y teniendo en cuenta la ordenación volumétrica de la manzana en que se ubicaba el inmueble.

Sur, se propuso un incremento de edificabilidad de 7.500 metros cuadrados, sin incrementar el volumen existente, actuando mediante la transformación de determinados espacios interiores. e) en la avenida de los Andes, n.º 50, en el Distrito de Hortaleza, frente a los recintos feriales y al Campo de las Naciones, donde se había incrementado la actividad residencial, empresarial y turística, se propuso aumentar en 11.300 metros cuadrados la edificabilidad comercial existente, sin incrementar el volumen existente, actuando mediante la transformación de determinados espacios interiores¹².

En las parcelas de la calle Serrano, n.º 47, Avenida de los Andes, n.º 50 y calle de La Retama, n.º 8, la propuesta de Modificación consistió en incrementar la edificabilidad de los tres Centros Comerciales en 25.300 m². Dicho incremento se producía trasladando la edificabilidad de 15.514,35 m² del Área de Planeamiento Remitido 04.01 calle Peyre y de la parcela 15.1 del área de Planeamiento Específico 19.10 “Valderribas. Estas dos últimas parcelas se destinarían a constituir elementos de la red local de servicio y de equipamiento público de la ciudad. Es decir, junto con el incremento de 25.300 metros cuadrados de edificabilidad lucrativa comercial que se posibilitaba con la citada Modificación Puntual, se propuso, en relación con el artículo 16.1.a)¹³ del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley del Suelo¹⁴ y el artículo

¹² El edificio del APR 4.10, con un uso característico de terciario, poseía una edificabilidad máxima de 16.848 m². El edificio del API 2.12 “Estación Sur” estaba situado en una parcela calificada de uso terciario en su clase comercial con una edificabilidad máxima de 34.500 m². La parcela sita en el API 16.22 “Arroyo del Santo”, estaba calificada de Zona Comercial Especial con una edificabilidad máxima de 36.397 m². La parcela titularidad del Corte Inglés, S.A. ubicada en el APE 19.10 “Valderribas”, estaba libre de edificación. Su edificabilidad máxima ascendía a 10.524,73 m². El APR 4.01 correspondiente a la calle Peyre, que exigía un Estudio de Detalle, tenía previsto como uso característico el residencial, con una edificabilidad de 5.544 m² más la cesión de 350 m² para uso y dominio público. No se había aprobado Estudio de Detalle.

¹³ Artículo 16. Deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística. “1. Las actuaciones de transformación urbanística comportan, según su naturaleza y alcance, los siguientes deberes legales: a) Entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención. En las actuaciones de dotación, la entrega del suelo podrá ser sustituida por otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.

¹⁴ Por otro lado, hay que considerar en este caso que el artículo 16.1.b) 2.º párrafo, del Real Decreto Legislativo 2/2008, y el artículo 18.2.c) de la LSCM establecen la cesión del 10 % del incremento de la edificabilidad media ponderada de la actuación. Si bien el incremento de edificabilidad era de 25.300 metros cuadrados comerciales, había que ponderar las edificabilidades, la localización y los valores de repercusión, teniendo presente que había que deducir, una vez ponderada, la edificabilidad de la calle Peyre (residencial) y de la Avenida Gran Vía del Este n.º 25 (terciario comercial y de oficinas) al perder su carácter lucrativo. El cálculo se había realizado a metros cuadrados de uso residencial de vivienda libre (en lo sucesivo URVL). Según el cálculo realizado, el incremento de edificabilidad media ponderada, es decir, el aprovechamiento de referencia para la cesión del 10 por 100, era de 56.213,7 metros cuadrados URVL, por lo que el 10 por 100 era 5.621,37 metros cuadrados URVL.

36.6 de la LSCM¹⁵, la cesión de redes locales en la calle Peyre y en la Aveni-

¹⁵ Este precepto dispone lo siguiente: “6. El sistema de redes locales de un municipio se dimensionará respecto a cada ámbito de actuación o sector y/o unidad de ejecución atendiendo a las necesidades de la población prevista y de complementariedad respecto a las respectivas redes generales y supramunicipales. El planeamiento urbanístico podrá imponer condiciones de agrupación a las dotaciones locales de forma que se mejoren sus condiciones funcionales, sin que ello redunde en ningún caso en reducción de los estándares fijados en este artículo. En todo caso, en cada ámbito de suelo urbano no consolidado o sector y/o unidad de ejecución de suelo urbanizable no destinados a uso industrial, se cumplirán las siguientes condiciones mínimas: a) La superficie total en el ámbito o sector y/o unidad de ejecución de elementos de las redes locales de equipamientos y/o infraestructuras y/o servicios será de 30 metros cuadrados por cada 100 metros cuadrados construidos. b) Del total de la reserva resultante de cumplir el apartado anterior, al menos el 50 por 100 deberá destinarse a espacios libres públicos arbolados. c) Por cada 100 metros cuadrados edificables o fracción de cualquier uso deberá preverse, como mínimo, una plaza y media de aparcamiento, siempre en el interior de la parcela privada. La dotación mínima de plazas de aparcamiento deberá mantenerse aunque se modifique el uso. d) Los estándares del apartado anterior sobre reservas de aparcamiento no serán de aplicación en los siguientes supuestos: 1.º Cuando, por razones de congestión y densidad de los centros urbanos, el instrumento de planeamiento general establezca límites máximos a las plazas de aparcamiento privado o público para comercios, espectáculos y oficinas. 2.º Cuando, por las condiciones de accesibilidad o las dimensiones de las manzanas o parcelas existentes, las Ordenanzas municipales eximan de la obligatoriedad de plaza de garaje en el propio edificio; en tal supuesto, los requerimientos de aparcamiento deberán suplirse en otro lugar. Debe destacarse que por número uno del artículo 17 de Ley [COMUNIDAD DE MADRID] 6/2011, 28 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas («B.O.C.M.» 29 diciembre. Vigencia 1 de enero de 2012), se ha introducido la letra e) que dispone lo siguiente: “Los estándares de la anterior letra b) no serán de aplicación cuando se trate de vivienda que cuente con zonas verdes o espacios libres privadas al menos en la misma cuantía que la cesión a la que estaría obligada. En el caso de que no se alcanzara, se cederá hasta completarla”. En la exposición de motivos de esta Ley se explicó lo siguiente: “La modificación de los apartados 5 y 6 del artículo 36 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, tiene por finalidad permitir que cuando se desarrolle suelo se consiga un producto inmobiliario de mayor calidad y, a la vez, se atienda a las necesidades reales del Municipio. Ello se consigue mediante la reducción del estándar de metros cuadrados de cesión al Ayuntamiento en concepto de redes generales cuyo destino vendrá señalado en función de las necesidades de cada Municipio. Con respecto a las redes locales, aun cuando se mantiene el estándar de cesión de suelo fijado por la ley, se amplía el destino de las mismas permitiendo que puedan ser destinadas también a infraestructuras, lo que en la actualidad no se permite. El cumplimiento del deber de cesión de zonas verdes se flexibiliza también al permitirse que las zonas verdes privadas puedan computar como red local en cualquier caso, siempre que se trate de uso residencial. Para ello se amplía el ámbito de aplicación del artículo 36.6.e), que en la actualidad sólo se recoge para la vivienda protegida de tipología aislada unifamiliar. No obstante, la aplicación indiscriminada de la exigencia de cesiones para todo tipo de usos, adolece de un cierto desajuste, puesto que si nadie niega la necesidad de zonas verdes y equipamientos en las zonas residenciales, terciarias de ocio y hasta terciarias de oficinas, no tienen objeto en aquellas promociones de suelo puramente industrial. Por tanto, se contempla la exclusión de la obligación de cesión de suelo para redes locales y generales cuando se desarrolle suelo industrial, como medida incentivadora para mejorar e incrementar la promoción de la actividad económica. Con estas medidas se permite aunar las necesidades municipales y se dan los cauces para que se ponga en el mercado una edificación más esponjada al haberse liberado más suelo lucrativo”. Finalmente, hay que advertir que por el artículo 22 de Ley [COMUNIDAD DE MADRID] 6/2013, 23 diciem-

da Gran Vía del Este, n.º 25, donde se obtenían 7.762 metros cuadrados de suelo. Esta cifra era superior a los 7.590 metros cuadrados que resultaría del mínimo establecido por el estándar de 30 metros cuadrados de suelo por cada 100 metros cuadrados construidos. Al realizar este cambio de calificación se conseguía, no solo superficie de dotaciones públicas, sino también disminuir la edificabilidad de la zona, por lo que se mejoraba la proporción entre dotaciones y edificabilidad.

Dicha iniciativa fue aceptada por el Director General de Planeamiento, estableciendo el valor de repercusión de las cinco parcelas e instando el análisis urbanístico sobre déficit de equipamientos y deportivos públicos del distrito afectado. Tras obtenerse los pertinentes informes favorables sobre la Modificación Puntual solicitada, el 27 de mayo de 2010 la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid aprobó inicialmente dicha Modificación sometiendo el expediente al trámite de información pública. Así se dictó el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 19 de enero de 2012 sobre la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana (en adelante PGOU) de Madrid de 1997, con el fin de crear un nuevo ámbito de actuación de suelo urbano no consolidado discontinuo en el ámbito de varias parcelas del Área de Planeamiento Remitido 04.01 y una parcela del área de Planeamiento Específico 19.10 “Valderribas”. Poco tiempo después se aprobó el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid (en adelante CAM), el 11 de septiembre de 2012, por el cual El Corte Inglés, S.A. y el Ayuntamiento de Madrid suscribieron un Convenio Urbanístico para la ejecución de la citada Modificación Puntual.

Contra esto se promovió por un particular recurso contencioso-administrativo cuyo desenlace pasamos a analizar en las líneas siguientes.

Toda la problemática judicial arranca con la Sentencia de 21 de junio de 2013¹⁶ donde el TSJ tuvo que analizar una demanda que solicitaba que se declarase la nulidad de pleno derecho de la Modificación arriba explicada.

bre, de Medidas Fiscales y Administrativas («B.O.C.M.» 30 diciembre). Vigencia: 1 enero 2014], se introdujo una letra f) donde se prevé lo siguiente: “En suelo urbano, el deber de cesión de suelo recogido en la letra a) podrá satisfacerse mediante el pago de su equivalente en dinero, cuando dentro del ámbito de actuación no se disponga de la superficie necesaria para ello. Dicho deber se cumplirá en el momento del otorgamiento de la licencia de obra y, en su caso, licencia de actividad. Las medidas compensatorias recogidas en el artículo 67.2 podrán ser materializadas según lo expuesto en el párrafo anterior”. Esta Ley 6/2013 contaba con una Disposición transitoria segunda, sobre “Régimen transitorio aplicable a la monetización de redes locales en suelo urbano en expedientes en tramitación”, en donde se precisaba lo siguiente: “Lo dispuesto en el artículo 36.6 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid será de aplicación a los expedientes de planeamiento que a la entrada en vigor de la presente ley no estuvieran aprobados definitivamente, cualesquiera que sean las previsiones del plan general al respecto, y sin necesidad de modificar éste”.

¹⁶ Sentencia de 21 de junio de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª Recurso Núm: 681/2012. Ponente: Francisco Javier Canabal Conejos.

El caso en definitiva supone volver sobre el clásico tema de la potestad de planeamiento. A este respecto el propio TSJ madrileño recuerda “que la potestad planificadora de la Administración tiene cobertura constitucional en el artículo 33 CE (que habla de la función social de la propiedad) y en el artículo 45 CE (referido al medio ambiente, la calidad de vida y la utilización racional de los recursos); y en el ámbito del planeamiento urbanístico, en función de las necesidades de desarrollo social y económico, la Administración ostenta la facultad de modificar o revisar dicho planeamiento, para adecuarlo a las nuevas circunstancias, lo que constituye el llamado “ius variandi” de la Administración. Este “ius variandi” viene definido como una potestad no fundamentada en criterios subjetivos, ejercitable en cualquier momento, como remedio establecido en la ley para que la Administración, objetivando alteraciones reales, realice las modificaciones que impongan las nuevas necesidades urbanísticas creadas por la dinámica social en el transcurso del tiempo”¹⁷. Tras abordar la posible existencia de una desviación de poder¹⁸ y

¹⁷ Y añade: “como afirma la STS de 3 de enero de 1996, la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público justifican plenamente el ius variandi, lo que implica un amplio margen de discrecionalidad acotada por la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Entre los principios operativos a través de los cuales se actualiza aquella potestad, uno de ellos es el del interés general. El interés general exige la racionalidad de las nuevas decisiones urbanísticas, la correcta valoración de las situaciones fácticas, la coherencia de la utilización del suelo con las necesidades objetivas de la comunidad, la adecuada ordenación territorial y el correcto ajuste a las finalidades perseguidas, y como afirman las SSTs de 3 de enero y de 26 de marzo de 1996, el control jurisdiccional de las facultades discrecionales de la Administración debe encaminarse a examinar “la existencia de un desacomodamiento a lo legal o reglamentariamente dispuesto, una desviación de poder o una arbitrariedad o irracionalidad en la solución propuesta por el plan, ya que en lo demás goza de una entera libertad para elegir la forma en que el territorio ha de quedar ordenado, motivo por el que se impone para desechar ésta la presencia de una argumentación o prueba que demuestre la concurrencia de los supuestos de excepción”. También destaca que el artículo 5.4 a) de la LSCM establece que los sujetos privados participan en el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico mediante la formulación de iniciativas y propuestas, incluso en forma de proyectos de instrumentos de planeamiento, en los casos en que así esté expresamente previsto en la presente Ley.

¹⁸ Alegó el recurrente la existencia de desviación de poder en el ejercicio del “ius variandi” ya que, entendía que la Modificación perseguía dar eficacia a un Convenio ilegal. Las codemandadas negaron la existencia de dicha desviación de poder en cuanto el Ayuntamiento ejerció su competencia en materia de ordenación y su actuación no era irracional o ilegal. El TSJ trajo a colación la jurisprudencia de TS (Ver SSTs de 24 de junio de 2000, recurso de casación 2233/95, y de 21 de febrero de 2011, recurso de casación 2166/2009) donde se destaca que “la finalidad de un convenio de planeamiento es pues, precisamente, la de lograr una modificación futura de la ordenación urbanística existente. El resultado final que contemplan suele mostrar, por ello, una contradicción material con las normas de planeamiento vigentes en el momento en que se suscriben, ya que los mismos se fundamentan en la indudable potestad (“potestas variandi”) que ostenta la entidad local para iniciar discrecionalmente la modificación o, en su caso, revisión del planeamiento con vistas a adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público. Es claro, no obstante, que la modificación debe ir encaminada a la satisfacción de dicho interés, con el control de los Tribunales de este orden jurisdiccional y debe respetar, además, el procedimiento establecido en cada caso para la modificación de la normativa de planeamiento de que se trate (art. 45 y ss. del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y 154 y siguientes del Reglamento de Planeamiento)”. Sobre la base de estas consideraciones el Tribunal madrileño llegó a las siguientes conclusiones: 1.º No cabía la impugnación indirecta del Convenio urbanístico al que

exponer su temática general¹⁹, el Tribunal de Madrid se va a centrar en varias cuestiones de la LSCM. Adelantemos que el TSJ concluirá que la Modificación no previó la dotación mínima de aparcamiento que establece el artículo 36.6 c) LSCM. Tampoco se había justificado la idoneidad de la creación de un Área Homogénea, al no acreditarse, como exige el artículo 42.1 c) LSCM, la idoneidad de la división del suelo y discontinuidad propuesta, ni se había motivado con un estudio técnico en qué medida la creación del Área contribuía a solventar el déficit dotacional del distrito en el que se preveía la actuación urbanística controvertida, de carácter marcadamente comercial. En consecuencia, se estimó el recurso y se declaró la nulidad de pleno derecho de la modificación, en aplicación del artículo 62.2 de la entonces vigente Ley 30/1992.

La Sentencia del TSJ fue objeto de un recurso de casación ante el Supremo²⁰ tanto por la parte recurrente en la instancia como por las recurridas Comunidad Autónoma de Madrid, Ayuntamiento de Madrid y la entidad “El Corte Inglés”. El recurso se ciñó, por una parte, a la infracción de los artículos 14.1.b), 16.1.b)²¹ y de la disposición transitoria segunda del Texto

se refería el recurrente en su demanda debiendo tenerse en cuenta que ni siquiera el mismo aparecía ratificado por el Ayuntamiento y ello debido a razones temporales ya que sus trámites se iniciaron con posterioridad a la aprobación definitiva de la Modificación. 2.º- Era posible, dentro de la legislación autonómica madrileña, que un particular promueva ante el Ayuntamiento el ejercicio de la potestad planificadora lo que no debía ser confundido con el material ejercicio de la potestad que, en este caso, se realiza conforme determina el artículo 57 de la LSCM. 3.º- La desviación de poder no podía sustentarse en una mera comparativa entre la propuesta y la Modificación operada. Resultaba necesario analizar el ámbito de ambas y posteriormente trasladar el análisis al estudio del interés general sobre el que recaía la Modificación lo que no se hacía en la demanda que se centraba únicamente en la delimitación de la concurrencia entre ambas figuras sin investigar si la Modificación era contraria a dicho interés lo que, a todas luces, no constituía prueba indubitada de la existencia de desviación de poder.

¹⁹ Así señala que su “reprobación alcanza rango constitucional (art. 106.1 en relación con el art. 103 de la Constitución) y que aparece definido en los artículos 70 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa y 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, requiere, para poder ser apreciado, que quien lo aduzca concrete y acredite los hechos en que basa su alegato, sin que pueda este sustentarse en meras opiniones subjetivas ni en suspicacias interpretativas (STS de 1 de diciembre de 2012). Dicho vicio se define como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico, siendo presupuesto indispensable para que se dé que el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca, pero sin responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, dirigida a la promoción del interés público e ineludibles principios de igualdad. La prueba que requiere la desviación de poder es una prueba rigurosa y requiere que se objetive por la prueba practicada y aportada por el recurrente el ejercicio desviado de potestades administrativas (Ver SSTs de 17 de marzo 1997 y 7 de noviembre de 2011).

²⁰ STS de 1 de julio de 2015. Recurso Núm.: 2645 / 2013. Ponente.: Mariano de Oro Pulido y López.

²¹ Artículo 16. Deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística. “1. Las actuaciones de transformación urbanística comportan, según su naturaleza y alcance, los siguientes deberes legales: ... b) Entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística. En las actuaciones de dotación, este porcentaje se entenderá referido al incremento de la edificabilidad media ponderada atribuida a los terrenos incluidos

Refundido de la Ley del Suelo de 2008, y de otra, infracción de los artículos 2²² y 3.3²³ del mismo texto legal por cuanto el razonamiento de la sentencia supuso una injerencia injustificada e inaceptable en la potestad de planeamiento de la Administración, que las citadas Administraciones recurrentes conectaban con la jurisprudencia del Supremo en el sentido de que la Memoria constituye la motivación del Plan. El Alto Tribunal compartió la tesis del Tribunal madrileño ya que, si toda modificación de un Plan requería justificación, ésta debía ser máxima en un supuesto, como el presente, de creación de un ámbito discontinuo, en el que la edificabilidad se atribuía a unas parcelas, con los consiguientes inconvenientes para los vecinos del sector, pero las dotaciones derivadas de ese aumento de edificabilidad se situaban en otras parcelas. Para el Supremo la decisión cuestionada no podía estar amparada sin más por la genérica potestad del planificador de modificar el planeamiento anterior —*ius variandi*—. Así, explicaba que, si la naturaleza normativa de los Planes y su profunda discrecionalidad requería

en la actuación. Con carácter general, el porcentaje a que se refieren los párrafos anteriores no podrá ser inferior al 5 por ciento ni superior al 15 por ciento. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, hasta alcanzar un máximo del 20 por ciento en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega del suelo por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra b) del apartado primero del artículo 10”.

²² Artículo 2. Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible. “1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes. 2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo a la prevención y reducción de la contaminación, y procurando en particular: a) La eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje. b) La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística. c) Un medio urbano en el que la ocupación del suelo sea eficiente, que esté suficientemente dotado por las infraestructuras y los servicios que le son propios y en el que los usos se combinen de forma funcional y se implanten efectivamente, cuando cumplan una función social. La persecución de estos fines se adaptará a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística. 3. Los poderes públicos promoverán las condiciones para que los derechos y deberes de los ciudadanos establecidos en los artículos siguientes sean reales y efectivos, adoptando las medidas de ordenación territorial y urbanística que procedan para asegurar un resultado equilibrado, favoreciendo o conteniendo, según proceda, los procesos de ocupación y transformación del suelo. El suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia”.

²³ Artículo 3. Ordenación del territorio y ordenación urbanística... “3. La gestión pública urbanística y de las políticas de suelo fomentará la participación privada”.

como elemento interpretativo esencial su justificación a través de la Memoria del Plan, esta exigencia de motivación tenía que ser máxima en aquellos supuestos en los que, como sucedía en este caso, se actuaba en un ámbito discontinuo en el que el incremento de las dotaciones no se correspondían territorialmente con la mayor edificabilidad que las determina. Y añadía el TS: “En el anterior contexto, y no en el que la sentencia establezca una nueva documentación, debe situarse la referencia que en ella se contiene a la exigencia de un “estudio técnico” en la Memoria que “determine el alcance de esas necesidades comerciales que acucian a los antiguos ámbitos en los que se ubican los tres Centros Comerciales ya existentes”. Asimismo, añade dicha resolución, “tampoco se establece que con la creación del área se haya solventado el problema que se abatía sobre la calle Peyre y no se entiende cómo el déficit dotacional de los distritos de Salamanca y [Vicálvaro] se soluciona con las dotaciones previstas, de hecho ese déficit no se compadece con estudio alguno”. La necesidad exigida en la sentencia de justificar la idoneidad de la discontinuidad del ámbito de actuación establecida en la Modificación Puntual litigiosa aparece razonable y fundada, pues la conclusión a la que llega la Sala de instancia se asienta en el análisis del contenido de la Memoria y en el resto de las circunstancias que en aquella se recogen”.

III. ANULACIÓN DE LAS LICENCIAS Y NECESIDAD DE DEMOLER

La complicación del caso no quedó reducida al tema de la modificación del planeamiento. El Ayuntamiento de Madrid, en lógica coherencia con su política con respecto a esa Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 en el ámbito de las parcelas de la calle Serrano, n.º 47, Avenida de Los Andes, n.º 50, Calle Retama, n.º 8, Área de Planeamiento Remitido 04.01 calle «Peyre» y parcela 15.1 D del Área de Planeamiento Específico 19.10 “Valderribas”, dictó dos resoluciones por las que se concedió a HIPERCOR, S.A., licencias urbanísticas de obras de nueva edificación de ampliación para la finca sita en la Avenida de los Andes, n.º 50 de Madrid (licencia de 4 de junio de 2013) y para el Centro Comercial en la finca calle Retama, n.º 8 de Madrid (licencia de 6 de junio de 2013). Contra estas licencias se interpuso por un particular recurso de reposición el 4 de julio de 2013 que no obtuvieron respuesta. Contra este silencio administrativo de la Dirección General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid, que confirmaba las licencias, el interesado instó ya en vía judicial la anulación de dicho silencio, así como de las citadas licencias urbanísticas. Tiempo después, por Sentencia de 6 de junio de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 29 de Madrid, en el procedimiento ordinario n.º 62/2014, se estimó íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por no ser conformes a Derecho, quedando consecuentemente sin efecto alguno dichas

licencias y ordenándose al Ayuntamiento de Madrid y a HIPERCOR S.A. la demolición de lo construido al amparo de las mismas. El Juzgado fundamentó la nulidad de las resoluciones impugnadas en la nulidad de la citada Modificación Puntual, declarada en la citada Sentencia de 21 de junio de 2013, recaída en autos de Procedimiento Ordinario n.º 681/2012 (confirmada como acabamos de ver por el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de julio de 2015), en aplicación de los artículos 72 y 73 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esta Sentencia fue apelada por HIPERCOR S.A., mostrando su disconformidad con su contenido, solicitando su revocación, pero fue confirmada por Sentencia del TSJ de Madrid de 20 de Septiembre de 2017²⁴. La conocida empresa basó su recurso en los siguientes argumentos:

1.º La Sentencia del Juzgado incurría en dos tipos de incongruencia con las pretensiones de las partes:

- a) por exceso, al referir que la parte recurrente únicamente había instado la demolición de las obras ejecutadas al amparo de la licencia en el edificio sito en la calle Retama, n.º 8 y no de las obras ejecutadas al amparo de la licencia referida al edificio sito en la Avenida de los Andes, n.º 50. De ello deducía que el fallo se extralimitaba de las pretensiones de las partes ya que la Sentencia habría ordenado la demolición de las obras ejecutadas al amparo de la licencia referida al edificio sito en la Avenida de los Andes, n.º 50 sin que hubiese mediado petición en tal sentido por la parte recurrente. El Tribunal madrileño descartó dicha alegación de incongruencia. Para el TSJ resultaba evidente su rechazo si se tenía en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la consecuencia jurídica de la declaración de nulidad de una licencia de obra es la demolición de lo edificado o construido a su amparo, que habrá de acordarse en ejecución de sentencia con independencia de que se hubiese solicitado en la demandada y acordado en el fallo²⁵. Por tanto, nada había que objetar al Juzgador de la instancia cuando decretaba la demolición de lo edificado al amparo de las licencias urbanísticas impugnadas, vulneradoras del ordenamiento jurídico.
- b) por defecto, por cuanto que el fallo omitía pronunciarse sobre la legalidad de la determinación mínima sobre reservas de aparcamiento

²⁴ Sentencia del TSJ de Madrid, Sección 2.ª, de 20 de septiembre de 2017, recurso de apelación n.º 922/2016, Ponente: José Daniel Sanz Heredero. Devino firme tras haberse inadmitido el recurso de casación interpuesto contra la misma por providencia de la Sección 1ª de la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 2018, dictada en el recurso de casación n.º 6523/2017.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2013, Recurso núm. 645/2012.

concretada en las respectivas licencias y la legalidad de las determinaciones mínimas sobre zonificación y división del suelo y la idoneidad de la división de éste en áreas homogéneas y discontinuidad propuesta, a las que expresamente aludió el Ayuntamiento de Madrid en su escrito de contestación a la demanda; alegaciones a las que se adhirió la codemandada en su escrito de contestación a la demanda. Aquí el TSJ advirtió que la parte apelante no tenía en cuenta la concreta causa de nulidad de las licencias urbanísticas impugnadas apreciada por el Juzgador, que no era otra que la previa declaración de nulidad en sentencia judicial firme del planeamiento que las daba cobertura. Por consiguiente, desde dicha perspectiva resultaba innecesario el examen de las expresadas alegaciones, que no pretensiones, formuladas por el Ayuntamiento de Madrid (alegaciones que se sustentaban mediante la mera reproducción literal de los motivos de impugnación que sustentaban el recurso de casación por dicha representación deducido contra la Sentencia dictada por la Sección 1.^a del TSJ), a las que se había adherido la mercantil apelante. Esto era, en definitiva, el acogimiento de la concreta causa de nulidad de las licencias urbanísticas impugnadas (falta de cobertura normativa) que eximía al Juzgador de la instancia de examinar tales alegaciones.

2.º Falta de proporcionalidad de la Sentencia con el fin perseguido (cumplimiento de la legalidad vigente). Explicó el TSJ que estableciendo el ordenamiento jurídico la demolición de toda obra o construcción no amparada por licencia urbanística válida, no cabía tildar de desproporcionada la Sentencia que acordaba la demolición de lo ilegalmente construido o edificado. En el ámbito del restablecimiento de la legalidad urbanística no existía la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos: la consecuencia jurídica de la realización de una obra o construcción que no se acomoda al ordenamiento urbanístico es su demolición como remedio al restablecimiento de la legalidad vulnerada, por lo que no cabía hablar aquí de principio de proporcionalidad, debiendo recordarse que no estábamos ante un procedimiento de naturaleza sancionadora. Entendía el TSJ que todo ello sin perjuicio, por supuesto, de la eventual concurrencia de causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, cuyo reconocimiento por el Juzgado ejecutante debía acomodarse a lo establecido en el artículo 105.2 de la LJCA²⁶. Tema éste que, como veremos inmediatamente,

²⁶ El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a, en su Sentencia de 2 de octubre de 2002 manifestó lo siguiente: “...Por último, queda por examinar las infracciones (alegadas por los dos recurrentes como motivos segundo de sus respectivos recursos) al principio de proporcionalidad, que se considera infringido por la sentencia al ordenar el derribo de lo construido. No cabe olvidar que, como ya dijimos en Sentencia de 28 de abril de 2000, remitiéndonos a otras de esta Sección de 3 diciembre de 1991 (que recogen la doctrina de otra anterior de 16 mayo 1990) el principio de proporcionalidad “opera en dos tipos de supuestos: a) con carácter ordinario, en aquellos

acabó planteándose al final de este largo recorrido judicial que realizó la conocida empresa.

3.º Las competencias de planeamiento y disciplina urbanística competían exclusivamente al Ayuntamiento de Madrid, por lo que el Juzgador de la instancia se extralimitó en sus competencias al pronunciarse sobre cuál debía ser el destino de lo construido. El fallo consistente en anular las licencias impugnadas debería haber llevado aparejada una orden dirigida al Ayuntamiento de Madrid instando a que, previa tramitación de los expedientes administrativos correspondientes, se restaurase la legalidad urbanística y no instando el derribo de lo construido como, en este caso, disponía el Juzgador. El TSJ también rechazó este argumento remitiéndose a la doctrina jurisprudencial según la cual la consecuencia jurídica de la declaración de nulidad de una licencia de obra es la demolición de lo edificado o construido a su amparo, que habría de acordarse en ejecución de sentencia con independencia de que se hubiese solicitado en la demandada y acordado en el fallo.

IV. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

4.1. Introducción

Ante la confirmación de la necesidad de demoler lo construido, el Corte Inglés, S.A solicitó la inexecución de la sentencia que acordó anular la licencia de obras de nueva edificación por ampliación de la finca sita en la Avenida de los Andes, n.º 50 de Madrid, así como la licencia urbanística de ampliación del Centro Comercial de la calle Retama n.º 8 de Madrid por anulación de la Modificación Puntual del PGOU de 1997 en el ámbito de las parcelas de las mencionadas vías.

Esta solicitud fue rechazada por Auto de fecha 13 de diciembre de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 29 de Madrid²⁷ por inexistencia de causa que la justificase. Por ello se recordó al Ayuntamiento de Madrid que en el plazo de quince días debía requerir a El Corte Inglés a su vez para que demoliese las obras ilegales ejecutadas al amparo de las licencias anuladas en el plazo que al efecto se le señalase y para que informase al

casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables; y b) ya con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado. En los casos de actuación en que, como la que se enjuicia, contradicen el planeamiento urbanístico, la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos (así se declara, por ejemplo, en los mismos casos resueltos en las SSTs de 16 de mayo de 1990 y de 3 de Diciembre de 1991) por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad”.

²⁷ Ver pieza de ejecución de Títulos Judiciales del procedimiento ordinario n.º 62/2014.

Juzgado sobre las actuaciones que se fuesen realizando en lo sucesivo para la íntegra ejecución de la sentencia. Dicho auto fue Impugnado por El Corte Inglés, S.A.

El particular afectado se opuso al recurso de apelación señalando que la causa de nulidad de las referidas resoluciones y licencias, no era como pretendía El Corte Inglés, S.A., un mero defecto formal, sino la absoluta falta de cobertura normativa que permitiese autorizar las obras pretendidas, al haber sido anulado previamente con carácter firme el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de fecha 19 de enero de 2012, por el que se aprobó definitivamente la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, en el que se pretendía sustentar el incremento de edificabilidad de las parcelas afectadas. El particular indicó que la empresa ejecutó las obras a sabiendas de la previa nulidad del planeamiento, ignorando la eficacia de la Sentencia n.º 973/2013 de fecha 21 de junio de 2013, que hemos examinado arriba. Añadió que el criterio seguido por el Juzgado, no solo se ajustaba a la doctrina consolidada del TS, que analizaba las diversas causas en las que podía fundamentarse la exclusión de la ejecución, que el propio Auto citaba, sino que se encontraba suficientemente motivado de forma clara y concisa, con relación a las causas que se invocaban de contrario y negaba la infracción del artículo 105 de la LJCA.

El TSJ de Madrid vuelve a pronunciarse en esta ocasión en un reciente fallo de 2022²⁸. Vamos a examinar a continuación las alegaciones sobre la posible existencia de causas de imposibilidad legal y material de ejecución de la Sentencia.

4.2. La inexistencia de la causa de imposibilidad legal de ejecución

En el primer motivo se hace una alusión específica al supuesto de imposibilidad legal de cumplimiento del fallo de la Sentencia. El Corte Inglés, S.A., indicó que una de las causas en las que fundó la imposibilidad de ejecución de la Sentencia fue que actualmente se encontraba en tramitación una modificación puntal de PGOU de Madrid que afectaba

²⁸ Ver Sentencia de 30 de junio de 2022, del TSJ de Madrid, Recurso n.º 236/2022. Ponente: Francisco Javier Canabal Conejos. También se alegó en este caso infracción de los artículos 24 y 120.3 CE y 248 de la LOPJ, por falta de motivación adecuada y suficiente. Tras recordar la doctrina jurisprudencial sobre este tema, el TSJ precisó lo siguiente: “lo cierto es que el Auto impugnado fija los hechos que reputa acreditados y aborda el examen o análisis de las cuestiones fácticas y jurídicas suscitadas en la instancia, exteriorizando los motivos por los que no reputa procedente estimar la pretensión de inejecución entablada en la instancia ni prosperables los distintos motivos de impugnación vertidos en el escrito de solicitud y habiendo podido tener, consecuentemente con todo ello, la apelante pleno conocimiento de las razones de hecho y de derecho fundamentadoras del pronunciamiento desestimatorio que combate en esta segunda instancia”.

a las parcelas y edificaciones sobre las que recaían la orden de demolición, sin que en el Auto se hubiese realizado un análisis de las circunstancias concurrentes. Señaló que se acreditó que el Ayuntamiento de Madrid estaba tramitando sendos proyectos de modificación puntual del PGOU que incluían entre sus determinaciones una que afectaba a la consolidación de la situación presente puesto que, desde una perspectiva de legalidad material, las determinaciones que se contenían en el PGOU de Madrid y que fueron objeto de anulación no eran incompatibles con el Planeamiento ni con la ordenación legal del uso del suelo en la Comunidad de Madrid. Indicó que las modificaciones del PGOU instadas y tramitadas por el ente local, respondían a una nueva configuración urbanística que no trataba de “eludir el cumplimiento” de lo ordenado en la referida Sentencia sino de mirar hacia delante y hacer ciudad, mejorando las deficiencias existentes en dichos ámbitos. Por tanto, las obras amparadas en las licencias a las que se hacía referencia en el presente incidente eran susceptibles de legalización con esta modificación, lo que nos conduciría a un escenario paradójico en el que una ejecución forzosa permitiría su derribo y posterior realización, escenario que debería evitarse a la vista de los perjuicios generales que causaría la ejecución. Dichos perjuicios fueron alegados al referirse a la imposibilidad material, tema que pasamos a analizar en el punto siguiente.

En el Auto impugnado se estableció que la situación establecida por la Sentencia no se había modificado pese a la citada petición de El Corte Inglés, S.A de modificación puntual del planeamiento urbanístico. Esto obligaba al juzgador a concluir que no se daba ninguna circunstancia de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia. Citaba para un caso igual la STS Sección 5.^a, de 4 de junio de 2008 (casación 891/2006), donde se anularon los autos que declararon la concurrencia de causa de imposibilidad legal para la ejecución de una sentencia, con base en la motivación de encontrarse un posterior planeamiento en tramitación.

Ciertamente el problema relativo a si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia declaró nulo, ha sido tratado en múltiples ocasiones por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia²⁹. En este caso, la conclusión evidente a la que llega el Alto Tribunal es que una modificación no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor dicho, con la intención de que ésta no se ejecute. No es menos evidente, como el mismo Tribunal reconoce, que el examen de las circunstancias concretas en cada caso justifica una diversidad de decisiones que van desde la afirmación de que la modificación del planeamiento es causa de inejecución de las

²⁹ STS de 27 de octubre de 2004 (Rec. 3209/2002).

sentencias³⁰ hasta la conclusión contraria³¹. Para el Supremo no se puede llegar a la conclusión automática de que una modificación del planeamiento produce una legalización “ex post facto” de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo, aunque no lo fueran con el anterior. Por ello advierte que, *cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución*. Además recuerda que *“el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparado por una nueva ordenación, si estimare éste ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración”*³².

El TSJ³³ va a zanjar esta cuestión aclarando que “la mercantil apelante confunde esa voluntad de tramitación de sus iniciativas con la ejecución de un desarrollo que aún no ha sido planificado y lo que no puede pretender es que sea el Juzgador de instancia o esta Sala, en apelación, quien sustituya esa voluntad planificadora determinando a priori si su iniciativa es legal y si se puede corresponder con una futura voluntad del Consistorio. Por lo tanto, el análisis de las Memorias de sus propuestas no configuran el supuesto

³⁰ Autos de 3 de mayo de 1989 y 22 de febrero de 1994 y Sentencia de 12 de septiembre de 1995.

³¹ Autos de 5 de abril de 1988 y de 16 de julio de 1991 y Sentencia de 23 de julio de 1998.

³² SSTs de 5 de abril de 2001 (casación n.º 3655/96), de 5 de junio de 2007 y de 4 de junio de 2013. En esta última el TS señaló que *... la aprobación de un nuevo planeamiento urbanístico no es por sí sola razón para tener por legalizada una obra ejecutada en contra del ordenamiento vigente al tiempo de su construcción, ni el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 105 de la Ley Jurisdiccional tiene por objeto declarar legalizada la obra en cuestión sino controlar si resulta ajustada a derecho la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, que la Administración obligada a ello considera que concurre, de modo que, en el supuesto de que no sea dicho órgano obligado al cumplimiento de la sentencia el que promueva el incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, el interesado en la declaración de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia debe acreditar ante el Juez o Tribunal competente para ejecutarla que la Administración, sobre la que pesa el deber de ejecutar la sentencia, ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de tal imposibilidad, bien por ser procedente la legalización de la obra bien por resultar materialmente imposible ejecutarla, pues, de lo contrario, la sentencia tendrá que ejecutarse en sus propios términos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución, 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 103 a 105 de la Ley Jurisdiccional*.

³³ El Tribunal madrileño apuntó que la referencia lo es a la tramitación por parte del Ayuntamiento de Madrid de una modificación puntual del Plan General en el ámbito “Campos de las Naciones-Avda. de los Andes 25” y del inicio de los trámites para la modificación puntual del Plan General en el ámbito “Méndez Álvaro-Retama 8”. A tales efectos con su escrito de solicitud aportó: a.- un escrito de 23 de enero de 2019 del Director General de Planeamiento y Gestión Urbanística en el que se indica que “viene a disponer el inicio de las actuaciones pertinentes para la tramitación, en su caso, de una Modificación del PGOUM en el ámbito “Campo de las Naciones”- Avda. de los Andes, 25”. b.- Presentación de propuesta de inicio de tramitación de Modificación Puntual del Plan General en el ámbito “Méndez Álvaro-Retama 8”. c.- Acuerdo de 25 de noviembre de 2020, dictado por Director General de Planeamiento del Ayuntamiento de Madrid, de inicio de la Modificación Puntual del PGOUM en la parcela situada en la calle Retama n.º 8 incluida en el API 02.12 “Estación Sur”, Distrito de Arganzuela. d.- Propuesta de Modificación del API 02.12 “Estación Sur”, Distrito de Arganzuela.

de excepción de la inexecución del fallo que se plantea en el motivo de la apelación”³⁴.

4.3. La inexistencia de la causa de imposibilidad material de ejecución

El Corte Inglés, S.A., llama la atención sobre el hecho de que el riesgo físico de la demolición de lo construido y de pérdida de superficie comercial ocasionará el cierre temporal de los establecimientos, lo cual afectaría de manera significativa en concreto:

1.º a los trabajadores propios y ajenos de los dos Centros Comerciales que se verían perjudicados en sus condiciones de empleo;

2.º a los contratos de uso o de arrendamiento en dichos inmuebles y de servicios de un conjunto de contratistas que operaban con sus stands en los respectivos inmuebles objeto, en su caso, de la demolición. Razonablemente no iban a poder ser recolocados porque su contratación estaba directamente vinculada al propio stand. Afectaba, igualmente, a las relaciones comerciales con los titulares de esos derechos de uso y con los proveedores y servicios comunes que se dimensionaban en función de los mismos y del número de demandantes;

3.º a la propia ordenación y estructuración de la forma de venta en los dos edificios afectados y a su actividad general;

4.º al interés público como consecuencia de la ineludible resolución del Convenio Urbanístico suscrito con ocasión de la aprobación definitiva de la Modificación Puntual del PGOU en el ámbito APE 00.02 por el Acuerdo

³⁴ Y añade: “Los planes generales, y con ello sus Modificaciones, son necesariamente de iniciativa de las Administraciones Públicas (art. 56 de la LSCM) y no cabe que se promuevan por los particulares, estos no pueden ser considerados interesados “*strictu sensu*” aun cuando formulen propuestas que puedan ser asumidas por la Administración. A tenor del artículo 57 de dicha ley, la potestad de aprobación de los planes generales corresponde inicial y provisionalmente al ayuntamiento demandado, el cual, en un caso como el presente, en el que se le insta por un particular a modificar un instrumento de planeamiento, tiene la facultad (en el marco del *ius variandi* que caracteriza el ejercicio de la potestad de planeamiento) de admitir o no la citada pretensión, pues esa potestad de carácter discrecional le viene atribuida legalmente al mismo. Como recuerdan las SSTs de 4 de diciembre de 2014 (casación 1527/2012) y 29 de marzo de 2016 (casación 3190/2014) dicha Sala del Tribunal Supremo “ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias —sirvan de muestra las SSTs de 9 de marzo de 2011 (RC 3037/2008), 14 de febrero de 2007 (RC 5245/2003) y 28 de diciembre de 2005 (casación 6207/2002)— que la potestad para revisar o modificar el planeamiento es discrecional (*ius variandi*), de modo que, dentro de los márgenes establecidos en la normativa aplicable, el planificador urbanístico dispone de libertad para escoger, entre las distintas alternativas posibles, la que considere más conveniente para la mejor satisfacción del interés público. Libertad de criterio —no condicionada por derechos adquiridos, ni por compromisos convencionales anteriores de la Administración—, que no puede ser sustituida, en su núcleo de oportunidad, por la distinta opinión o voluntad de los particulares, ni por la decisión de los órganos jurisdiccionales (art. 71.2 de la LRJCA)”.

del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 19 de enero de 2012, posteriormente anulada y a cuyo amparo se dictaron las licencias posteriormente declaradas nulas.

Para la conocida empresa una reordenación debía realizarse en condiciones de seguridad suficiente para los trabajadores y para los consumidores, lo que conllevaba, razonablemente, el cierre temporal de las instalaciones para no causar males mayores que los que se trataban de solventar.

Frente a esto, el argumento del recurrente se basó en esgrimir que, en relación a la existencia de posibles terceros perjudicados, entre los que la recurrente en apelación señaló a inquilinos o trabajadores de los centros afectados, sería la entidad El Corte Inglés, S.A. la única responsable de las indemnizaciones que se derivasen de la resolución de contratos o ajustes de plantilla que pudieran resultar del cese de actividad o constricción de la misma durante la ejecución de las obras, pues no podemos olvidar, que la ejecución de las obras lo había sido a sabiendas de que la licencia concedida lo fue en ejecución de un planeamiento declarado nulo en sentencia firme. Finalmente, recordaba que el Tribunal Supremo en su doctrina no solo exige, para poder invocar la existencia de causa de imposibilidad de ejecutar la sentencia, la aprobación de un planeamiento posterior que dicte de cobertura al acto sujeto a ejecución, que no su mera tramitación, sino que exige además que, dicha nueva ordenación, vaya sucedida de la concesión de la ulterior licencia que, en aplicación del planeamiento, legalice la obra sujeta a demolición.

En el Auto impugnado se señaló que el hecho de que las obras se encontraran terminadas y consolidadas no era una circunstancia constitutiva de imposibilidad física de ejecutar una sentencia que conllevaba la demolición de las obras en cuestión. Ni siquiera cabía alegar razones de causar daños a terceros, como el personal de la empresa o por los numerosos contratos de servicios de un conjunto de contratistas que operaban en sus stands. Y es que esto ocurría de ordinario cuando se denegaba una licencia urbanística y había de procederse a la demolición de un edificio, bien en su totalidad, bien en la parte construida extralimitándose de la concedida. Por tanto, la mera terminación o consolidación de las obras ilegales y demás consideraciones como las alegadas por El Corte Inglés, S.A. como criterio de imposibilidad física de ejecución de una sentencia traería como consecuencia que ninguna obra ilegal se podría demoler. Esto implicaría dejar en papel mojado el planeamiento urbanístico. Por tanto, nada impedía en absoluto que el Ayuntamiento de Madrid procediese a la demolición de las referidas obras de El Corte Inglés, S.A. si éste no procedía voluntariamente a ello en el plazo que se le diese. Y ello máxime cuando el resultado del proceso es la demolición de lo construido al ser nula la licencia en que se amparó³⁵. Y es que la juris-

³⁵ La STS Sección 5.ª, de 13 de mayo de 2005 (casación n.º 5290/2002), en estos supuestos de demolición de obras ilegales señala: aunque el derribo... sea una medida gravosa y suponga en sí misma costos

prudencia destaca que la rotunda claridad del artículo 118 de la CE y del artículo 103 de la LJCA *pone de relieve que es principio capital y esencial de todo el sistema judicial, la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos en que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad —imposibilidad material o legal— contenidos en el artículo 105.2 de la misma LJCA, han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad.*

A la vista de todos estos argumentos el TSJ va a abordar dos cuestiones pues considera que la imposibilidad se deriva hacia dos caminos diferentes.

Por un lado, los costes económicos derivados de la actividad que se dejaría de desarrollar. Apunta el Tribunal madrileño que no dejan de ser intereses particulares de los que no puede depender ni el derecho a la tutela judicial efectiva ni el cumplimiento de la legalidad urbanística. Esto es así especialmente cuando los mismos derivan de una actuación ilegal. Por lo tanto, preservarlos significaría mantener una actividad ejercida sobre una actuación ilegal perpetuando unos derechos económicos que nunca debieron producirse habida cuenta la fecha de la Sentencia que determinó la nulidad de la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, que data del 21 de junio de 2013 y que además fue confirmada por STS de 1 de julio de 2015 (arriba citada). No cabe duda que la recurrente deberá cancelar sus contratos con terceros y que las demoliciones a realizar podrían conllevar un ajuste laboral propio y de terceros. El TSJ advierte que esta circunstancia no deja de ser una mera apreciación subjetiva, dado que no consta en las actuaciones un estudio económico de los efectos de la ejecución de la Sentencia. Pero para el TSJ ello no determina que ese desequilibrio pueda constituir causa de imposibilidad material pues no consta esa desproporción que quiere hacerse ver en el recurso de apelación.

Por otro lado, los efectos que para el Consistorio tendría la existencia de un previo convenio del que se derivarían los derechos edificatorios que ahora se tendrían que demoler³⁶. Explica el TSJ que las alegaciones se refieren a

elevados; son sin duda, los invocados con base en tales argumentos derechos respetables y argumentaciones dignas de consideración —como ha reconocido la Sala de instancia— pero sin potencialidad jurídica suficiente para enervar la ejecución de una sentencia firme.

³⁶ Señala la apelante que “en contrapartida al aumento de la edificabilidad de sus Centros Comerciales, como titular del dominio, cedió libre de cargas, gravámenes y ocupantes a favor del Ayuntamiento de Madrid: - Edificio de tres plantas destinado a archivo y almacén, construido sobre un solar de 896,32 m² sito en la Calle Peyre, n.º 8. - Edificio destinado a galería de alimentación compuesto de dos plantas de 920.60 m² de superficie cada una y de una terraza aparcamiento de idéntica superficie, siendo el solar sobre el que se asienta de 1.322,68 m², situado en el n.º 9 de la Calle Peñascales. - Parcela de terreno n.º 15.1.del APE 19.10 «Valderribas», con una superficie de 109.185 m², sita en la Avenida Gran Vía del Este n.º 25. Asimismo, como consecuencia del incremento de edificabilidad, la participación de la Comunidad en las plusvalías derivadas de la ordenación urbanística se concretó en 5.621,37 m² edificables de uso residencial de vivienda libre en el ámbito de Peyre. No obstante, dada la imposibilidad de entregar a la Administración el suelo necesario donde localizar dicho aprovechamiento de cesión, toda vez que la nueva edifica-

la ineludible resolución del convenio en su día suscrito, lo que determinaría la consecuente restitución de prestaciones que, a la postre, no es más que una mera determinación cuantitativa a cargo de los presupuestos municipales y de la Comunidad, que se debería determinar en procedimiento distinto, y que, como se refiere en aquella Sentencia, no constituye causa de imposibilidad material.

Por consiguiente, y como conclusión, el Tribunal de Madrid no aprecia la concurrencia de causas que justifiquen la imposibilidad material de ejecución de las sentencias en sus propios términos en cuanto a la demolición de lo construido y en funcionamiento. Estima el TSJ que dicha imposibilidad material ha de examinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto y los derechos e intereses comprometidos en la ejecución. Entiende que no puede identificarse con el hecho de que la ejecución presente dificultades o la conveniencia de atender otros intereses que no pueden imponerse a los que resultan tutelados por los pronunciamientos judiciales que se trata de llevar a efecto, en garantía de la seguridad jurídica. Esta última se vería seriamente afectada por la falta de realización del derecho reconocido judicialmente, ejecución que como señala el Tribunal Constitucional en las sentencias antes citadas, constituye un derecho fundamental y ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo.

4.4. La omisión del trámite de audiencia a terceros interesados

Por último, se esgrimió por El Corte Inglés el argumento relativo a la constatación de una falta de audiencia de terceros interesados en el incidente de inejecución³⁷. La empresa reiteró su argumentación relativa a que la ejecución afectaría de forma directa e irremediable al tejido del empleo, señalando que, por más que esta parte pusiera de manifiesto estas circunstancias e incluso solicitara la apertura de un proceso probatorio para determinar el alcance de los perjuicios que a éstos serían ocasionados, el Juzgador había prescindido de ello y no había otorgado la debida audiencia

bilidad iba a ser materializada en los propios Centros Comerciales existentes, se acordó sustituir la obligación de cesión en suelo por su equivalente económico. En este sentido, se determinó el valor de repercusión del suelo referido al uso residencial de vivienda libre a razón de 1.755 €/m², quedando en consecuencia la compensación económica de la carga de cesión en 9.865.504,35 €; cantidad ésta abonada”.

³⁷ Es cierto que la STS de 4 de junio de 2008 (cas. 891/2006) en análisis del artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción indica que “no existe duda alguna sobre el carácter contradictorio del procedimiento de inejecución, así como sobre la necesidad de conceder audiencia no solamente a quienes hayan sido parte en el pleito, sino también a quienes, sin haberlo sido, se consideren interesados, como podría ocurrir con los comuneros o nuevos propietarios —individualmente considerados— de los diversos elementos de los edificios implicados; así lo ratifica, a mayor abundamiento, el artículo 109.2 de la misma LRJCA, que igualmente impone la audiencia de las partes en el genérico procedimiento de ejecución de sentencia”.

a estos interesados, lo que le había impedido una correcta valoración de las circunstancias.

El particular que interpuso los recursos originarios que dieron lugar al pleito negó dicha infracción del principio de audiencia pues, entendía que se confundiría el concepto de interesado al pretender extender su calificación a cualquiera que indirectamente pueda verse afectado por la orden de demolición del edificio: trabajadores del centro, proveedores, arrendatarios, clientes etc. Por otro lado, señaló que el derecho de la ejecutada a reclamar al Ayuntamiento las compensaciones pagadas por los excesos de edificabilidad adjudicados conforme al planeamiento declarado nulo, nada afectaba a la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia y menos aún al orden público.

El TSJ aclara que no procede acoger este motivo y no solo porque no fue aducido en la instancia, sino porque no corresponde a la mercantil defender derechos ajenos que con conocimiento de las circunstancias legales y judiciales existentes no han acudido al incidente en defensa de unos derechos que nada tienen que ver con la obligación de restauración de la legalidad urbanística, que es el supuesto analizado en la referida STS.

V. CONCLUSIONES

La relevancia del caso que acabamos de estudiar no radica sólo en su protagonista, al afectar a una gran empresa de nuestro país con un evidente poder económico e influencia social, sino también, y muy especialmente, en el hecho de reforzar el criterio esencial de que los pronunciamientos judiciales se deben cumplir, por muy modesto que sea el tribunal o juzgado que los ha dictado. El presente asunto se incardina por tanto, en la serie de asuntos que confirman este pilar fundamental del Estado de Derecho. A este respecto resulta llamativo que en la reciente Sentencia del TSJ de 2022, que acabamos de recoger en el apartado anterior, se haga referencia expresa a la reciente STS sobre Valdecañas³⁸. Como es bien conocido, en

³⁸ Así se dice: "...procede volver a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2022 (cas. 7128/2020) ya citada cuando señala *Los mismos criterios de ponderación de intereses han de aplicarse en relación con los graves perjuicios económicos para la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que inicialmente se valoran en la cantidad de 144.982.889,85 euros, que corresponden a la suma de la cantidad de 33.982.889,85 euros, por costes de demolición, y 111.000.000 euros por las posibles indemnizaciones a favor de los propietarios de las viviendas, sin que existan datos para indicar una cifra aproximada de indemnización a favor del gestor del hotel. A tal efecto ha de tenerse en cuenta que ya en la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, se establecía (art. 105) que no podía acordarse la inejecución de la sentencia por detrimento grave a la Hacienda Pública cuando el fallo supusiera la condena a la Administración al pago de cantidad, sino que en tal caso, si la ejecución en sus propios habría de producir grave trastorno para la Hacienda Pública, podría acordarse la modalidad de pago que dé cumplimiento al fallo en la forma que resulte menos gravosa para el Tesoro público, de manera que es el propio legislador el que excluye la posibilidad de acordar la inejecución del fallo por razones económicas cuando de ello responda la Administración.*

este caso el Supremo ha confirmado la necesidad de ejecutar en su integridad la jurisprudencia que declaró la ilegalidad de lo actuado, ratificando la necesidad de restaurar la zona protegida como forma correcta de ejecutar los fallos judiciales. Ante un supuesto podríamos decir que política y socialmente “delicado” en casi idénticos términos, si se me permite la expresión, es de agradecer que el TSJ de Madrid haya seguido la filosofía de nuestro Alto Tribunal. El TSJ de Madrid se ha enfrentado a argumentos parecidos a los esgrimidos en el caso de Valdecañas para frenar la demolición, que apelan al drama económico que implica toda ejecución de sentencia que conlleva una demolición en cadena de inmuebles. Pero, al igual que en el caso extremeño, al final no se ha dudado en defender en última instancia otros intereses no menos importantes, o quizás incluso más, como son el respeto al medio ambiente, a la disciplina urbanística y, en última instancia, no lo olvidemos, al Estado de Derecho y a la separación de poderes, que son fundamentos básicos de nuestra Nación. Y ello por mucho que pese a aquellos que defienden que nuestra Justicia no tiene remedio porque no responde a estándares europeos o está siempre politizada.

Y es que este asunto y la doctrina que sienta el TSJ de Madrid responde perfectamente al guion básico que hay que aplicar en estos supuestos de necesidad de ejecutar sentencias que implican una demolición. Es decir, ante la falta de una definición al respecto del artículo 105 LJCA de lo que

Este planteamiento se actualiza en la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, cuyo artículo 105 no enumera, a diferencia de la anterior, las causas de inejecución del fallo, empleando la fórmula genérica de causas de imposibilidad material o legal, pero en el artículo 106 se recoge el supuesto de condena a la Administración al pago de cantidad líquida, en cuyo caso habrá de acordarse el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable y, para el caso que la Administración estime que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, podrá proponer al Juez o Tribunal que resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquella. Es el legislador, por lo tanto, el que impide invocar como causa de imposibilidad material de ejecución, el grave detrimento para la Hacienda Pública, por la Administración que, en razón del pronunciamiento judicial, haya de responder de determinada cantidad, estableciendo como regla general la satisfacción en sus propios términos con cargo al correspondiente crédito presupuestario y, para el caso de que el cumplimiento en sus propios términos pueda suponer un trastorno grave, que habrá de razonarse y someterse a la audiencia de las partes, lo que se establece no es el incumplimiento sino la forma que resulte menos gravosa para la ejecución de la sentencia. Pues bien, este criterio legislativo referido a la condena a la Administración al pago de una cantidad, ha de tomarse en consideración cuando, frente a la ejecución de la sentencia que contenga otros pronunciamientos, como es el caso de la regularización urbanística mediante la demolición de las construcciones e instalaciones ilegales, se invoque por la Administración el grave perjuicio para su Hacienda que puede derivar del cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, pues el legislador, al regular tal situación, descarta la imposibilidad de responder económicamente por parte de la Administración, atendiendo a la previsión del correspondiente crédito presupuestario de carácter ampliable, y, desde esa consideración, establece la posibilidad de la ejecución económica en la forma que resulte menos gravosa. Por otra parte, el alcance de la responsabilidad económica de la Administración ha de ponerse en relación con los derechos e intereses tutelados por las resoluciones judiciales de cuya ejecución se trata y la responsabilidad que en su lesión o vulneración se atribuya a la Administración, que en este caso se describe en el fundamento de derecho tercero del auto de 30 de junio de 2020, en los siguientes términos: “la actuación administrativa objeto de los procesos contencioso-administrativos anteriormente citados acreditan que se trató de una actuación administrativa contraria a la normativa estatal y autonómica.

se ha de entender por imposibilidad legal o material para ejecutar una sentencia, la jurisprudencia del TS³⁹ y del TC⁴⁰ nos ha aportado una serie de ideas o aspectos fundamentales que hay que considerar y que son, obviamente, aplicables al caso.

En primer lugar, el Supremo ha subrayado el carácter restrictivo o estricto de su aplicación como excepción al derecho de ejecución en los términos del fallo. Por tanto, es un acierto que en este caso que estamos examinando se haya confirmado esta naturaleza excepcional de la imposibilidad material y legal, no estirando en demasía este concepto jurídico indeterminado. Efectivamente, por más que pese, el caso de El Corte Inglés no tiene nada de excepcional. Como se deduce fácilmente de la lectura de todos estos pronunciamientos judiciales y de los antecedentes fácticos, se trata de una incorrecta previsión legal por parte, tanto de la empresa promotora de la modificación, como de las autoridades públicas que la han desarrollado. Al final veremos las consecuencias que pueda tener este lamentable error jurídico. Pero ese es otro tema que se ubica en otro ámbito del Derecho administrativo.

En segundo lugar, la jurisprudencia del Alto Tribunal ha destacado el carácter casuístico e individualizado en cuanto ha de estarse a los concretos pronunciamientos judiciales y ponderarse los intereses que en cada caso resultan afectados por la ejecución. Aquí hay que hacer la misma reflexión que en el punto anterior. Las circunstancias que han rodeado el caso de El Corte Inglés, S.A., han sido tomadas en cuenta por varios tribunales a lo largo de toda la cadena judicial, y en todos los casos la conocida empresa y las Administraciones implicadas no han explicado suficientemente los motivos precisos e individualizados que pueden justificar una inexecución por imposibilidad.

En tercer lugar, la jurisprudencia consolidada recuerda que la complejidad o dificultad de un caso no puede ser equiparada a la imposibilidad. Es decir, el superior coste o la mayor complejidad de las demoliciones a realizar no son causa suficiente para afirmar que la sentencia sea de imposible cumplimiento. Es cierto que en este caso concreto, y a la vista de las alegaciones de El Corte Inglés, S.A., la ejecución de la Sentencia no va a ser precisamente fácil. Pero de ello no se puede deducir automáticamente su imposibilidad. Por eso se dice que entre lo difícil y lo imposible media una diferencia sustancial: lo primero se logra poniendo el esfuerzo y trabajo necesario y lo segundo no. Por tanto, para la jurisprudencia la imposibilidad debe entenderse en términos de imposibilidad absoluta; esto es, de absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cum-

³⁹ SSTs de 16 julio 1991, de 17 de noviembre de 2008, (rec. 4285/2005), de 30 de abril de 2010 (rec. 1268/2009), de 21 de junio de 2012 (rec. 4454/2011), de 14 de febrero de 2013, (rec. 4311/2011), de 8 de abril de 2014 (rec. 770/2013), de 14 de junio de 2016 (rec. 1719/2015), de 9 de julio de 2019 (rec. 677/2017) y de 9 de febrero de 2022 (cas. 7128/2020).

⁴⁰ SSTC 41/1993, de 8 de febrero, 18/2004, de 23 de febrero y 285/2006 de 9 de octubre.

plir el fallo. En este caso madrileño los costes económicos, ciertamente cuantiosos como vamos a ver inmediatamente, hay que relativizarlos en función del tamaño de la empresa que los sufre. Más que en términos absolutos hay que analizarlos en términos de porcentaje de sus beneficios. Un coste derivado de una demolición muy elevado en términos cuantitativos puede ser insignificante en términos relativos cuando se trata de una gran empresa, como parece ser el caso. Es verdad que se puede quizá matizar este argumento diciendo que todo dependerá además de la situación financiera del sujeto afectado. Si una gran empresa está en crisis, un deber de demolición, aunque no sea muy cuantioso para su volumen de negocio habitual, puede suponer una quiebra inmediata o colocarla en una situación económica delicada. Ahora bien, debemos preguntarnos si la ejecución de una sentencia que implica un coste de demolición se ha de hacer depender de estas variables económicas. Y es que no parece jurídicamente acertado afirmar que el riesgo y ventura de toda actividad empresarial debe desaparecer si media al final una sentencia condenatoria cuya ejecución supone inclinar la balanza a favor del riesgo. Si se razona así, como ya hemos visto arriba, parece que las cuestiones de legalidad van a depender de determinismos económicos. Y entonces la conclusión final sería que el Derecho debe ceder siempre su paso a la Economía y al frío examen del cálculo del coste-beneficio que puede haber detrás de cada pronunciamiento judicial. Entonces más que reflexiones jurídicas lo que deben hacer los tribunales por sistema es análisis económico del Derecho y que, antes de dictar sentencia, midan milimétricamente las consecuencias económicas de sus pronunciamientos. Así al menos nos ahorraríamos los problemas de ejecución de fallos judiciales ya que, previamente, todo se ha pesado y medido en la balanza, no de la Justicia, sino de la Economía. Esta forma de pensar nos conduciría a concluir que si el fallo es rentable para determinada parte de la sociedad entonces se ejecuta, y si no lo es, entonces no se ejecuta. Es decir, en este caso concreto ciertamente El Corte Inglés, S.A., y las Administraciones Públicas pueden sufrir unos daños económicos importantes, incluso fatales. Precisamente se puede saber aproximadamente el daño económico causado por la ejecución de la Sentencia de este caso porque El Corte Inglés, S.A., ha presentado una solicitud de indemnización contra las Administraciones implicadas (Ayuntamiento de Madrid y Comunidad autónoma) por valor de 182.168.250 €⁴¹. De este modo, se abre otro debate jurídico no menos

⁴¹ Se explica en el Dictamen n.º: 247/21 de la Comisión Jurídica Asesora de la CAM (Consulta: Consejera de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad. Asunto: Responsabilidad Patrimonial. 25.05.21), p. 52, que “en el escrito de reclamación, aparte de solicitarse en concepto de daños y perjuicios, los gastos en que se ha incurrido como consecuencia de la edificación realizada, comprensivos del coste de la edificación, honorarios de profesionales y tasas e impuestos, se pide también el resarcimiento por la extinción del negocio, las indemnizaciones a abonar a los trabajadores por despido objetivo, sin entrar en este dictamen a valorar la calificación de los posibles despidos que hace la

interesante relativo a las posibles indemnizaciones por responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones madrileñas⁴² por los daños producidos por los actos administrativos anulados por sentencia⁴³. Lo cierto es que, como demuestra el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid que ha informado sobre la citada solicitud, no parece que la Administración vaya a aceptar dicha petición porque no se trata del caso de un tercero de buena fe⁴⁴, porque no habiéndose todavía producido la demolición de lo edificado se duda que podamos hablar de un daño real y efectivo⁴⁵ y, finalmente, porque no debemos olvidar que, en el presente supuesto, fue la propia entidad re-

reclamante y los gastos ciertos en que se incurriría por razón de la demolición, gastos, como se reconoce en la propia reclamación, “aún no efectivos”, sino estimados. Entre estos últimos, se incluyen los gastos por desalojo y mudanza, derribo y demolición”.

⁴² En el Dictamen citado se explica lo siguiente (p. 40): “Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, en el escrito de reclamación se recoge la responsabilidad concurrente del Ayuntamiento de Madrid y de la Comunidad de Madrid, al ser ambas Administraciones competentes en materia de urbanismo y haber intervenido en la aprobación de los instrumentos urbanísticos posteriormente anulados en vía judicial, lo que encontraría encaje en el artículo 33.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) relativo a la concurrencia de varias Administraciones Públicas en la producción del daño en supuestos distintos a la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación previsto en el apartado 1 de ese mismo artículo. En este sentido, según ya se había señalado en el Dictamen 191/17, de 18 de mayo, el Urbanismo es una competencia de titularidad compartida entre los municipios y las comunidades autónomas y que su actuación, por lo que atañe al planeamiento, se lleva a cabo a través de un procedimiento bifásico en el que, a la aprobación provisional del municipio, sigue en el tiempo la definitiva de la Administración Autonómica. En ese procedimiento el municipio ostenta la potestad de plena iniciativa del planeamiento general, correspondiendo a la comunidad autónoma el control de la legalidad y de salvaguarda de los intereses supralocales que ejerce mediante la aprobación definitiva o denegación de las propuestas sometidas por las entidades locales”.

⁴³ Sobre el tema en general ver recientemente el trabajo de FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, (2022). “De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme”. *Revista de administración pública*, núm. 217. Madrid. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, pp. 191-208. También véase MEDINA ALCOZ, Luis, (2020). “El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de administración pública*, núm. 213. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 69-91.

⁴⁴ En el Dictamen citado se dice (pp.25 y 26) que el 20 de noviembre de 2019 la Dirección General de Urbanismo emite informe señalando que “la entidad reclamante no es un tercero al que le hayan ocasionado daños y perjuicios una sentencia de nulidad de una Modificación y/o de las licencias; sino que se trata del promotor de toda la actuación y, por ende, la parte necesitada del incremento de superficie comercial y, al mismo tiempo, beneficiada por la misma, de modo que “no cabe alegar buena fe y confianza legítima por parte de quien conociendo la pendencia de un proceso judicial cuyo objeto es la nulidad de la modificación del PGOU, por ser parte codemandada (sujeto pasivo) en dicho procedimiento, y cuya estimación (como así ha ocurrido en la práctica) puede producir la nulidad en cascada (con independencia de su oportuna declaración en los distintos procesos judiciales independientes y posteriores que han tenido lugar) de todos aquéllos títulos administrativos habilitantes (licencias urbanísticas) que se sustenten en dicho instrumento de planeamiento, a su riesgo y ventura y, por tanto, bajo su propia responsabilidad, construye o ejecuta las obras objeto de las respectivas licencias urbanísticas otorgadas amparándose en una legalidad estrictamente formal y a sabiendas de que la legalidad material de dichas licencias está comprometida y a resultas de los procedimientos judiciales pendientes de resolución, como se ha dicho”

⁴⁵ Ver Dictamen 383/09, de 1 de julio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

clamante la promotora de la actuación urbanística posteriormente anulada⁴⁶. Lo cierto es que resulta irónico que este daño económico se quiera resolver socavando los cimientos del Estado de Derecho extendiendo en demasía el concepto de imposibilidad de ejecución y no aceptando por todas las partes implicadas (públicas y privadas) su responsabilidad en la gestión de un asunto que, cuando menos, merece un reproche por la falta de un estudio jurídico-técnico adecuado de lo que se proyectó. Reconvertir esta manifiesta negligencia profesional ahora en un supuesto de imposibilidad de ejecutar una sentencia por sus consecuencias económicas dañinas resulta difícil de aceptar. Esto queda demostrado si traemos aquí a colación la relevancia que tiene el tema del examen de las Memorias que acompañan a los planes urbanísticos y sus modificaciones. Efectivamente, a lo largo de los pronunciamientos que hemos visto, el TSJ y el Supremo se apoyan en la Memoria de la modificación solicitada para demostrar sus deficiencias técnicas y la falta de justificación legal de las opciones adoptadas. Por consiguiente, la causa de esos cuantiosos daños económicos, en última instancia, son consecuencia de imprevisiones injustificables y no de la ejecución de un fallo judicial. En definitiva la falta de motivación demostrada de la Memoria se convierte en un elemento esencial que nos sirve para reforzar la necesidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos y desmontar la teoría de la imposibilidad⁴⁷.

Por otro lado, esta extensión excesiva de la imposibilidad lleva a realizar un cálculo que parece olvidar siempre los beneficios económicos derivados de cumplir con la normativa y, aunque no se visualicen directamente, los intereses no puramente económicos que defiende la ley y que representan a colectivos que están en el otro lado de la balanza de la Justicia. Justamente el TC ha hecho hincapié⁴⁸ en que la valoración de beneficios socio-económicos, a efectos de apreciar la imposibilidad material de ejecución de las sentencias, ha de contrastarse con los derechos e intereses tutelados por

⁴⁶ En el Dictamen citado se dice (p. 54) que es preciso acudir a lo manifestado por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su reciente Sentencia de 30 de noviembre de 2020 cuando afirma que “la actora ha actuado como promotora del desarrollo urbanístico de los terrenos, siendo la promotora de la ordenación detallada del suelo para su transformación, plan parcial de iniciativa privada, por lo que ha de asumir los riesgos propios de su actividad empresarial, que tanto supone la posibilidad de ingresos como las de pérdidas” concluyendo que “esta jurisprudencia se fundamenta en la consideración de que la incertidumbre de la administración ante la posibilidad de tener que indemnizar cada vez que se anule judicialmente un acto, constituye un obstáculo a la función administrativa de lograr el interés general”. Finalmente, cabe observar, como ya señalaba esta Comisión Jurídica Asesora en el Dictamen 442/18, de 4 de octubre, que la entidad reclamante incidió en la generación del daño al continuar con su actividad mercantil en los citados inmuebles no obstante ser conocedora de las dudas que se plasmaban sobre la conformidad a derecho del instrumento de planificación urbanística”.

⁴⁷ Ver FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, (2022). *Sistema de derecho administrativo I*. Madrid. Thomson Reuters-Civitas, pp. 409 y ss.

⁴⁸ STC 285/2006, de 9 de octubre.

las resoluciones judiciales, para determinar la existencia de incompatibilidad entre la realización de los mismos o una desproporción de tal consideración que justifique, en los términos señalados por la jurisprudencia, la apreciación de causa de imposibilidad material. Esta reflexión no puede ser más acertada. Es pues obligatorio plantearse la siguiente pregunta: ¿y los posibles daños económicos de los recurrentes? Aunque desconozco si ocurrió en este caso, pero una edificación ilegal puede implicar, por ejemplo, quitar unas vistas a un colindante que, de la noche a la mañana, verá como el precio de su vivienda, en algunos casos, se reduce a la mitad. El supuesto más claro lo tenemos con las viviendas en la playa con vistas al mar. Ciertamente, demoler lo ilegal supondrá un coste para el empresario o propietario que construyó, pero mantenerlo también puede implicar un coste, quizá mucho mayor, para la víctima de esa ilegalidad. La misma reflexión se debe hacer cuando los costes de la ilegalidad no están individualizados y afectan a colectivos. El ejemplo paradigmático es el daño medioambiental de no demoler lo construido en zonas protegidas destruyendo flora, fauna, paisajes, etc. Todo esto parece que se olvida por aquellos que siempre ponen el acento en el escándalo económico que supone demoler. Y es que, frente al coste de ejecutar la sentencia que ordena la demolición, siempre existirá el coste de no ejecutarla. Y este último, aparte de su mayor o menor tamaño económico, no lo olvidemos, está amparado por la legalidad y, en última instancia, por la Justicia. Esta última es, a fin de cuentas, el valor que, como decía el profesor (PÉREZ PRENDES: 1986: 24⁴⁹), el Derecho aporta a la realidad social.

Por último, frente al cumplimiento de las sentencias firmes en sus propios términos, que constituye una exigencia derivada de la tutela judicial efectiva, no puede esgrimirse con éxito la consumación material de los efectos derivados de una norma reglamentaria (pues esa es la naturaleza de los planes urbanísticos), declarada nula⁵⁰. Dicho de otro modo, la jurisprudencia destaca que la ejecución de las sentencias firmes no consiente que se burle su cumplimiento mediante la rápida transformación de la realidad física para hacer imposible lo que antes no lo era. Así se ha dicho que “después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos, que no es

⁴⁹ Ver PÉREZ-PRENDES, José Manuel, (1986). *Curso de Historia del Derecho Español*. Madrid. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Explica este autor: “El Derecho actúa como el medio de realización de un valor (valor, Wert, en el sentido de la filosofía de Max Scheler; es decir, un puro contenido objetivo-axial de la vivencia emocional; Einfühlung) lo justo, en la convivencia humana”.

⁵⁰ Sobre la naturaleza jurídica de los planes de urbanismo y las consecuencias de su nulidad se debe consultar la reciente obra de MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid, (2022). *El problema de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico: la naturaleza jurídica de los planes de urbanismo*. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi.

otra que seguridad jurídica”. El TC advierte⁵¹ que “desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, no puede aceptarse que sin el concurso de elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, por incorrecta determinación del fallo, por sus desproporcionadas consecuencias o por razones similares, esto es, que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, por la vía de discutir de nuevo, en trámite de ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial”. Y es que, si no se ejecutan las sentencias en sus propios términos vamos a convertir el Derecho urbanístico en un mero elenco de buenos deseos y vamos a consagrar una verdadera política de hechos consumados en este terreno, tal y como ya ha advertido el profesor (FERNÁNDEZ TORRES: 2018: 177 a 179)⁵². Dicho de otro modo, el Derecho urbanístico quedaría reducido a una Moralidad urbanística. Con lo que su función ordenadora de la urbe desaparecerá. Una imposibilidad jurídica quizá sólo sería planteable por una modificación muy razonada y justificada. Como recuerda el profesor (FERNÁNDEZ FARRERES: 2022: 574 y 575)⁵³, “en lo que se refiere a la imposibilidad de ejecución por causa de imposibilidad legal (que es la que con mayor frecuencia se plantea), es importante señalar que la correspondiente norma determinante de esa imposibilidad debe estar fundada en el interés general y al servicio de bienes y valores constitucionales, y, además, el sacrificio resultante de la no ejecución *in natura* debe ser proporcionado”.

⁵¹ STC 22/2009, de 26 de enero.

⁵² FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *op. cit.*, pp. 177 a 179, nos explica que “deben ponerse de relieve las dificultades de diverso tipo suscitadas por los casos de imposibilidad legal o material de ejecución de sentencias contemplados en el artículo 105.2 LJCA, a las que se suman en sectores paradigmáticos como el urbanismo ciertos comportamientos de los particulares dirigidos a forzar la prevalencia de los hechos consumados en los supuestos de anulación judicial de instrumentos de planeamiento o de licencias de obras con posterioridad a la terminación (o casi) de las obras de urbanización e, incluso, de la construcción de las viviendas y hasta después de la conclusión de una o varias transmisiones de las mismas a terceras personas y otros muchos negocios inter privados (contratación de créditos, constitución de hipotecas, etc.). Ello no impide para reconocer que en no pocas ocasiones esas dificultades (las legales, en especial) son más aparentes que reales, sobre todo cuando concurren razones sólidas de interés público que permiten evitar la demolición de las obras amparadas en licencias o autorizaciones anuladas por sentencia firme, validándolas mediante la aprobación ulterior de un instrumento de planeamiento que pretenda tan sólo atender aquéllas de forma racional, pero no convertir lo ilegal en legal e incumplirla”.

⁵³ Citando a este respecto la STC 73/2000, a propósito del caso Itoiz, resolución confirmada posteriormente por STEDH de 27 de abril de 2004. Ver FERNÁNDEZ FARRERES, German, (2022). *Sistema de derecho administrativo II*. Madrid. Thomson Reuters-Civitas. Este autor añade la reflexión siguiente: “ante el conflicto que puede resultar de la ineludible ejecución, de una parte, y las consecuencias de la misma, de otra —sobre todo cuando éstas se traducen, en el ámbito urbanístico, en la demolición de inmuebles que presentan determinadas características—, la solución se puede lograr, por ejemplo, a través del cauce de la mediación procesal (en este sentido, Auto del TSJ de Galicia de 8 de febrero de 2019)”.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J. M., (1998). “Título IV. Procedimiento Contencioso-Administrativo. Capítulo IV. Ejecución de Sentencias: Artículo 103.4 y 5”. *Revista española de derecho administrativo*, núm. 100, (Ejemplar dedicado a: Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998). Madrid. Thomson-Civitas. pp. 719-726.
- FERNÁNDEZ, T. R., (2022). “De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme”. *Revista de administración pública*, núm. 217. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 191-208.
- FERNÁNDEZ, T. R., (2018). *Manual de derecho urbanístico*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi.
- FERNÁNDEZ, T. R., (1977). “De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas”. *Revista de administración pública*, núm. 84. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 263-278.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2018). “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la ejecución de sus resoluciones”. *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* / coord. por VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A. M. y DESCALZO GONZÁLEZ, A.; Vol. 1, (*Crisis y renovación del Derecho Público*), pp. 379-401.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2018). “Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones”. *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional*. XXIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, pp. 123-153.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2022). *Sistema de derecho administrativo I y II*. Madrid. Thomson Reuters-Civitas.
- FERNÁNDEZ, T. R. y FERNÁNDEZ TORRES, J. R., (2004). *Derecho urbanístico de Madrid*. Madrid. Iustel.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R., (2018). “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”. *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública, (Ejemplar dedicado a: Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas)*, núm. 100. Sevilla. Instituto Andaluz de Administración Pública, pp. 165-189.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., (1987). “Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas”. *Documentación administrativa*, núm. 209. Madrid: INAP, pp. 7-16.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., (2008). *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi.

- MARTÍN REBOLLO, L., (2013). “Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas (A propósito de la STC 92/2013, de 22 de abril)”. *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 28. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. pp. 19-40.
- MEDINA ALCOZ, Luis, (2020). “El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de administración pública*. núm. 213. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 69-91.
- MUÑOZ GUIJOSA, M. A., (2022). *El problema de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico: la naturaleza jurídica de los planes de urbanismo*. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters Aranzadi.
- PAREJO ALFONSO, P. (dir.), (2002). *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*. Barcelona. Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente. Marcial Pons.
- PÉREZ-PRENDES, J. M., (1986). *Curso de Historia del Derecho Español*. Madrid. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense.
- SÁNCHEZ MORÓN, S. (dir.), (2002). *Comentarios a la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid*. Valladolid. Lex Nova.
- SORIANO GARCÍA, J. E., (2020). “Solución extrajudicial de conflictos y ejecución de sentencias contencioso-administrativas. La mediación como remedio (asunto edificio Conde de Fenosa, La Coruña)”. *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 44. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi, pp. 163-175.
- VELASCO CABALLERO, F., (2018). *Derecho Urbanístico en la Comunidad de Madrid*. Madrid. Instituto de Derecho local. Universidad Autónoma de Madrid.

III

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA CASE LAW (ANALYSIS)

Una virtual denegación de justicia: STEDH de 1 de septiembre de 2022, caso Ines de Pracomtal v. Francia y Fundación Jérôme Lejeune v. Francia, recurso núm. 34701/17 y 35133/17

A virtual denial of Justice: ECHR, 1 september 2022, case Ines de Pracomtal v. France and Foundation Jérôme Lejeune v. France, Application n.º 34701/17 and 35133/17

Fecha de recepción del artículo: 22/11/2022

Fecha de aceptación y versión final: 02/12/2022

Sumario: I. STDH, ASUNTO INÉS DE PRACOMTAL Y OTROS CONTRA FRANCIA.—II. COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN ANTECEDENTE DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2022 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—2.1. Introducción: Consideraciones metodológicas.—2.2. Resumen y comentario de los razonamientos sobre el fondo del caso.—2.2.1. Consideraciones sobre el fondo.—2.2.1.1. Sobre la noción de “víctima”.—2.2.1.2. En cuanto a los “daños” presuntamente sufridos por los recurrentes.—2.2.2. Consideraciones procesales.—III. CONCLUSIONES.

I. STDH, ASUNTO INÉS DE PRACOMTAL Y OTROS CONTRA FRANCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS¹

Sección Quinta

RESOLUCIÓN

Recurso 34.701/17 y 35.133/17 - Ines de Pracomtal contra Francia y Fundación Jérôme Lejeune contra Francia.

* Letrado de las Cortes Generales.

¹ Traducción realizada por Mariano Daranas Peláez de la versión literal de la sentencia publicada en la página web [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22languageisocode%22:\[%22FRE%22\],%22respondent%22:\[%22FRA%22\],%22document-collectionid%22:\[%22DECISIONS%22\],%22itemid%22:\[%22001-219149%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22languageisocode%22:[%22FRE%22],%22respondent%22:[%22FRA%22],%22document-collectionid%22:[%22DECISIONS%22],%22itemid%22:[%22001-219149%22]}) consultada el 21 de noviembre de 2022.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), reunido en Sala el 7 de julio de 2022 compuesta por:

- Stéphanie Mourou-Viström, Presidenta,
- Ivana Jelic y Mattias Guyomar, jueces,
- Martina Keller, secretaria adjunta de sección.

A LA VISTA DE:

- Los recursos interpuestos contra la REPÚBLICA FRANCESA, dirigidos a este Tribunal en virtud del artículo 34 del Convenio de Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“el Convenio”) por los recurrentes cuyos nombres y datos figuran en el cuadro anexo (“los recurrentes”), en las fechas indicadas en el mismo;
- La decisión de poner en conocimiento del Gobierno francés (“el Gobierno”), representado por su agente don F. Alabrune, Director de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Europa y Asuntos Exteriores, la demanda basada en el artículo 10.º del Convenio, y de declarar no admisibles a trámite los demás recursos, y las alegaciones de las partes;

Después de haber deliberado, dicta la siguiente RESOLUCIÓN

OBJETO DEL CASO

1. Los recursos traen causa del acuerdo del Consejo Superior de lo Audiovisual (“CSA”) de comunicar a varias cadenas de televisión autoras de la difusión de un vídeo de sensibilización de trisomía 21 durante unas secuencias publicitarias, que las normas vigentes no permitían la inserción de dicho vídeo dentro de aquel apartado publicitario, y de pedirles que procuraran en lo sucesivo respetar dichas normas en lo relativo a las modalidades de difusión de mensajes análogos. Los recurrentes invocan el artículo 10.º del Convenio.

2. Con motivo de la jornada mundial de la trisomía 21 que tuvo lugar el 21 de marzo de 2014, una organización no gubernamental italiana elaboró un vídeo de sensibilización en cooperación con otras organizaciones no gubernamentales, entre ellas la segunda recurrente. En ese vídeo, titulado “Dear Future Mom” (“Querida futura mamá”) aparecían niños, adolescentes y jóvenes adultos trisómicos, entre ellos la primera recurrente, dirigiéndose a una mujer embarazada que acababa de enterarse de que estaba esperando un niño afectado de trisomía 21, y diciéndole, para tranquilizarla, que su niño podría hacer varias cosas, que su educación iba a ser

quizás difícil, como la de cualquier otro niño, pero que era posible educar a un hijo trisómico y vivir con él.

3. Se retransmitió una versión francesa, abreviación de la inicial, por las pantallas publicitarias de las tres cadenas de televisión francesa entre el 22 de marzo y el 21 de abril de 2014.

4. Tras las retransmisiones de estos mensajes, el CSA, convertido el 1.º de enero de 2022 en la Autoridad de Regulación de la Comunicación Audiovisual y Numérica, recibió dos quejas de telespectadoras, tras lo cual acordó en su Pleno de 25 de junio de 2014 la resolución que consta en el acta de la reunión:

“(El Consejo) considera, por un lado, que el mensaje no constituye publicidad en el sentido del artículo 2.º del Decreto de 27 de marzo de 1992 y, por otro, que por su tono más bien persuasivo y por el hecho de que se dirige a una futura madre, surge sobre su finalidad una aparente ambigüedad que no suscita adhesión espontánea y consensual. Tampoco puede, pues, ser considerado como mensaje de interés general en el sentido del artículo 14 del decreto de referencia, aunque que se haya retransmitido a título gracieable y que no se podía, en consecuencia, insertarlo en el marco de las secciones publicitarias. Por todo ello el Consejo estima, en el marco de la lucha contra la estigmatización de las personas impedidas, que el mensaje habría podido tener su valor con motivo de la Jornada Mundial de la Trisomía 21, con una difusión mejor centrada y contextualizada, en el marco principalmente de unas emisiones propiamente dichas”.

“El Consejo acuerda dirigir un correo a las cadenas (televisivas en cuestión) para invitarlas a que en lo sucesivo ejerzan vigilancia sobre el modo de retransmisión de los mensajes susceptibles de causar controversia y a que contesten en este sentido a los reclamantes”.

5. El 17 de julio de 2014 el CSA envió un correo a las cadenas de televisión interesadas para notificarles que el vídeo objeto del litigio no se podía considerar como mensaje de interés general y que no podía, por lo tanto, insertarse en el marco de emisiones publicitarias y para invitarles a que “en lo sucesivo vigilen el modo de difusión de mensajes susceptibles de causar controversia”.

6. Con fecha 25 de julio de 2014 el CSA publicó su resolución de 25 de junio de 2014 en su página de Internet y el 31 del mismo mes un comunicado que contenía entre otros los siguientes extremos:

“En relación con el mensaje “Querida futura mamá”, que pone el acento en las posibilidades que se ofrecen gracias a sus allegados a los niños trisómicos, este Consejo no ha pretendido en absoluto coartar su difusión por televisión, y constata efectivamente que brinda un punto de vista positivo sobre la vida de los jóvenes trisómicos y alienta a la sociedad a obrar por su inserción y su desarrollo”.

“El Consejo ha observado, sin embargo, a la vista de varias quejas, que el mensaje era susceptible de causar problemas de conciencia a mujeres que, dentro del respeto a la ley, habían hecho otras opciones de vida personal, y se ha limitado a deducir que en consecuencia no era procedente la inserción en el marco de secciones publicitarias”.

7. El primer recurrente interpuso ante el Consejo un recurso por abuso de poder que pedía se anularan la resolución del CSA de 25 de junio de 2014 y el comunicado de 31 de julio de 2014. El segundo recurrente interpuso ante el Tribunal Administrativo de París una reclamación en la que pedía la condena del CSA a la reparación de los perjuicios que el recurrente estimaba haber sufrido.

8. Por acuerdo de 10 de noviembre de 2016 el Consejo de Estado dispuso la acumulación de las dos reclamaciones, considerando la conexión entre ellas, y admitió a trámite el recurso por abuso de poder dirigido contra la resolución y el comunicado de prensa del CSA, observando que, si bien no habían surtido efecto jurídico, sí habían tenido por “objeto influir de modo significativo en el comportamiento de los servicios de televisión, invitándoles a evitar que se procediera en el futuro a nuevas difusiones del mensaje controvertido o a la difusión de mensajes análogos en el marco de secuencias publicitarias”.

9. Sobre la cuestión de fondo el Consejo de Estado estimó que al limitarse a indicar que la difusión del mensaje litigioso en el marco de secuencias publicitarias era inapropiada, el CSA no había atentado de forma desproporcionada a la libertad de expresión de los recurrentes y desestimó en consecuencia ambos recursos.

10. El 24 de febrero de 2017 el segundo recurrente solicitó a varias cadenas de televisión francesas que difundieran de nuevo el vídeo clip litigioso con motivo de la jornada mundial de la trisomía 21 que iba a celebrarse el 21 de marzo siguiente, pero sólo una contestó, alegando que si bien había aceptado difundir la vídeo-película en 2014, no podía satisfacer la petición porque “ya no había sitio para spots graciables en las franjas temporales solicitadas”. El segundo recurrente no impugnó esta negativa ante las jurisdicciones internas.

11. Los recurrentes sostienen, invocando el artículo 10.º del Convenio, que constituía un atentado a su libertad de expresión el acuerdo del CSA de dirigir un correo a las cadenas de televisión que habían difundido el vídeo litigioso para recordarles la normativa aplicable y pedirles que “vigilen en el futuro las modalidades de difusión de los mensajes susceptibles de suscitar controversia”.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

12. Por la semejanza de los recursos el Tribunal estima procedente examinarlos conjuntamente en una resolución única.

13. El Tribunal advierte que el Gobierno no ha suscitado excepción de inadmisibilidad a trámite, especialmente en lo que atañe a la cualidad de víctimas de los recurrentes. Recuerda, sin embargo, que la cuestión de la cualidad de víctima “sí afecta a su competencia propia, por lo que puede examinarla de oficio y en cualquier momento de las actuaciones (ver entre otros *Satakunnan Markkinapöytä Oy y Samedia Oy contra Finlandia* (GC & 93, 27 de junio de 2017, y *Dimo Dimov y otros contra Bulgaria*, n.º 30044/10, pfo. 52, de 7 de julio de 2020)”.

14. El Tribunal recuerda asimismo que interpreta de modo autónomo la noción de víctima, independientemente de las nociones nacionales como la de interés o la de legitimación activa (*Sanles Sanles contra España* (diciembre), n.º 48.335/99, TEDH, 2000-I), incluso cuando se ha de tener en cuenta el hecho de que el recurrente ha sido parte del procedimiento nacional (*Micallef - contra Malta*, GC, 1.1705/06, pfo. 48, TEDH 2009).

15. Según jurisprudencia constante del Tribunal el artículo 34 del Convenio no permite el recurso *in abstracto* contra violaciones del Convenio. Este no reconoce en efecto la *actio popularis*, lo que significa que un recurrente no puede quejarse de una disposición de derecho interno, de una práctica nacional o de un acto oficial simplemente porque le parezca que está infringiendo el Convenio. De ello se deduce que para poder presentar reclamación al amparo del artículo 34, una persona debe poder demostrar que ha “sufrido directamente los efectos” de la medida litigiosa. En este sentido hace falta que la medida dé lugar a indicios razonables y convincentes de la probabilidad de que se produzca una violación en lo que le afecte personalmente, sin que basten simples sospechas o conjeturas (*Centre de ressource juridiques au nom de Valentin Câmpeanu contra Rumanía*, GC, n.º 4.784/08, pfo. 101, TEDH 2014 y las referencias ya citadas).

16. En el caso de autos los recurrentes alegan que la resolución del CSA de dirigir un correo a las cadenas de televisión que habían retransmitido el vídeo en cuestión, así como la publicación de esa resolución y del comunicado de prensa de 31 de julio de 2014 en su página de Internet, constituían una injerencia en su derecho a la libertad de expresión. Este Tribunal constata que se difundió efectivamente el vídeo litigioso en las secciones de publicidad de tres cadenas francesas de televisión durante todo el tiempo inicialmente previsto, es decir durante un mes entre el 22 de marzo y el 21 de abril de 2014 (*vide supra* pfo. 3). Sólo con posterioridad a esa difusión intervinieron las autoridades nacionales ante las referidas cadenas de televisión para pedirles que “vigilen en el futuro las modalidades de difusión de mensajes susceptibles de causar controversia”.

17. Sin perjuicio de apreciar que los recurrentes han podido efectivamente impugnar la resolución y el comunicado de prensa del CSA ante el Consejo de Estado, el cual admitió que ambos actos podían, en cuanto a la materia, ser objeto de recurso por abuso de poder, este Tribunal hace hincapié en que la noción de víctima en el sentido del artículo 34 del

Convenio reviste un carácter autónomo. Dadas las circunstancias del caso, estima que a falta de otros elementos que habrían podido aportar los recurrentes sobre los efectos directa y personalmente sufridos por el solo hecho de la resolución y del comunicado controvertido sobre su derecho a la libertad de expresión, esta circunstancia no es suficiente para acreditar la cualidad de víctima de los recurrentes en el sentido del artículo 34 del Convenio.

18. Es cierto que, como él mismo alega, el segundo recurrente, tras haber solicitado en 2017 una nueva difusión del vídeo litigioso, recibió respuesta negativa de una de las cadenas televisivas que lo habían difundido en 2014, aduciendo la ausencia de “lugar para los spots gratificables en los períodos solicitados”. Pero aun cuando se pueda razonablemente admitir la existencia de un nexo entre esa negativa y las resoluciones del CSA, este Tribunal constata que la negativa fue producto de una resolución distinta, adoptada por otra persona jurídica, y que en todo caso el segundo recurrente no la impugnó ante las jurisdicciones nacionales (*vide supra* pfo. 10).

19. En conclusión este Tribunal estima que en lo relativo a la resolución y al comunicado del CSA, que por su propia naturaleza no surtieron efecto sobre la difusión del vídeo litigioso en marzo y abril de 2014, los recurrentes no pueden declararse víctimas en el sentido del artículo 34 del Convenio, y que en consecuencia sus pedimentos son incompatibles *ratione personae* con lo dispuesto por el Convenio en su artículo 35.3.a) y deben ser declarados inadmisibles a trámite en virtud del artículo 35.4.

Por todo lo que antecede, este Tribunal, pronunciándose por unanimidad,

RESUELVE acumular los dos recursos y declara inadmisibles a trámite ambos recursos.

Hecho en francés y comunicado por escrito el 1.º de septiembre de 2022.

Martina Keller

Stéphanie Mourou-Vikström

Secretaria adjunta

Presidenta

II. COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN ANTECEDENTE DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2022 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2.1. Introducción: Consideraciones metodológicas

Prescindimos para mayor comodidad del lector de resumir los hechos, las alegaciones de los recurrentes y las vicisitudes procesales de ambos recursos ante la jurisdicción nacional francesa primero y finalmente ante la europea (en lo sucesivo “el TEDH” o simplemente “el Tribunal”), y nos limitamos al análisis de la “Posición del Tribunal”, desarrollada en los párrafos 12 al 19 no sin hacer antes unas observaciones sobre el método seguido por el órgano decisor.

Se advierte que contra el orden convencional en las decisiones judiciales (por no decir dialécticamente obligado) el Tribunal ha entrado directamente en la cuestión de fondo, es decir si los recurrentes sufrieron una restricción injustificada de su libertad de expresión y podían por tanto considerarse “víctimas” en el sentido del artículo 34 del Convenio, y ha abordado sólo al final (pfs. 17, 18 y 19) la cuestión específicamente procesal de si habían agotado debidamente las instancias jurisdiccionales francesas y estaban legitimados para dirigirse al Tribunal Europeo. En otras palabras, la resolución ha pospuesto la constatación de lo que siempre se exige como requisito formal, si se nos admite la expresión, a saber la legitimación procesal de los interesados, con independencia de si tenían razón sobre el fondo. Señalemos por último que se han reunido, mejor dicho acumulado, en un breve párrafo, el 19 final y por este orden una desestimación por razones sustantivas y la inadmisión por causas procesales.

A la vista de lo que antecede, nos vemos obligados, al menos para mayor comodidad del lector, a seguir el orden de los alegatos, primero los de fondo y al final los de forma o trámite, dedicando la Sección II siguiente a los primeros y una breve Sección III a los segundos.

2.2. Resumen y comentario de los razonamientos sobre el fondo del caso

2.2.1. Consideraciones sobre el fondo

El primer y sustantivo argumento del Tribunal es que no se puede reconocer a los recurrentes la cualidad de “víctimas” en el sentido del artículo 34 del Convenio. Se dice en efecto (pfo. 14) que el Tribunal “interpreta de modo autónomo la noción de víctima independientemente de las nociones nacionales...”, y se precisa a continuación (pfo. 15) que, según jurisprudencia constante del propio Tribunal (sólo se cita, por cierto, un caso del año 2014), el artículo

citado “no permite el recurso *in abstracto* contra violaciones del Convenio” y que por lo tanto nadie puede reclamar ante la jurisdicción europea contra un acto o una práctica nacional simplemente porque el interesado crea que existe infracción del Convenio; es necesario que el interesado demuestre que “ha sufrido directamente los efectos” de la medida impugnada. En el caso de autos el órgano juzgador considera (pfo. 17 *in fine*) que la resolución y el comunicado de prensa del CSA, que los recurrentes estiman limitativos de su libertad de expresión, no constituyen base suficiente “para acreditar la cualidad de víctima de los recurrentes en el sentido del artículo 34 del Convenio”.

En segundo lugar, si bien en íntima relación con el concepto de víctima, el Tribunal niega (pfos. 15, 16 y 17, especialmente el 16) que los hechos denunciados hayan constituido una violación de la libertad de expresión; en otras palabras, niega que se haya causado daño alguno a los recurrentes por el CSA francés. A pesar de que la resolución agrupa, casi hasta confundirlos en uno solo, entrambos argumentos, la negación de la cualidad de víctima y de la de daño o perjuicio, los examinamos por separado y por el mismo orden para mayor claridad.

2.2.1.1. Sobre la noción de “víctima”

Entendemos que la interpretación “autónoma” del concepto de “víctima” por el Tribunal (sin que se esboce siquiera una directriz u orientación general) no se puede sustentar sin más en el artículo 34 (que, por cierto, no se transcribe), el cual dice:

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos” (sigue un segundo inciso que no afecta a la esencia del precepto).

En este precepto es esencial, a nuestro juicio, la palabra “considerar”, es decir, es suficiente, para que la reclamación sea admisible a trámite, que el recurrente “crea” (el término que utiliza precisamente el Tribunal) ser víctima de una violación de las libertades fundamentales consagrados en el Convenio. Aquí son palmariamente sinónimos los verbos “crea” y “considere”. Nótese, en efecto, que el artículo 34 no exige al recurrente probar o demostrar previamente haber “sufrido directamente los efectos” de la medida impugnada; basta, repetimos, que se alegue una presunta infracción del Convenio, para que el Tribunal tenga que admitir la demanda y enjuiciarla en cuanto al fondo mediante el debido procedimiento contradictorio en el que el reclamante pueda y deba presentar las pruebas pertinentes. Entonces, es decir cuando se haya entrado en el fondo y no antes, es cuando el Tribunal podrá hacer uso de su presunta facultad de interpretación “autónoma” de la noción de “víctima”.

A mayor abundamiento y desde una perspectiva estrictamente lógica, por encima de cualquier disposición legislativa o convenio internacional, rechazamos como cuestión de principio que ningún tribunal, sea cual fuere su rango y jurisdicción, nacional o supranacional, pueda arrogarse la facultad de interpretar de modo “autónomo”, es decir a su antojo, arbitrariamente, un concepto no ya de derecho común, sino, si se nos permite la expresión, de sentido común, como es el de “víctima” (sin perjuicio de que en cada caso el órgano juzgador pueda matizar según la cuantía o intensidad del daño sufrido por la parte demandante).

Se nos podría objetar teóricamente desde la perspectiva del órgano juzgador que, en todos los ordenamientos nacionales, así como en las jurisdicciones internacionales, existe la figura de la admisión a trámite de la demanda para evitar recursos frívolos, temerarios o carentes de la más elemental concreción o bien por manifiesta incompetencia del tribunal *ratione materiae*. Pero se trata de casos excepcionales de incompetencia manifiesta del tribunal ante el que se reclama, de ausencia flagrante de concreción de los hechos o actos objeto de demanda o bien de imposibilidad manifiesta de encaje o inclusión de esos hechos en el ordenamiento presuntamente conculcado. En la mayoría de los casos el demandante cumple los tres requisitos: que el tribunal sea competente, que los hechos sean reales y precisos y que la pretensión del demandante esté amparada o reconocida por la legislación vigente.

Es meridiano que el demandante tiene que alegar ante un tribunal nacional competente unos hechos o actos presuntamente ilícitos y haber sufrido daños precisamente como consecuencia de esos hechos, sin que en el momento inicial quepa exigir pruebas detalladas. Pues bien, en el caso que nos ocupa, los dos recurrentes habían cumplido perfectamente los tres requisitos: por un lado se dirigían al tribunal internacional específicamente instituido por el Convenio para examinar el objeto de la reclamación, y por otro hacían constar como actos recurridos la resolución y el subsiguiente comunicado de CSA, así como el daño o perjuicio que implicaba para la causa que defendían la imposibilidad de proseguir sus emisiones, como consecuencia más que probable del veto que suponían la resolución y el comunicado. El propio TEDH reconoce (pfo. 17, primer inciso) que el Consejo de Estado francés había admitido que “ambos actos podían, en cuanto a la materia, ser objeto de recurso por abuso de poder”. Bien es cierto que a continuación el Tribunal insiste en el “carácter autónomo” de la noción de “víctima” en el sentido del artículo 34 del Convenio (nuevamente sin la más somera indicación de lo que pueda significar esa presunta autonomía).

Por lo que antecede, y más aún por la afirmación tajante del órgano juzgador (pfo. 17 citado, *in fine*) de que no hay base suficiente para acreditar la cualidad de víctima dadas “las circunstancias del caso” y “a falta de otros elementos que habrían podido aportar los recurrentes sobre los efectos directa y personalmente sufridos por el solo hecho de la resolución y del comunicado”, nos vemos inexcusablemente obligados a interpretar en los párrafos

siguientes, siempre en el marco del caso, la noción, de “daños” que, como se advierte, el TEDH vincula a la de “víctima”.

2.2.1.2. En cuanto a los “daños” presuntamente sufridos por los recurrentes

Se trata palmariamente de si procede o no calificar como daños o perjuicios el veto de difusión televisiva presuntamente impuesto a los recurrentes por la resolución y el comunicado del CSA. Bien es cierto que el artículo 34 del Convenio no habla literalmente de daños ni de perjuicios (sólo de “violación” de derechos) y que la sentencia de autos sólo emplea la palabra “efectos” de la medida impugnada, pero preferimos emplear un término tradicional y bien arraigado en la legislación y la jurisprudencia. De este punto tratan no ya breve sino sumariamente los párrafos 15, 16 y algo más el 17 de la resolución del TEDH.

Señalemos en primer lugar que el Tribunal sostiene (pfo. 15) que para presentar una reclamación al amparo del artículo 34, el recurrente debe poder demostrar que ha “sufrido directamente los efectos” de la medida litigiosa y que hace falta, por lo tanto, “que la medida dé lugar a indicios razonables y convincentes... sin que basten simples sospechas o conjeturas”. Pero también reconoce el Tribunal (pfo. 17) que el propio Consejo de Estado francés (órgano de última instancia en lo contencioso-administrativo) “admitió que ambos actos” (la resolución y el comunicado de prensa) “podrían, en cuanto a la materia, ser objeto de recurso por abuso de poder”. Sin embargo esto no le ha parecido suficiente al órgano juzgador, el cual añade que “dadas las circunstancias del caso y a falta de otros elementos que habrían podido aportar los recurrentes sobre los efectos directa y personalmente sufridos... sobre su derecho a la libertad de expresión” por el solo hecho de la resolución y del comunicado, no procede acreditar la cualidad de “víctima... en el sentido del artículo 34 del Convenio”.

Debemos admitir objetivamente que es difícil para cualquier órgano jurisdiccional, tratándose de derechos no económicos o materiales sino morales, precisar la noción de “efecto” (por seguir la terminología de la sentencia), es decir la restricción o limitación de la libertad de expresión de los recurrentes como consecuencia de la resolución y del subsiguiente comunicado. Y entendemos, por tanto, que la sentencia haga hincapié sobre la necesidad de demostrar la “probabilidad” de una violación que haya afectado personalmente al reclamante. Sobre esta base jurídica (incluso moralmente) obligada nos proponemos analizar si en el caso de autos se ha probado suficientemente o no la presunta violación.

Recordemos que el Tribunal no exige prueba en sentido propio de que la medida impugnada haya afectado directa y personalmente a los recurrentes; sólo habla de “probabilidad”. Por esta razón sorprende que, aun habiendo

admitido implícitamente el Consejo de Estado francés esta probabilidad al dictaminar que podría haber abuso de poder *ratione materiae*, es decir justamente en cuanto a la resolución y el comunicado del CSA, el órgano europeo determine, como queda transcrito, que a falta de otros elementos, no se acredita la “cualidad de víctima de los recurrentes”.

Es verdad que el Consejo de Estado sentenció (*vide* pfo. 9) que al prohibir las inserciones gratuitas de los recurrentes en franjas o espacios televisivos estrictamente publicitarios, el CSA “no había atentado de forma desproporcionada a la libertad de expresión de los recurrentes”, por lo que desestimó los dos recursos. Pero esto no constituye argumento concluyente para la inadmisión a trámite por el TEDH, en primer lugar porque el Consejo de Estado no negó en rigor la existencia de atentado a la libertad de expresión, antes bien la reconoció implícitamente al decir que no había conculcado “de forma desproporcionada” dicha libertad, y en segundo lugar porque el TEDH, precisamente por su facultad que tanto invoca de interpretar autónomamente el concepto de “víctima”, habría podido optar por la conclusión contraria, es decir, que sí había existido violación, siquiera leve o a pequeña escala, de la libertad de expresión de los recurrentes, tanto más cuanto que el Tribunal, debe en casos dudosos, pronunciarse a favor de los recurrentes.

Siempre en materia de “probabilidad”, abundando en el término que utiliza la sentencia, señalemos que el propio Tribunal reconoce hacia el final de su exposición (pfo. 18) que se podría “razonablemente admitir la existencia de un nexo” entre, por una parte, la resolución y el comunicado del CSA en 2014 y, por otra, la negativa en 2017 de una de las cadenas que habían difundido el mensaje litigioso tres años antes a difundirlo de nuevo a petición del segundo recurrente, pero añade al final que la negativa “fue producto de una resolución distinta, adoptada por otra persona jurídica y que además no fue impugnada ante las autoridades nacionales”. A esto cabe contestar en primer lugar que se ha reconocido, cuando menos implícitamente, una probabilidad de violación de derechos basada en “indicios racionales y convincentes” (pfo. 15), y en segundo lugar los dos recurrentes, no sólo el segundo, quienes recurrieron inicialmente (el primero ante el Consejo de Estado, el segundo ante el Tribunal Administrativo de París). Es meridiana, pues, la probabilidad, por no decir la certeza, de una relación causa-efecto entre la actuación del CSA y la negativa de la referida cadena televisiva.

Queda por analizar una última cuestión en la materia, la de la mayor o menor proporcionalidad (o ausencia de proporcionalidad) entre, por una parte, los efectos causados por la resolución y el comunicado del CSA y la consecuente actitud negativa de varias cadenas de televisión (*vide supra* pfos. 8, 10 y el citado 18) y por otra, la medida o extensión en que había podido quedar coartada la posibilidad para los recurrentes de seguir difundiendo su mensaje por el conjunto de programas o sectores televisivos teóricamente utilizables; dicho de otro modo, si la imposibilidad para los recurrentes de seguir emitiendo su mensaje en las franjas o espacios publicitarios suponía

o no una proporción significativa del total de espacios franjas de televisión teóricamente utilizables o disponibles.

En este punto hubo un pronunciamiento categórico del Consejo de Estado (pfo.9): al ser inapropiada la difusión del mensaje en espacios estrictamente publicitarios, el CSA no había atentado de forma desproporcionada a la libertad de expresión de los recurrentes. El Tribunal, por su parte, parece hacer suya, al menos implícitamente, esta decisión, al no discutir siquiera el concepto de proporcionalidad. A primera vista se podría, por tanto, concluir que, por tratarse de un solo caso de negativa, no se demostró desproporción alguna en la limitación a la libertad de expresión de los recurrentes.

Afirmación contundente, pero no concluyente. Nos parece simplista aceptarla de plano, pues no se sustenta en datos amplios o generales de la que podríamos llamar oferta de la comunicación audiovisual ni en estudios serios y solventes. Dicho con más precisión, no sabemos qué otras posibilidades tenía el segundo recurrente (por extensión los dos) de difundir su mensaje modo gratuito o graciable. Es cierto que son varias las cadenas de televisión que operan en Francia como en cualquier país europeo, pero ni todas tienen la misma capacidad de audiencia ni todas admiten necesariamente la inserción gratuita de mensajes no publicitarios (también es cierto que no consta que el segundo recurrente hiciera alegaciones en este sentido, habiendo podido hacerlo).

En conclusión, no se ha probado más allá de toda duda que la negativa de una emisora determinada fuese un “atentado desproporcionado” a la libertad de expresión del segundo apelante, pero tampoco se ha demostrado palmariamente lo contrario. En este punto nos reafirmamos en nuestra posición por la manifiesta analogía, por no decir identidad, del objeto y motivos de una y otro recurso, de que en caso de duda el Tribunal puede, más aún debe, fallar que sí ha existido violación, siquiera en pequeña escala, de la libertad de expresión de la parte actora.

Hasta aquí las consideraciones de fondo. Pasemos ahora a los argumentos del Tribunal en el plano estrictamente procesal.

2.2.2. Consideraciones procesales

Ante todo, nos parece correcta la resolución del Tribunal de acumular desde el primer momento los dos recursos en un procedimiento único, como ya había hecho el Consejo de Estado francés (*vide supra* pfo. 8), por la manifiesta identidad de los hechos y motivos invocados.

Es también correcto inadmitir el recurso del segundo apelante, pero sólo por el motivo señalado en el pfo. 18 *in fine*, a saber, que el segundo recurrente no impugnó ante las jurisdicciones nacionales la negativa en 2017 de una de las cadenas televisivas a retransmitir de nuevo el mensaje que habían difundido el mensaje en 2014. No parece en cambio argumento válido añadir que

la negativa no apelada fue adoptada por una persona jurídica, la cadena de televisión, distinta del CSA. Esto es cierto, pero a nuestro juicio intrascendente desde la perspectiva del TEDH, para el cual bastaba el hecho de que no se había agotado la vía de recurso ante la jurisdicción nacional competente (art. 35.3 del Convenio).

Nos permitimos observar que el Tribunal habría podido, más aún habría debido, admitir a trámite el primer recurso, que sí había agotado las instancias nacionales (como reconoce implícitamente la sentencia al no mencionarlo siquiera).

Con esto damos por finalizada la exposición y pasamos a las

III. CONCLUSIONES

Primera.- Ha sido ajustada a derecho, según el citado artículo 35.3 del Convenio, la inadmisión del segundo recurso, no así la del primero, que sí cumplía los requisitos de dicha cláusula, y que, por lo tanto, habría debido ser acogido procesalmente y examinado en cuanto al fondo.

Segunda.- Rechazamos categóricamente que el Tribunal pueda interpretar no ya autónoma, sino “independientemente” la noción de “víctima” a que se refiere el artículo 34 del Convenio el cual establece sin lugar a dudas que tiene derecho a acudir al TEDH quienquiera “se considere” víctima de una violación de sus derechos o libertades. Con todos los respetos a la jurisdicción europea, su interpretación de la noción de “víctima” en el caso de autos para inadmitir al menos el primero de los recursos equivale a una denegación de justicia.

Tercera.- Se ha demostrado que los dos recurrentes, como consecuencia de la resolución y el comunicado del CSA en 2014 vieron cerrada la posibilidad de seguir difundiendo sus mensajes graciabiles por las cadenas de televisión que antes no habían tenido inconveniente en abrirles sus espacios, es decir, que hubo una limitación o restricción efectiva de libertad de expresión.

Cuarta.- En cuanto al alcance o gravedad de la referida restricción, no se ha probado que tuviese lugar en una escala “desproporcionada”, por seguir los términos del Consejo de Estado y del TEDH, ya que sólo se cita un caso de negativa de difusión en 2017, pero tampoco se ha razonado suficientemente lo contrario. El hecho mismo de que los recurrentes no volvieran a instar la difusión de sus mensajes hasta 2017 parece indicar que sí estaba surtiendo efecto en un grado significativo la presión del CSA sobre las cadenas de televisión.

Quinta.- Aun admitiendo que no ha habido desproporción, sí es palmario, pues ninguna de las partes procesales lo ha negado, que la resolución y el comunicado del CSA coartaron la libertad de expresión de los recurrentes, y que se ha cometido como mínimo una violación de los derechos

del segundo recurrente en 2017. Pues bien, es suficiente que haya un solo acto, un solo caso, por pequeño, episódico o incidental que pueda parecer, para que se pueda (es más se deba) declarar la existencia de una restricción injustificada de la libertad de expresión, más aún en este caso, en el que la declaración no produce consecuencia penal ni obligación de compensación de daños o perjuicios.

Sexta.- Al negarse a entrar en el fondo del asunto el TEDH ha desdenado una buena oportunidad de precisar el concepto de restricción de la libertad de expresión y, sin que esto suponga juzgar sus intenciones o su visión general de la materia, ha cometido, consciente o inconscientemente, una denegación de justicia, al menos por lo que se refiere al primer recurrente.

La inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de medidas urgentes de ordenación del empleo público

The unconstitutionality of the Law of the Parliament of the Canary Islands 18/2019, on urgent measures for the regulation of public employment

Fecha de recepción: 01/12/2022

Fecha de aceptación: 15/12/2022

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. ANTECEDENTES DE LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS Y ORIGEN DE LA DUDA CONSTITUCIONAL.—II. LA RELACIÓN NORMATIVA BÁSICA ESTATAL Y DE DESARROLLO AUTONÓMICO EN LA REGULACIÓN CUESTIONADA.—III. LA CONFIGURACIÓN DE LA LEY CUESTIONADA COMO LEY SINGULAR.—IV. VULNERACIÓN POR LA LEY RECURRIDA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PROTECCIÓN REFORZADA DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 14 DE LA MISMA NORMA.—4.1. Vulneración del derecho al acceso y la igualdad ante la ley.—4.2. Vulneración del derecho al acceso y a la igualdad en la ley.—V. INADMISIÓN DE PARTE DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. JUICIO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL EN LOS LITIGIOS TRAMITADOS.—VI. POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA.—VII. CONSECUENCIAS EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA Y LA LIMITACIÓN DE SUS EFECTOS PREVISTOS EN EL FUNDAMENTO JURÍDICO 7º.

* Antonio Domínguez Vila, profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de La Laguna. Abogado. <https://orcid.org/0000-0003-2169-6759>.

Gerardo Pérez Sánchez, profesor Asociado de Derecho Constitucional. Universidad de La Laguna. Abogado.

RESUMEN

Recientemente el Tribunal Constitucional ha dictado varias sentencias, sobre la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de 2 de diciembre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las administraciones canarias. La misma establecía que quienes resulten seleccionados en las convocatorias derivadas de las ofertas de empleo público correspondientes a los años 2015, 2016, 2017 y 2019, tomaría posesión de los puestos de trabajo que se les oferten y elijan, con carácter provisional no definitivo como hasta la fecha establecía el ordenamiento estatal básico y el autonómico canario. La aplicación de esa norma obligó a plantear varias cuestiones de inconstitucionalidad aceptadas y presentadas por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife número 2, además de por la Sala de Santa Cruz de Tenerife de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, cuestionando la norma desde la perspectiva de la invasión de competencias estatales por vulneración de normativa básica y, en el caso del Juzgado n.º 2, por estar ante una denominada "ley singular", sin cumplir los requisitos que la jurisprudencia constitucional tiene exigidos a estas normas excepcionales. Ello ha supuesto la declaración de inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo primero de la ley, incluyendo sus dos subapartados.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional, Canarias, función pública, legislación básica, bases, adscripción provisional, adscripción definitiva, ley singular.

ABSTRACT

Recently the Constitutional Court has handed down several sentences, and has some more pending to hand down, on Law of the Parliament of the Canary Islands 18/2019, of December 2, on urgent measures for the organization of public employment in the Canary Islands administrations. It established that those who are selected in the calls derived from the public employment offers corresponding to the years 2015, 2016, 2017 and 2019, would take possession of the jobs that are offered and chosen, on a provisional basis. This norm generated several questions of unconstitutionality presented by the Contentious-Administrative Court of Santa Cruz de Tenerife n.º 2, in addition to by the Contentious-Administrative Chamber of Santa Cruz de Tenerife of the Superior Court of Justice of the Canary Islands, questioning the norm since perspective of the invasion of state powers due to violation of basic regulations and, in the case of Court No. 2, for being before a so-called "singular law", without meeting the requirements that constitutional jurisprudence has demanded of these exceptional regulations. To date, this has led to the declaration of unconstitutionality of the second paragraph of the first article of the law, including its two subsections.

KEYWORDS: Constitutional Court, Canary Islands, public function, basic legislation, bases, provisional affiliation, singular law.

I. ANTECEDENTES DE LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS Y ORIGEN DE LA DUDA CONSTITUCIONAL.

El Tribunal Constitucional (TC) ha dictado una primera de varias sentencias, concretamente la 116/2022, de 27 de septiembre de 2022¹, dando respuesta a una primera de varias cuestiones de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife², respecto del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de 2 de diciembre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las administraciones canarias.

No es la única cuestión de inconstitucionalidad planteada con relación a dicha norma autonómica. Fueron varias cuestiones surgidas de otros tantos recursos, además, también se presentó otra cuestión, en este caso planteada por el Juzgado de lo Contencioso número 2 de Santa Cruz de Tenerife³, contra la misma ley territorial, aunque en este caso no limitando el cuestionamiento de la constitucionalidad al artículo 1 de la misma, sino cuestionando la totalidad de la ley. Sobre esta última se ha pronunciado la STC 134/2022 de 26 de octubre, si bien sin entrar sobre el fondo de la cuestión planteada como se desarrollará más adelante.

Tras la publicación de la primera sentencia 116/2022, el resto de cuestiones fueron resueltas por la vía de decretar una *pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad*.

Los antecedentes del caso, son los siguientes: Con fecha 11 de octubre de 2019 se publicó en el Boletín Oficial de Canarias el Decreto-Ley 6/2019, de 10 de octubre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las Administraciones canarias, dicha norma se aplicaría, según su propia redacción, exclusivamente a los procesos selectivos derivados de las Ofertas de Empleo Público de los años 2015, 2016 y 2017, y se estableció que la toma de posesión a los puestos de trabajo adjudicados a quienes superaran los procesos selectivos se haría “con carácter provisional”.

Posteriormente se publicó en ese mismo Boletín del 20 de noviembre de 2019 la Resolución de 5 de noviembre de 2019, de la Presidencia del Parlamento de Canarias, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Decreto-ley 6/2019, de 10 de octubre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las Administraciones canarias, así como su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Como

¹ Publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional del BOE del 1 de noviembre de 2022.

² Sección 2.ª, compuesta por los magistrados Excmo. Sr. Don Juan Ignacio Moreno – Luque Casariego (Presidente) Excmo. Sr. Don Jaime Guilarte Martín – Calero y como ponente Excmo. Sr. D. Evaristo González González.

³ Cuyo titular es el magistrado Excmo. Sr. D. Roi López Encinas.

consecuencia de lo anterior, se terminó aprobando por dicho Parlamento autonómico la Ley 18/2019, de 2 de diciembre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las administraciones canarias.

En dicha ley se establecía en su artículo Primero: *La adjudicación de puestos de trabajo a quienes hayan superado o superen los procesos selectivos derivados de las referidas Ofertas de Empleo Público, OEP, de 2015, 2016, 2017 y 2019 se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en los preceptos de esta Ley y, en particular, se ajustará a las siguientes reglas:*

“1. Quienes resulten seleccionados en las convocatorias derivadas de las referidas Ofertas de Empleo público correspondientes a los años 2015, 2016, 2017 y 2019 tomarán posesión de los puestos de trabajo que se les oferten y elijan, con carácter provisional. Sin perjuicio del reconocimiento, cuando proceda, de sus servicios previos, su antigüedad será computada desde la fecha de su toma de posesión, a todos los efectos, tanto retributivos como de promoción profesional, y el tiempo servido en puestos a los que el citado personal funcionario se haya adscrito provisionalmente se computará para la adquisición, reconocimiento y consolidación del grado personal”.

A raíz de todo ello, cientos de afectados por esta adscripción provisional tras superar los procesos selectivos, demandaron ante la jurisdicción contenciosa administrativa⁴, reclamando una adscripción definitiva conforme la normativa básica estatal. En las demandas presentadas, la defensa letrada de los aspirantes⁵ ya seleccionados solicitó formalmente de los órganos judiciales el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de la norma legal aplicada, motivando esa petición en dos grandes bloques argumentales:

- a) Se cuestionó la constitucionalidad del artículo primero de la Ley 18/2019, de 2 de diciembre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las administraciones canarias por vulneración del artículo 149.1 18.º de la Constitución (*El Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios*) e, igualmente, por vulneración del artículo 149.1.1.º de la Constitución (*El Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos*) en relación con el artículo 23 de la misma Constitución (*Los ciudadanos (...) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y*

⁴ En unos casos fueron los juzgados de lo contencioso-administrativo, por ser los competentes al ser procesos selectivos de promoción interna vertical (del Grupo C2 a C1) y por lo tanto, concurrir en los recurrentes, con anterioridad, la cualidad de funcionarios públicos y en otros, la Sala del TSJ, por no ser funcionarios con anterioridad los recurrentes y afectar el recurso al nacimiento de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera. Ello en virtud de los artículos 8.2.a) y 10.1.m) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁵ Desempeñada, en su condición de abogados ejercientes, por los profesores de Derecho Constitucional firmantes de este trabajo,

cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes) y en la afectación que en sobre los derechos de los artículos 14 y 23.2 incide la ley cuya inconstitucionalidad se alegaba por los recurrentes.

- b) Se cuestionó también la constitucionalidad de la integridad de la Ley 18/2019 por vulneración de los artículos 24.1 y 23 de la Constitución, en relación con la doctrina constitucional sobre los límites de las llamadas “leyes singulares” por ir en contra de la doctrina constitucional sobre los límites de esas concretas leyes.

Finalmente, en atención a lo solicitado por la representación procesal de los afectados que recurrieron, se terminaron formulando varias cuestiones de inconstitucionalidad. Una primera (cuestión ya resuelta en sentencia publicada) de varias planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, respecto del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, relativa a las cuestiones más vinculadas con los argumentos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas y otra, planteada por el por el Juzgado de lo Contencioso número 2 de Santa Cruz de Tenerife, esta diferente pues cuestionaba la totalidad de la ley autonómica, en la que se incluían los razonamientos sobre la doctrina de las leyes singulares.

Con posterioridad, a la sentencia 116/2022 se publicaron las sentencias del TC 127/2022; 128/2022 y 129/2022, todas ellas de 11 de octubre, las STC 133/2022, 134/2022, 135/2022, 136/2022, 137/2022, 138/2022 todas ellas de 26 de octubre, en las que se ha acordado la pérdida sobrevenida de las demás cuestiones de inconstitucionalidad más presentadas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, respecto del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de 2 de diciembre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las administraciones canarias. En palabras del Tribunal en esas últimas resoluciones mencionadas, *Dado que el segundo párrafo –incluyendo sus dos subapartados– de este precepto ya ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 116/2022, de 27 de septiembre, la duda planteada por el órgano judicial ha quedado resuelta, por lo que la presente cuestión de inconstitucionalidad ha perdido su objeto, conforme a la reiterada doctrina de este tribunal [SSTC 47/2017, de 27 de abril, FJ 3 c); 49/2017, de 8 de mayo, FJ 4; 55/2017, de 11 de mayo, FJ 3 c); 60/2018, de 4 de junio, FJ 3, y 153/2019, de 25 de noviembre, FJ único b)].*

Mención aparte merece la cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso número 2 de Santa Cruz de Tenerife, que ampliaba a la integridad de la ley por vulneración de la doctrina constitucional sobre las leyes singulares o de caso concreto y su resolución en la STC 134/2022, cuya resolución por el TC merece comentario aparte, que se efectuará más adelante.

En esta tramitación la Abogacía del Estado en defensa de las competencias básicas del Estado abogó por estimar la cuestión de inconstitucionalidad

planteada. Sin embargo, sorprendentemente, a pesar de los derechos fundamentales en presencia, el Ministerio Fiscal, solicitó la desestimación y el Letrado-Secretario General del Parlamento de Canarias, en coherencia con la Ley aprobada por este solicitó la desestimación de la cuestión.

II. LA RELACIÓN NORMATIVA BÁSICA ESTATAL Y DE DESARROLLO AUTONÓMICO EN LA REGULACIÓN CUESTIONADA

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, se centraba en la contradicción entre la normativa autonómica y algunos preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, en su cualidad de legislación básica. Otro de los objetos centrales a debatir en esta cuestión radicaba en el carácter básico o no del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado. En concreto, de su artículo 26 del mismo se establece que *la adjudicación de puestos de trabajo a los funcionarios de nuevo ingreso se efectuará de acuerdo con las peticiones de los interesados entre los puestos ofertados a los mismos, según el orden obtenido en el proceso selectivo, siempre que reúnan los requisitos objetivos determinados para cada puesto en las relaciones de puestos de trabajo. Estos destinos tendrán carácter definitivo, equivalente a todos los efectos a los obtenidos por concurso.*

En el caso que nos ocupa, tanto el Estado como la Comunidad Autónoma de Canarias ejercitan las funciones legislativas, correspondiendo al Estado la legislación básica que, conforme a la doctrina del TC ⁶, puede consistir en normas con rango de ley, con carácter preferente, pero también reglamentarias y, a las CC.AA. la legislación de desarrollo, la potestad reglamentaria del conjunto normativo anterior y la función ejecutiva.

Es un problema recurrente del sistema ideado por la Constitución para el desarrollo del Estado Autonomo, el de la delimitación de lo que debe considerarse contenido de la legislación básica. Conforme la sentencia del TC 69/1988⁷, el sentido de las normas básicas es delimitar, con alcance general, el espacio normativo al que las CC.AA. deben circunscribirse, cuando ejercitan en defensa de sus intereses peculiares, las competencias propias que tengan en relación con la materia. La definición de lo básico corresponde al legislador estatal sin alterar el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y con observancia de las garantías de certidumbre jurídica que sean necesarias para asegurar que las CC.AA. tengan posibilidad normal

⁶ STC 31/2010, FJ. 60.

⁷ FJ 4.º y 5.º

de conocer cuál es el marco básico al que deben someter sus competencias.

Cuando la Constitución emplea formulas amplias como *bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos*, no agota las competencias estatales y deja abierta su definición al legislador *infra* constitucional que explicitará lo que sea básico.

Los criterios del legislador estatal para la determinación de lo básico pueden deducirse⁸ de la propia Constitución:

“1.º Cuando la materia concierne al interés general del Estado.

2.º Que lo que sea ese interés general lo determina el legislador en cada caso concreto que debe emplearse en la concreción del anteriormente citado común denominador normativo con una regulación uniforme y de vigencia común en toda la nación.

3.º Lo que constituye el contenido mínimo de lo básico lo viene determinando el TC desde su STC 1/1982 y posteriormente en la 25/1983. Con más precisión, completó la determinación del contenido de lo básico afirmando que por «principios», «bases» y «directrices» hay que entender: *los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado. Por ello, la mencionada idea posee un sentido positivo y otro negativo: el sentido positivo manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros; en sentido negativo, por la misma razón, constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias*”.

La Sentencia 141/1993 resume bien esa doctrina establecida desde las primeras decisiones de aquel Alto Tribunal en relación con este problema: *En virtud de esa definición material de lo básico corresponde al legislador estatal delimitar su contenido y alcance, pero sin alterar el orden constitucional y estatutario de competencias y sin que ello suponga que debe aceptarse en todo caso el criterio del legislador estatal, pues si la calificación de un precepto como básico resulta impugnada, corresponde a este Tribunal, en tanto que intérprete supremo de la Constitución, revisar dicha calificación y deducir, en última instancia, si la norma es o no materialmente básica (SSTC 69/1988, 227/1988, 15/1989, entre otras).*

Las sentencias del Tribunal Constitucional 235/2000 y 37/2002 determinan qué debe entenderse por la expresión «régimen estatutario de los funcionarios públicos», que incluye, entre otros aspectos el modo de provisión de puestos de trabajo, siendo el Estado completamente libre para determinar la concreción de lo básico dentro de los límites constitucionales. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003, entiende que todo lo referente a las situaciones administrativas (FJ 3.º), como la perdi-

⁸ MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, TVI. Ed. BOE, pp. 216 y ss.

da de la condición de funcionario o él cumplimiento de todos los requisitos para su adquisición, (nombramiento definitivo en puesto de trabajo), es y debe ser regulado por las bases estatales.

En el mismo sentido, la STC 1/2003, que entiende que todo lo referente a las situaciones administrativas (FJ 3.º), como la pérdida de la condición de funcionario o él cumplimiento de todos los requisitos para su adquisición, (nombramiento definitivo en puesto de trabajo), como es el caso, es y debe ser regulado por las bases estatales. El TC reconoce una *libertad de configuración absoluta al legislador estatal para definir lo básico*, pues no hay en determinadas materias, como función pública, *límite al contenido regulador*. La STC 119/2016, por su parte, expresa en su FJ 4.º que: *el régimen jurídico de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE), correspondiendo al Estado el establecimiento de las bases del régimen relativo a sus derechos y deberes, y a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y ejecución de la función pública autonómica y local, de acuerdo con la legislación básica. Este criterio, que hace prevalecer el título competencial atribuido al Estado por el artículo 149.1.18 CE cuando se trata de regulaciones permanentes de derechos de los funcionarios, también ha sido recogido, esta vez en relación a la definición de la jornada laboral, en la STC 99/2016, de 25 de mayo (RTC 2016, 99). Conforme a lo que antecede concluimos, en primer lugar, que entre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos de todas las Administraciones públicas cabe incluir previsiones comunes relativas tanto a sus retribuciones como a los supuestos de ausencia temporal justificada al puesto de trabajo (permisos, licencias y vacaciones), con el objetivo de lograr una mínima y fundamental homogeneidad en unos aspectos sustanciales del régimen funcionarial, por lo que el título competencial del artículo 149.1.18 CE legitima la nueva redacción que el artículo 8 del Real Decreto-ley 20/2012 le ha dado a los artículos 48 y 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril.*

En consecuencia, debe entenderse que se incluye en el estatuto básico de los funcionarios públicos:

- a) El modo de provisión de puestos de trabajo, siendo el Estado completamente libre para determinar la concreción de lo básico dentro de los límites constitucionales.
- b) Todo lo referente a la pérdida de la condición de funcionario o él cumplimiento de todos los requisitos para su adquisición (nombramiento definitivo en puesto de trabajo) o las situaciones administrativas.
- c) Las condiciones de promoción de la carrera administrativa

Actualmente la norma legal de cabecera del sistema normativo es el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TRLEBEP) y la normativa anterior de rango legal o reglamentario no derogada por este y que conserva su carácter básico (Ley 30/1984 y Real Decreto 264/1995, entre otros).

Se sostuvo en el recurso, que el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general de Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado, tiene carácter básico junto con la Ley 30/1984 y ahora el TRLEBEP. Como se ha apuntado más atrás, conforme a la doctrina del TC, la legislación básica del Estado puede plasmarse en normas con rango de Ley, preferiblemente, pero también caben en normas de rango reglamentario, véase por todas, la STC 31/2010, FJ 60.

El carácter básico del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, ha venido siendo ratificado también por la jurisprudencia y en especial por el TSJ de Canarias. Valga por todas la Sentencia n.º 383 de 30 de noviembre de 2006⁹, rec. n.º 66/2005, (ratificada por la STS n.º 7756, de 15 de diciembre de 2010), en la que se anulan, una vez más, dos preceptos de un Decreto autonómico, el 48/1998. En el mismo sentido las sentencias de 19 de mayo de 2008, rec. 334/2006 (ratificada por la STS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª), y de 8 de marzo 2011, rec. 3291/2008.

Se ha de señalar también que la doctrina jurisprudencial acerca del carácter de básico del derecho a la adscripción definitiva se recoge en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias, (Sede de Santa Cruz de Tenerife), 5/2008, de 11 de enero (rec. 436/2007), y 49/2008, de 25 de febrero, (rec. 397/2006)¹⁰. El mismo criterio sigue la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, sirviendo como referencia las siguientes Sentencias: la Sentencia de la Sección 1ª 317/2011, de 23 de septiembre, (Rec. 646/2009) y la jurisprudencia de la misma Sala en ella referenciada. Dicha Sentencia fue recurrida en casación por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, siendo inadmitido dicho recurso por Auto del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2008, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, Rec. 4602/2007. La Sentencia de la Sección 1.ª, 429/2016 de 13 de septiembre de 2016, (Rec. 381/2015), que vuelve a concluir que:

“sí consideramos que tiene carácter básico el artículo 26.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en cuanto establece que la asignación inicial de puestos de trabajo a los funcionarios de nuevo ingreso tiene carácter definitivo”.

En el mismo sentido la Sentencia de la Sección 1.ª de 4 de julio de 2017, (Rec. 361/2016).

⁹ En el mismo sentido las Sentencias de 26 de junio de 2007, rec. 402/2005; 21 de febrero de 2008, rec. 397/2006; y 19 de mayo de 2008, y rec. 228/2008.

¹⁰ Ratificada esta por la STS Sección 7.ª, de 25 de marzo 2011, (rec. 2057/2008).

Por lo que respecta al Reglamento General de Ingreso, la representación procesal del Gobierno y del Parlamento de Canarias alegaron que no cabía reconocer naturaleza básica a preceptos que, como los artículos 26.1 y 63 del mencionado texto normativo, son de rango reglamentario y, además, que resultan ser de aplicación meramente supletoria a las Comunidades Autónomas, dado que, según su artículo 1.3 *este Reglamento tendrá carácter supletorio para todos los funcionarios civiles al servicio de la administración del Estado no incluidos en su ámbito de aplicación y los de las restantes administraciones públicas*.

El TC en la sentencia que se comenta, recuerda que la posible existencia de normas básicas reglamentarias y de normas supletorias que se aplican sólo transitoriamente a las comunidades autónomas hasta que estas aprueben su propia regulación ha sido expresamente aceptada por la doctrina constitucional, siempre que se cumplan determinados requisitos. Para el TC no es necesario dilucidar si los artículos 26.1 y 63 del Reglamento General de Ingreso gozan de carácter básico, dado que, en su caso, estaríamos ante un posible supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta. Sin embargo, parece deducir su carácter solo supletorio al expresar que el Estado dota a esos artículos de aplicabilidad meramente supletoria a las Comunidades Autónomas y, con ello, permite que su aplicación sea lícitamente desplazada por la normativa autonómica propia; desplazamiento que imposibilita la existencia de contradicción efectiva entre la norma autonómica y la estatal. Con lo que dilucida la cuestión en contra de la jurisprudencia de los tribunales hasta ahora producida y concluye que el artículo 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, al regular el régimen de adscripción de los funcionarios de nuevo ingreso para los supuestos incluidos en su ámbito de aplicación, ha desplazado para tales supuestos la aplicación de los preceptos del Reglamento General de Ingreso, decaendo así el presupuesto indispensable para una declaración de inconstitucionalidad mediata o indirecta por vulneración de aquellos. El objeto del enjuiciamiento quedó reducido por tanto a la posible contradicción del precepto cuestionado con la Ley 30/1984.

III. LA CONFIGURACIÓN DE LA LEY CUESTIONADA COMO LEY SINGULAR

La Ley 18/2019 así como el Decreto Ley 6/2019, del que trae causa, son normas con fuerza y rango de ley que se apartan de la característica de generalidad propia de las leyes, como normas singulares de caso concreto que pretenden dar una regulación diferente a un concreto grupo de personas, al margen de la solución genérica que la regulación general tiene establecida para el resto de la ciudadanía afectada. Como se indica en la propia Exposición de Motivos del Decreto Ley 6/2019, de 10 de octubre, el fundamento de la norma no es regular de forma genérica el empleo público en Canarias, sino que se trata de una solución particular y tan sólo aplicable a determinados procesos selectivos. Así, en dicha Exposición de Motivos, se hace referencia a que la norma está

destinada en exclusiva para la *culminación de los procesos selectivos derivados de las Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016 y 2017, a fin de incorporar, sin más demora, al personal en curso de selección y, en su caso, pendiente de nombramiento.*

La regulación era parcial y específica, centrándose en la adjudicación o provisión de los puestos de trabajo de forma provisional y no definitiva. Por ello, se ha usado una norma con rango de ley para dar una solución parcial y temporal a un concreto grupo de funcionarios. Así, existirían dos tipos de regulaciones:

- a) Una regulación excepcional sólo aplicable a la fase de ejecución de las Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016 y 2017 y, específicamente, en lo relativo a posibilitar una adscripción provisional en el momento de su ingreso y que viene establecida por la Ley 18/2019 y el Decreto Ley 6/2019, de 10 de octubre que le precedió.
- b) Otra regulación, ya general y aplicable al resto de Ofertas de Empleo Público anteriores y posteriores, la cual contiene por ello una regulación más completa del Empleo Público.

Siguiendo al Tribunal Constitucional, en su STC 203/2013 de 5 de diciembre, procede analizar la “repetibilidad” de la aplicación de la ley. Si sólo es susceptible de aplicarse a un concreto supuesto, o en un concreto momento temporal, estaríamos ante un supuesto excepcional que pugnaría con las características propias de las normas jurídicas generales en general y de las leyes en particular. Por ello, al solicitar del órgano judicial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, hablábamos de una norma con rango de ley de naturaleza singular.

Existe una larga lista de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sobre este tipo de normas singulares, las cuales establecen los estrictos requisitos para que dicha norma pueda ser constitucional.

Así podemos citar:

- La STC 166/1986, de 19 de noviembre relativa al caso de la expropiación de “RUMASA” y que, pese a que formalmente desestimó la cuestión de inconstitucionalidad frente a la ley singular enjuiciada, posteriormente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 condenó a España precisamente por la vulneración en los derechos de los afectados que supuso la ejecución de dicha ley singular.
- La STC 48/2005, de 3 de marzo (relativa al asunto de la expropiación de inmuebles para la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias); en donde se declaró inconstitucional la ley singular enjuiciada.
- La STC 129/2013, de 4 de junio (caso “planta de Santovenia del Pisuerga”); en donde se declaró inconstitucional la ley singular enjuiciada,

- La STC 203/2013, de 5 de diciembre (caso “proyecto regional Ciudad del Medio Ambiente”); en donde se declaró inconstitucional la ley singular enjuiciada,
- La STC 50/2015, de 5 de marzo (caso “Parque Natural de Fuentes Carrionas”); en donde se declaró inconstitucional la ley singular enjuiciada,
- La STC 152/2017, de 21 de diciembre (caso “almacenamiento subterráneo de gas ‘Castor’”), en donde se declaró inconstitucional el Decreto Ley enjuiciado.

De todas esas sentencias se desprenden una sólida y consolidada jurisprudencia constitucional que establece los límites de tales normas singulares, límites definidos a partir de la STC 166/1986, bastando con que se rebase sólo uno de ellos para que la ley singular merezca ser tachada de inconstitucional. Concretamente:

- a) El primero de ellos se deriva del principio de igualdad en la Ley establecido en el artículo 14 de la CE y se concreta en la prohibición de establecer una desigualdad arbitraria o injustificada y, en su virtud, que la ley singular *debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta.*
- b) El segundo límite parte de la idea de que *dichas Leyes constituyen intervención del legislador en el ámbito de poder del gobernante y administrador». De acuerdo con ella, entiende el TC que la adopción de Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediabiles por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular.*
- c) Por último, de la naturaleza de los derechos fundamentales, deduce el TC que, aunque las leyes singulares pueden «incidir» en la tutela judicial del derecho afectado por la Ley singular, el grado de «incidencia» permitido en esa tutela dependerá del derecho afectado por la ley singular de que se trate. En la práctica, la aplicación de este límite se ha centrado en el análisis de la injerencia de la ley sometida a control de constitucionalidad en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE). Es de especial relevancia este tercer límite, dado que el mismo es ampliamente reconocido tanto por el TC como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En definitiva, viene a significar que, al adoptarse medidas con el rango normativo de la ley, se imposibilita el control jurisdiccional ordinario, así como la posibilidad de que el afectado lo impugne.

En este caso, se alegaba que se había rebasado todos estos límites, aunque baste uno sólo de ellos para que pueda hablarse de inconstitucionalidad, en concreto:

1. Desigualdad arbitraria o injustificada: En este caso, para los recurrentes, la concreta medida enjuiciada (que los funcionarios de las Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019 tengan una adscripción provisional y no definitiva) no pasa los filtros de razonabilidad, proporcionalidad y eficacia del diferente trato entre los funcionarios que en las anteriores Ofertas de Empleo Público, así como los funcionarios que participen en las posteriores, (los cuales han tenido y tendrán una adscripción definitiva desde su ingreso) con relación a los funcionarios de las Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019.

El problema debe analizarse desde la perspectiva de la “razonabilidad y proporcionalidad” de la ley singular frente al supuesto de hecho sobre el que se proyecta. Sin embargo, la única razón dada en la norma para imponer la adscripción provisional al puesto en lugar de la genérica adscripción definitiva que siempre ha sido de aplicación estriba en una nulidad de un acto de la propia Administración (conforme a la Exposición de Motivos, la nulidad de las relaciones de puestos de trabajo de los distintos departamentos y organismos autónomos del Gobierno de Canarias) y las dificultades de la propia Administración para cumplir con una sentencia que la condenó (la sentencia número 74 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 21 de febrero de 2018).

Además, la adopción de la medida (la adscripción provisional al puesto de los funcionarios afectados) se impone sobre la base de cuatro errores o falsedades:

- a) Que dicha adscripción provisional es la única medida al alcance de la Administración para solventar el problema.
- b) Pese a que formalmente, conforme a la literalidad de la ley, dicha adscripción provisional afecta a los funcionarios que «hayan superado o superen los procesos selectivos derivados de las referidas Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019», lo cierto es que sólo afecta a las promociones cuyas adscripciones salieron con posterioridad al 14 de febrero de 2020, existiendo numerosos funcionarios de esos procedimientos selectivos que sí han entrado desde el primer momento con una adscripción provisional.
- c) Que dicha medida no afecta ni produce daño alguno, por mínimo que fuera, a los derechos que se derivan de la propia incorporación a los puestos de trabajo.
- d) Que el Gobierno de Canarias vendrá obligado a convocar los correspondientes concursos de provisión de puestos, en el ámbito de la Administración General, en todo caso antes del día 1 de julio de 2021.

Sin embargo, no parece existir explicación alguna sobre el motivo por el que la adscripción provisional es la única medida al alcance de la Administración para solventar esa situación que pretende solventar. Conforme a la literalidad de la ley, dicha adscripción provisional afecta a los funcionarios que *hayan superado o superen los procesos selectivos derivados de las referidas Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019*, pero sin embargo, lo cierto es que sólo afecta a las promociones cuyas adscripciones salieron con posterioridad al 14 de febrero de 2020, existiendo numerosos funcionarios de esos procedimientos selectivos que sí han entrado desde el primer momento con una adscripción provisional, generándose una manifiesta desigualdad en la aplicación del criterio de la adscripción provisional. Pese a que formalmente afecta a todos los que han pasado los procesos selectivos derivados de las referidas Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019, son sólo unos pocos los verdaderamente afectados. Ello, además de la desigualdad ya denunciada, deriva en la constatación de que la medida de la adscripción provisional no era imprescindible y necesaria, ni su aplicación ha sido proporcional y equitativa.

Se alegó igualmente que la medida sí afecta a la esfera de los derechos del personal funcionario afectado, toda vez que pese a afirmarse que *su antigüedad será computada desde la fecha de su toma de posesión, a todos los efectos, tanto retributivos como de promoción profesional, y el tiempo servido en puestos a los que el citado personal funcionario se haya adscrito provisionalmente se computará para la adquisición, reconocimiento y consolidación del grado personal*, lo cierto es que no es así, toda vez que existe numerosa jurisprudencia que establece todo lo contrario, es decir que los puestos en adscripción provisional no sirven para la consolidación del grado personal.

Por último, el plazo contenido en la norma (1 de julio de 2021), es un plazo que no vinculaba realmente al Gobierno, toda vez que ni se regula sanción o consecuencia alguna en caso de incumplimiento, ni nada impide que nuevamente por la vía del Decreto Ley se pueda modificar a la mera voluntad del afectado y supuestamente vinculado por dicho plazo.

2. Ausencia de justificación para acudir a la vía de la Ley singular o Ley Medida: No existe explicación o argumento alguno por el que se pueda defender que sólo por medio de una ley singular se pudieran lograr los fines que la Administración perseguía con el impulso y aprobación de la Ley 18/2019. Conforme se ha señalado anteriormente, se debería justificar suficientemente tanto la necesidad de que sea el legislador el que usurpe un ámbito de actuación normalmente reservado a ámbito gubernamental o administrativo, como la necesidad de que la solución elegida sea singularizada y sólo aplicable a un caso concreto.

Además, conforme al artículo 103 de la Constitución y la jurisprudencia de nuestro TC, la reserva de ley del citado precepto es para una ley formal y general del Parlamento, sin poder estar regulados dichos aspectos en leyes de

caso concreto o leyes singulares. Así, conforme a la STC 99/1987, *en el artículo 103.3 de la Constitución se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por Ley de diversos ámbitos de la Función Pública, entre los que se cuenta el “Estatuto de los funcionarios públicos” (...) En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución.*

3. Afectación a la tutela judicial efectiva: Igualmente, se le está privando al funcionario de la posibilidad de recurrir o impugnar su adscripción provisional, al establecerla esa decisión en una norma con rango de ley. Es más, los funcionarios afectados podrán, en su caso, recurrir o impugnar cualquier decisión adoptada durante todas las fases de la Oferta de Empleo Público, con la excepción de su adscripción provisional, la cual será inatacable de forma directa por los afectados.

Esa privación al afectado de acudir a los tribunales ordinarios para la impugnación de actos y resoluciones que, por su propia naturaleza, han de ser impugnables, es una de las principales razones usadas por nuestro TC para declarar la nulidad de estas leyes singulares. Citando a la STC 48/2005, de 3 de marzo *las leyes singulares (...) inciden sobre el derecho a la tutela judicial de la propiedad, que el artículo 24.1 de la misma Constitución garantiza*, así como que el ciudadano tiene derecho a que cada una de las fases dentro de un procedimiento administrativo *se verifique a través de actos que puedan ser objeto de revisión jurisdiccional en todos sus extremos*. Igualmente, en la STC 148/1986, de 25 de noviembre se proclama, citando a la STC 50/1986, de 23 de abril, el derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad en el acceso al cargo público.

Con esta ley singular se venía a excluir una posibilidad de impugnación al afectado por la misma que en el ámbito general no se excluye, viniendo obligado a que las fases del procedimiento de selección de funcionarios y adjudicación de destinos se lleve a cabo mediante normas que permitan su impugnación ante los tribunales ordinarios, toda vez que las normas con rango de ley son accesibles a un control judicial limitado, por cuanto un juicio de constitucionalidad negativo sólo puede llevar al juez ordinario a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, en cuya sustanciación no tiene intervención (inmediata) el afectado.

La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso número 2 de Santa Cruz de Tenerife, establece literalmente en el Auto en el que se eleva la cuestión ante el Tribunal Constitucional como razón de tal cuestionamiento por constituir la norma territorial una “ley singular extra-limitadora”. Literalmente el Auto manifiesta:

«Se suscita la duda a este Juzgador, a cerca de la eventual inconstitucionalidad de la ley 18/2019, por no superar el canon limitativo previsto por la doctrina jurisprudencial del TC y sustentada sobre los tres pilares sobradamente conocidos. Así, la ley singular debe:

1.º responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta».

2.º «la adopción de Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediabiles por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios.

3.º. El tercer límite, viene a significar que, al adoptarse medidas con el rango normativo de la ley, se imposibilita el control jurisdiccional ordinario, así como la posibilidad de que el afectado lo impugne.»

La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, si bien en su Auto de planteamiento de la cuestión se pronunció sobre la naturaleza de la norma autonómica como ley singular, sólo preguntó al Tribunal Constitucional sobre la cuestión estrictamente competencia. Así, en este Auto se puede leer:

«La Sala, por lo tanto, cuestiona, y así lo plantea ante el Tribunal Constitucional, que una ley singular autonómica pueda exceptuar una previsión básica del Estado ni siquiera con carácter excepcional y temporal.

Es decir, creemos que no solamente se infringirían las bases del Estado si se aprobase una ley canaria de función pública con vocación general y permanente que invadiese la competencia estatal, sino que también infringe dichas bases una ley singular o de caso único aun cuando no pretenda ser aplicada sino a determinadas ofertas de empleo público».

Por esta razón, la primera STC 116/2022, de 27 de septiembre de 2022, se pronuncia sobre la relación entre la legislación básica del Estado y la de desarrollo, sin analizar el problema de la ley singular. En la sentencia se establece que *a la vista de las extensas alegaciones realizadas al respecto por las partes, ha de aclararse que el carácter presuntamente singular de la disposición legal cuestionada no se suscita como posible motivo autónomo de inconstitucionalidad, sino que se plantea en relación de instrumentalidad con la duda de contenido competencial.*

Sin embargo, en la STC 134/2022 de 26 de octubre resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado n.º 2 de los de Santa Cruz de Tenerife, deja sin analizar ni resolver el fondo de la duda sobre la constitucionalidad de la ley singular. Para el Tribunal el carácter presuntamente singular de la disposición legal cuestionada no se suscita, en realidad, *como posible motivo autónomo de inconstitucionalidad, sino que se plantea en relación de instrumentalidad con la duda de contenido competencial.* La Sala cita del Auto de planteamiento el cual, tras exponer los motivos por los que considera que la ley cuestionada constituye una ley singular o de caso único, duda de *la proporcionalidad de la medida adoptada, por cuanto el mecanismo legislativo arbitrado, incide en una de las características básicas propias e intrínsecas de la condición funcional,*

esto es el carácter inamovible del puesto del que se toma posesión. Por ello para el TC lo que se plantea por el Juzgado no es, por lo tanto, la posible inconstitucionalidad de la norma cuestionada por constituir una medida legislativa singular o de caso único, sino en sentido estricto, por la asignación provisional de destino que *se hace en virtud de lo dispuesto en la Ley 18/2019, cuya anulación directa le estaba vedada a este juzgador, limitándose en consecuencia la tutela judicial efectiva de los funcionarios de carrera ya nombrados*, de modo que se habría producido la inconstitucionalidad mediata o indirecta a pesar de que la ley autonómica exceptúe la previsión básica estatal con carácter excepcional y temporal. De este modo, con vulneración, en su caso, de la normativa básica estatal, se reconduce su posible inconstitucionalidad a la eventual lesión de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española, por generar desigualdad entre los funcionarios públicos nombrados provisionalmente y aquellos otros que pese a haber accedido a la función pública con ocasión de las mismas u otras ofertas de empleo público, anteriores o posteriores, obtienen, sin embargo, una adscripción definitiva.

Por ello, la decisión del TC es la misma que la del resto de sentencias dictadas después de la sentencia 116/2022 sobre el mismo asunto, es decir, declarar la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

IV. VULNERACIÓN POR LA LEY RECURRIDA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PROTECCIÓN REFORZADA DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 14 DE LA MISMA NORMA

Para los recurrentes, la Ley 18/2019, como el Decreto Ley 6/2019, del que trae causa, vulneran el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del artículo 23.2 de la Constitución, así como el derecho a la igualdad “en la ley” y “ante la ley” del artículo 14 de la misma norma. La desigualdad hace referencia a que unos funcionarios ingresan en la Administración con una “adscripción provisional”, mientras que otros ingresan con una “adscripción definitiva”.

Ese trato desigual se concreta en dos ámbitos diferentes:

- a) Dentro de los teóricos destinatarios de la ley 18/2019 (es decir, entre los funcionarios de las Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019), entre los que tuvieron una adscripción anterior al 14 de febrero de 2020 (y que fue definitiva), y los que tuvieron una adscripción posterior a dicha fecha (y que fue provisional). En este caso hablaríamos de una vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del artículo

23.2 de la Constitución, así como el derecho a la igualdad “ante la ley” del artículo 14 de la Constitución.

- b) Entre los teóricos destinatarios de la ley 18/2019 (es decir, entre los funcionarios de las Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019) con relación al resto de funcionarios anteriores y futuros que no se verán afectados por esta norma. Esta discriminación supondría una vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del artículo 23.2 de la Constitución, así como el derecho a la igualdad “en la ley” del artículo 14 de la Constitución.

Pese a que la Ley-medida 18/2019 intenta razonar que entre la adscripción definitiva y la provisional no existe ningún tipo de diferencia en cuanto a derechos, ya sean económicos, personales o profesionales, lo cierto es que no es así. Así, la ley en su Exposición de Motivos alega que semejante diferencia en la adscripción no afecta ni produce *daño alguno, por mínimo que fuera, a los derechos que se derivan de la propia incorporación a los puestos de trabajo*, pero lo cierto es que existen numerosas formas por las cuales la adscripción provisional afecta a la espera de derechos e intereses de los afectados. Además, conforme a reiterada y consolidada jurisprudencia [por todas, la STS de 22 de octubre de 2012 (Sala Tercera, Sección 7.ª, rec. 301/2011)] la adscripción provisional sí incide en el elenco de derechos de los funcionarios. En el mismo sentido, la STS de 20 de enero de 2003 (Sala Tercera, Sección 7.ª, rec. 6/2002).

El TC ha consolidado el criterio de que el derecho fundamental del artículo 23.2 abarca el de los ciudadanos a ser tratados en igualdad de condiciones para el acceso a la función pública en sentido estricto, y no sólo a los cargos representativos (así por ejemplo en las SSTC 42/1981, 75/1983, 73/1998). El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del artículo 23.2 de la Constitución garantiza la igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos o tratos diferenciados para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio (STC 73/1998; STC 193/1987; STC 47/1990 o STC 37/2004, STC 235/2000 (FJ 12.º), entre otras). Características destacables del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas que consagra el artículo 23.2 de la CE, son su relación de conexión con el artículo 103.3 de la CE y con el artículo 14 de la CE, como reflejo del valor superior «igualdad», del ordenamiento jurídico, que consagra el artículo 1.1 de la CE.

Finalmente, conforme la STC 27/1991, de 14 de febrero el derecho del artículo 23.2 de la CE actúa como exigencia de igualdad tanto «ante» la ley (o en la aplicación de la ley), como en la igualdad «en» la ley (aspecto éste último que obliga al legislador a que los requisitos que exija para el acceso como las diferencias de trato estén vinculadas por la prohibición de discriminación del propio art. 14 de la CE).

Con la anterior doctrina, analizaremos por separado las diferentes discriminaciones que denunciaremos:

4.1. Vulneración del derecho al acceso y la igualdad ante la ley

La vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del artículo 23.2 de la Constitución, así como el derecho a la igualdad “ante la ley” del artículo 14 de la Constitución (discriminación dentro los funcionarios de las Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019 entre los que tuvieron una adscripción definitiva anterior al 14 de febrero de 2020 y los que tuvieron una adscripción posterior a dicha fecha provisional).

Como ha quedado descrito pese a que formalmente los destinatarios de la ley 18/2019 son los funcionarios de las Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019, a los cuales sería de aplicación la medida de tomar posesión en un puesto adscrito de forma provisional, lo cierto es que dicha adscripción provisional tan sólo ha afectado a parte de esos funcionarios, existiendo dos grupos bien diferenciados dentro de los teóricos destinatarios de la ley: los que tuvieron una adscripción anterior al 14 de febrero de 2020 (y que fue definitiva), y los que tuvieron una adscripción posterior a dicha fecha (y que fue provisional).

De ahí que la norma se haya aplicado de forma distinta a unos funcionarios y a otros, en función de una especie de “suerte temporal”, de tal manera que los que pudieron optar a su destino antes de la entrada en vigor de la norma en la práctica no les afectó pese a que teóricamente sí eran destinatarios de la medida, mientras que los que optaron a su plaza con posterioridad sí se han visto sometidos a una adscripción provisional.

Existe una clara disfunción en la ley canaria entre el texto de la misma (y que regula la adjudicación de puestos de trabajo a quienes hayan superado o superen los procesos selectivos derivados de las referidas Ofertas de Empleo Público, (OEP), de 2015, 2016, 2017 y 2019) con la entrada en vigor de dicha norma (el 17 de diciembre de 2019, fecha de la publicación en Boletín Oficial de Canarias), generando en la práctica una diferencia entre los funcionarios de esos procesos selectivos que tomaron posesión de sus plazas antes y después de la entrada en vigor, cuando teóricamente esa diferencia no viene en el texto de la regulación legal.

Es evidente, a juicio de esta parte, que la diferencia de trato entre unos funcionarios y otros no está justificada, ni encuentra amparo legal en la ley cuya constitucionalidad se cuestiona, ni se adecúa a los límites constitucionales que los artículos 23.2, 14, 103 y 1.1 de la Constitución imponen.

4.2. Vulneración del derecho al acceso y la igualdad en la ley

La vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del artículo 23.2 de la Constitución, así como el derecho a la igualdad “en la ley” del artículo 14 de la Constitución (discri-

minación entre los funcionarios de las Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019 con relación al resto de funcionarios anteriores y futuros que no se verán afectados por esta norma).

Existe una diferencia de trato entre los funcionarios de las Ofertas de Empleo Público de 2015, 2016, 2017 y 2019 (concretos y singulares destinatarios de la ley 18/2019) y los de las anteriores y futuras ofertas de empleo público, que no se van a ver afectadas por la ley 18/2019. La ley 18/2019 tiene unos destinatarios concretos, no estableciendo una regulación genérica del ingreso en la función pública, como tampoco regula la forma de adscripción de la plaza o puesto de forma genérica, sino que circunscribe su aplicación a unos concretos funcionarios que han ganado su plaza en unas concretas ofertas de empleo.

Sin embargo, el TC no aborda directamente la cuestión planteada de vulneración de dichos derechos fundamentales, sino que la nombra incidentalmente (FJ 2.º y 3.º) al centrar su argumentación en la cuestión competencial de las bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos.

V. INADMISIÓN DE PARTE DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. JUICIO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL EN LOS LITIGIOS TRAMITADOS

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 116/2022 resuelve sólo la primera de las cuestiones de inconstitucionalidad (planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias) que cuestiona la compatibilidad del artículo 1 de la ley canaria con la normativa básica estatal relativa al régimen estatutario de los funcionarios públicos, aprobada en virtud de la competencia del Estado sobre la materia ex artículo 149.1.18 CE. En concreto, se duda de la compatibilidad de la norma autonómica con la exigencia de que la adscripción del funcionario de carrera de nuevo ingreso a su primer puesto de trabajo tenga carácter definitivo que resultaría expresamente del artículo 26.1, en conexión con el artículo 63, del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la administración general del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la administración general del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

De hecho, si bien la parte dispositiva del Auto por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad se refiere a la totalidad del artículo primero de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, para el TC la duda no afecta al párrafo primero del precepto, de modo que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad debe entenderse limitado a su párrafo segundo, incluyendo los dos subapartados integrados en el mismo. Lo anterior determina que, formalmente, en el fallo, se contenga una inadmisión formal de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por lo que respecta al primer párrafo del artículo primero.

VI. POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA

El TC comienza afirmando que el artículo 149.1.18 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que, como ha señalado desde la STC 57/1982, de 27 de julio, ha de entenderse referida a los funcionarios de las administraciones públicas en general, incluyendo tanto a las del Estado como a las de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales. Por su parte, a las comunidades autónomas corresponde en esta materia la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica, en lo que se refiere a los funcionarios al servicio de la comunidad autónoma y al servicio de las corporaciones locales radicadas en su ámbito territorial (entre otras muchas, STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 5).

En relación al contenido material, el Alto Tribunal recalca que el artículo 149.1.18 CE, puesto en conexión con el artículo 103.3 CE, reserva al legislador estatal un ámbito *cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las administraciones públicas*». Se trata, por lo tanto, de normas que *interesarán directamente a las relaciones entre estos y las administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la administración* [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3 c), seguida de otras muchas].

Por todo ello, se encuentran cubiertos por esta competencia básica estatal, entre otros extremos, la reserva al personal funcionario del ejercicio de determinadas funciones [STC 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 5 a)]; la regulación del requisito de titulación en el ámbito de la función pública y sus excepciones, ya sea en relación con el acceso o la integración de los funcionarios en escalas o grupos, ya sea para su promoción interna (por todas, STC 171/2020, de 16 de noviembre, FJ 2, y las allí citadas); las situaciones administrativas que puedan acontecer a lo largo de la carrera funcional (STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 3); la determinación de los supuestos en los que pueden ser concedidos permisos o licencias (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8); la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo (STC 99/2016, de 25 de mayo, FJ 7); la determinación de los diversos conceptos retributivos de los funcionarios comunes a todas las administraciones públicas (STC 148/2006, de 11 de mayo, FJ 6); ciertos elementos del régimen disciplinario (STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 5); reglas sobre representación y acción colectiva de los funcionarios (STC

102/1988, de 28 de junio, FJ 4); o la regulación de la pérdida de la condición de funcionario (STC 1/2003, FJ 3).

Posteriormente el Tribunal Constitucional analiza si los concretos preceptos que han sido invocados como parámetro de contraste pueden ser o no considerados como básicos desde una perspectiva tanto formal como material.

Por lo que se refiere a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, se dictó, a tenor de su artículo 1.3 al amparo de la competencia básica estatal sobre régimen estatutario de los funcionarios públicos. Los preceptos que el Auto que plantea la cuestión invoca como parámetro de contraste (arts. 18.4, 20.1 a) y 21) tienen carácter formalmente básico según expresa el citado artículo 1.3 de la ley. Esos preceptos son básicos en tanto regulan cuestiones que pertenecen a las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Se trata, en concreto, de la «adquisición de la condición de funcionario» (art. 18.4 de la ley 30/1984, que regula la oferta de empleo público), el «modo de provisión de puestos de trabajo» (regulada en el art. 20.1 de la ley) y «las condiciones de promoción de la carrera administrativa» (art. 21 de la ley).

Por lo que respecta al Reglamento general de ingreso, como se ha expuesto anteriormente, parece que determina su carácter de supletorio a desplazar por la legislación de desarrollo autonómica en materia de función pública, por ello el objeto del enjuiciamiento constitucional queda reducido a la posible contradicción del precepto cuestionado con la Ley 30/1984.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la adscripción provisional que se regula en la Ley 30/1984, con una vocación eminentemente restrictiva y residual, únicamente para supuestos tasados y expresamente definidos en la propia ley¹¹. La Ley 30/1984 se refiere a la adscripción provisional solamente en dos de sus preceptos: el artículo 21.2 b), el cual prevé el «desempeño provisional del puesto de trabajo» como mecanismo de garantía del nivel del puesto aplicable a aquellos funcionarios que cesen en un puesto de trabajo (incluyendo los casos de supresión de tal puesto) sin obtener otro por los sistemas de concurso o de libre designación con convocatoria pública; y el artículo 29 bis, el cual permite la adscripción

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2019). *Derecho de la Función Pública*, Ed. Tecnos, pp. 195 y ss.: explica que la adscripción provisional es una fórmula excepcional y limitada a supuestos tasados, en todo caso con carácter temporal, que puede ser ilegal si desborda los supuestos para los que está prevista, citando la SAN de 5-12-2012 y STSJGal 18-2-2015, admitiéndose por el TRLEBEP (art. 81.3) en casos de urgente e inaplazable necesidad, desarrollado por el artículo 63 del RD 364/1995. La conclusión es que la adscripción provisional tiene un restringido y limitado ámbito de aplicación, frente a la genérica y amplia aplicación del ingreso en la función pública mediante la adscripción de forma definitiva en un concreto puesto o plaza, de tal manera que la conversión de lo excepcional en genérico, supone una afectación de los derechos individuales de los funcionarios y del contenido del estatuto básico del funcionario público.

provisional de los funcionarios de carrera que reingresen al servicio activo y no tengan reserva de plaza y destino. Por ello el TC concluye que *el legislador básico estatal ha configurado la adscripción provisional como una mera consecuencia o elemento corrector de los supuestos incidentales de cese, supresión del puesto o reingreso al servicio activo de los funcionarios de carrera. Supuestos en los que no pueden encontrarse en ningún caso los funcionarios de carrera de nuevo ingreso». Es más, expresamente afirma que «concluir que el modelo básico de función pública diseñado por la Ley 30/1984 incluye la exigencia de que la adscripción del funcionario de carrera de nuevo ingreso a su puesto de trabajo tenga carácter definitivo.*

Por todo ello, declara la inconstitucionalidad de la regla de la adscripción provisional de los funcionarios de nuevo ingreso prevista en el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019. La nulidad alcanza también a las dos reglas complementarias recogidas en el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, debido a su indisoluble conexión con la norma declarada inconstitucional y nula, en cuya ausencia carecen de todo sentido.

No obstante, como viene siendo habitual, esa declaración de nulidad es matizada en cuanto a sus efectos. En primer lugar, la declaración de nulidad no afecta a la condición de funcionario de carrera de quienes hubiesen adquirido dicha condición a través de la toma de posesión de un puesto de trabajo asignado, en virtud del precepto declarado inconstitucional y nulo, en régimen provisional. La nulidad tampoco afecta al reconocimiento de los derechos retributivos y de promoción profesional, incluyendo los relativos a la adquisición, reconocimiento y consolidación del grado personal, que el precepto anulado garantiza a los funcionarios que hayan sido adscritos provisionalmente a su primer puesto de trabajo. Esto es, al convertirse las adscripciones en definitivas, el tiempo transcurrido desde la misma debe computarse para la consolidación del grado a virtud del complemento de destino asignado inicialmente.

En segundo lugar, como consecuencia del fallo *la declaración de inconstitucionalidad y nulidad conlleva que deban declararse definitivos los nombramientos provisionales que aún subsistan, en su caso. Ahora bien, el principio constitucional de seguridad jurídica reclama que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad no permita revisar la adjudicación de plazas en régimen de adscripción definitiva producida a través de los concursos convocados al amparo de la norma anulada, salvo aquellos respecto de los cuales se hayan entablado procedimientos administrativos o procesos judiciales en relación con el nombramiento provisional en los que aún no haya recaído resolución firme.*

VII. CONSECUENCIAS EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA Y LA LIMITACIÓN DE SUS EFECTOS PREVISTOS EN EL FUNDAMENTO JURÍDICO SÉPTIMO

Las sentencias del TC comentadas tienen importantes consecuencias sobre los recurrentes y todos los funcionarios de nuevo ingreso que fueron adscritos de manera provisional, complicada por la convocatoria del concurso de traslados el 30 de junio de 2021 y resuelto con adjudicación de puestos el 19 de septiembre de 2022, en el que se vieron obligados a participar.

Comoquiera que por la administración demandada se convocó concurso general de traslados el 30 de junio de 2021, el último día que le mandataba la Ley anulada, concurso, en el que se vieron obligados a participar los recurrentes y que ha sido resuelto con adjudicación de puestos el 19 de septiembre de 2022. Al conocerse la primera STC, la 116/2022, en los últimos días de septiembre, ello ha permitido asesorar a los afectados que deseaban volver al puesto de trabajo adscrito originariamente, recurrir en reposición primero y luego, en su caso en vía jurisdiccional, el puesto adjudicado en el concurso y con ello eludir el pronunciamiento limitador del FJ n.º 7. Ha de reseñarse que a la fecha de cierre del presente trabajo la administración demandada no ha contestado dichos recursos administrativos.

En cuanto a los recursos contencioso-administrativos que dieron origen a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, la Sala del TSJ ha otorgado un plazo de alegaciones a cada una de las partes antes de dictar sentencia, que como no puede ser de otra manera conforme el fallo de la STC, ha de estimar los recursos y anular el acto administrativo recurrido, declarando el derecho de los recurrentes a que la adscripción efectuada en su día sea con carácter definitivo con todos los pronunciamientos favorables (art. 31.1 de la LJCA) y además, si así es de su interés, solicitar que se les reponga en el puesto al que fueron adscritos originariamente y se anule la adjudicación en virtud del concurso (art. 31.2 LJCA). Como quiera que los recurrentes, todos ellos de los grupos A1 y A2, en este intervalo de tiempo, han debido concursar obligatoriamente o han obtenido jefaturas de servicio de libre designación, deben tener derecho a optar por permanecer en este segundo puesto o requerir, en el trámite de audiencia ofrecido, que la sentencia de la Sala o, en su caso la administración demandada en ejecución de sentencia, les ofrezca esa posibilidad.

En el caso de los recursos que se sustancian en los juzgados de lo contencioso-administrativo, por provenir de promoción interna los procesos selectivos (C1) y tener con anterioridad los opositores vínculo funcional, se está optando por los jueces de dos maneras: si se hubiera celebrado la vista con anterioridad, por dictar sentencia estimatoria sin más trámite y en los casos en que suspendió la vista por la cuestión planteada, de manera sorprendente, fijar la vista para dentro de varios meses, lo que parece incongruente ante la situación creada y los perjuicios que tal dilación puede acarrear a los afecta-

dos, ya que bastaría, en sustitución de una vista ya innecesaria, con conferir un trámite de audiencia a los recurrentes, conforme a lo previsto en los artículos 77 y 78.3 de la LJCA y propiciar a la mayor brevedad, una sentencia estimatoria en los términos anteriormente expresados, que ayude a resolver la situación complicada en la que se encuentran no solo los afectados, sino la administración demandada que encuentra con una complicada situación que puede hacer saltar por los aires el concurso general de traslados que no se celebrara desde 2018.

El derecho a la información de los parlamentarios en la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente

The right to information of parliamentarians in recent contentious-administrative jurisprudence

Fecha de recepción: 01/12/2022

Fecha de aceptación: 16/12/2022

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—2.1. Caracteres del derecho de información de los parlamentarios.—2.2. Quién debe facilitar la información.—2.3. Contenido.—2.4. Garantías.—III. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El derecho de solicitar información por los diputados para poder ejercer las demás funciones que tienen encomendadas es fundamental. En los últimos tiempos su garantía se ha visto reforzada al poder recurrirse presuntos incumplimientos de este derecho ante la jurisdicción contencioso-administrativa lo que, además, permite que se vaya perfilando el contenido de este derecho de forma más detallada.

PALABRAS CLAVE: Petición de información, derecho fundamental, límites, contenido.

ABSTRACT

The right to request information by the deputies to be able to exercise the other functions entrusted to them is essential. In recent times, its guarantee has been reinforced by being able to appeal alleged breaches of this right before the contentious-administrative jurisdiction, which also allows the content of this right to be outlined in more detail.

KEYWORDS: Right to request information, fundamental right, limits, content.

* Letrada de la Asamblea de Madrid. Doctora en Derecho. <https://orcid.org/0000-0002-1075-5322>.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las diversas acepciones que el diccionario de la Real Academia Española contiene del término “información” están las que lo define como “averiguación jurídica y legal de un hecho o delito” y “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”.

No cabe duda de la importancia que este concepto y, sobre todo, su contenido, ha tenido, tiene y tendrá a lo largo de la historia.

La información es necesaria y ocupa un lugar destacado en cualquier faceta de la vida, en la medida en que permite adaptar nuestra conducta o decisiones a lo que conocemos, nos permite saber o intuir las consecuencias posibles ante las diversas actitudes y acciones, etc. Además, si la información está actualizada y verificada es mucho más útil para su poseedor, puede tener un impacto en las relaciones y en la toma de decisiones ... Si todo esto es relevante a cualquier nivel, también lo es, sin duda, para la realización del control político.

A través de diferentes mecanismos, los reglamentos parlamentarios contemplan la posibilidad de que los diputados obtengan información para que, con ella, puedan realizar la función de control del ejecutivo, que tan importante es en una democracia.

Como instrumento específico para que los parlamentarios puedan obtener información, los reglamentos prevén las peticiones o solicitudes de información, de la cual hacen un prolijo uso. A título de ejemplo, podemos constatar que, faltando un mes para finalizar el año 2022, en el Congreso de los Diputados se han formulado más de 1300 solicitudes de informe, en el Senado más de 300, en el Parlamento de Andalucía 352, en las Cortes de Aragón 1476, en el Parlamento de Cantabria 516, en el Parlamento de Cataluña 1287, en la Asamblea de Extremadura 475, en el Parlamento de Galicia 298, en la Asamblea regional de Murcia 560, en el Parlamento Vasco 777, en las Cortes Valencianas 2409 y en la Asamblea de Madrid 6931. Dejamos al margen la información que se obtiene a través de preguntas orales y escritas, que también es muy abundante en todos los parlamentos.

Las peticiones de información son, además, de las pocas iniciativas que los parlamentarios pueden presentar directamente, en el sentido de que no precisan del visto bueno o aprobación del grupo parlamentario al que pertenezcan. Se trata, además, de un mecanismo instrumental a través del cual los diputados logran información que les permite, posteriormente, optar por ejercer, si lo consideran conveniente, el control parlamentario que consideren oportuno.

Centraremos el presente comentario en el análisis de lo que la más reciente jurisprudencia ha venido diciendo en torno a las solicitudes o peticiones de información por parte de los parlamentarios españoles.

II. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

2.1. Caracteres del derecho de información de los parlamentarios

Los tribunales, en su última jurisprudencia, se han encargado de recordar los términos en los que se configura este derecho de los diputados. Así, la STS 399/2022 (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 4.^a) dispone que:

1.º Se trata de un derecho individual de cada parlamentario, en la medida en que quien pide la información de la Administración no es el parlamento, sino el diputado “a título individual, por más que tal decisión, por sí perfecta, quede condicionada a su admisión por la Mesa y a su tramitación ad extra a través del Presidente de la Cámara” (STC 57/2011). Se recuerda en la STS 185/2022, de 15 de febrero, lo ya formulado en la STC 57/2011, que la petición de información formulada individualmente por el diputado es, en sí perfecta, si bien queda condicionada a su admisión por la Mesa de la Cámara y a su tramitación ad extra a través del Presidente del parlamento. La STS 175/2022 (sala de lo contencioso-administrativo, sección 4.^a), de 10 de febrero, destaca que “a partir del momento en que la Mesa remite la solicitud de información, habría una relación jurídicamente relevante entre la Cámara y el Gobierno”. Conviene recordar que el derecho de los parlamentarios a recabar información del Gobierno y la Administración integra la función de control y, por tanto, el núcleo del *ius in officium* (STC 199/2016, de 28 de noviembre, FJ 3).

2.º No es un derecho ilimitado, y así se suelen prever en los reglamentos parlamentarios que razones fundadas puedan denegarlo (art. 7.2 Reglamento del Congreso de los Diputados, 18.2 Reglamento de la Asamblea de Madrid, ...). En este sentido la STS 151/2022, de 8 de febrero, señala que las razones fundadas en derecho que se aleguen para no proporcionar la información “deben ser explicadas debidamente y pueden ser de fondo o de forma. Esto es, pueden fundamentar la negativa a facilitar en todo o en parte la documentación o limitar el acceso a su consulta en aras de la protección de derechos de terceros o —lo que es lo mismo— de intereses generales de tal entidad que deban prevalecer sobre el derecho de los parlamentarios”. En relación con los límites, por ejemplo, la STS 185/2022 recuerda que ni la Constitución ni el Reglamento del Congreso de los Diputados han establecido que la facultad de solicitar información deba prevalecer frente a derechos de terceros o intereses generales. Continúa diciendo dicha Sentencia que “entender que la propia e innegable relevancia de las funciones que desempeñan los diputados les abre paso a disposiciones que expresamente

impone la reserva y prohibición de difusión de informaciones y documentos, supone ir más allá de lo que la interpretación permite. En efecto, aceptar que por esa sola razón deben acceder a todas aquellas que posean relevancia pública, supondría que no habría límites a su facultad”¹.

3.º Siempre hay que tener presente la posibilidad de que pueda haber alguna colisión con el derecho de protección de datos. Ello no implica que la información tenga que ser denegada, sino que puedan establecerse garantías adicionales para dar cumplimiento a ambos derechos.

2.2. Quién debe facilitar la información

El *iter* procedimental de las peticiones de información realizadas en el Congreso de los Diputados (similar al resto de cámaras legislativas) es que una vez solicitadas por los diputados a través de la Presidencia del Congreso, se contestan por el órgano del sector público en cuyo poder obren y se remite la contestación a través de la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes al parlamentario.

Ahora bien, como se señala en el ATS de 20 de julio de 2021 “una cosa es qué autoridad dispone de la información requerida —por obrar en sus archivos, por ser responsable de la actividad concernida, por deber de custodiarla, etc.— y otra cosa distinta es quién está obligado a satisfacer el requerimiento de información hecho por los Diputados, una vez que se ha presentado y tramitado correctamente con base en lo dispuesto por el artículo 109 de la Constitución y por el artículo 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Esta es la pregunta que debe formularse, en lugar de buscar qué unidad de la Administración dispone de la información pertinente. Pues bien, tratándose de requerimientos de información en posesión de autoridades integradas en la Administración General del Estado, como ocurre en el presente caso, es el Gobierno quien está obligado a asegurar que dicho requerimiento es satisfecho. ... Ninguna autoridad de la Administración General del Estado está en condiciones de negar o retener una información que el Gobierno considera que debe proporcionarse a los Diputados. Dada la arquitectura constitucional y legal del Poder Ejecutivo, la falta de respuesta es siempre —de manera directa o indirecta— imputable al Gobierno”.

¹ En relación con el tema de los límites, puede leerse el artículo de RAZQUIN LIZARRAGA, M., (2018) *Límites del derecho de información de los diputados*, Revista de Derecho Constitucional, 113, pp. 37-69.

2.3. Contenido

Los parlamentarios pueden solicitar la información que consideren oportuna para poder realizar las funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico. Ahora bien, esto no implica que la respuesta que el Gobierno les remita tenga que coincidir necesariamente con lo que a ellos les gustaría recibir.

Como se recuerda en la STS 164/2022, de 10 de febrero, la información se puede remitir a los parlamentarios a la sede de la Cámara, pero también puede indicarse a los diputados el lugar donde se encuentra la información para que acudan a verla. Ahora bien, en este caso, debe la Administración facilitar las razones que le impiden enviarla directamente. En el supuesto de la citada sentencia se dice que “con la resolución de 3 de junio de 2021 la Abogacía del Estado sostiene que se ha satisfecho extraprocesalmente la pretensión de los diputados demandantes, al invitarles a que concierten una visita al Ministerio de Política Territorial y Función Pública. Ciertamente la Administración no les priva de la información requerida pero, aparte de que no se ofrece razón alguna que impida enviarla directamente, es una respuesta que no casa con la dignidad parlamentaria ni se ajusta al estándar de ayuda que cabe deducir del artículo 109 de la Constitución; además no es en sí, una respuesta pues lejos de entregarles la información les obliga a solicitar esa cita para que sean ellos mismos quienes busquen y obtengan aquella”.

De la STS 175/2022, de 10 de febrero, se desprende la necesidad de que la información facilitada por el Gobierno debe ser precisa e individualizada. Concretamente, dicha sentencia se pronuncia sobre un caso relativo a una solicitud en la que se pedía copia de los expedientes administrativos completos de concretas subvenciones. Considera el Tribunal Supremo que en todas las respuestas había habido una motivación vaga, que no identificaba de forma individualizada cada petición, esto es, que “los expedientes solicitados o bien no existían o se hallaban inconclusos o bien, en caso de estar completos se referían a un número muy limitado de las entidades beneficiarias” pero no permitía saber cuáles estaban incompletos y cuáles no.

Por el contrario, en la STS 294/2022, de 8 de marzo, el Tribunal si considera que la información ha sido facilitada por el Gobierno aún cuando no coincide exactamente con lo pedido. El diputado solicitaba copia de todos los informes de las unidades intervinientes de la UME al Cuartel General de la UME, incluyendo notas manuscritas y documentos gráficos de su actuación en centros de ancianos de la Comunidad de Madrid y resto de las Comunidades en las que hubiera intervenido en un rango concreto de fechas, así como otros informes internos de la UME elevados a determinados Ministerios por el tema COVID-19. El Gobierno contestó remitiendo la publicación “informe Operación Balmis” en el que se detallan las actividades e intervenciones realizadas por la UME en el marco de la llamada

operación Balmis. En este caso, el Tribunal Supremo ha considerado que, si bien la información proporcionada no es exactamente la pedida por el diputado, se dan razones de hecho y de derecho en virtud de las cuales no puede hacerse entrega de una documentación que no figura en poder del Ministerio de Defensa porque no ha sido emitida por la Administración General del Estado ni consta en sus archivos. En definitiva, el Gobierno ha cumplido entregando la información de que disponía, pero no es posible hacer entrega de una documentación que ni ha sido elaborada, ni se encuentra en poder del órgano administrativo, ni de la Administración Pública respecto de la que se solicita.

Interesante es también el supuesto que se contempla en la STSJ de la Comunidad Valenciana (sección 4.^a) n.º 173/2021, de 24 de marzo. En dicho caso se había solicitado por el diputado un informe encargado por el Consell al despacho de abogados Gómez Acebo y Pombo. El Gobierno denegó la entrega de dicho informe al considerar, basándose en un escrito del Director de los Servicios Contenciosos de la Abogacía de la Generalidad, que no tenía carácter administrativo, sino procesal, ya que no se confeccionó con la intención de que formara parte o surtiera efectos en un expediente administrativo, sino para aportarlo como prueba pericial en un proceso judicial. Además, amparándose en el artículo 301 de la LECr. Se consideró por la Administración que el informe se veía afectado por el deber de reserva del sumario. Sin embargo, el TSJ dio la razón al diputado demandante, en la medida en que la naturaleza administrativa del informe encargado al despacho de abogados era indiscutible, puesto que para su elaboración y obtención se había seguido un procedimiento de contratación pública, sufragado con fondos públicos y que obra en poder de una Administración pública. Tampoco acepta el carácter reservado, en la medida en que, como ya se dijo en la STS 125/2013, de 25 de febrero, “el secreto sumarial afectaría tan solo si la petición de información lo fuera de documentos que formen parte del propio sumario y sólo de él, pero esta circunstancia no es predicable de aquellos sobre los que se solicita información porque dicha documentación preexistió al sumario y su naturaleza pública es previa”.

2.4. Garantías

Lo más significativo que se puede decir respecto a las garantías con las que cuentan las solicitudes de información de los parlamentarios, es que se han visto ampliadas de forma importante. En efecto, junto a la posibilidad de acudir a la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional², la vía judicial se está abriendo camino poco a poco, ante la negativa de la Administración a facilitar la información pedida.

² Ver, por ejemplo, la STC 32/2017, en la que se examina un caso en el que la solicitud de información no superó el trámite de admisión por la Mesa de la Cámara.

En la STS 175/2022 se hace referencia a la cuestión de la legitimación para recurrir ante el Tribunal Supremo. Considera este Tribunal que admitir que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda conocer de asuntos relacionados con el supuesto incumplimiento del deber de dar respuesta a peticiones de información formuladas por diputados (cuestión que se suscitó primero a nivel autonómico) es “defendible y seguramente más tuitiva de la posición jurídica de los diputados, así como de la efectividad de las iniciativas tomadas en ejercicio de la función parlamentaria de control político”. Y continúa diciendo que “la representación procesal del Legislativo nacional considera que las atribuciones del mismo, incluido el modo en que debe relacionarse con el Ejecutivo, no quedan afectadas por el hecho de que los diputados y senadores puedan recurrir por sí mismos en vía contencioso-administrativa la negativa gubernamental a proporcionar la información solicitada”.

Sobre la competencia del Tribunal Supremo para conocer de este tipo de asuntos, ya citamos anteriormente el ATS de 20 de julio de 2021, en el que se dice que “dada la arquitectura constitucional y legal del Poder Ejecutivo, la falta de respuesta es siempre —de manera directa o indirecta— imputable al Gobierno”. Teniendo en cuenta lo dispuesto en dicho Auto, en la STS 411/2022, si bien la información correspondía elaborarla al Secretario de Estado de Derechos Sociales Entendió que “en cuanto actuación del Gobierno a la que se imputa la vulneración de un derecho fundamental es enjuiciable por esta Sala (Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo) de acuerdo con los artículos 2.a) y 12.1 a) de la Ley de la Jurisdicción” y no por la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional como pretendía el Abogado del Estado.

III. CONCLUSIÓN

El derecho a formular peticiones de información por los parlamentarios es esencial para que puedan desarrollar correctamente las funciones que les atribuye el ordenamiento jurídico. Tan es así, que se constata empíricamente la gran utilización que hacen los diputados de este derecho en las diferentes cámaras parlamentarias. Llama la atención, sin embargo, los pocos recursos que se interponen ante denegaciones de información o inexactitudes en la información facilitada por parte del Gobierno. Quizá se deba a que hasta hace poco tiempo, la única forma de solicitar tutela de este derecho era acudir al Tribunal Constitucional con todo lo que ello conlleva de costes, temporales, procesales y económicos. La reciente apertura de la jurisdicción contencioso-administrativa, a nivel de Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia, a conocer de estos asuntos, posiblemente llevará a los parlamentarios a recurrir con mayor frecuencia presuntas vulneraciones de su derecho solicitar información.

IV

CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA PARLIAMENTARY ACTIVITY REPORT

La Actividad Parlamentaria de enero a junio de 2022 (XII Legislatura)

Parliamentary Activity from
January to June 2022 (XII Legislature)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid.—3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid.—3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid.—3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid.—3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid.—IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA.—4.1. Relación de Leyes aprobadas.—V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA.—5.1. Cuadros resumen de actividad parlamentaria.—5.2. Gráficos estadísticos.

I. INTRODUCCIÓN

El seguimiento de la actividad parlamentaria realizada en la Asamblea de Madrid, objeto de la presente crónica parlamentaria, tiene como finalidad ofrecer la información relativa al segundo período de sesiones la XII Legislatura, que comprende los meses de enero a junio de 2022.

La estructura del presente trabajo sigue el mismo esquema que el adoptado en anteriores números de la Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid.

II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

En el segundo período de sesiones no se han producido modificaciones en cuanto a pérdida y adquisición de la condición de Diputado.

* Jefe de la Sección de Archivo y Jefe del Negociado de Archivo Administrativo de la Asamblea de Madrid, respectivamente.

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid

A continuación se reseñan las fechas de las sesiones, el número del Diario de Sesiones y de Acta correspondientes.

Sesiones Plenarias

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
	1	03/02/2022	133	1/2022
	2	10/02/2022	144	2/2022
	3	17/02/2022	156	3/2022
	Total sesiones de febrero de 2022 3			
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
	1	03/03/2022	168	4/2022
	2	10/03/2022	179	5/2022
	3	17/03/2022	191	6/2022
	4	24/03/2022	197	7/2022
	Total sesiones de marzo de 2022..... 4			
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
	1	07/04/2022	208	8/2022
	2	21/04/2022	220	9/2022
	Total sesiones de abril de 2022 2			
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
	1	05/05/2022	227	10/2022
	2	12/05/2022	239	11/2022
	3	19/05/2022	248	12/2022
	Total sesiones de mayo de 2022 3			
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
	1	02/06/2022	256	13/2022
	2	09/06/2022	267	14/2022
	3	16/06/2022	277	15/2022
	4	23/06/2022	288	16/2022
	Total sesiones de junio de 2022 4			
Total sesiones de enero a junio de 2022 16				

3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid

Las sesiones celebradas por la Comisiones de la Asamblea de Madrid en el presente período han sido las que se enumeran a continuación:

COMISIONES PERMANENTES LEGISLATIVAS

3.2.1. Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado

3.2.1.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 4)

3.2.1.2. Composición (BOAM 5, de 08/07/2021)

Modificaciones en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	D.ª M.ª Carmen López Ruiz	D. Diego Cruz Torrijos, designado Portavoz Adjunto	-	BOAM 43, de 13/04/2022
GPP	D. Jorge Rodrigo Domínguez	D. Alfonso Serrano Sánchez-Capuchino, elegido Presidente	-	BOAMs 53, de 09/06/2022 y 54, de 16/06/2022
GPP	D. Alberto Escribano García	D. Carlos Glez. Maestre, designado Portavoz	-	BOAM 54, de 16/06/2022
GPP	Designación de D. Enrique Núñez Guijarro como Portavoz Adjunto, en sustitución de D.ª Yolanda Estrada Madrid		-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.1.3. Sesiones de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA, REGLAMENTO Y ESTATUTO DEL DIPUTADO

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	09/02/2022	s/n.º
	Total sesiones mes de febrero de 2022..... 1		

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Marzo	1	09/03/2022	s/n.º
	Total sesiones mes de marzo de 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Mayo	1	11/05/2022	s/n.º
	Total sesiones mes de mayo de 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Junio	1	08/06/2022	s/n.º
	Total sesiones mes de junio de 2022 1		
Total sesiones de enero a junio de 2022 4			

3.2.2. Comisión de Cultura

3.2.2.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 15)

3.2.2.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. Álvaro Ballarín Valcárcel	D. Jaime de los Santos González	-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.2.3. Sesiones de la Comisión de Cultura

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE CULTURA

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	02/02/2022	131
	2	15/02/2022	151
	Total sesiones mes de febrero de 2022 2		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Marzo	1	02/03/2022	166
	2	15/03/2022	186
	Total sesiones mes de marzo de 2022 2		

Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/05/2022	225
	2	17/05/2022	243
	Total sesiones mes de mayo de 2022 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	01/06/2022	255
	2	14/06/2022	274
	Total sesiones mes de junio de 2022 2		
Total sesiones de enero a junio de 2022 8			

3.2.3. Comisión de Presidencia, Justicia e Interior

3.2.3.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 5)

3.2.3.2. Composición: (BOAM 9, de 30/07/2021)

Modificaciones en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	Designación como Portavoz Adjunta de D. ^a Paloma Tejero Toledo, en sustitución de D. ^a Yolanda Estrada Madrid		-	BOAM 54, de 16/06/2022
GPM	D. ^a Raquel Huerta Bravo	D. Hugo Mtnez. Abarca, designado Portavoz Adjunto en sustitución de D. ^a Raquel Huerta Bravo	-	BOAM 62, de 16/09/2022
GPP	D. ^a Paloma Adrados Gautier	D. Ángel Ramos Sánchez	-	BOAM 74, de 17/11/2022
GPP	Elección de D. José Enrique Núñez Guijarro como Presidente de la Comisión		07/11/2022	BOAM 74, de 17/11/2022 DSS 343, de 07/11/2022

3.2.3.3. Sesiones de la Comisión de Presidencia, Justicia e Interior

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR**

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	07/02/2022	137
	2	21/02/2022	161
	Total sesiones mes de febrero 2022		2
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Marzo	1	07/03/2022	172
	2	21/03/2022	196
	Total sesiones mes de marzo 2022		2
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Abril	1	04/04/2022	201
	2	18/04/2022	212
	Total sesiones mes de abril 2022		2
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Mayo	1	09/05/2022	232
	2	23/05/2022	253
	Total sesiones mes de mayo 2022		2
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Junio	1	06/06/2022	260
	Total sesiones mes de junio 2022		1
Total sesiones de enero a junio 2022			9

3.2.4. *Comisión de Presupuestos y Hacienda*

3.2.4.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 8)

3.2.4.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. Pedro Muñoz Abrines	D. Diego Sanjuanbenito Bonal	–	BOAM 55, de 23/06/2022
GPP	Elección de D. Diego Sanjuanbenito Bonal como Vicepresidente		–	BOAM 55, de 23/06/2022

3.2.4.3. Sesiones de la Comisión de Presupuestos y Hacienda

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PRESUPUESTOS Y HACIENDA

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	09/02/2022	143
	2	16/02/2022	155
	Total sesiones mes de febrero 2022.....		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Marzo	1	09/03/2022	178
	2	16/03/2022	190
	Total sesiones mes de marzo 2022.....		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Abril	1	06/04/2022	207
	Total sesiones mes de abril 2022.....		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Mayo	1	11/05/2022	238
	2	18/05/2022	247
	Total sesiones mes de mayo 2022.....		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Junio	1	08/06/2022	266
	2	15/06/2022	276
	Total sesiones mes de junio 2022.....		
Total sesiones de enero a junio 2022			

3.2.5. Comisión de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura

3.2.5.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 7)

3.2.5.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Elección de D. Javier Guardiola Arévalo como Vicepresidente, en sustitución de D.ª Cristina Glez. Álvarez		15/02/2022	BOAM 36, de 24/02/2022 DSS 152, de 15/02/2022

3.2.5.3. Sesiones de la Comisión de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y AGRICULTURA

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	01/02/2022	129
	2	15/02/2022	152
	Total sesiones mes de febrero 2022 2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	01/03/2022	164
	2	15/03/2022	187
	Total sesiones mes de marzo 2022 2		
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	19/04/2022	216
	Total sesiones mes de abril 2022 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	03/05/2022	223
	2	17/05/2022	244
	Total sesiones mes de mayo 2022..... 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	07/06/2022	263
	2	21/06/2022	286
	Total sesiones mes de junio 2022..... 2		
Total sesiones de enero a junio 2022 9			

3.2.6. Comisión de Sanidad

3.2.6.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 12)

3.2.6.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha	Publicación
GPP	D. ^a Elisa Adela Vigil González	D. Diego Sanjuanbenito Bonal	-	BOAM 46, de 05/05/2022

3.2.6.3. Sesiones de la Comisión de Sanidad

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE SANIDAD

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	14/02/2022	149
	2	21/02/2022	160
	Total sesiones mes de febrero 2022 2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	14/03/2022	184
	2	21/03/2022	195
	Total sesiones mes de marzo 2022 2		
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	18/04/2022	213
	Total sesiones mes de abril 2022..... 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	23/05/2022	252
	Total sesiones mes de mayo 2022..... 1		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	13/06/2022	272
	2	20/06/2022	282
	Total sesiones mes de junio 2022..... 2		
Total sesiones de enero a junio de 2022.....8			

3.2.7. Comisión de Familia y Política Social

3.2.7.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 9)

3.2.7.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. Jaime de los Santos González	D. Alberto Escribano García	-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.7.3. Sesiones de la Comisión de Familia y Política Social

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE FAMILIA Y POLÍTICA SOCIAL

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	14/02/2022	147
	2	21/02/2022	159
	Total sesiones mes de febrero 2022 1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	14/03/2022	182
	2	21/03/2022	194
	Total sesiones mes de marzo 2022 2		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	23/05/2022	251
	Total sesiones mes de mayo 2022..... 1		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	13/06/2022	270
	2	20/06/2022	281
	Total sesiones mes de junio 2022..... 2		
Total sesiones de enero a junio de 2022.....7			

3.2.8. *Comisión de Turismo y Deportes*

3.2.8.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 14)

3.2.8.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Elección de D. Agustín Vinagre Alcázar como Vicepresidente en sustitución de D.ª Isabel Aymerich D'Olhaberriague		14/02/2022	BOAM 36, de 24/02/2022 DSS 148
GPP	D. José Virgilio Menéndez Medrano	D. Álvaro Ballarín Valcárcel	-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.8.3. Sesiones de la Comisión de Turismo y Deportes

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE TURISMO Y DEPORTES

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	14/02/2022	148
	Total sesiones mes de febrero 2022 1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	01/03/2022	163
	2	14/03/2022	183
	Total sesiones mes de marzo 2022 2		
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	19/04/2022	215
	Total sesiones mes de abril 2022..... 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	03/05/2022	222
	Total sesiones mes de mayo 2022..... 1		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	13/06/2022	271
	2	21/06/2022	285
	Total sesiones mes de junio 2022..... 2		
Total sesiones de enero a junio de 2022..... 7			

3.2.9. Comisión de Transportes e Infraestructuras

3.2.9.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (DSS. número 13)

3.2.9.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	D. ^a M. ^a Carmen López Ruiz	D. ^a M. ^a Carmen Mena Romero	-	BOAM 43, de 13/04/2022
GPS	Elección de D. ^a M. ^a Carmen Mena Romero como Vicepresidente de la Comisión en sustitución de D. ^a M. ^a Carmen López Ruiz		-	DSS 228 BOAM 47, de 12/05/2022

3.2.9.3. Sesiones de la Comisión de Transportes e Infraestructuras

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS**

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	04/02/2022	134
	2	18/02/2022	157
	Total sesiones mes de febrero de 2022		2
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Marzo	1	18/03/2022	192
	Total sesiones mes de marzo 2022		1
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Abril	1	01/04/2022	198
	Total sesiones mes de abril 2022		1
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Mayo	1	06/05/2022	228
	2	20/05/2022	249
	Total sesiones mes de mayo 2022.....		2
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Junio	1	03/06/2022	257
	2	17/06/2022	278
	Total sesiones mes de junio 2022.....		2
Total sesiones de enero a junio 2022			8

3.2.10. *Comisión de Mujer*

3.2.10.1. Constitución: 26 de septiembre de 2019 (D.SS. número 19)

3.2.10.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

No se han producido modificaciones en la composición durante el período de sesiones.

3.2.10.3. Sesiones de la Comisión de Mujer

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE MUJER**

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	09/02/2022	142
	Total sesiones mes de febrero 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Marzo	1	09/03/2022	177
	Total sesiones mes de marzo 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Abril	1	06/04/2022	206
	Total sesiones mes de abril 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Mayo	1	11/05/2022	237
	Total sesiones mes de mayo 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Junio	1	08/06/2022	265
	Total sesiones mes de junio 2022 1		
Total sesiones enero a junio 2022 5			

3.2.11. *Comisión de Juventud*

3.2.11.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 17)

3.2.11.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Elección de D. ^a Silvia Monterrubio Hernando como Vicepresidente en sustitución de D. ^a Lorena Morales Porro		08/02/2022	DSS 139 BOAM 35, de 17/02/2022

3.2.11.3. Sesiones de la Comisión de Juventud

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE JUVENTUD

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	08/02/2022	139
	Total sesiones mes de febrero 2022..... 1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	08/03/2022	174
	Total sesiones mes de marzo 2022..... 1		
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	05/04/2022	203
	Total sesiones mes de abril 2022..... 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	10/05/2022	234
	Total sesiones mes de mayo 2022 1		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	07/06/2022	262
	Total sesiones mes de junio 2022 1		
Total sesiones de enero a junio 2022..... 5			

3.2.12. Comisión de Economía y Empleo

3.2.12.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 9)

3.2.12.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPVOX	D. ^a Ana María Cuartero Lorenzo	D. Gonzalo Babé Romero	-	BOAM 33, de 03/02/2022
GPP	D. Alberto Escribano García	D. ^a Elisa Vigil González	-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.12.3. Sesiones de la Comisión de Economía y Empleo

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE ECONOMÍA Y EMPLEO

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/02/2022	135
	2	18/02/2022	158
	Total sesiones mes de febrero 2022..... 2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/03/2022	170
	2	18/03/2022	193
	Total sesiones mes de marzo 2022..... 2		
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	01/04/2022	199
	Total sesiones mes de abril 2022..... 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	08/05/2022	230
	2	20/05/2022	250
	Total sesiones mes de mayo 2022 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	03/06/2022	258
	2	17/06/2022	279
	Total sesiones mes de junio 2022 2		
Total sesiones de enero a junio 20229			

3.2.13. *Comisión de Educación, Universidades y Ciencia (actualmente de Educación y Universidades)*

3.2.13.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 6)

En virtud del cambio de denominación de la Consejería correspondiente por Decreto 38/2022, de 15 de junio, pasa a denominarse Comisión Permanente Legislativa de Educación y Universidades.

3.2.13.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. José Enrique Núñez Guijarro	D.ª Elisa Vigil González Adjunta	-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.13.3. Sesiones de la Comisión de Educación, Universidades y Ciencia

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y CIENCIA

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	01/02/2022	128
	2	15/02/2022	150
	Total sesiones mes de febrero 2022..... 2		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	01/03/2022	162
	2	15/03/2022	185
	Total sesiones mes de marzo 2022 2		
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	19/04/2022	214
	Total sesiones mes de abril 2022..... 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	03/05/2022	221
	2	17/05/2022	242
	Total sesiones mes de mayo 2022 2		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	14/06/2022	273
	Total sesiones mes de junio 2022 2		
Total sesiones de enero a junio 2022 8			

3.2.14. *Comisión de Administración Local y Digitalización*

3.2.14.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 11)

3.2.14.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPVOX	D. Gonzalo Babé Romero	D.ª Ana María Cuartero Lorenzo	-	BOAM 33, de 03/02/2022

3.2.14.3. Sesiones de la Comisión de Administración Local y Digitalización

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN LOCAL
Y DIGITALIZACIÓN

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	02/02/2022	130
	2	16/02/2022	154
	Total sesiones mes de febrero 2022..... 1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	02/03/2022	165
	2	16/03/2022	189
	Total sesiones mes de marzo 2022 2		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	18/05/2022	246
	Total sesiones mes de mayo 2022 1		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	01/06/2022	254
	2	15/06/2022	275
	Total sesiones mes de junio 2022 2		
Total sesiones de enero a junio 2022 7			

3.2.15. *Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad*

3.2.15.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 18)

3.2.15.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

No se han producido modificaciones en la composición durante el período de sesiones.

3.2.15.3. Sesiones de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN PARA LAS POLÍTICAS INTEGRALES
DE LA DISCAPACIDAD

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	08/02/2022	141
	Total sesiones mes de febrero 2022..... 1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	08/03/2022	176
	Total sesiones mes de marzo 2022..... 1		
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	05/04/2022	205
	Total sesiones mes de abril 2022..... 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	10/05/2022	236
	Total sesiones mes de noviembre 2022..... 1		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	07/06/2022	264
	Total sesiones mes de junio 2022 1		
Total sesiones de enero a junio 2022 5			

COMISIONES PERMANENTES NO LEGISLATIVAS3.2.16. *Comisión de Vigilancia de las Contrataciones*

3.2.16.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 19)

3.2.16.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	D. ^a M. ^a Carmen López Ruiz	D. ^a Matilde Isabel Díaz Ojeda	-	BOAM 43, de 13/04/2022

3.2.16.3. Sesiones de la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE VIGILANCIA DE LAS CONTRATACIONES**

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	07/02/2022	136
	Total sesiones mes de febrero 2022..... 1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	07/03/2022	171
	Total sesiones mes de marzo 2022..... 1		
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/04/2022	200
	Total sesiones mes de abril 2022..... 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	09/05/2022	231
	Total sesiones mes de mayo 2022 1		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	06/06/2022	259
	Total sesiones mes de junio 2022 1		
Total sesiones de enero a junio de 2022 5			

3.2.17. *Comisión de Radio Televisión Madrid*

3.2.17.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 20)

3.2.17.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

No se han producido modificaciones en la composición durante el período de sesiones.

3.2.17.3. Sesiones de la Comisión de Radio Televisión Madrid

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE RADIO TELEVISIÓN MADRID

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	08/02/2022	140
	Total sesiones mes de febrero 2022..... 1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	08/03/2022	175
	Total sesiones mes de marzo 2022 1		
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	05/04/2022	204
	Total sesiones mes de abril 2022 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	10/05/2022	235
	Total sesiones mes de octubre 2022..... 1		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	22/06/2022	287
	Total sesiones mes de junio 2022..... 1		
Total sesiones de enero a junio de 20225			

3.2.18. *Comisión de Participación*

3.2.18.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 21)

3.2.18.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. Carlos González Maestre	D.ª Mar Nicolás Robledano, designada Portavoz Adjunta en sustitución de D. José María Arribas del Barrio	-	BOAM 54, de 16/06/2022
GPP	Elección de D. José M.ª Arribas del Barrio como Presidente, en sustitución de D. Carlos González Maestre		-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.18.3. Sesiones de la Comisión de Participación

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PARTICIPACIÓN

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	11/02/2022	145
	Total sesiones mes de febrero 2022..... 1		
Marzo	1	11/03/2022	181
	Total sesiones mes de marzo de 2022 1		
Abril	1	08/04/2022	209
	Total sesiones mes de abril 2022..... 1		
Mayo	1	13/05/2022	240
	Total sesiones mes de mayo 2022 1		
Junio	1	10/06/2022	269
	Total sesiones mes de junio 2022 1		
Total sesiones de enero a junio 2022 1			

COMISIONES NO PERMANENTES

3.2.19. *Comisión de Estudio para abordar el Reto Demográfico y la Despoblación en la Comunidad de Madrid*

3.2.19.1. Constitución: 22 de octubre de 2021 (D.SS. número 73)

3.2.19.2. Composición: (BOAM número 18, de 21/10/2021)

Modificaciones producidas en la composición de enero a junio de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. ^a María Mar Blanco Garrido	D. ^a Carla Greciano Barrado, designada Portavoz Adjunta	-	BOAM 54, de 16/06/2022
GPMM	Elección de D. ^a María Mar Blanco Garrido como Presidenta, en sustitución de D. ^a María Mar Blanco Garrido		-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.19.3. Sesiones de la Comisión de Estudio

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTUDIO PARA ABORDAR EL RETO DEMOGRÁFICO Y LA DESPOBLACIÓN EN LA COMUNIDAD DE MADRID

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	02/02/2022	132
	2	11/02/2022	146
	Total sesiones mes de febrero 2022.....		
			2
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Marzo	1	02/03/2022	167
	Total sesiones mes de marzo 2022.....		
			1

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Abril	1	08/04/2022	210
	2	20/04/2022	219
	Total sesiones mes de abril 2022 2		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Mayo	1	04/05/2022	226
	2	13/05/2022	241
	Total sesiones mes de mayo 2022 2		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Junio	1	10/06/2022	268
	Total sesiones mes de junio 2022 1		
Total sesiones de enero a junio de 2022..... 8			

3.2.20. *Comisión de Investigación sobre la Posible Incidencia de la Entrada del Coronavirus a través del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid Barajas en la Expansión de la Covid-19 en la Comunidad de Madrid*

3.2.20.1. Constitución: 14 de julio de 2021 (D.SS. número 22)

3.2.20.2. Composición: (BOAM número 7, de 15/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. Pedro Muñoz Abrines	D. Alberto Escribano García, designado Portavoz	-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.20.3. Sesiones de la Comisión de Investigación

Sesiones de las Comisiones

**COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA POSIBLE
INCIDENCIA DE LA ENTRADA DEL CORONAVIRUS A TRAVÉS
DEL AEROPUERTO ADOLFO SUÁREZ MADRID BARAJAS EN
LA EXPANSIÓN DE LA COVID-19 EN LA
COMUNIDAD DE MADRID**

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Febrero	1	16/02/2022	153
	Total sesiones mes de febrero 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Marzo	1	16/03/2022	188
	Total sesiones mes de marzo 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Mayo	1	18/05/2022	245
	Total sesiones mes de mayo 2022 1		
Total sesiones de enero a junio de 2022 3			

*3.2.21. Comisión de Estudio para abordar la Situación de la Recuperación
Económica a través de los Fondos Europeos en la Comunidad de Madrid*

3.2.21.1. Constitución: 19 de noviembre de 2021 (DSS. número 102)

3.2.21.2. Composición: (BOAM número 24, de 25/11/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. Álvaro Ballarín Valcárcel	D. Ignacio Catalá Martínez, designado Portavoz Adjunto	-	BOAM 54, de 16/06/2022
GPP	Elección como Presidente de D. Ignacio Catalá Mtnez., en sustitución de D. Álvaro Ballarín Valcárcel		-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.21.3. Sesiones de la Comisión de Estudio

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE ESTUDIO PARA ABORDAR LA SITUACIÓN DE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA A TRAVÉS DE LOS FONDOS EUROPEOS EN LA COMUNIDAD DE MADRID**

Febrero	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	07/02/2022	138
	Total sesiones mes de febrero 2022..... 1		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	07/03/2022	173
	Total sesiones mes de marzo 2022..... 1		
Abril	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/04/2022	202
	Total sesiones mes de abril 2022 1		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	09/05/2022	233
	Total sesiones mes de mayo 2022 1		
Junio	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	06/06/2022	261
	Total sesiones mes de junio 2022 1		
Total sesiones de enero a junio 2022..... 5			

3.2.22. *Comisión de Estudio para abordar el fenómeno de las bandas juveniles violentas en la Comunidad de Madrid*

3.2.22.1. Constitución: 6 de mayo de 2022 (DSS. número 229)

Mesa de la Comisión

Presidencia: D.^a María del Mar Nicolás Robledano (GPP)
 Vicepresidencia: D.^a Raquel Huerta Bravo (GPMM)
 Secretaría: D.^a Elisa Adela Vigil González (GPP)

3.2.22.2. Composición: (BOAM número 47, de 12/05/2022)

Grupo Parlamentario Popular:

Portavoz: D.^a Ana Dávila-Ponce de León Municio
 Portavoz Adjunta: D.^a Elisa Adela Vigil González
 D.^a María del Mar Nicolás Robledano

Grupo Parlamentario Más Madrid:

Portavoz: D.^a Tania Sánchez Melero
 Portavoz Adjunta: D.^a Raquel Huerta Bravo
 D. Emilio Delgado Orgaz

Grupo Parlamentario Socialista:

Portavoz: D. Javier Guardiola Arévalo
 Portavoz Adjunta: D.^a Lorena Morales Porro
 D. Santiago José Rivero Cruz

Grupo Parlamentario Vox en Madrid:

Portavoz: D. José Ignacio Arias Moreno
 Portavoz Adjunto: D. José M.^a de Berenguer de Santiago
 D. Pablo Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes

Grupo Parlamentario Unidas Podemos:

Portavoz: D. Serigne Mbayé Diouf
 Portavoz Adjunta: D.^a Paloma García Villa
 D. Jacinto Morano González

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. ^a Elisa Vigil González	D. ^a Miryam Rabaneda Gudiel, designada Portavoz	-	BOAM 54, de 16/06/2022
GPP	Designación como Portavoz Adjunta de D. ^a Ana Dávila-Ponce de León Municio, en sustitución de D. ^a Elisa Vigil González		-	BOAM 54, de 16/06/2022
GPP	Elección de D. ^a Ana Dávila-Ponce de León Municio como Secretaria		-	BOAM 54, de 16/06/2022

3.2.22.3. Sesiones de la Comisión de Estudio

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE ESTUDIO PARA ABORDAR EL FENÓMENO
DE LAS BANDAS JUVENILES VIOLENTAS EN LA
COMUNIDAD DE MADRID**

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Mayo	1	06/05/2022	229
	Total sesiones mes de mayo 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Junio	1	17/06/2022	280
	Total sesiones mes de junio 2022 1		
Total sesiones de enero a junio 2022 2			

3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid

3.3.1. *Designación de miembros: Sesión plenaria de 8 de julio de 2021 (D.SS número 3)*

3.3.2. *Composición: BOAM número 6, de 9 de julio de 2021*

No se han producido modificaciones en la composición durante el período, salvo en el Grupo Parlamentario Popular (BOAM 54, de 16/06/2022) que realiza una nueva designación de miembros:

Miembros titulares:

Dña. Eugenia Carballado Berlanga
D. Jorge Rodrigo Domínguez
D. José María Arribas del Barrio
D. Francisco Galeote Perea
Dña. María Paloma Adrados Gautier
Dña. Ana Camins Martínez
D. Jaime Miguel de los Santos González
Dña. Isabel Díaz Ayuso
Dña. María Yolanda Estrada Madrid
D. Francisco Javier Fernández-Lasquetty y Blanc
D. Carlos Izquierdo Torres

D. Enrique López López
Dña. Paloma Martín Martín
D. José Virgilio Menéndez Medrano
D. Pedro Muñoz Abrines
Dña. Almudena Negro Konrad

Miembros suplentes:

Dña. Alicia Sánchez-Camacho Pérez
D. Eduardo Raboso García-Baquero
Dña. Lucía Soledad Fernández Alonso
Dña. Judit Piquet Flores
D. Carlos González Maestre
Dña. Ana Collado Jiménez
Dña. Encarnación Rivero Flor
D. José Manuel Zarzoso Revenga
Dña. María Carmen Castell Díaz
D. Álvaro Ballarín Valcárcel
Dña. Lorena Heras Sedano
Dña. María Mar Blanco Garrido
D. Diego Sanjuanbenito Bonal
D. Sergio Brabezo Carballo
Dña. Ana Dávila-Ponce de León Municio
Dña. Elisa Adela Vigil González

3.3.3. Sesiones de la Diputación Permanente

No se han celebrado sesiones de la Diputación Permanente durante este período.

3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid

3.4.1. Sesión constitutiva de 8 de junio de 2021: Elección de los miembros de la Mesa de la Asamblea (D.SS número 1)

3.4.2. Composición de la Mesa de la Asamblea

No se han producido modificaciones en la composición de la Mesa de la Asamblea durante este período.

3.4.3. Sesiones de la Mesa de la Asamblea

Sesiones de la Mesa

Enero (Diputación Permanente)	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	17/01/2022	1/2022
	2	24/01/2022	2/2022
	3	25/01/2022	3/2022
	4	31/01/2022	4/2022
	Total sesiones mes de enero 2022		4
Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	07/02/2022	1/2022
	2	09/02/2022	2/2022
	3	14/02/2022	3/2022
	4	15/02/2022	4/2022
	5	21/02/2022	5/2022
	6	28/02/2022	6/2022
	Total sesiones mes de febrero 2022		6
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	01/03/2022	7/2022
	2	03/03/2022	8/2022
	3	07/03/2022	9/2022
	4	14/03/2022	10/2022
	5	21/03/2022	11/2022
	6	23/03/2022	12/2022
	7	24/03/2022	13/2022
	8	28/03/2022	14/2022
	Total sesiones mes de marzo 2022		8
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	04/04/2022	15/2022
	2	08/04/2022	16/2022
	3	18/04/2022	17/2022
	4	25/04/2022	18/2022
	5	29/04/2022	19/2022
	Total sesiones mes de abril 2022		5

Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	03/05/2022	20/2022
	2	09/05/2022	21/2022
	3	11/05/2022	22/2022
	4	11/05/2022	23/2022
	5	13/05/2022	24/2022
	6	17/05/2022	25/2022
	7	18/05/2022	26/2022
	8	23/05/2022	27/2022
	9	30/05/2022	28/2022
	Total sesiones mes de mayo 2022		
Junio	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	06/06/2022	29/2022
	2	08/06/2022	30/2022
	3	09/06/2022	31/2022
	4	13/06/2022	32/2022
	5	14/06/2022	33/2022
	6	16/06/2022	34/2022
	7	20/06/2022	35/2022
	8	21/06/2022	36/2022
	9	22/06/2022	37/2022
	10	23/06/2022	38/2022
	11	27/06/2022	39/2022
	12	28/06/2022	40/2022
	Total sesiones mes de junio 2022		
Total sesiones de enero a junio 2022.....			44

3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid

3.5.1. Composición de la Junta de Portavoces

No se han producido comunicaciones por parte de los grupos parlamentarios de asistentes a las Juntas de Portavoces durante este período.

3.5.2. Sesiones de la Junta de Portavoces

Sesiones de la Junta de Portavoces

Enero	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	25/01/2022	1/2022
	Total sesiones mes de enero 2022 1		
Febrero	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	01/02/2022	2/2022
	2	08/02/2022	3/2022
	3	15/02/2022	4/2022
	4	22/02/2022	5/2022
	Total sesiones mes de febrero 2022 4		
Marzo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	01/03/2022	6/2022
	2	08/03/2022	7/2022
	3	15/03/2022	8/2022
	4	22/03/2022	9/2022
	5	29/03/2022	10/2022
	Total sesiones mes de marzo 2022 5		
Abril	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	05/04/2022	11/2022
	2	08/04/2022	12/2022
	3	19/04/2022	13/2022
	4	26/04/2022	14/2022
	Total sesiones mes de abril 2022 4		
Mayo	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	03/05/2022	15/2022
	2	10/05/2022	16/2022
	3	17/05/2022	17/2022
	4	24/05/2022	18/2022
	5	31/05/2022	19/2022
	Total sesiones mes de mayo 2022 5		

	N.º de sesión	Fecha	Nº de Acta	
Junio	1	07/06/2022	20/2022	
	2	14/06/2022	21/2022	
	3	21/06/2022	22/2022	
	4	28/06/2022	23/2022	
	Total sesiones mes de junio 2022			4
Total sesiones de enero a junio 2022.....				23

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA

Durante este período de sesiones se han aprobado las siguientes leyes:

LEY 1/2022, de 10 de febrero. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 1/2021. Ley Maestra de Libertad de Elección Educativa de la Comunidad de Madrid.

BOAM 34 de 10/02/2022, **BOCM** 38 de 15/02/2022, **BOAM** 36 de 24/02/2022, **BOE** 100 de 27/04/2022.

LEY 2/2022, de 1 de marzo. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 2/2022. Ley de reconocimiento de la universidad privada “Universidad de Diseño, Innovación y Tecnología (UDIT)”.

BOAM 36 de 24/02/2022, **BOCM** 54 de 04/03/2022, **BOE** 100 de 27/04/2022.

LEY 3/2022, de 28 de abril. **ORIGEN:** PROPOSICIÓN DE LEY 4/2022 De modificación de la Ley 8/2015, de 28 de diciembre, de Radio Televisión Madrid.

BOAM 45 de 28/04/2022, **BOCM** 105 de 04/05/2022, **BOE** 131 de 02/06/2022.

LEY 4/2022, de 13 de mayo. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 5/2022 Ley que regula la comunicación de información por los comercializadores de referencia a la Comunidad de Madrid para la gestión y pago del bono social térmico en su ámbito territorial.

BOAM 47 de 12/05/2022, **BOCM** 116 de 17/05/2022, **BOE** 137 de 09/06/2022.

LEY 5/2022, de 9 de junio. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 7/2022 Ley por la que se modifica la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid.

BOAM 53 de 09/06/2022, **BOCM** 139 de 13/06/2022, **BOE** 185 de 03/08/2022.

LEY 6/2022, de 29 de junio. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 3/2022 Ley de Mercado Abierto.

BOAM 55 de 23/06/2022, **BOCM** 154 de 30/06/2022.

V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

5.1. Cuadros resumen de Actividad Parlamentaria

El cuadro resumen referido a la actividad parlamentaria de la Cámara, expresa el número total de iniciativas parlamentarias presentadas en este período de sesiones, así como su estado de tramitación al finalizar el período de sesiones.

Initiativas	Presentadas		Pendientes		Tramitadas				Decaídas		No Admitidas	Transformadas	Retiradas
Proyectos de Ley	14		10		4				-		-	-	-
Proposiciones de Ley	9		4		3				1		1	-	-
Proposiciones no de Ley	Pleno: 197	Comisión: 84	143	Aprob.: 25 Rechaz.: 47 Comisión: 24	Aprob.: 15 Rechaz.: 5	Comisión: 24			2	27	-	14	
	282												
	96												
Interpelaciones	20		6		4				-		10	-	-
Mociones	4		-		Aprobadas: -		Rechazadas: 4		-		-	-	-
Comparecencias	1296		Pleno: 104	Comisión: 544	Pleno: 14	Comisión: 150			Pleno: -	Comis.: 9	432	-	32
			659		164				9				
P. Orales en Pleno	2095		-		286				1		413	1078	317
P. Orales en Comisión	2127		-		376				19		554	834	344
Preguntas Escritas	2964		781		1803				-		185	192 calificadas como PI	3
P. de Información	7426		454		6508				-		458	-	6
TOTAL	16237		2057		9248				32		2080	2104	716

Comunicaciones de Gobierno: 50

El cuadro resumen que se expresa a continuación recoge las iniciativas parlamentarias presentadas por Autores.

Autor	Función Legislativa		Función de Dirección o Impulso Político		Función de Control						Total
	Proyectos de Ley	Proposiciones de Ley	Proposiciones no de Ley	Mociones	Preguntas orales en Pleno	Preguntas orales en Comisión	Preguntas Escritas	Interpelaciones	Comparecencias	Peticiones de Información	
G.P. Popular	-	1	36	-	102	73	-	-	68	-	280
G.P. Socialista	-	1	52	4	311	562	537	7	242	4337	6053
G.P. Más Madrid	-	2	103	-	665	722	1349	12	471	1170	4494
G.P. VOX	-	3	51	-	430	444	450	1	266	1396	3041
G.P. Unidas Podemos	-	1	38	-	587	326	628	-	238	523	2341
G.P. Popular y G.P. Vox	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	1
G.P. Socialista, Más Madrid y Unidas Podemos	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-	2
Gobierno	14	-	-	-	-	-	-	-	11	-	25
TOTAL	14	9	282	4	2095	2127	2964	20	1296	7426	16237

Comunicaciones del Gobierno: 50

5.2. Gráficos estadísticos

Los dos gráficos que se reseñan a continuación muestran los porcentajes de iniciativas parlamentarias presentadas y su estado de tramitación durante el tercer período de sesiones de la XI Legislatura, y que suman un total de 15073 iniciativas.

GRÁFICO PORCENTUAL POR TRAMITACIÓN

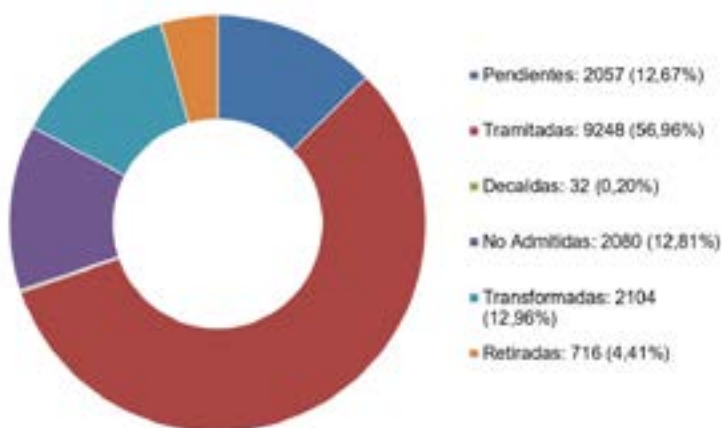
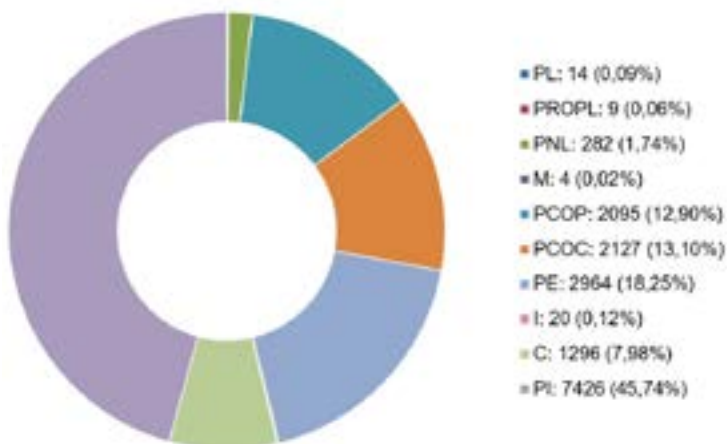


GRÁFICO PORCENTUAL POR TIPOS DE INICIATIVAS



V

RECENSIONES
BOOKS REVIEWS

Rovira Viñas, Antonio:
Escritos de Derecho Constitucional
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,
Madrid, 2020, 242 pp.

El poder es como un explosivo: o se maneja con cuidado, o estalla.

Enrique TIerno GALVÁN

Debemos alegrarnos de la atención y publicidad que tiene hoy la política. La globalización de las noticias (a pesar del riesgo de deformación) permite el conocimiento, la valoración y la crítica de las decisiones de los gobernantes de cualquier Estado, dificultando la impunidad y fomentando la necesidad de que estas decisiones estén cada vez más justificadas, más explicadas para evitar la reacción del público, incluso la reacción internacional ante la decisión equivocada, injusta o arbitraria.

Antonio ROVIRA VIÑAS

Fecha de recepción: 30/06/2022

Fecha de aceptación: 15/07/2022

La obra *Escritos de Derecho Constitucional*, del Profesor Doctor Antonio Rovira Viñas, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) y Director del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos (UAM/Fundación Santillana), es una colección de excelentes trabajos, correspondientes a la producción científica del autor, dotados de plena unidad de sentido entre sí a partir de la consideración de los derechos y libertades como elementos arquitecturales básicos del sistema constitucional. Dichos artículos vieron la luz a lo largo de su carrera académica y ahora, con ocasión de su publicación conjunta, han sido corregidos y revisados.

Sostiene el autor, comentando el sentido del libro en su Prefacio (pp. 11-13), que nos encontramos ante “un conjunto de trabajos que tratan de problemas jurídicos reales, incluso me atrevería a decir básicos, pero útiles para descubrir la complejidad y comprender los desafíos a los que nos enfrentamos. Es un libro cómodo, se puede coger un escrito y después otro sin seguir el orden impuesto en el índice porque todos tratan de lo mismo, de la necesidad de actuar, de decidir, de hacer, porque si los derechos no avanzan desaparecen” (p. 13). Y todo ello, como en varias ocasiones señala el autor a lo largo de la obra, en un contexto como el actual definido por los cambios

* Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. <https://orcid.org/0000-0002-9717-8272>

vertiginosos de todo orden que nos exige nuevas respuestas y soluciones imaginativas, pues “no tenemos más remedio que huir de los dogmas, superar el miedo y afrontar este momento instaurando y discutiendo colectivamente los comportamientos y principios firmes pero adaptables, que limiten y ordenen la situación y todo ello sin retroceder ante los mensajes apocalípticos de los pesimistas, ni quedar servilmente fascinados por la propaganda, creyendo equivocadamente que existe algún tipo de sociedad maravillosa que resolverá todos nuestros problemas de una vez”.

El primer trabajo del libro se consagra a los derechos humanos, y muy significativamente se titula “Humanos, demasiado humanos” (pp. 15-27).

En mi criterio es, dentro del magnífico tono general, el más logrado y decisivo de la obra, junto con los de “Hermenéutica y Constitución”, “Justicia y Jurisdicción” y “El Ombudsman”. En realidad, la preocupación por los derechos humanos, su eficacia y su garantía en las sociedades contemporáneas marca el devenir de las restantes. Como pone de manifiesto el autor “los Derechos Humanos (suponiendo que algún derecho no lo sea) no han caído del cielo ni se han dado todos a la vez, más bien son fruto de conquistas parciales logradas siempre cuesta arriba, frente a la pendiente. Nacen al inicio de la Edad Moderna y se convierten en uno de los indicadores principales del progreso histórico y núcleo de legitimidad de los sistemas democráticos. Derechos y exigencias que, desde su formación inicial como instrumento para limitar el poder absoluto, siguen un proceso que permanece abierto de perfeccionamiento de su contenido y necesariamente también de las instituciones y técnicas que posibilitan su realización efectiva, lo que conocemos con el término “garantías”. El pasado, para la mayoría, no fue mejor. Qué duda cabe de que se ha avanzado, pero el hecho de haber mejorado no elimina la necesidad de mejorar, de continuar interviniendo para arreglar los desperfectos y deficiencias. Es reconocido por todos que la economía mundial está creciendo a pasos espectaculares pero desordenados, desiguales e injustos, de tal forma que en las últimas décadas una parte de la humanidad ha mejorado su nivel de vida, pero otra ha empeorado y cientos de millones de personas viven en la más absoluta pobreza. Añadamos a esto las consecuencias humanas de las nuevas guerras que proliferan en el mundo y es fácil imaginar la altura y dificultad de los obstáculos que tenemos que superar, aunque sea lentamente y con esfuerzos, grandes cuerdas que están reclamando urgentemente nuevos vehículos para salvarlas” (pp. 15-16).

Ante esta situación, sostiene Antonio Rovira que debemos alegrarnos del carácter globalizado de la información y de la atención y publicidad que tiene hoy la política. No le falta razón al autor cuando sostiene que “la globalización de las noticias (a pesar del riesgo de deformación) permite el conocimiento, la valoración y la crítica de las decisiones de los gobernantes de cualquier Estado, dificultando la impunidad y fomentando la necesidad de que estas decisiones

estén cada vez más justificadas, más explicadas para evitar la reacción del público, incluso la reacción internacional frente a la decisión equivocada, injusta o arbitraria. Atención que demuestra las grandes esperanzas depositadas en el futuro, pero también que ya no puede atribuirse únicamente a los políticos y a los Estados la valoración de su trabajo, que hay que sustituir la fe en la autoridad y en la soberanía por la exigencia de que el poder demuestre en cada una de sus actuaciones ante la ciudadanía y la comunidad internacional su corrección y justicia. En fin, que el poder democrático necesita elecciones, pero también transparencia, participación y justificación. Es necesario que el poder político sea justo y lo haga bien, pero también es necesario que se vea que lo es y cómo lo hace, sin retóricas triviales o vulgares que sólo buscan mover el sentimiento y ocultar la verdad. Así se combate la simulación y trivialización que permite que los Derechos Fundamentales sean compatibles con cualquier forma de servidumbre. Como demócratas debemos denunciar a las termitas de los viejos regímenes que adaptan sus normas, sus palabras y sus nomenclaturas para explotar en su particular provecho y beneficio los hallazgos de libertad, igualdad y fraternidad” (pp. 19-20).

Otra preocupación del Profesor Rovira es lo que denomina “fanatismo integrista”. En este sentido, nos recuerda que “el integrismo ha entrado en el siglo XXI como un virus muy contagioso que es capaz de traspasar todos los límites. Los antiguos vocablos asesinato, masacre, genocidio, no sirven para calificar los horrores de los fundamentalismos actuales y futuros. Los crímenes del fanatismo actual, su frialdad, su constancia, su falta de objetivos son inéditos, no logran sus victorias en el campo de batalla, ejército frente a ejército, sus tropas operan sobre niños y adultos indefensos. Los civiles ya no son, como en las guerras tradicionales, las víctimas accidentales, sino que se convierten en los objetivos principales. Las mujeres y los niños son los primeros en morir o sufrir. Los atentados impactan por intensidad, no por su cantidad” (p. 20).

Un problema esencial que también localiza el autor es el relativo al envejecimiento del sistema de garantías de los derechos Humanos. En este sentido, recuerda que “no es suficiente con declarar los Derechos para asegurar su protección. Es necesaria la intervención del Estado y de organismos internacionales para remover los obstáculos que dificultan su realización. Es necesario añadir a las Declaraciones un amplio abanico de técnicas e instituciones que tutelen su efectividad. Garantías que son básicamente de dos clases, unas generales y otras más específicas, que consisten en instrumentos jurídicos e institucionales encaminados a proteger al ciudadano frente a un mundo cada vez más complejo” (p. 22).

Como bien se señala, estamos en una época de cambio que “parte siempre de una crisis y en este momento la crisis es la del Estado-nación. Los Estados pierden soberanía y, al mismo tiempo, para cimentar su legitimidad interior, han de hacer una política de descentralización. Así ganan legitimidad, pero se vacían, en lo grande por las organizaciones multinacionales y en lo pequeño por la descentralización” (p. 24).

Al autor le preocupan especialmente los nuevos conflictos surgidos en el mundo, pues “no hemos encontrado el bálsamo milagroso que los evite en un mundo que se interrelaciona y en donde los Estados se empequeñecen sin poder hacer mucho por sí solos, quedándoles solamente la alternativa de trabajar en grupo para afrontar los retos a los que se enfrentan, que son demasiado grandes, demasiado mundiales para un solo país. Por eso, la concepción dogmática del Derecho, la división de poderes como compartimentos estancos o mantener una concepción de la justicia anclada en los Estados nacionales, resultan ideas obsoletas”. Ante este panorama, “el ciudadano se encuentra cada vez más desorientado al no saber en muchas ocasiones ni siquiera cuál es el órgano o la instancia competente para resolver su problema o su queja. Nada se sabe ya con certeza. Las instancias de solución de los conflictos son cada vez más variadas, más indeterminadas, más confusas. Cada vez resulta más difícil saber quien tiene la competencia y el poder para intervenir, regular y decidir, cada vez resulta más oscuro saber a quién tenemos que dirigirnos para que nos ayude. De nada sirve lamentarse y responsabilizar de la situación a los avances tecnológicos. No se discute la bondad de la universalización de la Democracia y de los Derechos Fundamentales, que es el compromiso más importante que la modernidad ha contraído consigo misma. No se plantea si hay una alternativa, sino cómo dentro de esa globalización podemos resolver los problemas, podemos avanzar y subir las cuevas que se nos presentan, cómo podemos garantizar las conquistas democráticas en este casino global porque somos los obreros de nuestro propio destino”. En definitiva, concluye el Profesor Rovira, “la democracia debe ser capaz de enfrentarse con las nuevas realidades, debe contribuir a evolucionar los sistemas de garantías ajustándolos a las nuevas circunstancias, adecuándolos a la realidad social, al cambio, no siendo un obstáculo a su natural evolución, sino al contrario, institucionalizando los cambios, fomentándolos, haciendo que la democracia cumpla con su función transformadora de la sociedad, empujándola hacia una más libre y justa convivencia. Sin duda, y como siempre, nuestro principal enemigo es el escepticismo o conformismo, es decir, la creencia de que no hay remedio, que no se puede garantizar nada, porque los hay, aunque parciales y temporales. El futuro estará lleno de pasado y, sin embargo, vivimos cada instante como si fuera el último. Nos hace falta cierta dosis de serenidad ante un presente que siempre se vive bajo presión” (pp. 26-27).

El segundo trabajo del libro se titula “Hechos, valores y normas” (pp. 29-56).

El Profesor Rovira parte de una interesante relación entre normas (que cabe poner en relación con el concepto de validez de las prescripciones jurídicas), hechos (que relaciona con el concepto de eficacia) y valores (concepto que cabe conectar con el de la legitimidad de las normas).

Recuerda el autor en este artículo que la Constitución es una norma inmediatamente aplicable pese a sus particularidades como la generalidad y la abstracción con la que están redactados sus enunciados jurídicos. En el texto de la Constitución conviven muy diferentes valores, principios, instituciones y normas programáticas que, a su vez, plantean diferentes problemas en los capítulos de la interpretación, por eso existe la denominada “interpretación constitucional”, que se facilita en gran medida si se cuenta con un lenguaje constitucional claro y preciso; y de la sanción, pues la Constitución “institucionaliza un determinado tipo de coacción y la hace justa, poniéndola al servicio de los fines mediante los cuales se justifica el Estado social y democrático de Derecho” (p. 30-31). Con todo, no ha de olvidarse que la Constitución hace posible la seguridad en todo tipo de relaciones cuando alcanza “el mejor orden para la realización más plena de los derechos considerados esenciales para la existencia digna de la persona. Este concepto pleno de seguridad es el fin primordial del Estado de Derecho, su razón de ser y, por tanto, de la Constitución, instrumento mediante el que se realizan sus funciones esenciales” (p. 33). Eso sí, la Constitución, como norma que es, “tiene que adaptarse y modificarse en función de los fines que la justifican y las exigencias de las nuevas épocas y para ello es imprescindible conocer estos fines, ideales y valores” (p. 36).

El Profesor Rovira se refiere también a la posición de centralidad de la Constitución cuando afirma que es políticamente necesario y jurídicamente obligatorio interpretar todo el ordenamiento jurídico desde la Constitución y de conformidad con ella (pp. 43-44). Para realizar esa labor interpretativa se necesita un sistema conceptual incorporado a la denominada Teoría de la Constitución con el fin de integrar la norma con los fines y valores que ordena. En este sentido, la interpretación configura el núcleo central de la Teoría de la Constitución. Sólo a partir de una adecuada interpretación constitucional podemos afrontar con garantías de éxito el correcto análisis y aplicación del ordenamiento jurídico en su conjunto (pp. 48-49). Los estudiosos del Derecho Constitucional, en particular a la hora de enfrentarnos a la interpretación de la Norma Suprema, necesitamos el auxilio de otras ciencias (a modo de ejemplo, Historia, Sociología, Ciencia Política y Teoría y Filosofía del Derecho) pero de un modo ordenado y prudente que impida que olvidemos que nuestra disciplina es jurídica y que, por consiguiente, el modo de interpretación de sus normas también ha de serlo.

Uno de los aspectos transversales a esta interesantísima obra del Profesor Rovira es su empeño en demostrarnos que urge renovar nuestro sistema constitucional en general y, muy en particular, en lo que afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas en el marco de una sociedad marcada por una realidad indiscutible: los cambios vertiginosos e imparables. Así lo vuelve a expresar en este segundo capítulo de su libro.

En este sentido, escribe el autor, en su tenor literal: “Las nuevas realidades exigen nuevas legalidades, nuevos derechos, nuevas concreciones y garantías, pero fundamentalmente exigen nuevas interpretaciones porque el Estado social tradicional y su ordenamiento (que no es ideal pero sí necesario) sólo nos dice lo que es evidente. El Estado social tradicional está desorientado y hasta cierto punto desfallece, pero conviene más que nunca no olvidar que ninguna institución puede abolirse si no se sustituye por otra mejor.

El tercer trabajo del libro lleva por título “Médico y enfermo” (pp. 57-73).

En este trabajo el autor aboga por lo que se denomina *consentimiento informado* del paciente en todo tipo de tratamientos y, muy en particular, cuando lo que está en juego es la propia vida del paciente. Ese consentimiento consiste en elegir y decidir. “Y elegir es conjugar adecuadamente conocimiento de nuestro estado, imaginación de cómo podría ser éste después de la actuación médica propuesta y, finalmente, decisión en el campo de lo posible” (p. 71). Conocer y saber, en un estado de plena capacidad de discernimiento, antes de decidir. La información que facilite el médico al paciente ha de ser “comprensible, con un lenguaje llano, sencillo, con ejemplos que le permitan tomar conciencia de lo que le proponen y de sus consecuencias” (p. 72).

El cuarto trabajo de la obra tiene como encabezamiento el de “Derecho a la intimidad” (pp. 75-82).

En los países desarrollados de nuestro entorno, una vez alcanzados notables niveles de prosperidad, “se reestructuran los objetivos de sus instituciones y de los derechos fundamentales que las justifican. A medida que se consolidan sus instituciones y se asegura una digna calidad de vida, la sociedad y el Estado pierden interés y aumenta la preocupación por uno mismo: así opera el proceso de concretización de los derechos y libertades fundamentales y así puede operar el nuevo modo de orientarse la sociedad preocupada por conseguir el mínimo de coacciones y el máximo de elecciones privadas posibles” (pp. 75-76).

En realidad, lo que está aquí en juego es “el derecho del individuo para tomar por sí solo las decisiones que mejor le convengan, siempre que no estén en juego derechos fundamentales de terceros o bienes y valores constitucionales, es decir, sin daño o menoscabo de los demás. El derecho a la vida privada o a un ámbito de la autonomía privada es la autonomía, la libertad de que nadie que no sea uno mismo decida o imponga coactivamente lo que tengamos que hacer (...)” (p. 81).

El quinto trabajo del libro se presenta bajo el rótulo de “Derecho de petición” (pp. 83-98).

Como recuerda el autor, “el derecho de petición consiste en la facultad de los ciudadanos de presentar solicitudes ante las autoridades, ya sean judiciales, administrativas o parlamentarias. Peticiones que pueden ser verbales o escritas y que puede realizar toda persona ya sea nacional o extranjera, física o jurídica, menor o mayor de edad. Peticiones con la finalidad de manifestar algo, consultar o solicitar información o recurrir ante una actuación injusta o arbitraria. En este sentido, una queja no es más que una petición que pone en conocimiento y solicita a las autoridades la modificación de una conducta irregular con la finalidad de que éstas le restituyan en su derecho. Peticiones y quejas que pueden dirigirse a cualquier órgano o institución y cuya naturaleza es dual, susceptible de ser utilizada tanto para satisfacer intereses particulares como necesidades generales, en definitiva, es un derecho de participación política” (p. 84). En este sentido, tiene razón Antonio Rovira cuando sostiene que “la fortaleza de un Estado se mide precisamente por su capacidad para destapar los conflictos y resolverlos eficaz y justamente y sólo una sociedad débil oculta sus problemas porque no puede /sabe resolverlos. Sólo a una administración que no haga nada, nadie podrá reclamar nada” (p. 84).

Como oportunamente constata el autor, “la sociedad de nuestros días, en términos generales, conoce una presencia activa e interventora de la Administración pública no vista anteriormente. Intervención muchas veces necesaria para garantizar los derechos, a veces excesiva y que provoca un aumento de los errores y arbitrariedades, de la ineficacia de algunos servicios públicos en el ejercicio de sus competencias” (p. 85).

Se ha mejorado mucho en lo que hace a las peticiones y reclamaciones ciudadanas, pero queda todavía mucho por hacer. Como escribe el Profesor Rovira, “Reconozcamos también que en muchas ocasiones los modernos Estados están más preocupados por las grandes decisiones políticas que de prestar atención directa a los problemas diarios de sus gentes, que son problemas individuales, aunque a veces sean generales” (p. 86).

Tampoco los partidos políticos o los sindicatos demuestran auténtica capacidad “para ser cauce real de participación y necesitan una reforma urgente que garantice su democratización interna, la transparencia en sus actividades y la seriedad en sus programas y actuaciones. Necesitan una reforma urgente para hacer oír las preocupaciones del mayor número de personas” (p. 91).

Con toda razón, destaca Antonio Rovira la función de la mediación, así como la labor del Defensor del Pueblo como alternativas eficaces, y adaptadas a los nuevos tiempos, frente a la lentitud de la Administración de Justicia y la aplicación mecánica de las normas a supuestos que podrían resolverse de un modo más eficaz mediante el diálogo, la transacción y el compromiso colaborativo entre las partes inicialmente enfrentadas. La clave reside en acercar posiciones y buscar acuerdos ante determinados pleitos administrativos,

disputas sociales o conflictos comerciales. Como efecto positivo, se podría contribuir de este modo “a descongestionar los tribunales buscando acuerdos que no sean contrarios a la ley ni supongan siempre una cobertura que prime los intereses privados sobre los públicos (...) la mediación no cuestiona que corresponde a la administración o jurisdicción la legitimidad para resolver los conflictos, sólo intenta que antes o después se encuentre una solución mediante el acuerdo” (pp. 94-95).

Precisamente una de las funciones, aunque no sea la principal, de los Defensores del Pueblo, consiste en mediar al objeto de solucionar los conflictos “antes de que éstos se instrumentalicen en recursos administrativos interminables o en decisiones jurisdiccionales que siempre son costosas (...) Se trata de acercar al ciudadano al funcionamiento de la Administración e intentar convencer y colaborar con ella a encontrar mejores soluciones para los cada vez más difíciles conflictos y todo ello no en virtud de su poder, sino de su autoridad” (p. 95).

No le falta razón al Profesor Rovira cuando se refiere a la creación de conflictos artificiales que se basan en la ausencia de educación para la convivencia en democracia que se materializa en comportamientos intolerantes. En este sentido, aboga por asumir “nuevos talantes y actitudes sin rechazar a alguien porque sea diferente, viva diferente u opine diferente (...) Tolerancia es no ejercer nuestros derechos movidos por la envidia, el egoísmo, el miedo a lo desconocido o diferente. Tolerar es convivir con lo que no nos gusta, convivir con la diferencia, incluso fomentarla. Es un talante, no un derecho, es una necesidad para la convivencia, no una obligación jurídica (...) no es una actividad pasiva ni indiferente, es combativa a favor de la pluralidad social y contraria al fanatismo y la imposición”.

El sexto trabajo del libro lleva por título “Extradición” (pp. 99-134).

Este trabajo se consagra al análisis del significado y alcance de la extradición, regulada en el artículo 13.3 de la Constitución española.

La extradición ha ido convirtiéndose paulatinamente en un instrumento de cooperación internacional y desde esta perspectiva la estudia nuestro autor. En este sentido, señala que “en un mundo globalizado de una manera tan deficiente, en este *casino global*, la extradición también puede y servir para que los Estados denuncien a aquellos otros sistemas que no reúnen las debidas garantías, rechazando o condicionando las solicitudes que éstos formulen. La extradición como instrumento en manos de los Estados desarrollados para denunciar a aquellos sistemas políticos que no ofrecen las más mínimas garantías. No se trata de exigir al Estado requirente un estatus democrático concreto, sino el mínimo de limpieza, de seguridad jurídica para el respeto de los derechos más esenciales. Un mínimo para poder establecer relaciones de confianza, jurídicas, que favorezcan y posibiliten la cooperación en el ámbito penal” (p. 120).

El séptimo trabajo de la obra tiene como encabezamiento el de “Hermenéutica y Constitución” (pp. 135-167).

Siempre he pensado que al Plan de Estudios de Derecho le faltan dos asignaturas fundamentales:

1. La Hermenéutica o interpretación del Derecho. Esta asignatura debería abarcar una visión interdisciplinar de los problemas interpretativos con una especial consideración de las cuestiones relativas a la interpretación de los preceptos constitucionales.
2. Las profesiones jurídicas. No se olvide que todos los operadores jurídicos han de enfrentarse a un problema común en su actividad cotidiana: la interpretación del Derecho.

La vida académica como estudiante me deparó la fortuna de poder asistir al Curso de Doctorado del Profesor Antonio Rovira Viñas sobre “Interpretación constitucional”. Un Curso excelente consagrado precisamente a lo que hasta ese momento constituía una auténtica laguna en mi formación jurídica.

Con estos antecedentes, comprenderá el lector o la lectora de este comentario que no puedo sino recomendar vivamente la lectura de este trabajo.

La complejidad del tema lleva al autor, siempre sabio y prudente, a reconocer la dificultad de su estudio y, desde ese punto de partida, a plantearse el propósito de facilitar unos conocimientos en la materia prácticos, sencillos y útiles para abordar con la necesaria solvencia académica el estudio del texto constitucional. Se trata de adquirir capacidad para reconocer y resolver problemas jurídicos. Ha de tenerse en cuenta, además, que al interpretar no se trata únicamente de resolver casos de oscuridad de la norma. Es preciso también analizar las dificultades que plantea el enunciado abstracto de un determinado mandato jurídico (con más motivo si se trata de la Constitución, caracterizada precisamente por la generalidad y abstracción de sus preceptos) cuando lo que se pretende es afrontar su aplicación a un caso concreto.

No se olvide que “el juez hace algo más que subsumir el supuesto de hecho en la norma a aplicar, porque la ley no tiene un contenido inequívoco, unívoco, de significado único y evidente por sí mismo, o accesible mediante métodos de interpretación que conduzcan al único significado verdadero del texto. No creo que exista una interpretación que sea la única lógicamente correcta, la corrección lógica no es por lo general el único límite infranqueable, porque la ley y en mayor medida la Constitución no es en la mayoría de los casos completa (...) esto no quiere decir que la interpretación sea una actividad libre (...) porque está condicionada por un procedimiento reglado. El intérprete se somete a la norma y a la teoría y reglas que permiten aplicarla, pero siempre se dará un margen de discrecionalidad (...) y esta valoración no es incompatible con la objetividad más rigurosa, porque interpretar no

es hallar por un procedimiento intelectual normas de Derecho ya existentes, sino crear por un acto de voluntad una norma nueva que no existía en el orden jurídico hasta el momento de ser creada, y esta actividad es subjetiva y objetiva. Subjetiva porque siempre existe un margen de libertad y objetiva porque dicha actividad está sujeta técnicamente a principios, es una actividad científica, vinculada a los parámetros normativos y a la teoría de la interpretación que garantizan que los juicios de valor no caigan en los excesos de lo que Konrad Hesse denominaba Derecho libre” (pp. 140-141).

La labor judicial se encuentra, en este sentido, particularmente necesitada de rigor y previsibilidad pues “los jueces realizan una actividad objetiva, crean normas jurídicas con sujeción a parámetros normativos preexistentes y no disponibles” (p. 143). Como bien apunta el autor, finalmente la calidad de una sentencia depende de su objetividad, de su congruencia con la gramática del texto normativo pero también, y muy especialmente, de su razonabilidad, de la excelencia que se derive de la argumentación empleada. Y para lograr tal excelencia argumentativa lo esencial es garantizar, como certeramente apunta el Profesor Rovira, que ese juez o ese tribunal desarrolle su labor con sosiego e independencia (p. 150).

El octavo trabajo del libro se presenta bajo el rótulo de “Justicia y jurisdicción” (pp. 169-196).

Como bien recuerda Antonio Rovira, la tarea esencial del Poder Judicial consiste en “interpretar y aplicar la ley de la forma más favorable para la realización de los derechos comunes a todos, en tanto indicadores principales del progreso histórico y núcleo de legitimidad de los sistemas democráticos” (p.169).

La cláusula constitucional de Estado de Derecho exige la presencia de órganos jurisdiccionales independientes y dotados de conocimientos técnico-jurídicos que les permitan “interpretar y aplicar imparcialmente las leyes, controlar la actuación administrativa y ofrecer a los ciudadanos la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (p. 170). En este sentido, los jueces “están sometidos a la Constitución y por lo mismo no pueden ignorar ni disponer la aplicación o no de la Constitución y por lo mismo no pueden ignorar ni disponer la aplicación o no de la ley a la que están sometidos, al texto jurídico de la norma aplicable, ni pueden resolver en contra de la misma. El poder del juez no es soberano, no puede juzgar a las leyes, sólo tiene poder para aplicarlas y concretarlas” (p. 176).

Por lo demás, el Profesor Rovira aboga por un correcto entendimiento del Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado. En tal sentido, considera que la función del Poder Judicial consiste en controlar la acción del poder legislativo, “pero no sustituirlo, pues es al poder legislativo al que corresponde desarrollar los preceptos constitucionales. Concretarlos, en definitiva, legislar en el marco autorizado por la Constitución. Es el

competente para optar entre las posibilidades que le ofrece este texto que por definición es amplio y abierto, y al poder judicial le corresponde interpretar y aplicar esta voluntad general expresada en leyes. Ahora bien, interpretarlas no mecánicamente sino como conjunto de hechos, normas y valores, como algo cambiante (...)” y que será aplicado a supuestos muy diferentes (p. 181). Y entre esos supuestos a actos políticos. En este sentido, no debe olvidarse que el carácter político de un acto “no puede excluir un conocimiento jurídico del mismo, porque juzgar a la administración (incluso controlando su actuación discrecional) no implica necesariamente de una forma automática gobernar” (p. 182). En todo caso, lo que necesariamente habrá que garantizar es la exigencia de responsabilidad para el juez u órgano jurisdiccional que no haga un uso responsable de las competencias que tiene atribuidas o no actúe con transparencia en lo que afecta a “las razones que justifican sus decisiones” (p. 183 y 189).

El noveno, y último, trabajo del libro lleva por título “El Ombudsman” (pp. 197-242).

Se trata de un capítulo en el que se lleva a cabo un estudio sobre el significado y la función de la figura que en España conocemos como Defensor del Pueblo.

Como se sabe, un antecedente clave de esta figura en España es el Justicia Mayor de Aragón. Ahora bien, el actual Defensor del Pueblo de España ha de conectarse con la institución del *Ombudsman* (en el idioma sueco, “mandatario, comisionado o persona que da trámite) de origen escandinavo regulado por primera vez en la Constitución sueca de 1809. Pronto se extendió a países como Noruega y Finlandia y desde ellos a otros ordenamientos jurídicos aunque ya con peculiaridades propias muy marcadas. Así sucedió con el Comisionado Parlamentario inglés y el Mediador francés.

A lo largo de sus reflexiones, fruto de la experiencia derivada del desempeño de las tareas de Adjunto y de Defensor del Pueblo en funciones, el autor da cabida, además, a una serie de consideraciones, en perspectiva histórica, comparada e internacional.

La actividad del Defensor del Pueblo se debate entre la mediación ante la Administración y la investigación de la propia acción administrativa. Su tarea de mayor calado consiste en un Informe anual, si bien también se encarga de preparar informes especiales y sectoriales, para las Cortes Generales sobre su gestión. La importancia de este Informe radica en que, a través de este, el Defensor del Pueblo da cuenta del estado y funcionamiento de los diferentes sectores de la Administración con referencia al número y al tipo de quejas que le han sido presentadas. Se trata de una evaluación, que se presenta ante el Parlamento y la opinión pública, en lo que concierne al respeto por parte de la Administración Pública, en su actividad diaria, de los derechos de los ciudadanos a cuyo servicio habrá de orientar su trabajo en todo momento.

Como sostiene el autor, “el Defensor necesita estar presente en la sociedad y ello se consigue con los informes anuales y especiales, con los viajes e inspecciones por el territorio y con las denuncias y las comparecencias en el Parlamento. Su autoridad y efectividad dependen, en definitiva, del resultado de su obra, que ya no debe limitarse al conocimiento de las quejas sobre mala administración, o supervisión de los servicios públicos, sino que interviene decisivamente en la defensa de los derechos fundamentales, en los procesos de transformación social, incluso en la consolidación de los procesos democráticos, como en Iberoamérica, y en la adaptación y evolución de las estructuras políticas (...) la población no solamente tiene derecho a quejarse, sino que necesita que sus quejas, problemas, carencias, aspiraciones o injusticias sean conocidas, incluso aunque no se solucionen, que su existencia sea admitida por el poder, porque lo contrario constituye el mayor desprecio hacia la persona” (p. 205).

El Defensor del Pueblo es un *ombudsman* cuyas decisiones (recomendaciones, admoniciones, reproches, informes) no vinculan a sus destinatarios, pero adquieren efectividad a partir de la autoridad y prestigio, del propio Defensor que, a su vez, queda materializado en la calidad de los argumentos jurídicos en los que las mencionadas decisiones se fundamentan. De esta manera, el Defensor del Pueblo “no puede juzgar, ni legislar, ni gobernar y ejecutar; su función consiste en denunciar cualquier actuación de los poderes del Estado contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas y para ello dispone de una serie de atribuciones, entre ellas, puede recurrir al Tribunal Constitucional y puede formular recomendaciones, sugerencias y recordatorios legales a las Administraciones Públicas y denunciar los comportamientos irregulares de estas ante el superior jerárquico, ante las Cortes Generales (...) y ante la opinión pública, intentando a su vez colaborar con todos para lograr el mejor funcionamiento del Estado de Derecho” (p. 213).

Entre las competencias del Defensor del Pueblo, creo que han de destacarse dos que no siempre tienen la difusión y la consideración que merecen entre el público no especializado. La primera es su competencia para sugerir nuevos criterios de actuación y la adopción de las medidas que crea pertinentes. La segunda consiste en ejercitar la acción de responsabilidad y denunciar ante el Ministerio Fiscal las conductas que estime delictivas.

En definitiva, la independencia y la plena autonomía funcional y orgánica constituyen los rasgos que definen la institución del Defensor del Pueblo y ello tanto en sus relaciones con otros órganos del Estado como respecto a los partidos políticos y otros poderes sociales. El prestigio del Defensor del Pueblo se refleja, en definitiva, en su perfil de autoridad moral y de persuasión reconocida por la opinión pública, tan necesitada de un rápido y eficaz respaldo en el ejercicio de sus derechos y libertades.

Me gustaría concluir el comentario a la obra de Antonio Rovira Viñas, “Escritos de Derecho Constitucional”, con unas certeras reflexiones del autor en un artículo periodístico publicado el pasado año 2020, a cuyo tenor literal: “no es la política la que provoca los conflictos, sino la naturaleza humana, y la política resulta imprescindible para domesticarnos antes de que nos devoremos. Lo estamos viviendo, nuestros derechos no son nada sin hospitales y escuelas públicas, sin Gobiernos y Parlamentos que impongan límites y prohibiciones, no siempre razonables y a veces injustas, pero sin duda necesarias para poder continuar. El Estado democrático es el soporte físico de un poder social que ejercen las personas elegidas y nombradas y ellas son las responsables de que el invento no se convierta en un juguete o, peor, en una monstruosidad (...) El Estado democrático debe tomar un papel más activo en la defensa de nuestros derechos, organizando y garantizando el huerto común: la educación, la sanidad, el aire que respiramos, el agua que bebemos, los bosques debe, en fin, garantizar unas condiciones básicas que reduzcan los desequilibrios. Y cuando digo Estado también estoy diciendo Unión Europea, ya no podemos vivir unos sin los otros”. (Antonio Rovira Viñas, Diario EL PAÍS, 29 de abril de 2020).

Fukuyama, Francis:
***El liberalismo y sus desencantados. Cómo defender
y salvaguardar nuestras democracias liberales***
Deusto, Barcelona, 2022, 173 pp.

Fecha de recepción: 05/10/2022

Fecha de aceptación: 11/10/2022

El que quizás sea uno de los politólogos más influyentes del mundo, Francis Fukuyama, ha dado una obra a imprenta capital para comprender qué vientos soplan en las democracias occidentales, dónde se encuentran las marejadas, y cómo sobreponernos a los terremotos que producen los movimientos de placas tectónicas en el espectro político.

El opúsculo se divide en diez capítulos, precedidos de una introducción, donde nuestro autor nos informa de que estamos ante un libro que apuesta por una decidida defensa del liberalismo clásico o también llamado “humano”. Entiende que estamos ante una ideología que se encuentra seriamente amenazada en todo el mundo (p. 9), especialmente a la luz de lo acontecido en tiempos recientes en países como EEUU, Hungría, Polonia, Brasil o Turquía, dominados por líderes populistas cuando no extremistas que estarían agujijoneando, con sus políticas iliberales, el sustrato y sustento de las democracias liberales donde se han hecho fuertes. Fukuyama deja claro un aspecto que sobrevuela toda la obra (quizá porque cree que puede convencer a los iliberales). No es tanto que populistas de derechas y progresistas de izquierda odien el liberalismo: es que están descontentos por la manera en que este ha evolucionado en el último par de generaciones (p. 11).

A partir de tales presupuestos, el politólogo desarrolla sus principales ideas y argumentos en torno a diez capítulos.

El capítulo uno lo dedica a definir qué es liberalismo y cuáles son las tres principales razones que lo llevaron a erigirse en la idea central de los sistemas políticos occidentales surgidos de (y a partir de) las cenizas de la II Guerra Mundial. La doctrina liberal se basa en el individualismo (primacía moral de

* Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional (UCM). <https://orcid.org/0000-0001-6873-7269>.

la persona), el igualitarismo (todos los hombres tienen el mismo estatus moral), universalista (unidad moral de la especie humana) y meliorista (cualquier institución social o política puede mejorar).

Los atractivos del liberalismo se cifrarían en tres razones que lo justifican. Por un lado, es una idea sumamente pragmática porque consigue unir lo que de otra manera no podría estarlo. Por otro, protege la dignidad humana ante todo. Y, además, estamos ante una ideología que propicia el crecimiento económico, la mejora y el bienestar de inmensas capas poblacionales.

El capítulo dos y el capítulo tres estudian cómo el liberalismo económico evolucionó hasta transformarse en el llamado neoliberalismo, lo cual acabó por producir un desencanto frente al sistema capitalista en su conjunto. La operación consistía en señalar que el liberalismo se había visto abocado a ser un sistema opresor, rapaz y explotador: ha mutado en neoliberalismo, término que suele emplearse de forma peyorativa como sinónimo de capitalismo. En EEUU, neoliberalismo era no pocas veces sinónimo de libertarismo. A través de un examen histórico donde se relatan las principales vicisitudes de los años sesenta, setenta y ochenta, Fukuyama llega a la convicción de que “los ingresos agregados eran mayores que nunca, pero la desigualdad entre países había aumentado enormemente” (p. 44).

Los problemas que planteaban las políticas neoliberales no sólo se dejaron sentir en los espectros económico y político sino que alcanzaron a los seres humanos en tanto que individuos: el *gen egoísta*, por emplear la famosa expresión de Dawkins, especialmente en lo que hacía al derecho de propiedad privada. De nuevo, a través de una reflexión profunda y que abarca diversos periodos históricos y nombres famosos (Hayek, Mises y compañía), para llegar a la conclusión de que no es que la escuela neoliberal enunciara premisas falsas, es que eran incompletas y, con frecuencia, históricamente contingentes (p. 61).

Los capítulos cuatro y cinco se dedican al principio liberal de la autonomía personal (nosotros diríamos autonomía de la voluntad), y a argumentar cómo su desarrollo tuvo que hacer frente tanto a una acerada crítica contra el individualismo exacerbado como a la demolición teórica de su presunto universalismo. No obstante, el paradigma sobre el cual han gravitado tanto las tesis de sus próceres como de sus críticos ha sido más el liberalismo rawlsiano y su *Teoría de la Justicia* que el derecho natural de autores como Locke.

Fukuyama pone el dedo en la llaga: “el tipo de liberalismo que pretende a toda costa ser implacablemente neutral en lo que respecta a los valores acaba fracasando y volviéndose contra sí mismo al cuestionar el valor del propio liberalismo, y se convierte en algo que no es liberal” (p. 78).

Es así como llega a examinar las políticas identitarias en el marco de las democracias liberales. Tal y como dijo en su libro inmediatamente anterior, *Identidad*, lo que parecía que era intentar cumplir la promesa del liberalismo para colectivos tradicionalmente preteridos ahora se ha convertido, en estos tiempos que nos toca vivir, en algo por encima de sus posibilidades, en “eso”

que la sociedad liberal no ha conseguido estar a la altura (p. 80). Llegó Marcuse con su tolerancia represiva y levantó el velo para muchos que deseaban ser convencidos por los nuevos chamanes intelectuales: la libertad era imposible salvo que se creara una sociedad radicalmente diferente a la que existía. Movimientos anticapitalistas, feministas, raciales y diversos sexo-genéricos (las *teorías críticas*) blandieron diatribas de diverso pelaje contra el sistema liberal. Pasaron de querer formar parte del proyecto liberal a intentar dinamitarlo. A lo peor no querían lo primero, vista la evolución del asunto.

El capítulo seis hace referencia a la crítica que se hace desde sectores de la izquierda progresista contra la ciencia moderna, conducta esta que se extendió rápidamente a la derecha populista. El mapa cognitivo del liberalismo es la ciencia moderna, la racionalidad, el criterio científico. Pero las teorías críticas ahora pretenden argüir, dicho lisa y llanamente, que nada es verdad y todo es posible (p. 99 y ss.). Nadie tiene la última palabra y el conocimiento debe basarse en pruebas. Estas dos premisas eran el edificio conceptual liberal clásico. El método científico se empleó desde atalayas liberales para atacar y desmontar minaretes religiosos. “La Ilustración liberal se consideraba a sí misma como la victoria de la razón humana sobre la superstición y el oscurantismo” (p. 101).

Llegaron las tesis de Saussure (no es lo mismo significado que significante: las palabras no designan necesariamente una realidad objetiva más allá de la conciencia del hablante) y, con ellas, la escuela posmoderna de los Lacan, Barthes y Derridá, proponiendo la deconstrucción de todo lo previamente construido. También de la mano de Nietzsche (no hay hechos, sólo interpretaciones) y, huelga decirlo, con la maestría del abyecto de Foucault, los pensadores “críticos” pretendían demoler el sustrato liberal. Y esto, que siempre se nos vendió como un proyecto de izquierdas, ha virado también a la margen derecha del espectro político, según Fukuyama, sobre todo en torno a esos “grupos nacionalistas blancos que se consideran a sí mismos miembros de un grupo identitario acosado” (p. 109).

El capítulo siete relata cómo la tecnología moderna está socavando la libertad de expresión en determinados aspectos. Las principales concreciones de dicha amenaza tienen que ver con tres factores. El primero es el gobierno autoritario, ese gobierno del que el liberalismo siempre desconfía y con el que tiene duras querellas en su encarnación estatal. La segunda es el control privado de los medios de comunicación tradicionales, con personajes como Silvio Berlusconi a la cabeza. La tercera es la sobreabundancia y sobreexposición a Internet y al inmanejable y abrumador nivel de información que produce. Fukuyama no se separa aquí de las principales venturas del liberalismo clásico: para que este funcione necesitamos dosis imprescindibles de privacidad. Para eso no podemos ni debemos ser “transparentes” al cien por cien, como tampoco debemos dar pábulo a esos mundos de fantasía paralelos que Internet ofrece, poblados por personas que acaban creyendo que es legítimo ver en la campaña de vacunación contra la

COVID-19 un plan político diseñado y orquestado por una suerte de *Deep State* o donde los unicornios de la justicia social esparcen sus carantoñas a diestro y siniestro.

El capítulo ocho es uno de los más jugosos, pues aspira a explicar de qué manera podrían determinados postulados de derecha e izquierda conformar una auténtica alternativa, real, al liberalismo. Expone con profusión la crítica que se hace al sistema demoliberal tanto desde un lado como desde el otro, con planteamientos críticos tanto materiales como procedimentales, para acabar diciendo que no hay disyuntiva como tal porque “ninguno plantea una alternativa realista al liberalismo clásico, pero ambos han sido capaces de socavar los ideales liberales y desacreditar a quienes tratan de reivindicarlos” (p. 142).

El capítulo nueve aborda las cuestiones relativas al nacionalismo y su encaje, desde el prisma de la identidad nacional respecto del principio liberal. Francis Fukuyama se interroga sobre cómo puede conciliarse la reivindicación del universalismo con la división del mundo en Estados nación. Y él propone que, en puridad, no se vea a ambos polos como contradictorios: sólo en el marco estatal, nos viene a decir, tiene sentido que podamos ejercer nuestros derechos pues es dentro de jurisdicciones territoriales limitadas donde el Estado tiene el monopolio legítimo de la fuerza y puede (aunque suene raro) imponer que se respeten nuestros derechos.

Las naciones son, además, “fuente singular de comunidad” (p. 146), pero no debemos caer en la tentación no ya de atribuirles derechos como tal, pues no los pueden tener por definición, sino de construir en torno a la identidad nacional el proyecto demoliberal del siglo XXI, sobre todo si se basa en rasgos inmutables como la raza, la etnia o la religión: tal cosa contraviene el principio liberal de igual dignidad.

Finalmente, el capítulo diez expone con claridad y recorrido qué principios generales son moneda corriente en la recuperación de la fe en el liberalismo clásico. Para Fukuyama estos son los que siguen. En primer lugar, el liberal debe aceptar que el Estado y el gobierno son necesarios y superar la tentación neoliberal. En segundo lugar, tomarse en serio el federalismo y transferir el poder a los niveles inferiores de gobierno competentes. Nuestro autor tiene sobre todo en mente lo que hicieron los Estados por abolir las leyes *Jim Crow*. En tercer lugar, debemos proteger la libertad de expresión de todas las amenazas habidas y por haber, especialmente en lo que hace a la esfera de privacidad necesaria para que uno pueda hacer su vida realmente en libertad. En cuarto lugar, otorgar primacía a las personas a y sus derechos individuales frente a los grupos culturales a los que pertenecen, pues nunca están plenamente definidas por dicha pertenencia y siempre continúan ejerciendo su libérrima voluntad individual. En quinto lugar, Fukuyama propone asumir que la autonomía humana no es ilimitada, pues no solo a ella interpela el hecho de que podamos tener una vida buena. Y finalmente recuerda a los clásicos griegos, para apostar por dos virtudes tanto a nivel individual

como a nivel social o político: nada en exceso y templanza. Moderación y apertura. Como expone magistralmente el propio Fukuyama: “a veces la realización surge de la aceptación de límites” (p. 167).

Realizado el pertinente repaso por las principales líneas argumentales de los asuntos tratados, desde estas líneas querríamos romper una lanza a favor del politólogo norteamericano y animar al lector a que se asome a un libro bien escrito, motivado y sólido acerca de por qué debemos seguir siendo, si es que queremos seguir siéndolo, liberales.

Fernández de Buján, Antonio:
Derecho Público Romano
24.^a edición. Civitas–Thomson Reuters.
Cizur Menor (Navarra), 2021. 566 pp.

Fecha de recepción del artículo: 21/11/2022

Fecha de aceptación y versión final: 28/11/2022

¿Por qué el Derecho Romano sigue formando parte de los planes de estudio? Si se me permite traeré a colación el discurso académico que el Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Frankfurt, Michael Stolleis, pronunció en Berlín en 2016 en presencia del Presidente de la República Federal: “La cultura jurídica europea descansa sobre las civilizaciones que van desde Babilonia hasta Atenas, pero sobre todo y de modo singular sobre Roma”¹. No olvidar nuestra raíz es, si cabe, más importante en momentos de tanta turbulencia como los que ahora nos toca vivir, y que, con innegable pesimismo, define así Lamo de Espinosa “vivimos en un momento de inflexión histórica que cierra siglos de dominio occidental”², por cierto, no solo político o económico sino también cultural. Con directo basamento en la actualidad, Pardo de Santayana escribe que “la guerra de Ucrania ha clausurado una era y ha abierto otra, suponiendo el paso definitivo hacia un mundo postoccidental. El futuro se presenta muy incierto y especialmente contradictorio”³. Lejísimos queda, pues, la transmutación del ideal Kantiano por Francis Fukuyama⁴ con su teoría de la confluencia racional y pacífica en el modelo precisamente que representa como ninguno la civilización occidental, el sistema democrático, cuyos orígenes se encuentran precisamente en Grecia y Roma.

La enseñanza del Derecho Romano debe permanecer, según lo reafirma convincentemente Fernández de Buján, partiendo de que así ha sido

* Letrado de las Cortes Generales. Catedrático de Derecho Constitucional de la URJC. <https://orcid.org/0000-0002-9508-5304>.

¹ STOLLEIS, M. (2016). “¿Qué origen, qué destino? Sobre la historia y el futuro de Europa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Núm. 61, pp. 4 y ss.

² LAMO DE ESPINOSA, E. (2021). Entre águilas y dragones. El declive de occidente. Madrid: Espasa.

³ PARDO DE SANTAYANA, J. (2022). “De Ucrania a Taiwan: aprender a vivir en un mundo peor”. Documento Análisis 28/2022: Instituto Español de Estudios Estratégicos. , p.14.

⁴ FUKUYAMA, F. (1992). “The end of history and the last man”. Nueva York: Free Press.

regularmente desde el descubrimiento de un manuscrito del Digesto en la Bolonia del siglo XI, lo que habría dado origen a la primera Universidad europea. El estudio del Derecho Romano, asegura, contribuye “a la conformación de un talante y una mentalidad jurídica, que haga de la lucha por la justicia un elemento inherente al quehacer vital del jurista, y le faculte para interpretar la cambiante normativa en atención a las cambiantes realidades sociales, económicas e ideológicas”⁵. Y es que fue el jurisconsulto romano por excelencia, Ulpiano, quien expresó el ideal del jurista: “a los juristas se nos puede llamar sacerdotes porque rendimos culto a la justicia, profesamos al conocimiento de lo bueno y equitativo, superando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito y buscando con ansia la verdadera filosofía y no lo aparente”⁶.

Si, como escribió Fichte, la Universidad es la “escuela para el desarrollo del arte de usar científicamente la inteligencia”, tal ambición no puede ser resultado sino de la adecuada combinación, como sugiere Antonio Fernández de Buján, de los modelos científico y educativo, o si se prefiere, de investigación y de formación, orientación y tutela de los estudiantes en quienes —sigue el romanista— “hay que despertar la pasión por los más altos ideales y desechar todo lo relacionado con el diletantismo, la medianía, la vulgaridad y la chabacanería”⁷.

Estas palabras rememoran otras del propio autor en el prólogo a la primera edición del libro que reseñamos, allá por el año 1996, su *Derecho Público Romano*: “Además de la lógica aspiración al conocimiento, al saber que, en palabras de Antonio Machado, no es un privilegio, sino el resultado del esfuerzo personal, sería deseable que quienes se inician en el proceso de formación como juristas, procurasen la interiorización progresiva de valores como, digámoslo ahora con palabras de Elías Díaz, la consideración del Derecho como una experiencia jurídica colectiva, la fundamentación ética del Derecho, el logro de una razón ilustrada y armónica y compromiso intelectual frente al silencio abstencionista de los técnicos”. El recurso al Derecho Romano sigue siendo imprescindible para tal “aspiración al conocimiento” a la que el jurista no puede renunciar, por más que viva del derecho vigente. La madurez del jurista resulta inalcanzable sin la apelación constante a la fuente que se encuentra precisamente en el Derecho Romano, progenitor y alma mater de nuestro sistema jurídico, occidental, no por casualidad apelado romano-germánico, aunque el del *Common Law* no es tampoco ajeno al mismo, por más que los anglosajones demanden su absoluta originalidad.

Cuando un libro cuenta con veinticuatro ediciones en veinticinco años no es difícil concluir que nos encontramos ante un texto extraordinario que,

⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2000). Prólogo a la quinta edición del libro aquí recensionado.

⁶ *Ibidem* (1996). Prólogo a la primera edición.

⁷ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2022) “Ser universitario”. *El Cronista del estado social y democrático de Derecho*. Núm. 90-91, pp. 73-74.

además, ha sido enriquecido con esmero a lo largo de este tiempo, *aggiornado* y completado, pues el autor siempre se muestra naturalmente insatisfecho y desea con pasión no oculta acercarse lo más posible a la perfección. No soy especialista en el Derecho Romano (estudié en la carrera el libro de otro maestro, Juan Iglesias, que fue también mi profesor) pero el libro de Antonio Fernández de Buján, me ha reabierto los ojos de jurista hacia instituciones, conceptos, principio y valores que me ha permitido rememorar aquella expresión de Pellegrino Rossi de que en el Derecho Constitucional se encuentran *les têtes de chapître*, y no es exagerado decir que en no poca medida los elementos principales del Derecho se encuentran en el Derecho Romano. Ciertamente el estudio del Derecho Romano se ha centrado, al menos en la licenciatura o grado de derecho, en la rama privada (*quod ad singularum utilitatem*) dejando de lado la rama pública (*quod ad statum rei romanae spectat*), y ello, como explica el autor porque “la vigencia en la práctica del Derecho Privado Romano hasta la entrada en vigor en el año 1900 del código civil alemán... supuso, en la práctica, una relegación del Derecho Público Romano”. ¿Por qué se pretende su, digamos, recuperación? Y responde así: la justificación de su estudio “se fundamenta en la unidad lógica del ordenamiento jurídico y en la convicción de que no cabe explicar la norma jurídica al margen de las distintas circunstancias políticas, económicas, sociales y religiosas que operan en una comunidad”⁸. Y es que la influencia del Derecho Público Romano en la historia de Europa comienza “por la propia idea e ideales de la comunidad europea que Roma recibe de Grecia y desarrolla en la estructura constitucional y administrativa de la República y el Imperio”, pero, dando un notable salto a los teóricos del Estado moderno “construyen algunas de sus principales aportaciones sobre la base del estudio de fuentes romanas” y, en fin, las ideas básicas de la República romana sirvieron de modelo en las revoluciones liberales y en la construcción del Estado liberal.⁹ Así pues, sin el conocimiento del Derecho Romano, también del público, no se comprende el desarrollo del Derecho ni la cultura jurídica europea¹⁰.

El autor transita por las distintas fases de la riquísima historia romana, comenzando por la Italia primitiva y los orígenes de la *Civitas* romana, pasando por la etapa monárquica hasta que el *Regnum* dio paso a la República y finalmente al Principado y al Imperio y es que —acertadamente— el autor sostiene que el Derecho es un producto histórico, idea-fuerza que —como en su Derecho Privado Romano¹¹— informa el contenido de su obra.

Las dos ideas básicas sobre las que se asienta el ideal republicano son: la ley pública, entendida como producto de la voluntad mayoritaria del pueblo, y la idea de *libertas* entendida como sometimiento a la ley votada

⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Derecho Público Romano, *op. cit.*, p. 66.

⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰ *Ibidem*, p. 89.

¹¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2022). Derecho Privado Romano. 11.ª ed. Madrid: Iustel.

en común (la libertad republicana, por contraposición al arbitrio del *Regnum*) y al asamblearismo como nota caracterizadora de la demagogia. Así la constitución republicana se asienta en tres pilares básicos: el Senado, las Asambleas populares y las Magistraturas, cuya composición y competencias expone detalladamente el autor quien —por lo demás— asegura que en la República romana “la democracia era directa y no indirecta o por representante”. El ciudadano formaba parte por sí mismo y no por medio de representante, de la asamblea popular y a través del ejercicio del voto participaba de forma activa en la actividad política”¹², por más que la equiparación entre el patriarcado y los plebeyos tardara en hacerse efectiva sin obviar otras imperfecciones que autor subraya.

No existe claramente en Roma lo que constituye la base del Derecho Penal moderno: (*nullum crimen nulla poena sine lege*) a pesar de los avances en el campo de la técnica penalística, pero en la República —escribe Fernández de Buján— “las garantías del ciudadano en el ámbito penal estaban protegidas por la probabilidad de apelar a la asamblea popular para que decidiese en última instancia mediante votación secreta, en los supuestos de condena a pena capital o penas pecuniarias importantes”¹³. Así pues el condenado podía apelar ante el pueblo reunido en asamblea (*provocatio ad populum*) que resolvería en última instancia (*indicium populi*). Pero encontramos en el Derecho Romano otras instituciones que han permanecido en los siglos, como la acción popular susceptible de ser ejercitada por cualquier ciudadano (*quiris de populo*) para perseguir cualquier delito público o la determinación de las circunstancias atenuantes y agravantes para la concreción de la pena.

Fernández de Buján parte de Von Ihering y Serrigny quienes, a mediados del siglo XIX, apuntalaron la idea de que el origen de todas nuestras instituciones de Derecho Público se contiene en los Códigos Teodosiano y Justiniano. Asegura que si bien el plano técnico no existe un cuerpo normativo autónomo, especial y distinto a otros cuerpos normativos, si parece legítimo utilizar la moderna expresión Derecho Administrativo que no perteneces a la tradición jurídica romana, pero sí a la romanística, para referirse a la existencia de un aparato administrativo de compleja estructura integrado por instituciones y actividad de orden administrativo en todos los ámbitos territoriales (estatal, provincial, municipal), a través de la que se da respuesta a la problemática creciente de una sociedad viva y en constante expansión¹⁴. Aunque no puede sostenerse que en Roma existiese una ciencia del Derecho Administrativo, que surge a partir del siglo XIX, si encontramos en el Derecho Romano instituciones y principios nacidos en éste que perviven en el Derecho actual; desde el concepto de dominio público a los de concesión y autorización administrativa o la prestación de

¹² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Derecho Público Romano, *op. cit.*, p. 154.

¹³ *Ibidem*, p. 297.

¹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Derecho Público Romano, *op. cit.*, p. 319.

servicios públicos por entidades privadas, la contratación pública y la adjudicación de la obra o servicio mediante subasta, el estatuto de los empleados públicos y la exigencia de responsabilidad a los mismos, el concepto de orden público y el régimen de policía, o la expropiación forzosa, entre otras, sin olvidar que, con cita de Gallego Anabitarte, se recuerda que “el Derecho Romano de aquel ha estado y está presente en todos los estudios de aguas del Derecho occidental. El tronco común del que sale el Derecho francés, anglosajón, alemán y español es el Derecho Romano”¹⁵.

Los términos empleados en el comienzo del capítulo sobre el Derecho Tributario no pueden ser más expresivos: “en materia de régimen jurídico fiscal, asombra el rigor y la modernidad de las instituciones sobre las que se cimienta la Hacienda Pública romana, así como el novedoso tratamiento atribuido por la jurisprudencia y la legislación romana a sus principios informadores e inspiradores y a las cuestiones básicas de su sistema impositivo”, cuyos pilares básicos son: el erario (*aerarium*), el fisco (*fisais*) y el tesoro público (*thesaurus*)¹⁶. En un principio el *tributum* (desde la perspectiva del que paga y deriva de *contribuere*) fue un impuesto para atender los gastos militares derivados de las distintas guerras (*tributum civile*), y que en principio tenía un carácter territorial para, con posterioridad, calcularse en función de los datos que constaban en el censo aplicándose sobre los mismos la tarifa o cuota. Nos encontramos también con el *tributum provinciale* que recae sobre los residentes en provincias, con el *tributum capitis* que es una contribución por el patrimonio personal o con el *tributum soli* sobre la posesión del suelo.

Todos ellos conformarían la imposición directa, a la que se sumaría la indirecta entre la que destaca el *portorium* (aduanas y peajes), la *ricessuma hereditatium* (caudal hereditario), la *centesima rerum venalium* (“una especie de IVA romano”), la *quadragessima litium* un porcentaje sobre el valor del asunto litigioso), etc... Es cierto que en las provincias se establecen tributos de distinta naturaleza de los de los ciudadanos romanos, y muy diversos entre sí, y que —como escribe el autor— “se configuran según el propio grado de civilización y organización del pueblo vencido, así como según las condiciones de su sometimiento, y tienen como finalidad cubrir los costes de la administración de las provincias”¹⁷.

Llama notablemente la atención el recurso en el derecho fiscal romano a distintos instrumentos de Derecho Financiero que permanecen en el transcurso de los siglos; los indicios de inflación, los flujos monetarios, la devaluación de la moneda, la creación de una moneda única, la contabilidad pública, el control del gasto público, el control aduanero o la inversión pública¹⁸, pero aún más nos interesa la rememoración de las

¹⁵ *Ibidem*, pp. 320-327.

¹⁶ *Ibidem*, p. 371.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 381-382.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 375-376.

reglas y principios definidos en la jurisprudencia, y que siguen inspirando el sistema tributario: el principio de capacidad económica o contribución en proporción a la capacidad económica del contribuyente, el de igualdad y generalidad en la imposición, el de equidad, el de legalidad o reserva de la ley, el de indisponibilidad, el de razonabilidad, el de preclusión, o el de objetividad y seguridad jurídica, que son diseccionados con detalle por el profesor Fernández de Buján, y que se encuentran en su mayor parte enunciados en el Digesto y en Código Justiniano¹⁹.

En una sociedad, como la contemporánea, conducida por el vértigo de la inmediatez, en la que todo es exigible para mañana, la lectura de un texto sobre un derecho aparentemente muerto, puede que resulte poco menos que estrambótica para muchos voraces velocistas, pero el Derecho Romano —tal y como nos enseña Fernández de Buján— es evidente que permanece vivo, que nos enseña mucho de lo que somos pues nada nace con el amanecer de un día determinado sino fruto siempre de los años, de las décadas, de los siglos, en suma de la experiencia histórica. El jurista no puede ni debe perder ese hilo conductor histórico en su reflexión, en su estudio y análisis de cualquier hecho, acto o institución. Esta es la lección de extraordinario libro del profesor Fernández de Buján que —como él confiesa— se esfuerza por seguir la indicación de Popper de que constituye un deber moral de los intelectuales la búsqueda de la sencillez y la claridad, y por tanto la huida de lo ambiguo y equívoco, en aras a la más fácil comprensión del texto. Y lo consigue con creces, sobradamente, escribe derecho sin renglones torcidos, un libro lleno de sabiduría y de humanismo.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 383-394.

