

Repensar la constitución.

Ideas para una reforma de la  
Constitución de 1978: reforma  
y comunicación dialógica

Parte primera

**COORDINADORES:**  
**TERESA FREIXES SANJUÁN Y**  
**JUAN CARLOS GAVARA DE CARA**



Derecho Público



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Teresa Freixes es Catedrática de Derecho Constitucional del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la UAB y Catedrática Jean Monnet *ad personam*. Actualmente directora del Observatorio de la Igualdad de la Universidad Autónoma de Barcelona, fue seleccionada por dos agencias de la Unión Europea (la EU Agency for Fundamental Rights –FRA– y el European Institute for Gender Equality –EIGE–) para dirigir sendos informes sobre derechos fundamentales e igualdad de género. Entre otras distinciones, recibió la Medalla Narcís Monturiol de la Generalitat a la excelencia científica en 2009 y, en 2004, fue nombrada Mujer Europea por su contribución a la construcción jurídica de la UE. Ha participado en la elaboración del Tratado de Ámsterdam, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la Constitución Europea y los Tratados de Niza y Lisboa. Es miembro de la Real Academia Europea de Doctores y de diversas instituciones científicas de España, Europa y América. Colabora con varios programas de la Unión Africana y ha formado parte del equipo del CICETE (ONU y UE) para potenciar la transparencia y la gobernanza en China. Como experta del Consejo de Europa ha formado parte del equipo encargado de la formación de jueces en Bulgaria, Rumanía, República Checa, Eslovenia y Eslovaquia. Ha sido profesora visitante en México, Italia, Bosnia, Perú y Francia y es profesora visitante permanente de la Universidad de Szczecin en Polonia. Ha dirigido numerosos proyectos europeos, españoles y autonómicos de investigación, de los cuales derivan más de un centenar de publicaciones en diversos países. Actualmente dirige el equipo español del proyecto europeo EGERA (VII Programa Marco) dirigido a potenciar la perspectiva de género en la docencia, la investigación y la gestión en las universidades. Últimas publicaciones destacadas:

- «Multilevel governance and budgetary stability». In: *Europe. Gouvernance politique, Gouvernance économique*. Coords: T. Freixes, D. Marrani, J. C. Remotti, L. Vanin. EME Ed. Bruselas, 2015.
- *The European protection order. Its application to the victims of gender violence*. Co-director a co-autor. Tecnos, Madrid, 2015.
- «Secesión de Estados e integración en la Unión Europea. A propósito del debate sobre la permanencia en la Unión de Escocia y Cataluña como Estados segregados del Reino Unido y España». *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 113, nº 2, 2014.
- *Constitutionalismo multinivel y relaciones entre parlamentos*. Freixes, T.; Gómez, Y.; Rovira, A. (coord.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- «Citizens' Legislative Initiative and Citizenship of Rights». Silveira, A.; Canotilho, M.; Madeira, P. (eds.). *Citizenships and Solidarity in the European Union*. PIE Peter Lang, Brussels, 2013.
- «Quels valeurs à protéger dans le dialogue interculturel euro-méditerranéen?». In T. Freixes, J. C. Remotti, D. Marrani, J. Bombin, L. Vanin-Verna (Coords.). *La gouvernance multi-level. Penser l'enchevêtrement*. EME Editions, Col. De Lege Ferenda, Fernelmont, 2012.
- «Multilevel constitutionalism and federalism». In: Alberto López Basaguren, Leire Escajedo San-Epifanio (Eds.). *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*. Springer, 2012.

Juan Carlos Gavara de Cara es Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Doctor en Derecho con Premio Extraordinario en la Universidad Autónoma de Barcelona. Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración. Las principales líneas de investigación se desarrollan en materia de derechos fundamentales, sistemas de fuentes del derecho y ordenamiento jurídico, Derecho electoral, Poder Judicial y Tribunal Constitucional. Ganador del IV Premio «Manuel Giménez Abad» para trabajos de investigación sobre la descentralización política y territorial (2006).

Sus principales monografías publicadas son: *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, CEC, Madrid, 1994; *El sistema de Organización del ejercicio del Derecho de reunión y manifestaciones*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; *Contenido y funciones del plazo de comparaciones en la aplicación del principio de igualdad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005; *La homogeneidad de los regímenes electorales Autonómicos*, CEPC-Fundación Giménez Abad, Madrid, 2007; *La dimensión objetiva de los Derechos sociales*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2010; *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2011. También es autor de capítulos de libros y artículos en revistas especializadas nacionales e internacionales.





REPENSAR LA CONSTITUCIÓN.  
IDEAS PARA UNA REFORMA  
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978:  
REFORMA Y COMUNICACIÓN DIALÓGICA

Parte primera

## CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

**Yolanda Gómez Sánchez**

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia,  
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la Unión Europea

**Manuel Aragón Reyes**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

**Enrique Arnaldo Alcubilla**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

**Francisco Balaguer Callejón**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

**Andrés Betancor Rodríguez**, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

**María José Ciáurriz Labiano**, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED.

**Miguel Ángel Collado Yurrita**, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**Juan Damián Moreno**, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.

**Carlos Fernández de Casadevante Romani**, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

**Teresa Freixes Sanjuán**, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

**Eugeni Gay Montalvo**, abogado.

**José María Gil-Robles Gil-Delgado**, Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE y Presidente de la Fundación “Jean Monnet pour l’Europe.

**Vicente Gimeno Sendra**, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.

**Doctora Tania Groppi**, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena.

**Emilio Jiménez Aparicio**, abogado.

**Diego Manuel Luzón Peña**, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

**Fernando Martín Díz**, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

**Elisa Pérez Vera**, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED.

**Doctor Nuno Piçarra**, Professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa.

**Miguel Recuerda Girela**, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

**José Suay Rincón**, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

**Antonio Torres del Moral**, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED.

**REPENSAR LA CONSTITUCIÓN.  
IDEAS PARA UNA REFORMA  
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978:  
REFORMA Y COMUNICACIÓN DIALÓGICA**

**PARTE PRIMERA**

---



---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2016

Primera edición: octubre de 2016



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [www.boe.es](http://www.boe.es), apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

NIPO AEBOE: 007-16-147-3

NIPO CEPC: 005-16-043-9

ISBN: 978-84-340-2339-0

Depósito legal: M-32420-2016

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



## RELACIÓN DE AUTORES

**TERESA FREIXES SANJUÁN**

Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Barcelona

**JUAN CARLOS GAVARA DE CARA**

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Barcelona

**YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ**

Catedrática de Derecho Constitucional UNED  
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*

**PIEDAD GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ**

Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid  
Letrada de las Cortes Generales

**JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO**

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Sevilla

**PALOMA BIGLINO CAMPOS**

Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad de Valladolid

**IGNACIO TORRES MURO**

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid  
Del Cuerpo de Letrados del Tribunal  
Constitucional

**MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ**

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Granada

**MANUEL GERPE LANDÍN**

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Barcelona

**MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ**

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Girona

**JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS**

Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad de Granada

**JAVIER TAJADURA TEJADA**

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad del País Vasco



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. <i>Teresa Freixes / Juan Carlos Gavara</i> .....	15
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL ENFOQUE MULTINIVEL. <i>Teresa Freixes</i> .....	23
1. <b>Introducción</b> .....	23
2. <b>Los indicadores de la configuración multinivel</b> .....	24
3. <b>La ambivalencia del multinivel en el estándar de protección de los derechos</b> .....	28
3.1 La igualdad de mujeres y hombres como ejemplo positivo en la configuración multinivel de los derechos .....	28
3.2 Otro ejemplo con consecuencias menos favorables para el ejercicio de derechos: las medidas multinivel de coordinación económica y su repercusión en el estándar de los derechos sociales ...	31
4. <b>A modo de conclusión: Las posibles nuevas regulaciones generales sobre el sistema constitucional de derechos desde el enfoque multinivel</b> .....	35
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: VALORACIÓN Y POSIBLES MODIFICACIONES. <i>Juan Carlos Gavara de Cara</i> .....	39
1. <b>Un funcionamiento razonable del Título I CE y las orientaciones generales de su modificación</b> .....	39
2. <b>Las garantías de los derechos fundamentales: un ámbito material sin necesidades de grandes cambios</b> .....	42
3. <b>El amparo ordinario y la hipotética necesidad de introducir un nuevo orden jurisdiccional de carácter constitucional</b> .....	47

	Páginas
4. <b>El control de las restricciones a los derechos fundamentales: un ámbito sin necesidad de modificación</b> .....	50
5. <b>El ámbito material práctico de protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional</b> .....	53
6. <b>La protección de los derechos en el ámbito autonómico: las declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía</b> .....	55
7. <b>Las modificaciones necesarias en el ámbito de los derechos sociales y la introducción del control de las omisiones legislativas</b> .....	59
8. <b>Las reformas de carácter material en preceptos concretos reguladores de derechos fundamentales</b> .....	67
LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978: VALORACIÓN Y PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL. <i>Yolanda Gómez Sánchez</i> .....	73
1. <b>Monarquía, pretransición y transición política: las bases de un nuevo modelo</b> .....	73
2. <b>Una ley orgánica de desarrollo del Título II: primera propuesta de reforma constitucional</b> .....	77
3. <b>Lenguaje no sexista: segunda propuesta de reforma constitucional</b> ....	79
4. <b>Los títulos del Príncipe o Princesa de Asturias: tercera propuesta de reforma constitucional</b> .....	81
5. <b>Matrimonio y sucesión: cuarta propuesta de reforma constitucional</b> .....	82
5.1 La regulación constitucional de la sucesión .....	82
5.2 La regulación constitucional del matrimonio del Rey o Reina y de los llamados a la sucesión: quinta propuesta de reforma constitucional .....	85
6. <b>Monarquía Parlamentaria y funciones del Rey o Reina: sexta propuesta de reforma constitucional</b> .....	87
7. <b>La función del Rey de propuesta de candidato a Presidente del Gobierno: séptima propuesta de reforma constitucional</b> .....	92
8. <b>Los actos excepcionados de refrendo: octava propuesta de reforma constitucional</b> .....	97
8.1 Presupuesto, control y transparencia .....	97
8.2 El nombramiento de Jefe de la Casa de S. M. el Rey o Reina ....	98
LAS CORTES GENERALES: NUEVOS ROLES Y TRANSFORMACIÓN DE FUNCIONES. <i>Piedad García-Escudero Márquez</i> .....	101
1. <b>Introducción</b> .....	101
2. <b>Panorama general. Estado de la cuestión</b> .....	103

2.1	La función representativa como marco en el que han de insertarse las restantes funciones de las Cámaras. ¿Un déficit de representación? .....	104
2.1.1	El plano electoral .....	105
2.1.2	Déficit de democracia participativa .....	106
2.1.3	El divorcio entre Parlamento y sociedad .....	106
2.1.4	La relación entre representantes y representados .....	108
2.2	La función legislativa: legislar o ratificar .....	111
2.3	Función de control y responsabilidad del Gobierno .....	113
2.4	Función financiera .....	117
2.5	Función internacional .....	118
2.6	Función de integración de otros órganos .....	120
2.7	El funcionamiento de las Cortes Generales: normas constitucionales .....	123
3.	<b>Recapitulación: algunas propuestas para la reflexión o la reforma</b> ...	124
3.1	Función legislativa .....	125
3.2	Función de control y responsabilidad del Gobierno .....	125
3.3	Función financiera .....	126
3.4	Función internacional .....	126
3.5	Función de integración de órganos .....	126
3.6	Organización y funcionamiento de las Cámaras .....	126
4.	<b>Conclusión</b> .....	127
5.	<b>Bibliografía</b> .....	127
UNA SEGUNDA CÁMARA COMO ELEMENTO NECESARIO EN LA ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL. <i>José María Morales Arroyo</i> .....		131
1.	<b>Introducción: el Senado como problema recurrente</b> .....	131
2.	<b>El Senado definido por el Consejo de Estado</b> .....	135
3.	<b>El Senado en la propuesta federal</b> .....	139
4.	<b>La continuidad del Senado</b> .....	142
EL CONTROL DE CUENTAS: UN CONTENIDO NECESARIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. <i>Paloma Biglino Campos</i> .....		151
1.	<b>Introducción: un tema que debe estar en la agenda</b> .....	151
2.	<b>Algunos aspectos de la actual Constitución que precisan solución</b> ...	153
2.1	Una inadecuada articulación territorial de los controles .....	153
2.2	La independencia de las instituciones de control de cuentas .....	158

	Páginas
3. <b>Las orientaciones de la reforma</b> .....	161
3.1 Una nueva articulación entre el Tribunal de Cuentas y los OCEXS .	162
3.2 Nuevas y mayores garantías de independencia para todas las instituciones de fiscalización .....	168
<b>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: COMPOSICIÓN Y FUNCIONES.</b> <i>Ignacio Torres Muro</i> .....	173
1. <b>Introducción</b> .....	173
2. <b>Composición</b> .....	174
2.1 El Tribunal «a quince» .....	174
2.2 Acceso al cargo .....	175
2.3 La edad .....	176
2.4 La duración del mandato .....	177
2.5 Actividades paralelas .....	179
2.6 Comparecencias («hearings») .....	179
2.7 Elección del Presidente .....	180
2.8 Magistrados «autonómicos» .....	181
2.9 ¿Una Sala del Supremo? .....	181
2.10 Selección de letrados, y final .....	182
3. <b>Funciones</b> .....	183
3.1 Recurso de inconstitucionalidad. La legitimación de las Comunidades Autónomas .....	183
3.2 «Actores» en la cuestión de inconstitucionalidad .....	184
3.3 Control de tratados .....	184
3.4 Control previo de los Estatutos de Autonomía .....	185
3.5 Normas fiscales vascas .....	185
3.6 Superar la ecuación inconstitucionalidad = nulidad .....	186
4. <b>Tribunal de conflictos</b> .....	186
4.1 Conflicto en defensa de la autonomía local .....	186
4.2 Conflictos entre órganos constitucionales .....	187
4.3 Conflictos «autonómicos» .....	188
5. <b>Recurso de amparo</b> .....	188
6. <b>Conclusiones</b> .....	189
7. <b>Orientación bibliográfica</b> .....	189
<b>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: NECESIDAD Y POSIBLE REFORMA.</b> <i>Miguel Azpitarte Sánchez</i> .....	191
1. <b>Preliminar: la imagen esencial del Tribunal Constitucional</b> .....	191

2. <b>Insuficiencias en el desarrollo de la imagen esencial</b> .....	193
2.1 La función del Tribunal .....	193
2.2 La composición del órgano constitucional .....	194
2.3 El modo de desempeño de su función .....	196
2.3.1 ¿Se debe continuar con un modelo de jurisdicción concen- trada? .....	196
2.3.2 ¿Procesos constitucionales a disposición del legislador? ....	196
2.3.3 ¿Incorporación de nuevos procesos? .....	198
2.3.4 La legitimación activa en el control de la ley .....	199
2.3.5 ¿Es necesario elevar el rango constitucional de ciertas mo- dificaciones legislativas realizadas en los procesos consti- tucionales? .....	201
2.4 Los efectos de las sentencias .....	202
3. <b>Perspectivas de evolución y la problemática derivada de la ausen-     cia de reforma</b> .....	203
4. <b>La posible reforma</b> .....	205
4.1 Posibles reformas sobre la composición del Tribunal Constitu- cional .....	205
4.2 Posibles reforma sobre el modo de desempeño de su función ....	206
 LA CONFIGURACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITU- CIÓN Y SU DESARROLLO POSTERIOR: ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES. <i>Manuel Gerpe Landín/Miguel Ángel Cabellos Espiérrez</i> .....	209
 LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA EN LA REFORMA CONSTITU- CIONAL. <i>José Antonio Montilla Martos</i> .....	227
1. <b>Las insuficiencias en la regulación de la financiación autonómica</b> ....	227
2. <b>La propuesta de incorporar a la Constitución diversos elementos         sobre la financiación autonómica</b> .....	238
3. <b>Conclusión</b> .....	253
4. <b>Bibliografía</b> .....	254
 LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN (ARTS. 166-169). <i>Javier Tajadura Tejada</i> .....	257
1. <b>La degradación de la normatividad constitucional</b> .....	257
2. <b>Las causas de la escasa utilización de los procedimientos de         Reforma Constitucional</b> .....	262

	Páginas
3. <b>El artículo 168 como «cláusula de intangibilidad encubierta» ....</b>	265
3.1 Las singularidades del procedimiento de reforma del artículo 168 .....	265
3.2 Las materias protegidas por el procedimiento del artículo 168 .....	267
3.3 La problemática previsión de una «revisión total» de la Constitución .....	272
4. <b>La defectuosa regulación de los límites temporales del artículo 169 .....</b>	278
5. <b>Conclusiones: Una propuesta de reforma del Título X de la Constitución .....</b>	279



## INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo, algunos de nosotros, teníamos el deseo de realizar una reflexión acerca de nuestro modelo constitucional, el recorrido por el que ha transcurrido su puesta en práctica y aquellos aspectos que se debían modificar (o por lo menos estudiar su reforma). También nos pareció oportuno que ello fuera un proyecto de constitucionalistas de Cataluña que dialogan con otros constitucionalistas de otras comunidades, sobre diversos temas que pudieran resultar interesantes de abordar en este contexto.

Ciertamente, en el momento en que pensamos en esta obra, no nos encontramos frente a los problemas que han venido apareciendo en estos últimos meses; al menos, no se planteaban de la manera en que ahora, a finales de 2015, se muestran con toda su crudeza. Si, hace un año, el debate constitucional entroncaba con aquella primera aproximación que tuvo lugar hace ya una década, que fue incluso objeto de un Dictamen del Consejo de Estado, sobre cuatro puntos relativos a la reforma de la sucesión a la Corona, el encaje constitucional del Senado, una mejor inserción de la Unión Europea en la Constitución y una puesta al día del modelo territorial, en estos momentos, reflexionar acerca de una reforma constitucional, constituye uno de los ejes principales del debate político y, en cierta manera, social, de nuestros días.

Efectivamente, la Constitución se ha visto cuestionada desde una perspectiva social y política y, desde diversas posiciones doctrinales, inicialmente minoritarias pero que cada vez van obteniendo un consenso mayor que, en conjunto, puede indicar que se deben analizar las circunstancias actuales de su desarrollo e implementación, e introducir nuevas perspectivas de valoración del actual texto constitucional.

Los cuestionamientos, en gran medida vinculados a la crisis económica y social, pero también a las reivindicaciones mejor o peor fundadas desde la perspectiva territorial, han provocado que se incluya en la agenda política la cuestión constitucional y el debate sobre la necesidad de abordar una revisión de la Constitución de 1978.

En este contexto, un texto constitucional que cuenta ya con numerosos años de vigencia pero con escasas modificaciones, supone el reconocimiento de una figura jurídica trascendental para la estructuración del Estado constitucional y de Derecho en nuestro ordenamiento que, en una situación convulsa jurídica, social y política, merece una reflexión en profundidad. Desde esta perspectiva, pensamos que es ya necesario abordar el problema, desde planteamientos doctrinales, identificando los problemas y trazando las posibles pautas para reflexionar sobre lo andado e, incluso, sobre una posible reforma de la Constitución, que pudiera ser útil como posible respuesta a los actuales discursos.

A partir de estos postulados, presentamos el primer volumen de lo que constituyen sendas reflexiones, incitadas desde Cataluña, que no se limitan a analizar el estado de la cuestión in situ, sino que, en el marco del debate constitucional general para España, pretenden dar una cierta proyección pública e, incluso, exterior, a partir de una serie de trabajos que reflejen los principales problemas y necesidades de poner al día nuestro texto constitucional, como es obvio no con la ambición de solucionarlos sino, dada la naturaleza de nuestro trabajo como juristas, de plantearlos en sus dimensiones básicas, estableciendo el estado de la cuestión en que se encuentran en la actualidad y describiendo la dirección sobre la que se deberían dirigir.

No podemos, en ellos, obviar la relación entre interpretación constitucional y reforma constitucional, puesto que, como constatan los autores en diversos puntos, en algunos aspectos bastaría con una interpretación o un desarrollo legislativo de las actuales disposiciones constitucionales, para realizar una puesta al día de las mismas, sin los costes de una reforma constitucional formal. La Constitución logra su efectividad mediante la interpretación, concebida como procedimiento o método racional y controlable que tiene como finalidad encontrar un resultado constitucionalmente justo el cual, a su vez, ha de estar también fundamentado de forma «racional» y «controlable». En el fondo, la generalidad de la doctrina, coincide en señalar el carácter fundamental que la interpretación reviste para el Derecho Constitucional y en la importancia creciente de los tribunales constitucionales como intérpretes supremos de la Constitución. La dinamicidad comporta que la interpretación constitucional, como toda interpretación jurídica, se inserte en la realidad social. Así, mientras

la interpretación sea suficiente para realizar la adaptación a las necesidades sociales, no es necesario desencadenar los mecanismos legales de reforma constitucional y la reforma sólo tendrá lugar cuando con la interpretación no se consigan los objetivos finales de adecuación entre Derecho y sociedad. También es necesario tener en cuenta que el carácter integrador de la Constitución impone peculiaridades a su interpretación, sobre todo teniendo en cuenta que si bien el legislador o los jueces, como intérpretes constitucionales, pueden optar entre varios de los desarrollos constitucionales posibles, el abanico de opciones se reduce a medida que descendemos en la escala jerárquica de productores de normas: legislador constituyente, legislador parlamentario ordinario, legislador ejecutivo o administrativo.

En efecto, el carácter integrador de la Constitución permite que se puedan prever distintas materializaciones en su concreción legislativa y las distintas políticas públicas que derivan de una misma Constitución son una significativa muestra de la no existencia de una única respuesta constitucionalmente válida. En este sentido, no es posible afirmar la existencia generalizada de una respuesta correcta única en la interpretación constitucional porque las funciones de la Constitución también deben ser materializadas teniendo en cuenta el principio del pluralismo político. Esta concepción funcional implica una idea general sobre el derecho y la sociedad y una teoría global de la dependencia social del Derecho. La función del intérprete constitucional irá dirigida en este sentido y consistirá en integrar el lenguaje de las proposiciones normativas aplicando las reglas lógicas y teniendo en cuenta la existencia de una norma fundamental en la base del ordenamiento jurídico que, al mismo tiempo, cumple la función de cerrar o clausurar el ordenamiento.

Sentado el corolario de que si es posible interpretar los preceptos constitucionales sin desnaturalizarlos no es necesario reformar la Constitución, también hay que sentar el principio contrario, es decir, que si tal interpretación no es posible, en tal caso, se impone la necesidad de reformarla.

¿Cómo se realiza la reforma constitucional en el constitucionalismo democrático? Sin entrar en el caso de la adopción de enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, que responde a la naturaleza del sistema jurídico por ella creado, y tampoco en el del Reino Unido que, también por su propia naturaleza, al ser su Constitución compleja y flexible desde que allá por 1215 fuera adoptada la Carta Magna, para entrar a analizar el caso español, va a resultar indicativo, tal como se aprecia en los trabajos que este libro incorpora, ver en qué forma abordan la reforma constitucional los Estados miembros de la Unión Europea, que es donde se inserta, en forma multinivel, nuestro sistema constitucional.

Efectivamente, nuestra Constitución establece dos procedimientos de reforma, uno que podríamos denominar «ordinario», que se resume en obtener la mayoría suficiente en las cámaras y otro, dotado de mayor rigidez, que implica que las Cortes que aprueben la reforma deben disolverse y las nuevas cámaras deberán obtener también la mayoría suficiente y, además, aprobarse por referéndum del pueblo español. ¿Se trata de un procedimiento que, como a veces se afirma, impide que se puedan realizar reformas? Ya hemos visto que no, puesto que se han realizado dos. ¿Hay otros países que tengan un procedimiento similar?

En el marco de la Unión Europea, cuentan con un procedimiento que implique mayorías reforzadas (normalmente 2/3) en dos cámaras sucesivas (con disolución de la cámara que decide realizar la reforma y subsiguientes elecciones), Bélgica, Dinamarca, Estonia, Holanda, Suecia y Grecia si en la primera votación de las cámaras no se llega a los 3/5 pero sí a la mayoría absoluta. En otros Estados se requieren dos votaciones (siempre con mayorías reforzadas) en sucesivos períodos de sesiones de las cámaras o dejando un período de «reflexión» entre una y otra votación; es el caso de Finlandia, Italia, Lituania, Luxemburgo y Polonia (en este último caso el período de carencia está entre la cámara baja y la cámara alta).

Estos procedimientos rígidos, con mayorías reforzadas, y que implican, además, la disolución de la cámara ¿han impedido la reforma constitucional? Clara y rotundamente no. La de Bélgica ha sido reformada más de 70 veces desde que, en 1994 se adoptó la Constitución vigente; a lo largo de su historia constitucional reciente, además, Bélgica ha pasado por seis «Reformas de Estado» dirigidas a la federalización del país. La de los Países Bajos, que entró en vigor en 1983, ha pasado por una media docena de reformas. En Grecia, cuya Constitución data de 1975, se han hecho reformas específicas y una revisión general en 2001.

Tampoco ha sido un obstáculo a la reforma constitucional el procedimiento que exige la existencia de dos votaciones o diversas lecturas con un «período de reflexión» entre ambas (siempre con mayorías reforzadas). Numerosas modificaciones ha tenido la Constitución de Finlandia, vigente desde el año 2000, reuniendo diversos instrumentos que se habían venido adoptando desde 1919, especialmente para adaptarse a la integración en la Unión Europea. También la de Luxemburgo, que data de 1868. Lo mismo ha sucedido en Italia, desde 1948. También han tenido modificaciones la Constitución de Lituania, aprobada en 1992, y la de Polonia, adoptada en 1997, que ha sido modificada en 2006 para integrar la orden de detención europea. En el caso de Bulgaria, cuya Constitución vigente se aprobó en 1991 y ha sido reformada

varias veces, cuando la reforma afecta a temas substanciales o a la totalidad de la Constitución se forma una Gran Asamblea Nacional, elegida específicamente para ello, que decide, también con varias lecturas, por mayoría de 2/3.

Otros Estados miembros de la UE, como Alemania, cuya Constitución actual data de 1949, aunque ha sido profusamente reformada, exigen mayorías amplias en ambas cámaras (2/3 en este caso). En Chequia, la Constitución de 1992, requiere los 3/5, el mismo porcentaje que se requiere en Francia. En Chipre, cuya Constitución data de 1960, 2/3 de los diputados griegos y 2/3 de los diputados turcos. En Eslovaquia y Eslovenia, la Constitución, respectivamente de 1991 y 1992, así como en Portugal, con la Constitución de 1976, fuertemente revisada, se requieren 2/3 de todos los miembros del Parlamento. Hay que señalar, en este punto, que la exigencia de mayorías reforzadas, responde al carácter integrador que han de tener las Constituciones, resultado de amplios acuerdos o consensos en el constitucionalismo democrático posterior a la 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial. No basta casi nunca con la mayoría de las cámaras; se requieren 2/3 o 3/5 para que el texto resultante represente a una amplia mayoría de la sociedad que se va a regir por esa Constitución.

Al igual que en España, no siempre se exige un referéndum para aprobar la reforma constitucional. Se suele vincular el referéndum a las reformas sobre aspectos substanciales del sistema político, sin que se trate de un requisito exigible en todo caso. Es el caso de Austria, cuya Constitución, que proviene de 1920 y fue restablecida en 1945, exige referéndum cuando la reforma afecte a la democracia, la división de poderes, la forma republicana, el federalismo y la salvaguardia de las libertades. También lo tienen previsto en la Constitución de Dinamarca de 1953 (deriva de la de 1849, varias veces reformada), 6 meses después de la aprobación parlamentaria y debe ser aprobado por mayoría de electores cuando vote el 40% del censo. Asimismo en Eslovenia, cuya Constitución vigente data de 1991, tras la aprobación parlamentaria si lo piden 30 diputados, y debe participar la mayoría del censo obteniendo el voto favorable de la mayoría de participantes. Francia, que realiza la reforma de la Constitución de 1958 aprobando leyes constitucionales por 3/5 en cada Cámara, también debe realizar un referéndum. Irlanda, cuya Constitución data de 1937 y ha sido reformada más de 20 veces, también realiza un referéndum en el que haya votado a favor 1/3 del censo. En Italia el referéndum no es necesario si en la segunda votación se ha obtenido una mayoría de 2/3 en cada Cámara. En Letonia, con la Constitución de 1992, el referéndum sólo se exige cuando la reforma afecta a unas partes de determinadas de la misma y han de votar afirmativamente al menos la mitad del electorado. Lo mismo sucede para la reforma de la Constitución de Lituania, también de 1992, si bien en este caso

la mayoría de votos afirmativos ha de ser 3/4 partes del censo. También en Polonia, donde han de decidir la mayoría de votantes. Luxemburgo sólo prevé el referéndum si, antes de la segunda votación de la reforma lo solicitan 1/4 parte de los miembros de la cámara y 5.000 electores válidamente inscritos; en tal caso, si la mayoría de los sufragios válidos son favorables a la reforma, no se realiza la segunda lectura y votación. En el caso de Rumanía, cuya Constitución vigente es de 1991, cuando no se alcancen los 2/3 en cada cámara, se organiza una sesión de mediación conjunta que, si obtiene 3/4 partes de los votos afirmativos, da paso a un referéndum. En Estonia, cuya Constitución vigente es de 1992, existen tres procedimientos de reforma, uno de los cuales es la aprobación de una Ley de reforma constitucional mediante un referéndum (de los otros dos, uno de ellos, como hemos señalado, exige la disolución de la cámara y el otro es la reforma parlamentaria de urgencia). En el resto de países la reforma constitucional no exige referéndum. Ello no implica que no pueda realizarse, salvo en el caso de Alemania, cuya Constitución no prevé la realización de referéndums federales.

Otra cuestión importante en relación con la reforma constitucional es si existen o no cláusulas de intangibilidad, es decir, si las Constituciones prohíben que se reformen determinadas cuestiones. Estas cláusulas, que no existen en todos los Estados miembros de la UE, pero que no constituyen previsiones excepcionales, afectan a lo que en cada país se considere como núcleo intangible, que debe ser preservado salvo ruptura del sistema. Así, en Chequia, desde la Constitución de 1992, que ha sido reformada en varias ocasiones, son intangibles los principios del Estado democrático y la separación de poderes. En Chipre, según la Constitución de 1960, no se pueden reformar la forma republicana, el sistema presidencial con un presidente griego y un vicepresidente turco, el principio de la doble comunidad y el principio de separación de poderes. Francia e Italia tienen a la República como cláusula de intangibilidad, En Grecia lo son la república parlamentaria, la protección del valor humano, la igualdad ante la ley para los helenos, la prohibición de títulos nobiliarios, el libre desarrollo de la personalidad, la división de poderes y una larga lista de derechos. En Rumanía la indivisibilidad territorial, la república, la independencia de la justicia, el pluralismo político y la lengua oficial, sin que se puedan suprimir los derechos o sus garantías. Nótese al respecto que España se encuentra entre los países que no tienen establecida ninguna cláusula de intangibilidad formal.

La reforma de las Constituciones, pues, se ha venido realizando en los Estados miembros de la UE siguiendo los procedimientos constitucionalmente establecidos para ello en cada país y respetando, en su caso, las cláusulas de

intangibilidad. En unos países, como Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, la reforma es muy frecuente (salvo Francia e Italia, se trata de Constituciones muy antiguas). En otros el número de reformas ha sido menor y muchas derivan de la adaptación de la Constitución al proceso de integración europea. Se podría decir que únicamente en Hungría la Constitución en vigor no ha sido todavía modificada, pero se trata de una Constitución aprobada en 2011 sin consensuar con la oposición y que ha provocado serios conflictos en diversos ámbitos, no sólo internos, sino respecto de la propia relación de Hungría con la Unión Europea. No se aprecia, en consecuencia, que las Constituciones sean normas petrificantes del sistema jurídico, sino que, a través de distintos mecanismos de reforma que ellas mismas prevén, se van adaptando a las necesidades sociales y las nuevas realidades.

¿Por qué, entonces, se afirma, desde determinados sectores, que el procedimiento de reforma que tiene establecido la Constitución española, por su propia naturaleza, es de imposible realización? Dejando aparte el hecho de que, mediante el procedimiento ordinario, se han realizado en España dos reformas de la Constitución, cabe preguntarse si el problema reside en la naturaleza compleja del procedimiento que implica la disolución de las cámaras y la realización de un referéndum nacional. Vemos al respecto que tal procedimiento no está alejado de los que están previstos en otros Estados miembros de la UE, donde procedimientos similares no han impedido las reformas que se han venido precisando. La reforma constitucional, adecuada y responsablemente utilizada, no constituye un procedimiento que ponga en riesgo la cohesión social. Antes al contrario, puede reajustarla cuando la evolución de las necesidades sociales precisa de tales cambios. La experiencia de los Estados miembros de la Unión Europea así nos lo demuestra.

Partiendo de estos postulados, esta obra, desde el punto de vista del contenido, se centra en tres grandes aspectos: a) el desarrollo de cada institución o instituto concreto, justificando los aspectos en los que dicho desarrollo ha sido insuficiente y se detecta como necesaria una reforma de algunos preceptos; b) sus posibles perspectivas de evolución y las problemáticas que pueden plantear sin una reforma; y c) la concreción de una posible reforma sobre la base de esas ideas y las líneas generales de su contenido. Por ello, el resultado final del análisis no consiste en un tratamiento sistemático de la materia que se aborda en cada trabajo—tarea, por otro lado, imposible en poco espacio—sino en reflejar y valorar los principales problemas de interpretación y aplicación que ha ocasionado la Constitución, proponiendo, en su caso, posibles aspectos

generales de evolución futura y, en su caso, las necesidades de una reforma constitucional<sup>1</sup>.

Como es fácil evidenciar existen muchos temas materiales sobre los que se puede plantear un discurso dialógico en torno a la Constitución, es decir, unos trabajos que planteen y posibiliten dialogar, escuchar, intervenir, argumentar, comunicar; en esencia, elementos que se echan en falta en el actual debate, con una falta de racionalidad y razonabilidad evidentes y con una dificultad creciente de poder llegar a acuerdos que permitan que el texto constitucional continúe siendo formal y materialmente la pauta central de nuestro ordenamiento. Nosotros pretendemos abordar, en este primer volumen, unos cuantos, los que nos ha parecido que, en estos momentos, merecen una particular atención. Próximamente, un segundo volumen, incorporará nuevas reflexiones sobre otros importantes temas, teniendo también en cuenta que, en dependencia de la evolución del debate constitucional, algunos de los que aquí se exponen merezcan una actualización en su tratamiento.

Debemos terminar agradeciendo a todos los autores su participación en esta obra y al profesor Daniel Capodiferro su disponibilidad y apoyo.

TERESA FREIXES  
JUAN CARLOS GAVARA

---

<sup>1</sup> Tampoco se pretende, en esta obra, abordar un estudio doctrinal sobre la reforma constitucional, sino ofrecer unas reflexiones al respecto. Para una consulta bibliográfica sobre este tema véase Luis I. GORDILLO PÉREZ. «Repertorio bibliográfico sobre la reforma constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012.



# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL ENFOQUE MULTINIVEL

TERESA FREIXES

Catedrática de Derecho Constitucional  
de la Universidad Autónoma de Barcelona  
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando se elaboró la Constitución española, aunque teníamos los ojos puestos en Europa, todavía ni tan siquiera habíamos podido ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos y aún tardamos varios años en poder pedir la entrada en la Unión Europea. Sin embargo, en la propia Constitución se introdujeron dos artículos, el 10.2 y el 96, que, hasta el presente, han sido los que han permitido la inserción, en nuestro sistema constitucional, de los tratados internacionales (entre ellos el Convenio antes mencionado) así como del Derecho de la Unión Europea, comprendiendo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

Con ello, hoy en día, abordar jurídicamente cualquier tema relacionado con derechos fundamentales, obliga a situarlos en una perspectiva multinivel, ya que el conjunto de normas que inciden en cada uno de ellos deriva de sistemas jurídicos de distinto origen, pero que se subsumen y entrecruzan, inspirándose en los modelos federativos, propios de Estados complejos, como es el caso de Alemania o Estados Unidos, por ejemplo.

La globalización, que ha reforzado al Derecho Internacional, tanto bilateral como multilateral, la integración europea, el desencadenamiento de procesos de resituación de competencias en órganos infraestatales, comporta la

necesidad de abordar mejor el estudio de todas las instituciones jurídicas, entre ellas, los derechos fundamentales. Hoy en día no se puede afrontar ya su estudio, considerando los elementos que los configuran como son la titularidad, el contenido, las garantías o, entre otros, los límites, teniendo en cuenta únicamente su regulación en los ordenamientos jurídicos unitarios clásicos, propios del Estado-nación surgido de las revoluciones liberales, sino que hay que tener también en cuenta otros niveles de ordenamientos, en dependencia del grado de internacionalización o regionalización de la regulación del derecho concreto de que se trate, así como el nivel de integración jurídica que ha resultado de estos procesos.

Sin embargo, llegar a tal conclusión ha sido harto difícil y puede que todavía genere resistencias. Pese a la existencia del art. 10.2 CE, que obliga a una interpretación de los derechos de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados por España, ha costado lo suyo que el desarrollo legislativo y la aplicación judicial del mismo se haya normalizado y no ha sido hasta ahora mismo, 36 años después de haber reconocido su jurisdicción, que se ha reformado el recurso extraordinario de revisión para instituirlo como la vía a utilizar para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tampoco, aunque las cosas están cambiando, podemos pasar por alto la tenacidad del Tribunal Constitucional para no sentirse vinculado al Derecho de la Unión o para presentar la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, a pesar de que los Tratados imponen su presentación a los órganos jurisdiccionales internos, desde hace décadas, cuando éstos aborden un asunto cuya una resolución no admita recurso.

Por ello, repensar en qué forma podría abordarse la regulación constitucional de los derechos fundamentales, obliga a tener en cuenta estos nuevos parámetros como indicadores que facilitarían una mejor inserción de los derechos en el propio ordenamiento constitucional.

## 2. LOS INDICADORES DE LA CONFIGURACIÓN MULTINIVEL

Un fenómeno que es necesario tener en cuenta para resituar los derechos fundamentales desde una perspectiva multinivel, es la constatación de una tendencia, cada vez mayor, a considerar que las normas principales que regulan las relaciones entre los distintos niveles reguladores de los derechos son todas ellas funcionalmente constitucionales, aunque gran parte de las mismas no constituyen propiamente ni formalmente una constitución.

Se ha escrito mucho sobre el valor constitucional de los Tratados de la Unión Europea<sup>1</sup>, especialmente, pero no sólo, después del intento de adoptar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que ha derivado, finalmente, en el vigente Tratado de Lisboa, al que se han trasladado la inmensa mayoría de las regulaciones que se contenían en la fallida Constitución Europea<sup>2</sup>. Así, a pesar de que por sí mismo el Tratado de Lisboa no es formalmente una constitución, prácticamente cumple con tal función, ya que se trata de una norma que es, en el ámbito jurídico de la Unión Europea, el equivalente a la norma fundamental de Kelsen<sup>3</sup> o a la regla de reconocimiento de Hart<sup>4</sup>. Efectivamente, los Tratados de la Unión fundamentan el resto de las normas europeas y vinculan a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, que se reconocen en las mismas aplicando el principio de primacía del Derecho de la Unión, estando todo ello supervisado desde un efectivo «control de constitucionalidad» realizado por el Tribunal de Justicia de la Unión.

El reparto de las competencias en los estados federales, regionales o, en nuestro caso, el Estado autonómico español, se define también en el marco de normas constitucionales, de primer o segundo grado. Las constituciones de los Estados, como normas constitucionales primarias o de primer grado, definen el marco general de este reparto, que se concreta en las diversas normas constitucionales secundarias, quasi constitucionales, constitucionales derivadas o constitucionales de segundo grado, como son las constituciones de los länder alemanes y los estatutos de las regiones italianas o de las comunidades autónomas españolas<sup>5</sup>. Además, la calificación constitucional de los estatutos como «normas institucionales básicas» de las comunidades autónomas (art. 147.2 CE), con un proceso de aprobación y de reforma revestidos de características especiales y teniendo en cuenta que la jurisprudencia constitucional los considera integrantes del denominado «bloque de la constitucionalidad»<sup>6</sup> justifica, para

<sup>1</sup> En tal sentido FREIXES, T. y REMOTTI, J. C., *El futuro de Europa: Constitución y derechos fundamentales*, Valencia, 2002. También, después del Tratado de Lisboa, FREIXES, T., *El legado de Jean Monnet*, Barcelona, 2010, pp. 72 a 77.

<sup>2</sup> Ver el monográfico «Unión Europea» coordinado por GIL-ROBLES, J. M., *Revista de las Cortes Generales*, Número monográfico, 70, 71 y 72, 2008.

<sup>3</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Madrid, 1933.

<sup>4</sup> HART, H. L. A., *Law, liberty and morality*, Palo Alto, 1963.

<sup>5</sup> Ruipérez utiliza el concepto italiano de *Costituzione in sensosostanziale* para otorgar valor constitucional a los estatutos de autonomía. Ver RUIPÉREZ, J., *La protección constitucional de la autonomía*, Madrid, 1994, p. 223. Rubio Llorente también otorga valor constitucional a los estatutos de autonomía, bajo la denominación de «normas constitucionales derivadas». Ver RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, Madrid, 1993, pp. 114-115.

<sup>6</sup> Concepto acuñado por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada sobre la LOAPA (Ley Orgánica de armonización del proceso autonómico), en la que se crea el bloque y se juzga la ley impugnada conforme a tal criterio interpretativo, declarando contraria a la Constitución gran parte de la mencionada ley. STC 76/1983, de 5 de agosto.

gran parte de la doctrina que se consideren como normas constitucionales de segundo grado, sujetas, eso sí, ineludiblemente, a la Constitución<sup>7</sup>.

Ciertamente, este proceso de interrelación normativa nos ha abocado al replanteamiento de múltiples conceptos, ya sea reinterpretando los ya existentes o integrando en la dogmática jurídica nuevas instituciones<sup>8</sup>. Los derechos fundamentales no quedan excluidos de ello pues, un análisis no puramente formal, teniendo en cuenta estos nuevos planteamientos, respondería perfectamente a la concepción del ordenamiento como sistema compuesto por instituciones jurídicas, que se integran en el mismo como consecuencia de la evolución y de la fuerza derivada de las necesidades sociales, pudiendo asimismo transformarse, sin desnaturalizarse ni petrificarse, tal como ya fue advertido por, entre otros además de Romano, aplicándolo especialmente a los derechos fundamentales, Hauriou, Häberle o Macormick<sup>9</sup>.

Desde estas perspectivas, el constitucionalismo multinivel, aplicado a los derechos fundamentales, también puede ser abordado desde las conexiones, efectuadas mediante reenvíos, entre diversos subsistemas jurídicos, presididos por el Derecho de la Unión Europea como ordenamiento prevalente, pero en el que se produce también una integración del Derecho Internacional en el propio Derecho de la Unión y en el Derecho interno, formado este último a su vez, en los estados compuestos, por un doble nivel de ordenamientos, derivado de la distribución competencial entre las instituciones del Estado y las de nivel regional/subestatal<sup>10</sup>.

Por ejemplo, en materia de derechos fundamentales, el Tratado de la Unión Europea reenvía a la Convención de Ginebra sobre los refugiados para precisar los derechos que éstos tienen reconocidos; también reenvía a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y al Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como a la Carta Social Europea y considera que la Carta de los Derechos Fundamentales tiene el mismo valor jurídico que

---

<sup>7</sup> Para Otto, el conjunto de normas integradas en el bloque de la constitucionalidad (los estatutos de autonomía entre ellas) cumple en nuestro sistema la función que en los estados federales corresponde a la Constitución federal. Ver, OTTO, I. DE, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1988, p. 258.

<sup>8</sup> La no petrificación de las instituciones jurídicas y, en sentido contrario, la creación de nuevas instituciones cuando su mutación conduzca a no identificarlas, ya fue advertida por ROMANO, S., «L'ordinamentogiuridico», *Anali delle Università Toscane*, 1917 y 1918.

<sup>9</sup> HAURIOU, M., «La Théorie de l'Institution et la Fondation. Essai de vitalisme social», *Cahiers de la Nouvelle Journée* (4), 1925. HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, 1997. MACORMICK, N., WEINBERGEN, O., *Law as Institutional Fact. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986.

<sup>10</sup> Ver, al respecto, FREIXES, T., «Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Evolución y perspectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los Derechos Fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, 2006. Más recientemente, GÓMEZ, Y., *Constitucionalismo multinivel: Derechos fundamentales* (3.ª ed.), Madrid, 2015.

los Tratados. Todos estos reenvíos han de cobrar, a su vez, efectos jurídicos en el nivel interno, sin que las leyes puedan serles contrarias, y con unos efectos prácticos que a veces derivan de normas estatales y otras de las normas autonómicas o de la ejecución autonómica de la legislación estatal.

Todo este conjunto normativo ha de estar regido por un cierto orden y ha de responder a los elementos propios de todo sistema jurídico, como son, por ejemplo, la unidad, la completud o la coherencia, y tiene también que tener en cuenta diversos principios como, entre otros, los de jerarquía, competencia o subsidiariedad. El análisis de los derechos fundamentales, como instituciones jurídicas básicas que determinan el grado de legitimidad de los sistemas constitucionales, no puede estar al margen de estos planteamientos.

De este modo, cuando los estados ya no pueden actuar aisladamente en el concierto internacional, cuando las relaciones jurídicas se superponen y se entrelazan en el ámbito europeo o interno, el Derecho, al fin y al cabo, tiene que actuar con criterios de interpretación que den respuestas sistemáticas y pertinentes, que ofrezcan soluciones a las lagunas jurídicas o a las antinomias y, en definitiva, que introduzcan claridad en el marco de actuación de los poderes públicos y de los ciudadanos, estableciendo el sistema de derechos y garantías, en las complejas sociedades de nuestros días. Ciertamente, sólo con el Derecho no daremos respuesta completa a todos estos problemas. Pero, sin el Derecho, sin este sistema jurídico multinivel, debidamente interpretado, no contaremos con las debidas garantías del procedimiento democrático, la seguridad jurídica, o el conjunto de valores que presiden al conjunto del ordenamiento.

Todo ello no resulta fácil. Según cómo se van produciendo las interacciones entre los distintos niveles jurídicos, podemos obtener resultados satisfactorios o podemos desnaturalizar a los propios derechos. Por lo que tendríamos que repensar la actual regulación constitucional en el sentido de plasmar cláusulas que favorezcan, al mismo tiempo que la coherencia y la rectitud formal del ordenamiento multinivel, un adecuado reconocimiento y protección a los derechos fundamentales institucionalmente considerados.

Para ello, voy a plasmar en dos ejemplos, uno positivo y otro más discutido, las consecuencias ambivalentes a las que hemos llegado en la aplicación actual del multinivel jurídico<sup>11</sup>. El ejemplo positivo se centra en la configuración multinivel de la igualdad de mujeres y hombres. El ejemplo discutido se

---

<sup>11</sup> He planteado recientemente los problemas derivados de esta comparación en FREIXES, T., «Els drets fonamentals en perspectiva multinivell: reflexions entorn dels seus efectes», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 50, 2015.

va a referir en cómo la aplicación de la coordinación económica multinivel ha originado problemas en el estándar aplicable a los derechos sociales.

### 3. LA AMBIVALENCIA DEL MULTINIVEL EN EL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

#### 3.1 **La igualdad de mujeres y hombres como ejemplo positivo en la configuración multinivel de los derechos**

El Derecho de la Unión Europea contiene una ingente regulación, normativa y jurisprudencial, en materia de igualdad de mujeres y hombres. En este ámbito, formaliza un cuerpo normativo y hermenéutico, un acervo de obligado cumplimiento para todos los Estados Miembros de la Unión, que tiene también que ser incorporado por todos los Estados candidatos, en su sistema jurídico, para poder ser admitidos dentro de ella.

Ciertamente, la igualdad de mujeres y hombres ha tenido una especial consideración en el Derecho de la Unión Europea. Y, efectivamente, ello ha sido así desde que con base legal en sólo un artículo, el famoso artículo 119 del antiguo Tratado de la Comunidad Europea, que establecía la igualdad salarial, fueron aprobadas directivas y dictadas sentencias por el Tribunal de Justicia que abrieron las especificidades de la igualdad a un gran ámbito material (seguridad social, conciliación, acceso al trabajo, promoción profesional, etc.). Con el Tratado de Ámsterdam, se modificó el Tratado de la Comunidad Europea incorporando la igualdad en el trabajo y en las condiciones laborales, las acciones positivas y, especialmente, la transversalidad de la igualdad que, según disponían los arts. 2 y 3 del mencionado Tratado, debía presidir todas las políticas comunitarias como objetivo y como medio de acción. Y ahí ya se abrieron toda una legislación de desarrollo y una jurisprudencia comunitaria que han fundamentado no sólo los avances de la igualdad en el ámbito de la UE sino en el de todos sus Estados miembros. El Tribunal de Justicia de la Unión ha tenido un importante papel en esta evolución, paralela a la que desde el Consejo de Europa ha ido emitiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero ya imbricada dentro del acervo europeo desde que el art. 6 del Tratado de la Unión Europea estableció que los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Como consecuencia del reconocimiento de la igualdad «en todos los ámbitos», en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 23.2 CDF ya con valor de

Tratado), comprendiendo no únicamente la no discriminación por razón de sexo sino también, entre otras circunstancias, por razón de orientación sexual y, dentro del marco del artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea y los artículos 8 y 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los cuales la igualdad está configurada como un objetivo de la Unión que debe ser aplicado en todas las políticas comunitarias, la igualdad entre mujeres y hombres tiene un carácter transversal, conocido como el «mainstreaming» de género.

Así también la igualdad constituye un valor de la UE, positivado en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE en adelante), que está presente, según dispone este mismo artículo, en una sociedad caracterizada por la igualdad entre mujeres y hombres.

Como complemento, en el marco de la interpretación de la igualdad en tanto que derecho fundamental, un amplio ámbito de aplicación, también transversal, pero restringido a los derechos reconocidos dentro del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos en vigor para los Estados que sean parte de estos instrumentos internacionales, está reforzado por el art. 14 CEDH, el Protocolo 12 que ha sido añadido al Convenio para asegurar que no se discrimine a nadie en ningún ámbito y la jurisprudencia correspondiente del Tribunal de Estrasburgo. El art. 6 TUE obliga a que la Unión Europea se adhiera al mencionado Convenio, lo que reforzará en su día la dimensión jurídica de la igualdad en el seno de la Unión.

Todo este acervo europeo ha tenido una gran influencia en el Derecho interno de los Estados Miembros de la UE. Concretamente, en España, el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>12</sup>. Además, sendas leyes que han constituido un referente importante a nivel internacional y europeo han sido aprobadas en los últimos años. Concretamente, me refiero a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género o la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. También cabría destacar las medidas legislativas contra el tráfico de seres humanos, especialmente mujeres y niños, así como la protección a las

---

<sup>12</sup> La literatura jurídica en torno a este tema es ingente. Una aproximación integral y actualizada sobre la regulación europea de la igualdad de género puede verse en FREIXES, T., «La igualdad de mujeres y hombres en el derecho de la Unión Europea. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en el colectivo *Integración Europea y Género*, Madrid, 2014.

víctimas de delitos contra la libertad sexual. Y no digamos en el ámbito laboral, donde la legislación y la jurisprudencia constituyen un importante instrumento de lucha contra la discriminación por razón de sexo o de orientación sexual. Todo ello con base en la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea, del Consejo de Europa o de Naciones Unidas, constituyendo un ejemplo que no podemos dejar de constatar como positivo en su conjunto, en cuanto al fomento de la igualdad y la no discriminación que son, a su vez, mandatos constitucionales claros y directos.

Y, además, contamos, en este contexto multinivel, con una interacción jurídica interordenamental, puesto que la denominada orden de protección regulada en la Ley 27/2003, ha servido de inspiración para que la Unión Europea adoptara una directiva y un reglamento que permitieran hacer efectiva esta orden de protección cuando una víctima ejerciera el derecho a la libre circulación dentro de la propia Unión Europea. Me refiero, por una parte, a la Directiva 2011/99/UE, dotándoles de una orden de protección en el ámbito penal de manera que la resolución dictada por el juez competente del país de origen tuviera también efectividad en el país de destino<sup>13</sup>. Y, por otra parte, al Reglamento (UE) N.º 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, que extiende la protección a las víctimas cuando quien ha emitido la primera medida en el estado de origen es un juez civil (hay que tener en cuenta que, según la tradición jurídica del país, la naturaleza de la medida de protección puede ser civil o penal).

También es necesario mencionar, en esta perspectiva multinivel de la igualdad, la inserción de este derecho en los estatutos de autonomía y la regulación que deriva de los mismos en las comunidades autónomas<sup>14</sup>. Destacaremos, como ejemplo, al respecto, la regulación establecida en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, aun constatando la existencia de importante legislación anterior al respecto, como la Ley catalana 4/2001, que modificó el artículo 634 de la Ley 13/1989 para introducir la evaluación de impacto de género en los proyectos normativos del Gobierno de la Generalitat, siendo la primera ley adoptada en España al respecto. También, en el marco de las com-

---

<sup>13</sup> Véase, al respecto, FREIXES, T., y ROMÁN, L. (Coords.), *Protection of the gender-based violence victims in the European Union*, Bellaterra, 2014. Publicación derivada del proyecto europeo de investigación EPOGENDER «Gender violence: protocols for the protection of victims and effectiveness of protection orders. Towards and efficient implementation of Directive 2011/99/EU», Ref. Programa Daphne III (2013-2014), Nr 3531.

<sup>14</sup> Un análisis en perspectiva multinivel, en FREIXES, T., SÁNCHEZ DE MADARIAGA, I., GENSANA, M. A., SALES, M. y ZAPATA, F., *Maletín de recursos Género y Ciencia*, Bellaterra, 2013. Trabajo derivado del proyecto de investigación del MICINN DER2010-09940-E.



petencias de la Generalitat, la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Y la recientemente adoptada Ley 17/2015, de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Todo ello ha de concordar, en el sistema jurídico multinivel, de manera que el Derecho interno y el Derecho europeo, en su conjunto, otorguen la protección debida a la igualdad y la no discriminación en forma efectiva y coordinada. Y ello no puede ser visto, a pesar de que todavía falta mucho para conseguir una total eficacia en tal protección, más que como algo positivo para la eficacia de los derechos de las personas.

### 3.2 Otro ejemplo con consecuencias menos favorables para el ejercicio de derechos: las medidas multinivel de coordinación económica y su repercusión en el estándar de los derechos sociales

En febrero y marzo de 2012 se firmaron, en el marco de la Unión Europea, sendos tratados intergubernamentales con la finalidad de crear instrumentos de estabilización financiera y garantizar la estabilidad presupuestaria y el control del déficit público en los Estados miembros de la UE.

El 2 de febrero de 2012 se firmó el Tratado instituyendo el Mecanismo Europeo de Estabilidad, por el que se establece un instrumento europeo de estabilización financiera. La finalidad de este instrumento jurídico es doble. Por una parte, garantizar la confianza económica, perdida en gran parte como consecuencia de la grave crisis por la que atraviesan los Estados miembros de la UE desde aproximadamente 2008 (unos más que otros) y, por otra parte, garantizar la solidaridad y la estabilidad financiera en el seno de la Unión.

El 2 de marzo de 2012 se firmó el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, concretando las obligaciones de los Estados del euro (y de los que, sin estar integrados en la moneda única, se avengan a formar parte del mismo) dirigidas a garantizar la estabilidad presupuestaria y el control del déficit público, muy discutido entre la doctrina jurídica<sup>15</sup>. Se trata, en este caso, de un Tratado intergubernamental, acordado entre 25 de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, que no ha sido firmado por el Reino Unido y la República Checa.

<sup>15</sup> CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: ¿un impulso a la realización de la Política Económica de la Unión Europea o un tratado superfluo e innecesario?», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 28, 2012.

Especialmente importante, en el contexto de las implicaciones constitucionales y legales que comporta a distintos niveles, es el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria. Aunque, en principio, este mecanismo, está destinado a los países que ya forman parte de la moneda única, el euro, otros pueden adherirse al mismo, cumpliendo con los requisitos y condiciones en él establecidos.

Desde la perspectiva constitucional y por las implicaciones multinivel que conlleva, tiene gran importancia el apartado 2 del art. 3 del Tratado, conteniendo lo que se ha venido a denominar la «regla de oro», que dispone que las previsiones del mismo se incorporarán al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales.

Entre otras disposiciones constitucionalmente relevantes, aparece también el art. 3.1.a) del nuevo Tratado, que impone que las administraciones públicas de todas las partes signatarias presenten una situación presupuestaria de equilibrio o déficit, lo cual implicará que los parlamentos (nacionales y, en su caso, regionales) responsables de la adopción de los presupuestos públicos cumplan con este objetivo cuando adopten los presupuestos de sus respectivos ámbitos políticos (nacionales o regionales) excepto si se producen circunstancias excepcionales en el marco de lo previsto en el párrafo 2 del mismo artículo, en cuyo caso la Comisión Europea establecerá un mecanismo corrector, respetando siempre las prerrogativas de los Parlamentos nacionales. Se obliga, pues, a un equilibrio presupuestario en todas las administraciones públicas de los Estados miembros, ya sean de ámbito nacional, regional o local.

Por otra parte, el artículo 13 del mismo Tratado dispone que de conformidad con lo dispuesto en el título II del Protocolo (n.º 1) sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, anejo a los Tratados de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales de las Partes Contratantes decidirán conjuntamente la organización y la promoción de una conferencia de representantes de las comisiones pertinentes del Parlamento Europeo y de las de los Parlamentos nacionales, a fin de debatir políticas presupuestarias y otras cuestiones del ámbito del Tratado. Ello obligará a una mejor coordinación interparlamentaria en el ámbito de la cooperación de las políticas económicas, especialmente, aunque no únicamente, en la zona euro, puesto que el Tratado ha sido firmado por 25 de los 27 miembros de la UE.

Además, el art. 5.2 del Tratado dispone que la ejecución del programa de colaboración presupuestaria y económica y de los planes presupuestarios anuales relacionados será supervisada por el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. El art. 6 del mismo Tratado, por su parte, establece idéntica supervisión para los supuestos de emisión de deuda pública por parte de los Estados signatarios. Y se establece, asimismo, la competencia del Tribunal de Justicia para dirimir las diferencias entre la Comisión Europea y los Estados miembros al respecto (art. 8), pudiendo el Tribunal imponer sanciones pecuniarias por incumplimiento<sup>16</sup> si lo considera pertinente. Pero fijémonos en las instituciones que intervienen en ello: Consejo de la Unión europea, Comisión Europea, Tribunal de Justicia... ¿Dónde está el Parlamento Europeo? ¿Qué función de control efectivo le ha quedado en este ámbito a la única institución que representa directamente a la ciudadanía europea? No olvidemos que estamos hablando de los presupuestos de las administraciones públicas, las cuales, en gran medida, han de estar destinados a sufragar la prestación de servicios sin los cuales la efectividad de buena parte de derechos, especialmente de derechos sociales, queda fuertemente disminuida<sup>17</sup>.

Los Estados miembros deben, pues, integrar tales previsiones en sus sistemas internos. El sistema jurídico multinivel se impone también al respecto, lo cual, en sí mismo, es adecuado y conveniente, puesto que se trata de adaptar el Derecho interno al ámbito europeo del que se forma parte. Pero, en este caso, el principal problema aparece en tanto en cuanto no se trata de adaptar el Derecho interno al Derecho producido por la Unión Europea, conforme al método comunitario, es decir, con la aquiescencia y el control del Parlamento Europeo (de los elegidos) sino de tener que adaptarse a acuerdos entre gobiernos, que es lo que hace en el ámbito intergubernamental, pero sin que el Parlamento Europeo pueda intervenir al respecto<sup>18</sup>. Y, por otra parte, también cabe preguntarse por la corrección material del contenido de los tratados internacionales mencionados, aun partiendo de la constatación de que el equilibrio presupuestario y la solidaridad son instituciones jurídicas que están presentes en

<sup>16</sup> Ver, sobre las repercusiones en los Estados Miembros, OLESTI RAYO, A. (Ed.), *Crisis y coordinación de políticas económicas en la Unión Europea*, Madrid, 2013.

<sup>17</sup> Un excelente trabajo sobre el tema es la obra de PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los Recortes y la sostenibilidad social*, Barcelona, 2013. Ver también, LLADÓS, J. y FREIXES, T., *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Report on Spain, Study for the Libe Committee*, Bruselas, 2015.

<sup>18</sup> Véase MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 42, 2012.

el sistema jurídico de prácticamente todos los estados democráticos de estructura compleja.

En el caso de España, previamente a la adopción de este Tratado, ya había sido introducida la denominada «regla de oro» en la Constitución, concretamente mediante una reforma del art. 135 CE, estableciendo un instrumento de control muy similar al que se contiene en la Constitución de Alemania o en otras constituciones de distintos Estados miembros<sup>19</sup>.

Este artículo 135 CE ha sido a su vez desarrollado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE del 30 de abril), vinculando a todas las administraciones públicas es decir, las del Estado, Comunidades autónomas, entes locales y Seguridad Social<sup>20</sup>; el resto de entes públicos, sea cual sea la forma jurídica de los mismos, han de estar a lo que esta ley disponga específicamente para ellos. En la misma se establece también que el Gobierno establecerá mecanismos de coordinación entre todas las Administraciones Públicas para garantizar la aplicación efectiva de los principios contenidos en esta Ley y su coherencia con la normativa europea, lo cual implicará el reforzamiento de los instrumentos de colaboración interparlamentaria internos, es decir, entre las Cortes Generales y los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, ya que todos ellos son los competentes para la adopción de los respectivos [y coordinados] presupuestos, además del nuevo papel protagonista que deberá tener el Consejo de Política Fiscal y Financiera<sup>21</sup>.

Es evidente que, en el marco de la integración en la Unión Europea, seguir las reglas por ella establecidas es insoslayable. Y lo mismo cabe decir de los tratados internacionales firmados y ratificados, que se integran en el sistema jurídico interno desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 96 CE) y como tales normas internas deben ser desarrollados y aplicados. El problema que yo aquí planteo es la repercusión poco favorable que para los derechos con contenido social, que deben ser prestados en el ámbito de los poderes públicos, ha tenido el modelo de equilibrio presupuestario y de control del déficit público que deriva de los tratados anteriormente mencionados.

---

<sup>19</sup> Ver FREIXES, T., «Multinivel jurídico y coordinación económica», en *La transformació del món després de la crisi. Una anàlisi polièdrica i transversal*, Barcelona, 2012.

<sup>20</sup> GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., «Comentario al dictamen del consejo de estado de 1 de marzo de 2012, sobre el «Anteproyecto de ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera»», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, 2012.

<sup>21</sup> GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J., «El nuevo marco de estabilidad presupuestaria y el desarrollo de la actividad financiera pública tras la Ley Orgánica 2/2012», *Revista española de derecho financiero*, n.º 160, 2013.

No puedo discutir la corrección económica de los mismos. No es mi ámbito científico. Seguramente el control del déficit se hace necesario en una época de crisis como la que estamos viviendo. Lo que discuto es el modo en que se han tomado las decisiones al respecto: acuerdos intergubernamentales, efectuados en el marco de la Unión Europea, sin seguir el método comunitario y obviando, de este modo, el control del Parlamento Europeo.

Por otra parte, como es evidente que los Estados miembros concernidos por tales tratados deben implementarlos en el ámbito interno, ello implica a su vez que los presupuestos de los entes públicos (en nuestro caso del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales) tienen que ser adoptados dentro los márgenes que el mandato europeo les impone. Es también evidente que se trata de una cuestión muy técnica en su implementación, y que resulta muy fácil hacer demagogia con ello. Por eso mismo, creo que, en este ordenamiento jurídico-constitucional multinivel, se obtendría un mayor grado de legitimidad en la toma de decisiones si los elegidos, comenzando por el Parlamento Europeo, pudieran estar presentes en la adopción de las medidas que tanta repercusión tienen en los derechos de los ciudadanos y en el control de su ejecución. Pero como ello no es, no puede ser, objeto de su inclusión en el repensar de nuestro sistema constitucional, por competir al ámbito de la propia Unión Europea, únicamente lo dejo indicado, aunque también podría constituir una reflexión que tuviera su repercusión en nuestra toma de decisión a nivel interno y para su traslado, por los órganos pertinentes, a la toma de decisión en Europa.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS POSIBLES NUEVAS REGULACIONES GENERALES SOBRE EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS DESDE EL ENFOQUE MULTINIVEL

A lo largo de esta reflexión, han sido evidenciados ciertos problemas a los que se tendría que dar solución o, al menos, encauzarlos con mejores disposiciones constitucionales, que permitieran que la aplicación del multinivel jurídico a los derechos fundamentales, como elementos de legitimación del sistema, estuviera dirigido a su mejor protección.

Teniendo en cuenta que ya existen regulaciones constitucionales, los arts. 10.2, 93 y 96, que hasta ahora han sostenido la aplicación del multinivel,

a los efectos de mejorarlos, parece que las posibles nuevas regulaciones más acuciantes serían las siguientes:

*a)* Constitucionalizar la ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales o supranacionales, para que la efectividad de las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Penal Internacional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otros del mismo ámbito, no fueran discutidas y dieran cabal cumplimiento a las obligaciones contraídas cuando se ha entrado a formar parte de este nivel jurídico internacional o supranacional.

*b)* Constitucionalizar la vinculación de todos los órganos internos, legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales, al Derecho de la Unión Europea, en todos sus términos, incluyendo la obligación de presentar la cuestión prejudicial cuando se vaya a dictar resolución judicial firme que no admita posterior recurso ante ninguna jurisdicción interna.

*c)* Constitucionalizar la vinculación a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en los propios términos de la Carta. Posiblemente sería necesario incluir una cláusula sobre el nivel de protección que se tendría que aplicar cuando la regulación interna o de algún otro tratado internacional ratificado por España ofreciera una protección mayor que la propia Carta. Es importante, al respecto, considerar que la regulación de un mismo derecho en cada uno de los distintos niveles puede parecer similar pero ser en realidad diferente, por lo que sería pertinente introducir una cláusula de garantía sobre el mejor estándar.

*d)* Constitucionalizar, en el sentido del párrafo anterior, los reenvíos que existen entre los diversos textos reguladores de los derechos, propios de cada uno de los niveles de producción jurídica de los mismos. A ello se añade el hecho, en nuestro Estado autonómico, de las regulaciones realizadas por las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, que también deberían estar presentes en esta nueva regulación, al incidir sobre el ejercicio de derechos que pueden estar regulados en distintos niveles (internacional, europeo y/o nacional). Muchos estatutos de autonomía tienen, a su vez reenvíos, tanto a la Constitución, como al Derecho Internacional o al de la Unión Europea, por lo que resultaría útil poder cerrar el círculo de reenvíos en forma que ello no desnaturalizara el nivel de protección adecuado para cada derecho fundamental.

*e)* Constitucionalizar la necesidad de que las obligaciones económicas derivadas de acuerdos internacionales no incidieran en forma negativa en los derechos que pudieran considerarse básicos para la ciudadanía, especialmente en materia social y económica. Lejos de proponer un «blindaje» de tales dere-

chos, que sería prácticamente imposible, lo que se propone es que se garantice constitucionalmente el estándar derivado de la aplicación del multinivel específico en materia de derechos, es decir, de la interacción entre el Derecho Internacional regulador de derechos fundamentales, el Derecho de la Unión Europea incluyendo la Carta de los Derechos Fundamentales y la regulación constitucional de los mismos, para evitar que los tratados internacionales de naturaleza puramente económica puedan desvirtuarlos, restringirlos o convertirlos en impracticables.

*f)* Constitucionalizar las relaciones interparlamentarias multinivel, entre el Parlamento Europeo, las Cortes Generales y los parlamentos de las comunidades autónomas, con la finalidad de una mejor coordinación entre los tres niveles legislativos en el desarrollo de los derechos fundamentales. Con ello se podría mejorar la armonización de la debida protección a dar a cada uno de los derechos cuando se esté legislando sobre los mismos.





# **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: VALORACIÓN Y POSIBLES MODIFICACIONES**

JUAN CARLOS GAVARA DE CARA  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Barcelona

## **1. UN FUNCIONAMIENTO RAZONABLE DEL TÍTULO I CE Y LAS ORIENTACIONES GENERALES DE SU MODIFICACIÓN**

El cambio más importante establecido por la Constitución Española de 1978 en relación con el régimen anterior ha sido la regulación de unos derechos fundamentales que abarca los contenidos individuales y prestacionales propios de un Estado social y democrático de Derecho y que cuenta con las garantías suficientes para impedir cualquier infracción por parte de los poderes públicos e incluso del resto de los ciudadanos<sup>1</sup>. Es importante destacar que los derechos fundamentales se convierten en problemas estrictamente jurídicos desde el momento en que son regulados en una Constitución concreta, se somete al poder público y al conjunto de los ciudadanos a dichas regulaciones, se declara su carácter de derecho válido, vigente y aplicable directa e inmedia-

---

<sup>1</sup> Para comparar con la situación anterior, basta recordar que el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, una de las Leyes Fundamentales aprobadas en el franquismo, recogía una carta de derechos y libertades similares a los de cualquier régimen liberal, pero el art. 34 establecía que el ejercicio de dichos derechos y libertades dependía de la aprobación previa de una ley de desarrollo, que en muchos casos tuvieron un alcance meramente restrictivo de dichos derechos. Las leyes más importantes en la materia se aprobaron después de la muerte del General Franco (noviembre de 1975) por lo que no tuvo una aplicación real. Además el Fuero de los Españoles fue frecuentemente suspendido en su vigencia (se calcula que estuvo suspendido total o parcialmente cuatro años y cuatro meses).

tamente, y se establecen unos mecanismos generales o específicos para el control de su respeto generalizado y su aplicación por órganos jurisdiccionales ordinarios o de carácter especializado, como puede ser el Tribunal Constitucional. En este sentido, en menos de dos años de vigencia del texto constitucional se consiguió el descrito estado de protección en el sistema constitucional español. El Título I CE, relativo a los derechos fundamentales, se puede considerar seguramente el mayor éxito de la presente Constitución y el que, probablemente, menos necesidad de cambios y modificaciones en su contenido precise por la eficacia que ha mostrado, aunque técnicamente sea necesaria una actualización.

En un análisis general de los derechos fundamentales de la Constitución, sobre su presente y su futuro, es decir, sobre el Título I CE, se podrían realizar muchas consideraciones y matizaciones sobre estos más de 35 años de vigencia, que podrían abarcar un gran número de precisiones en su contenido, pero que se delimita por unas orientaciones generales sobre el modo de abordarlas para no extralimitar el alcance de la reforma.

El Título I CE ha funcionado correctamente y la labor del Tribunal Constitucional ha sido razonable en su aplicación. Desde el punto de vista de la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, sobre todo en lo relativo al Poder Judicial, se debe realizar una valoración muy positiva. Al ser éste el encargado de prestar de forma eficaz las protecciones, se ha convertido en el poder más controlado en la aplicación de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el Título I se puede mejorar, actualizar y revisar 35 años después de su aprobación. Incluso puede ser que una reforma del mismo sea un instrumento en el cual canalizar aspectos que pueden favorecer la obtención de un consenso constitucional en otras partes del texto constitucional, en las que fijar acuerdos puede resultar un poco más dificultoso, y más teniendo en cuenta el carácter fragmentario de las próximas Cortes Generales. En cualquier caso, si existe un tema que genera consenso en nuestra sociedad es la Unión Europea. En este sentido, en materia de derechos también se debe abordar, en primer lugar, un enfoque multinivel en el tema. Si en 1978 se pensaba en el CEDH como modelo para la articulación del Título de los derechos, en la actualidad habrá que pensar en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Este instrumento normativo puede ser un buen indicador de las reformas que haría falta introducir en el Título I CE simplemente por comparación entre derechos incluidos en la Carta y los preceptos reguladores en nuestra Constitución.

Evidentemente, una nivelación de protección con los estándares europeos se puede seguir haciendo mediante vía interpretativa por el art. 10.2 CE, o bien mediante una comprobación y contraste material con los preceptos concretos, determinando los que se desea modificar y razonando sobre la concreción del precepto. En cualquier caso, el art. 10.2 CE no parece un buen instrumento como vía permanente de actualización del catálogo de los derechos fundamentales, ya que en todo caso precisa una positivización para restringir la dependencia de su reconocimiento por el Tribunal Constitucional y de posibles cambios de criterio<sup>2</sup>.

En general, creo que se deben incluir en la Constitución las diferencias concretas; no hacer una remisión general, sino concretar y equiparar en los distintos preceptos, los derechos a actualizar en nuestro texto constitucional. No implicaría en la práctica grandes diferencias a nuestra realidad, pero la introducción en el texto constitucional implica una vinculación para todos los poderes públicos, incluidos los estatales y autonómicos. Hay que pensar que en materias de aplicación del Estado social, frecuentemente son competentes las CCAA, de forma que su constitucionalización como contenidos de derechos o como principios, según los casos, posibilitaría la concreción del nivel de protección y una garantía de una aplicación más homogénea como mandato constitucional en los diferentes niveles de protección, ello con independencia de los reenvíos que puedan tener los Estatutos de Autonomía a la Constitución, a los tratados internacionales en materia de derechos o al Derecho a la Unión Europea.

No obstante, algunas propuestas recientes prefieren incorporar los contenidos de la Carta Europea de derechos fundamentales mediante una cláusula general, ya sea con un precepto específico o mediante una inclusión y mención en el art. 53.1 CE de la vinculación de los poderes públicos a la Carta, lo que implicaría una extensión del ámbito de aplicación de la CDFUE, restringido por su art. 51 a actos directos o de ejecución del Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, la homogenización y la actualización de los estándares de protección se conseguirían de modo más simple mediante una incorporación directa de los contenidos a los distintos preceptos o mediante nuevos preceptos<sup>3</sup>.

En general, creo que se deben incluir en la Constitución las diferencias concretas con el CEDH y la CDFUE de los distintos derechos. Es decir, no hacer una remisión general, sino concretar y equiparar los distintos preceptos, lo que impli-

---

<sup>2</sup> Sobre el papel del art. 10.2 CE como vía permanente de actualización, vid. GARCÍA ROCA, J. (Ed.), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Cizur Menor, 2014, pp. 34-35.

<sup>3</sup> Vid. *Ibidem*, pp. 34-35 y el trabajo de FREIXES SANJUAN, T., «Los derechos fundamentales: el enfoque multinivel», en esta misma publicación.

caría una mejora y actualizaría nuestro texto constitucional. En este sentido, no implicaría en la práctica grandes diferencias a nuestra realidad constitucional actual. Algunas propuestas plantean la extensión del recurso de amparo constitucional a algunos de los derechos de la sección segunda del capítulo segundo del Título I CE, como el derecho al matrimonio o a la propiedad (reconocidos formalmente en el CEDH), y del capítulo tercero del Título I CE, como el derecho a la seguridad social o a la protección de la salud o asistencia sanitaria, que gozan de un desarrollo y concreción legal amplia y de un status similar al derecho a la educación sin que se pueda justificar la distinción actual<sup>4</sup>. Esta extensión no plantearía excesivos problemas para su incorporación constitucional.

## 2. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UN ÁMBITO MATERIAL SIN NECESIDADES DE GRANDES CAMBIOS

En la reacción democrática frente a las consecuencias de un régimen dictatorial se sitúa el origen de la determinación en la Constitución Española de fórmulas para encontrar solución a los problemas de eficacia y garantía de los derechos fundamentales, que en general se puede considerar que han funcionado de una manera adecuada a las finalidades originariamente pretendidas. Los principales instrumentos de eficacia y garantía incorporados son<sup>5</sup>:

a) La aplicación directa y vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales (art. 9.1 y 53.1 CE), en el sentido de que los derechos fundamentales vinculan directamente al Legislador, a la Administración y a los jueces, es decir, al conjunto del poder público en sus actividades. Los derechos fundamentales no son normas programáticas, ni directivas, ni finalidades a cumplir, tienen el tratamiento de normas jurídicas imperativas, en definitiva, son derecho objetivo. Los preceptos que establecen derechos fundamentales son alegables ante los tribunales ordinarios, evidentemente valorando la oportunidad y pertinencia de la aplicación en el caso concreto<sup>6</sup>. De este modo, se potencia el

---

<sup>4</sup> Vid. GARCÍA ROCA, J. (Ed.), *Supra*, pp. 39-40

<sup>5</sup> Para una visión panorámica de los principales problemas de teoría general de los derechos fundamentales en nuestra doctrina, vid. FREIXES SANJUAN, T., *Constitución y derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos*, Barcelona, 1992; GAVARA DE CARA, J. C., «Los derechos fundamentales», en GAVARA DE CARA, J. C., *Constitución. Desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Barcelona, 2004, pp. 15 y s.; AAVV, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004.

<sup>6</sup> STC 16/1982 FJ 1. Sobre aplicación directa y vinculación del Poder Judicial a los derechos fundamentales, vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Los derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, pp. 45 y s.

carácter de norma suprema y no programática de la Constitución, aunque se admite que sea la propia Constitución la que module su propio valor normativo (por ejemplo, planteando restricciones en el art. 53.3 CE a los cuestionables derechos integrados en el capítulo 3.º del Título I de la Constitución), pero con claridad se establece la vinculación inmediata, sin necesidad de mediación del Legislador ordinario, en relación con los derechos establecidos en los arts. 14-38 CE<sup>7</sup>. En definitiva, la aplicación directa no tiene más excepciones que las que imponga la propia Constitución o las que deriven de la propia naturaleza de la norma impidiendo su aplicación plena. En este punto se debe tener en cuenta que algunos derechos carecen de desarrollo normativo directo (tutela judicial efectiva, igualdad, libertades comunicativas –cuyos conflictos se deben resolver mediante ponderación judicial-, legalidad penal), lo que en el fondo supone una apelación a una resolución judicial para su protección debido a su carácter relacional, de forma que el Poder Judicial en numerosas ocasiones es su potencial infractor por acción u omisión, pero al mismo tiempo su protector y garantizador. En cualquier caso, como garantía ha tenido un funcionamiento racional correcto sin que sean precisos cambios en un futuro próximo.

b) La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales conectado a la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de leyes (art. 53.1 CE), que tiene la finalidad de que los derechos fundamentales no puedan ser suprimidos o alterados en su contenido constitucional mediante decisiones legislativas<sup>8</sup>. El Tribunal Constitucional describió en su jurisprudencia dos caminos complementarios de determinación del contenido esencial: el modo de concebir el derecho, es decir, se recurre a la dogmática, a la opinión dominante o a la jurisprudencia para determinar las facultades necesarias para que no se desnaturalice el derecho; y, en segundo lugar, los intereses jurídicamente protegidos, que se pueden determinar a partir de los elementos estructurales de los derechos fundamentales con la finalidad de evitar decisiones legislativas contrarias a los mismos o limitaciones irrazonables o desproporcionadas<sup>9</sup>. En general, se puede afirmar que en este periodo el control de

<sup>7</sup> STC 80/1982 FJ 1 y STC 39/1983 FJ 2.

<sup>8</sup> Sobre la garantía del contenido esencial, vid. OTTO PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; OTTO PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pp. 93 y s. y MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997. «Sobre la influencia de la doctrina alemana en la construcción de esta garantía, en general», GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, 1994, en particular sobre la construcción del Tribunal Constitucional español, pp. 339 y s.

<sup>9</sup> STC 11/1981 FJ 8.

constitucionalidad sobre las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales ha funcionado efectiva y adecuadamente, aunque lo cierto es que la garantía del contenido esencial en sentido estricto no ha sido ni excesivamente utilizada, ni recurrente. La excesiva vinculación teórica de esta garantía con el iusnaturalismo dificulta que se pueda extraer o aplicar una visión esencialista o absoluta de los derechos, que sería estructurada por vía interpretativa por el Tribunal Constitucional. Este Alto Tribunal, con buen criterio, se ha movido entre cánones relativos para limitarse a examinar la justificación de las restricciones a los derechos fundamentales introducidas por el Legislador, que se examinará más tarde, lo que tampoco justifica que se deba realizar modificaciones, ya que su significado concreto es plenamente operativo.

c) La existencia de una jurisdicción especializada, el Tribunal Constitucional que ejerce el control de la constitucionalidad de las leyes (art. 161.1.a y 163 CE) y el recurso de amparo constitucional frente a actos sin valor de ley del Poder Legislativo, o frente a actos, vías de hecho u omisiones de los Poderes Ejecutivo y Judicial que infrinjan los derechos fundamentales (art. 53.2 y 161.1.b CE, y art. 42 a 44 LOTC)<sup>10</sup>. El recurso de amparo constitucional no es un recurso de casación universal, ni supone la revisión íntegra de un proceso judicial, sino que se limita a conocer y determinar la violación de un derecho fundamental para su garantía<sup>11</sup>. Se trata de un proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio, que en ningún caso puede ser concebido como una tercera instancia<sup>12</sup>. Este recurso es generalmente subsidiario, es decir, requiere la intervención previa del Poder Judicial (la interpretación de la ley es competencia de la jurisdicción ordinaria), de forma que el principal papel del Tribunal Constitucional en un gran número de casos de amparo se centra en determinar si la infracción de los derechos fundamentales es fruto de una interpretación judicial arbitraria, irrazonable o restrictiva de los derechos, lo que ha supuesto una serie de situaciones conflictivas entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional sobre el alcance competencial de ambas jurisdicciones. Por último, indicar que el amparo constitucional solo es aplicable a determinados derechos fundamentales (art. 14 a 29 y 30.2 CE) y, en consecuencia, no cabe su extensión a otros derechos fundamentales del Título I, ni

---

<sup>10</sup> Sobre el amparo constitucional, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1994; AAVV, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1996. Recientemente, TENORIO, P., *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, Las Rozas, 2014. En concreto sobre la subsidiariedad, BORRAJO INIESTA, I.; DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I.; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995, pp. 119 y ss.

<sup>11</sup> STC 105/1983 FJ 1.

<sup>12</sup> STC 78/1988 FJ 1.

a otras normas y principios constitucionales, salvo ampliación de competencias del Tribunal Constitucional por vía legislativa (art. 161.1.d CE). El recurso de amparo constitucional en este periodo se puede considerar correcto desde un punto de vista constitucional, aunque algunos de sus desarrollos normativos se podrían adecuar o incluso evitar a través de disposiciones constitucionales. En general, los temas más cuestionables son el amparo frente a leyes y la tendencia a la objetivación del recurso, aspectos de cuya constitucionalidad podría incluso dudarse. En relación al primer aspecto, lo cierto es que la Constitución no se pronuncia sobre la posibilidad de controlar en amparo de forma directa las leyes infractoras de los derechos fundamentales, pero la opción de la LOTC, a diferencia de lo que sucede en el sistema alemán, fue no introducir un recurso de amparo frente a leyes, que en todo caso ha sido operativo por decisión y voluntad del propio Tribunal Constitucional. En todo caso, en el sistema alemán dichos recursos de amparo frente a leyes han tenido un amplio recorrido recientemente, en temas relacionados con la Unión Europea, que ha significado en la práctica una mayor relevancia social y política interna de dichos temas. La operatividad del amparo frente a leyes, sobre todo en temas de repercusión social, puede aconsejar que éste sea un momento adecuado para su incorporación incluso por vía de reforma constitucional.

El segundo tema a abordar en concreto es la tendencia a la objetivación, que se ha vinculado sobre todo al trámite de admisión del recurso de amparo a través de la exigencia establecida en el art. 49.1 LOTC de que la demanda justifique la especial trascendencia constitucional del recurso. En relación a esta exigencia, el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina resumiendo los casos en que se justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos que serían los siguientes<sup>13</sup>:

1) Los que constituyen un caso novedoso; es decir, que planteen un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional (STC 70/2009).

---

<sup>13</sup> Esta doctrina se expresa de forma sintética en el Fundamento 2 de la STC 155/2009. Un resumen de los criterios formales aplicados por el Tribunal Constitucional en estos criterios de admisión se encuentra en la STC 140/2013 FJ 3 y 4. En la doctrina, sobre el criterio de la especial trascendencia constitucional, vid. HERNÁNDEZ RAMOS, M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid, 2009; MORALES ARROYO, J. M. (Ed.), *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional*, Cizur Menor, 2014.

2) Aquellos que den la posibilidad de cambiar de doctrina al Tribunal (bien por un proceso de elaboración interna o por cambios sociales, normativos o de instituciones internacionales), es decir, que den ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE, particularmente el TEDH o incluso el TJUE.

3) Los asuntos en los que la vulneración denunciada tenga su origen en una ley u otra norma de carácter general.

4) Los supuestos en los que la vulneración se produzca por una interpretación de la ley contraria a la Constitución y que el Tribunal considera que se debe corregir.

5) Cuando la doctrina aplicable al caso concreto está siendo incumplida con carácter general, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre ese derecho (bien porque se hace distinta interpretación de la doctrina, bien porque ésta no siempre se aplica).

6) Los casos donde un órgano judicial se niegue de modo manifiesto a acatar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

7) Los asuntos que trasciendan del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

El elenco de casos es muy amplio. El propio Tribunal advierte que no es un listado de supuestos cerrados, sino que puede ampliarse en el futuro e incluir algún criterio subjetivo, por ejemplo, por el grave perjuicio derivado de una vulneración concreta. Por otra parte, a través de la reforma operada por la LO 6/2007 se introduce la inversión del juicio de admisibilidad, de manera que, en vez de examinar si concurre alguna causa de inadmisión (como sucedía anteriormente), se verifica si la demanda de amparo cumple los requisitos necesarios para su admisión, que se acordará «solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos (...)» (art. 50.1 LOTC), entre los que destaca la especial trascendencia constitucional del recurso. El art. 50.1.b) dispone que ésta «se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la



Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación y contenido de los derechos fundamentales»<sup>14</sup>.

Quizás la mayor crítica desarrollada afecta a este último factor, ya que el alto número de inadmisiones son operativas, sin contener o incluir una justificación o motivación mínima y material. Esta ausencia de motivación en la providencia de inadmisión ha sido una constante crítica de los operadores jurídicos, que eventualmente puede forzar el que se convierta en un tema de incorporación constitucional. A este hecho se une la exigencia del Tribunal Constitucional de que la especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo debe de formalizarse formalmente, es decir, no basta con que se explique materialmente, sino que se debe concretar repasando los argumentos y justificaciones formales de modo separado a los motivos materiales que justificarían la estimación del amparo. Estos extremos pueden tener la consecuencia de convertir el trámite de admisión del amparo en un formalismo enervante, es decir, se puede plantear la incongruencia de que una situación materialmente produzca una infracción de un derecho fundamental, pero no va a ser protegido por no formalizar la especial trascendencia constitucional.

### 3. EL AMPARO ORDINARIO Y LA HIPOTÉTICA NECESIDAD DE INTRODUCIR UN NUEVO ORDEN JURISDICCIONAL DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL

La garantía de los derechos fundamentales a través de su protección judicial (art. 53.2 CE) debe ser objeto de un análisis autónomo<sup>15</sup>. El amparo ordi-

---

<sup>14</sup> El TEDH ha considerado que no es contrario al CEDH este trámite de admisión basado en la exigencia de trascendencia constitucional porque no vulnera el derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH), de forma que un recurso de amparo puede ser inadmitido por el Tribunal Constitucional mediante una providencia que aplica el artículo 50.1 LOTC, limitándose a afirmar que el recurso carece de especial trascendencia constitucional. El deber que tienen los tribunales de justicia de motivar sus decisiones no conlleva la exigencia de ofrecer una respuesta detallada a todas las alegaciones. En el caso de una jurisdicción superior, es lícito que inadmita un recurso mencionando las disposiciones legales que así lo prevén, siempre que las cuestiones suscitadas no revistan una importancia especial o no ofrezcan una posibilidad suficiente de llegar a ser estimadas, estando desprovisto de arbitrariedad. Vid. *Asuntos Almenara Álvarez c. España*, n.º 16096/08, § 27, 25 de octubre de 2011; *Varela Geis c. España*, n.º 61005/09, § 38, 20 de septiembre de 2011; *Rupprecht c. España*, n.º 38471/10, § 17, 19 de febrero de 2013; *Arribas Antón c. España*, n.º 16563/11, § 48, 20 de enero de 2015.

<sup>15</sup> Sobre la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Constitución Española, vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit. nota 6, pp. 81 y ss. En general, sobre el art. 53.2 CE, vid. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», en DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, 1996, pp. 69 y ss.; TENORIO, P., *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*, cit. nota 10, pp. 290-291.

nario, planteado ante los jueces ordinarios integrados en el Poder Judicial, se realiza por una vía procesal distinta de la ordinaria que implica la posibilidad de solicitar la protección de los derechos fundamentales como único objeto. Esta protección judicial podía ser calificada originariamente de extraordinaria por la derogada Ley 62/1978, en el sentido de que se articulaba de forma paralela y alternativa a la protección ordinaria a través de los procesos ordinarios previstos en las distintas leyes procesales de los órdenes jurisdiccionales (lo que permitía que el justiciable optara por una u otra vía procesal), aunque en la actualidad ha cambiado sustancialmente<sup>16</sup>. Existen procedimientos especiales (pero no extraordinarios o que permitan la utilización opcional de los procedimientos ordinarios) para la protección de los derechos en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo (art. 114-122 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso administrativa) y social (art. 175-182 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de la Ley de Procedimiento Laboral); en el orden jurisdiccional civil a partir de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se pueden aplicar los procedimientos ordinarios (art. 249.1.2 y 250.1.9.ª LECivil).

En el orden jurisdiccional penal, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 32/2002, de 24 octubre), ha desaparecido el procedimiento específico penal (sección 1.ª de la Ley 62/1978) que casi no se aplicaba y que había sido cuestionado tradicionalmente en su vigencia (con lo cual a partir de dicho momento solo se podrá utilizar eventualmente para la protección de derechos el procedimiento ordinario penal, con las plenas garantías que otorga). En cualquier caso, esta protección judicial, tenga carácter ordinario o especial, siempre tiene carácter previo a la presentación del amparo constitucional<sup>17</sup>, sin que este recurso pueda suplir la inexistencia de vía procesal ordinaria de protección<sup>18</sup>. Estos procedimientos preferentes y sumarios (en realidad siempre han sido rápidos y urgentes en relación con la tutela, pero plenarios), intensifican el papel primordial del Poder Judicial en materia de derechos fundamentales, que en nuestro sistema se ha convertido en su principal destinatario. El papel de garante que ejerce el Poder Judicial, en realidad se ve reforzado al poder convertirse en todos los casos de derechos fundamentales de los que tenga conocimiento en potencial infractor: sus infracciones a los derechos no solo responden a acciones o decisiones indebidas, sino también a

---

<sup>16</sup> Sobre el amparo ordinario, GARCIA MORILLO, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, 1994; CARRILLO, M., *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, 1995. Recientemente, AAVV, *La protección jurisdiccional de los derechos*, Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Valencia, 2015.

<sup>17</sup> STC 185/1990 FJ 5.

<sup>18</sup> Dando lugar incluso a declaraciones de inconstitucionalidad por omisión, STC 31/2000 FJ 6.

omisiones en la protección debida a los derechos fundamentales. El desarrollo normativo de estos recursos de amparo ordinario y su operatividad hace innecesarios cambios, salvo su caracterización y calificación como preferentes y sumarios por no ajustarse con la realidad. Pese a tratarse de unos recursos sin antecedentes comparados, operativos en transiciones constitucionales con situaciones de desconfianza hacia el poder ejecutivo y el Poder Judicial, se han mostrado necesarios y efectivos en dos ordenes jurisdiccionales, contencioso-administrativo y social, en comparación con el respectivo funcionamiento de los procesos ordinarios, lo que justifica su continuación.

Seguramente, la realidad del amparo ordinario, muy limitado tras las sucesivas reformas de las distintas leyes procesales de los distintos ordenes jurisdiccionales, implica que haya llegado el momento de valorar si se deben regular mejor su anclaje y sus relaciones con el amparo constitucional. Tras 1978 la opción del Legislador fue vincular el amparo ordinario a cada orden jurisdiccional, lo que evidentemente no siempre se podía realizar con eficacia, de forma que en los primeros tiempos solo funcionó en el orden contencioso-administrativo. Con posterioridad se vio como necesario optar por un amparo ordinario que protegiera derechos fundamentales concretos vinculados en mayor medida a un orden jurisdiccional determinado (por ejemplo, derecho de huelga o libertad sindical con el orden social –aunque una reciente reforma de este orden en materia de amparo ha limitado extraordinariamente la aplicación de este proceso al excluir esta vía en una gran cantidad de procesos laborales, aunque se esté discutiendo la protección de derechos fundamentales–, derechos de reunión con el orden contencioso-administrativo o derechos de la personalidad con el orden civil), pero no todos los derechos se podían vincular de forma directa a un orden jurisdiccional, y algunos constituían en sí mismos un proceso jurisdiccional de protección, como el habeas corpus. Siempre quedaba fuera del amparo ordinario el derecho más susceptible de plantear un recurso de amparo, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que se optó por crear el incidente de nulidad de actuaciones, que no siempre ha generado soluciones correctas ni ha permitido resolver con una mediana seguridad cuándo se debía plantear o no con carácter previo al amparo constitucional<sup>19</sup>.

De este modo, se debe valorar si son necesarias nuevas regulaciones sobre el amparo ordinario a nivel constitucional, dejando al margen las correcciones formales, que refuercen su especialización al margen del derecho fun-

---

<sup>19</sup> Tampoco la ampliación de los supuestos del incidente de nulidad de actuaciones ha supuesto una mejoría del sistema, vid. TENORIO, P., *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*, cit. nota 10, pp. 295 y ss.

damental concreto sobre el que sea aplicable. En este sentido, en un proceso de reforma constitucional se deberá reflexionar sobre la necesidad de crear un nuevo orden jurisdiccional en materia constitucional, como un ámbito material especializado en derechos fundamentales y en otras materias de relevancia constitucional especial, como son el Derecho electoral en general o los conflictos de competencia entre Estado y CCAA. Este sistema implicará que el amparo ordinario se ejercite en las vías procesales ordinarias, y solamente cuando perdure la infracción de los respectivos derechos fundamentales se utilizará el nuevo orden jurisdiccional constitucional, que se debería limitar a una sala en los Tribunales Superiores de Justicia y otra en el Tribunal Supremo, acumulando los casos por la relevancia de la materia constitucional (incluidos los casos en que sólo se recurrieran decisiones judiciales por infracción de derechos fundamentales específicos como la tutela judicial efectiva o las garantías del proceso debido, muy vinculados al poco efectivo incidente de nulidad de actuaciones que debe resolver el propio órgano que hipotéticamente ha resuelto la infracción), y limitando sus enjuiciamientos a revisiones de decisiones de órganos jurisdiccionales inferiores o a enjuiciamientos directos vinculados a la materia constitucional objeto del amparo<sup>20</sup>.

#### 4. EL CONTROL DE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UN ÁMBITO SIN NECESIDAD DE MODIFICACIÓN

Seguramente el tema más importante por las implicaciones dogmáticas que conlleva es el de la limitación de los derechos fundamentales, que requiere en el sistema constitucional español la utilización de una reserva de ley, prevista con carácter general en el art. 53.1 CE, que se vincula a las finalidades específicas de protección de derechos y bienes constitucionales<sup>21</sup>. Los límites de los derechos fundamentales deben ser necesarios según la propia naturaleza del derecho con independencia de que aparezcan por su articulación con otros

---

<sup>20</sup> Sobre este nuevo orden jurisdiccional de especialización, vid. *Supra*, pp. 326 y ss.

<sup>21</sup> Sobre límites y limitación a los derechos fundamentales, vid. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996, pp. 45 y ss.; ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia, 1999. Téngase en cuenta también NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, 2000; BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, 2004.

derechos o por su establecimiento por parte del Legislador<sup>22</sup>. La Constitución por su parte puede establecer directamente los límites de los derechos fundamentales<sup>23</sup>, pero no se requiere que única y exclusivamente estén previstos expresamente en el texto constitucional, ya que pueden existir límites al margen de las previsiones expresas constitucionales siempre que se justifiquen en las mismas. Los derechos no son ilimitados, de forma que, aunque la Constitución no imponga límites expresos, ni remita a los poderes públicos su determinación, los límites se pueden establecer en función de los restantes derechos fundamentales y los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos por exigencia del principio de unidad de la Constitución<sup>24</sup>. Dentro del desarrollo normativo de los derechos fundamentales cabe incluir los límites o restricciones directas que pueden afectar al modo, tiempo o lugar de su ejercicio<sup>25</sup>. El Legislador es quien está llamado a realizar las ponderaciones necesarias para armonizar los bienes constitucionalmente protegidos y, en consecuencia, sólo por ley se pueden fijar los límites a un derecho fundamental<sup>26</sup>.

A partir de estos razonamientos, la primera consecuencia que se puede extraer de la reserva de ley es que el ciudadano no podrá sufrir injerencias en sus derechos en sentido amplio por parte del Poder Ejecutivo y el Judicial, salvo autorización establecida directamente en la Constitución o la ley<sup>27</sup>. El Poder Judicial está sometido al imperio de la ley de modo que no podrá fundamentar en precedentes judiciales intervenciones o injerencias en los derechos fundamentales, salvo que se puedan deducir de los precedentes del Tribunal Constitucional (art. 5.1 y 7.2 LOPJ). De igual modo, al exigir que la regulación de los derechos se realice mediante ley se excluye con claridad la posibilidad

---

<sup>22</sup> STC 5/1981 FJ 7. Esta ley cuando afecte a los derechos fundamentales regulados en los art. 15 a 29 CE deberá ser Ley orgánica de conformidad con el art. 81.1 CE en el caso de desarrollo directo de los mismos (STC 160/1987 FJ 2 con cita de la anterior jurisprudencia). En los demás derechos del Título I CE, por mandato del art. 53.1 CE, es exigible ley ordinaria o autonómica de conformidad con las reglas de distribución de competencias (STC 37/1981 FJ 2, STC 49/1999 FJ 4, STC 292/2000 FJ 15).

<sup>23</sup> STC 11/1981 FJ 7 y STC 2/1982 FJ 5.

<sup>24</sup> STC 292/2000 FJ 11. Sobre el carácter limitable de los derechos, entre otras muchas, STC 11/1981 FJ 7, STC 36/1982, STC 371/1993 FJ 2, STC 57/1994 FJ 6, STC 154/2002 FJ 7. En cualquier caso, solo los bienes jurídicos establecidos en la Constitución pueden justificar límites, excluyendo cualquier otro fin social no previsto expresamente en el texto constitucional, STC 22/1984 FJ 3.

<sup>25</sup> STC 140/1986 FJ 5, STC 132/1989 FJ 16, STC 101/1991 FJ 2, STC 292/2000 FJ 11. Sobre el significado de desarrollo legislativo de un derecho fundamental, vid. STC 173/1998 FJ 7, que diferencia dicho concepto de desarrollo con el de régimen jurídico de un derecho fundamental.

<sup>26</sup> STC 292/2000 FJ 11. Con anterioridad, ya se había remarcado que al Legislador le corresponde regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales (STC 11/1981 FJ 7, STC 332/1994 FJ 3), disfrutando para ello de un marco amplio en el que caben diversas opciones políticas (STC 11/1981 FJ 5), con libertad de configuración para adoptar decisiones de la forma que estime más conveniente (STC 161/1987 FJ 4) y regular con mayor o menor generosidad los límites impuestos al ejercicio de los derechos fundamentales (STC 13/1984 FJ 3).

<sup>27</sup> STC 49/1999 FJ 4.

de reglamentos independientes o autónomos en este ámbito<sup>28</sup>, y se admite la posibilidad de adoptar reglamentos ejecutivos siempre que exista una autorización expresa en la ley, que su contenido sea complemento normativo indispensable por motivos técnicos y que no se concrete en cláusulas abiertas que supongan una deslegalización de la materia reservada al no establecerse con claridad los fines y objetivos del reglamento en este ámbito. En definitiva, el Legislador puede imponer límites a los derechos en la medida en que estén justificados para la protección de otros derechos o bienes constitucionales y sean proporcionados al fin perseguido<sup>29</sup>, ya que en caso contrario se incurriría en arbitrariedad<sup>30</sup>. En este sentido, adquiere gran importancia en materia de control de las limitaciones el principio de proporcionalidad, que en el ámbito de los derechos fundamentales ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional como un elemento para determinar la exclusión de desarrollo normativo de los derechos fundamentales cuando no sea adecuada, necesaria o racional en relación con la finalidad perseguida por el Legislador con dicha regulación. De este modo se produce una declaración de inconstitucionalidad cuando la relación entre la regulación y la finalidad no sea idónea, cuando pueda ser alcanzada la finalidad de la normativa de una forma que suponga una menor carga para los derechos fundamentales de los individuos, o cuando suponga un perjuicio para el derecho fundamental por no ser dicho desarrollo normativo racional con relación a la finalidad perseguida por dicha medida<sup>31</sup>. El principio de proporcionalidad desarrolla sus funciones en relación con el control de constitucionalidad de decisiones legislativas que supongan una restricción o limitación de los derechos fundamentales. En definitiva, el funcionamiento de los límites de los derechos y su control ha sido razonable a pesar de la ausencia de normas constitucionales que establezcan de forma expresa el método de

---

<sup>28</sup> STC 83/1984 FJ 4.

<sup>29</sup> Por todas, STC 196/1987 FJ 6.

<sup>30</sup> STC 292/2000 FJ 15.

<sup>31</sup> Sobre esta construcción del principio de proporcionalidad originaria del Derecho alemán, vid. BARNES VÁZQUEZ, J., «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, n.º 135, septiembre-diciembre 1994, pp. 495 y s.; GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. cit. nota 8, pp. 295 y ss. Para una concepción distinta del principio de proporcionalidad como criterio interpretativo para determinar el contenido de los derechos fundamentales, vid. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2003, p. 62. Sobre el principio de proporcionalidad, téngase en cuenta también, GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, 2003; GAVARA DE CARA, J. C., «El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales», *Aranzadi-Tribunal Constitucional*, n.º 16, enero 2004, pp. 13 y ss. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el primer caso en que se aplican de forma unitaria estos controles en relación con una resolución administrativa hipotéticamente infractora de un derecho fundamental es la STC 66/1995 FJ 5 y en materia de control de constitucionalidad de una norma legal, la STC 55/1996 FJ 7 y STC 161/1997 FJ 10.

resolución de los posibles conflictos. En cualquier caso, tampoco una estructuración en normas constitucionales mejoraría el funcionamiento actual de la aplicación de los límites a los derechos fundamentales, por lo que se considera un ámbito que no requiere modificaciones constitucionales.

## 5. EL ÁMBITO MATERIAL PRÁCTICO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A partir de estas líneas básicas sobre el funcionamiento del sistema constitucional español en materia de derechos fundamentales, debemos acotar el contenido más importante de la protección de los derechos fundamentales dispensada por el Tribunal Constitucional. En este sentido, nos vamos a centrar en el análisis de los derechos fundamentales de carácter sustantivo que pueden ser objeto de recurso de amparo constitucional para identificar las principales problemáticas, lo que implica destacar el análisis de la aplicación del art. 24 CE (el derecho a la tutela judicial efectiva y garantías constitucionales del proceso debido) que ocupa la principal actividad del Tribunal Constitucional, centrada, dicho sea de paso, sobre todo en la resolución de recursos de amparo constitucionales. Unas cifras comparativas muy genéricas de la invocación de los distintos derechos fundamentales en amparo ante el Tribunal Constitucional nos permite concluir con facilidad que el derecho más utilizado en el planteamiento de recursos de amparo con gran diferencia es el art. 24 CE, a gran distancia del segundo, es decir, el principio de igualdad (art. 14 CE)<sup>32</sup>.

### Cuadro comparativo de invocación de derechos fundamentales en amparo

Año	Art. 24 CE	Porcentaje	Art. 14 CE	Porcentaje	Resto derechos	Porcentaje
2006	10234	89,22	1966	17,14	2476	21,58
2007	8409	85,46	1543	15,68	2159	21,94
2008	9118	88,71	1710	16,64	2296	22,34
2009	9486	87,90	1739	16,11	2076	19,24
2010	7788	87,04	1410	15,75	1795	20,06

<sup>32</sup> Los datos comparativos se han extraído de las memorias del Tribunal Constitucional de los respectivos años, que se pueden consultar en su página web (<http://www.tribunalconstitucional.es>). Los porcentajes totales superan el 100% por la posibilidad de invocar más de un derecho en el mismo proceso de amparo.

Año	Art. 24 CE	Porcentaje	Art. 14 CE	Porcentaje	Resto derechos	Porcentaje
2011	5381	75,81	1031	14,52	1778	25,04
2012	5964	82,77	1068	14,82	1737	24,10
2013	5914	80,18	1013	13,77	1680	22,77
2014	5570	72,68	1090	14,22	1677	21,87

A través de unos simples cuadros comparativos se puede comprobar que la actividad del Tribunal se centra fundamentalmente en los recursos de amparo, que ocupan la práctica totalidad de su actividad (entre un 1 y un 2% de los casos afecta a control de constitucionalidad<sup>33</sup>). Estas cifras caracterizan una evolución clara a la reducción de casos pendientes de resolución a través de un aumento de las decisiones de inadmisión, aunque dicho hecho no es ajeno a la última reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 6/2007, de 24 de mayo), que entre otras cuestiones ha modificado el trámite de admisión de los recursos de amparo tal como se ha expuesto, otorgando nuevas competencias directas a las secciones del Tribunal Constitucional (que se convierten en la práctica en unas mini-Salas), posibilitando que se puedan adoptar resoluciones rápidas sobre los asuntos cuando afecten a doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, o bien estableciendo unas exigencias más estrictas en la aplicación de algunos de los requisitos materiales para el planteamiento de los recursos de amparo. Unas cifras comparativas del mismo periodo de asuntos resueltos mediante sentencia, es decir, una resolución de fondo con independencia de que sea estimatoria o no del mismo, y los resueltos me-

<sup>33</sup> En los casos de control de constitucionalidad se han acumulado los procesos de recurso (procedimiento directo) y de cuestión de inconstitucionalidad.

*Cuadro comparativo de asuntos ingresados*

Año	Amparo	Control de constitucionalidad
2006	11471	260
2007	9840	158
2008	10279	117
2009	10792	42
2010	8947	82
2011	7098	82
2012	7205	80
2013	7376	182
2014	7663	201



dante providencia, es decir, decisiones de inadmisión<sup>34</sup>, nos demuestra la espectacularidad de los resultados cuantitativos operados con la reforma (en la actualidad tan sólo un escaso 1% de los casos de amparo se resuelve mediante sentencia). Esta reforma no implica que cualitativamente se haya mejorado el sistema, pero lo cierto es que han disminuido los casos pendientes de resolución en amparo. Este hecho también ha permitido que disminuyan, aunque a menos velocidad, los casos pendientes en materia de control de constitucionalidad, que tradicionalmente requieren mayor tiempo y actividad del Tribunal Constitucional para su resolución definitiva, a pesar de su aumento global en los últimos años.

La aplicación práctica de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional muestra una realidad centrada en el control del Poder Judicial mediante el art. 24 CE, que no es un derecho que en todo su contenido admita un desarrollo legislativo, por lo que su aplicación se desarrolla en esencia mediante decisiones judiciales. Se trata de un derecho utilizado como mecanismo de revisión judicial general que no tiene una comparación en su importancia y utilización a nivel internacional, salvo en la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 CEDH. En cualquier caso, la aplicación práctica no permite deducir conclusiones que aconsejen adoptar modificaciones constitucionales.

## 6. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO: LAS DECLARACIONES DE DERECHOS EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Los nuevos Estatutos de Autonomía contienen una amplia declaración de derechos, deberes y principios rectores, que contrasta con los antiguos Estatu-

---

<sup>34</sup> Cuadro comparativo de asuntos resueltos en amparo mediante sentencia o providencia

Año	Sentencias (estimatorias o desestimatorias)	Providencias (inadmisión)
2006	327	7370
2007	231	10884
2008	165	12396
2009	177	13008
2010	91	8964
2011	145	5865
2012	124	7292
2013	87	5342
2014	109	6678

tos en los que apenas se hacía una escasa referencia a la materia<sup>35</sup>. En el pasado se utilizó la técnica de la remisión a la Constitución para determinar el alcance de las competencias de los respectivos entes territoriales; es decir, no era objeto de una regulación específica, sino que cualquier deducción de contenido o implicación de los derechos para las políticas públicas debía de realizarse a partir de títulos competenciales concretos, de modo que se remitía cualquier creación o articulación de derechos en el ámbito autonómico a su previa concreción a través de la ley autonómica. La novedad de incluir esta regulación de derechos se inició en el Estatuto de la Comunidad Valenciana sin profundizar excesivamente, pero en el Estatuto de Autonomía de Cataluña se estructuran de forma completa. La regulación estatutaria catalana ha sido seguida en la reforma de otros Estatutos de Autonomía, hecho que ha conllevado a plantear, sobre todo desde una perspectiva doctrinal, si un Estatuto de Autonomía es un acto normativo adecuado para contener una declaración de derechos y deberes.

En este sentido, la tendencia de resolución de la problemática por el Tribunal Constitucional viene marcada por la STC 247/2007 que permite deducir que nada impide que un Estatuto regule un catálogo de derechos y deberes<sup>36</sup>, ya que no está prohibido por la Constitución, ni ésta impide la colaboración autonómica con la finalidad de realizar una regulación complementaria, sino que, al contrario, en ocasiones algunos títulos competenciales exigen que las Comunidades Autónomas ejerzan competencias interrelacionadas con la materia derechos, incluso posibilitando su creación, articulación y desarrollo. En la citada sentencia, el Tribunal ha afirmado claramente «la posibilidad de que los Estatutos contengan enunciados de verdaderos derechos públicos subjetivos dotados de eficacia jurídica directa en los ámbitos concretos en los que la propia Constitución abre tal posibilidad en algunos de sus preceptos»<sup>37</sup>. El

---

<sup>35</sup> Se consideran nuevos Estatutos los reformados últimamente, hace dos legislaturas, es decir, de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006, de 10 abril), Cataluña (LO 6/2006, de 19 julio), Baleares (LO 1/2007, de 28 febrero), Andalucía (LO 2/2007, de 19 marzo), Aragón (LO 5/2007, de 20 abril), Castilla y León (LO 14/2007, de 30 noviembre) y Extremadura (LO 1/2011, de 28 de enero), pudiendo incluir también aquí la última reforma de la LORAFNA mediante la LO 7/2010, de 27 de octubre.

<sup>36</sup> La STC 247/2007, de 12 de diciembre, dictada en relación al control de constitucionalidad del Estatuto de la Comunidad Valenciana, resume y reitera abundante jurisprudencia anterior en relación al tema de los derechos y las Comunidades Autónomas.

<sup>37</sup> STC 247/2007 FJ 15. Estos derechos que son objeto de una remisión por la Constitución se vincularían a la inmunidad e inviolabilidad de los parlamentarios autonómicos, a la cooficialidad lingüística, la designación de senadores por las Comunidades Autónomas o la exigencia de un sistema de representación proporcional en las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. A estos derechos se deben añadir aquellos que afectan de modo expreso a las instituciones autonómicas propias como serían los derechos e sufragio activo y pasivo en las elecciones autonómicas o los derechos de participación en asuntos políticos autonómicos o el derecho de acceso a los cargos públicos autonómicos. El resto de los derechos estatutarios se deben vincular y limitar su aplicación necesariamente a la existencia de títulos competenciales.

Estado tiene la competencia para garantizar una homogeneidad básica en materia de derechos, pero no significa que las Comunidades Autónomas no puedan incidir con regulaciones propias y, en consecuencia, pueden introducir grados diversos de heterogeneidad en materia de derechos a partir de los distintos títulos competenciales<sup>38</sup>.

El principal problema a resolver es determinar si los Estatutos de Autonomía pueden establecer derechos fundamentales que supondría equipar su articulación con lo regulado por la Constitución o incluso limitarla ante la reserva futura que supondría la regulación estatutaria de los derechos fundamentales frente a posteriores reformas constitucionales. En cierto modo esta posibilidad supondría una verdadera mutación constitucional de la idea de la supremacía de la Constitución, difícilmente formalizable jurídicamente, por lo que se debe concluir que no es posible que los Estatutos establezcan originariamente derechos fundamentales, con los efectos y consecuencias derivadas de la Constitución, sino que darán lugar a una nueva categoría de derechos propia y específica, los derechos estatutarios, con una estructura y consecuencias que serán diferenciables de los derechos fundamentales<sup>39</sup>. Sin embargo, la cuestión no es determinar si se pueden regular derechos fundamentales en el Estatuto, sino si el propio desarrollo de sus títulos competenciales se puede transformar en un desarrollo de los derechos de los ciudadanos. En este caso, la respuesta debe ser necesariamente afirmativa, no se debe dejar de utilizar una de las posibles articulaciones de los títulos competenciales como es el reconocimiento y el establecimiento de derechos subjetivos a favor de los ciudadanos. Ahora bien, la discusión se centra en si los derechos

---

<sup>38</sup> STC 247/2007 FJ 4 c).

<sup>39</sup> La admisión de los derechos estatutarios como categoría propia y diferenciada de los derechos fundamentales es amplia en la doctrina, vid. FERRERES COMELLA, V., «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», en AAVV, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, 2006, pp. 22-23; CAAMAÑO, F., «Si, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *REDC*, n.º 79, 2007, p. 42; ALVAREZ CONDE, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Madrid, 2007, p. 359; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales. Forma de Estado y derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, p. 356. R. Canosa considera que si la fundamentalidad se basa en criterios formales como la pertenencia a la Constitución no son derechos fundamentales, pero si se basa en criterios materiales sería más cuestionable, vid. CANOSA USERA, R., «La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, p. 89. También niega dicha posibilidad, DíEZ-PICAZO, L. M., «De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño», *REDC*, n.º 81, 2007, pp. 63 y ss. En general, sobre las relaciones entre derechos estatutarios y títulos competenciales en el caso español, vid. GAVARA DE CARA, J. C.; MATEU VILASECA, M.; VALLÈS VIVES, F., «Los derechos estatutarios en el sistema constitucional español: caracterización y consecuencias», en GAVARA DE CARA, J. C. (Ed.), *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Barcelona, 2010, pp. 17 y ss. En dicho escrito se analizan con profundidad las principales cuestiones sobre los derechos estatutarios en el sistema constitucional español que se utilizan en este trabajo.

son los que posibilitan las competencias, o si los títulos competenciales son los que permiten la estructuración de derechos de los ciudadanos autonómicos. Los Estatutos establecen catálogos de derechos estatutarios teóricamente de carácter subjetivo y establece, desde otra perspectiva, títulos competenciales de carácter objetivo relacionados con dichos contenidos subjetivos. Sin títulos competenciales sería discutible tanto la regulación de dichos derechos en el Estatuto como en normativas de desarrollo autonómico posteriores, es decir, leyes autonómicas posteriores como las Cartas de nuevos derechos. Por lo tanto, una existencia independiente del catálogo o una posibilidad de que a partir de los derechos estatutarios se puedan articular nuevas competencias autonómicas no es posible<sup>40</sup>. El recorrido de dichos derechos es distinto al que pueden tener algunos derechos fundamentales con capacidad evolutiva en el tiempo, que permiten un desarrollo normativo en el futuro. Los derechos estatutarios dependen de los títulos competenciales y al margen de ellos carecen de desarrollo propio, teniendo la capacidad de evolución que le permita dicho título competencial.

En cualquier caso, si la reforma de la organización territorial del Estado, Título VIII CE, pasa por una decisión de que los Estatutos de Autonomía dejen de ser atributivos de competencias, limitando la competencia de competencias (Kompetenz-Kompetenz) a su regulación constitucional, lo normal es que la solución se asimile a la de sistemas federales como el alemán o el estadounidense, optando por unas Constituciones de los Länder o de los States sin reglas de atribución de competencias, pero con una declaración de derechos entre los que abundan los de carácter social. En dichos casos es bueno introducir en las Constituciones reglas de resolución de conflictos entre derechos fundamentales similares a las del art. 142 LFB que exige una concordancia entre las declaraciones de derechos de las Constituciones de los Länder con el catálogo de derechos establecidos en la Ley Fundamental de Bonn en los art. 1 a 18 LFB<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> La fuerte dependencia del catálogo de derechos con las competencias autonómicas fue remarcada por la doctrina, vid. CARRILLO, M., «La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos», en AAVV, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, 2006, p. 73; CARRILLO, M., «Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía», *REDC*, n.º 80, 2007, pp. 67 y s. Sobre la vinculación de los derechos con los títulos competenciales, vid. ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Los derechos de los ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía» en, AAVV, *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Barcelona, 2007, p. 73; TUDELA ARANDA, J., *El Estado desconcertado y la necesidad federal*, Cizur Menor, 2009, pp. 116 y ss.

<sup>41</sup> Sobre el tema, Vid. GAVARA DE CARA, J. C., «Los derechos fundamentales en las Constituciones de los Länder», en GAVARA DE CARA, J. C., (Ed.), *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Barcelona, 2010, pp. 170 y ss.

## 7. LAS MODIFICACIONES NECESARIAS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA INTRODUCCIÓN DEL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

En materia social, el texto constitucional de 1978 era actualizado y avanzado, pudiéndose añadir que era realista en su concreción. Hoy precisaría una puesta al día, al menos en comparación con la CDFUE. Dejando al margen supuestos ya comentados como la inclusión entre los derechos protegibles en amparo del derecho a la seguridad social o a la salud y a la asistencia sanitaria, por la especial vinculación con la CDFUE, se destacarían dos supuestos entre otros. En primer lugar, la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 33.2 CDFUE) que da lugar a derechos de carácter material, suficientemente consolidados en nuestro sistema, por lo que no generaría nada más que el reconocimiento como mandato o principio constitucional, lo que implicaría que sería controlable en relación con su concreción legislativa.

El segundo supuesto puede ser más problemático, se trataría de un derecho de acceso a servicios sociales que garanticen una protección de la dependencia, también en este caso como principio o mandato constitucional. Existe una clara interrelación de esta problemática con el hecho de que en los últimos 30 años se ha duplicado la población mayor de 65 años (un tercio de la población de más de 65 años tiene una discapacidad), o el fenómeno del envejecimiento del envejecimiento, ya que en los últimos 20 años se ha duplicado la población de más de 80 años, siendo éste el segundo país con una media de longevidad más elevada (esperanza de vida de 83,4 años). De hecho la inclusión en la Carta de este derecho (art. 34.1 CDFUE) es una ocasión idónea para incorporar como mandato constitucional su problemática. El tema tiene que tener una visibilidad constitucional para señalar la responsabilidad de todos los poderes públicos, estatales y autonómicos, no con ánimo de discutir si el art. 149.1.1 CE es título competencial suficiente, sino para proporcionar normas de reconocimiento de ámbitos de actuación conjunta de los diversos poderes públicos. La problemática tiene que aparecer a nivel constitucional para articular sistemas de cooperación interterritorial en su tratamiento, incluida la necesidad de decidir crear un Sistema Nacional de Dependencia, o facilitar su incorporación entre las prestaciones a la Seguridad Social. En el fondo se trata de la necesidad de crear una segunda caja única social, o hacer más grande la actual, para abordar un problema que puede ser trascendente en los próximos años.

No obstante, en esta época se cuestiona la razón de introducir nuevos mandatos o principios constitucionales, la necesidad de limitar el alcance que tienen dichos mandatos o incluso si se debe incorporar una garantía de irrever-

sibilidad a nivel constitucional, es decir, lo que se suele denominar desde diversas opciones políticas como bloqueo de los derechos sociales. La crisis ha supuesto la adopción de medidas regresivas pensadas para realizar un menor gasto público social, aunque se ha pensado también en un incremento de la financiación de los derechos sociales, pensando en el copago (también denominado repago) de las prestaciones.

En cualquier caso, no se trata de un tema de blancos o negros, desde un punto de vista jurídico ni se acepta la irreversibilidad absoluta, ni la reversibilidad absoluta e incondicionada por el valor de garantía institucional otorgado a los mandatos o principios constitucionales de carácter social.

Los mandatos o principios constitucionales de carácter social operan como límites al Legislador. Con independencia de una crítica a la redacción del art. 53.3 CE, lo cierto es que los derechos sociales como principios objetivos son exigibles jurídicamente. No son mandatos programáticos, sino que tienen unas condiciones de exigibilidad distintas que el resto de los derechos fundamentales que se centran en los resultados de la práctica pública, en este caso en los medios empleados y en la diligencia utilizada por los poderes públicos, sobre todo por el Legislador a la hora de acometer el desarrollo del principio objetivo de carácter social, que se puede llamar derecho social perfectamente, sabiendo su significado constitucional.

Los derechos sociales tienen carácter vago e indeterminado. No siempre exigen una intervención pública activa con gasto público y no siempre se obtiene su plena efectividad (demandas superiores a las que se pueden cubrir), pero hay un modelo social europeo y una facilidad para generar una sostenibilidad social. La Constitución debe marcar líneas rojas a la actividad del Legislador y de los poderes públicos, debe fijar el modo de desarrollo de los derechos sociales, si a través de medidas de política fiscal o mediante la introducción de servicios públicos constitucionalmente garantizados, aunque también se debe determinar si será posible privatizar dichos servicios públicos, lo que significará en la práctica que el Estado deje de garantizar la prestación.

De todos modos, se debe seguir respetando la interconexión de los derechos sociales con otros derechos fundamentales (igualdad, integridad física y moral, inviolabilidad de domicilio). No obstante, el control sobre la diligencia en el ámbito social se deberá conectar con la inclusión de un nuevo derecho, siguiendo también parámetros europeos, que podrá tener eventualmente un cierto recorrido en esta temática, es decir, el derecho a una buena administración (art. 41 CDFUE), que de un modo expreso se debe incorporar a la Constitución, incluso con el máximo de garantías posibles.

La vinculación del Poder Legislativo a los derechos fundamentales es la más importante de las de carácter subjetivo, no solo por el hecho de que la ley constituye la forma principal para su desarrollo y concreción, sino debido a las repercusiones que puede ocasionar en la actividad de los otros poderes públicos y en el alcance de su vinculación jurídica en la materia. En este sentido, la ley establece el marco de actuación de los otros poderes del Estado y fija el alcance de la vinculación positiva, constituyendo la pieza central y más importante para determinar la obligación de protección de los derechos fundamentales, ya que estructura las funciones de los órganos aplicadores del Derecho en el caso concreto<sup>42</sup>.

La ley es el instrumento principal de articulación de la vinculación positiva a los derechos fundamentales<sup>43</sup>. Sin embargo, los procedimientos ordinarios de control de constitucionalidad de la ley no son específicos para la protección de estos y tampoco se encuentra prevista en nuestro sistema constitucional expresamente la posibilidad de presentar el recurso de amparo frente a leyes como procedimiento especializado para la protección de derechos fundamentales. En cualquier caso, se debe tener en cuenta el hecho de que la Constitución permite la ampliación de competencias del Tribunal Constitucional (art. 161.1.d CE) mediante decisión legislativa, de forma que son susceptibles de incorporarse a la LOTC procedimientos para el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, o procedimientos de amparo directo frente a leyes. Desde otra perspectiva, el amparo frente a una omisión legislativa siempre es reconducible a una necesidad de resolución de un caso en base a la aplicación directa del derecho fundamental, es decir, a partir de la aplicación del precepto constitucional en caso de laguna legislativa en un supuesto que afecte a un derecho fundamental específico (art. 53.1 CE). Estos procedimientos nuevos de control, frecuentemente conectados a los derechos sociales, pueden ser incorporados a nivel legislativo, pero también a nivel constitucional para evitar la dependencia de estos nuevos procedimientos de la voluntad legislativa<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Sobre la vinculación positiva a los derechos fundamentales, vid. GAVARA DE CARA, J. C., «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, pp. 277 y ss.

<sup>43</sup> Sobre el deber de legislar en materia de derechos fundamentales no es abundante el tratamiento en nuestra doctrina, aunque se puede destacar la obra de GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del Legislador. Una realidad susceptible de control*, Madrid, 1997, pp. 44 y ss. En general, sobre el papel del Legislador en la vinculación positiva, ALÁEZ CORRAL, B., en AAVV, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004, pp. 183 y ss.

<sup>44</sup> En general, sobre el control de las omisiones legislativas en los derechos fundamentales, vid. GAVARA DE CARA, J. C., «El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, n.º 69, 2007, pp. 95 y ss.

En relación con el Legislador, el control sobre la vinculación positiva puede ser operativo en relación con la decisión normativa que estructura el contenido de las obligaciones positivas que debe realizar el poder público en materia de derechos fundamentales, o bien frente a la ausencia de dicha decisión, es decir, frente a la omisión legislativa de la articulación de las medidas. En cualquier caso, en principio no se puede decretar una inconstitucionalidad o una infracción de derechos fundamentales por ausencia de mecanismos para su protección o eficacia debido a que un procedimiento específico no está previsto de forma expresa en la Constitución.

En definitiva, el control de la vinculación positiva del Legislador a la Constitución opera sobre todo a partir del propio resultado legislativo; es decir, a partir de la adopción de una decisión normativa que incide en los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, con independencia de que el control sea abstracto o concreto, ya que un control de la abstención y omisión legislativa de un mandato constitucional no está previsto en nuestro ordenamiento.

La falta de previsión constitucional o legal del procedimiento para el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas conectadas a la vinculación positiva imposibilita un análisis formal de la materia<sup>45</sup>. De todas formas, se debe tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha admitido el amparo de los derechos fundamentales frente a omisiones legislativas<sup>46</sup>. Evidentemente, la consecuencia de una ausencia de regulación legislativa implica

---

<sup>45</sup> Sobre la inconstitucionalidad por omisión, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; AHUMADA RUIZ, M.<sup>a</sup> Á., «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8, 1991 (enero-abril), pp. 169-194; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general, derecho comparado, el caso español*, Madrid, 1998; RUIZ MIGUEL, C., «Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 51, 2000, pp. 117-134. Sobre el control de la omisión legislativa en materia de derechos fundamentales en la doctrina alemana, STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III/1, „Allgemeine Lehren der Grundrechte“*, München, 1988, pp. 1283 y s.; JÜLICHER, F., *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen. Zum Rechtsschutz bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlichem gesetzlichen Begünstigungsausschluß*, Berlin, 1972; SEIWERTH, J., *Zur Zulaessigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenueber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen*, Berlin, 1962.

<sup>46</sup> Como ejemplo se puede utilizar la línea jurisprudencial de reconocimiento del derecho a efectuar emisiones de televisión local por cable, declarando nulas resoluciones administrativas que requerían el cese de dichas emisiones, ya que en el fondo implicaban la adopción de unos actos administrativos en ausencia de ley previa, lo que ocasionaba la aplicación preferente del derecho fundamental por aplicación directa de la norma constitucional que establecía el derecho fundamental (STC 31/1994, STC 47/1994, STC 98/1994, STC 281/1994 y STC 307/1994). En estos casos, se considera que la omisión del Legislador de regular la televisión local por cable, dada la ausencia de la regulación legal de la concesión de dicha modalidad de televisión, no podía comportar pura y simplemente la prohibición de la actividad de difusión por parte de los particulares al ser un hecho contrario al art. 20.1 a y d CE (un resumen de la doctrina en STC 88/1995 FJ 6). Sobre el control en amparo de las omisiones del Legislador, GÓMEZ AMIGO, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Pamplona, 1998, pp. 199 y ss.



la aplicación directa de los derechos fundamentales en casos concretos, aunque con un contenido y alcance mínimo, limitado a la aplicación de las consecuencias constitucionales previstas<sup>47</sup>. De este modo, en las normas que tienen o son susceptibles de generar una eficacia directa, la omisión legislativa tiene una menor relevancia, ya que en sí misma no vulnera la Constitución, sino el hecho de querer hacer valer dicha omisión para distorsionar la eficacia directa que despliega el precepto constitucional<sup>48</sup>. En consecuencia, se debe resaltar que jurisprudencialmente se trata de supuestos de protección directa de un derecho fundamental ante la ausencia de regulación normativa, no un supuesto ocasionado por no haber desarrollado, o haberlo hecho con un contenido ínfimo, el deber de protección de los derechos fundamentales, es decir, la vinculación positiva en un caso concreto<sup>49</sup>.

En general, se admite la distinción entre omisión absoluta, que se plantea en el caso de que se produzca una ausencia completa de ley en una materia en la que la Constitución obliga a adoptar una decisión al Legislador, y la omisión parcial, en la que una materia que debe ser regulada mediante ley por mandato constitucional explícito o implícito se cumple, pero cuyo contenido presenta una laguna o una insuficiencia normativa que imposibilita la plena efectividad y protección del mandato constitucional, sobre todo en relación a un caso concreto<sup>50</sup>.

Dentro de esta diferencia, en un sistema sin control directo de las omisiones legislativas, la posibilidad de control de omisiones absolutas no es admisible. Desde otra perspectiva, se debe tener en cuenta que la omisión parcial se puede interrelacionar directamente con la insuficiencia normativa en la ley<sup>51</sup>, ya que implica una decisión incompleta, mal realizada o insuficientemente desarrollada por el Legislador de la que se puede derivar un defecto de protección de los derechos fundamentales<sup>52</sup>. En estos supuestos, cuando afecta a

<sup>47</sup> Por todas, STC 15/1982 FJ 8. Sobre los casos de omisiones legislativas vinculadas a derechos fundamentales y resueltos por aplicación directa a los derechos fundamentales, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, cit. nota 45, pp. 81 y ss.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>49</sup> No obstante, en ocasiones se ampara a pesar de la ausencia de normativa y se concreta por el Tribunal Constitucional el deber positivo de que la administración comunique la existencia de ficheros de personas y de las autoridades responsables de los mismos, así como los datos personales a los interesados (STC 254/1993 FJ 6 y 9). En este sentido, es posible deducir que los contenidos positivos de los derechos (facultad de solicitar información propia que afecte a la intimidad) no precisan desarrollo normativo (STC 254/1993 FJ 7).

<sup>50</sup> Muy explícita es la distinción que realiza Villaverde entre omisión absoluta como silencio del Legislador y omisión relativa como silencio de la ley. Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, cit. nota 45, pp. 41 y ss.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 49 y ss.

<sup>52</sup> ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2005, pp. 184 y ss.

derechos fundamentales, en el caso de que se demuestre la existencia de un precepto legal omisivo se podrá adoptar una declaración de inconstitucionalidad de carácter declarativo, sin nulidad. Esta sentencia puede producir unos efectos equivalentes a una sentencia de carácter interpretativo, que en la práctica supone, por una parte, la aplicación directa del precepto constitucional que establece el derecho fundamental en caso de que sea posible en relación con el contenido omisivo y, por otra, la aplicación en el caso concreto de la ley en el contenido no omisivo de la misma.

En este contexto, se debe analizar brevemente la nueva reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aprobada en 2007, que ha variado sustancialmente el planteamiento originario, sobre todo en relación con este punto. En el proyecto inicial<sup>53</sup>, el precepto que se podía interrelacionar con el control de las leyes de articulación de la vinculación positiva a los derechos fundamentales era el art. 39.3 Proyecto LOTC, que establecía que cuando se declarara la inconstitucionalidad por «insuficiencia normativa» podía concederse un plazo al Legislador para que actuara en consecuencia y, en caso de incumplimiento, el Tribunal Constitucional podía proceder para subsanar la insuficiencia.

En el fondo, la sentencia que constata la existencia de la insuficiencia normativa tiene carácter meramente declarativo como advertencia o puesta en conocimiento de forma expresa al Legislador del problema que presenta su normativa y de las consecuencias que puede tener este hecho en los posibles procesos de aplicación por la jurisdicción ordinaria en el caso de que no proceda a la corrección de misma. En esencia, esta sentencia declarativa en caso de insuficiencia normativa se puede caracterizar como un diálogo institucionalizado entre el Tribunal Constitucional y el Legislador, pero no se puede derivar de ella un efecto constitutivo semejante al de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad como nulidad radical.

En la doctrina alemana, para el control de la insuficiencia normativa se ha desarrollado el principio de la prohibición de defecto de protección o infraprotección de los derechos fundamentales (*Untermassverbot*). Esta prohibición de defecto de protección se contrapone a la clásica prohibición de exceso de restricción de un derecho fundamental (*Übermassverbot*) que es una de las formulaciones con las que se conoce la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio para el control de las decisiones restrictivas del Le-

---

<sup>53</sup> De hecho en el informe de la ponencia se suprimieron todos los temas conectados a la nueva regulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad (vid. *BOCG*, Congreso de los Diputados, de 5 diciembre de 2006, Serie A, 60-9), por lo que estas reflexiones tendrán un mero valor teórico.

gislador en materia de derechos fundamentales<sup>54</sup>. A nuestros efectos es conveniente recordar que el principio de proporcionalidad no era aplicable en supuestos de configuración normativa de los derechos fundamentales, ya que por definición requiere su aplicación a restricciones para poder ser operativo. En cambio, la prohibición de defecto de protección es aplicable en esencia para el control de la actividad de configuración de los derechos fundamentales, para determinar las distorsiones o insuficiencias en su protección decidida por el Legislador<sup>55</sup>. En nuestro ordenamiento, tanto la prohibición de exceso de restricción como la prohibición de defecto de protección son susceptibles de integrarse en la interdicción de arbitrariedad de las decisiones legislativas previstas en el art. 9.3 CE, con la consecuencia de que su contenido y controles materiales forman parte de los parámetros del control de constitucionalidad sin necesidad de articular un procedimiento específico.

Los criterios para determinar la prohibición de defecto de protección son frecuentemente los contrarios a los utilizados en el principio de proporcionali-

---

<sup>54</sup> Sobre la prohibición de exceso, un resumen actual en la Ley Fundamental de Bonn, en STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte«, cit. nota 45, pp. 761 y ss. La prohibición de exceso (Übermassverbot) fue la terminología utilizada mayoritariamente durante los años 50 y 60, para referirse al principio de proporcionalidad, que fue el término de uso generalizado en la doctrina alemana a partir de los años ochenta, a pesar de que ambos términos se siguen utilizando indistintamente en todas las épocas. La referencia clásica al tema de la prohibición de exceso se debe a P. Lerche (LERCHE, P., *Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Berlin, München, Bonn, 1961). Sobre el origen de la prohibición de defecto de protección, vid. MAYER, M., *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie. Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Baden-Baden, 2005, pp. 63-64, y TZEMOS, V., *Das Übermassverbot*, Frankfurt, 2004, pp. 4 y ss. El origen dogmático del concepto se encuentra en la obra de CANARIS, C. W., «Grundrechte und Privatrecht», AcP, Bd. 184, 1984, pp. 200 y ss., en concreto, p. 228. De este mismo autor, más recientemente, sobre los efectos debilitados de la función de protección de los derechos y la prohibición de defecto de protección, CANARIS, CL.-W., *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, Berlin, 1999, pp. 43 y ss. En general, sobre la prohibición de defecto de protección en los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado, RUFFERT, M., *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen, 2001, pp. 215 y ss.

<sup>55</sup> Sobre la prohibición de defecto o insuficiencia de protección la doctrina alemana es amplia, UNRUH, P., *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 1996, pp. 151-152; LINDNER, J. F., *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, 2005, pp. 512 y ss.; DIETLEIN, J., *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 2005, pp. II-III (introducción); DOLDERER, M., *Objektive Grundrechtsgehalte*, Berlin, 2000, pp. 271 y ss.; KRINGS, G., *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche. Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts*, Berlin, 2003, pp. 297 y ss.; CREMER, W., *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*, Tübingen, 2003, pp. 320 y s. No obstante, desarrollan una postura más crítica, UNRUH, P., *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 1996, pp. 83 y ss.; GELLERMANN, M., *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte*, Tübingen, 2000, pp. 342 y ss. En la doctrina española, un resumen del planteamiento en DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, 2006, pp. 163 y ss.

dad en un sentido amplio, ya que como medida de control es necesaria su aplicación bajo la objetivización de los bienes jurídicos contrapuestos para determinar si se ha articulado una protección efectiva, suficiente y racional. En este sentido, la doctrina y el Tribunal Constitucional alemán han articulado tres controles para determinar la insuficiencia normativa<sup>56</sup>:

a) El principio de efectividad, que a los efectos de la vinculación positiva cumple una función similar a la que desarrolla el principio de adecuación en la prohibición de exceso de restricción, que trata de determinar el estándar de protección efectiva de un derecho fundamental, con la finalidad de poder determinar cuándo es necesaria la adopción de una medida de protección o los mecanismos que se deben añadir por su ausencia absoluta o parcial a la medida normativa de protección ya adoptada para alcanzar la necesaria efectividad de la protección del derecho fundamental.

b) El principio de indispensabilidad de la protección, que en este caso sirve para medir la suficiencia de la protección desarrollada por el Legislador (que cumple la función que desarrolla el principio de necesidad en materia de la prohibición de exceso de restricción), en el sentido de si comparativamente existen otras medidas que respondan a las finalidades perseguidas en concreto por el Legislador, pero que permitan alcanzar la protección deseable en un derecho fundamental concreto de manera más satisfactoria. Este principio también se denomina principio de suficiencia para alcanzar el objetivo de protección. Este test es probablemente el más característico de la prohibición de defecto de protección, ya que se contrapone con claridad al principio de necesidad derivado de la prohibición de exceso de restricción, que en dicho caso implica que se debe optar por la medida menos restrictiva para el derecho fundamental. En este caso, en el proceso de justificación de las medidas adoptadas por el Legislador, se examina la necesidad y el alcance de la protección del derecho fundamental, no tanto desde la perspectiva del mínimo de protección necesario para el mismo, sino desde la determinación de la suficiente e indispensable protección del derecho fundamental<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Un resumen de la utilización de la prohibición de defecto de protección por parte del Tribunal Constitucional alemán, en MAYER, M., *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, cit. nota 54, pp. 43 y ss. y TZEMOS, V., *Das Übermassverbot*, cit. nota 54, pp. 88 y ss. El tema de la concreción de la prohibición de defecto de protección ha sido frecuentemente discutido en la doctrina alemana. Sobre el particular RASSOW, R., «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», *Zeitschrift für Gesetzgebung, Heft 3*, 2005, pp. 262 y ss., en concreto, sobre estos controles o test, pp. 273-277. Sobre estos test y su aplicación a los derechos fundamentales, vid. GAVARA DE CARA, J. C., *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, 2010, pp. 54 y ss.

<sup>57</sup> Por ello se plantea un cambio de denominación de este test, desde el principio de necesidad al principio de indispensabilidad de la protección. Vid. MAYER, M., *Supra*, p. 171.

c) El principio de racionalidad, que implica el análisis de la medida de protección y dotación de efectividad adoptada en contraposición con la finalidad perseguida, en este caso, la articulación de la protección deseada en el derecho fundamental concreto. La irracionalidad se determina frecuentemente por la ausencia de protección y dotación de eficacia ante una situación concreta de infracción o peligro de perjuicio de los derechos fundamentales tras la ponderación de los distintos intereses contrapuestos en conflicto. A través de este principio también cabe la posibilidad de examinar los desequilibrios entre las medidas de protección adoptadas y las restricciones que pueden suponer para derechos de terceras personas u otros bienes jurídicos o intereses constitucionalmente protegidos. En sí mismo es el que como control más se asemeja al principio de proporcionalidad en sentido estricto aplicable en la prohibición de exceso de restricción de los derechos fundamentales.

## 8. LAS REFORMAS DE CARÁCTER MATERIAL EN PRECEPTOS CONCRETOS REGULADORES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La regulación constitucional del Título Primero CE también requiere un mejor adecuación al tiempo actual, aunque en determinados derechos fundamentales se debe emprender con mayor urgencia, como puede ser el caso de la regulación de la problemática de las nuevas tecnologías, los ámbitos de la bioética y la biotecnología, así como el derecho de huelga, entre los clásicos, por citar algunos ejemplos más evidentes. Del mismo modo se podrían suprimir algunos derechos que han perdido relevancia o de los que han desaparecido las causas que los motivaron, como la prohibición de los tribunales de honor (art. 26 CE); o incluso el derecho de petición con un escaso recorrido actual, aunque en relación a este último tema, dado su significado histórico, se debería mantener a pesar de su aplicación residual limitada en realidad y en esencia a peticiones a los órganos parlamentarios.

Algunos preceptos requerirían una actualización de su positivización constitucional con un reconocimiento expreso. Como el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo, ya regulado legalmente y controlado por el Tribunal Constitucional en la STC 198/2012, pero con un reconocimiento concreto en el art. 9 CDFUE que se debería incorporar en el texto constitucional para evitar la dependencia de su reconocimiento del Legislador o del Tribunal Constitucional<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Vid. GARCÍA ROCA, J. (Ed.), *Pautas para una reforma constitucional*, cit. nota 2, p. 42.

Este criterio es extensible a los siguientes temas que se van a tratar, contenidos de derechos que han sido reconocidos como partes integradas en su objeto de protección, pero frecuentemente a través de decisiones del Legislador o del Tribunal Constitucional, pero que no son preceptos materiales de la Constitución, por lo que no les es aplicable su garantía, dependiendo de unas decisiones que pueden cambiar en el futuro.

En materia de bioética y biotecnología, no se pretende hacer una regulación ordenada y sistemática de los problemas jurídicos que suscita la biomedicina actual, pero seguramente para evitar problemas y dejar a la decisión del Tribunal Constitucional temas abiertos es mejor adoptar una regulación constitucional<sup>59</sup>. En este sentido, se propone incluir un pequeño núcleo de derechos y prohibiciones, regulados en el art. 3.2 CDFUE, a los que se dispensaría una garantía constitucional interna: el consentimiento libre e informado, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley; la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas; la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro; y la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

Este grupo de derechos afectan al derecho a la vida y a la integridad física, pero también al derecho a la libertad de investigación en la medida que suponen una regulación especial que se aplicará con carácter preferente a la regulación general de los mencionados derechos. Desde otra perspectiva, la bioética afecta al derecho a la protección de datos personales, en la medida que se extiende de forma clara a los datos relativos a la salud de las personas y, más específicamente, a su información genética personal, prohibiendo discriminaciones basadas en las características genéticas con carácter específico<sup>60</sup>. Por último, puede ser necesario incluir en la regulación constitucional específica del derecho a la objeción de conciencia la de los profesionales de un campo

---

<sup>59</sup> Sobre cuestiones de biomedicina y sus repercusiones constitucionales, vid. CANOSA, R., *El derecho a la integridad personal*, Madrid, 2006; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994; GROS ESPIELL, H., «Constitución y Bioética», en ROMEO CASABONA C. M. (Coord.), *Derecho biomédico y bioética*, Granada, 1998, pp. 137-150; BELLVER CAPELLA, V., «Bioética y Constitución», Claves de razón práctica, n.º 91, 1999, pp. 67-70; REBOLLO DELGADO, L.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Biomedicina y protección de datos*, Madrid, 2008; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Biotecnología y derechos fundamentales*, en GARCÍA HERRERA, M. A. (Coord.), *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España*, Vol. 1, Bilbao, 2005, pp. 223-249; CHUECA RODRÍGUEZ, R. L., «Derechos fundamentales y nuevos escenarios en biomedicina y genética», en *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Vol. 2, Madrid, 2008, pp. 1119-1142; CHUECA RODRÍGUEZ, R. L. (Ed.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid, 2015; Díez FERNÁNDEZ, J. A., «La presencia de la bioética en el proyecto de Constitución europea», *Cuadernos de bioética*, Vol. 16, n.º 58, 2005, pp. 323-344.

<sup>60</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Madrid, 2011.

como el de la biomedicina, que plantea en muchos casos graves dudas éticas y deontológicas ante determinadas leyes, directrices de instituciones sanitarias o prácticas médicas<sup>61</sup>.

En materia de protección de datos personales, en lugar de una mera reserva de ley parece necesario incorporar constitucionalmente un derecho a la autodeterminación informativa que implique la atribución al individuo de la capacidad de decidir, en el ejercicio de su autodeterminación, los extremos que desea revelar de su propia vida. Esta libertad de decisión, de control, supone además que el individuo tenga la posibilidad de acceder a sus datos personales, que pueda no sólo tener conocimiento de que otros procesan informaciones relativas a su persona, sino también someter el uso de éstas a un control que ofrezca protección frente a la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos de carácter personal y garantice la facultad del individuo de decidir básicamente por sí mismo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales. En este contexto, es importante el art. 8 CDFUE, que implica un reconocimiento al consentimiento como base para la recogida de datos personales, así como el derecho de acceso a los datos y el derecho a obtener una rectificación, acompañado de que el control de las normas relativas a la protección de datos personales sea ejercido por una autoridad independiente, aspectos que se recogen a nivel legal, pero no a nivel constitucional en nuestro sistema<sup>62</sup>.

Un tema recurrente es la supresión del art. 26 CE que prohíbe los Tribunales de Honor, que eran un medio a través del cual un colectivo (militares, gremios, funcionarios) podían decidir si un miembro de ese colectivo era expulsado por haber desplegado una conducta contraria a lo que se entendía como honorabilidad del grupo. Estos tribunales no juzgaban actos aislados sino conductas y estados de opinión acerca de la dignidad de un individuo para formar parte de un cuerpo. El bien jurídico protegido no era el honor del enjuiciado sino el del cuerpo al que pertenecía. En la situación actual el precepto carece de vigencia, dada la inexistencia de dicho tipo de tribunales en los sec-

<sup>61</sup> CAPODIFERRO CUBERO, D., *La objeción de conciencia a la interrupción del embarazo*, Madrid, 2015.

<sup>62</sup> Vid. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 2010; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales*, Madrid, 1993; ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Valencia, 2006; GUERRERO PICÓ, M. C., «El derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal en la Constitución europea», *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 4, 2005, pp. 293-332; DÍAZ REVORIO, F. J., *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos: genética e Internet ante la Constitución*, Valencia, 2009; ROIG BATALLA, A., *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (TICs)*, Barcelona, 2011; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Protección de datos de carácter personal*, Valencia, 2013.

tores en los que existían tradicionalmente, por lo que puede ser suprimido perfectamente del contexto constitucional dicho precepto al carecer de aplicabilidad material<sup>63</sup>.

Un tema clásico que se debería superar en una reforma constitucional es la falta de desarrollo normativo del derecho de huelga, conformado por una dejadez del poder público y una voluntad autorreguladora de los sindicatos, que en la práctica ha significado un desarrollo jurisprudencial motivado por una voluntad de resolver conflictos sobre una base normativa escasa y generalista. No obstante, jurisprudencialmente se han desarrollado criterios que se podrían calificar como normativos desde los primeros tiempos de trabajo del Tribunal Constitucional en ámbitos como los requisitos procedimentales y la determinación de los titulares de la proclamación de la huelga (STC 11/1981, 13/1986, 36/1993), el alcance del cierre patronal (STC 11/1981), la publicidad y difusión de la huelga (STC 254/1988, 137/1997), la limitación del poder de dirección empresarial en la sustitución de trabajadores y medidas como las primas antihuelga (STC 123/1992, 189/1993), las repercusiones procesales derivadas de la posible existencia de discriminación (STC 90/1987), la calificación de determinadas modalidades huelguísticas como ilegales (STC 11/1981, 72/1982), los objetivos que pueden perseguirse (STC 11/1981, 36/1993), los servicios de seguridad y mantenimiento (STC 11/1981), las vías de finalización de la huelga (STC 11/1981) o los efectos sobre la relación de Seguridad Social (STC 13/1984, 48/1991)<sup>64</sup>.

Con todo este desarrollo jurisprudencial se ha obviado la inexistencia de una normativa de desarrollo tal como existe en la mayoría de los Estados de la Unión Europea, con el gran inconveniente sobre cómo se debe tratar el tema de los servicios esenciales. Para el Tribunal Constitucional son servicios esenciales aquellos que pretenden satisfacer derechos e intereses que son, a su vez, esenciales, y por tales debe entenderse los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos<sup>65</sup>. Esta definición, único criterio utilizado también, ha supuesto un papel marginal de la autonomía colectiva en materia de mantenimiento de los servicios esenciales que

---

<sup>63</sup> Sobre esta supresión, vid. GARCÍA ROCA, J. (Ed.), *Pautas para una reforma constitucional*, cit. nota 2, p. 43.

<sup>64</sup> Sobre el derecho de huelga, BAYLOS GRAU, A., «La regulación del derecho de huelga en España: panorámica general», *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, n.º 23-24, 1997, pp. 1249-1265; BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, 1988; ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Huelga en servicios esenciales de la comunidad», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n.º 2-3, 2010, pp. 237-293; PÉREZ DE LOS COBOS y ORIHUEL, F., «Insuficiencias de la actual regulación jurisprudencial del derecho de huelga», *Actualidad laboral*, n.º 5, 2014, p. 1; POQUET CATALÁ, R., «Servicios esenciales y derecho de huelga», *Aranzadi Social*, Vol. 6, n.º 3, 2013, pp. 203-231.

<sup>65</sup> STC 53/1981 FJ 2, que sintetiza la definición dada por la STC 26/1981.



contrasta con la centralidad que tiene en el sistema democrático de relaciones laborales que nace de la Constitución. El carácter abierto de la definición del Tribunal Constitucional ha impedido su concreción y la imposibilidad de identificar los servicios esenciales con los servicios públicos o los servicios de reconocida e inaplazable necesidad, la identificación de los servicios mínimos o de mantenimiento con los de funcionamiento o la imposibilidad de que los servicios esenciales sean declarados por la autoridad gubernativa de forma discrecional. Con todo el mayor problema es la falta de identificación de los derechos fundamentales que pueden justificar una declaración de servicios esenciales a mantener en sociedad (evidentemente pueden ser los vinculados a la vida, la integridad física y la protección de la salud, la libertad y la seguridad, la libre circulación, la libertad de información, la comunicación, la educación y la tutela judicial efectiva) y sobre todo las grandes áreas de actividad a las que pueden afectar (sanidad e higiene, alimentación básica, seguridad ciudadana y medioambiental, transporte, comunicaciones y medios de información, energía, finanzas, enseñanza, administración social, administración de justicia y administración penitenciaria y administración en general y actividad de los poderes públicos).

El problema no reside en una deficiente regulación constitucional, que tampoco ayuda en demasía, sino en una falta de concreción sobre el alcance, contenido y aplicación del derecho de huelga a través de una deriva que tiene un difícil encaje normativo en la actualidad, lo que determina que nuestro sistema sea un caso singular en nuestro entorno que difícilmente se puede superar sin revisar las normas constitucionales para permitir un desarrollo normativo que concrete el alcance de dichos servicios esenciales. En este caso, la opción pasa por fomentar una concreción de los servicios esenciales que obligue a que el Legislador realice el desarrollo normativo del derecho de huelga y con una identificación de la problemática que impida el carácter abierto y desregulado de este derecho, tal como sucede en la actualidad.



# LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978: VALORACIÓN Y PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ  
Catedrática de Derecho Constitucional  
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*

## 1. MONARQUÍA, PRETRANSICIÓN Y TRANSICIÓN POLÍTICA: LAS BASES DE UN NUEVO MODELO

El régimen autocrático español nacido de la contienda bélica de 1936-1939 fue agotándose de forma paralela a la vida de Franco hasta su fallecimiento el 20 de noviembre de 1975. Franco intentó asegurar la pervivencia del régimen con el nombramiento de sucesor a título de Rey, en 1969, de don Juan Carlos de Borbón y la designación del almirante Carrero Blanco como Presidente del Gobierno, en 1973. Tal cosa, sin embargo, no se cumplió; las circunstancias sociopolíticas se transformaron con suma rapidez y el modelo franquista no tenía ya ninguna capacidad de pervivencia en un mundo notablemente transformado respecto del existente en la década de los cuarenta.

En el verano de 1969, Franco se decidió finalmente a proponer sucesor a las Cortes, facultad que le correspondía exclusivamente según disponía el artículo 6.º de la *Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado* de 1947; el 19 de julio de 1969, una Disposición de la Presidencia de las Cortes convocó al Pleno para el día 22. Ese mismo día 19, Manuel Fraga, se entrevistó con el Presidente del Tribunal Supremo, mantuvo varias conversaciones con el General Franco y, también, habló con Torcuato Luca de Tena que en aquel momento

era director del periódico ABC. Resultado de esta última entrevista fue el editorial de ese diario del día 20 en el que se anunció que, cuarenta y ocho horas más tarde –el día 22– el Jefe del Estado propondría ante las Cortes al Príncipe don Juan Carlos de Borbón como su sucesor. En dicho editorial se daba cuenta también de que el evento había sido comunicado al Conde de Barcelona, padre del futuro Rey, mediante una carta personal de Franco entregada por el Embajador de España en Lisboa<sup>1</sup>.

El 22 de julio de 1969, don Juan Carlos de Borbón y Borbón, fue proclamado por las Cortes sucesor a título de Rey, mediante votación nominal que comenzó por los Ministros, continuó por los Presidentes de Comisión y culminó con el voto de los procuradores por orden alfabético<sup>2</sup>. En la mañana del 23 de julio, en la Zarzuela, se produjo la aceptación del Príncipe don Juan Carlos como sucesor; por la tarde los Príncipes de España acudieron con Franco a las Cortes para el acto de juramento del sucesor. Esta decisión claramente personal de Franco no hacía sino presagiar la continuidad del régimen con muy escasos cambios, si exceptuamos la forma de la Jefatura del Estado, que, a partir de ese momento, sería monárquica. Sin embargo, acontecimientos como el asesinato, el 20 de diciembre de 1973, del Presidente del Gobierno, almirante Carrero Blanco, cargo para el que había sido nombrado tan solo unos meses antes, mostraron las dificultades por las que atravesaba el régimen y la imposibilidad de que se mantuviera sin acometer reformas. Esta imposibilidad se hizo patente a la muerte del general Franco con la que se inició ese cambio político singular que conocemos como *Transición Política*. Mucho se ha escrito sobre la Transición Política en España desde muy diferentes enfoques pero, seguramente, todas las opiniones convergerían en situar en la muerte de Franco el inicio de este período y en que las previsiones sucesorias establecidas actuaron como elemento jurídico formal que permitió articular dicho proceso de cambio político<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BORRÁS BETRIU, R., *Los últimos Borbones. De don Alfonso XIII al Príncipe Felipe*, Barcelona, 1999, p. 265.

<sup>2</sup> El resultado de la votación fue: 491 votos afirmados; 19 votos negativos; y 9 abstenciones. Además, 13 procuradores excusaron su asistencia al Pleno.

<sup>3</sup> La sucesión se produjo de forma automática a la muerte del general Franco, a las 5,25 horas de la madrugada del día 20 de noviembre de 1975. El *Boletín Oficial del Estado* del mismo día 20 publicó: el Decreto 2938/75, de 20 de noviembre, convocando sesión conjunta del Pleno de las Cortes y del Consejo del Reino para recibir juramento y proclamar Rey a S. A. R. don Juan Carlos de Borbón y Borbón; el Decreto 2939/1975, de 20 de noviembre, por el que se declara Luto Nacional y se disponen las honras fúnebres con motivo del fallecimiento del Jefe del Estado, Caudillo de España y Generalísimo de los Ejércitos, excelentísimo señor don Francisco Franco Bahamonde; el Decreto-ley 16/85, de 20 de noviembre, nombrando Capitán General de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire al, hasta entonces, Príncipe de España; y el Decreto-ley 17/75, de 20 de noviembre, restituyendo el Registro del Estado Civil de la Familia Real.

Durante los primeros meses de la Transición, el Rey debió adoptar decisiones de gran calado: la primera fue la de apoyar la democracia; la segunda, fue la de impulsar y participar activamente en el cambio político a través de las propias estructuras institucionales y legales existentes. Los acontecimientos se sucedieron vertiginosamente y la actitud del Rey, desde un principio manifiestamente proclive al cambio democrático, levantó muy tempranamente los recelos del franquismo. La aceptación por el Rey de la dimisión presentada por Carlos Arias Navarro, Presidente del Gobierno, cargo para el que había sido nombrado por el propio Franco tras el asesinato del almirante Carrero Blanco y el nombramiento de Adolfo Suárez fueron decisivos para la consolidación del proceso democrático. Suárez definió su postura política –que no era sino la del propio Rey– desde el mismo momento de su discurso como nuevo Presidente del Gobierno; anunció el establecimiento de una relación de colaboración con la oposición; la futura instauración de un régimen democrático en el que se reconocerían los derechos y libertades y la realización de un referéndum sobre la reforma del régimen y la celebración de elecciones generales antes de un año. El Ejército aceptó el proyecto de cambio en la medida en que era el proyecto de la Corona pero manifestó su total oposición a que este proceso de cambio político implicara la legalización del partido comunista. Sin embargo, dicha legalización terminó produciéndose el 9 de abril de 1977 y originó la automática dimisión del Ministro de Marina, el almirante Pita da Veiga. El general Gutiérrez Mellado, Vicepresidente Primero del Gobierno para Asuntos de Defensa, fue el artífice de que el almirante Pascual Pery Junquera aceptara la Cartera de Marina que había quedado vacante y el Gobierno pudiera retornar a los trabajos de avanzar en la transición política.

Así, pues, si bien la Monarquía preconstitucional comenzó su andadura avalada por la legitimidad y la legalidad franquistas, tal aval estaba destinado a tener una efímera existencia. La primera quiebra se produjo con la aprobación de la Ley para la Reforma Política<sup>4</sup> que, sometida a referéndum del pueblo español el 15 de diciembre de 1976, posibilitó el cambio político<sup>5</sup>. Los principios contenidos en esta Ley y las facultades que en ella se reconocieron al Monarca en orden a la futura reforma política modificaron sustancialmente el modelo de

---

<sup>4</sup> BOE n.º 4, de 5 de enero de 1977.

<sup>5</sup> La *Ley para la Reforma Política* fue aprobada, conforme a lo establecido en las leyes franquistas, por mayoría de dos tercios de las Cortes (unicamerales), el 18 de noviembre de 1976 y ratificada por referéndum el 15 de diciembre de 1976. La Ley fue sometida a informe previo, de conformidad con la legalidad vigente en aquel momento, del Consejo Nacional del Movimiento, que opuso serios reparos al *Preámbulo* de la Ley, por considerar que incorporaba expresiones inconfundiblemente democráticas, dictaminando su supresión, lo que fue aceptado por el Gobierno de Adolfo Suárez como un requisito necesario para conseguir la aprobación de la Ley.

Monarquía franquista. La aprobación de la Constitución española de 1978 hizo desaparecer definitivamente cualquier atisbo de la legitimidad franquista. La decisión del Rey originó que algunos en España pronunciaran aquella frase ya célebre: ¡Error, inmenso error! La historia reciente de nuestro país se ha encargado de desmentir a todos los que así opinaron. Aquél «error» fue un «acierto» para todos los que vemos en la democracia el único sistema de organización política compatible con la libertad y dignidad de los pueblos. Treinta y nueve años de ejercicio escrupulosamente constitucional del Rey don Juan Carlos avalan esta afirmación que pocos pueden rebatir con argumento sólidos.

Efectivamente, aunque no han faltado los que con razón han atribuido al Rey don Juan Carlos un papel preponderante en la Transición, es también cierto que la Historia es todavía deudora de explicar el alcance de cómo cada decisión del Rey, en orden a instaurar las libertades y un régimen democrático, se materializaba paralelamente en un recorte de las competencias del propio Monarca. Cada decisión política a favor del régimen democrático representó una limitación futura de las competencias regias; cada paso en pro de la construcción de un Estado de Derecho alejaba al Monarca del modelo de Monarquía autocrática que había heredado de Franco. El Rey Juan Carlos no desconocía este hecho y apostó decididamente por ello y por una Monarquía democrática en la que las competencias regias pasarían a ser tasadas. Supo el Rey decidir, cuando el ordenamiento jurídico así se lo permitía y así se lo demandaba, y estas decisiones fueron siempre encaminadas a la consecución de este cambio político. Supo también el Rey, después de la aprobación de la Constitución española de 1978, ser el Jefe del Estado parlamentario que el artículo 1.3 de la Constitución consagra y renunciar, como hemos dicho, al poder de dirección política que el régimen anterior le había conferido. La aprobación de la *Ley para la Reforma Política* transformó la figura del Monarca, pues la declaración de la soberanía popular, en su artículo primero, significó una ruptura con la personificación de la soberanía que atribuía el artículo 6 de la Ley Orgánica del Estado al Jefe del Estado. La Monarquía de la Transición no fue, obviamente, una Monarquía parlamentaria como la que después consagró el Texto Fundamental de 1978 pero sí, quizá, una Monarquía limitada, en la que el Rey ejerció poderes efectivos y una gran influencia política. Fue precisamente este hecho, la posibilidad del Rey de ejercer el poder político, lo que le permitió ser un elemento decisivo en la consecución de la democracia. Después, la Constitución democrática de 1978 demandaba otro modelo de Monarquía y así fue: la Monarquía parlamentaria, como forma política del Estado español, fue consagrada en el artículo 1.3 CE. En ella el Rey es el Jefe del Estado, el titular del órgano constitucional «Corona» y asume relevantes funciones en el entramado

constitucional en los términos que la Constitución y las leyes establecen pero no es titular de las funciones de dirección política que, sin embargo, corresponden al Gobierno por mandato del artículo 97.1 CE.

Cuando, el 19 de junio de 2014, se materializó la abdicación de Juan Carlos I, se cerró, sin duda, un capítulo en la Historia de España y en la de la institución monárquica porque se puso fin a un periodo de vigencia de un modelo de monarquía parlamentaria, de monarquía democrática, que no había tenido precedente en nuestro país.

Hoy, con décadas de distancia de aquellos acontecimientos, cuando el Rey que los protagonizó ha abdicado de la Corona y su hijo, que entonces tenía apenas 8 años, es Rey de España, podemos hacer un balance del funcionamiento democrático de la institución y, en su caso, de la conveniencia de incluir reformas que fortalezcan sus perfiles como órgano constitucional. El Título II está necesitado de una reforma constitucional que, sin cambiar sus principios esenciales, permita completar las previsiones constitucionales y dotar de regulación más precisa a situaciones que no fueron previstas por los constituyentes de 1978, tales como el divorcio de la Infanta Elena, los asuntos judiciales que han involucrado a la Infanta Cristina o la propia abdicación del Rey Juan Carlos.

La revisión del Título II debería tener carácter general y casi todos sus artículos merecerían una adaptación a nuevas circunstancias. Sin embargo, en estas páginas, nos centraremos solo en algunos aspectos; en concreto, en aquéllos que, en el tiempo reciente, se han visto afectados por casos específicos acontecidos en la Monarquía española: la necesidad de aprobar una ley de la Corona; la inclusión del lenguaje no sexista en el Título II; la constitucionalización de los títulos inherentes al Príncipe o Princesa de Asturias; la eliminación de la diferencia entre el hombre y la mujer en el acceso al Trono; lo relativo a la posible oposición del Rey y de las Cortes al matrimonio de quien esté en el orden de sucesión; las funciones del Rey o Reina; las funciones del Rey en orden a la propuesta de candidato a Presidente del Gobierno y, por último, la reforma de los actos exceptuados de refrendo regulados en el artículo 65.

## 2. UNA LEY ORGÁNICA DE DESARROLLO DEL TÍTULO II: PRIMERA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El Título II de la Constitución no ha recibido una regulación de desarrollo de carácter general. Sí encontramos menciones a materias concretas en relación con el Rey o Reina, el Príncipe o Princesa de Asturias y otros miembros de la Familia Real en, por ejemplo, la Ley Orgánica del Régimen Electoral

General, en la Ley de Procedimiento Civil, en la Ley de Procedimiento Criminal, en el Código Penal y, en otras normas de rango inferior, como, el Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, sobre Registro Civil de la Familia Real, el Real Decreto 1368/1987, de 6 de noviembre, sobre el régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los Regentes, el Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares o el Real Decreto 1560/1997, de 10 de octubre por el que se regula el Himno Nacional. Sin perjuicio de lo anterior, son cada vez más frecuentes las opiniones a favor de aprobar una ley sobre la Corona que pudiera dotar a la institución de una regulación integrada y completar así las previsiones constitucionales.

Nada hay que objetar a dicha demanda aunque sí debemos hacer notar que la aprobación de una ley sobre la Corona no eximiría de elaborar y aprobar una ley específica en supuestos concretos. Tal sería el caso del artículo 57.5 CE que exige ley orgánica para resolver las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona. Y, como se propone más adelante, también se requeriría tal tipo normativo para formalizar la oposición de las Cortes al matrimonio de quien se encuentre en el orden de sucesión.

Con motivo de la abdicación del Rey Juan Carlos I, las opiniones se focalizaron en dos direcciones: mientras unos defendían la conveniencia de haber contado con una ley de la Corona que hubiera dado cobertura jurídica a dicha abdicación, otros defendimos que, con dicha ley o sin ella, resultaba ineludible aprobar una ley orgánica específica para la abdicación del Rey Juan Carlos I<sup>6</sup>, como se requiere en cada uno de los casos de abdicación, renuncia o cualquier otro duda de hecho o de derecho que afecte al orden de sucesión. Como es conocido, la abdicación del Rey Juan Carlos se formalizó mediante la aprobación de la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón, y esta tramitación específica, por ley orgánica, era ineludible de conformidad con el apartado 5 del artículo 57 CE. Este precepto no prevé una ley orgánica general para los supuestos citados sino una ley orgánica para cada caso, mediante la cual las voluntades del Gobierno, con su facultad de propuesta, del Parlamento, con su facultad de enmienda y aprobación y, del propio Rey o Reina, con la sanción y promulgación de la ley, confluyeran en la formalización jurídica de un acto que requiere la manifestación de voluntad expresa

---

<sup>6</sup> En este sentido, TORRES DEL MORAL, A., «En torno a la abdicación de la Corona», *RDC*, n.º 102, septiembre/diciembre 2014.



acorde con las circunstancias. Una ley de la Corona no puede prever todos los posibles aspectos que puedan concurrir en un caso de abdicación, renuncia y, mucho menos, en los casos de duda de hecho o de derecho sobre el orden de sucesión. Tampoco podría una ley general de la Corona regular los múltiples supuestos que podrían aconsejar al Rey o Reina y a las Cortes mostrar su oposición al matrimonio de quien se encuentre en el orden de sucesión. Por tanto, nada hay que objetar a que se elabore y apruebe una ley de la Corona pero ello no debe llevarnos al error de creer que dicha ley eximiría de la necesidad de regular casos concretos, específicamente, los mencionados en los apartados 4 y 5 del artículo 57.

De avanzarse en la elaboración de una ley general sobre la Corona, una primera cuestión de importancia sería la de determinar si debería ser o no una ley orgánica. Entendemos que la ley orgánica sería necesaria aunque, como sucede en otros muchos casos en el ordenamiento español, podría también incluir algún precepto no orgánico. Requerirían obviamente regulación por ley orgánica todos aquellos aspectos relativos al acceso a la Corona, por afectar al artículo 23 CE, los derechos y garantías del Jefe del Estado o de otros miembros de la Familia Real, así como todos aquéllos otros que afectaran a materias reservadas a este tipo normativo.

La redacción actual de la Constitución no impide como ya he señalado aprobar una ley orgánica de la Corona. Sin embargo, creo preferible que, si se abordara la reforma de la Constitución, se incluyera específicamente el mandato de elaborar una ley orgánica de desarrollo del Título II. Esta previsión podría incluirse en el artículo 56, en un nuevo apartado 4, que diría:

Una ley orgánica desarrollará las previsiones constitucionales sobre la Corona, sin perjuicio de la aprobación de las que, en cada caso, son requeridas en el artículo 57.4 y 5.

### 3. LENGUAJE NO SEXISTA: SEGUNDA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

No es exagerado afirmar que la Constitución española fue redactada en *masculino*. Es cierto, que algunos preceptos aluden a la *mujer* o a la *madre* pero solo cuando ello es ineludible en relación con el contenido (por ejemplo, 39.2, 59.1, 60.1); igualmente se alude al *hombre* y la *mujer* cuando es igualmente obligado en relación con el objetivo del precepto (por ejemplo, art. 32.1, 57.1). En los demás casos, la redacción adopta el masculino como único criterio. Desde 1978 hasta nuestros días, mucho se ha estudiado sobre la conveniencia de incluir un lenguaje no sexis-

ta en la legislación. La Constitución debería ser receptiva a estas nuevas tendencias que muestran el compromiso de los textos legislativos con la igualdad de hombres y mujeres<sup>7</sup>. Una posible reforma constitucional del Título II de la Constitución no debería obviar esta relevante cuestión.

El Real Decreto 1368/1987 de 6 de noviembre, al regular los títulos, tratamientos y honores del Rey o Reina y sus consortes establece, en su artículo 1, que el titular de la Corona se denominará *Rey* o *Reina* con una redacción más correcta que la que se incluye en el artículo 56.1 y 2 en el que solo se alude al *Rey*. También en el Dictamen del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución española<sup>8</sup>, uno de cuyos apartados estuvo dedicado a la Corona, el Consejo consideró necesario que una posible reforma constitucional del Título II de la Constitución atendiera a este problema. Consideró el alto órgano consultivo que la mejor solución sería la de que en un solo precepto se hiciera la salvedad gramatical de que se trata, con extensión a todo el texto constitucional. Para ello se proponía por el Consejo de Estado añadir al artículo 57 un nuevo apartado (que sería el número 6), que podría decir:

6. Las menciones que hace la Constitución al Rey y al Príncipe se entenderán hechas en su caso a la Reina que ocupe el trono y a la Princesa heredera, respectivamente.

O, alternativamente:

6. Las menciones que hace la Constitución al Rey y al Príncipe se entenderán hechas indistintamente al Rey o a la Reina y al Príncipe o la Princesa, según sea el caso.

Cualquiera de las dos soluciones aportadas por el Consejo de Estado mejoraría sustancialmente la situación actual. Sin embargo, me inclino por una reforma más amplia que, por un lado, incluya una mención general como una de las propuestas por el Consejo de Estado y, por otro lado, incluya también en algunos preceptos la mención al Rey o Reina y al Príncipe o Princesa de Asturias, cuando la lectura y comprensión del texto no se vea perjudicada por ello. Así se hace en las propuestas de reforma constitucional incorporadas a este trabajo.

---

<sup>7</sup> La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 14, incorpora este objetivo de carácter general.

<sup>8</sup> Dictamen sobre las modificaciones de la Constitución española, del Consejo de Estado, de 16 de febrero de 2006.

#### 4. LOS TÍTULOS DEL PRÍNCIPE O PRINCESA DE ASTURIAS: TERCERA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Como es conocido, el Conde de Barcelona y F. Franco celebraron una reunión el 25 de agosto de 1948 a bordo del *Azor* en la que hablaron de la posibilidad de que los dos hijos varones de don Juan, Juan Carlos y Alfonso, se trasladaran a España para cursar estudios fijando allí su residencia; finalmente solo Juan Carlos llegó a España el día 9 de noviembre de ese mismo año. Desde ese momento hasta el verano de 1969 en el que será nombrado sucesor, la vida del futuro Rey transcurrió entre su formación civil y militar, la consolidación de su vida familiar con su matrimonio con la Princesa Sofía de Grecia, el 14 de mayo de 1962 en Atenas, y el nacimiento de sus hijos, Elena, Cristina y Felipe y la gestión de un tiempo en el que o nada estaba decidido o lo que lo estaba podía ser cambiado por la voluntad de Franco<sup>9</sup>. Ante los avatares políticos el Príncipe tomó sus propias decisiones. Muchos años después y teniendo presente los logros conseguidos el juicio sobre aquéllas decisiones debe ser favorable.

El 22 de enero de 1977, dos semanas después de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la Ley para la Reforma Política, se publicó el Real Decreto 54/1977, de 21 de enero, que establecía la rehabilitación *ad personam* del título del Príncipe de Asturias «y otros títulos vinculados tradicionalmente al sucesor a la Corona» a favor de Felipe de Borbón y Grecia. Esta rehabilitación del uso del título tuvo su corolario en el acto público que se llevó a cabo, el 1 de noviembre de 1977, en Covadonga. Este acto previo a la aprobación de la Constitución, consolidó, sin duda, los derechos sucesorios del Príncipe Felipe en detrimento de la igualdad en el acceso a la Corona. En aquél momento, tanto la Ley de Sucesión como la última de las Constituciones monárquica que había estado en vigor en España, la de 1876, postergaban a la mujer –aunque con distinto alcance– en la sucesión en el Trono. En aquél momento, pues, no había opción. Sí la tuvieron los constituyentes de 1978, pero perdieron la oportunidad de hacer historia.

Cuando el 19 de junio de 2014, el primer Príncipe de Asturias de la democracia pasó a convertirse en Felipe VI, su primogénita, Leonor<sup>10</sup>, se convirtió, en ese mismo momento, en Princesa de Asturias, con tal dignidad y «los

<sup>9</sup> Sobre esas cuestiones pueden consultarse mis trabajos: *La Monarquía parlamentaria: Familia y sucesión a la Corona*, Madrid, 2008; «La sucesión a la Corona: la reforma del artículo 57.1 de la Constitución Española», en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coord.), *XXV años de Monarquía Parlamentaria*, Madrid, 2006; «La sucesión a la Corona: la sucesión de las mujeres y posible reforma de la Constitución de 1978», en ESCUDERO, J. A. (Coord.), *El Rey*, 3 Vols., Madrid, 2007.

<sup>10</sup> La Princesa de Asturias, Leonor, es la primera mujer en ostentar tal título en ciento diez años, concretamente, desde 1904, año en el que falleció María de las Mercedes de Borbón, hermana de Alfonso XIII.

demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España», por mandato del artículo 57.2 de la Constitución. El artículo 57.2 no detalla los títulos que corresponden al sucesor o sucesora. Los constituyentes de 1978, optaron por una redacción claramente similar a la que se había utilizado en el Real Decreto 54/1977, de 21 de enero, renunciando a constitucionalizar los títulos inherentes a quien ocupe el primer puesto en la línea de sucesión.

Con la perspectiva de varias décadas y de la sucesión generada por la abdicación del Rey Juan Carlos I, puede defenderse que una modificación constitucional podría tomar en consideración la inclusión de los títulos concretos que han venido correspondiendo a quien es titular de los derechos de inmediata sucesión a la Corona y que llevó el actual Rey, Felipe VI, mientras fue Príncipe de Asturias y ostenta hoy su primogénita, Leonor, es decir: el título de Príncipe o Princesa de Asturias, como heredero/a de la Corona de Castilla; el de Príncipe o Princesa de Gerona; el de Duque o Duquesa de Montblanc; el de Conde o Condesa de Cervera; el de Señor o Señora de Balaguer; y el de Príncipe o Princesa de Viana, como heredero/a del Reino de Navarra.

La nueva redacción del artículo 57.2 debería también dejar abierta la posibilidad de incluir otros títulos, por lo que una posible redacción de dicho precepto podría ser la siguiente:

Corresponden al Príncipe heredero o la Princesa heredera, desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento, el título y dignidad de Príncipe o Princesa de Asturias, el de Príncipe o Princesa de Gerona, el de Duque o Duquesa de Montblanc, el de Conde o Condesa de Cervera, el de Señor o Señora de Balaguer y el de Príncipe o Princesa de Viana, sin perjuicio de otros que pudieran corresponder a tal dignidad.

Con esta redacción, respetuosa con los criterio del lenguaje no sexista, se constitucionalizarían los títulos históricamente inherentes a quien ocupa la primera posición en el orden de sucesión, sin cerrar la posibilidad al uso de otros que igualmente pudieran corresponder.

## 5. MATRIMONIO Y SUCESIÓN: CUARTA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

### 5.1 La regulación constitucional de la sucesión

Como es conocido, el artículo 57.1 de la Constitución española de 1978 consagra el orden sucesorio al Trono español al establecer que:

La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos.

Con esta redacción, la Constitución española de 1978 incorporó el orden más tradicional en España: la preferencia del varón sobre la mujer; preferencia que ya figuraba en *Las Partidas* y que estaba claramente superada ya en 1978 cuando se redactó este precepto constitucional y que, el paso del tiempo, ha consolidado como una desafortunada opción constitucional<sup>11</sup>. El hecho de que, actualmente, el derecho de inmediata sucesión recaiga en la Princesa de Asturias, Leonor, primogénita de los Reyes Felipe y Letizia, no es óbice para que deba seguir defendiéndose la reforma constitucional de este precepto.

El error de los constituyentes de 1978 no quedó paliado, como erróneamente se dijo en algún momento, por haber constitucionalizado la preferencia del varón sobre la mujer y no la exclusión de ésta como figuraba en la Ley de Sucesión de 1947. En todo caso, este error fue doble: en primer lugar, porque la preferencia es tanto o más ofensiva que la exclusión y, en segundo lugar, porque estimaron que debían optar por uno de estos dos sistemas sin matizaciones cuando hubieran podido haber aplicado –como diversas propuestas defendieron en sede constituyente<sup>12</sup> y, posteriormente, se ha hecho en otras Monarquías europeas– la igualdad en el acceso a la Corona para las generaciones

---

<sup>11</sup> He tenido la oportunidad de exponer mi opinión contraria a esta previsión constitucional en diversas ocasiones por lo que resulta innecesario reproducir aquí lo ya publicado. Al respecto pueden consultarse, entre otros, mis trabajos: *La Monarquía Parlamentaria. Familia y sucesión a la Corona*, cit. nota 9; «Matrimonios regios y sucesión a la Corona», en TORRES DEL MORAL, A., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coords.), *Estudios sobre la Monarquía Parlamentaria*, Madrid, 1995; «Comentario al apartado 4 del artículo 57 de la Constitución española de 1978», en *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Valencia, 2000; «La preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona», en *XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reforma*, Málaga, 2004; «La sucesión a la Corona: la reforma del artículo 57.1 de la Constitución Española», en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coord.), *XXV Años de Monarquía Parlamentaria*, Madrid, 2006; «La sucesión a la Corona», en *Propuestas de reforma constitucional y de reforma de los estatutos de Autonomía*, Madrid, 2006; «La sucesión a la Corona: la sucesión de las mujeres y posible reforma de la Constitución de 1978», en *El Rey*, cit. nota 11; «En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución española de 1978», *RDP*, n.º 22, 1986.

<sup>12</sup> Tal fue el sentido de la enmienda de Entesa dels Catalans, que decía: *La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. don Juan Carlos I de Borbón. La primera sucesión corresponde al actual Príncipe de Asturias, don Felipe de Borbón.*

*La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores y en la misma línea, el grado más próximo al más remoto, la persona de más edad a la de menos, sin distinción de sexo.*

siguientes a la del entonces Príncipe Heredero, Felipe de Borbón, consolidando los derechos del que, en 1978, era ya el inmediato sucesor a la Corona.

Hoy, aquélla polémica ha perdido gran parte de su incidencia práctica en la medida en la que los derechos de inmediata sucesión recaen en la Princesa Leonor. Sin embargo, la discriminación formal de la mujer en el acceso a la titularidad de un órgano constitucional como la Corona persiste. No existe argumento jurídico que pueda avalar una general y mejor disposición o cualidad del varón respecto de la mujer para representar al Estado y ser titular de un órgano constitucional que pudiera justificar la preferencia reconocida en el artículo 57.1 de la Constitución<sup>13</sup>. Esta situación jurídica debe, por tanto, modificarse aunque, como ya hemos señalado, la situación actual de la sucesión en España no manifiesta la diferencia por recaer dichos derechos en la Princesa Leonor.

Actualmente, y como ya sucedía en 1978, la reforma del artículo 57.1 de la Constitución tendría que recoger los derechos de sucesión del que fue Príncipe de Asturias y es actual Rey, Felipe VI, y, además, consagrar la igualdad para el futuro. Una propuesta de redacción de dicho precepto podría ser la siguiente:

La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica al que sucedió su hijo, el Rey Felipe VI.

La sucesión seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea el grado más próximo al más remoto y en el mismo grado, la persona de más edad a la de menos.

Con una redacción como la que se propone, la igualdad del hombre y la mujer en la sucesión a la Corona quedaría constitucionalizada en el artículo 57.1 CE. Aunque tal cosa debería haber sucedido en la originaria redacción del precepto, la reforma cerraría definitivamente una diferenciación discriminatoria para la mujer que si bien tiene una repercusión cuantitativamente mínima (en tanto afecta solo a quien pudiera ser preterida en relación a un hermano de menor edad) es, sin embargo, cualitativamente relevante por cuanto afecta al acceso a la titularidad de un órgano constitucional como la Corona.

---

<sup>13</sup> No desconocemos los argumentos que comparan esta diferenciación con la que se produce entre el primogénito y los demás hijos del Rey o Reina, concluyendo de ello que todos los principios Monárquicos son discriminatorios o que la implantación de la igualdad entre la mujer y el hombre en el acceso al Trono debería implicar también la igualdad entre los hijos. Argumentos que rebaten dichas posiciones pueden consultarse en mi trabajo: *Monarquía parlamentaria: familia y sucesión a la Corona*, cit. nota 9. pp. 201 y ss.

## 5.2 La regulación constitucional del matrimonio del Rey o Reina y de los llamados a la sucesión: quinta propuesta de reforma constitucional

La Constitución española de 1978 no menciona especialidad ni excepción alguna en relación con el matrimonio del Rey, de donde debe concluirse que se aplica la regulación constitucional contenida en el artículo 32 así como las normas civiles vigentes en cada momento. No hay, pues, limitación ni norma restrictiva alguna en cuanto a la elección de cónyuge, ni en cuanto al régimen económico, ni en cuanto a la forma de matrimonio, separación o divorcio. Por el contrario, el artículo 57.4 CE<sup>14</sup> sí contempla la posible oposición del Rey o Reina y de las Cortes Generales al matrimonio de quien se encuentre en el orden de sucesión<sup>15</sup>.

Los matrimonios tanto del actual Rey, Felipe VI, como de las Infantas Elena y Cristina, acontecieron en el marco constitucional previsto en el artículo 57.4, es decir, el matrimonio de los llamados a la sucesión y, en los tres casos, el anuncio oficial de los Reyes Juan Carlos y Sofía neutralizó cualquier posibilidad de oposición de las Cortes Generales, que solo puede manifestarse en concurrencia con la oposición del Rey. Acontecimientos recientes que han afectado a miembros de Casas Reales, entre las que la española no ha sido excepción, aconsejan reflexionar seriamente sobre estas cuestiones.

La redacción del artículo 57.4 de la Constitución garantiza la posibilidad de intervenir pero dicha redacción es tan somera que demanda una regulación de desarrollo cuyos aspectos generales deberían quedar incluidos en la ley orgánica de la Corona a la que se ha aludido anteriormente. Sin perjuicio de ello, en estos casos, al igual que sucede con los supuestos contemplados en el apartado 5 del mismo artículo 57, sobre abdicaciones, renunciaciones y cualquier otra duda de hecho o de derecho que afecte a la sucesión, resulta imposible prever los diferentes escenarios y elementos que aconsejarían manifestar la oposición al matrimonio de quien ocupe un puesto en el orden de sucesión. Por ello, la regulación básica que pudiera incluirse en la ley de la Corona, no eximiría de la necesidad de regular, con todas las garantías, el caso concreto. Ello debe ser así, porque la oposición del Rey y de las Cortes –*prohibición*, dice expresamente la Constitución– al matrimonio de un posible sucesor afectaría, por un

---

<sup>14</sup> Recordemos que dicho precepto establece: *Aquellas personas que teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeran matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas en la sucesión a la Corona por sí y sus descendientes.*

<sup>15</sup> Más por extenso en mi trabajo: *Monarquía parlamentaria: familia y sucesión a la Corona*, cit nota 9. pp. 129 y ss.

lado, al derecho de acceso a cargo público del afectado (art. 23 CE), por otro, al derecho al matrimonio (art. 32 CE) y, previsiblemente y según los casos, también podría afectar al derecho a la igualdad (art. 14).

La implicación de los artículos 23 y 32 CE resulta clara por cuanto la persona afectada por la oposición del Rey y de las Cortes se encontraría ante la disyuntiva de renunciar a ejercer su derecho constitucional al matrimonio en los términos y con la persona que haya decidido o perder toda posibilidad de llegar a ser titular de un órgano constitucional. Con todo, el alcance de las implicaciones en los dos preceptos señalados es diferente.

El desafortunado término «prohibición» utilizado en el artículo 57.4 CE no representa, sin embargo, una auténtica prohibición del matrimonio pues éste puede contraerse a pesar de la oposición del Rey y de las Cortes. Si tiene, sin embargo, una consecuencia jurídica –la pérdida de derechos sucesorios– que trae su causa en la propia celebración del matrimonio. En puridad, pues, el apartado 4 del artículo 57 no establece una limitación del derecho constitucional al matrimonio aunque sí incorpora un requisito adicional que no está en el régimen común, una suerte de inelegibilidad, que opera como exclusión del orden sucesorio si el matrimonio se celebra contra la «expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales». Así, el supuesto reconduce también a una limitación del derecho de acceso a cargo público (art. 23.2 CE)<sup>16</sup>. En todo caso y aunque los supuestos de hecho pueden ser diferentes, la previsión contenida en el artículo 57.4 CE representa una restricción al libre ejercicio de los derechos de acceso a cargo público y de matrimonio, por lo que la regulación de este supuesto debe contener las garantías necesarias que justifiquen tales restricciones. Ello no puede hacerse sino en el marco de una ley; de una ley orgánica, además, por la implicación del artículo 23 CE y, de una ley específica, porque solo con una ley que contemple las circunstancias del caso concreto se podrán ponderar los derechos del afectado y los intereses públicos que deban ser tutelados.

Otro punto relevante en esta propuesta de modificación es el relativo al alcance y efectos de la separación del orden de sucesión. Actualmente, el artículo 57.4 de la Constitución establece que la exclusión del orden de sucesión afectará a los descendientes de la persona excluida. La exclusión, por sí y por los descendientes, es la fórmula históricamente más frecuente pero, no debemos olvidar, que estar dentro del orden de sucesión al Trono no debe ser inter-

---

<sup>16</sup> No es el supuesto contemplado en el artículo 57.4 CE el único que limita el derecho de acceso a cargo público a los miembros de la Familia Real ya que la Ley Orgánica Electoral determina la total exclusión del ejercicio del derecho de sufragio pasivo a los miembros de la Familia Real.



pretado sino como «disponibilidad» de prestar un servicio al Estado si llegara el caso. La condición de posible sucesor no debe ser nunca un privilegio sino una manifestación de disponibilidad a cumplir una función institucional. Entendido así, creo más conveniente que sea la ley orgánica que deba formalizar la separación del orden de sucesión la que determine el alcance y los efectos de dicha separación, ya que podría convenir a los intereses de España que la separación se limitara a la persona afectada y no a sus descendientes. Pensemos, por ejemplo, en el caso de unas segundas nupcias de un posible sucesor que ya tuviera hijos de un matrimonio anterior sobre el que no hubiera recaído oposición alguna.

En consecuencia el apartado 4 del artículo 57 debería ser modificado para incluir la necesidad de que la oposición se manifieste por ley orgánica y se fijen en ella el alcance y efectos, suprimir el término *prohibición* y sustituirlo por el de *oposición*, que es el jurídicamente correcto en este caso e incluir una redacción respetuosa con el lenguaje no sexista. Con estos criterios, una posible redacción del apartado 4, del artículo 57 CE, sería la siguiente:

4. Aquellas personas que teniendo derecho a la sucesión en el Trono contrajeren matrimonio contra la expresa oposición del Rey o Reina y de las Cortes Generales, quedarán excluidas de la sucesión a la Corona. Una ley orgánica formalizará, en cada caso, dicha oposición y determinará su alcance y efectos.

## 6. MONARQUÍA PARLAMENTARIA Y FUNCIONES DEL REY O REINA: SEXTA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Como es conocido, el artículo 1.3 de la Constitución española afirma que la forma política del Estado español es la *Monarquía parlamentaria*, redacción que ya figuraba en el Anteproyecto de Constitución y que se mantuvo hasta la aprobación final. Conforme a una interpretación sistemática del Título II de la Constitución, el Rey o Reina no posee poder efectivo y sí funciones tasadas constitucional y legalmente, lo que resulta coherente con la definición de Monarquía parlamentaria del artículo 1.3 de la Constitución<sup>17</sup>.

Este sometimiento a la Constitución y a la ley se ha mantenido a lo largo del reinado de Juan Carlos I y ha tenido manifiestas expresiones en el proceso

---

<sup>17</sup> ARAGÓN REYES, M., «Monarquía Parlamentaria y sanción de las leyes», en *Estudios sobre la Constitución Española*, Madrid, 1991, p. 1943. TORRES DEL MORAL, A., «La Monarquía Parlamentaria como forma política del Estado español», en LUCAR VERDÚ, P. (Dir.): *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, 1983, pp. 70 y ss.; TORRES DEL MORAL, A., «El Rey ha abdicado, ¡Viva el Rey!», *El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho*, 47, 2014, p. 59.

de abdicación y advenimiento del nuevo Rey, Felipe VI, como fue la aprobación de la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón, desoyendo correctamente a todos aquéllos que defendían lo inapropiado de tal regulación por ser la abdicación un acto personalísimo del Monarca. Nada más lejos de la razón en una Monarquía parlamentaria ya que la renovación de un órgano constitucional –y no otra cosa es la Corona– no puede hacerse sin la concurrencia de los representantes del pueblo y sin la intervención del Ejecutivo, voluntades que concurrieron, junto a la del propio Monarca, en la propuesta, deliberación y aprobación de esta Ley Orgánica.

Es acertado pensar que el constituyente pensó en una Monarquía parlamentaria que, fundamentada en el principio de la actuación del rey según competencias jurídicamente determinadas, no impidiese el ejercicio de la influencia regia derivada de su propia *auctoritas*<sup>18</sup>. La regulación expresa que la Constitución contiene obliga a interpretar tanto el artículo 1.3 como el Título II y las demás disposiciones que aluden al Jefe del Estado tanto en su literalidad como sistemáticamente con el resto de los preceptos constitucionales. No cabe alegar, pues, normas periclitadas, ni ancestrales usos y costumbres ni extraer conclusiones pretendidamente válidas de principios que pudieron ser aplicables en otras épocas. La Monarquía española se rige por lo que la Constitución establece y, de conformidad con ella, con lo que ha sido desarrollado por la ley. Así, pues, la Constitución no reconoce al Rey competencias políticas discrecionales ya que una Jefatura del Estado de esta naturaleza no podría pervivir en un sistema democrático. Los criterios para interpretar la posición del Rey parlamentario dentro de la estructura estatal no requieren ser idénticos a los que se aplicarían a otros diferentes órganos del Estado, algunos de los cuales, por otro lado, también desenvuelven sus funciones en un estricto marco de competencias tasadas. En realidad, salvo el Gobierno –y, correlativamente, los Gobiernos de las Comunidades Autónomas– el cual asume, por mandato del artículo 97 de la Constitución, la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, los demás órganos constitucionales disponen de un margen de discrecionalidad política mucho menor y, en todo caso, circunscrita a sus competencias.

La actuación tasada de un órgano constitucional no desvirtúa su posición en la estructura estatal. Por ello, las funciones simbólica, moderadora y arbitral del Rey o Reina no vacían a la institución de relevancia estatal. Por otro lado,

---

<sup>18</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Articulación jurídica e integración política como funciones de la Corona», en ROLLNERT LIERN, G. (Coord.), *Las Monarquías europeas en el siglo XXI*, Madrid, 2007, p. 3.

el criterio cuantitativo en orden al poder discrecional es solo uno de los elementos que pueden servir para analizar la posición constitucional de un órgano y solo nos revelará la mayor o menor discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias. Otros varios criterios sirven para definir la naturaleza jurídica y la funcionalidad de un determinado órgano en la estructura constitucional como puede ser la naturaleza de sus competencias, sus relaciones con otros órganos constitucionales o, incluso, su aceptación social. Cierto, que al Rey o Reina no le corresponde, como ya he señalado, la función de dirección política pero es igualmente cierto que dicha función tampoco les corresponde, por ejemplo, al Poder Judicial ni al Tribunal Constitucional. Con ello no pretendemos equiparar órganos tan diferentes, sino explicar que cada uno de ellos requiere un análisis individualizado y no comparativo. La Corona, como órgano constitucional, asume las funciones que la Constitución le asigna y que, en el entramado estatal, son tan significativas y relevantes como las de otros órganos. Puede y debe, además, desplegar su acción simbólica y representativa y su capacidad de influencia a través de la *auctoritas* de la que la institución se reviste. Las funciones de la Corona deben apreciarse en el sentido del funcionamiento global del sistema, dentro del cual, la Jefatura del Estado es un órgano constitucional de máxima relevancia.

La rotunda afirmación de la ausencia de discrecionalidad regia debe matizarse en una serie de supuestos comprendidos, por un lado, en su *función simbólica* que, por carecer de delimitación jurídica expresa, permiten cierta autonomía al Monarca, lo cual influye en el resultado de los actos que realiza en el marco de esta singular función<sup>19</sup>. El Jefe del Estado influye al margen de sus poderes efectivos con acciones inconcretas que cumplen la finalidad de moderar, arbitrar y simbolizar<sup>20</sup> porque en todo momento representa al Estado por encima de las diversas y legítimas opciones políticas. Igualmente debe matizarse el supuesto de oposición del Rey al matrimonio de alguna de las personas comprendidas en el orden de sucesión prevista en el artículo 57.4 CE al que nos hemos referido anteriormente y, también, en la propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno (art. 99.1 CE.). En este último caso, la actuación del Monarca viene determinada en gran medida o por el resultado electoral y por las negociaciones entre las fuerzas políticas previas a la pro-

---

<sup>19</sup> Sobre la Jefatura del Estado como símbolo e integración política, puede consultarse ROLLNERT LIERN, G., *La Jefatura del Estado. Símbolo e integración política en la Constitución vigente, en La Monarquía parlamentaria: Familia y sucesión a la Corona*, cit. nota 9.

<sup>20</sup> BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., *El poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Madrid, 2003, p. 83.

puesta regia o por la composición del Congreso de los Diputados<sup>21</sup>, si dicha propuesta no es consecuencia de un proceso electoral previo y sí de cualquiera de las otras causas del cese o fallecimiento del Presidente del Gobierno previstas en el artículo 101 de la Constitución. Por último, la discrecionalidad del Rey o Reina se manifiesta en el ámbito de actuación respecto del presupuesto y del nombramiento de miembros civiles y militares de su Casa, punto del que contaremos en el último apartado de este comentario.

Como es conocido, el artículo 62 CE contiene un elenco de funciones del Rey o Reina, sin perjuicio de otras menciones en el mismo Título II y a lo largo del Texto Constitucional. Sin modificar la naturaleza de la Monarquía parlamentaria ni el elenco de funciones que se reconoce al Jefe del Estado, parece conveniente agrupar en un único artículo el máximo de las competencias regias suprimiendo o reformulando menciones dispersas a lo largo del Texto Constitucional.

En primer lugar, las funciones ahora contempladas en el artículo 63 –que se suprimiría– podrían incluirse en el artículo 62 CE, donde se recoge el grueso de las funciones regias. En segundo lugar, cabría hacer una adición al apartado a) que alude a la competencia del Jefe del estado en la sanción y promulgación de la ley, vinculando esta previsión a la más específica que se contiene en el artículo 91 CE, el cual establece que el Rey «sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación». Igualmente, deberían reconducirse a este artículo 62, otras competencias del Rey o Reina ahora reguladas en el Título IV –Del Gobierno y de la Administración– y en el Título V –De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales– así como las relativas a las Comunidades Autónomas, específicamente, las que afectan al nombramiento del Presidente de la Comunidad Autónoma.

En este último caso, de conformidad con el artículo 152.1 CE y/o por mandato expreso de diferentes Estatutos de Autonomía, el nombramiento del Presidente de la Comunidad debe ser realizado por el Rey que expresa en este específico acto uno de los nexos entre la organización institucional de las Comunidades Autónomas y el Estado central<sup>22</sup>. Como es conocido, la participación del Rey en el proceso autonómico es mucho más restringida que la que le corresponde en el nombramiento del Presidente del Gobierno de conformidad con lo establecido en el artículo 99 CE. En el caso de las Comunidades Autó-

---

<sup>21</sup> TORRES DEL MORAL, A.: «El Rey ha abdicado, ¡Viva el Rey!», cit. nota 17, p. 63.

<sup>22</sup> Sobre este punto, puede consultarse mi trabajo: «El Rey y los Presidentes de las Comunidades Autónomas», en *El Rey*, cit. nota 11.

nomas, la participación del Rey se manifiesta en el nombramiento del candidato investido por la Asamblea, como acto tasado del Monarca y que debe ser refrendado de conformidad con las reglas generales contenidas en el artículo 64 CE. La Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1987, de 21 de enero, que resolvió un conflicto de competencias en relación con el refrendo del nombramiento del *Lehendakari* vasco, confirmó que dicho nombramiento es un acto del Rey que debe ser refrendado. Señaló también el Tribunal Constitucional que, aunque los actos del Jefe del Estado, son más reducidos en relación con las Comunidades Autónomas que lo que lo son en el ámbito del Estado central, ello no «permite concluir que, en el caso de que expresamente se atribuya al Rey un acto relativo a las Comunidades Autónomas, este acto del Rey no quede sujeto, como tal, a las prescripciones constitucionales». Tal es el caso del nombramiento de los Presidentes de las Comunidades, los cuales asumen no sólo la suprema representación de la respectiva Comunidad, sino también la ordinaria del Estado en aquélla, tal como declara el artículo 152.1 de la Constitución y recogen en general los Estatutos de Autonomía<sup>23</sup>.

Conforme a lo expuesto, si se modifica el artículo 62<sup>24</sup> como propongo, convendría reordenar las funciones incluidas en el mismo uniendo algunas que ahora están en otros preceptos o vinculando algunas de ellas a preceptos en los que reciben una regulación más expresa. Una posible redacción del artículo 62 CE sería la siguiente:

Corresponde al Rey o Reina:

- a) Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución.
- b) Proponer el candidato a Presidente del Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución.
- c) Nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente.
- d) El nombramiento de los Presidentes de las Comunidades Autónomas.

---

<sup>23</sup> Ya previamente el Tribunal Constitucional, en Sentencia 16/1984, de 6 de febrero (FJ, 4) relativa al nombramiento del Presidente de la Diputación Foral de Navarra, definió dicho nombramiento como «un acto compuesto, en el que concurren, de una parte, la decisión del Parlamento Foral que culmina el procedimiento previsto en el Estatuto de Autonomía y de otra, el nombramiento por S. M. el Rey y el refrendo por el Presidente del Gobierno, de acuerdo con el art. 64 de la CE, el cual asume la responsabilidad a que se refiere el n.º 2 del propio precepto». El nombramiento por el Rey de la persona elegida por el Parlamento autonómico manifiesta la inserción en el Estado en la organización institucional de la Comunidad Autónoma.

<sup>24</sup> Esta propuesta representaría la supresión del actual artículo 63 de la Constitución, cuyo contenido pasaría a este reformado artículo 62.

- e) Sancionar, promulgar las leyes y ordenar su publicación<sup>25</sup>.
- f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes.
- g) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.
- h) Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución y en la ley.
- i) Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, (suprimiendo «cuando lo estime oportuno») a petición del Presidente del Gobierno.
- j) El mando supremo de las Fuerzas Armadas.
- k) El Alto Patronazgo de las Reales Academias.
- l) Manifiestar el consentimiento del Estado para obligarse internamente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.
- m) Declarar la guerra y hacer la paz, previa autorización de las Cortes Generales.
- n) Acreditar a los embajadores y otros representantes diplomáticos y recibir la acreditación de los representantes extranjeros en España.

## 7. LA FUNCIÓN DEL REY DE PROPUESTA DE CANDIDATO A PRESIDENTE DEL GOBIERNO: SÉPTIMA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El artículo 99 de la Constitución encarga al Rey la realización de consultas previas a la propuesta de un candidato a Presidente del Gobierno. El extenso artículo 99 estructura la función regia en tres diferentes momentos.

El primero de ellos, se produce después de «cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda», y es cuando el Rey, «previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso», debe proponer un candidato a la Presidencia del Gobierno. La redacción del aparta-

---

<sup>25</sup> No considero necesario incluir en este precepto la mención a la «inmediata» publicación que sí figura en el artículo 91 CE. En cuanto a la sanción de las leyes autonómicas, como sabemos, la solución adoptada por la mayoría de los Estatutos de Autonomía obvia la sanción y articula la participación del Rey de manera exclusivamente formal con una remisión a «en su nombre» realizada por el Presidente autonómico. En este caso la fórmula de promulgación viene teniendo una redacción no uniforme para todas las Comunidades pero con un contenido similar a: *A todos los que la presente vieren, sabed: Que el Parlamento de ... ha aprobado y yo, en nombre del Rey y por la autoridad que me confieren la Constitución y el Estatuto de Autonomía, promulgo y ordeno la publicación de la siguiente Ley.* Otras fórmulas no incluyen menciones a la publicación de la Ley. Tal es el caso de la fórmula empleada en la Comunidad Valenciana: *Sea notorio y manifiesto a todos los ciudadanos que Les Corts han aprobado y yo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, en nombre del Rey, promulgo la siguiente Ley.*

do 1 del artículo 99 no admite más que dos acciones del Rey que realmente son una sola: consultar y proponer. Cualquiera que sea la circunstancia, el Rey debe reunirse con los representantes designados por los grupos políticos y debe remitir, a través del Presidente del Congreso de los Diputados, una propuesta a la Cámara<sup>26</sup>.

Si el candidato propuesto obtiene, en primera o en segunda vuelta, las mayorías requeridas en los apartados 2 y 3 del artículo 99<sup>27</sup>, la Cámara habrá otorgado su confianza y la función del Rey se habrá agotado en esa primera y definitiva propuesta. Sin embargo, si tal cosa no sucede y el Congreso rechaza, en primera votación por mayoría absoluta o en segunda votación por mayoría simple, a quien hubiera sido propuesto, el Rey está llamado a tramitar «sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores». Como ya se establecía en el apartado 1 del artículo 99, también en esta segunda fase, la Constitución no contempla la inactividad del Rey sino que imperativamente dispone que se tramiten sucesivas propuestas con igual procedimiento<sup>28</sup>. Este es el segundo momento en el que el Rey debe ejercer su función de propuesta.

Los resultados electorales de las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015 y las negociaciones sucesivas de los partidos y coaliciones que obtuvieron representación parlamentaria puso de manifiesto que el artículo 99 de la Constitución no permitía dar respuesta a interrogantes surgidas de resultados electorales en los que no se alcanzaba un acuerdo político de investidura.

El 18 de enero de 2016, el Rey inició la ronda de consultas con los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria y, en último lugar, el día 22, recibió al Presidente en funciones, Mariano Rajoy que, *declinando* el ofrecimiento del Rey por no contar con apoyos suficientes, suscitó un hecho no contemplado en la Constitución y que, de *facto*, ha generado un precedente que no debería repetirse. No debería repetirse porque el Rey no ofrece una candidatura que pueda ser valorada por el candidato y rechazada o pospuesta. No hay objeción constitucional a que durante la consulta con el

---

<sup>26</sup> El objeto de este apartado es hacer una propuesta de reforma constitucional motivo por el cual no puedo detenerme en el análisis de otros aspectos de relevancia como el objeto de las consultas o los interlocutores del Rey en ellas.

<sup>27</sup> Los apartados 2 y 3 del artículo 99 CE establecen: *El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.*

*3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.*

<sup>28</sup> El apartado 4 del artículo 99 CE dice: *4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.*

Rey, los representantes comuniquen que no cuentan con los apoyos necesarios y que, en consecuencia, no deberían ser propuestos. Aunque es cierto que ni la decisión del Presidente en funciones ni la comunicación de la Casa de SM el Rey, vulneran en absoluto la Constitución, sí establecen, como se ha indicado, un precedente procedimental que no está previsto constitucionalmente. No debería haber ningún comunicado específico cuando no haya tampoco propuesta formal del Rey, pues de haberlo debería darse el mismo tratamiento a los demás representantes que, en el caso que nos ocupa, no disponían tampoco de las mayorías requeridas como se comprobó posteriormente. Solo hay un acto constitucional ajustado a lo previsto en el artículo 99 de la Constitución: la propuesta del Rey y solo la propuesta del Rey debe trasladarse al Congreso de los Diputados, canalizada con el refrendo del presidente del Congreso.

La segunda ronda de consultas del Rey comenzó el día 27 de enero de 2016 y finalizó el 2 de febrero de 2016 con la propuesta de Pedro Sánchez, líder del PSOE, como candidato a Presidente del Gobierno. Como es conocido, la Cámara no otorgó su confianza al candidato del Partido Socialista en ninguna de las dos votaciones preceptivas, ni en la del 1 de marzo de 2016, en la que se requería mayoría absoluta, ni en la del 4 de marzo del mismo año, en la que resultaba suficiente la mayoría simple<sup>29</sup>.

La negativa de la mayoría del Congreso de los Diputados de investir al candidato propuesto por el Rey está contemplada en el artículo 99 CE, pero constituyó una novedad desde la aprobación de la Constitución de 1978, ya que, hasta ese momento, todos los candidatos propuestos habían obtenido la confianza de la Cámara, ya fuera en primera votación (mayoría absoluta) o en segunda votación (mayoría simple). Esto provocó que el Rey tuviera que ejercer su función en el segundo escenario previsto en el artículo 99.4 (sucesivas propuestas). Aquí se produjo el tercer precedente que igualmente no debería repetirse. El apartado 4 establece, sin matices, que, cuando el candidato no obtenga la confianza de la Cámara, el Rey tramitará «sucesivas» propuestas con el mismo procedimiento que la primera. Así, pues, consultas previas con los representantes políticos y propuesta de candidato a Presidente del Gobierno, con refrendo del presidente del Congreso de los Diputados. Como sabemos, nada de esto se produjo. Efectivamente, el 25 y 26 de abril el Rey<sup>30</sup> realizó la tercera y última ronda de consultas pero, en esta ocasión, constatando la ausencia del mínimo acuerdo, el Rey no realizó ninguna propuesta. De alguna manera, las fuerzas

---

<sup>29</sup> En esta segunda votación, el candidato obtuvo 131 votos a favor (Ciudadanos, PSOE, y el de la diputada de Coalición Canaria) y 219 en contra. La primera votación había arrojado un resultado muy similar con la única diferencia del voto de la diputada de Coalición Canaria que se abstuvo.

<sup>30</sup> Ver Comunicado de la Casa de SM el Rey de 12 de abril de 2016.



políticas frustraron el procedimiento haciendo inviable y superfluo cualquier iniciativa del Rey en orden a nueva propuesta. Todo el proceso estuvo rodeado de singularidades poco compatibles con una interpretación literal de la Constitución. Así, finalmente, se llegó al tercer escenario de la función del Rey: la disolución de ambas Cámaras y la convocatoria de nuevas elecciones tal y como previene el apartado 5 del artículo 99 CE<sup>31</sup>. Conforme a lo previsto en este apartado 5, el Rey firmó el Real Decreto de disolución de las Cámaras y la convocatoria de elecciones generales el 3 de mayo de 2016 para su celebración el 26 de junio de 2016<sup>32</sup>.

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de la necesidad de reformar el artículo 99 de la Constitución española. Una reforma mínima podría cambiar radicalmente la función del Rey y permitir, además, que las previsiones constitucionales se ajustaran nítidamente a diferentes supuestos de hecho.

Para ello, al menos, debería modificarse el apartado 4 del artículo 99 que pasaría a tener la siguiente redacción:

4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, el Rey podrá realizar nuevas consultas con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y, en su caso, tramitar sucesivas propuestas, con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados.

Con esta redacción, el Rey podrá consultar y proponer; consultar y no proponer o, incluso, no consultar y, en consecuencia, no proponer si entiende que la negociación de las fuerzas políticas no ha avanzado en orden a consensuar unas mayorías necesarias para lograr la investidura de un candidato que fue el supuesto final de la legislatura fallida nacida de las elecciones del 20 de diciembre de 2015.

Una reforma de mayor calado podría ser la que estableciera una actuación del Rey más reglada, de manera que las decisiones de los partidos políticos no interfirieran con las competencias y la neutralidad de la Jefatura del Estado. Como sabemos, en el sistema parlamentario español no solo es legítimo formar coaliciones poselectorales para formar Gobierno, incluso aunque

---

<sup>31</sup> El apartado 5 del artículo 99 establece: *5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso.*

<sup>32</sup> Real Decreto 184/2016, de 3 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones. Las elecciones del 26J arrojaron un resultado tanto o más complejo que el de los comicios de diciembre y el candidato propuesto por el Rey, el 28 de julio de 2016, Mariano Rajoy, tampoco obtuvo las mayorías necesarias para ser investido ni en la primera votación, el 31 de agosto de 2016, ni en la segunda celebrada el 2 de septiembre de 2016.

ello desbanque a un candidato de una fuerza política con más representación en la Cámara, pero si esas coaliciones no son posibles bloquear la investidura de otros posibles candidatos podría llegar a forzar el sistema parlamentario regulado en la Constitución, como sucedió después de las elecciones generales celebradas el 26 de junio de 2016.

El resultado electoral de estas segundas elecciones generales tampoco produjo unas mayorías suficientes y de nuevo la gobernabilidad descansó en la negociación de las fuerzas políticas con representación en el Congreso de los Diputados. En situaciones como esta, las competencias del Rey se muestran muy dependientes de las decisiones de los partidos lo cual podría llegar a deteriorar la posición de la Jefatura del Estado, como magistratura integradora, tal y como está regulada en la Constitución.

Ante estos casos, debemos plantearnos la posibilidad de modificar la Constitución y establecer mayorías cualificadas para ambas votaciones. Es decir, podría mantenerse la exigencia de mayoría absoluta para la primera votación (176 votos favorables de los 350 que componen el Congreso) y establecer también una mayoría cualificada, pero de menor exigencia, para la segunda votación, por ejemplo, tres séptimos (150 votos favorables) o incluso menor, cuatro décimos (140 votos favorables). La ventaja de establecer una mayoría cualificada es que el cómputo de los votos necesarios se realiza sobre el total de miembros de la Cámara y, por tanto, los votos negativos no pueden bloquear el acuerdo constituyéndose en una suerte de mayoría negativa. La aplicación de mayorías cualificadas, aun de diferente intensidad, está contemplada en la Constitución para diversos supuestos (reforma constitucional o elección de magistrados del Tribunal Constitucional entre otros) y no se aprecia objeción a que también pudiera aplicarse a la votación de investidura. Cualquiera de las mayorías propuestas daría lugar obviamente a un gobierno en minoría (algunos han existido ya desde la Transición) pero se ha demostrado más factible conseguir acuerdos a lo largo de la legislatura sobre temas concretos que un acuerdo de investidura y eso hace plausible esta reforma.

Es verdad que esta propuesta no es habitual en otros sistemas parlamentarios europeos similares al nuestro pero tampoco lo es que las fuerzas políticas consideren la abstención como si de un voto favorable se tratara, desnaturalizando el concepto y alcance de lo que en cualquier sistema parlamentario es la *abstención*, impidiendo la formación de gobiernos en minoría que, sin embargo, serían factibles. Se podría argumentar, por supuesto, que la celebración de elecciones es siempre la expresión más propia del sistema democrático y que por ello nada debería objetarse a la celebración de sucesivas consultas

pero es igualmente cierto que la repetición de elecciones muestra también cierta incapacidad de las fuerzas políticas de articular el mandato de los electores.

Esta reforma constitucional debería ir acompañada de una modificación de los artículos 170 a 172 del Reglamento del Congreso que regulan el procedimiento parlamentario de investidura y modificar en estos preceptos las menciones a la mayoría simple, para la segunda votación de investidura, por la de la mayoría cualificada que se adoptara.

## 8. LOS ACTOS EXCEPCIONADOS DE REFRENDO: OCTAVA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

### 8.1 Presupuesto, control y transparencia

El artículo 65.1 CE reconoce un ámbito de autonomía al Rey o Reina en relación con la distribución de la asignación económica que recibe de los Presupuestos Generales del Estado para el sostenimiento de su Familia y Casa; el apartado 2 del mismo precepto reconoce al Rey o Reina la facultad de nombrar, libremente, a los miembros civiles y militares de su Casa<sup>33</sup>.

Lo establecido en el artículo 65 representa una excepción a la necesidad de que todos los actos del Rey o Reina sean refrendados para su validez tal y como establece el artículo 64 de la Constitución (en relación con el artículo 56.3 CE). La Constitución exime de refrendo estos determinados actos regios porque los constituyentes consideraron en su momento que no contribuían directamente a la formación de la voluntad estatal<sup>34</sup>, sin embargo, con la perspectiva de varias décadas resulta evidente la necesidad de valorar nuevamente las implicaciones derivadas de estos actos. Algunos acontecimientos, tanto en lo que se refiere a los aspectos económicos como a los nombramientos, al menos, del Jefe de la Casa de S. M. el Rey, aconsejan matizar la opción de los constituyentes si se abriera un proceso de reforma constitucional.

En primer lugar, la práctica implantada desde la propia Casa de S. M. el Rey en orden al control y transparencia de los fondos asignados al Monarca, implantada en el último periodo del reinado de Juan Carlos I y consolidada en el reinado de Felipe VI, tanto en lo que se refiere al control económico-finan-

---

<sup>33</sup> Recordemos que el artículo 65 de la Constitución establece: *1. El Rey recibe de los Presupuestos del estado una cantidad global para el sostenimiento de su familia y Casa, y distribuye libremente la misma.*

*2. El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su casa.*

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C., «La irresponsabilidad del rey. El refrendo: evolución histórica y regulación actual», *RDP*, n.º 44, 1998, p. 253.

ciero interno como a la difusión pública del presupuesto, hacen conveniente que la propia Constitución consolide esta práctica y se reforme el artículo 65 en el sentido que a continuación defendemos.

En referencia al apartado 1, del artículo 65, resulta evidente que las exigencias actuales de las sociedades democráticas en relación al control de los fondos públicos no deben presentar excepciones que menoscaben la credibilidad de las instituciones. El control y, sobre todo, la transparencia deben extenderse también a la institución monárquica como se confirmó con ocasión de la aprobación de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, en la cual quedó incluida la institución monárquica y ha permitido un acceso sin precedentes a la información sobre los gastos y actividades realizados a través de la Casa de S. M. el Rey (Apartado III de la Exposición de Motivos). El artículo 2, al definir el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley incluye a la Casa de S. M. el Rey, en todas las actividades sujetas al Derecho Administrativo. Por su parte la Disposición adicional sexta, sobre la *Información de la Casa de Su Majestad el Rey*, establece que la «Secretaría General de la Presidencia del Gobierno será el órgano competente para tramitar el procedimiento mediante en el que se solicite el acceso a la información que obre en poder de la Casa de Su Majestad el Rey, así como para conocer de cualquier otra cuestión que pudiera surgir derivada de la aplicación por este órgano de las disposiciones de esta Ley».

La modificación constitucional que se propone del apartado 1, del artículo 65 CE, estaría dirigida a constitucionalizar ambos aspectos: control y transparencia. En lo que se refiere al control económico-financiero, debería establecerse constitucionalmente el control, tanto interno como externo, y, en relación con la transparencia, la obligación de publicar las cuentas anuales de la institución. Igualmente, se propone una matización acorde con el lenguaje no sexista. La nueva redacción del artículo 65.1 podría decir:

1. El Rey o Reina recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma, sin perjuicio del control interno y externo que proceda aplicar a los fondos públicos incluidos en los Presupuestos del Estado. Anualmente se harán públicas las cuentas de la institución.

## 8.2 El nombramiento de Jefe de la Casa de S. M. el Rey o Reina

La redacción del apartado 2 del artículo 65 CE debería ser igualmente modificada. Como sabemos, el Rey Juan Carlos introdujo la práctica de someter a refrendo sus propuestas de nombramiento de Jefe de su Casa, manifestan-

do que dicha Jefatura tenía relevancia suficiente para que el Ejecutivo participara en la designación de su titular. Todo lo acontecido con ocasión del fallido golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, puso de manifiesto el acierto de la decisión regia, pues en dichos lamentables sucesos estuvo implicado un General que había pertenecido a la Casa del, en su momento, Príncipe de España<sup>35</sup>.

Resultaría, pues, conveniente que una posible reforma constitucional formalizara lo que ha venido siendo una práctica de más de tres décadas y resulta hoy afortunadamente irreversible: el refrendo del nombramiento del Jefe de la Casa de S. M. el Rey. La nueva redacción del artículo 65.2 de la Constitución podría ser la siguiente:

El Rey o Reina nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa, salvo el nombramiento del Jefe de la Casa de S. M. el Rey o Reina, que deberá ser refrendado de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Constitución.

Con la reforma del artículo 65 CE, se limita constitucionalmente la discrecionalidad del Rey o Reina en dos importante ámbitos: el presupuestario y el de competencia de nombramientos. Con ello se consolidaría la imagen de la Corona como un órgano constitucional sometido a la ley y a los principios de control y transparencia que deben presidir el funcionamiento de las instituciones del Estado, práctica, por otra parte y como hemos señalado, que ya viene siendo habitual en la organización de la Casa de S. M. el Rey.

---

<sup>35</sup> Tal práctica ha sido considerada por un sector de la doctrina como una mutación constitucional, así: FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C., «La irresponsabilidad del rey. El refrendo: evolución histórica y regulación actual», cit. nota 27, p. 253.



# **LAS CORTES GENERALES: NUEVOS ROLES Y TRANSFORMACIÓN DE FUNCIONES**

PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ  
Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid  
Letrada de las Cortes Generales

## **1. INTRODUCCIÓN**

En un artículo publicado hace ya diez años<sup>1</sup> intenté sintetizar los retos a que se enfrentaba el Parlamento en el umbral del siglo XXI y en una realidad cambiante que, si continuaba manteniendo por inercia la misma estructura y los mismos comportamientos, corría el peligro de desbordarle.

Se me permitirá que reproduzca a continuación algunas afirmaciones allí contenidas:

«Hoy no basta con un Parlamento, representante formal de la soberanía del pueblo, que asegure con su mera existencia la reserva de un espacio en el esquema de la división de poderes, impidiendo así que pueda llegar a ser ocupado por las tentaciones expansivas de los otros dos poderes, singularmente del ejecutivo.

Tal podía ser la justificación, más que suficiente, necesaria del Parlamento del siglo XIX (que actuaba como elemento introductor de la democracia) e incluso del XX, después de los ataques a la democracia que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial.

En el momento actual, todo esto se da por supuesto. No hacen falta símbolos, hacen falta instituciones que se justifiquen por su actuación, por su eficacia

---

<sup>1</sup> GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *CDP*, 2003, pp. 192-205.

real, por las funciones que desarrollan y el papel que desempeñan en el juego activo del entramado de poderes que establece una Constitución, y no por ocupar un puesto en un esquema estático<sup>2</sup>. Éste es el reto de la institución parlamentaria en el futuro: justificar su existencia más allá de por razones históricas, en un escenario que ha cambiado totalmente.»

A continuación se examinaban los desafíos a que debe enfrentarse la citada institución, divididos en retos internos, desglosados en cada una de sus funciones, y retos externos derivados de una realidad exterior en continua transformación.

Transcurrida una década, la realidad, efectivamente, ha desbordado lo que entonces cabía imaginar. En esta nueva situación puede seguir siendo válido el análisis que entonces se realizaba: de los retos internos de la institución parlamentaria que afectan a sus funciones de representación, legislativa, de control y otras, así como a la figura del parlamentario individual y a la rigidez de los procedimientos; y de los retos externos, derivados de la globalización, la opinión pública (ahora expresada en una forma no concebible cuando escribía, gracias a internet y las redes sociales, que la han hecho irrumpir en el panorama político con una fuerza inusitada), los medios de comunicación social y las nuevas tecnologías.

¿Son los Títulos III (*De las Cortes Generales*) y V (*De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales*) de la Constitución española de 1978 adecuados para hacer frente a la nueva realidad, o deben ser reformados, partiendo siempre del presupuesto de que se abordara una reforma amplia de la Constitución?

La presunción favorable a su validez deriva de que el contenido de ambos títulos es un texto de mínimos, pues, pese a lo extenso del Título III (arts. 66-96) y a su división en tres capítulos (*De las Cámaras, De la elaboración de las leyes y De los Tratados internacionales*), no se trata de una regulación sistemática ni completa, siendo objeto de normación reglamentaria la casi totalidad de la materia relativa a organización y funcionamiento de las Cámaras y el desarrollo del ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Y en cuanto al Título V, en el que se desgranar algunos instrumentos de control que compar-

---

<sup>2</sup> Son plenamente aplicables a nuestros días los ejemplos del desplazamiento del Parlamento desde su importante papel de antaño que cita ESTEBAN, J. de, *REP*, 1968, p. 84. Recuérdese que hablar de la crisis del Parlamento no es un tema nuevo, así decía M. Duverger, (*CCDS*, p. 1 De Esteban, *ibidem*) que se viene hablando de crisis del parlamentarismo –aunque no sea lo mismo– desde principios de siglo, y data de 1967 la obra clásica de A. Chandernagor, *Un parlement pour quoi faire*, Gallimard, Paris, 1967. Sobre el tema, entre nosotros podemos citar a RAMÍREZ, M., *REP*, 1995; GARCÍA MORILLO, J., *CPD*, 1997; AGUILÓ LUCIÀ, L., *CADP*, 1997. Más recientemente, TUDELA ARANDA, J., 2008; GRECIET GARCÍA, E. Asamblea, 2012; NAVARRO MÉNDEZ, J. I., Asamblea, 2013.



ten ambas Cámaras y se regula la relación de responsabilidad del Gobierno, su desarrollo se rige más bien por prácticas y convenciones –aparte de lo previsto en el Reglamento del Congreso de los Diputados–, siendo lo tocante al control la materia en que los Reglamentos parlamentarios han sido más superados por la realidad.

En todo caso, las funciones de las Cámaras merecen un repaso a la luz de su plasmación en la Constitución para plantear, más que para intentar resolver, la necesidad o posibilidad de su reforma.

Debo formular previamente una observación, por razones de honestidad intelectual. Ni soy partidaria ni creo en la necesidad de la que he calificado de reforma amplia de nuestra Constitución. El texto constitucional, en la parte que aquí me toca analizar, no es –repito– perfecto, ni sistemático ni completo, pero ha sido suficiente para permitir el funcionamiento del poder legislativo y el juego de un sistema parlamentario durante treinta y cinco años. Para una reforma constitucional de envergadura deben darse una serie de condiciones<sup>3</sup> que, de momento, no parecen darse, sintetizables en la existencia de un consenso y de un clima que garantice que el proceso constituyente no se desborde y que el resultado no sea peor que el punto de partida.

Los acontecimientos correrán sin duda más rápido que la imprenta, y a veces se precipitan. Tómese pues esta aportación, no ya como un ejercicio académico, sino como un intento de plantear puntos deficientes o problemáticos, susceptibles de mejora, que deberían ser abordados bien en una eventual reforma constitucional o en el diálogo que se pretende abrir con esta obra, bien en una mejora de los textos normativos y las prácticas políticas que completan la Constitución, y que podrían servir de orientación para los actores políticos en iniciativas futuras.

## 2. PANORAMA GENERAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Intentaré exponer, al hilo del análisis de las funciones de las Cámaras, las principales deficiencias que se detectan en el texto constitucional o la realidad política, para finalizar en el apartado siguiente con una propuesta de modificaciones que podrían tenerse en cuenta.

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA, A., 2006, pp. 751 y ss., señala como requisitos para abordar una reforma constitucional que ésta sea necesaria o conveniente, viable, oportuna y funcional.

## 2.1 La función representativa como marco en el que han de insertarse las restantes funciones de las Cámaras. ¿Un déficit de representación?

En mi artículo anterior calificaba de primer reto con el que se enfrenta el Parlamento el saber mantener su carácter representativo<sup>4</sup>, reto a la vez interno y externo. Esta afirmación se ha revelado tan cierta en los últimos años, que el grito de guerra adoptado como lema por los movimientos cuestionadores del sistema político ha sido «no nos representan»<sup>5</sup>, coreado con virulencia y acompañado de manifestaciones dirigidas al Congreso de los Diputados («rodea al Congreso»); reflejado después en otros datos reveladores, como el aumento de la abstención y –significativamente– de los votos en blanco y nulos en las elecciones generales de 2011, o la disminución de los votos obtenidos por los dos partidos mayores<sup>6</sup>, con la irrupción de nuevos o el crecimiento de otras formaciones políticas. Resultan particularmente destacables los resultados (no sólo en España) de las elecciones al Parlamento Europeo celebradas el 25 de mayo de 2014, en las que, con una abstención similar a las elecciones anteriores, se produce un descenso considerable de los dos grandes partidos<sup>7</sup> y las formaciones políticas que obtienen escaño pasan de 6 a 10, una de ellas un partido creado dos meses y medio antes, que pretende recoger las reclamaciones de los «indignados» y que obtiene el cuarto lugar, con cinco escaños<sup>8</sup>.

En distintos planos podemos situar el déficit representativo de nuestras Cámaras, que habremos de ver después si puede remediarse mediante una modificación constitucional, teniendo en cuenta que la función representativa en sí no es objeto de regulación, más allá de la declaración con que se abre el

---

<sup>4</sup> El profesor A. Garrorena Morales pronunció sendas conferencias en el XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (Salamanca, 3 de abril de 2014) y en las VII Jornadas de Derecho Parlamentario celebradas en la UNED el 29 de abril de 2014: «Problemas actuales de la democracia representativa: ¿qué hacer?», accesible esta última en <http://www.canal.uned.es/serial/index/id/107>, en las que realizó un acertado diagnóstico de la situación y propuso distintas medidas, algunas de las cuales comparto y me han servido como catalizador de esta reflexión.

<sup>5</sup> Que no es nueva, por otra parte: ESTEBAN, J. de Esteban, 1968, p. 92, nos habla del llamado «Poder joven» en 1968, «que abraza a los jóvenes, estudiantes y obreros que, decepcionados de la sociedad de consumo occidental, rechazan las vías parlamentarias –por no sentirse representados– como medios para obtener sus deseos».

<sup>6</sup> La suma de los votos de PSOE y PP en las elecciones generales de 2011 alcanza 17.804.573 votos, frente a 21.567.345 en 2008 o 20.661.654 en 2004.

<sup>7</sup> Que pasan de doce a siete millones de votos entre los dos, del 84.71% al 49.06% de los votos emitidos.

<sup>8</sup> Podemos, que obtiene 1.245.948 votos, el 7,97% frente al 9,99% de La Izquierda Plural y por encima del 6,5% de UPyD. Las circunstancias que han hecho posible este resultado son analizadas certeramente por ESTEBAN, J. de, *El Mundo*, 2014.

Título III, artículo 66 («Las Cortes Generales representan al pueblo español») y la prohibición de mandato imperativo (art. 67.2), o la proclamación en el artículo 69.1 de que el Senado es la Cámara de representación territorial. Se trata de un marco o, haciendo mía la visión de De Esteban y González Trevijano<sup>9</sup>, una función genérica que se concreta en el resto de las funciones específicas enumeradas en el artículo 66.2.

Como afirmara Hanna Pitkin<sup>10</sup>, el concepto de representación se configura como una continua tensión entre el ideal y el logro; esa tensión debería hacer presente un desafío continuo aunque no desesperanzado: construir instituciones y entrenar a individuos de tal forma que se comprometan en la consecución del interés público, en la genuina representación del público; y, al mismo tiempo, seguir siendo críticos con tales instituciones y con tales aprendizajes con el fin de que siempre se muestren abiertos a posteriores interpretaciones y reformas.

Esta es la visión que debemos adoptar al abordar la posibilidad de reformas constitucionales en la institución parlamentaria.

Distingamos algunos planos en el déficit de representación de las Cámaras:

### 2.1.1 EL PLANO ELECTORAL

Dejaremos fuera de nuestro examen este aspecto, que es objeto de análisis en otra aportación a esta misma obra. Recordemos tan sólo que la primera de las exigencias del llamado 15M, plasmadas en un documento de propuestas<sup>11</sup>, era que las listas sean abiertas y con circunscripción única. A esto se ha unido más tarde el debate sobre las elecciones primarias para la selección de los candidatos. Más que la circunscripción, puede ser elemento a considerar la proporcionalidad de la fórmula electoral (también incluida en esa primera reivindicación), siempre con el objetivo último de que los resultados reflejen la voluntad popular lo más exactamente posible y los ciudadanos puedan percibirlo mejor, equilibrado con la exigencia básica de gobernabilidad y estabilidad del sistema que ha permitido hasta ahora el funcionamiento del régimen constitucional y electoral.

<sup>9</sup> ESTEBAN, J. de; GONZÁLEZ TREVIJANO, P., 1994, pp. 527 y ss.

<sup>10</sup> PITKIN, H. F., 1985 p. 267.

<sup>11</sup> Aprobado en asamblea el 20 de mayo de 2011. Puede verse en [http://www.rtve.es/contenidos/documentos/propuestas\\_movimiento\\_15M.pdf](http://www.rtve.es/contenidos/documentos/propuestas_movimiento_15M.pdf). «1. Cambio de la Ley Electoral para que las listas sean abiertas y con circunscripción única. La obtención de escaños debe ser proporcional al número de votos».

### 2.1.2 DÉFICIT DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

La reivindicación de las virtudes de la llamada democracia participativa se ha convertido en uno de los *leitmotifs* de la crítica al sistema democrático<sup>12</sup>. Ello no nos hace abdicar de considerar que nuestra democracia debe seguir siendo básicamente una democracia representativa<sup>13</sup> y que el Parlamento es hoy por hoy –y esperemos que por mucho tiempo– «un organismo irremplazable»<sup>14</sup>, pero que caben en aquélla instrumentos complementarios de democracia directa (como prevé por otra parte el artículo 23 de la Constitución) que en su día fueron objeto de una visión rigurosa y desconfiada por parte de los constituyentes, tal vez explicable en el contexto histórico, pero que hoy dejaría de tener sentido: número desmesurado de firmas exigidas y limitación de materias innecesaria puesto que están sujetas las proposiciones de iniciativa popular a toma en consideración por el Congreso de los Diputados, exclusión de la iniciativa de reforma constitucional. Es posible que sea en este apartado donde –más como símbolo de una postura renovadora que como decisiva en sus resultados– una reforma constitucional pudiera aportar algunos frutos: iniciativa popular, incluso en materia constitucional, y referéndum pueden ser revisados desde una nueva perspectiva y en este sentido existe alguna propuesta de reforma, tal vez no compartida en todos sus puntos<sup>15</sup>.

### 2.1.3 EL DIVORCIO ENTRE PARLAMENTO Y SOCIEDAD

El distanciamiento entre la actividad del Parlamento y la realidad social, que en 2003 calificué de divorcio entre Parlamento y sociedad, se encuentra en

---

<sup>12</sup> Por continuar con la cita del documento de propuestas del 15M, la n.º 9 reza: «Democracia participativa y directa en la que la ciudadanía tome parte activa. Acceso popular a los medios de comunicación, que deberán ser éticos y veraces».

<sup>13</sup> En la gráfica expresión de SARTORI, G., 2011, p. 109,: «La representación es necesaria (no podemos prescindir de ella) y [...] las críticas de los “directistas” son en gran parte fruto de una combinación de ignorancia y primitivismo democrático». Como afirma Díez NICOLÁS, J., ABC, 2014, la solución no está en reconocer representatividad a las manifestaciones callejeras, sino en exigir cambios en las instituciones para garantizar mayores niveles de democracia y representatividad, mediante cambios en la legislación electoral y en la organización de la vida política: «deslegitimar las urnas y legitimar las manifestaciones callejeras conducirá necesariamente a legitimar las revoluciones sociales, y eso, no nos engañemos, conducirá a justificar la imposición de regímenes políticos autoritarios, de izquierda o derecha».

<sup>14</sup> HAURIU, A., 1971, p. 687. Como concluye J. de Esteban su artículo pionero, p. 101, «la necesidad de un Parlamento se siente precisamente con mayor agudeza en los países en que éste no existe».

<sup>15</sup> Propuesta del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de la Junta General del Principado de Asturias, de propuesta de las del artículo 166 de la Constitución, en relación con el artículo 87.2 de la misma, de reforma de los artículos 87.3, 92 y 166 de la Constitución (BOJGPA n.º 16.1, de 12 de diciembre de 2012).

la raíz de la percepción del déficit de representación. Está claro, si se examinan las encuestas de opinión, que las Cortes Generales, si alguna vez lo fueron, en este momento no son capaces de mantener viva su conexión con la ciudadanía, generando lo que se ha dado en llamar el desafecto o la desafección<sup>16</sup>, imperante no sólo respecto de los políticos, sino también de las instituciones. Si el Parlamento se aísla de la sociedad a la que representa y no existe esa conexión eficaz con la realidad social y plural, decía entonces (y perdóneseme la continua auto-cita, que no pretende adjudicarme un poder de profecía, sino situarme en un punto de partida para avanzar en la reflexión), pueden buscarse otros cauces alternativos de representación, que es lo que los nuevos movimientos han pretendido demostrar. Decía también que el Parlamento es acusado de ser ácrono, de vivir fuera del tiempo<sup>17</sup> (fuera del tiempo legislativo, fuera del tiempo de control, o sea, del tiempo político), lo que origina que deje de ser el eje o el escenario principal del sistema político y se produzca un vaciamiento de la función de poder de la institución parlamentaria. La capacidad del Parlamento para hacer que los ciudadanos se sientan representados reside en parte en su poder de dar respuesta rápida a sus problemas, sus vivencias y sus inquietudes.

Sigo pensando, y en esta vía han pretendido avanzar las iniciativas internacionales en favor de la transparencia<sup>18</sup>, que el Parlamento debe acercarse a los ciudadanos, hacerse próximo, que éstos le sientan suyo y conozcan su actuación. Debe destruir mitos como que *los parlamentarios no trabajan* o que *el Parlamento no sirve para nada* y debe hacer conocer su actividad, sus funciones, sus procedimientos y el por qué de los mismos y de su existencia. En nuestro país, tal vez al haber dado por sentado el sentimiento democrático y parlamentario de los ciudadanos, se ha perdido tiempo en hacerles llegar las cualidades representativas de la institución.

El uso de las nuevas tecnologías –que se preveían útiles para estrechar y facilitar la relación entre institución parlamentaria y representados– como mecanismo de acercamiento ha puesto también de relieve las carencias y dificultades de las mismas (por ejemplo, el fracaso de las redes sociales institucionales por falta de *feedback* o la escasa respuesta en iniciativas abiertas a la participación pública<sup>19</sup>).

---

<sup>16</sup> Puede verse PRESNO LINERA, M. A., 2014.

<sup>17</sup> GARCÍA MORILLO, J., *CPD*, 1997, pp. 79 y ss.

<sup>18</sup> De la que es muestra el Índice de transparencia de los Parlamentos auspiciado por Transparencia Internacional. Puede verse la primera evaluación de la transparencia de los 19 Parlamentos españoles publicada en 2014 en [http://www.transparencia.org.es/IPAR/INDICE\\_IPAR\\_2013.htm](http://www.transparencia.org.es/IPAR/INDICE_IPAR_2013.htm), en la que 16 Parlamentos han obtenido una calificación superior al 50 por 100.

<sup>19</sup> Sobre la problemática que rodea al Parlamento 2.0 o al llamado Parlamento abierto, pueden verse los distintos trabajos que forman la obra coordinada por RUBIO LLORENTE, R., 2014. En particular los de

## 2.1.4 LA RELACIÓN ENTRE REPRESENTANTES Y REPRESENTADOS

Susceptible de examen en varias vertientes:

a) *Falta de democracia interna de los partidos políticos*, en mi opinión déficit capital de nuestro sistema político, aunque no entre directamente en mi objeto de análisis en este trabajo, hasta cierto punto relacionado con el déficit democrático de las Cámaras y en todo caso denunciado. Los partidos políticos, y no sólo los dos mayoritarios, se han convertido en instituciones tan burocratizadas y gobernadas desde la cúspide (confirmando una vez más la ley de hierro de Michels<sup>20</sup>) como los departamentos ministeriales, con todos sus vicios y defectos de funcionamiento: organizaciones costosas, con exceso de personal, falta de transparencia y de agilidad en su funcionamiento interno, en definitiva con muchos condicionantes para poder anteponer en su actuación el interés público a todo lo demás<sup>21</sup>.

b) *Descrédito de la institución parlamentaria*. La falta de democracia interna de los partidos políticos afecta no sólo a las relaciones con sus militantes, sino a la percepción que los ciudadanos tienen de su papel, y en consecuencia también del que desempeñan las instituciones de democracia representativa en las que se integran y los representantes que sirven de intermediarios entre el pueblo y esas instituciones. Al fin y al cabo, la visión de una Cámara parlamentaria es la de una institución compuesta por la suma de las formaciones políticas que la componen, esto es, de los partidos, y su comportamiento y actitud influyen en que sea creíble la función representativa de aquélla.

Aquí deberíamos incluir –aun para después excluirlo de nuestro examen– una mención a las prerrogativas parlamentarias, no tanto las institucionales o colectivas derivadas de la autonomía, que siguen siendo fundamentales para la salvaguardia de la separación de poderes (inmunidad de sede, autogobierno, autonomía reglamentaria y de personal) sino las individuales de los parlamentarios: inmunidad, inviolabilidad y fuero especial, que serán objeto de estudio en otro lugar de esta obra.

---

E. Campos Domínguez, J. M. Coello de Portugal, e I. Aguilar Nacher. Véase también TUDELA ARANDA, J., 2088, pp. 46 y ss., y NAVARRO MÉNDEZ, J. I., *Asamblea*, 2013, pp. 83 y ss.

<sup>20</sup> Véase MICHELS, R., 1979, en particular pp. 164 y ss.

<sup>21</sup> En descripción de VÍRGALA FORURIA, E., *Asamblea*, 2013, p. 11, en la práctica política se ha producido la transformación de los grandes partidos nacionales en maquinarias dirigidas a obtener y mantenerse en el poder, pero con una militancia reducida en número y con unos procesos internos de escasa democracia, a la vez que se convierten en los canales prácticamente exclusivos de participación institucional de los ciudadanos.

A mi juicio, no son tanto estas prerrogativas, hoy reducidas a mínimos –salvo el aforamiento– por la doctrina del Tribunal Constitucional, sino su presentación por los medios de comunicación la que puede dañar a la institución parlamentaria. Pueden restringirse las dos primeras de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y los ejemplos constitucionales comparados, pero un núcleo esencial de inviolabilidad y de inmunidad limitadas a las funciones parlamentarias creo que debería salvarse de la poda.

c) *Carencia absoluta de protagonismo del parlamentario individual*, en teoría el auténtico representante del electorado y en último término de la Nación, depositario de la relación representativa. El representante individual cuenta a su favor apenas con la prohibición de mandato imperativo que le sirve de escudo, al menos formal, frente a la fuerza invasora de sus competencias por parte de los partidos políticos y de su trasunto los grupos parlamentarios<sup>22</sup>, así como con la reserva en los Reglamentos parlamentarios de algunas iniciativas (pocas: preguntas y enmiendas), mermadas en su ejercicio por la exigencia, en la norma o en la práctica, de la firma del portavoz del grupo. La partitocracia en el seno del Parlamento se transforma en grupocracia y el diputado desaparece como representante, absorbido –fagocitado– por su grupo<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Un análisis de la situación en GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *TYRC*, 2011, pp. 210 y s. Creo que debe mantenerse el artículo 67.2, que pervive también en las Constituciones de nuestro entorno (italiana, art. 67: «Cada miembro del Parlamento representa a la Nación y ejerce sus funciones sin estar ligado a mandato alguno»; francesa, art. 27: «Todo mandato imperativo es nulo»; la portuguesa establece que los diputados representan a todo el país y no a las circunscripciones por las que son elegidos –art. 152– y declara que los diputados ejercen libremente su mandato, art. 155, si bien el art. 163.1.c dispone que pierden su mandato cuando se inscriban en un partido distinto de aquél por el que se han presentado a las elecciones), aunque en la realidad no exista libertad respecto del partido y sus decisiones. Como dice PENDÁS, B., *Asamblea*, 2002, p. 9, los grupos parlamentarios y la Junta de Portavoces van ganando día a día posiciones concretas de poder sobre el parlamentario singular, sin necesidad de modificar la letra de las Constituciones y Reglamentos: el mandato imperativo sigue jurídicamente prohibido, pero el mandato de partido le ha ganado para siempre la batalla política. No obstante, comparto con GARCÍA PELAYO, M., 1986, p. 100, que la presencia en los textos constitucionales de la prohibición de mandato imperativo cumple, cuando menos, la función de garantizar jurídicamente la libertad de juicio y de voto del representante. En el mismo sentido, RUBIO LORENTE, F., 2012, pp. 646-647: una cosa es la vinculación fáctica y otra bien distinta su transformación en obligación jurídica, y es esta transformación lo que el principio de interdicción del mandato imperativo pretende impedir. Hoy ese principio es más imprescindible que nunca, por «la necesidad de mantener tan abierta como sea posible la relación entre los partidos y la sociedad». La relación entre electores y elegidos, que la interdicción del mandato imperativo permite en alguna medida preservar es la que ha inspirado la doctrina del Tribunal Constitucional desde las tempranas sentencias de 1983.

<sup>23</sup> El grupo filtra sus iniciativas, decide cuándo y de qué puede hablar, le asigna sus Comisiones, le dice lo que tiene que votar (frente a la prohibición de mandato imperativo), le sanciona por falta de asistencia o por votar libremente, incluso por equivocarse; en ocasiones hasta vota por él: en los supuestos de voto ponderado, pese al carácter personal e indelegable del voto, proclamado por la Constitución. Véase la reserva a los grupos parlamentarios de la mayor parte de las iniciativas parlamentarias por los Reglamentos en GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *TYRC*, 2011, pp. 216 y ss.

Como señala Rubio Llorente, el Parlamento no es hoy, como en su imagen ideal, un cuerpo integrado por representantes individuales que actúan con plena libertad y no están sujetos a mandato imperativo alguno, sino por grupos, cuya voluntad se impone a la de sus miembros<sup>24</sup>.

El peligro de esta grupocracia, como ya hemos denunciado en más de una ocasión, es que los ciudadanos lleguen a percibir como superflua la existencia de los parlamentarios, lo que arrastraría la innecesariedad del propio Parlamento. Bastaría con asignar un cupo de voto a cada candidatura en función de los resultados de las elecciones y con una reunión de lo que sería el trasunto de la actual Junta de Portavoces, que votara para resolver cuantas cuestiones ahora se someten al Parlamento.

Debe reforzarse, por tanto, la idea de que el Parlamento existe porque existen los parlamentarios, los representantes del pueblo. Acentuar su contacto y conocimiento por su circunscripción, difundir las funciones que cumplen. Y darles juego, aprovechar sus potencialidades y sus deseos de trabajar, de todos ellos, no sólo los de los grupos pequeños saturados de intervenciones e iniciativas, sino también de *todos* los de los grupos grandes. Hemos de seguir clamando, pues, contra algo que tal vez sea irremediable pero que debe ser objeto de reflexión para que la Cámara no se convierta en algo inútil, perfectamente sustituible por unos portavoces con voto ponderado en función de los resultados electorales<sup>25</sup>, teniendo en cuenta además que la disciplina del grupo —con aplicación de sanciones económicas por inasistencia o por quebrantar la disciplina de voto— puede coartar realmente la posibilidad de libre ejercicio de su función por los parlamentarios individuales. La propia institución parlamentaria tiene una labor que cumplir facilitando a los parlamentarios los medios necesarios para cumplir sus funciones, dotándoles de mayor asistencia personal y material<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> RUBIO LLORENTE, F., *REDC*, 2014, p. 138. Y añade: también en el Parlamento decimonónico había una cierta subordinación del representante individual al grupo, como puede verificarse en los Diarios de Sesiones y evidencia el esfuerzo de Bentham para justificarla. La realidad actual es sin embargo sustancialmente distinta no sólo por la intensidad de la sujeción, sino sobre todo porque la voluntad que se impone no es la del grupo parlamentario, en cuya formación participan sus miembros, sino la del partido, es decir, la de sus dirigentes.

<sup>25</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2011, que avala el requisito reglamentario de previo conocimiento para las peticiones de informe por los diputados, no ayuda en este sentido, pues no parece poner gran empeño en reivindicar el papel del parlamentario individual frente al grupo parlamentario en el ejercicio de las funciones constitucionales. Véase su análisis en GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *TYRC*, 2011, pp. 218 y ss.

<sup>26</sup> Dice NAVARRO MÉNDEZ, J. I., *Asamblea*, 2013, p. 70, «Algunas propuestas para la mejora del rendimiento institucional de las Asambleas legislativas autonómicas españolas». «Estamos convencidos de que la calidad de un Parlamento y del resultado de lo que éste hace depende de una forma decisiva del nivel de preparación y dedicación de sus miembros. Por tanto, si a éstos no se les «da juego» aumentando



Veremos si hay posibilidad de que el texto constitucional colabore al reconocimiento del papel del parlamentario individual sin privar de su necesario protagonismo a los grupos parlamentarios, lo que en otro lugar he llamado conseguir la cuadratura del círculo<sup>27</sup>.

## 2.2 La función legislativa: legislar o ratificar

No vamos a pararnos más de un segundo –o una línea– en recordar la hipertrofia de la legislación en el tercer tercio del siglo xx que llevó a Sartori<sup>28</sup> a diagnosticar hace medio siglo el *surménage* crónico que sufre el Parlamento, incapaz de hacer frente con la celeridad exigible a la demanda de producción legislativa con sus medios materiales y personales, con sus inveteradas pautas de comportamiento y con sus anticuados métodos de trabajo.

La reciente y prolongada crisis económica nos ha aportado una muestra clara de la supuesta incapacidad del Parlamento para regir con mano firme y rápida los destinos económicos del país en una era de globalización: el gobierno por decreto-ley (29 decretos-leyes en 2012, 17 en 2013, frente a 17 leyes ordinarias y 8 orgánicas en 2012, 27 y 9 en 2013), que por supuesto ha de convalidar el Congreso de los Diputados por imperativo constitucional (incluso tramita algunos como proyectos de ley, no muchos: 10 en 2012, 2 en 2013), no sería sino un ejemplo más de esa denunciada incapacidad del Parlamento para legislar rápida, masiva y tecnicadamente.

Hemos defendido que algunas de estas afirmaciones son ciertas, y otras no tanto. El Parlamento deja de lado –o acomoda– sus rígidos procedimientos cuando el consenso político y la demanda social se lo exigen. Pero de la experiencia reciente podemos deducir dos conclusiones:

a) Que, cualquiera que sea el sujeto que dicte normas con rango de ley, el debate parlamentario es insustituible para dar voz a las distintas formaciones políticas representadas, evitando la auténtica dictadura incontrovertida del

---

su protagonismo en el funcionamiento de las Cámaras, si siempre participan los «primeros espadas» de los grupos, el resultado de la labor parlamentaria suele ser deficiente y monótono, poco abierto a la discrepancia o a los matices; en definitiva, el debate se empobrece».

<sup>27</sup> GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., 2006, p. 675. GRECIET GARCÍA, E., *Asamblea*, 2012, p. 270, propone como medidas orientadas a dicho objetivo: un cupo de asuntos de los diputados en el orden del día; el incremento de la cantidad y calidad de las iniciativas abiertas a la autoría de los diputados, la asignación a éstos de turnos específicos en los debates; la potenciación de la figura del ponente individual en todos los procedimientos, tal como prevé el Reglamento del Parlamento Europeo. Serían materias típicas de regulación reglamentaria, pero tal vez podríamos incluir alguna de ellas en una reforma constitucional.

<sup>28</sup> SARTORI, G., *SEDEIS*, 1964, p. 31.

ejecutivo. Si la convalidación es mera ratificación, en todo caso es también control por parte de la oposición, o dicho de otra manera, permite a las minorías parlamentarias expresar públicamente su opinión, de cara al electorado como último destinatario.

b) Que el emanar la legislación por decreto-ley de un foco único y supestandamente centralizado –el Gobierno, que dispone de toda la información y de amplio asesoramiento técnico– no es garantía de una mayor perfección técnica de la norma ni de acierto en la política, cuyos efectos indeseados a veces repercuten en avances y retrocesos normativos titubeantes.

El debate contradictorio y público<sup>29</sup> permite a veces ser consciente de circunstancias o defectos que se pasan por alto cuando el redactor es solo uno. No en vano esa es la finalidad genuina del debate parlamentario: el procedimiento legislativo es adecuado para que mayoría y minoría puedan exponer sus posiciones y, al menos teóricamente, traten de llegar al acuerdo más amplio y acertado posible. Tal y no otra es la función del Parlamento, donde se viene a parlamentar, a deliberar, a discutir. Y tal es el sentido de su carácter de órgano representativo de las distintas posiciones políticas existentes en el electorado, al que se atribuye la función de legislar.

La función legislativa es la función esencial de las Asambleas representativas que llamamos *Parlamentos*, porque la ley es la expresión de la voluntad general y mediante ella se manifiesta la soberanía. Del deterioro de esta función –cuyo mecanismo, el procedimiento legislativo, es objeto de regulación básicamente por los reglamentos parlamentarios– no creo que podamos hacer culpable a una regulación constitucional asistemática e incompleta, como es la contenida bajo la rúbrica del Capítulo Segundo del Título III, *De la elaboración de las leyes*. Podemos revisar, no obstante, este capítulo para intentar ordenar los artículos relativos al procedimiento legislativo, adecuar la iniciativa y el referéndum, e incluso el trámite legislativo, a las nuevas exigencias de participación popular, e intentar revitalizar –como en otros puntos– la labor de la oposición y del parlamentario individual.

Un aspecto fundamental –aparte de la ratificación y legitimación de las decisiones extraparlamentarias– que hasta ahora se ha dejado de lado por el Parlamento en general y las Cámaras españolas en particular<sup>30</sup>, es la evalua-

---

<sup>29</sup> Como ha expuesto RUBIO LLORENTE, F., 1990, pp. 384 y ss., en el Parlamento la voluntad mayoritaria tiene que exponer sus razones públicamente y frente a quienes deben discutirse las.

<sup>30</sup> Con alguna excepción: la Comisión de seguimiento y evaluación del acuerdo del Pacto de Toledo, constituida como Comisión no Permanente en el Congreso de los Diputados desde 1999 (antes existía como subcomisión) para el examen de la evolución del sistema de previsión social, o las cláusulas incorporadas como disposiciones adicionales en distintas leyes, que prevén el envío por el Gobierno a las Cá-

ción legislativa: el seguimiento de la efectividad de las decisiones legislativas, que empieza a hallar reflejo en otras Constituciones como función parlamentaria, lo que podría ser tomado como ejemplo <sup>31</sup>.

### 2.3 Función de control y responsabilidad del Gobierno

La función de control es una función básica de las Cámaras en los regímenes parlamentarios, que puede ser definida con Rubio Llorente como el procedimiento o conjunto de procedimientos que el Parlamento (que encarna la representación popular) emplea para verificar si la acción del Gobierno se acomoda o no a su criterio y exigir, en caso de que el examen resulte negativo, la responsabilidad del Gobierno o imponer su cese.

Esta actividad aparece en ocasiones como una supervisión o control en sentido estricto de la acción del Gobierno, pero también puede adoptar la forma de aprobación o veto de un acto del ejecutivo. Asimismo, se considera control la actividad de *indirizzo* u orientación o dirección política.

En el Estado actual de partidos, en que la mayoría parlamentaria y el Gobierno pertenecen a un mismo partido, el control parlamentario queda desvirtuado:

- por la disciplina interna de aquél (que usará en todo caso cauces extra-parlamentarios sin publicidad para adecuar la actividad del Gobierno al programa);
- porque desaparecen las posibilidades de control por la minoría, pese a que el control quien en realidad debe ejercerlo es la oposición.

La utilización por la minoría de instrumentos de control tendrá entonces como último destinatario al electorado, el cual podrá hacer efectiva la exigencia de responsabilidad al Gobierno no otorgando el voto a su partido en las elecciones siguientes. Esto nos lleva precisamente al fundamento del control parlamentario: se encuentra en que el Parlamento como representante del pueblo ejerce en su nombre la fiscalización del Gobierno.

---

maras de informes sobre el cumplimiento de aquéllas. También la creación de la Oficina presupuestaria de las Cortes Generales por Ley 37/2010 puede colaborar en esta dirección. Véase GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., 2010, pp. 183 y ss., y 2011, pp. 59 y s. y 78 y ss.

<sup>31</sup> Art. 170 de la Constitución de Suiza de 1999: «Evaluación de la eficacia. La Asamblea Federal velará por que se evalúe la eficacia de las medidas tomadas por la Confederación». En el artículo 47-2 de la Constitución francesa, tras la reforma de 2008, la evaluación de las políticas públicas aparece unida al control parlamentario. Véase GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *CPD*, 2008, p. 99.

Hemos denunciado la inadecuación de los instrumentos de control utilizados en las Cortes Generales en la actualidad:

– las preguntas orales en Pleno, que permiten una mayor repercusión mediática, son utilizadas también por la mayoría que apoya al Gobierno<sup>32</sup>, sin que su objeto sea controlar sino permitir el lucimiento del Gobierno al brindar información o incidir en los logros conseguidos;

– en cuanto a las preguntas para respuesta escrita, su volumen (que crece exponencialmente en cada legislatura, alcanzando 104.313 en la IX, de 2008 a 2011) ahoga su posible utilidad como instrumento de control e información, porque impide distinguir el grano de la paja;

– las interpelaciones se han convertido en preguntas ampliadas, en cuyo debate en el Congreso de los Diputados, por acuerdo de los propios grupos, ya no intervienen los grupos no interpelantes. La ausencia casi total de parlamentarios (como por otra parte también de los representantes de los medios de comunicación) en el salón de sesiones al final de una sesión de control, en la que no se producen votaciones, no favorece el interés por este instrumento, que se convierte en un diálogo de sordos o sucesión de monólogos entre un parlamentario y un ministro ante una Cámara casi desierta.

Aquí como en la función legislativa, el Parlamento no debe caer en la tentación de olvidar que es algo distinto del Gobierno, aunque comparta la misma filiación política. La oposición denuncia que la mayoría impide (en uso legítimo del Reglamento, cabría añadir) la celebración de comparecencias o dificulta la creación de Comisiones de Investigación, de forma que el Parlamento no podrá ejercer su función de control.

En este sentido debe ser revisado el texto constitucional para tratar de reforzar lo que se ha dado en llamar el estatuto de la oposición<sup>33</sup>: reserva en su caso de instrumentos de control en exclusiva y de algún punto en el orden del día<sup>34</sup>, comisiones de investigación que no queden totalmente en manos de la mayoría (en un doble papel de controladora y controlada) en cuanto a creación, plan de trabajo y conclusiones. Con frecuencia se cita el ejemplo de las

---

<sup>32</sup> Una corrección al sistema de cupos en función del tamaño del grupo, en el trámite de las preguntas orales en Pleno, se introdujo por la *Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 10 de junio de 2008, sobre desarrollo del artículo 188 del Reglamento, relativo a preguntas para respuesta oral en Pleno*, que al menos sitúa en un plano de igualdad a los dos grupos mayores, cualquiera que sea el que se oponga al Gobierno, cuyos diputados formularán diez preguntas.

<sup>33</sup> Véase SÁNCHEZ NAVARRO, A., 1997 y 1995, LÓPEZ AGUILAR, J. F., 1991. Para las reformas introducidas en 2008 en la Constitución francesa, los trabajos de SÁNCHEZ NAVARRO, A., *CPD*, 2008, y GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *CPD*, 2008.

<sup>34</sup> Véase el ejemplo del artículo 176 de la Constitución portuguesa.

Constituciones alemana y portuguesa<sup>35</sup> o los más cercanos de Castilla y León y Cataluña<sup>36</sup>, que dan más oportunidades a la minoría. También puede incluirse una referencia al seguimiento por el Parlamento de sus resoluciones de *indirizzo*, proposiciones no de ley y mociones, por ejemplo, el informe periódico del Gobierno sobre su cumplimiento.

No olvidemos que las eventuales reformas que dejaran más margen a la oposición deberían ir acompañadas de un uso responsable de las facultades concedidas, que no las utilice con fines exclusivamente demagógicos para desestabilizar al Gobierno, intentando buscar un equilibrio entre un control responsable y un dejarse controlar responsablemente.

A su vez, el «contracontrol» por la mayoría, el uso del «y tú más» como única respuesta a la crítica, es negativo para la visión de la institución parlamentaria por la opinión pública. Pero aquí entramos de nuevo en la realidad política, y la actuación de sus actores no es fácil de cambiar con normas, y mucho menos constitucionales. Aquéllos deben ser conscientes de que el régimen parlamentario es aquel en el que el Gobierno, aparte de contar con la confianza del Parlamento, tiene que gobernar ante él, dando permanentemente cuenta al mismo de su actuación, y que esta *accountability* es la finalidad de los instrumentos de control.

La relación de responsabilidad del Gobierno con el Congreso de los Diputados aparece regulada en los artículos 112 a 114 de la Constitución (cuestión de confianza y moción de censura como mecanismos para derribar al Gobierno, que hallan su contrapartida en el derecho de disolución reconocido por el artículo 115 al Presidente del Gobierno) imponiendo las restricciones propias de un régimen parlamentario racionalizado. La escasez de su uso en trein-

---

<sup>35</sup> Art. 44.1 de la Ley Fundamental de Bonn: «El *Bundestag* tiene el derecho y, a petición de una cuarta parte de sus miembros, el deber de nombrar una Comisión de investigación encargada de reunir las pruebas necesarias en sesiones públicas. Podrá excluirse la presencia de público». Art. 178 de la Constitución de la República portuguesa: «4. Sin perjuicio de su constitución conforme a las condiciones generales, las comisiones parlamentarias de investigación se constituyen obligatoriamente siempre que así se reclame por una quinta parte de los Diputados en el ejercicio efectivo de sus funciones, hasta el límite de una por Diputado y por periodo de sesiones legislativas».

<sup>36</sup> Art. 50 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León: «1. La creación de una Comisión de Investigación sobre cualquier asunto de interés público podrá ser solicitada por la Junta de Castilla y León, por dos grupos parlamentarios o por un quinto de los miembros de las Cortes. 2. Admitida la solicitud por la Mesa de las Cortes, se ordenará su publicación en el *Boletín Oficial de la Cámara*. Transcurridos quince días desde la fecha de la publicación sin que ningún grupo parlamentario manifieste su oposición, se entenderá creada la Comisión solicitada, de lo que el Presidente dará cuenta al Pleno de la Cámara. 3. Si algún grupo parlamentario manifestase su oposición a la creación de la Comisión, esta se sustanciará ante el Pleno de la Cámara y no se creará la Comisión si se opondrá la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara (...). Véase también el Reglamento del Parlamento de Cataluña, art. 58.3. «El Parlamento debe crear una comisión de investigación si lo solicitan una tercera parte de los diputados o tres grupos parlamentarios; los proponentes sólo pueden presentar una propuesta vinculante cada año».

ta y cinco años de vigencia de la Constitución (dos cuestiones de confianza, en 1980 y 1990, y dos mociones de censura, en 1980 y 1987, todas ellas sin consecuencias y hace más de veinte años) induce a pensar que, aunque pudieran ser revisadas en su formulación, en esencia su regulación se ha revelado adecuada a los fines pretendidos, y lo será más aún si llega a resquebrajarse el bipartidismo casi pleno que ha permitido mayorías estables.

Cuestiones a plantearse en caso de reforma, no obstante, serían:

– La posibilidad de que la cuestión de confianza verse sobre un proyecto de ley, aunque por el escaso uso de este instrumento no parece que requiera de modificación.

– La reprobación de los ministros, introducida por vía de práctica pertinaz, en el sentido de ir conquistando posiciones pese a las dudas sobre su admisibilidad constitucional, hasta llegar a la aprobación de una única reprobación ministerial, la de la Ministra de Fomento Magdalena Álvarez por el Senado el 18 de diciembre de 2007, obviamente sin trascendencia jurídica alguna por no estar constitucionalmente prevista. Creo que no debe variarse la configuración constitucional de la responsabilidad del Gobierno como solidaria (art. 108) y personalizada en su Presidente (arts. 112 a 114), con los requisitos limitativos de la moción de censura.

– Por otra parte, el escaso juego que se ha dado a la censura excluye la necesidad de agravamiento de sus requisitos, alguno tan liviano como la prohibición de no presentación por los mismos signatarios de una moción de censura en un mismo periodo de sesiones.

– La disolución anticipada de las Cámaras por el Presidente del Gobierno sí se ha utilizado como instrumento habitual para concluir las legislaturas, aunque en muchos casos se tratara de las llamadas disoluciones técnicas, que prácticamente agotan el mandato parlamentario.

– Como sabemos, dos puntos son los más controvertidos en la regulación constitucional de la disolución: la posibilidad de disolver las dos cámaras, incluyendo al Senado, que no participa en la relación de confianza-responsabilidad (tema cuyo debate forma parte de una eventual reforma del Senado estudiada en otro lugar), y el plazo de un año desde la disolución anterior. Estos elementos podrían ser objeto de reflexión en una reforma constitucional.

Cierra el Título V de la Constitución la regulación de los llamados estados de anomalía constitucional, alarma, excepción y sitio, en el artículo 116, que contempla las atribuciones del Congreso como controlador de un poder exorbitante del Ejecutivo. También aquí la escasa aplicación de estos preceptos parece hacer innecesaria su reforma. Sólo se ha declarado el estado de

alarma por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, por quince días, cuya prórroga por otros treinta fue autorizada por el Congreso de los Diputados el 16 de diciembre (Real Decreto 1717/2010)<sup>37</sup>.

## 2.4 Función financiera

Adoptamos esta denominación para una función de las Cámaras que trasciende claramente a la aprobación de los presupuestos enunciada en el artículo 66.2 de la Constitución, y cuya importancia, más allá de lo previsto en el artículo 134, se desarrolla a lo largo del Título VII, *Economía y Hacienda*:

- Reserva mediante ley al sector público de recursos o servicios esenciales y acuerdo de intervención de empresas, también mediante ley (art. 128)<sup>38</sup>
- Regulación asimismo por ley de otras materias previstas en los artículos 129, 131, 132 y 133.
- Dependencia de las Cortes Generales del Tribunal de Cuentas, art. 136.

Tal vez sea ésta la función de las Cámaras –tan afectada por las recientes circunstancias que han hecho tambalearse nuestro sistema financiero<sup>39</sup>– merecedora de un análisis más amplio y sosegado, en el supuesto de una reforma

---

<sup>37</sup> Se plantearon algunas dudas en relación con la prórroga –que alcanzaba al mes de enero, fuera de período ordinario de sesiones conforme al art. 73 de la Constitución– y con la interpretación del art. 116.5, que requiere que no se interrumpa el funcionamiento de las Cámaras, como el de los demás poderes del Estado, durante la vigencia de los estados de anomalía constitucional. Se entendió innecesario articular algún mecanismo que permitiera mantener las Cámaras convocadas; en el caso de que surgiera la necesidad de adoptar alguna decisión, bastaba con recurrir a los instrumentos ordinarios de convocatoria del Pleno previstos en el artículo 73 (sesiones extraordinarias). Sin más intervenciones del Congreso, el 15 de enero de 2011, a las 24 horas, decaía el primer estado excepcional que ha tenido lugar bajo la Constitución de 1978. Véase PASCUA MATEO, F. y GALINDO ELOLA-OLASO F., *Portal de la Constitución*.

<sup>38</sup> La reserva de ley no garantiza la intervención del Parlamento salvo para la convalidación por el Congreso, véase el Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y otras sociedades que componen el grupo «Rumasa, S.A.», y la STC 111/1983, de 2 de diciembre.

<sup>39</sup> Incluso desde antes, véanse las competencias en relación con la aprobación del objetivo de estabilidad presupuestaria establecido por la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria. En la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que desarrolla el nuevo artículo 135 de la Constitución, se regula la competencia del Congreso para autorizar el déficit estructural en situaciones extraordinarias (art. 11), la autorización por ley al Estado y las Comunidades Autónomas para emitir deuda pública o contraer crédito (art. 13), la aprobación por las Cortes Generales de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública (art. 15.6) y del plan económico-financiero y el plan de reequilibrio de la Administración Central (art. 23.2), además del eventual recurso al artículo 155 de la Constitución, con la aprobación de la mayoría absoluta del Senado, para adoptar medidas de cumplimiento forzoso para las Comunidades Autónomas (art. 26).

constitucional. Pero su conexión con las consecuencias de nuestra pertenencia a la Unión Europea y la técnicamente no muy afortunada, en cuanto a su procedimiento y resultado, reforma del artículo 135, que por sí sola ha sido objeto de especial atención<sup>40</sup>, hacen que sea más adecuado un tratamiento detenido en otro lugar.

Apuntaremos sólo la conveniencia de que se sistematizaran de alguna forma las nuevas competencias de las Cámaras, que se aclarara en el artículo 134.6 que la conformidad del Gobierno para la tramitación de enmiendas que supongan aumento de gasto o disminución de ingresos no se refiere al proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>41</sup> y que se revisara la regulación constitucional –y legal– del Tribunal de Cuentas, con la debida autocontención, para dotar a esta institución de mayor operatividad en los fines para los que está concebida y debe perseguir.

## 2.5 Función internacional

También ha experimentado una transformación considerable la función de las Cortes Generales en materia internacional, y no sólo como consecuencia de nuestra pertenencia a la Unión Europea, sino también a causa de los compromisos derivados de nuestra relación con otros organismos internacionales, de la evolución que han experimentado los conflictos y de la globalización.

¿Habría que replantearse la ausencia de una profesión de no beligerancia en el Preámbulo o la exclusión de la guerra no defensiva<sup>42</sup>? Probablemente no sea necesario, y quizá el artículo 10.2 con su remisión a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sea suficiente, pero está claro que el escenario ha cambiado desde 1978 y que a la luz de estos cambios debe revisarse la intervención del poder legislativo. Se trataría de incluir en el propio Capítulo Tercero del Título III, ampliado desde su objeto actual referido a los tratados internacionales, distintas cuestiones, por ejemplo –sin pretensión de exhaustividad– los puntos siguientes:

a) Además de revisar la redacción del artículo 63.3 (autorización de las Cortes Generales al Rey para declarar la guerra y hacer la paz, los conflictos

---

<sup>40</sup> Puede verse GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *TYRC*, 2012, pp. 165-198, y *CPr*, 2013, pp. 94-105, así como GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M. A., 2013.

<sup>41</sup> Véase, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., 2000, pp. 69-70; y 2006, pp. 285 y ss.

<sup>42</sup> El art. 6.º de la Constitución de 1931 declaraba: «España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional».



armados hoy no se declaran formalmente), podría incluirse en la Constitución (como ocurre en la francesa<sup>43</sup>) la autorización del Congreso para el envío de tropas al exterior, regulada por la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional<sup>44</sup>, y que merecería en el texto constitucional al menos una remisión a la ley y a las obligaciones derivadas de nuestros compromisos con organizaciones internacionales, asimismo contempladas en la Ley Orgánica como condición para las misiones en el exterior<sup>45</sup>.

b) El artículo 93, concebido y ratificado por el Tribunal Constitucional<sup>46</sup> como bisagra que da paso al ordenamiento comunitario, debería ser objeto de una revisión actualizada, incluyendo una referencia a nuestra pertenencia a la Unión Europea<sup>47</sup> y prestando especial atención al inciso relativo al cumplimiento de los tratados a la luz del Estado autonómico.

---

<sup>43</sup> Art. 35 Constitución francesa: «La declaración de guerra será autorizada por el Parlamento.//El Gobierno informará al Parlamento sobre su decisión de hacer intervenir a las fuerzas armadas en el extranjero, a más tardar tres días después del inicio de la intervención. Concretará los objetivos perseguidos. Esta información podrá dar lugar a un debate que no será objeto de ninguna votación.//Cuando la duración de la intervención exceda de cuatro meses, el Gobierno someterá su prolongación a la autorización del Parlamento. Podrá pedir a la Asamblea Nacional que decida en última instancia.//Si el Parlamento no está en período de sesiones al vencimiento del plazo de cuatro meses, se pronunciará a la apertura del siguiente período de sesiones».

<sup>44</sup> *Artículo 17 Autorización del Congreso de los Diputados* 1. Para ordenar operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, el Gobierno realizará una consulta previa y recabará la autorización del Congreso de los Diputados. 2. En las misiones en el exterior que, de acuerdo con compromisos internacionales, requieran una respuesta rápida o inmediata a determinadas situaciones, los trámites de consulta previa y autorización se realizarán mediante procedimientos de urgencia que permitan cumplir con dichos compromisos. 3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, cuando por razones de máxima urgencia no fuera posible realizar la consulta previa, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados lo antes posible la decisión que haya adoptado para la ratificación, en su caso. *Artículo 18 Seguimiento de las operaciones* El Gobierno informará periódicamente, en un plazo en ningún caso superior a un año, al Congreso de los Diputados sobre el desarrollo de las operaciones de las Fuerzas Armadas en el exterior.

<sup>45</sup> *Artículo 19 Condiciones* [de las misiones en el exterior] Para que las Fuerzas Armadas puedan realizar misiones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, se deberán cumplir las siguientes condiciones: a) Que se realicen por petición expresa del Gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrollen o estén autorizadas en Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o acordadas, en su caso, por organizaciones internacionales de las que España forme parte, particularmente la Unión Europea o la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), en el marco de sus respectivas competencias. b) Que cumplan con los fines defensivos, humanitarios, de estabilización o de mantenimiento y preservación de la paz, previstos y ordenados por las mencionadas organizaciones. c) Que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas y que no contradigan o vulneren los principios del derecho internacional convencional que España ha incorporado a su ordenamiento, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución.

<sup>46</sup> Véanse las Declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de determinadas disposiciones del Tratado de Maastricht (Decl. 1/1992, especialmente FJ 4) y del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Decl. 1/2004, en particular FJ 2).

<sup>47</sup> Pueden verse las propuestas del Consejo del Estado en el Informe sobre modificaciones de la Constitución española, en *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, cit., esp. pp. 109 y s. El Consejo de Estado opta por la inclusión de un nuevo Título en la Constitución, en lugar de un artículo 93 bis.

c) El artículo 94 (autorización de las Cortes Generales para los tratados de especial trascendencia) no ha planteado especiales dificultades, salvo el intento único de su sustitución por un decreto-ley (R. D-ley 14/1998, de 9 de octubre, tramitado como Ley 13/1999, de 21 de abril, de adhesión de España a diversos acuerdos del Fondo Monetario Internacional), que el Tribunal Constitucional afortunadamente frenó por la sentencia 155/2005, de 9 de junio, declarando que el artículo 74.2 de la Constitución establece un procedimiento parlamentario específico, distinto del procedimiento legislativo ordinario, caracterizado por que se potencia la posición del Senado<sup>48</sup>.

d) El artículo 95 (consulta al Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de un tratado internacional, control previo de constitucionalidad), por su parte, parece haberse mostrado útil y operativo en las dos ocasiones en que se ha aplicado, cuyo resultado han sido las Declaraciones que se citan en nota 46.

e) El artículo 96 no parece tampoco haber planteado problemas, aunque tal vez fuera el lugar adecuado para incluir una referencia a la aplicación del derecho comunitario, si no se incorporara un Título sobre la Unión Europea, como propone el Consejo de Estado en el Informe citado.

## 2.6 Función de integración de otros órganos

Dispersa en el articulado constitucional encontramos la intervención de las Cámaras en la integración de otros órganos constitucionales o de relevancia constitucional, señaladamente el Defensor del Pueblo (art. 54), el Consejo General del Poder Judicial (art. 122.3), el Tribunal de Cuentas (art. 136) y el Tribunal Constitucional (art. 159).

Cuando la Constitución o la ley atribuyen a una Cámara parlamentaria la designación de autoridades o de miembros de órganos colegiados, tal atribución suele responder a una doble justificación, consistente en dotar al titular o miembro designado de legitimación e independencia, cualidades a su vez íntimamente relacionadas. En efecto, la designación parlamentaria dota de legitimidad democrática al órgano designado, que lo es mediante una elección indirecta o de segundo grado, siendo el Parlamento el órgano representativo del pueblo elegido en una elección directa.

---

<sup>48</sup> Este procedimiento, añade el Tribunal Constitucional, es el único válido para otorgar la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución, y al mismo tiempo, tal autorización debe ser su único objeto, siendo improcedente para la formación de otras voluntades parlamentarias, para lo que se estará a los mecanismos ordinarios. Véase sobre este punto SERRANO ALBERCA, J. M. y GONZÁLEZ ESCUDERO, A., *Portal de la Constitución*.

Pero también se suele pretender dotar de independencia a los miembros y al propio órgano designado, en particular con respecto al poder ejecutivo, que podría pretender nombrar a personas afines e influir posteriormente en sus actuaciones. En los últimos tiempos han proliferado las llamadas Administraciones independientes, altos órganos de control de determinados sectores (mercado de valores, comunicaciones, radiotelevisión pública) en la designación de cuyos miembros participan de alguna forma<sup>49</sup> las Cámaras precisamente para dotarles de ese carácter.

Al exigir mayorías cualificadas o agravadas, se trata de evitar que el partido político que en un momento dado cuenta con la mayoría en el Parlamento pueda reservarse el nombramiento de todos los cargos, siendo necesario para alcanzar aquélla la negociación entre distintos grupos parlamentarios y el acuerdo sobre una composición plural del órgano a elegir. Las mayorías agravadas pretenden, por tanto, la protección y participación de las minorías.

Es de todos sabida la problemática que ha rodeado a esta función parlamentaria en los años de vigencia de la Constitución, hasta el punto de considerarse una de las causas que colaboran en el descrédito de las instituciones. Como escribía en otro lugar<sup>50</sup>, la consecuencia inmediata de la atribución a las Cámaras de la designación de titulares de cargos o miembros de órganos colegiados es la politización de estos nombramientos. Las Cámaras son órganos políticos, sus decisiones son decisiones políticas y sus actores, parlamentarios

---

<sup>49</sup> La Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (arts. 2 y 3) establece la comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados de España previa al nombramiento por el Gobierno del Presidente del Consejo de Estado o de los máximos responsables de los organismos reguladores o de supervisión, entre otros cargos. Algunos órganos respecto de cuya integración o designación de cargos se prevé la comparecencia ante una Comisión o la expresión de criterio por la misma son: Adjuntos al Defensor del Pueblo, conformidad previa por la Comisión Mixta para las relaciones con el Defensor del Pueblo, arts. 2.6 y 8.2 de la Ley Orgánica 3/1981; Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear, aceptación por la Comisión correspondiente del Congreso por mayoría de tres quintos, art. 5 de la Ley 15/1980; Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, art. 49 de la Ley 7/2010; Observatorio de la vida militar, art. 53 de la Ley Orgánica 9/2011; información a la Comisión competente del Congreso con carácter previo al nombramiento del Gobernador del Banco de España, art. 24.1 de la Ley 13/1994; Presidente y Consejeros de la Comisión Nacional de la Competencia, previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos de los candidatos propuestos, art. 29 de la Ley 15/2007; Presidente y Consejeros de los organismos reguladores (Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal y Comisión Nacional del Juego), previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos, art. 13 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible; Fiscal General del Estado, comparecencia previa ante la comisión competente del Congreso de los Diputados, art. 29 de la Ley 3/1980, modificado por la Ley 24/2007.

<sup>50</sup> GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Asamblea*, 2012, p. 12.

y grupos –trasunto de los partidos–, se mueven por criterios de esta naturaleza. Ello da lugar a que los mecanismos de integración de órganos previstos constitucional o legalmente no siempre funcionen correctamente, produciéndose desviaciones y bloqueos.

No voy a extenderme aquí en lo analizado con detalle en aquel trabajo, donde se exponen los males (mayorías cualificadas: del consenso a las cuotas por partidos; la falta de consenso: bloqueos institucionales) y sus intentos de remedio legislativo, del que el más sangrante, como muestra de que puede alterarse todo varias veces para llegar al mismo resultado, es el repetido cambio en la regulación legal del nombramiento de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, la última por Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, que introduce un nuevo Libro VIII en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.

¿Es necesaria la reforma constitucional de los preceptos indicados al principio de este epígrafe, cuando el mal no está tanto en ellos cuanto en el comportamiento de los partidos políticos? Podría ser conveniente una redacción más clara, o una interpretación más valiente que la que realizó el Tribunal Constitucional en la sentencia 108/1996 (FJ 13)<sup>51</sup> –en recurso contra la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que atribuyó a las Cámaras el nombramiento de la totalidad de los miembros del Consejo– pero no es fácil poner puertas al campo, y sólo un cambio de actitud de los partidos podría enderezar la situación actual<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> «Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en este, atiendan solo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de estos. La lógica del estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el poder judicial.//La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. Ocurriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que ese precepto no es contrario a la Constitución».

<sup>52</sup> Puede verse también SANTAOLALLA, F. y PAULNER CHULVI, C., 2010, y GARCÍA ROCA, J. RGDC, 2012, quien formula algunas propuestas que habrían de ser debatidas: derogar la prorrogatio; regular con detalle en los Reglamentos parlamentarios un procedimiento electivo en las Comisiones de nombramientos; mantener actualizada una lista de candidatos que respondan a un perfil objetivo; derogar el mandato del art. 16.5 LOTC («Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación»); recobrar el sentido integrador de las mayorías cualificadas o al menos reconocer una facultad de veto de los grupos; introducir una regulación específica de las recusaciones y abstenciones. Si no bastara, ensayar la

## 2.7 El funcionamiento de las Cortes Generales: normas constitucionales

El repaso de la regulación constitucional del poder legislativo o –en términos más precisos, como aclaran J. de Esteban y P. González Trevijano<sup>53</sup>– poder parlamentario no debe olvidar que el Título III de la Constitución contiene algunas reglas sobre la organización y funcionamiento de las Cámaras:

a) La regulación constitucional de periodos de sesiones ordinarias y sesiones extraordinarias (art. 73) hoy no es comprendida por la ciudadanía, y menos si se emplea la expresión tradicional *vacaciones parlamentarias*. Supuesta la pervivencia de la necesidad originaria –muy aminorada por la transformación de las comunicaciones– de que los parlamentarios atiendan a su circunscripción y de que el Gobierno disponga también de algún tiempo para trabajar sin que le distraigan sus compromisos parlamentarios semanales, parece ineludible al menos reducir –si no eliminar– los períodos de no sesiones, suprimiendo el mes de julio de entre los inhábiles, lo que ya ha venido haciéndose en la práctica por vía de sesiones extraordinarias, según la necesidad legislativa o la presión de la opinión pública y de los medios de comunicación.

b) Aprovecho esta ocasión para recordar por enésima vez el incumplimiento de la previsión constitucional (art. 72.2) de que se dicte por ambas Cámaras un Reglamento de las Cortes Generales regulador de sus sesiones conjuntas y –en los borradores que se han manejado– de algunas otras actividades en común, como las comisiones mixtas o las delegaciones en asambleas internacionales. La necesidad de que esta norma se elabore y apruebe cuando no sea necesaria su aplicación en relación con el Título II de la Constitución se ha puesto de manifiesto últimamente con ocasión de acontecimientos tan relevantes como la abdicación del Rey y la proclamación de su sucesor ante las Cámaras.

c) El artículo 75, al prever la delegación legislativa en las comisiones permanentes, podría incluir la referencia a que se hiciera para cada ley, evitando que, por dudoso<sup>54</sup>, se mantenga la vigencia del artículo 148.1 del Reglamento del Congreso, que ha convertido en ordinario este procedimiento especial, al presumirse el acuerdo plenario de delegación en materia constitucionalmente delegable.

---

*supresión de la renovación escalonada y proceder a una elección conjunta (propuesta drástica que, a mi entender, no resolvería gran cosa).*

<sup>53</sup> ESTEBAN, J. DE; GONZÁLEZ TREVIJANO, P., 1994, pp. 390-391.

<sup>54</sup> La duda sobre la constitucionalidad de este precepto deriva de su posible contradicción con el artículo 79.3 CE, según el cual el voto de senadores y diputados es personal e indelegable. Véase GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., 2006, pp. 106-107.

*d)* Sobre el artículo 74.2, la posible extensión de la Comisión Mixta paritaria para solventar desacuerdos entre Congreso y Senado dependerá de las decisiones que se adopten en torno a la reforma de la Segunda Cámara, que exceden del objeto de este trabajo, pero avanzo mi parecer favorable con algunas cautelas para no dilatar el procedimiento, en particular el legislativo, en el que pueden articularse mecanismos para aproximar posiciones frente al automatismo actual sí/no del momento final del procedimiento.

*e)* En las Comisiones de investigación, a las que ya nos hemos referido al tratar de la función de control, cabe una reflexión a la luz de la experiencia de estos años sobre su posible coincidencia con la investigación judicial.

*f)* El artículo 77, que contempla una especialidad en el derecho de petición que en realidad no ofrece más particularidad que la prohibición de presentación a las Cámaras por manifestaciones ciudadanas, puede salir de este Título para encuadrarse en la regulación general del derecho, salvo que se le dote de mayor contenido y se opte por unirlo sistemáticamente a las formas de participación popular (iniciativa legislativa y referéndum) como un instrumento más de acercamiento entre representantes y representados.

*g)* La Diputación Permanente (art. 78), órgano tan tradicional como de escasa funcionalidad, posee facultades mínimas entre sesiones (acordar la convocatoria de sesiones extraordinarias), lo cual hoy día es lógico, dada la facilidad de reunión de otros órganos, pero podrían revisarse las que posee en caso de disolución, dado que la única común a ambas Cámaras (velar por sus poderes cuando no estén reunidas) carece de significado específico.

*h)* El régimen de publicidad y adopción de acuerdos (arts. 80 y 79) debe mantenerse en el texto constitucional, aunque tal vez debiera retocarse la limitación impuesta a los Reglamentos parlamentarios para establecer mayorías especiales, salvo para la elección de personas, pues existe algún caso que excede de esta materia cuya constitucionalidad no se ha cuestionado.

### 3. RECAPITULACIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS PARA LA REFLEXIÓN O LA REFORMA

Llegados a este punto, y prácticamente agotado el espacio otorgado por los coordinadores de esta obra, se me permitirá que recapitule casi telegráficamente las propuestas que se han aportado a lo largo de este trabajo, bien para apoyarlas, bien para suscitar una reflexión en torno a las mismas, además de alguna otra de adaptación concreta del articulado constitucional en caso de reforma.

Esta suerte de resumen conclusivo no es exhaustivo, y deberá completarse con lo expuesto en el texto, en el que por otra parte en ocasiones se puede percibir mi opinión no plenamente favorable a la reforma.

### 3.1 Función legislativa

Revisión de los artículos relativos al *procedimiento legislativo* (arts. 87-91) para concretar o eliminar la referencia a la prioridad debida a los proyectos de ley (art. 89), que puede sustituirse por la reserva al Gobierno de puntos en el orden del día, actualmente de previsión reglamentaria; introducción de la Comisión Mixta paritaria como medio de resolución de las discrepancias entre las Cámaras (art. 90), sin perjuicio de otras modificaciones que puedan proponerse para mejorar el papel del Senado en el procedimiento legislativo<sup>55</sup>, como la ampliación de plazo o la eventual intervención en primer lugar. Posible introducción de una referencia a la evaluación legislativa como función de las Cámaras.

Adaptación del plazo de *convalidación de los decretos-leyes* por el Congreso de los Diputados a la interpretación *contra constitutionem* vigente: treinta días siguientes a su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y no a su promulgación, como establece el texto constitucional.

Incremento de la *participación de los ciudadanos*: mediante referéndum, posible introducción del referéndum abrogatorio, con las debidas limitaciones; ampliación de la iniciativa a materia constitucional, art. 166, eliminación de materias excluidas de la iniciativa legislativa, disminución del número de firmas exigidas, constitucionalización de la defensa de las proposiciones por sus promotores en el trámite de toma en consideración; posible inclusión de una referencia a la participación ciudadana en el procedimiento legislativo (audiencias).

### 3.2 Función de control y responsabilidad del Gobierno

Revisión de la regulación de los *instrumentos de información y control* (arts. 109-111) para reservarlos en esencia a la oposición (en el marco de su estatuto constitucional), con posible reconocimiento del parlamentario individual (reserva de orden del día a *backbenchers*, por ejemplo).

---

<sup>55</sup> Puede verse al respecto GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., 2010, pp. 87-111.

## ■ REPENSAR LA CONSTITUCIÓN. IDEAS PARA UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN...

Posible inclusión de las *interpelaciones al Presidente del Gobierno*, caballo de batalla en todas las inconclusas reformas del Reglamento del Congreso.

Revisión de la regulación de las *Comisiones de investigación* (creación, compatibilidad con los procedimientos judiciales).

Revisión de la regulación de la relación de *confianza-responsabilidad* del Gobierno, en el sentido contemplado en el texto.

### 3.3 **Función financiera**

Sistematización de las competencias de las Cortes Generales en materia de economía y hacienda, revisión del nuevo artículo 135 y ajustes en el artículo 134, así como fortalecimiento del papel del Tribunal de Cuentas.

### 3.4 **Función internacional**

Inclusión de la autorización parlamentaria para el envío de tropas al exterior y alusión a compromisos internacionales.

Inclusión de referencia a la Unión Europea y al ordenamiento comunitario.

### 3.5 **Función de integración de órganos**

Posible introducción de alguna cautela dificultativa del sistema de cuotas en la provisión de cargos.

Concreción de la forma de nombramiento de miembros «judiciales» del Consejo General del Poder Judicial.

### 3.6 **Organización y funcionamiento de las Cámaras**

Eliminación o reducción de los períodos parlamentarios inhábiles (art. 73).

Especificación de que la delegación legislativa en Comisión ha de ser individualizada para cada proyecto de ley (art. 75).

Cambio de ubicación del artículo 77 (peticiones ante las Cámaras) a derechos fundamentales, o bien dotación de contenido a este derecho, como instrumento de participación ciudadana.



#### 4. CONCLUSIÓN

Comenzaba este trabajo expresando mi parecer contrario a la necesidad y oportunidad de una reforma amplia de la Constitución, dado que no concurren las condiciones de consenso para llevarla a cabo. Sin embargo, al pasar revista a los déficits en las funciones de las Cortes Generales, en particular la de representación, se ha ido detectando un número respetable de reformas posibles –unas en mayor medida que otras– o de pequeños retoques que podrían actualizar o mejorar técnicamente nuestro texto constitucional, como se desprende del apartado de recapitulación, pese a que no recoge todas las reformas apuntadas a lo largo del trabajo.

Ello no empece que siga manteniendo mi opinión primera, pero a la vez considero útil avanzar en la reflexión académica sobre nuestra Constitución, que ha permitido el funcionamiento del sistema político durante treinta y cinco años, para el momento en que se decida desde otras instancias acometer una revisión de la misma.

#### 5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR NACHER, I., «Ciberactivismo y Parlamento; movimientos sociales e iniciativas ciudadanas por la transparencia y la participación», en RUBIO NÚÑEZ, R. (Coord.), *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Madrid, 2014, pp. 323-361.
- AGUILÓ LUCIÀ, L., «El Parlamento en el umbral del siglo XXI», *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, n.º 4 extraordinario, 1997, pp. 15-38.
- CAMPOS DOMÍNGUEZ, E., «Historia, concepto y evolución del Parlamento 2.0», en RUBIO NÚÑEZ, R. (Coord.), *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Madrid, 2014, pp. 31-60.
- CHANDERNAGOR, A., *Un parlement pour quoi faire*, Paris, 1967.
- COELLO DE PORTUGAL, J. M., «Parlamento, Derecho parlamentario y nuevas tecnologías, ¿una discusión nueva?», en RUBIO NÚÑEZ, R. (Coord.), *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Madrid, 2014, pp. 61-138.
- DE ESTEBAN, J., «La situación del parlamento en las sociedades industriales», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 159-169, 1968.
- «El prodigio de Podemos», *El Mundo*, 27 de mayo de 2014.
- DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *Curso de Derecho Constitucional*, vol. III, Madrid, 1994.
- DÍEZ NICOLÁS, J., «La globalización y las crisis», *ABC*, 11 de abril de 2014.
- DUVERGER, M., «Apogée et déclin du système parlementaire», *Les cahiers du Centre d'Études Socialistes*, 1963.

- FERNÁNDEZ MIRANDA, A., «Sobre la reforma del Senado», en *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, F. Rubio Llorente y J. Álvarez Junco (Eds.), Madrid, 2006.
- GARCÍA MEXÍA, P., «La ética pública, perspectivas actuales», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 114, 2001.
- GARCÍA MORILLO, J., «El Parlamento en la era global», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 1, 1997, pp. 77-100.
- GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos*, Madrid, 1986.
- GARCÍA ROCA, J., «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 15, 2012.
- GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M. A., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Cizur Menor, 2013.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *La iniciativa legislativa del Gobierno*, Madrid, 2000.
- «Parlamento y futuro: los retos de la institución parlamentaria», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 18, enero-abril 2003, pp. 192-205.
- *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, Madrid, 2006.
- «La revitalización del parlamento en la reforma constitucional francesa de 2008», *Cuadernos de Derecho público. Cuadernos de Derecho Público*, n.º 34-35, 2008.
- «Las funciones de un futuro Senado: cuestiones resueltas en el Informe del Consejo de Estado», en GARCÍA ROCA, J. Y ALBERTÍ, E., (Coords.), *Treinta años de Constitución, Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, 2010, pp 87-111.
- *Técnica legislativa y seguridad jurídica*, Cizur Menor, 2010.
- *Manual de Técnica Legislativa*, Cizur Menor, 2011.
- «El parlamentario individual en un Parlamento de grupos: la participación en la función legislativa», *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 28, 2011.
- «La problemática de la integración de órganos por el Parlamento», *Asamblea*, n.º 27, 2012.
- «La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución (Especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional)», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, 2012, pp. 165-198.
- «Sobre la reforma del artículo 135 de la Constitución», *Crónica presupuestaria*, n.º 1, 2013, pp. 94-105.
- «De enmiendas homogéneas, leyes heterogéneas y preceptos intrusos. ¿Es contradictoria la nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre elaboración de las leyes?», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, 2013, pp. 199-236.
- GARRORENA MORALES, A., «Problemas actuales de la democracia representativa: ¿qué hacer?», accesible en <http://www.canal.uned.es/serial/index/id/107>.

- GRECIET GARCÍA, E., «El Parlamento como problema y como solución», *Asamblea*, n.º 26, 2012, pp 235-298.
- «Un Parlamento diferente», *El Diario.es*, 18 de abril de 2013.
- HAURIU, A., *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*, Barcelona, 1971.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparada*, Madrid, 1991.
- MICHELS, R., *Los partidos políticos 2. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Buenos Aires, 1979.
- NAVARRO MÉNDEZ, J. I., «Algunas propuestas para la mejora del rendimiento institucional de las Asambleas legislativas autonómicas españolas», *Asamblea*, n.º 29, 2013, pp. 65-96.
- PASCUA MATEO, F. y GALINDO ELOLA-OLASO F., «Sinopsis al artículo 116 CE», *Portal de la Constitución*, en [www.congreso.es](http://www.congreso.es).
- PENDÁS, B., «Formas de gobierno. Notas para un debate sobre el parlamentarismo adaptado», *Asamblea*, n.º 6, 2002.
- PITKIN, H. F., *El concepto de representación*, Madrid, 1985.
- PRESNO LINERA, M. A., «La voz del desafecto: razones y propuestas», <http://presnolinera.files.wordpress.com/2014/05/la-voz-del-desafecto.pdf>.
- RAMÍREZ, M., «Problemática actual del Parlamento», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 87, 1995, pp. 53-79.
- RUBIO LLORENTE, F., «Mesa redonda sobre el futuro de la institución parlamentaria», en GARORENA MORALES A. (Ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, 1990.
- «La representación política», en *La forma del poder*, vol. II, 3.ª ed., Madrid, 2012.
- «Defectos de forma», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 100, 2014.
- RUBIO LLORENTE, F. y ALVAREZ JUNCO, J. (Eds.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, Madrid, 2006.
- RUBIO NÚÑEZ, R. (Coord.), *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Madrid, 2014.
- SÁNCHEZ NAVARRO, A., *La oposición parlamentaria*, Madrid, 1997.
- *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Madrid, 1995.
- «Los grupos parlamentarios y la oposición en Francia», *Cuadernos de Derecho público* n.º 34-35, 2008.
- SANTAOLALLA, F. y PAUNER CHULVI, C., *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, 2010.
- SARTORI, G., «L'avenir des Parlements», *Bulletin SEDEIS*, n.º 74, 1964.
- «En defensa de la representación», en *La Constitución de 1978, veinte años después*, Madrid, 2011.
- SERRANO ALBERCA, J. M. y GONZÁLEZ ESCUDERO, A., «Sinopsis del artículo 94», en *Portal de la Constitución*, [www.congreso.es](http://www.congreso.es).

■ REPENSAR LA CONSTITUCIÓN. IDEAS PARA UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN...

TUDELA ARANDA, J., *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, Madrid, 2008.

VÍRGALA FORURIA, E., «Crisis de la representación y democracia directa en España», *Asamblea*, n.º 29, 2013.

# UNA SEGUNDA CÁMARA COMO ELEMENTO NECESARIO EN LA ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL

JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO  
Catedrático de Derecho Constitucional

## 1. INTRODUCCIÓN: EL SENADO COMO PROBLEMA RECURRENTE

En un tono crítico y no exento de cierto humor, Dostoyevski se refería en una de sus más conocidas novelas a «los temas rusos» para identificar aquellas grandes cuestiones que siempre finalizaban apareciendo en las tertulias, cuando se reunían tres o más de sus compatriotas. Ciertamente «los grandes temas rusos» no eran tan diferentes a los que pululaban en las conversaciones de mesa o de fuego de los ciudadanos de cualquier otra nacionalidad.

Pues bien, se puede afirmar que el Senado y la reforma del Senado en España se han convertido en «un tema ruso». El Senado, como institución inserta en unas Cortes Generales, que «representan al pueblo español» en su totalidad (art. 66.1 CE), y definida como una Cámara que debía comportarse de manera similar a un colegio de «representación territorial» (art. 69.1 CE). La insuficiencia e insatisfacción con la que el modelo constitucionalmente diseñado viene cumpliendo ese segundo mandato constitucional, que queda diluida en su acción dentro de la primera de las representaciones, lo han convertido, primero, en blanco de críticas doctrinales, con posterioridad, en objeto de debate entre fuerzas políticas y, finalmente, en objeto de rechazo en el común de las recientes manifestaciones ciudadanas. En este sentido, si hubiese que reducir a una idea básica la razón por la cual se ha criticado la Cámara alta españo-

la coincidiremos en el hecho de que se ha comportado como un mero doble del Congreso de los Diputados, y no ha llegado a actuar, con independencia de lo que ello sea, como *Cámara territorial*.

Como buen «tema ruso», el Senado, y su reforma, han emergido casi desde los inicios de la andadura constitucional entre las instituciones constitucionales más analizadas por la doctrina, hasta el punto de que cuesta trabajo encontrar un cultivador del Derecho público que no les haya dedicado unas líneas o una ponencia<sup>1</sup>. De Igual forma, ha entrado y salido, al menos, desde inicios de los años 90 de la agenda política, hasta que en la VIII Legislatura se convirtió en tema central de política gubernamental y se impulsó un consenso para reformar el articulado constitucional, incluyendo la remodelación del Senado<sup>2</sup>. Aún cuando, la tentativa se frustró por deficiencias en la negociación y por un claro desinterés de la oposición en la acción reformadora, la necesidad de remodelar el Senado ha continuado con más o menos sinceridad en el centro del debate programático de las diferentes fuerzas políticas.

Por último, una vez que el tema ha transitado por la académica y la vida política, ha llegado la sociedad para ejemplarizar los elementos disfuncionales del sistema constitucional y requerir su desaparición. En todo el proceso de rechazo de la política y de los políticos generado en los movimientos sociales iniciados en el año 2011, se ha convertido en uno de sus objetivos recurrentes la crítica del Senado y su composición, la incomprensión sobre sus funciones y, en general, se ha cuestionado su continuidad al considerarla una institución superflua<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Una panorámica de la implicación de la doctrina en el tema del Senado y su reforma se obtiene con simple repaso de la base de datos articulada por nuestra Segunda Cámara a través de su Biblioteca; se puede consultar on line en <http://www.senado.es/web/conocersenado/biblioteca/bibliografiasenado/index.html> (consultada el 1 de julio de 2014).

<sup>2</sup> Baste recordad que el candidato a la Presidencia del Gobierno en el discurso y debate de investidura propuso abordar entre otras reformas constitucionales la del Senado (Cfr. *DSCD*, Pleno, 2, de 15 de abril de 2004, pp. 18, 33 y 39, entre otras) y, con posterioridad, el Gobierno solicitó al Consejo de Estado la elaboración de un informe con propuestas para abordar tal reforma (Cfr. el texto en <http://www.consejo-estado.es>); para una crónica de este proceso BILBAO, J. M., «El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución», en *Reforma de los Estatutos de Autonomía y pluralismo territorial*, monográfico de *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 1, 2006, pp. 171 y ss. El fracaso de la reforma no ha impedido que en legislaturas posteriores el propio Senado haya articulado ponencias dirigidas a elaborar propuestas que permitan un cambio en el modelo de Cámara Alta; un análisis paralelo sobre los caminos seguidos por la doctrina y la política a la hora de afrontar la reforma del Senado, sistematizado por etapas, se encuentra localiza en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. J., *El debate sobre la reforma del Senado*, Madrid, 2004, especialmente, pp. 31 a 202. Y sobre la reforma, resulta conveniente la lectura de FERRI DURÁ, J., *El porvenir del Senado*, Madrid, 2009, pp. 403y ss.; y SÁEZ ROYO, E., «Parlamento, partidos y Estado autonómico: sobre la conveniencia de suprimir el Senado», *Revista de Derecho Político*, n.º 85, 2012, pp. 171y ss.

<sup>3</sup> Por ejemplo, además de una página en la red social Facebook dirigida a conseguir apoyos para «abolir el Senado» (<https://www.facebook.com/PorLaAbolicionDelSenadoEspanol?fref=ts>) y varias peticiones con recogida de firmas a través de plataformas electrónicas, algún popular programa de televisión

Una reflexión honesta sobre el Senado, su papel y su porvenir debe contar con todos esos elementos que en la actualidad le lleva a moverse en la frontera entre su desaparición o su conversión en algo sustancialmente diferente. Pero, en esta tarea resulta imposible olvidar la concurrencia de algunos datos de interés.

La crisis del Senado no se puede entender separada de la crisis a la que desde el año 2011 se enfrenta el sistema institucional de nuestro Estado constitucional. Una sensación de ruina institucional que ha alcanzado al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal de Cuentas, a la Jefatura del Estado y, por supuesto, a las Cortes Generales. Las Cortes se han convertido en un órgano disminuido dentro de un sistema político marcado por un fuerte liderazgo gubernamental, especialmente cuando se asienta en una cómoda mayoría<sup>4</sup>.

No obstante, también, pese a su limitación funcional, al Senado le ha afectado de manera indirecta la crisis de legitimación que sufre el Estado de las autonomías; es decir, si las tensiones territoriales han desprestigiado el modelo autonómico, la erosión y la falta de justificación se ha extendido como vasos comunicantes al órgano que entre sus características configuradoras encuentra la de encauzar la representación territorial. La doctrina jurídica viene cuestionando que desde los inicios de su actividad la Cámara configurada personal y competencialmente en la Constitución de 1978 resultara útil para transmitir los intereses de los entes territoriales (Comunidades Autónomas) en el proceso de la toma de decisión estatal. Esa inoperancia se convertía en la principal disfunción que con tímidas sugerencias doctrinales y a través de diversas vías se ha intentado corregir; normalmente, mediante la construcción de un perfil que lo conectase más con las necesidades autonómicas. La salvación del Senado sólo se entendía a través de un reforzamiento de su papel como Cámara de representación territorial. Como ha destacado Ferri Durá, el *cleavage* territorial actúa como seña de identidad y de continuidad de cualquier segunda Cámara<sup>5</sup>. Por lo tanto, un Estado de las Autonomías colocado en el punto de mira del proceso de equilibrio financiero y estabilidad económica, presionado por fuerzas centrífugas y centrípetas y sometido a un progresivo

---

ha contribuido al descrédito de la Cámara Alta (Cfr. el programa Salvados, entrevista al senador Xosé Manuel Pérez Bouza, en octubre de 2011).

<sup>4</sup> Sin entrar en el tema del control por las mayorías de la vida de las Cámaras y las quejas de la oposición por los abusos señalados en ciertas decisiones de sus mesas, o del predominio del Gobierno sobre la agenda legislativa, baste señalar el dato objetivo del perfil de la producción normativa registrada hasta el momento de redactar estas líneas en la X Legislatura. Se han aprobado 76 Leyes (20 leyes orgánicas y 56 ordinarias), 57 Decretos-leyes y un Decreto legislativo. En nuestro tema, tendríamos 57 normas gubernamentales que han entrado en vigor sin el consenso del Senado, independientemente de que algunas de ellas, con posterioridad a su convalidación por el Congreso de los Diputados, se hayan tramitado como Proyectos de ley.

<sup>5</sup> FERRI DURÁ, J., *El porvenir del Senado*, cit. nota 2, pp. 59 y ss.

proceso de pérdida de capacidad decisoria se sitúa en un proceso de redefinición, que afecta, se quiera o no, a la que debiera ser una de sus piezas básicas, el Senado. Con ello, en una suerte de paradoja la segunda Cámara se ve cuestionada tanto por lo que hace como por lo que no puede hacer.

Por lo demás, como destacara ya en su momento el diputado y profesor Solé Tura y resulta comúnmente reconocido, el Senado arrastra un problema de diseño constitucional, que le ha permitido comportarse como Cámara de perfeccionamiento de la labor parlamentaria, de asamblea de segunda lectura, de lugar de negociación y enmienda en cuestiones políticamente delicadas o de cuerpo de resistencia, cuando han variado levemente las mayorías predominantes en las dos Cámaras de las Cortes Generales. Pero no le ha permitido comportarse como una Cámara de las autonomías, pese a los intentos fácticos, como la creación del debate sobre estado de las autonomías, o las reformas de sus normas internas de funcionamiento<sup>6</sup>. En consecuencia, cualquier labor dirigida prestigiar y conferir sentido al Senado o una Cámara heredera de su papel institucional sólo puede verificarse a través de una revisión de la Constitución, quedando descartado cualquier otro intento reformista de naturaleza menor.

La aceptación de este paradigma pacífico en la doctrina y asentándose en la vida política lleva a la descripción de los dos modelos que con un cierto reconocimiento científico y político circulan en la actualidad. De un lado, la propuesta del Consejo de Estado, articulada a través del *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, de 16 de febrero de 2006<sup>7</sup>. Y, de otro lado, la que se encuentra en una propuesta de mayor calado auspiciada por la Fundación Alfonso Perales, en un texto titulado *Por una reforma federal del Estado Autonomico*<sup>8</sup>, y que, aunque de una manera muy general, parece se asumió en algunos de sus aspectos esenciales dentro de las conclusiones de la Conferencia Política celebrada por el PSOE en noviembre de 2013<sup>9</sup>, en cum-

---

<sup>6</sup> Una reflexión sobre estos asuntos se localiza en nuestro trabajo «El Senado perseguido», en Estudios sobre la Constitución española homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Madrid, 2009, pp. 741 a 758.

<sup>7</sup> <http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf>.

<sup>8</sup> Sevilla, 2012, pp. 34 ys. Existe también otro documento de la Fundación Rafael Campalans, titulado *Por una reforma constitucional federal*, Barcelona, 2013, con una propuesta parecida en lo referente a la definición del Senado (pp. 18 y s.).

<sup>9</sup> Entre las resoluciones agrupadas bajo la mejora de la «Democracia», se podía leer con la generalidad que caracteriza a este tipo de propuestas: «Nuestro sistema parlamentario tiene un primer déficit evidente: No se ajusta a la realidad del Estado de las Autonomías porque no existe un Senado de tipo territorial. Por ello en el marco de nuestra apuesta federalista apostamos por reformar la Constitución y convertir el Senado en una auténtica Cámara de representación territorial mediante el cambio de su estructura (bien mediante presencia de los representantes de los gobiernos autonómicos, de senadores elegidos por los Parlamentos de las CCAA o por un sistema mixto) y de sus funciones (reforzar su participación en el proceso legislativo de aquellas iniciativas de impacto autonómico». La propuesta sigue estando a caballo entre el modelo apoyado por el Consejo de Estado y el auspiciado por los documentos de las dos mencionadas fundaciones.



plimiento del documento aprobado en Granada en julio de 2013 por el Consejo Territorial de dicho partido <sup>10</sup>.

Frente a la solución reformista, comienzan a tomar cuerpo fuera de circuitos radicales alguna propuesta que aboga por acometer la reforma, pero con la clara intención de hacer desaparecer el Senado como órgano constitucional, utilizando argumentos de naturaleza comparada o con el cuestionamiento de la eficiencia real de la institución <sup>11</sup>.

En la reflexión sobre estas tres propuestas nos moveremos a partir de ahora.

## 2. EL SENADO DEFINIDO POR EL CONSEJO DE ESTADO

El modelo propuesto por el Consejo de Estado en 2006, como respuesta a petición del Consejo de Ministros realizada el 4 de marzo de 2005 <sup>12</sup>, liofilizando gran parte de las reflexiones que la doctrina ius-publicista había publicado hasta la fecha sobre el tema, se puede considerar la solución más acabada sobre el proceso de reforma de la segunda Cámara.

La Constitución construye el Senado como una Cámara débil, de extracción electoral y aparentemente paritaria en bastantes de sus competencias con el Congreso de los Diputados, dado que su decisión en la práctica termina sometida a la voluntad última de la Cámara baja, mientras que no cuenta con capacidad para bloquear la toma decisiones <sup>13</sup>. El Senado español ha partido de una posición institucional debilitada por su diseño constitucional. Carece de instrumen-

<sup>10</sup> El documento conocido como la «Declaración de Granada» y que en realidad se titula «Hacia una estructura federal del Estado».

<sup>11</sup> La propuesta no se localiza ya en círculos de la contestación situados fuera del sistema político, así, por ejemplo, Eduardo Madina, uno de los tres candidatos implicados en el proceso refrendatario a la Secretaría General del PSOE, en el debate celebrado el 7 de julio de 2014, afirmó que el Senado o sería una Cámara de representación de las autonomías o debería desaparecer. Por su parte, resultan de interés por su construcción argumental el citado artículo SÁENZ ROYO, E., «Parlamento, partidos y Estado autonómico: sobre la conveniencia de suprimir el Senado», cit. nota 2, y más recientemente el artículo de opinión publicado el 21 de abril en diario *El País*, bajo el título de «En serio, suprimamos el Senado», con firma de Carlos Garrido y Eva Sáenz, ambos profesores de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza.

<sup>12</sup> Una crónica sobre el proceso de la consulta se encuentra en BILBAO, J. M., «El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución», en *Reforma de los Estatutos de Autonomía y pluralismo territorial*, monográfico de *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 1, 2006, pp. 171 y ss.

<sup>13</sup> Al respecto ha escrito Albertí que «si el Senado no puede cumplir con su función de representación territorial, y no puede tampoco desempeñar un papel de límite y de contrapeso dentro del sistema de gobierno, no hay, creo, ningún inconveniente en calificar el bicameralismo que establece la Constitución de 1978 como irrelevante, utilizando la expresión de Lijphart...» («La representación territorial», en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 3, 2004, p. 45).

tos para exigir responsabilidades al Gobierno (art. 108 CE) y no se distingue del Congreso de los Diputados a la hora de ser destinatarios de una eventual disolución anticipada (arts. 99.5 y 115 CE). Mientras que no se han establecido diferencias en el tiempo de duración del mandato de ambas Cámaras, lo que podría haber conferido una mayor estabilidad a la Cámara alta. Esa falta de implicación en el proceso de la creación y de la privación de la confianza al Gobierno ha conllevado y explicado, según Ruiz Ruiz<sup>14</sup>, la posición secundaria y el carácter inofensivo de bastantes de los instrumentos que el articulado constitucional ha dejado al alcance del Senado para el cumplimiento de sus funciones. A ello se añadieron en el articulado de la norma fundamental una serie de limitaciones en las facultades legisladoras, ya que se le ha otorgado una posición secundaria en el procedimiento de creación de la Ley (art. 90 CE) y se le ha impedido participar en la convalidación de los decretos-leyes (art. 86.2 CE).

También ha quedado indeterminada y disminuida la participación de la Cámara alta en el desarrollo de los estados de excepción (art. 116 CE). Mientras que, por último, los conflictos entre los órganos colegisladores, incluso durante el proceso de reforma constitucional, se solucionan de manera favorable a la posición adoptada por la Cámara baja, salvo en el proceso de reforma constitucional arbitrado en el artículo 168. Tal debilidad institucional ha sido constatada de facto por el propio Tribunal Constitucional en sus Sentencias 234/2000 y 97/2002<sup>15</sup>.

El Informe del Consejo de Estado parte de delimitar tres principios constitucionales que, a su parecer, se deben respetar cualquier proceso de reforma del Senado: La segunda Cámara debe permanecer en el marco legislativo<sup>16</sup>, la

---

<sup>14</sup> RUIZ RUIZ, J. J., «Límites materiales a la reforma constitucional del Senado en España: una lectura desde el patrimonio común europeo de la forma de gobierno parlamentaria», comunicación presentada al *Seminario sobre la reforma constitucional*, Toledo, junio de 2004; texto mecanografiado, Una idea desarrollada con posterioridad en RUIZ RUIZ, J. J., «La «catarsis» del Senado español», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 17, 2006, pp. 371 y ss.

<sup>15</sup> Una reflexión en el origen algunos de los problemas resueltos por esas resoluciones se encuentra en ARANDA ÁLVAREZ, E., «Tres casos difíciles en la fase del Senado del procedimiento legislativo», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 39, 1996, pp. 143 y ss. En este sentido resulta de interés el que sea la Cámara de las Cortes Generales en la que se haya permitido sin consecuencias el triunfo de una moción de reprobación individual contra una Ministra (Ministra de Fomento de Magdalena Álvarez en diciembre de 2007); mientras que una acción similar verificada poco antes en el Congreso de los Diputados movilizó de una manera más intensa a la mayoría para evitar su conclusión, porque se consideraba que si un acuerdo de esa naturaleza hubiera prosperado habría tenido consecuencias más dañinas para el prestigio gubernamental (en noviembre del mismo año se rechazó en la Cámara baja una acción similar contra el mismo miembro del Gobierno).

<sup>16</sup> «Si el Senado ha de seguir siendo una de las dos Cámaras de las Cortes Generales, la representación que sus miembros ostentan ha de ser política, pues de otro modo no podría formar parte del órgano que, según el artículo 66.1 de la Constitución, asume la representación del pueblo español» (p. 235 del Informe n.º E1/2005, de 16 de febrero, «Informe» desde ahora).

voluntad del Congreso debe prevalecer sobre la Senado, que no puede adquirir capacidad para bloquear sus decisiones, y no se debe alterar el modelo de representación y mandato que ligue a los miembros de la Cámara con electores y ciudadanos<sup>17</sup>. Tras fijar estas líneas, apuesta por un modelo de Senado reforzado funcional y competencialmente frente al Congreso de los Diputados, en un bicameralismo en el que la Cámara baja no pierde su primacía, con tendencia a ampliar la participación del órgano en asuntos de «contenido autonómico» y, en menor medida con un cierto reflejo representativo de las Comunidades Autónomas. Igualmente, se descarta el modelo de Consejo representativo de los gobiernos autonómicos que considera choca con las esencias representativas de las Cortes Generales y se queda con un Senado electivo por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y, en menor medida, por los ciudadanos de las mismas.

En lo referente al refuerzo funcional el Consejo de Estado hace equilibrios por la impronta política que conlleva cada una de esas decisiones.

Así, en materia legislativa los cambios son de naturaleza más procesal que material pues sólo se propone la ampliación de facultades en la tramitación de las leyes de *incidencia autonómica*, que se iniciarían en el Senado y continuarían en el Congreso<sup>18</sup>, o en la aprobación de los tratados sometidos a aprobación parlamentaria<sup>19</sup>. Mientras que se rechazan la ampliación de competencias sobre la tramitación de las Leyes Orgánicas, cualquier tipo de intervención en el proceso de control político y de convalidación del Decreto-ley<sup>20</sup>,

<sup>17</sup> «Una «Cámara de representación territorial» solo existe, en puridad, cuando sus miembros ostentan una representación «política», entendida como representación del cuerpo de ciudadanos delimitada por el territorio, y no del aparato gubernamental de éste. Y como en nuestro tiempo el único fundamento de legitimidad posible de esa representación o, si se quiere, del poder de los representantes está en la elección, directa o indirecta, de los ciudadanos, la Cámara de representación territorial ha de ser también Cámara electiva» (pp. 235/236 del Informe).

<sup>18</sup> Se sugiere un texto normativo en el que se refundiesen los actuales arts. 88 y 89 de la CE: «El procedimiento legislativo se iniciará en el Senado cuando se refiera a las leyes previstas en los artículos 150, 156.2, 157.3 y 158.2 de la Constitución o en materias cuya relevancia autonómica, a juicio del Gobierno, así lo justifique», además de vías alternativas para ofrecer continuidad bajo ciertas condiciones a las propuestas rechazadas en el Senado» (pp. 252-254 del Informe).

<sup>19</sup> Se considera la posibilidad de que el Gobierno escoja remitirlos en primer lugar al Senado (p. 260 del Informe).

<sup>20</sup> Ese rechazo lo explica de una manera cabalística y con escaso razonamiento: «...solo parece planteable en relación con la decisión de que un Decreto-ley, ya convalidado, se tramite como proyecto de ley, cuando su contenido material tuviese conexión con el de los supuestos respecto de los que se ha apuntado la pertinencia de vigorizar la función del Senado. Cualquier otra iniciativa que interfiriera el proceso de convalidación no debe considerarse, por ser lesiva para la concepción y eficacia de estos instrumentos normativos singulares» (p. 261 del Informe; subrayado nuestro). Esto se mantiene con respecto a un tipo de normas que según la propia Constitución, y con todas las adiciones interpretativas que la práctica ha ido añadiendo, tienen vedada la regulación del «régimen de las Comunidades Autónomas» (art. 86.1) y, como se viene comprobando en las dos últimas legislaturas, se utiliza con exagerada desmesura por parte del

la concesión de un especial papel a la Cámara en el proceso de creación de las normas básicas<sup>21</sup>, o una modificación de la posición del Senado con respecto a la enmienda y aprobación de los presupuestos, salvo alguna que se realice a través de reformas en las normas de funcionamiento interno de ambas Cámaras. En cambio, procedimentalmente se sugieren una serie de modificaciones que indefectiblemente van a potenciar el papel del Senado en la función legisladora, como el aumento de los plazos, ordinarios y de urgencia, previstos en el artículo 90 de la Constitución para aprobar, enmendar y vetar las leyes del Congreso de los Diputados<sup>22</sup>, la previsión del recurso a una Comisión mixta paritaria para solventar los desacuerdos legislativos entre ambas Cámaras, o la posibilidad de que las proposiciones de ley autonómicas sean presentadas y tomadas en consideración por cualquiera de las dos Cámaras de las Cortes Generales<sup>23</sup>.

En materia de control político, dado el carácter parlamentario que se continúa confiriendo a la Cámara, se mantienen las condiciones actuales para el control ordinario del Gobierno, incluido el recurso a la creación de comisiones de investigación, y se le mantiene fuera de las vías para exigir responsabilidad al Gobierno.

Competencialmente, la novedad más llamativa se localiza dentro de la esfera de los controles y la colaboración interorgánicos, dónde se aportan propuestas que tratan de convertir el Senado en un espacio de concertación y cooperación entre las Comunidades Autónomas y el Estado. Las propuestas más significativas se refieren al deslinde de la naturaleza y funciones del Senado y de la embrionaria Conferencia de Presidentes de Comunidades Autónomas u otras comisiones en las que participan el Gobierno y representantes autonómicos, a la recomendación de que el Senado participe dando una «visión territorial» en fase ascendente y descendente sobre las diferentes políticas de la Unión Europea<sup>24</sup> y, por último, a la previsión de un nuevo y discutible pá-

---

Gobierno. En este contexto, como suele ser habitual en los análisis de reforma del Senado, se articula una solución sobre el prejuicio de lo que a día de hoy es el Senado. No tiene sentido una participación del Senado en el proceso de convalidación de un decreto-ley cuando el perfil político y las mayorías de ambas cámaras son indistinguibles; pero no se puede descartar a priori con una Cámara de representación territorial, que puede valorar si una norma gubernamental de urgencia perjudica o condiciona el ámbito del ejercicio de la competencias propias de las Comunidades Autónomas.

<sup>21</sup> P. 253 del Informe.

<sup>22</sup> P. 247 del Informe.

<sup>23</sup> P. 258 del Informe.

<sup>24</sup> «El Senado debe ser la sede de los debates principales tanto en la fase <ascendente> –en lo que pudiera afectar a la determinación de la posición de España en la elaboración del Derecho Comunitario y derivado– como en la <descendente>, acerca del desarrollo, aplicación y ejecución de tal Derecho» (p. 268 del Informe).

rafo en artículo 110 de la Constitución que permitiese la convocatoria de miembros de los Consejos de Gobierno autonómico a sesiones informativas<sup>25</sup>.

El modelo resultante de las propuestas del Informe permitirá, en teoría, alcanzar «un bicameralismo más equilibrado, aunque no homogéneo, sino desigual competencialmente y, en todo caso, no paritario»<sup>26</sup>; lo que provoca que la voluntad del Senado ceda ante la de la Cámara que representa al pueblo en su unidad, el Congreso de los Diputados. La superioridad del Congreso se manifiesta en su capacidad para superar los bloqueos con mayorías cualificadas, salvo en el procedimiento de revisión constitucional del artículo 168, y en la reserva del ejercicio de un puñado de facultades en las que sigue sin intervenir el Senado. Se apunta, también, la posibilidad de que se convierta en una Cámara permanente, renovada parcialmente, y que tan sólo se disuelva en el marco del proceso de revisión constitucional.

### 3. EL SENADO EN LA PROPUESTA FEDERAL

La reforma propuesta desde fundaciones socialistas y, en parte, asumida programáticamente por el propio Partido se construye también a partir de una reforma de la Constitución. Pero inserta en un cambio sustancial de modelo institucional y territorial. En este contexto las variantes se multiplican, pues, aunque en la propia lógica de la respuesta del Consejo de Estado, la reforma del Estado autonómico conllevaba una necesaria reforma del tipo de Senado, en el caso de las propuestas de federalización las soluciones para el modelo de

---

<sup>25</sup> «El Senado y sus comisiones pueden recabar la presencia de miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, quienes pueden, a su vez solicitar ser oídos en las sesiones del Senado y sus Comisiones». Esta norma, cuya idoneidad requiere un más detenido comentario, podría demostrar una cierta justificación en un modelo de Cámara integrado por representantes de los gobiernos autonómicos, no en un órgano basado en la lógica política mayorías-minorías. Con esta norma se concedería a las instituciones centrales una potente arma para el desgaste de gobiernos y mayorías «hostiles» de las Comunidades Autónomas. La propia convocatoria plantea ya interrogantes: ¿con qué finalidad se puede convocar a los consejeros y qué consecuencias se derivan de la inasistencia? Tanto la asistencia como la ausencia de un miembro de un gobierno autonómico puede ocasionar un desgaste en clave política. El Senado se convierte en la palanca de la oposición autonómica para acosar a su consejo de gobierno. Pero, igualmente, si el consejero decide no asistir porque no se considere que exista un deber de comparecencia, en clave autonómica se venderá como un acto de desprecio hacia el Senado o como una falta de valentía porque la política que sigue su departamento no aguantaría una simple sesión pública en el Senado. Los riesgos que entraña la norma se ven más claramente si se propusiese un precepto paralelo en los Estatutos de Autonomía por el que los Parlamentos autonómicos pudiesen convocar a sus sesiones a los miembros del Gobierno para explicar medidas políticas que afecten al ejercicio de competencias autonómicas; casi con seguridad se apuntaría una respuesta negativa, alegando que el control del Gobierno lo hace, en su caso, el Senado y solo a su través los entes autonómicos.

<sup>26</sup> P. 320 del Informe.

descentralización y para la configuración institucional admiten muchas variantes y combinaciones.

Permaneciendo en la solución propuesta por los expertos en Derecho Público que trabajaron a petición la Fundación Alfonso Perales<sup>27</sup>, se parte de tratar la reforma del Senado, no como un problema de mera reforma constitucional, sino como un problema de naturaleza constituyente. En el documento se advierte que la concepción de nuestro Senado es preconstitucional, aunque se refleje en el articulado constitucional. Por lo tanto, el Senado actual no puede ser tomado como punto de partida para la reforma y el resultado debe superar el peso que sobre el modelo tiene «La Transición»<sup>28</sup>. Los defectos de ese Senado han terminado frustrando el objetivo de convertirlo en «Cámara de representación territorial», especialmente, porque el predominio de la elección provincial y no autonómica de sus miembros ha hecho prevalecer en exceso el criterio político sobre el territorial. Los defectos iniciales del modelo han impedido evolucionar hasta alcanzar su fin territorial, como demuestran los fracasos obtenidos con las reformas intentadas dentro de la propia institución. Por lo tanto, solo una profunda reforma de la Constitución dirigida a crear una nueva Cámara puede satisfacer el objetivo territorial.

La construcción del nuevo órgano debe partir de la regla básica de que en un Estado democrático no puede existir un órgano que ejerza poder político sin legitimación democrática. Desde esta perspectiva, la Constitución fija dos principios de legitimación democrática, el personal (art. 1.2 en relación con los arts. 66, 97 y 117.1) y el territorial (art. 2). «Aunque sean muy distintas, tan democrática es la legitimación personal del art. 1.2 como la legitimación territorial del art. 2. Ambas tienen que ser desarrolladas coherentemente por la propia Constitución»<sup>29</sup>.

Sin embargo no ha sido así. El principio de legitimación democrática personal ha sido desarrollado imperfectamente, pero de manera aceptable. La imperfección procede de la inclusión del Senado en el contexto de la legitimación democrática personal. En consecuencia, el principio de legitimación democrática territorial no ha sido desarrollado consecuentemente en la Constitución; pues, el mismo requería que «nacionalidades y regiones», en cuanto titulares del derecho a la autonomía, fuesen reconocidas como tales en la arquitectura constitucional española.

---

<sup>27</sup> Por una reforma federal del Estado Autonómico, cit. nota 8, pp. 34-46.

<sup>28</sup> En este punto se manifiesta una separación radical con los argumentos del Informe del Consejo de Estado: «La perspectiva tiene que ser completamente distinta a la del Dictamen del Consejo de Estado sobre la reforma del Senado» (p. 35).

<sup>29</sup> P. 37.

Ambos principios son diferentes y actúan en paralelo, no pueden entrar en contradicción y tampoco pueden encontrarse; no pueden confluir en un mismo órgano<sup>30</sup>. Y, por último, el constituyente posee un mayor margen en la construcción del principio de legitimación democrática territorial, que en la delimitación del personal<sup>31</sup>.

La eficacia del principio de legitimación territorial requiere una Segunda Cámara que se configure como un órgano simple integrado en un órgano complejo (Cortes Generales), o mejor como un órgano simple no integrado. «Esto clarificaría y, como consecuencia de la clarificación, facilitaría mucho la definición tanto de la titularidad como del ejercicio de las funciones parlamentarias y daría mayor libertad a la hora de definir constitucionalmente la posición del Senado. Al no ser un cuerpo colegislador, la Segunda Cámara podría ser configurada como un órgano con competencias enumeradas y tasadas, a favor del cual no jugaría nunca un principio de presunción competencial favorable»<sup>32</sup>.

Esta propuesta se separa nítidamente de la del Consejo de Estado, tanto al optar por una Cámara separada de las Cortes Generales/Congreso de los Diputados, como al preferir un modelo organizado a partir de la selección de sus miembros directamente por los gobiernos de los entes territoriales (modelo Consejo). No obstante, en lo que a este escrito interesa y como no podía ser de otra manera, coincide con el órgano consultivo en el hecho de que ese Consejo territorial participe en el ejercicio de la potestad legislativa, siempre que en el texto normativo concorra una dimensión territorial, resultando más relevante su posición cuanto más significativa sea la dimensión territorial. Aquí ya entra en juego con importantes variantes una construcción de la capacidad decisoria del Consejo a partir de la fijación de diferentes mayorías, la exigencia o no de dobles mayorías, el valor concedido al veto superable y el diseño de una vía de concertación entre ambas Cámaras, que permita la negociación de textos que se aprueben con posterioridad por los plenos de ambos colegios.

Además de su participación limitada en el proceso legislativo, debe configurarse como un órgano que potencie las relaciones de colaboración, partici-

---

<sup>30</sup> «Tienen que expresarse orgánicamente de manera diferenciada» (p. 38).

<sup>31</sup> «En todo caso y concretando respecto de la configuración del Senado, habría que empezar por mencionar que el Senado es la Cámara mediante la cual pretende hacerse real y efectivo en la arquitectura constitucional el principio de legitimidad territorial contenido en el artículo 2 de la Constitución. Por ello, debe quedar claro que se limita al Congreso la representación de la soberanía popular. El Senado debería ser definido no como Cámara de representación territorial, sino como «Cámara de las nacionalidades y regiones que integran España». La ambigüedad de la definición del artículo 69 CE no debe mantenerse» (p. 39).

<sup>32</sup> P. 40.

pe en el ámbito de los asuntos europeos en fase ascendente y descendente, y asuma competencias en la designación de otros órganos constitucionales.

Por lo demás, podría quedar al margen del proceso de creación y aprobación de la ley presupuestaria, así como del proceso de control político y de responsabilidad gubernamental. Mientras que el documento no se pronuncia sobre la participación de la nueva Cámara en el proceso de reforma constitucional.

Con el trasfondo de esta construcción, la conocida como «Declaración de Granada» apuesta en su cuarta propuesta por sustituir el Senado por una Cámara de representación territorial, dejando abierto el modelo entre la versión de Consejo de la Constitución alemana y de Cámara parlamentaria electa conforme a la población por los parlamentos territoriales o por el cuerpo electoral del ente autonómico. El parecer de la Cámara se fijaría de manera habitual por mayoría simple y excepcionalmente para textos como leyes de armonización o reformas constitucionales por mayoría cualificada. El criterio de competencia de la nueva Cámara continuará siendo la relevancia autonómica del contenido del proyecto o proposición de ley<sup>33</sup> y el campo de sus funciones, además del ámbito legislativo, abarcaría a las relaciones de colaboración entre comunidades, la participación en asuntos europeos, y la intervención de los entes autonómicos en los procesos de selección de los órganos constitucionales. Además, se añaden referencias a que la nueva Cámara actuase como sede de lo hasta ahora ha mal-funcionado como Conferencia de Presidentes, convocada por el Presidente del Gobierno o por la mayoría de los Presidentes autonómicos, como lugar de reunión de las Conferencias Sectoriales y del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

#### 4. LA CONTINUIDAD DEL SENADO

La comparación de ambas propuestas deja al descubierto diferencias significativas. Ambas parten de una reforma de la Constitución como única vía para regenerar tanto la institución como el papel que desarrolla en el sistema político español. Pero, el Consejo de Estado se contenta con una reforma limitada de la institución necesariamente conectada con los cambios que también se sugieren para el modelo autonómico; mientras que la propuesta socialista

---

<sup>33</sup> «Es decir, que incluyeran materias o aspectos que de manera directa afecten al ámbito de intereses propios de las Comunidades Autónomas (y, muy en particular, aquéllas que supusieran alguna carga financiera para éstas)».



enmarca la reforma de la Cámara y su reformulación en un proceso de construcción de un nuevo pacto constitucional en el ámbito territorial.

El modelo del Informe continúa apostando por una Cámara con legitimación democrática personal, en la que el momento parlamentario prima sobre el principio autonómico, por reciclar la nomenclatura usada por la doctrina de Derecho público alemana, a veces más amplia y fresca que la del Congreso; pero le sigue inexplicablemente privando de capacidad en el proceso de creación y cese de la confianza gubernamental. Paradójicamente el resultado puede ser el de crear una Cámara política de elección democrática, con un perfil político más proporcional que el Congreso de los Diputados y con más limitaciones competenciales que la Cámara baja. Aunque desde luego remotamente «territorial»<sup>34</sup>.

Por su parte el modelo enmarcado en un nuevo Estado de corte federal se encuentra bastante menos acabado en sus perfiles, y deja un campo bastante abierto a la negociación entre las fuerzas políticas a la hora de acometer una profunda revisión constitucional.

Frente a las opciones reformistas, cobra fuerza la opción supresora, con un doble argumento, la inutilidad de nuestro Senado y la inutilidad de cualquier Cámara para visibilizar intereses territoriales. «Cuando la voluntad del Senado coincide con la del Congreso, el Senado resulta inútil; cuando su voluntad es distinta, el Senado resulta disfuncional y la posterior intervención del Congreso lo hace irrelevante»<sup>35</sup>.

La reflexión más acabada se localiza en el trabajo publicado por Eva Sáenz en la *Revista de Derecho Político*, tras realizar un análisis práctico de cómo un Senado indistinguible del Congreso ha fracasado a la hora de convertirse en vehículo de intereses autonómicos, destaca en qué medida tales intereses han aparecido y se han encauzado orgánicamente en la Cámara baja; que ha permitido, por ejemplo, crear grupos parlamentarios a las minorías nacionalistas<sup>36</sup>, o institucionalmente en el seno de los propios partidos, de cuyo

---

<sup>34</sup> Bien es cierto que no se le pide al Consejo de Estado y éste no sugiere cuales debieran ser las reformas complementarias que deberían ser abordadas en paralelo para ampliar la base democrática del Congreso y diferenciarse desde la primacía sobre el nuevo Senado.

<sup>35</sup> GARRIDO, C. y SAENZ, E., «En serio, suprimamos el Senado», cit. nota 11.

<sup>36</sup> «Quizás en el plano teórico no pueda sostenerse que el Congreso sea estrictamente una Cámara de representación territorial si entendemos por tal cuando «la representación se articula de manera tal que a través de ella adquieren voz propia las diversas partes territorialmente diferenciadas de la comunidad política única», es decir, cuando los territorios se incorporan como tales al proceso de formación de la voluntad del Estado. Pero la participación de los intereses territoriales en la decisión estatal es una realidad en el Congreso y la misma no requiere necesariamente de una cámara de representación territorial» SÁENZ ROYO, E., «Parlamento, partidos y Estado autonómico: sobre la conveniencia de suprimir el Senado», cit. nota 2, p. 185).

debate interno han surgido y prosperado propuestas con una clara intención de defensa de intereses de una o varias entidades autonómicas<sup>37</sup>.

Una vez constatada esa regla en nuestra historia parlamentaria se cuestiona si la participación de los entes autonómicos podría verse «mejorada sustancialmente mediante la creación de un órgano *ad hoc* y no dejarla a la siempre imprevisible dinámica partidista»<sup>38</sup>. El objetivo de partida no se aprecia muy optimista, pues se trata de «demostrar que ninguna de las propuestas de reforma planteadas desde la doctrina consigue sustituir las afinidades partidistas por afinidades territoriales de manera que es el sistema de partidos y el peso que en sus seno tiene los intereses territoriales el elemento clave para graduar el peso de las CCAA en las decisiones estatales y no la creación de una Cámara *ad hoc*»<sup>39</sup>. Tras analizar los modelos comparados de segundas cámaras, pues sorprendentemente no somete a escrutinio el modelo propuesto en el informe del Consejo de Estado, y comprobar que en todos la impronta partidista prima en las decisiones más que la naturaleza territorial, entiende que un Senado territorial no mejoraría la defensa de intereses autonómicos en la toma de decisiones estatales<sup>40</sup>. Por lo tanto, la conclusión resulta simple. «La opción por su supresión y no por su reforma parte de una doble constatación: por un lado, la no necesidad de una cámara *ad hoc* para conseguir una eficaz participación de las CCAA en la decisión estatal; por otra parte, la constatación de que una conversión del Senado en una Cámara territorial no garantizaría una mejora de la participación autonómica conseguida por otras vías»<sup>41</sup>.

En este momento el debate respecto al Senado se encuentra situado en el discernimiento sobre si en el marco de nuestro estado descentralizado se debe

---

<sup>37</sup> «En definitiva, el grado de participación de los entes territoriales en la decisión estatal no depende tanto de la existencia de una cámara institucional dirigida a tal fin, sino del sistema de partidos y de los elementos circunstanciales que explican su funcionamiento» (Ibídem). En las pp. 182 a 185 se desgranar ejemplos del papel de los partidos en el proceso de dar cauce a intereses autonómicos.

<sup>38</sup> P. 186. A esa reflexión dedica el resto de las páginas del trabajo.

<sup>39</sup> SÁEZ ROYO, E., «Parlamento, partidos y Estado autonómico: sobre la conveniencia de suprimir el Senado», cit. nota 2, p. 187

<sup>40</sup> «En definitiva, la dinámica interna de las segundas cámaras en los Estados Federales está determinada por la dinámica de los partidos de manera similar a lo que ocurre en las primeras cámaras y el grado de participación de los entes sub-estatales en las decisiones federales dependerá más de esa dinámica partidista que la existencia de una segunda cámara. Además la incorporación de una segunda cámara puede provocar más problemas que resolverlos ya que puede llevar a una situación de bloqueo institucional, además de crear otros problemas de difícil resolución como el de su relación con el Congreso. Nuestro sistema actual permite ya suficientes cauces de participación de las CCAA en la decisión estatal (...). Por otra parte, las relaciones de colaboración y cooperación entre el gobierno del Estado y los distintos territorios no necesariamente no necesitan para su articulación la creación de ningún órgano específico, sino que pueden encauzarse, y de hecho se encauzan, a través de instrumentos como las conferencias sectoriales» (p. 190).

<sup>41</sup> P. 191. A ello añade apresuradamente otras dos razones. el ahorro económico (pp. 191-192) y la pérdida de capacidad de decisión de los estados como consecuencia de la globalización (pp. 192-193), un escenario en el que carece de fundamento la reivindicación de parcelas decisorias sub-estatales.

mantener una segunda cámara o bien se debe prescindir de ella. Se puede decir que el debate está regresando a un momento constituyente en el cual antes de discutir el modelo se debe proceder a la justificación de la necesidad de la segunda Cámara, que, en esto parece existir consenso, no podría construirse más que como una Cámara de representación autonómica. Porque no se cuestiona que el modelo vaya a continuar siendo de descentralización territorial del ejercicio del poder.

También se detecta un cierto consenso de opinión sobre que el Senado no ha cumplido el cometido que la Constitución le había asignado. Ciertamente que ha tenido en su contra una deficiente configuración normativa, un sistema de elección que le impedía diferenciarse del Congreso de los Diputados, un régimen de competencias que le ha impedido demostrar su trascendencia y un sistema de partidos que lo ha instrumentalizado en la peor acepción del término. A ello se añade que a este Senado se le han concedido 36 años para transformarse en una institución útil para el buen gobierno del Estado autonómico y, en consecuencia, se puede considerar una institución fracasada.

Esa sensación de fracaso en el ámbito de su naturaleza territorial ha influido e impregnado bastante los estudios realizados sobre la segunda Cámara. Un gran número de estudios no han podido separarse de los defectos evidenciados por el Senado actual a la hora de hacer sus valoraciones prospectivas. Ese prejuicio pesa sobremanera en la propuesta supresora de Garrido y Sáenz. Se puede coincidir argumentativamente con Sáenz en el hecho de que un Senado como el configurado a partir de 1978 en la Constitución y la realidad constitucional no resulta necesario para nuestro sistema territorial. Pero, se disiente de la afirmación de que no resulta necesario una segunda cámara territorial en el modelo de poder descentralizado que se acabe consolidando tras la crisis y la eventual reforma de la norma fundamental.

En la crítica de la profesora de la Universidad de Zaragoza pesa en exceso el modelo de Senado que hasta la fecha ha funcionado en la historia constitucional española remota y reciente. Un modelo que critica justamente porque sus carencias lo han convertido en una institución insatisfactoria. Pero, consciente o inconscientemente critica el Senado porque no cumple un papel que no puede cumplir ya que su forma de elección, su composición y sus funciones se lo impiden. Al mismo tiempo, encuentra como positivo que la defensa de intereses territoriales se haya venido desarrollando a través de la organización y el funcionamiento del Congreso o de manera opaca en el interior de los partidos políticos. Precisamente cuando el Senado no cumple el mandato constitucional que le da razón de existir porque jurídica y políticamente se le niega, la necesidad de que los intereses autonómicos se visibilicen provoca que aca-

ben viendo la luz por aquellas rendijas que el sistema político deja abiertas, aunque no estén diseñadas para ello. Por lo tanto, la necesidad de transmitir los intereses territoriales sigue existiendo y reclamando atención; pero, como la vía institucional diseñada en la Constitución para ello ha fracasado, se acaba recurriendo a vías espurias para darles cierta satisfacción.

Una vez constatada la triste realidad de que el Senado nunca ha tenido la oportunidad de cumplir su misión, la cuestión es por qué se rechaza de plano y no se explora a través de una nueva Cámara, más reducida con clara impronta territorial desde su elección, con la finalidad de conocer si se beneficia o perjudica el funcionamiento del modelo territorial que se termine construyendo una vez pase este periodo de crisis social, económica e institucional. Una situación que hasta el momento no ha sido posible.

No se debe pecar de ingenuo. La mera reforma del Senado no es la solución de todos los problemas institucionales y sólo funcionará, si además de acertar con la elección de un modelo de Cámara, encaja con el resto en el proceso de revisión al que se sometan las demás órganos constitucionales. Por lo demás, debe aceptarse como inevitable que en cualquier modelo de segunda Cámara van a convivir en continua tensión intereses partidistas (parlamentarios) e intereses territoriales (federales), como en el resto de los centros de decisión de cualquier Estado descentralizado. En consecuencia, se trata de buscar un diseño que convierta en preponderantes los segundos sobre los primeros en los acuerdos que tome la nueva Cámara, y, de camino, le permita diferenciarse del Congreso de los Diputados. Por último, la introducción de una Cámara territorial en el entramado constitucional convierte en más complejo el proceso de decisión y requiere un mayor esfuerzo negociador a fuerzas políticas e instituciones; pero, también, concede una mayor legitimidad a los acuerdos alcanzados.

Obviando en este texto como se construya su composición, la necesidad de hacer visible la posición autonómica viene muy marcada por el elenco funcional que asuma la nueva Cámara. A este respecto, las dos propuestas reformistas reseñadas coinciden en la delimitación de los campos competenciales en cuyo contenido resulta relevante conocer las posiciones autonómicas o los intereses territoriales. Ambas entienden que debe articularse una intervención graduada en el procedimiento legislativo, en la toma de ciertas decisiones de naturaleza económica, en la fijación de la posición nacional en asuntos europeos y en el proceso de aplicación de las normas y políticas europeas y en el proceso de reforma constitucional; además, de convertirse en una sede privilegiada para la colaboración y la cooperación entre instituciones territoriales y entre entes autonómicos y el Estado. Para Sáenz la participación en todas esas

decisiones se encuentra adecuadamente articulada a través del Congreso de los Diputados, o bien a través de órganos administrativos colegiados de naturaleza sectorial. Todo lo que no se visibiliza a través de esos cauces se solventa con el recurso al bilateralismo como medio de negociación política entre las Comunidades Autónomas individualmente consideradas y el Gobierno central<sup>42</sup>.

Algunos ejemplos permiten valorar las carencias y consecuencias que hasta la fecha soporta el Estado autonómico por la carencia de un auténtico órgano colegiado de representación de intereses territoriales en el seno de la estructura constitucional.

La primera mirada debe dirigirse al proceso de reforma constitucional de septiembre de 2011<sup>43</sup>. La reforma del art. 135, sin entrar a fondo en el alcance y la complejidad que el nuevo precepto conlleva para la interpretación y aplicación del articulado constitucional, lo cierto es que introduce obligaciones de déficit y gasto para todas las administraciones, incluidas las Comunidades Autónomas. Pues bien, el consenso para una norma de ese calibre que alteraba las condiciones del pacto territorial no se podía alcanzar con un Senado como el actual, que, además, recibió el texto de la reforma aprobado por el Congreso el día 6 de septiembre y lo sancionó el 8 del mismo mes<sup>44</sup>. Poco debate para una reforma de tal calado y poca impronta de defensa del modelo territorial se pudo articular en una Cámara como la descrita. La duda es, ¿una Cámara más representativa de intereses territoriales hubiese permitido otro tipo de debate y reforma?

Por continuar en la misma línea en el ámbito normativo europeo, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria llega al Senado procedente del Congreso de los Diputados el 29 de junio de 2012<sup>45</sup> y, tras la urgente tramitación parlamentaria, queda aprobado por el Pleno de la Cámara el 23 de julio<sup>46</sup>. Mientras que el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) entra en el Senado el 29

---

<sup>42</sup> Sobre la práctica en los elementos de colaboración y cooperación, el bilateralismo y el principio de lealtad federal, cfr. AJA, E., Estado autonómico y reforma federal, Madrid, 2014, pp. 195 y ss.

<sup>43</sup> Texto publicado en *BOE*, 233, de 27 de septiembre de 2011.

<sup>44</sup> En el *BOCG*, Congreso de los Diputados, B 329-4, de 6 de septiembre de 2011, se encuentra el texto tras su aprobación por el Pleno de la Cámara baja; en *BOCG*, Senado, 107-692 (Serie I), de 7 de septiembre de 2011, se encuentra el Dictamen de la Comisión Constitucional y el *BOCG*, Senado, 108-738 (Serie I), de 8 de septiembre de 2011, la aprobación del texto por el Pleno del Senado. La comisión se reunió el 6 de septiembre (DSS, Comisiones, núm. 561) y el Pleno el 7 de septiembre (DSS, Pleno, núm. 130).

<sup>45</sup> *BOCG*, Senado, 79-621 (Apartado I).

<sup>46</sup> *BOCG*, Senado, 86-715 (Apartado I).

de mayo de 2012<sup>47</sup> y es autorizado por el Pleno de la Cámara el 8 de junio<sup>48</sup>. No requiere mucho esfuerzo explicar la importancia que ambas normas están teniendo en el devenir de la vida política de nuestro país en estos últimos años, y lamentar el escaso o nulo debate en el Senado sobre las consecuencias que su aplicación conllevaría para las Comunidades Autónomas.

Para paliar esas deficiencias, se ofrecen como alternativa funcional las comisiones sectoriales con representación del Gobierno central y de los gobiernos de las Comunidades Autónomas, o la deficiente Conferencia de Presidentes. Evidentemente, la primera es la que manifiesta una mayor continuidad en el proceso de colaboración entre las diversas administraciones con competencia. No obstante, esta multiplicidad de órganos de colaboración carecen de capacidad de decisión, en la mayoría de los casos sirven para transmitir información o realizar una tarea consultiva, y resulta complicado conocer el contenido y alcance de sus actuaciones<sup>49</sup>. Estas entidades administrativas no pueden sustituir a un órgano de naturaleza representativa con capacidad deliberativa y decisoria y cuya actuación se desarrolle ante la opinión pública, aunque ello, evidentemente, no destierre los procesos extraparlamentarios de discreta y directa negociación.

Una última razón que hace necesaria la construcción de una Cámara territorial proviene de la propia Unión Europea y las previsiones de colaboración interparlamentaria disciplinadas en los Protocolos I («Sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea») y II («Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad») al Tratado de la Unión Europea. Tanto en el procedimiento decisorio, como en la evaluación del respeto del principio de subsidiariedad se dispone la participación de los parlamentos nacionales a través de un procedimiento en el que intervienen con diferente valor las dos Cámaras si el parlamento del país fuese bicameral. En la medida que gran parte de las competencias transferidas y ejercidas por la Unión Europea se encuentran estatutariamente atribuidas a las Comunidades

---

<sup>47</sup> *BOCG*, Senado núm. 59-462 (Apartado III).

<sup>48</sup> *BOCG*, Senado núm. 67-554 (Apartado III).

<sup>49</sup> Por ejemplo, a día de hoy se desconoce el tratamiento que se dio en la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea a los textos de la UE antes reseñados, pues no existe a fecha de hoy información publicada al respecto. Y sobre la capacidad de influencia de estos entes, baste reseñar que la Conferencia Sectorial de Educación en su reunión de enero de 2014 conoció la puesta en funcionamiento de la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre) para el curso académico 2014/2015, con la oposición expresa de cinco Comunidades Autónomas (Andalucía, Asturias, Canarias, Cataluña y País Vasco) que suponían en población, según los datos del INE del 1 de enero de 2013, el 45,42 por ciento del censo nacional. La queja de estas Comunidades ante la dificultad de la empresa, sin entrar en los datos de las cargas de escolarización que cada una soportaba, no resultó suficiente para posponer un año la medida.

Autónomas resultaba conveniente que en el proceso decisorio, dentro de nuestro Estado, cuando no quepa la consulta a los parlamentos autonómicos, la visibilidad de los intereses territoriales sobre una materia se exteriorizara a través de esa segunda Cámara.

Los motivos descritos se consideran en conjunto razones suficientes para explorar cómo funcionaría un Parlamento con una segunda Cámara que hiciera visibles los intereses territoriales concretos y difusos. Hasta ahora se viene constatando que no ha sido posible con el vigente modelo de Senado; pero que la necesidad de articular y hacer efectivas las reclamaciones territoriales acaba corporizándose por las vías que encuentra en el sistema político-constitucional. La opción unicameral no parece que se muestre como la mejor de las soluciones, vista la práctica seguida hasta el momento y la grave confusión de principios representativos que conlleva. No obstante, a partir de aquí queda abierto un camino en el que debe definirse mediante acuerdo un modelo de Cámara que dé curso a los intereses autonómicos, lo que supone la selección del criterio de elección de sus miembros, la fijación de sus competencias y la determinación del papel que va a desempeñar con respecto al Congreso de los Diputados y otros órganos nacionales y territoriales. Si hasta ahora algo ha quedado demostrado en nuestro sistema político, es que la ausencia de este tipo de Cámara y el fracaso de la constitucionalmente diseñada ha resultado más perjudicial que beneficioso para el funcionamiento de nuestro Estado constitucional y nuestro modelo territorial.





# **EL CONTROL DE CUENTAS: UN CONTENIDO NECESARIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

PALOMA BIGLINO CAMPOS  
Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad de Valladolid

## **1. INTRODUCCIÓN: UN TEMA QUE DEBE ESTAR EN LA AGENDA**

No deja de sorprender el escaso interés que las fuerzas políticas suelen prestar al Tribunal de Cuentas. Las razones de esta desatención son de distinta naturaleza. No parece que la causa radique en el carácter técnico de estos asuntos, dado que otras materias de similar naturaleza, como, por ejemplo, las reformas impositivas o la financiación de las entidades territoriales son objeto de encendidos debates. El motivo de esta situación puede estar, quizá, en el papel que desempeñan los órganos de fiscalización económico-financiera que parece más conectado con el Estado de Derecho que con otras definiciones proclamadas en nuestra norma fundamental, como puede ser el Estado Democrático, el Estado Social o el Estado Autonómico. Y, desde la entrada en vigor de la Constitución, la preocupación por el Estado de Derecho, no sólo ente la clase política, sino también en la doctrina, ha distado de ser prioritaria.

Tampoco cabe desconocer que, al menos hasta ahora, las fuerzas políticas que han ejercido el poder en nuestro país, han sido poco proclives a potenciar las instituciones de fiscalización. Con una orientación casi unánime, cuyo carácter erróneo la realidad se ha encargado de demostrar, han tendido más bien a controlar a los controladores, en detrimento de la independencia inherente a la fiscalización.

Frente a este estado de cosas, las noticias diarias recuerdan continuamente la importancia que debería corresponder a los órganos que desempeñan este tipo de control, como son el Tribunal de Cuentas y los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas (OCEXCS). De un lado, esta relevancia deriva de cuestiones coyunturales. La crisis económica ha generado una actitud mucho más crítica frente al mal uso de los recursos públicos y más intolerante ante las limitaciones que afectan a nuestro modelo de fiscalización. De otro, hay también razones de carácter estructural. El control económico-financiero tampoco se aleja tanto del principio democrático y de la soberanía popular, porque se ejerce por delegación del parlamento para verificar que el ejecutivo cumpla con lo dispuesto en la ley de presupuestos y para comprobar que los fondos que salen de los bolsillos de los ciudadanos se utilicen de manera eficaz y eficiente.

No está de más recordar que el control económico financiero culmina el viejo principio de *no taxation without representation*, del que arrancaron todas las revoluciones liberales. El parlamento, tras asumir el protagonismo a la hora de fijar los ingresos del sector público, reclamando para sí el derecho a establecer los tributos, reivindicó la organización del gasto, incluyendo entre sus poderes la aprobación del presupuesto. Finalmente, las asambleas exigieron el control de la ejecución del mismo, con el objetivo de verificar si el ejecutivo se había sometido a los límites y objetivos establecidos previamente por las cámaras. Las peculiaridades de los procedimientos parlamentarios y la naturaleza de esta fiscalización impulsaron a delegar el control a órganos especializados que, por su composición técnica, son capaces de llevarla a cabo, esto es, las instituciones de control de cuentas<sup>1</sup>.

Además, en una época como la actual, donde la democracia representativa está en crisis y se propugnan nuevas formas de participación, se tiene que subrayar la conexión directa que existe entre los ciudadanos y las instituciones de fiscalización. Estas, y al margen de su papel con respecto al parlamento, son las que han de garantizar a los contribuyentes que su dinero se utilice con propiedad, asegurando a los ciudadanos, en una expresión que merece la pena citar en versión original por su carácter expresivo, *value for money*. Si hablamos de transparencia, hablamos también de cuentas claras.

Ninguna propuesta de reforma de la Constitución que se formule puede, pues, desconocer la importancia que adquiere, en cualquier sistema contemporáneo, el control económico-financiero. A esto se añade el hecho de que nuestra

---

<sup>1</sup> Tuve ocasión de tratar este asunto en «Parlamento, Presupuesto y Tribunal de Cuentas», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 37, 1996, pp. 10-42.

Norma fundamental necesita un repaso en estas cuestiones. Como veremos a continuación, y por el momento en que se elaboró, el modelo de fiscalización que contiene responde más al de un sistema centralizado que al de un sistema de pluralismo territorial. Aun así, la evolución del Estado de las Autonomías supuso la aparición de los órganos externos de fiscalización de las Comunidades Autónomas. Esta dualidad, no prevista desde el principio, no ha sido bien enfocada ni por la legislación estatal y autonómica, ni por el Tribunal Constitucional. El primer objetivo de estas páginas es llamar la atención sobre los problemas que genera este solapamiento, con la pretensión (quizá ingenua) de que su solución se incluya en la agenda de la reforma. El segundo es esbozar algunas ideas acerca de la orientación que debería seguir el cambio. Ya adelante que no se trata sólo de adaptar el control de cuentas a las exigencias de un Estado altamente descentralizado, sino también de asegurar, en la norma fundamental, la independencia del Tribunal de Cuentas y de los OCEXS.

## 2. ALGUNOS ASPECTOS DE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN QUE PRECISAN SOLUCIÓN

### 2.1 Una inadecuada articulación territorial de los controles

El origen de los defectos que afectan a nuestra Constitución arranca del momento histórico en que fue elaborada. Aunque el proceso de construcción del Estado de las Autonomías había ya comenzado, era pronto para saber la manera en que podía concluir. Mucho se ha hablado de la «desconstitucionalización» de nuestra organización territorial, pero se ha subrayado poco que esa «desconstitucionalización» sólo afectaba a las competencias y a las instituciones de las nuevas Comunidades Autónomas. Las instituciones del Estado central están recogidas en la Constitución y, desde luego, no responden a las exigencias que impone el pluralismo territorial actual.

En efecto, algunos órganos del Estado están dotados de una estructura muy similar a la que tenían desde el siglo XIX. Así sucedió, por ejemplo, con el Consejo de Estado, antes de la modificación que experimentó en la Ley Orgánica 3/2004. Sucede, todavía, con el Senado, porque el diseño constitucional de la figura no se corresponde con la función que tiene atribuida de representar a las Comunidades Autónomas. Algo similar ocurre con el Tribunal de Cuentas, ya que la Constitución mantiene la tradición que había caracterizado a nuestro país en lo que se refiere a la fiscalización de las cuentas públicas.

Recordemos que ésta surge de manera paralela a la aparición y reforzamiento de los Estados nacionales, como un instrumento a disposición del monarca para consolidar su poder dentro del aparato administrativo<sup>2</sup>. Ni siquiera la Constitución de 1931, que introdujo en nuestro país el Estado integral, rompió con la centralización del control de cuentas. Recordemos que el art. 120 de dicha norma configuraba al Tribunal de Cuentas como el único órgano fiscalizador de la gestión económica. Por ello, ninguno de los Estatutos de Autonomía aprobados durante la II República preveía la existencia de órganos propios de control externo<sup>3</sup>.

No es extraño pues que, en línea con esta orientación, el art. 136.1 CE reconozca al Tribunal de Cuentas una competencia general, al atribuirle la fiscalización las cuentas y de la gestión económica de todo el sector público, extremo que se concreta en el art. 153 d) CE, que le atribuye, expresamente, el control económico y presupuestario de los órganos de las Comunidades Autónomas. La posición del Tribunal de Cuentas en el conjunto de nuestra estructura territorial se refuerza, además, en el primero de los preceptos citados, que lo define «supremo órgano fiscalizador».

Hay que reconocer que existe una clara correlación entre la posición que la Constitución atribuye al Tribunal de Cuentas con el tipo de autonomía financiera que la misma norma atribuye a las Comunidades Autónomas. Todavía hoy éstas gozan de un amplio margen de libertad para decidir sus gastos, pero disponen de un ámbito limitado de decisión a la hora de establecer sus ingresos. El sistema previsto en los arts. 157 y 158 CE hace que la mayor parte de los recursos que gestionan las Comunidades Autónomas provengan de los Presupuestos Generales del Estado. No es extraño, pues, que la Constitución subraye el carácter estatal del Tribunal de Cuentas. Recordemos que, según lo dispuesto en la propia Norma fundamental, dicha institución ejerce su función por delegación de las Cortes Generales, para verificar que todo el sector público, incluidas las Comunidades Autónomas, gestionen con propiedad unos fondos que han sido recaudados por el Estado y distribuidos en la Ley de Presupuestos elaborada por el Parlamento nacional.

Los primeros años de vigencia de nuestra Norma fundamental mantuvieron al control de cuentas en una situación de ambigüedad, derivada de las tensiones entre el principio de unidad, que había presidido la redacción de los

---

<sup>2</sup> PALAO TABOADA, C., «El control de la actividad financiera en un Estado democrático», en *La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática*, 1984, p. 269

<sup>3</sup> En consecuencia ni el Estatuto de Cataluña, aprobado por Ley de 15 de septiembre de 1932, ni el Estatuto Vasco, aprobada el 4 de octubre de 1936 preveían la creación de órganos de fiscalización propios de las Comunidades Autónomas.

preceptos constitucionales referidos al Tribunal de Cuentas, y el principio de autonomía, que adquirió cada vez más desarrollo con la redacción y posterior reforma de los Estatutos. Un buen ejemplo de ello es que, a pesar de que las primeras normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, dictadas a inicios de la década de los ochenta, ya preveían la existencia de órganos propios de control de cuentas<sup>4</sup>, la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, aprobada a mediados de 1982 permitía, en su art. 20, que el Tribunal de Cuentas estableciese secciones territoriales en el ámbito de cada Comunidad Autónoma<sup>5</sup>.

El tiempo no acabó de disipar completamente la ambigüedad<sup>6</sup>. En primer lugar porque no todas las Comunidades Autónomas han incorporado un OCEX (como sucede en el caso de las Cantabria, Murcia o la Rioja, quizá por su carácter uniprovincial), ni todas las que lo han creado lo han puesto en funcionamiento (como todavía ocurre en Extremadura). En segundo lugar, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tampoco ha terminado de cerrar el modelo<sup>7</sup>.

Ante todo, cabe destacar que dicho órgano no ha tenido ocasión de enfocar, de manera sustantiva y directa, la relación entre el Tribunal de Cuentas y los OCEX, sino que sus consideraciones han sido siempre *obiter dicta*, dictadas de manera circunstancial a la hora de resolver otros problemas. Los casos que han llegado ante el Tribunal Constitucional se han referido siempre al ámbito de competencias que corresponde al Tribunal de Cuentas y la solución dada a este asunto ha condicionado la visión del Tribunal Constitucional acerca de los nexos que existen entre la institución nacional y los OCEXS. Pero además cabe observar que, a pesar de la evolución que ha afectado a nuestro Estado de las Autonomías, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los arts. 136 y 153.d) de la Norma fundamental ha experimentado pocas modificaciones, lo que contrasta con lo sucedido en otros ámbitos, como puede ser la definición de las competencias de nuestras regiones o la configuración de la relación entre las normas de dichas entidades con las del Estado. A la hora de

---

<sup>4</sup> Así sucedió, por ejemplo, en el art. 42 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 18 de diciembre 1979, en el art. 53.2 del Estatuto de Galicia, de 6 de abril de 1981 y en el art. 18.2 de la Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra.

<sup>5</sup> No conviene olvidar, por lo demás, que el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de esta previsión en la Sentencia 76/1983.

<sup>6</sup> Sobre este asunto, BIGLINO CAMPOS, P., «La posición institucional de los Consejos de Cuentas», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario de las Cortes Valencianas*, n.º 7, 1999, p. 31-65.

<sup>7</sup> Un análisis más detallado de esta cuestión en BIGLINO CAMPOS, P., «La posición institucional de los OCEXS en los nuevos Estatutos de Autonomía», en BIGLINO CAMPOS, P.; DURÁN ALBA, J. F., *Pluralismo territorial y control externo de las cuentas públicas*, Valladolid, 2008, pp. 24-42.

establecer los límites de la supletoriedad del Derecho estatal, o desactivar la cláusula de primacía, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sido mucho más receptivo al proceso de implantación y consolidación de las Comunidades Autónomas.

Desde las primeras decisiones acerca del tema, el Tribunal Constitucional ha subrayado que las atribuciones del Tribunal de Cuentas se extienden a todo el territorio nacional. La aparición de los OCEXS no ha supuesto, así, una limitación de la función de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. Según el Tribunal Constitucional, en esta materia, sigue siendo único en su orden, «abarcando su jurisdicción –que tiene el carácter de exclusiva y plena– todo el territorio nacional»<sup>8</sup>. El Tribunal Constitucional ha llegado a parecidas conclusiones acerca de la función fiscalizadora que corresponde al órgano estatal. Sobre este asunto, ha resaltado que tiene, como ámbito principal y preferente, la actividad financiera del Estado y del sector público estatal. Pero, y este es el extremo a subrayar, también ha dicho que, de la lectura conjunta del art. 136 CE y de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas, esta atribución se extiende a todo el sector público, lo que incluye, entre otros extremos, a las corporaciones locales<sup>9</sup>.

Al tiempo, el Tribunal Constitucional ha considerado legítimo que los Estatutos o las leyes autonómicas crearan sus propios órganos de fiscalización y les atribuyesen funciones de fiscalización y de instrucción de los procedimientos jurisdiccionales<sup>10</sup>. Según esta manera de concebir el control de cuentas en nuestro país, la superposición de los controles a la que antes se hacía referencia no es un efecto indeseado del sistema de fiscalización de las cuentas en nuestro país, sino una consecuencia natural del mismo. En palabras del Tribunal Constitucional, el control del Tribunal de Cuentas y el de los OCEXS «no tiene por qué excluirse mutuamente, sino que puede coexistir y superponerse»<sup>11</sup>.

A diferencia, pues, de lo que sucede con el resto de las instituciones de las Comunidades Autónomas, los OCEXS no tienen una reserva de competencias frente al Órgano nacional sino que comparten sus atribuciones con el Tribunal de Cuentas. La fiscalización, en nuestro país, es una actividad concurrente que, tanto la institución del Estado como las de las Comunidades Autónomas, pueden desempeñar válidamente.

El Tribunal Constitucional ha enfocado la relación entre ambos tipos de instituciones de control a partir de esta concepción acerca de las atribuciones

---

<sup>8</sup> SSTC 187/1988 y 18/1991.

<sup>9</sup> Sobre el asunto, también STC 214/1989, sobre la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local.

<sup>10</sup> La STC 18/1991, sobre la Ley gallega 6/1985, del Consejo de Cuentas vuelve a reproducir estos argumentos, que aparecen en las Sentencias anteriormente citadas.

<sup>11</sup> SSTC 187/1988 y 214/1989.

que les corresponden. Es evidente que, cuando dos órganos comparten el mismo ámbito competencial, no sólo se superpone su actividad, sino que aumenta el riesgo de conflictos. Precisamente para enfocarlos e indicar cómo deben resolverse, el Tribunal Constitucional ha subrayado la supremacía del Tribunal de Cuentas. Literalmente, ha afirmado que «la Constitución no exige que el Tribunal de Cuentas sea el único Órgano fiscalizador de la actividad financiera pública, pero sí que mantenga una relación de supremacía frente a otros órganos fiscalizadores»<sup>12</sup>.

La superposición de controles que se acaba de describir se agrava si tenemos en cuenta, además, que una parte importante de los ingresos de algunas Comunidades Autónomas derivan de la Unión Europea, por lo que el Tribunal de Cuentas de dicha organización está legitimado también para ejercer la fiscalización de los fondos que, a través de diferentes conceptos, llegan de Europa. No es este el momento de profundizar acerca de las características e intensidad de dichas competencias. Baste sólo con recordar que se extiende a la totalidad de los ingresos que las Comunidades Autónomas perciben de la Unión y que, en caso necesario, es posible que el Tribunal de Cuentas Europeo lleve a cabo la fiscalización en el territorio de los Estados miembros. Pero además, el resultado de esta actividad se hace público ante las instituciones de la Unión, por lo que no cabe descartar que influya en la distribución del gasto del ejercicio siguiente.

En definitiva, y este es el extremo que merece la pena volver a resaltar, sobre el sector y los fondos públicos de determinadas Comunidades Autónomas existen, en la actualidad, tres tipos de controles externos: el que ejerce el propio Consejo de Cuentas, el que corresponde al Tribunal de Cuentas nacional y el que se atribuye al Tribunal de Cuentas Europeo.

Es evidente que esta superposición puede tener su ventaja. En efecto, incrementa el grado de control y evita uno de los mayores problemas que suscita el principio de competencia, esto es, la existencia de zonas de sombra en la que ninguna de las entidades afectadas se considere legitimada para llevar a cabo la fiscalización. Pero también puede tener sus inconvenientes. Desde el punto de vista funcional, genera una duplicación de esfuerzos, esto es, una utilización ineficiente de los fondos públicos. Desde el punto de vista organizativo, hay que reconocer que las instituciones de las Comunidades Autónomas, algunas con más de treinta años de funcionamiento, se encuentran definitivamente consolidadas. No tiene nada de extrañar, pues, que reivindiquen un reconocimiento más claro de su posi-

---

<sup>12</sup> SSTC 18/1991, 190/2000 y 98/2001, entre otras. Las STC 77/2004 se remite a la misma argumentación.

ción frente al Tribunal de Cuentas y nieguen, expresamente, que los OCEXS puedan concebirse como meras delegaciones territoriales del órgano nacional<sup>13</sup>.

## 2.2 La independencia de las instituciones de control de cuentas

Como se señalaba al principio de estas páginas, la función que ejercen las entidades de fiscalización es inherente al Estado de Derecho. Aunque puedan llevar a cabo otras misiones, como son el enjuiciamiento o las fiscalizaciones operativas, la tarea esencial de dichas instituciones es comprobar que los estados contables de los órganos sometidos a análisis se presenten adecuadamente según los principios de contabilidad que le sean de aplicación. Junto a ello, los informes incluyen también una evaluación del respeto al principio de legalidad, destinada a comprobar el cumplimiento de las normas vigentes en la gestión de los recursos públicos. Estamos, por lo tanto, ante un tipo de control que, a pesar de sus peculiaridades, responde al modelo de control jurídico, porque el canon para efectuarlo está constituido por un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que lo ejerce<sup>14</sup>.

Pues bien, este tipo de función sólo puede desempeñarse desde la independencia. Y este es un aspecto que no siempre se ha respetado en nuestro país, ni en la redacción de las normas jurídicas, ni en la práctica seguida por las fuerzas políticas a la hora de aplicarlas.

El primer problema surge con la propia dicción literal del art. 136 de la Constitución. En efecto, este precepto llega a afirmar que el Tribunal de Cuentas «depende directamente de las Cortes Generales» y que «ejercerá sus funciones por delegación de éstas»<sup>15</sup>. Esta redacción se explica porque, con ella,

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, en la reunión celebrada en Madrid el 15 de junio de 2006 los máximos representantes de los OCEX decidieron constituir la «Conferencia de Presidentes, al objeto de favorecer la cooperación entre las Instituciones de control. En la tercera de estas conferencias, celebradas en Navarra, el Presidente de la Cámara de Comptos de Navarra se refirió a la necesidad de aclarar la posición que corresponde al Tribunal de Cuentas y la que es propia de los OCEXS. En su opinión, los Órganos de la Comunidades autónomas, debían ser autónomos y totalmente independientes, como las instituciones de los *Länder* alemanes (<http://www.fiscalizacion.es/>).

<sup>14</sup> Estas notas del control jurídico son las que diseña ARAGÓN, M., «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 17, 1986, pp. 85-136.

<sup>15</sup> El precepto está claramente inspirado en el art. 120 de la Constitución de 1931. En efecto, este afirmaba que «El Tribunal de Cuentas de la República es el órgano fiscalizador de la gestión económica. Dependerá directamente de las Cortes y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el conocimiento y aprobación final de las Cuentas del Estado. Una ley especial regulará su organización, competencia y funciones. Sus conflictos con otros órganos serán sometidos a la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales».



los constituyentes no pretendieron limitar autonomía del Tribunal de Cuentas, sino subrayar que la función de dicho órgano está estrechamente relacionada con las tareas asignadas a las Cortes. Además, la independencia del Tribunal de Cuentas se fundamenta en su naturaleza de órgano constitucional y en las garantías establecidas en las leyes que han desarrollado la figura. El precepto más significativo a estos efectos es el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1982 del Tribunal de Cuentas, que declara que dicha institución «ejercerá sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico»<sup>16</sup>.

Aun así, la manera en que se articula la relación entre el Tribunal de Cuentas y el Parlamento deja frentes abiertos. En primer lugar, porque dificulta las relaciones entre ambas instituciones. En principio, los informes de fiscalización deberían servir para someter a debate la actuación de los órganos que gestionan los caudales públicos. Sin embargo, la dependencia proclamada por la Constitución puede dar pie a que los miembros del Parlamento pongan en cuestión la actividad del Tribunal con criterios que no son, precisamente, de naturaleza técnica. En segundo lugar, porque lejos de alejar, favorece que las fuerzas políticas se repartan por cuotas el nombramiento de los miembros del Tribunal. Aunque el art. 136.3 de la Constitución exige de los miembros del Tribunal de Cuentas la misma independencia que la que corresponde a los jueces, la práctica a la que se acaba de hacer referencia, no por extendida, deja de ser potencialmente peligrosa para la composición de cualquier institución que ejerce un control de carácter técnico-jurídico.

Los riesgos para la independencia de los OCEXS son más intensos y se evidencian, por ejemplo, en que algunas leyes autonómicas han llegado a exigir que la composición de la institución de fiscalización responda a la orientación política del parlamento autonómico<sup>17</sup>. Hay que tener presente, además, que los miembros de los Consejos de Cuentas no conocen algunas garantías

<sup>16</sup> La legislación en vigor reconoce las tres facetas de autonomía que suele corresponderle al resto de los órganos constitucionales, esto es, autonomía organizativa, reglamentaria y de gobierno. En efecto, tiene competencia exclusiva para todo lo que concierne a su gobierno y régimen interior y al personal a su servicio (art. 3 Ley Orgánica 2/1982), elabora su propio reglamento (Disposición final segunda de la Ley 7/1988, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas y su presupuesto, que se integra en los Generales del Estado como sección independiente (art. 6 Ley Orgánica 2/1982).

<sup>17</sup> Así, el art. 24.1 de la Ley 1/1988, de la Cámara de Cuentas de Andalucía dispone, textualmente que «todos los grupos parlamentarios del Parlamento de Andalucía, con excepción del Grupo Mixto, tienen derecho, como mínimo, a que uno de los miembros elegidos proceda de su propuesta. En caso de que ello no fuera posible con arreglo a criterios de proporcionalidad pura, cederá un puesto la propuesta que, teniendo ya asegurada la elección de un Consejero, haya obtenido el resto menor en la aplicación de los citados criterios» Otro buen ejemplo es el art. 22 de la Ley 2/2002, reguladora del Consejo de Cuentas de Castilla y León, según el cual los consejeros «serán elegidos por las Cortes de Castilla y León por un período de cuatro años, en votación conjunta de los candidatos que corresponda presentar a los Grupos Parlamentarios en proporción al número de Procuradores integrado en cada uno de ellos».

(como la inviolabilidad por las opiniones mantenidas en el ejercicio del cargo) que protegen a los miembros del Tribunal de Cuentas. Es cierto que estas garantías constituyen excepciones a algunos principios constitucionales, como son la igualdad y la tutela judicial efectiva, por lo que deben ser contempladas de manera restrictiva. Pero no cabe olvidar que el ejercicio de la función fiscalizadora entraña actuaciones y juicios sobre la gestión que tanto instituciones públicas como sectores privados realizan de los fondos públicos, por lo que es preciso garantizar la libertad de quienes fiscalizan frente a posibles presiones o represalias de quienes se sientan afectados<sup>18</sup>.

Tampoco la autonomía institucional de OCEXS está bien garantizada. En efecto, la mayor parte de los Estatutos de Autonomía que recogen la figura<sup>19</sup> no sólo no proclaman la independencia de los OCEX, sino que, al poner el acento en la dependencia de dichas instituciones con respecto a los Parlamentos, dan pie al legislador autonómico para limitar, a veces de manera preocupante, la autonomía presupuestaria, reglamentaria y de gobierno que debería corresponder a estos órganos<sup>20</sup>.

Las amenazas para los OCEXS no sólo provienen de las Comunidades Autónomas, sino también del Estado. Un buen ejemplo fueron las conclusiones de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, elaboradas en el seno del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas en 2013. Con la finalidad de evitar duplicidades, llegaban a plantear que funciones realizadas por instituciones de las Comunidades Autónomas fueran asumidas por órganos estatales. Esta propuesta se aplicaba, sin distinción de ningún tipo, a entidades tan diversas como son los órganos de control externo, las agencias de meteorología o los institutos de opinión<sup>21</sup>. La propuesta suscitó la reacción de la Organización Europea de las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público

---

<sup>18</sup> Por estas razones, la Declaración de México, aprobada por la INTOSAI (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores) en 2007 exige, como garantía de independencia de las entidades de fiscalización superiores, «inmunidad frente a cualquier proceso por cualquier acto, pasado o presente, que resulte del normal cumplimiento de sus obligaciones según el caso» (principio N.º2).

[http://es.issai.org/media/14491/issai\\_10\\_s.pdf](http://es.issai.org/media/14491/issai_10_s.pdf)

<sup>19</sup> Con la excepción del art. 80.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que reconoce a la Sindicatura de Cuentas plena autonomía organizativa, funcional y presupuestaria.

<sup>20</sup> Un ejemplo que merece la pena mencionar es la Ley 4/2013, de 19 de junio, por la que se modifica la organización y el funcionamiento y las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León. En ella, y con el argumento de la crisis económica, se suprime la secretaría general de la institución, que se refunde con la de otras instituciones autonómicas, con lo que se hace un flaco favor a la autonomía de gobierno del Consejo. Además, el número de consejeros se reduce de cinco a tres, se acorta el mandato que les corresponde (que pasa de seis a cuatro años, con lo que se facilita que coincida la mayoría parlamentaria que los ha designado) y se prevé que no se dediquen a la institución con carácter exclusivo, sino de manera parcial.

<sup>21</sup> Reforma de las Administraciones públicas, (CORA) pp. 99-100. El informe aparece publicado en [http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma\\_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF](http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF).

(EURORAI) que, en una declaración específica sobre el asunto<sup>22</sup>, subrayaba «la importancia de un control externo del sector público fuerte y eficaz, ejercido *in situ* por entidades regionales, públicas e independientes», sobre todo en tiempos de recesión económica general y de recortes presupuestarios.

### 3. LAS ORIENTACIONES DE LA REFORMA

No resulta sencillo reflexionar en abstracto sobre la reforma de la Constitución. Es verdad que ciertos problemas eminentemente técnicos, como algunos de los arriba mencionados, se pueden abordar con mayor confianza, porque existe consenso sobre la orientación que debería tener el nuevo texto. En otros casos, hay acuerdo sobre la necesidad de mejorar la actual Constitución para acomodarla a la nueva realidad, pero no existe consenso sobre el sentido que debería tener la reforma.

A esto hay que añadir otra dificultad que afecta, de manera más específica, al control de cuentas. Como se señalaba al principio de estas páginas, la fiscalización del sector público es una garantía esencial para el Estado de Derecho, pero está dotada de un carácter instrumental. Por eso varía en función de otras piezas del ordenamiento y no puede ser igual en un Estado unitario que en un Estado federal, ni la misma en un sistema donde las entidades periféricas tienen plena autonomía de ingresos que en otro donde los fondos de esos territorios dependen de las transferencias que llegan de los presupuestos generales de la entidad central.

Por las razones que se acaban de exponer, las consideraciones que siguen tienen distinta naturaleza. Las primeras abordan los problemas de articulación territorial tratados en la primera sección del apartado anterior. Estas reflexiones son más unas orientaciones de carácter general que una propuesta concreta de reforma, ya que dependen del modelo territorial que se consolide. Las segundas consideraciones tratan de la independencia de las entidades de fiscalización. Esta es una exigencia inherente a la propia fiscalización, reconocida a nivel internacional y acerca de la cual no existe debate doctrinal ni debería existir duda política. En este ámbito, pues, las propuestas pisan un terreno más firme, por lo que son más concluyentes.

---

<sup>22</sup> EURORAI, en su calidad de asociación de órganos públicos de control externo, cuenta con más de 80 miembros procedentes de 16 países europeos. El texto de la declaración, aprobada en el VIII Congreso y Asamblea General de la asociación, celebrados en Halle (Alemania), del 17 al 18 de octubre de 2013, aparece en [http://www.eurorai.org/eurorai/eurorai\\_es.nsf/titulares/declaracion\\_eurorai/\\$file/Declaraci%C3%B3n%20de%20EURORAI2.pdf](http://www.eurorai.org/eurorai/eurorai_es.nsf/titulares/declaracion_eurorai/$file/Declaraci%C3%B3n%20de%20EURORAI2.pdf)

### 3.1 Una nueva articulación entre el Tribunal de Cuentas y los OCEXS

PRIMERA ORIENTACIÓN: *No hay modelos territoriales de control de cuentas. Cualquier nuevo sistema tiene que adaptarse a la intensidad de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.*

Como sabemos, hay fuerzas políticas significativas que defienden una reforma federal de nuestra Constitución. Pero justo es reconocer que estas propuestas no son las únicas ni tampoco coinciden entre sí. A esto hay que añadir que no es fácil identificar lo que se quiere decir cuando se habla de federalismo, porque hay tantos modelos como Estados federales existen.

Esta diversidad afecta también al control de cuentas. En efecto, hay sistemas en los que la fiscalización sigue un sistema dual, como es el caso de Estados Unidos o la República Federal Alemana. Cada una de las entidades territoriales tiene su propia entidad fiscalizadora, dotada de independencia con respecto a la otra. Por regla general, la entidad central controla únicamente la gestión económico-financiera de la federación o, a lo sumo, los fondos gestionados por los Estados miembros que provengan de la federación<sup>23</sup>. Los órganos de control de las entidades federadas, en algunos casos, aparecen regulados en las constituciones de los Estados miembros, normas que les dotan de plena independencia y competencias para ejercer el control económico financiero de sobre estos últimos<sup>24</sup>.

Hay otros supuestos donde dicha dualidad no existe o está muy matizada. En Italia, por ejemplo, la *Corte dei Conti* sigue fiscalizando a las Regiones<sup>25</sup>. En otras ocasiones se produce una superposición de controles similar a la es-

---

<sup>23</sup> Este es, también, el caso de Suiza. La Ley federal de 28 de junio de 1967 define al Control Federal de las Finanzas como el órgano superior de vigilancia financiera de la Confederación. Sus atribuciones en relación con los Cantones son muy limitadas ya que, en principio, el art. 16 de norma antes citada las limita a la fiscalización de los fondos que provengan de la Federación, siempre que dicho control esté previsto por una ley o decreto federal. En los demás casos, podrá examinar la utilización de los fondos federales sólo con consenso del Gobierno cantonal. La página web de Eurorai ofrece interesante información sobre este y otros modelos.

[http://www.eurorai.org/eurorai/eurorai\\_es.nsf/documento/informes\\_nacionales](http://www.eurorai.org/eurorai/eurorai_es.nsf/documento/informes_nacionales)

<sup>24</sup> El modelo establecido en la República Federal Alemana sigue estas pautas. En efecto, el *Bundesrechnungshof* tiene atribuido el control de la gestión financiera de la Federación, mientras que los Länder cuentan con sus propias Instituciones de fiscalización. La posición constitucional de los Estados miembros, que gozan de independencia financiera, excluye relación de subordinación ente ambos tipos de entidades. (ENGELS, D., «El Tribunal de Cuentas Federal Alemán y los Tribunales de Cuentas de los Laender», Revista Española de Control Externo, N.º 12, 2002, pp. 25-42).

<sup>25</sup> La *Corte Costituzionale*, en las sentencias de 25 de enero de 1995, n 29, 20 de julio de 1995, n 335 y 30 de diciembre de 1997, n 470, ha considerado que el control de la *Corte dei Conti* es compatible con la autonomía de las Regiones. La *Corte Costituzionale* ha fundamentado el actual sistema de fiscalización en diferentes preceptos constitucionales, como son los arts. 97, 28, 81 y 119. Sobre este asunto, PINOTTI, C., «La Corte in sintesi» ([www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it)).

pañola. Este es, por ejemplo, el caso de Austria. En este país, la creación de órganos de control en los Estados miembros, proceso que comenzó en 1982, no supuso la limitación de la competencia fiscalizadora del Tribunal de Cuentas federal, cuyas atribuciones, de carácter general, aparecen recogidas en el art. 121 de la Constitución<sup>26</sup>.

Estos ejemplos no deben llevar a concluir que los estados regionales, o federalismos de devolución, se caractericen por reconocer mayor protagonismo a la entidad central, en detrimento de las periféricas. Que no existe esta correspondencia lo demuestra el Reino Unido, donde la *devolution* ha sido mucho más intensa en lo que se refiere a la fiscalización que al poder legislativo. Mientras Westminster conserva, al menos formalmente, la posibilidad de legislar para Irlanda del Norte, Escocia y Gales, dichas zonas se han dotado de sus propias entidades de fiscalización, independientes con respecto al *Comptroller and Auditor General* y a la *National Audit Office* y competentes para controlar la gestión de los fondos públicos en su propio ámbito territorial.

Partiendo de esta constatación, es evidente que el modelo de fiscalización ha de adaptarse a las peculiaridades que adquiere cada uno de los sistemas territoriales.

Volviendo a la reforma de nuestra Constitución, hay que recordar la falta de consenso que, en la actualidad, existe entre las fuerzas políticas. El partido en el gobierno no considera oportuno llevarla a cabo en estos momentos y, cuando la ha defendido, ha sido para fortalecer al centro, devolviendo al Estado ciertas competencias y evitar algunas duplicidades<sup>27</sup>. De otro lado, quienes propugnan potenciar el carácter federal de nuestro Estado proponen, entre otros extremos, reconocer en la Constitución determinados hechos identitarios, delimitar con mayor propiedad las competencias del Estado y reconocer a las entidades federadas poderes de los que actualmente carecen, como es el poder judicial<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Sobre este país, además de la referencia final recogida en la nota 23, EURORAI, *Las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público en Europa. Un estudio comparativo*, 2007, Valencia, segunda edición. El texto puede consultarse en:

<http://www.eurorai.org/books/El%20Control%20Externo%20del%20Sector%20Publico%20Regional2.pdf>.

<sup>27</sup> El programa electoral presentado por el PP para las elecciones de proponía una reforma constitucional limitada, que no afectara a los pilares del sistema constitucional y no requiriera un procedimiento agravado de revisión constitucional. Sus ejes básicos eran, fundamentalmente, garantizar la estabilidad del Estado de las Autonomías; dotar al Estado de los instrumentos necesarios para garantizar la igualdad de los españoles en derechos, deberes y oportunidades y establecer los mecanismos que aseguren el consenso y reforzar la calidad de nuestra democracia (Programa de Gobierno del Partido Popular 2008, [www.pp.es/sites/default/files/documentos/1191-20090909122124.pdf](http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/1191-20090909122124.pdf)).

<sup>28</sup> Este es el caso, por ejemplo de la propuesta del Grupo de Reflexión creado por el PSOE-A sobre la reforma de la Constitución y publicado por la Fundación Alfonso Perales bajo el título «Por una reforma federal del Estado Autonómico» (<http://www.fundacionalfonsoperales.com/wp-content/uploads/2012/12/Libro-Federalismo.pdf>).

A pesar de estas diferencias, todas las fuerzas políticas significativas reconocen que el Estado de las Autonomías fue, en su momento un acierto, por lo que no cabe prescindir de los cambios que ha experimentado nuestro país en los últimos cuarenta años. Se trata, más bien, de perfeccionar el modelo actual, corrigiendo lagunas, evitando disfuncionalidades y, en algunos casos, propiciando el paso a un Estado federal. Esto significa que cualquier modificación de la Constitución en materia de control de cuentas ha de partir de los OCEXS, no sólo porque son instituciones consolidadas, sino porque su existencia es coherente con el grado de descentralización que ya existe en nuestro ordenamiento.

La eficacia y la eficiencia, sobre todo en una situación de déficit público como la que vivimos, obligan a evitar reiteraciones y duplicidades. En la actualidad, los OCEX controlan la gestión económico-financiera de la mayor parte de las Comunidades, por lo que la reforma constitucional debe partir de la existencia de dichos órganos. Esto supone que, de prosperar la modificación de la norma fundamental, las funciones del Tribunal de Cuentas deben centrarse en el control del sector público estatal, así como en el ejercicio de otras competencias que le atribuye la actual legislación, como es, por ejemplo, la fiscalización de los partidos políticos y de aquellas personas físicas o jurídicas que perciben fondos del Estado.

Es un lugar común afirmar que debe existir coherencia entre la autonomía política de una entidad territorial y la autonomía financiera que se le atribuya, porque no cabe atribuir competencias y capacidad de decisión sobre determinadas materias si ésta no está acompañada de medios para llevarlas a cabo. El mismo paralelismo debe mantenerse cuando se habla de control económico-financiero. En nuestro país, las Comunidades Autónomas gozan ya de una amplia libertad a la hora de elaborar sus presupuestos y establecer los gastos. La existencia de los OCEXS arranca de esta autonomía porque, como vimos al inicio de estas páginas, son instituciones que ejercen su función para asegurar que exista correspondencia entre lo decidido por los parlamentos autonómicos y la gestión económico-financiera.

SEGUNDA ORIENTACIÓN: *a mayor corresponsabilidad fiscal, más competencias para los OCEXS.*

Ahora bien, profundizando en estas ideas, debe añadirse que la correspondencia entre autonomía política y autonomía en la fiscalización no solo debe establecerse en función de quien realiza el gasto, sino teniendo en cuenta el origen de los ingresos, esto es, la entidad que establece y recauda los tributos. La razón de adoptar este punto de vista radica en que, como también se

señaló en la introducción, las instituciones de fiscalización conectan directamente con los contribuyentes a la hora de garantizar que sus tributos se utilicen de la manera más eficiente.

Esto significa que no cabe descartar cualquier intervención del Tribunal de Cuentas en la fiscalización en las Comunidades Autónomas. Si, tras la reforma, parte de los fondos de estas últimas siguen proviniendo de los Presupuestos Generales del Estado, las Cortes Generales tendrán derecho a conocer del uso que hayan recibido. Además, dichos recursos públicos habrán sido recaudados en otras zonas del territorio nacional, cuyos ciudadanos estarán legitimados para exigir que se gestionen debidamente.

La articulación entre las instituciones centrales o federales y las regiones, o Estados miembros, no es enteramente satisfactoria en ningún sistema de pluralismo territorial. Por muy perfeccionada que esté, siempre recibirá críticas, que variarán en función de los intereses que se defiendan, sean estos del centro o de la periferia.

Partiendo de este condicionamiento, cabe afirmar que, en el caso de control de cuentas, la relación entre la institución central y los otros órganos de fiscalización no tiene por qué corresponder a las reglas constitucionales que distribuyan las competencias entre la federación, o Estado, y los Estados miembros, regiones o Comunidades Autónomas. Este reparto competencial siempre entraña un alto grado de complejidad y, además, afecta especialmente a los gastos. Conforme a la orientación que encabeza a estas páginas, la articulación entre ambos tipos de instituciones de fiscalización debe responder al modelo de financiación de las entidades territoriales.

Por eso, las relaciones entre el Tribunal de Cuentas y los OCEXS serán más fáciles de perfilar cuanto más claramente se establezca el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y cuanto mayor sea el grado de concreción acerca del destino que estas últimas puedan dar a los fondos que recibían de los Presupuestos Generales del Estado.

A título de ejemplo, el Tribunal de Cuentas debería ser responsable de fiscalizar la gestión que las entidades periféricas hagan del fondo de compensación interterritorial, si éste se diseña para que realmente sea tal, así como de la gestión de las transferencias finalistas. Hay que tener presente, además, que en la Unión Europea, los Estados son los responsables del cumplimiento del Derecho de la propia Unión, así como del uso que las entidades territoriales que los integran realizan de los fondos que provengan de la organización supranacional. Además, en virtud del art. 287.3 del TFUE, el Tribunal de Cuentas de la Unión lleva a cabo sus fiscalizaciones en colaboración con las instituciones nacionales de control. Esta imbricación lleva a concluir que el Tribunal

de Cuentas tendrá que conservar atribuciones sobre la gestión económico-financiera que las Comunidades Autónomas realicen de los fondos que provengan de la Unión.

Hay que reconocer que, a lo largo de los años, la fiscalización que el Tribunal de Cuentas ha realizado del sector público autonómico no ha sido enteramente satisfactoria. No son sólo los retrasos que han afectado dicho control, seguramente debidos a la excesiva carga de trabajo y a la escasez de medios que afectan a dicha institución<sup>29</sup>. Sucede, también, que la actividad de dicho órgano parece, a veces, más centrada en controlar a los OCEX que a las instituciones y particulares de las Comunidades Autónomas que manejan fondos públicos. Desde luego, ni la supremacía atribuida constitucionalmente al órgano nacional, ni la autonomía que se reconoce a los OCEXS han servido para instaurar un control más riguroso, destinado a evitar los sonados casos de corrupción que se han dado en las Comunidades Autónomas. Hay, sin embargo, algunos supuestos en los que la actividad del Tribunal de Cuentas con respecto al sector público autonómico ha resultado de interés. Se trata, sobre todo, de las llamadas fiscalizaciones horizontales como las que realiza, en coordinación con los OCEXS, sobre Universidades. No cabe descartar, pues, que tras la reforma constitucional, la institución nacional pueda seguir llevando a cabo este tipo de actividades, para lo que es posible requerir, si se estima oportuno, la conformidad de los órganos periféricos de fiscalización.

Las atribuciones que se han perfilado en los párrafos anteriores son, como antes se señalaba, meras concreciones del principio general que debe orientar la reforma y no tienen más aspiraciones que prestar algunos ejemplos. Lo cierto es que debería ser la ley, y no la Constitución, la norma que tendría que detallar las atribuciones que el Tribunal de Cuentas conserva con respecto a los otros territorios<sup>30</sup>.

Ante de finalizar con este asunto, es preciso, sin embargo, realizar otras consideraciones, referidas a la conveniencia de mantener, o variar, el carácter desigual que tiene el sistema actual de fiscalización de cuentas.

De un lado, la autonomía institucional ha de permitir la creación de instituciones de control, pero no tiene por qué que obligar a ello. Esto supone, de un lado, que el Tribunal de Cuentas debería conservar sus atribuciones para

---

<sup>29</sup> Es cierto que el Tribunal de Cuentas está haciendo un esfuerzo para poner fin al tradicional retraso que afecta a algunas de sus fiscalizaciones, para lo que últimamente fiscaliza cada año dos ejercicios del sector público autonómico. Aun así, el informe global aprobado en mayo de 2014 por el pleno del Tribunal de Cuentas todavía se refiere a los ejercicios del sector público autonómico de 2010 y 2011 ( [www.tcu.es/repositorio/4583e807-ae5f-4248-bcf5.../11034.pdf](http://www.tcu.es/repositorio/4583e807-ae5f-4248-bcf5.../11034.pdf)).

<sup>30</sup> Por ejemplo, otro aspecto muy importante que la ley debería concretar son las actividades que habrían de corresponder al Tribunal de Cuentas y a los OCEX con respecto a las entidades locales.



fiscalizar a las Ciudades Autónomas y a las Comunidades Autónomas que renunciaran a crear sus propias instituciones de control, bien por su carácter uniprovincial o por razones de otro tipo. Pero, de otro, el control del órgano nacional debería ser menos intenso en caso de que, como ocurre en la actualidad con los territorios históricos, algunas entidades territoriales estuvieran dotadas de mayor autonomía financiera, sobre todo a la hora de establecer y recaudar tributos.

*TERCERA ORIENTACIÓN: si la entidad central conserva atribuciones con respecto a los territorios periféricos, debe ser una institución del Estado Comunidad.*

En la mayor parte de los Estados dotados de pluralismo territorial, la constitución no es una norma que se limite a crear la federación e imponga, a lo sumo algunos límites a los Estados miembros. Aunque este sistema existe en algunos países, como en Estados Unidos, lo más frecuente es que la constitución no sólo organice las instituciones y las competencias de la entidad central, sino que además establezca algunas decisiones fundamentales con respecto a la estructura de los Estados miembros o regiones. En los sistemas federales europeos, la noción de constitución sigue de cerca, pues, la concepción que, en su momento, diseñó H. Kelsen. Para este autor era un «orden total», del que surgen dos tipos de ordenamientos territoriales distintos y equiparados, esto es, el de la federación y el de los Estados miembros.

En materia de fiscalización, esto supone reconocer que la entidad nacional de fiscalización no puede concebirse sólo como un órgano del Estado central, sino del Estado comunidad, es decir, del conjunto que resulta de la federación y de los Estados miembros. A la hora de diseñar al Tribunal de Cuentas, la reforma debería de tener en cuenta que su posición no debe ser muy distinta a la que corresponde al Tribunal Constitucional. En los sistemas de pluralismo territorial, dicha institución no es una entidad del centro, sino que está al margen de la distribución territorial del poder, precisamente para controlar que las entidades territoriales cumplan con lo previsto en la norma fundamental.

Configurar al Tribunal de Cuentas conforme esa orientación tiene sus repercusiones sobre la composición del mismo y la manera de articular sus relaciones con los órganos de fiscalización de las entidades territoriales.

Supone, en primer lugar, admitir que, aunque sus miembros hayan de ser elegidos por las Cortes Generales, deben ser sensibles a los intereses de las Comunidades Autónomas. Por ello, no estaría de más que la propia Constitución previese alguna forma mediante la cual el sistema de designación estuviera dotado de mayor permeabilidad. Este objetivo se puede conseguir de dife-

rentes maneras. Así, por ejemplo, es posible establecer que un porcentaje de los miembros del Tribunal de Cuentas estuviera compuesto por personas que hubieran sido presidentes o consejeros de los OCEX. Otra alternativa sería reconocer a los Parlamentos autonómicos el derecho a elevar a las Cortes Generales sus candidatos, propuestas que podrían carecer de carácter vinculante.

En segundo lugar y si, como se ha mantenido en páginas anteriores, el Tribunal de Cuentas conservase alguna competencia de control sobre el sector público autonómico, sería también preciso que la Constitución regulara algunos de los principios que deben orientar la relación entre la institución nacional y los OCEX. No es momento de extenderse sobre esta cuestión, que he tenido ocasión de tratar en otro momento<sup>31</sup>. Sólo considero oportuno señalar la conveniencia de que la reforma introdujera el principio de lealtad, constitucional o federal, y concretara esta declaración imponiendo formas de colaboración entre ambos tipos de instituciones, como pueden ser la cooperación o, en su caso, coordinación.

### **3.2 Nuevas y mayores garantías de independencia para todas las instituciones de fiscalización**

El control de cuentas es inseparable de la independencia porque, si es parcial, deja de resultar de utilidad. La reforma de la Constitución debería tener muy en cuenta este extremo y perfeccionar la independencia que corresponde al Tribunal de Cuentas y a los órganos de fiscalización de las Comunidades Autónomas.

Esto no significa que la tradicional relación entre las entidades de control de cuentas y los parlamentos deba desaparecer. Dicha conexión es inherente no sólo a las funciones que corresponden a las asambleas legislativas en materia financiera y tributaria, sino también al papel que desempeñan los órganos de fiscalización a la hora de analizar el cumplimiento por el ejecutivo de lo dispuesto en la ley de presupuestos. Supone, más bien, justificar la existencia de la fiscalización del sector público en la importancia que ésta adquiere, de por sí, en los Estados sociales y democráticos de Derecho y no en su carácter auxiliar de los parlamentos. Este cambio de óptica no sólo serviría para dar mayor entidad al control de cuentas, sino también para obstaculizar que el

---

<sup>31</sup> BIGLINO CAMPOS, P., «La posición institucional de los OCEXS en los nuevos Estatutos de Autonomía», cit. nota 7, pp. 24-42.

parlamento o, más bien, la mayoría parlamentaria, intente instrumentalizarlo en función de sus propios intereses.

Hay que tener presente que los órganos de fiscalización no sólo auxilian a los parlamentos sino que, como ya se ha señalado al inicio de estas páginas, tienen una propia razón de ser. Ésta arranca del derecho de los ciudadanos a comprobar que los fondos que provienen de sus impuestos se utilicen convenientemente. En momentos como los que estamos viviendo, las instituciones que más pueden aportar al principio de transparencia son, precisamente, las que verifican el cumplimiento de la legalidad y de una gestión eficiente de los recursos públicos.

Como todos sabemos, las democracias contemporáneas son esencialmente representativas. Pero, desde sus orígenes, la representación impone responsabilidad. Para que el sistema funcione, los ciudadanos deben saber cómo han actuado las fuerzas políticas en las que ha depositado su confianza. Una buena manera de facilitar este conocimiento es haciendo posible que los votantes puedan acceder –y comprender– la fiscalización ejercida sobre quienes han desempeñado cargos de responsabilidad en la gestión de los fondos públicos.

El diseño que la Constitución realice de las entidades de fiscalización debe por fuerza variar y ser más preciso para el caso del Tribunal de Cuentas que en el caso de los OCEX, dado que la configuración de estos últimos debería establecerse en las normas que organicen el poder de las Comunidades Autónomas.

Con respecto al Tribunal de Cuentas, la Constitución deberá partir de la afirmación de su independencia y del reconocimiento de su autonomía reglamentaria, presupuestaria y de gobierno. Por esta razón, la referencia a su dependencia de las Cortes Generales, contenida en el actual art. 136, debería desaparecer. Habría que mantener, sin embargo, su obligación de informar a las Cortes Generales de los resultados de su control e incluir, además, el derecho de las Cortes Generales a solicitar las fiscalizaciones que considere necesarias.

La función de enjuiciamiento que actualmente corresponde al Tribunal de Cuentas puede ser objeto de críticas. Pero las objeciones obedecen más bien a razones de carácter teórico que práctico, fundadas en que dicha atribución parece desmentir el principio de división de poderes. Frente a este tipo de razonamientos, la experiencia demuestra que, interpretada en la manera que lo ha hecho el Tribunal Constitucional<sup>32</sup>, la función de enjuiciamiento no suscita

---

<sup>32</sup> En la STC 215/2000, el Tribunal Constitucional subrayó la naturaleza puramente jurisdiccional del enjuiciamiento contable. Según esta decisión, los antecedentes inmediatos del precepto constitucional, la imagen que el constituyente tuvo ante sí de la institución y la interpretación sistemática del término jurisdicción fuerzan a reconocer el carácter jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable. De

problemas de articulación con los principios que caracterizan al Estado de Derecho. Hay que tener presente, además, que la fiscalización será siempre más eficaz si el incumplimiento de las normas que rigen la gestión económico-financiera es objeto de una reacción contundente y eficaz por parte del Tribunal de Cuentas. Es verdad que este órgano puede dar traslado al Ministerio Fiscal de aquellas conductas que estime constitutivas de delito. Pero hay infracciones del ordenamiento que no adquieren esa naturaleza, por lo que, de privar al Tribunal de Cuentas de su función de enjuiciamiento, este tipo de acciones podría quedar sin sanción.

A favor de mantener la función de enjuiciamiento cabe sostener, también, que su ejercicio completa la función de control que corresponde al Tribunal, porque con ella culmina el ciclo de examen y comprobación de cualquier cuenta. Por último, puede añadirse la especialización del Tribunal de Cuentas para desempeñarla, ya que quienes la ejercen disponen de una elevada cualificación técnica que no está al alcance, a veces, de la jurisdicción ordinaria.

La Constitución debería concretar, también, la independencia de los miembros del Tribunal de Cuentas, regulando con mayor propiedad su estatuto personal. No parece que sea necesario acabar con el carácter plural y colegiado del órgano ni la elección parlamentaria de sus miembros. Es cierto que otros sistemas optan por una configuración unipersonal, pero la estructura actual del Tribunal de Cuentas es similar a la de otros países europeos y enlaza con una tradición histórica bien asentada que, hasta la actualidad, no ha suscitado mayores problemas. De otro lado, la independencia de un órgano no es consecuencia de la manera en que es elegido, sino de la forma en que se configuran las garantías establecidas para el órgano en su conjunto y para cada uno de sus miembros<sup>33</sup>.

En este último asunto, la Constitución podría mejorar. En efecto, además de recoger la inamovilidad y las incompatibilidades de los Consejeros, la nor-

---

otro lado, la STC 187/1988 define la naturaleza de dicha actividad. En la misma, el Tribunal define el enjuiciamiento contable en términos estrictamente procesales, porque lo configura como la aplicación de la norma jurídica al acto contable, con la finalidad de emitir un juicio acerca de su adecuación al ordenamiento. En virtud de esta operación, se declara si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndolo o condenándolo y, en esta última hipótesis, ejecutando coactivamente la decisión. En la misma Sentencia, el Tribunal resalta, además, que el ejercicio de esta función se lleva a cabo siguiendo un procedimiento judicial, configurado en la LFTC con los elementos objetivos, subjetivos y formales que caracterizan a todo proceso. Por último y según siempre el criterio del Tribunal Constitucional, otros dos datos confirman esta naturaleza de la actividad de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. En primer lugar, el hecho de que sus resoluciones sean susceptibles del recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo. En segundo lugar, que en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales no se aplica supletoriamente la legislación administrativa, sino la procesal. Sobre este asunto, BIGLINO CAMPOS, P., «El Tribunal de Cuentas», *Base de Conocimiento de Iustel, Derecho Constitucional II*.

(<http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910475&s=13&p=2.&Z=4&O=1&sector=>)

<sup>33</sup> Sobre este asunto sigue siendo de obligada referencia la STC 108/1986.

ma fundamental debería limitar su reelección y reconocerles inviolabilidad por las opiniones mantenidas en el ejercicio de sus cargos.

Como se acaba de señalar, la Constitución ha de ser más parca en lo que se refiere a los OCEXS. Aun así, es preciso que se garantice su existencia<sup>34</sup> y su autonomía, con el objetivo de evitar que el Estado o las Comunidades Autónomas intenten suprimirlos. El precepto constitucional que regule la estructura esencial de las instituciones de las Comunidades Autónomas debería, pues, referirse expresamente a ellas y confiarles el control del sector público de sus territorios, sin perjuicio de las competencias que han de corresponder al Tribunal de Cuentas. Este artículo debería proclamar, también, la independencia de los OCEXS con respecto a los demás poderes de la Comunidad, imponiendo similares garantías a las establecidas para el Tribunal de Cuentas. Esta exigencia deriva, como hemos visto, de la propia naturaleza de las funciones que desempeñan y es un principio bien conocido en el ámbito internacional. Recordemos que, ya en 1977, la Declaración de Lima, aprobada en el ámbito de la INTOSAI<sup>35</sup> establecía, en su art. 5, que las entidades de fiscalización sólo pueden cumplir eficazmente sus funciones «si son independientes de la institución controlada y se hallan protegidas contra influencias exteriores». A estos efectos, el texto propone concretar la independencia de las entidades de fiscalización, precisamente, en la Constitución.

Antes de concluir considero oportuno realizar una última consideración. Las reformas constitucionales que afectan al control de cuentas propuestas a lo largo de las páginas anteriores no cambian el modelo actual de manera radical. Como acabamos de ver, ni es necesario privar al Tribunal de Cuentas de la función de enjuiciamiento ni, conviene ahora añadir, asignarle otras atribuciones que en la actualidad no posee, como puede ser el asesoramiento. Tampoco es conveniente modificar la diferencia existente entre control externo y control interno, con el objetivo de atribuir a los órganos de control externo el control preventivo que hoy en día efectúa la intervención. Estas, y otras propuestas, pueden funcionar muy bien en otros sistemas, pero no parecen adecuadas para nuestro país.

---

<sup>34</sup> El documento «Por una reforma federal del Estado Autonómico» citado en nota 28 propone que la Constitución abra las puertas a la existencia de otros órganos autonómicos de naturaleza asesora, de control o de supervisión. Según siempre dicho texto, «se adaptaría a la realidad actual, en la que las Comunidades Autónomas cuentan con órganos como Cámara de Cuentas, Consejo Consultivo, Consejo Audiovisual o Consejo Económico y Social» (p.45). Aunque esta propuesta se aproxima a la que se mantiene en estas páginas, no parece que la entidad de los Consejos de Cuentas sea igual que la de los consejos económicos y sociales, por lo que el tratamiento que la Constitución haga de ellos debería variar de intensidad.

<sup>35</sup> [www.intosai.org/es/issai-executive.../issai-1-the-lima-declaration.html](http://www.intosai.org/es/issai-executive.../issai-1-the-lima-declaration.html)

Hay varias razones que justifican esta prudencia. La primera de ellas es que algunas de estas soluciones encajan mal con otros caracteres de nuestro sistema. Así, es poco oportuno atribuir funciones de asesoramiento a órganos que, después, se pueden encontrar en la difícil tesitura de tener que controlar actos dictados conforme al criterio dictado por la propia institución de fiscalización. La segunda razón radica en que resulta poco práctico modificar lo que ha funcionado correctamente, como es el caso del control llevado a cabo por la intervención. Es cierto que este sector necesitaría algunas reformas, destinadas a incrementar su independencia con respecto a los órganos de decisión política, sobre todo en el ámbito local y autonómico. Pero estas otras medidas, en las que ya se están dando algunos pasos, no exigen una reforma constitucional sino que basta con modificar la legislación ordinaria.

Entre las modificaciones constitucionales que he planteado y el modelo actual de control de cuentas hay, pues, una clara línea de continuidad. Creo que el camino para mejorar las cosas no está en inventar nuevos modelos o copiar, de manera más o menos mimética, lo que existe en otros países. Cualquiera de estas vías conlleva riesgos que no merece la pena correr porque, aunque tengamos claros los objetivos, los resultados pueden resultar imprevisibles. Medidas que teóricamente son irreprochables y que funcionan correctamente en otros sistemas generan, a veces, consecuencias muy distintas a las deseadas, porque actúan sobre realidades diferentes a las que las originaron o porque encajan mal con otras piezas del sistema en las que se pretenden implantar. Por estas razones, cualquier reforma de la Constitución debería partir de un examen detenido de los problemas reales y concretos que se han suscitado durante las ya casi cuatro décadas de vigencia de nuestra norma fundamental y, aplicando la experiencia que hemos ido fraguando a lo largo de todos estos años, ceñirnos a cambiar lo que no funciona.

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: COMPOSICIÓN Y FUNCIONES

IGNACIO TORRES MURO  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid  
del Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando los editores de este libro me ofrecieron participar en él, ocupándome de tan peliagudos temas, pensé seriamente en no escribir en esta obra colectiva la parte de la misma que me corresponde. Me convencieron la amable insistencia de mi colega el Prof. Dr. D. Juan Carlos Gavara, y su bonhomía.

Mis dudas se deben a dos tipos de factores. El primero, lo difícil que es hacer algo equilibrado en este asunto.

El segundo, que, habiendo dedicado algunos años a trabajar en dicho órgano, corro el riesgo de aparecer como abogado de parte. También porque soy duro con las críticas al mismo que hacen quienes no conocen bien, y no se molestan en indagar sobre ellos, los modos de decidir del TC. No hacen el esfuerzo, en síntesis, de ir más allá de las apariencias. Todo el respeto, pero no mi aprobación.

Tenga, por tanto, en cuenta el lector que este es un texto escrito por una persona que vivió con agrado, y cierta pasión, su presencia, de 2002 a 2007, en nuestro Tribunal Constitucional, y que, al fin y al cabo, es funcionario en excedencia del mismo. Digo esto para que lo que sigue se entienda en su contexto.

No tengo tampoco ningún inconveniente en reconocer que, en algunos casos, uso materiales de trabajo producidos por un grupo que, bajo la dirección

de D. Benigno Pendás, preparó, en el CEPC, unas pautas para la reforma de la LOTC. Tuve el honor de ser el «ponente» de dichas actividades. Sin duda, lo bueno de mi aportación de hoy es lo que surgió en aquéllas. Los fallos solo pueden atribuirse a mi conocida tozudez.

## 2. COMPOSICIÓN<sup>1</sup>

### 2.1 El Tribunal «a quince»

Sobre la composición del Tribunal han corrido ríos de tinta. Diré, para empezar, que un «Tribunal a quince» no creo que fuese una buena opción para mejorar el funcionamiento del órgano. Pudiera ser que con tres Salas de cinco magistrados mejoraran los tiempos de respuesta en los asuntos atribuidos a ellas (principalmente la resolución de los amparos). Pero más bien parece que el problema está en la organización de trabajo en los niveles inferiores; es decir, cómo llegan los borradores de resolución a la mesa de los magistrados. Comprenderán que, siendo letrado en excedencia del TC, no debo entrar en más detalles. Los sistemas de preparar textos previos, que ahora veo desde la barrera, me parece que son malos. Ahí lo dejo. Nada que ver con críticas a letrados, secretarios judiciales, y resto del personal que, en su gran mayoría, trabajan, y mucho.

Si el número actual de magistrados (doce, como se sabe; art. 159.1 CE) dificulta, y mucho, el que en el Pleno se puedan alcanzar consensos, costaría aún más hacerlo con quince. Los debates en el órgano se convertirían, además, en interminables, limitando gravemente las posibilidades de hacerlos con una agilidad que, a veces, es muy necesaria.

Téngase en cuenta que los miembros del TC son, normalmente, personas con fuerte personalidad, experiencia en la práctica del derecho, y conocimientos enciclopédicos de sus especialidades, de modo que sobre cualquier asunto complejo que surja pueden plantearse puntos de vista muy diversos. Si los puntos de vista son quince, en lugar de doce, la lentitud está asegurada.

Por otra parte, en temas tan delicados como los que, frecuentemente, debe abordar el TC, es muy necesario evitar los votos particulares<sup>2</sup>. Suponen una división del órgano que suele dar lugar a especulaciones dañinas. Está claro que se trata de una facultad de sus miembros (art. 90, Dos LOTC), pero

---

<sup>1</sup> Sobre algunos de los temas que siguen, y aunque no estoy de acuerdo con bastantes de sus planteamientos, cabe remitir a GARCÍA ROCA, J., 2012.

<sup>2</sup> Sobre la práctica en USA, y Alemania, FERNÁNDEZ SEGADO, F., 2013, pp. 1181 y ss. Otras aportaciones del mismo autor en FERNÁNDEZ SEGADO, F., 2009.



convendría que su uso fuera excepcional, y no para expresar disensos menores. Una vez más estamos ante un problema de equilibrio, pero no cabe duda de que la imagen que da un Tribunal dividido ante la ciudadanía es pésima. No se comprende muchas veces que pueda haber soluciones jurídicas distintas a un problema constitucional en apariencia técnico, e inmediatamente la gente las atribuye, dirigida por la prensa, a disensiones políticas de regate corto.

El TC viene ya, desde hace tiempo, intentando elaborar textos sobre los que sea posible conseguir el parecer unánime de los magistrados, aún a costa de dotarlos de una ambigüedad notable, que es muy «constitucional», por otra parte.

Y es que en debates de este tipo tampoco se pueden pedir soluciones absolutamente diáfanos a un órgano en el que están representadas las distintas sensibilidades que se enmarcan en el consenso de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Sensibilidades que pueden ser muy variadas, como corresponde a un sistema que, no se olvide, proclama el pluralismo como uno de los valores superiores del ordenamiento (art. 1.1 CE).

## 2.2 Acceso al cargo

Respecto al acceso al cargo de magistrado constitucional, me parece que un jurista no puede decir nada crítico sobre las reglas en presencia (principalmente, art. 159 CE). El problema, todos lo sabemos, no son las normas sino una «práctica político-constitucional» susceptible de mejora. El objetivo a alcanzar es el de que al TC lleguen profesionales muy competentes, sea cual sea su adscripción política.

Buenos técnicos, al fin y al cabo. No «eunucos» sin ideología, pero sí profesionales de primera línea, y dispuestos a asumir un compromiso muy complicado. Un compromiso que requiere, para responder al mismo con éxito, una preparación en materias jurídicas, y una inteligencia, muy superiores a la media. En suma, aquí es uno de los órganos constitucionales en donde es preciso utilizar el baqueteado concepto de «excelencia».

Y ello en beneficio del sistema en su conjunto. Insisto en que no se trata de que los magistrados tengan tal o cual ideología, siempre que no caigan en ese tipo de sectarismo en el que no cae una persona verdaderamente inteligente, y valiosa.

No puede pedirse a un jurista que no desarrolle su trabajo partiendo de una concepción del mundo. Esa es la razón por la que es decididamente aberrante la idea del «juez máquina», que a veces hacen circular ciertos vendedores de crecepolo.

En el caso de los jueces constitucionales esto es aún más acusado, dado que trabajan con un material (la Constitución) especialmente sensible.

El problema es la necesidad de una excelente preparación técnica, porque los problemas constitucionales son muchas veces de una complejidad que requiere, para abordarlos con garantías, una formación y una inteligencia natural de primer orden.

Tal y como funcionan los procesos de decisión en el TC, es verdad que los magistrados cuentan con el apoyo de otros juristas (los letrados) que pueden desbrozarles el trabajo en sus borradores, pero, al fin y a la postre, son ellos los que toman las decisiones en Pleno, Sala, o Sección.

Y en ese momento solo revisar lo que les ha sido enviado requiere una competencia técnica sobresaliente. No es tarea fácil que pueda ser asumida por juristas mediocres, de modo que es preciso recordar a los responsables de los correspondientes nombramientos que estos no se pueden hacer de una manera frívola, sino que es preciso ir más allá de las apariencias, y realizar una selección basada en un examen en profundidad de los méritos, y las trayectorias, de los candidatos.

### 2.3 La edad

Las posibles reformas acerca de las edades de acceso me parecen peligrosas. Y ello porque todos sabemos que hay ancianos lúcidos y jóvenes tontos. Esta es una materia sin reglas generales. Por ello la norma de la CE que habla de que los designados deberán tener «más de quince años de ejercicio profesional» (art. 159.2 CE) es suficiente, puesto que asegura una experiencia mínima y evita lo que podrían denominarse los magistrados «con baby», prenda impropia de un jurista de «reconocida competencia» (también art. 159.2 CE), y típica de uno que frecuenta el jardín de infancia.

En todo caso, conviene recordar que el TC tiene una carga de trabajo que requiere cierta experiencia en el manejo de asuntos difíciles, y, paradójicamente, unas buenas condiciones físicas, sobre todo mentales. El problema, por tanto, es que los juristas que sean nombrados estén en condiciones de hacer bien su trabajo. De lo contrario, nos encontraremos con resultados, cuando menos, mediocres.

Los magistrados excesivamente jóvenes tienen, además, el problema de lo que podría denominarse, por hacerlo al «itálico modo» propio del Marqués de Santillana, «il giorno dopo» (el día después). La salida del Tribunal, cuando aún se tiene una larga carrera profesional por delante ha provocado a veces situacio-

nes difíciles, como la del que vuelve a la universidad sin secretaria, y a hacerse las fotocopias, tras gozar de unos servicios de apoyo excelentes. Anécdotas chuscas aparte, la combinación de la necesaria experiencia, y que la salida sea una feliz jubilación, aconseja nombrar magistrados sobre los sesenta años.

No cabe duda, sin embargo, de que a este razonamiento se le pueden oponer, al menos, dos objeciones.

La primera la de que el Tribunal no tiene por qué ser una gerontocracia, y conviene que tenga miembros algo más jóvenes, representativos de ideas más modernas. Ese papel lo pueden representar los letrados, pero tampoco está mal que, superada la barrera de los quince años de ejercicio profesional, en el Pleno, y otros órganos decisorios, se oigan las voces de personas de relativa juventud.

La segunda que lo que es imprescindible es una buena forma física, de la que se derive una capacidad de aguante que conduzca a soportar bien las fuertes presiones a las que sabemos que, en casos puntuales, está sometido el TC. Una persona de salud débil, dato éste que se asocia normalmente con una edad avanzada, no debiera asumir el compromiso del ejercicio de la jurisdicción constitucional, puesto que el mismo requiere frecuentemente de una resistencia fuera de lo común.

## 2.4 La duración del mandato

El nudo gordiano de la duración del mandato de magistrado del TC no se corta, a lo Alejandro Magno, haciéndolo más largo, como proponen algunos, que llegan a proponer, llenos de entusiasmo pronorteamericano, la absurda solución, en el contexto europeo, del mandato vitalicio.

De nuevo, la clave está en la mejora de las prácticas de elección, para que quien ocupe el cargo tenga una calidad incontestable, que pueda ejercer durante cierto tiempo, tampoco excesivamente largo, puesto que hay que recordar la regla de la necesaria conexión con los posibles cambios en la mentalidad, y las opiniones, sociales.

En ese contexto creo que deben considerarse inconstitucionales las normas de la LOTC que prevén la ampliación, o reducción, de los períodos de ejercicio de las consiguientes responsabilidades. Me refiero a los artículos 17. dos, que recoge la famosa «prorrogatio» («Los Magistrados... continuarán en el ejercicio de su funciones hasta que hubieran tomado posesión quienes hubieren de sucederles»); y 16, cinco, que dispone, por un lado, que las vacantes serán cubiertas por el tiempo que al magistrado que la ha provocado le restase de ejercicio del cargo, y que «si hubiese retraso en la renovación por tercios

de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso de la renovación».

El objetivo es que, cuando sea nombrado, el juez constitucional sepa que tiene nueve años por delante. Nueve años son, a mi juicio, más que suficientes para desarrollar un posible programa personal de interpretación de la norma suprema. No hay que olvidar tampoco que períodos más largos pueden poner seriamente a prueba aquella buena forma física de la que hablábamos antes.

Convendría, por tanto, acabar con las designaciones en bloques de cuatro magistrados, que facilitan negociaciones «impropias». Es cierto, sin embargo, que para ello hay que reformar la CE, concretamente su artículo 159.3.

Sería adecuado, por tanto, poner claras dos cosas. La primera que no hay posibilidad de reelección en ningún caso, y la segunda que no será posible, salvo renuncia, o fallecimiento, que el mandato sea más corto de nueve años.

Las soluciones actuales en estas materias son muy cómodas para los órganos que efectúan las designaciones (en la trastienda siempre, recuérdese, de manera inevitable en las verdaderas democracias de masas, los partidos políticos) pero claramente disfuncionales para el buen funcionamiento del TC.

Sobre todo para la independencia de los magistrados, que se encuentran con unas incertidumbres negativas, y con la imposibilidad de llevar a cabo con tranquilidad, y certeza respecto a los tiempos, sus labores jurisdiccionales.

La situación, por ejemplo, del que ya ha cumplido su mandato, y queda a la espera de que se produzca la renovación en fecha incierta, es simplemente patética. Imposibilitado de hacer planes personales, o profesionales, de ningún tipo, vaga por los pasillos del Tribunal sin saber si los partidos, al día siguiente, se pondrán de acuerdo sobre su sustituto, o seguirán negociando (singularmente en el caso de los designados por las Cámaras, pues hace falta el apoyo, que no suele estar en manos de un solo grupo parlamentario, de tres quintos de los Senadores o Diputados, y los que nombra el CGPJ, también por mayoría de tres quintos; art. 159.1 CE, y 599.1.1.º LOPJ) *ad calendas graecas* con el resultado de que el agotamiento de la paciencia franciscana ha llegado a dimisiones no aceptables, o escritos especialmente duros, de todos conocidos.

El que, por las razones que sea, tiene un mandato menor de nueve años no está en mejor situación. Si es menor de tres años, y existe la posibilidad de la renovación (art. 16.4 LOTC), existe la sospecha de que trabajará para asegurársela con sumisión a los que designan.

Si no tiene esa posibilidad de reelección, el magistrado suele sentirse como de menor calidad que los que tienen un mandato completo, y hay quien ha barajado plantear que dichas soluciones son simplemente inconstitucionales, como, por otra parte, hemos dicho aquí.

## 2.5 Actividades paralelas

Aunque el régimen de incompatibilidades podría retocarse (arts. 159.4 CE; y 19 LOTC), en el sentido de mejorarlo teniendo en cuenta todos los cargos que han surgido desde la aprobación, y las sucesivas revisiones, de la LOTC, hay una medida que quizás mejorara el rendimiento del TC: la de someter a autorización del Presidente las actividades de los magistrados no relacionadas con su compromiso con el Tribunal. Obviamente durante el «año judicial».

Esto permitirá a los mismos aceptar solamente aquellas invitaciones de verdadera importancia, y conectadas claramente con la promoción de la imagen, y los intereses institucionales, del TC.

Los magistrados son frecuentemente objeto de todo tipo de invitaciones a participar en cursos, conferencias, y otros «eventos». Si se adoptara una regla como la que propugnamos les resultaría más fácil rechazar las de menor importancia, o las relacionadas con sus especialidades de origen, en las que suelen ser personajes de primera fila, y centrarse en aquellas de las que se deriven beneficios para el órgano, o en las que puedan, formal o informalmente, reflexionar en voz alta, y recabar opiniones ajenas a la estructura orgánica del Tribunal.

Otro tipo de compromisos pueden resultarles útiles a ellos, pero deben rechazarlos, desde el momento en que, mientras son magistrados constitucionales tienen que dedicarse en cuerpo y alma, aunque parezca un poco exagerado, a sus labores en el TC, y a las paralelas que puedan servir para apoyarlas. Su tiempo está razonablemente bien pagado, y, no solamente por ello, parece razonable, exigir una exclusividad que permita centrarse en la difícil tarea de cumplir con sus deberes, que han jurado o prometido desarrollar (art. 21 LOTC).

## 2.6 Comparecencias («hearings»)

En cuanto a las comparecencias previas al nombramiento de magistrado, la recepción acrítica de las soluciones norteamericanas no es correcta. Hace años (por lo menos desde el rechazo al nombramiento del juez Bork<sup>3</sup>) que dejan mucho que desear, y responden a una lógica diferente, en la que se constata solo una competencia técnica mínima, una conexión no excesiva con el Presidente de los EEUU, y unas posiciones no demasiado extremistas; es decir, que no estén fuera del consenso constitucional norteamericano. Así, Sena-

---

<sup>3</sup> Ver BELTRÁN, M., 1989; y también LUCAS, A.; POWE, J. R., 2009, pp. 303-305.

dos demócratas no han podido evitar nombramientos de jueces «republicano/conservadores», y viceversa.

Esto no quiere decir que en nuestro país no haya que mejorar detalles como la presentación días antes de la comparecencia de una documentación que pueda ser considerada como suficiente como para emitir una opinión fundamentada, etc.

Lo que ocurre ahora es una «solución-espectáculo» que puede servir para escenificar el consenso, o el disenso, respecto a los candidatos, pero que no afecta al fondo del asunto: el nombramiento de magistrados de calidad. No es ésta la que se discute, sino que los debates se centran casi exclusivamente en las posiciones de aquéllos en asuntos delicados (aborto, etc). En esos trances es fácil para el candidato escudarse en el razonamiento, plenamente plausible por otra parte, de que no puede pronunciarse sin conocer las argumentaciones de las partes en el momento en el que se plantee el correspondiente procedimiento.

## 2.7 Elección del Presidente

La idea de que sean el Ejecutivo, como sucede en EEUU, o el Parlamento (solución de nuestro texto constitucional de 1931; art. 122), quienes elijan al Presidente del TC es, por ahora, inconstitucional, dado lo dispuesto en el art. 160 CE.

Además, aunque las opciones se limitaran a los magistrados en activo, inmediatamente el elegido se convertiría en un cuerpo extraño, fuera de una tradición casi de *primus inter pares*, cuyos intereses pueden ser análogos a los de los grupos políticos que, con toda lógica, están detrás de las instituciones citadas.

Los ejemplos extranjeros que se aducen son, cuando menos, interesados. La respuesta de la CE es correcta, en nuestro contexto, pues refuerza la autonomía del TC, como quedó demostrado hace años con la «rebelión» del primer tribunal ante los intentos de imponerles un Presidente no elegido por ellos. Fue el conocido caso de la elección de García Pelayo, frente a Aurelio Menéndez, el candidato del presidente Suárez.

No falta quien juzga necesaria una presidencia «fuerte», y razona que esa es más probable si la procedencia es «externa», pero la experiencia demuestra que el factor decisivo es la personalidad del ocupante del cargo, y la *auctoritas* (autoridad moral) que sea capaz de generar frente a quienes, al fin y al cabo, son también personajes de un cierto peso, en general resistentes a aceptar liderazgos excesivamente duros.

## 2.8 Magistrados «autonómicos»

En cuanto al nombramiento, por el Senado, de miembros del TC «autonómicos» (art. 16.1 LOTC, segundo inciso), es un claro ejemplo de lo que el maestro Giannini, citando un proverbio napolitano, llamaba «lavare la testa all'asino...si perde il tempo, l'acqua, e il sapone» («lavarle la cabeza al asno... se pierde el tiempo, el agua, y el jabón») <sup>4</sup>. La reforma que introdujo este sistema fue convalidada, por los pelos, por el TC (SSTC 49/2008, de 9 de abril, y 101/2008, de 24 de junio) <sup>5</sup>.

La práctica ha demostrado que las ilusiones puestas en dicho cambio legal, y del Reglamento del Senado, han sido frustradas.

Después de meses de complicados procedimientos, el resultado es, como siempre, el control por las cúpulas de los partidos sobre quienes acceden al TC, lo que no es malo en sí, pero hay que reconocerlo, y no elaborar pantallas que no hacen más que frustrar esperanzas de correcto funcionamiento.

Por otra parte, el ideal parece difícil de alcanzar, desde el momento en que, como es obvio, los puestos a repartir son cuatro, y las Comunidades Autónomas diecisiete. Ejemplo de esas tensiones es lo sucedido en el caso del Estatuto de Cataluña (art. 180 EAC). El debate sobre su constitucionalidad, entre las partes, puede verse en el punto 104 de los Antecedentes de la STC 31/2010, de 28 de junio. La respuesta del Tribunal (FJ 113) es lacónica en el sentido de que se admite la constitucionalidad de las intenciones de participación de la Generalidad en el nombramiento de miembros de órganos estatales, pero las mismas se condicionan «a lo que dispongan... las leyes orgánicas correspondientes»; es decir, es el legislador estatal el que decide.

## 2.9 ¿Una Sala del Supremo?

La solución de convertir al Tribunal Constitucional en una Sala del Tribunal Supremo, con presencia de jueces «de carrera», y algunos del «quinto turno» (juristas de reconocido prestigio) me parece mala en el caso español, y donde se presenta (Costa Rica, por ejemplo) no deja de plantear curiosos problemas (los llamados «salacuartazos», por ser la cuarta dicha sala).

<sup>4</sup> En concreto en GIANNINI, M. S., 1978.

<sup>5</sup> Permítaseme remitir a TORRES MURO, I., 2008.

Los Tribunales Constitucionales funcionan mejor, en todos los países, con una mezcla de «leguleyos» de diversas procedencias. Eso fomenta debates sobre cuestiones constitucionales más ricos, y mejores decisiones.

Además, la supremacía del TC en materia de derechos fundamentales no es transmisible a una Sala del Supremo, de modo que los conflictos entre la Constitucional y las otras (conflictos difíciles de resolver, por cierto) estarían a la orden del día.

Al Tribunal Supremo le hace falta un órgano que revise sus sentencias en estos asuntos. Las sonadas discrepancias siempre olvidan que es Supremo salvo que la materia sea la de garantías constitucionales (art. 123.1 CE).

Hay que reconocer, también que el «cupo judicial» (magistrados del TC procedentes de la judicatura) casi siempre ha hecho un buen papel en el TC, pero también que el mito de la supuesta neutralidad de los jueces y magistrados «de carrera» ha sido desmontado por críticas muy sólidas, incluso en los países en los que el tópico parecía más asentado, como Inglaterra (Griffith 1995, principalmente) y Estados Unidos (Kennedy 1997, Posner 2008, y muchos otros).

Suponer a seres humanos una exquisita neutralidad cuando se trata de decidir sobre los alimentos de un menor es posible, pero pretender que ese mismo aborde sin prejuicios (en el buen sentido de juicios previos) un problema jurídico constitucional es de un cinismo que oculta el intento de poner bajo el velo de una inalcanzable neutralidad decisiones inevitablemente «políticas», como no podía ser menos, y no hay por qué ocultar.

## 2.10 Selección de letrados, y final

Una última observación. Me parece que el modo opaco mediante el que se seleccionan los letrados de adscripción temporal es erróneo. Por supuesto que son personal de confianza. Lo extraño en el panorama comparado es precisamente la existencia de un cuerpo de funcionarios, aunque sea de pequeño tamaño, como en España (un máximo de dieciséis; Disposición Adicional 1 Uno LOTC; norma a cambiar, por cierto, pues se trata del único caso en la administración española en que el número de miembros de un cuerpo está limitado legalmente), pero podría articularse un concurso, que juzgara méritos y capacidades, para generar una «bolsa» de personas de calidad contrastada, de entre los cuáles se pueda escoger a los correspondientes colaboradores.

En dicho concurso debiera asegurarse la igualdad en el acceso (art. 23.2 CE), y la importancia de los factores a los que hemos aludido más



arriba (art. 103 CE). Abierto, lógicamente, a todos los licenciados en Derecho con una experiencia profesional significativa.

Debo decir, finalmente, que los límites del derecho para renovar la realidad, quedan demostrados en este punto segundo de mi trabajo. Casi todos los problemas son de prácticas inadecuadas. Ahí poco podemos hacer los juristas, porque son asuntos de fondo en los que las reglas muestran poca utilidad.

Podría referirme a otros detalles, pero estas son las observaciones que juzgo más importantes en el debate sobre la composición, y organización, del TC.

### 3. FUNCIONES

No descubro el Mediterráneo diciendo que el Tribunal Constitucional español puede ser Tribunal que controla la constitucionalidad de las normas con valor de ley, órgano de resolución de conflictos, y última instancia en materia de protección de derechos fundamentales. Seguiré ese orden<sup>6</sup> en mi exposición.

#### 3.1 **Recurso de inconstitucionalidad. La legitimación de las Comunidades Autónomas**

Una primera reforma a abordar es la de eliminar las limitaciones en la legitimación de los «órganos autonómicos». El art. 32.2 de la LOTC es contrario al 162.1 a) CE que habla, sin ningún tipo de restricciones, de la capacidad para recurrir de «los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas», refiriéndose este último inciso a la posibilidad de entes autonómicos sin Parlamento, que se barajaba entonces.

Los efectos del art. 32.2 LOTC (la exclusión de la posibilidad de cuestionar lo que no sean «actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía») han sido matizados por la jurisprudencia constitucional (singularmente en la STC 48/2003, de 12 de marzo). Debemos seguir avanzando en esa línea. A mi juicio, reformando la LOTC, pues ya no se puede decir que las Comunidades Autónomas no están legitimadas para «contribuir a la depuración objetiva del ordenamiento (Sentencia citada, FJ 1).

Esta falta de limitaciones requiere cierta valentía pues supone dos cosas: la primera que las CC AA podrán combatir la legislación de otras CC AA, y que,

---

<sup>6</sup> Que es, por otra parte, el que adopté en TORRES MURO, I., 2007.

dentro de cada CA, los órganos legitimados lo estarán para plantear el recurso frente a las normas con fuerza de ley de otros, posibilidad negada, coherentemente con la norma en vigor, por las SSTC 17/1990, de 7 de febrero, FJ 1 («los miembros de las Asambleas legislativas autonómicas y los órganos ejecutivos de las mismas no pueden por si mismos impugnar... las propias Leyes de la Comunidad Autónoma...»), y 223/2006, de 6 de julio, FJ 2 (falta de legitimación del Ejecutivo extremeño para cuestionar una reforma del reglamento de la Asamblea).

### 3.2 «Actores» en la cuestión de inconstitucionalidad

En cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad debe quedar claro que se trata de revisar normas con fuerza de ley. Y que órganos judiciales (art. 163 CE), o jueces y tribunales (art. 35, Uno, LOTC), son solamente los que ejercen verdadera jurisdicción; es decir, los mencionados en el art. 26 LOPJ, más los castrenses, el mismo TC en la llamada «cuestión interna» (art. 55, Dos LOTC), y posiblemente el Tribunal de Cuentas en su faceta jurisdiccional (art. 136. 2 CE).

De ninguna manera los que no gozan de una verdadera independencia y son, más bien, órganos auxiliares en derecho de la Administración para filtrar problemas que no debieran llegar a los verdaderos tribunales, como los Económico-Administrativos, o el llamado pomposamente Tribunal, al menos «Administrativo», del Deporte.

### 3.3 Control de tratados

En cuanto al control previo de la constitucionalidad de los tratados, que ha dado poco juego (solamente las «Declaraciones» 1/1992, de 1 de julio; y 1/2004, de 13 de diciembre), el «quid» de la cuestión está en que, en su momento, imitamos la solución francesa (art. 54 del texto original de la Constitución de 1958) que legitimaba solo al Presidente de la República, al Primer Ministro, y a los Presidentes de las Cámaras. Esa solución se ha modificado, en Francia, en una reforma de 1992, en el sentido de incorporar como posibles actores del procedimiento a sesenta Diputados o sesenta Senadores; es decir, a las minorías parlamentarias más significativas.

Estaría bien modificar el art. 95.2 CE permitiendo que cincuenta Diputados o cincuenta Senadores pudieran solicitar la revisión, antes de que sean ratificados, de los textos internacionales que se vayan a incorporar a nuestro ordenamiento (justificando la situación actual, Gómez Fernández, 2005).

### 3.4 Control previo de los Estatutos de Autonomía

La experiencia de las vicisitudes del Estatuto de Cataluña de 2006, mal manejado por las instituciones catalanas (y, recuérdese, españolas, puesto que, al fin y al cabo, se trata de una ley orgánica que aprobaron las Cortes Generales) ha impuesto la necesidad de «resucitar» el recurso previo de inconstitucionalidad, al menos para estos instrumentos. Dicho recurso estaba previsto en el art. 79 de la redacción original –1980– de la LOTC, también para leyes orgánicas, y suprimido por la LO 4/1985, de 7 de junio, al entenderse que se había convertido en un mecanismo obstruccionista, debido a lo dilatado de los plazos de respuesta del TC.

Antes de la posible consulta popular, o referéndum, de acuerdo con el artículo 152. 2 CE, en unos casos, e inmediatamente después de la aprobación del proyecto de ley orgánica de reforma cuando dicho referéndum no sea necesario, como se prevé en el art. 148.3 CE, el proyecto debiera ser sometido a revisión, si alguno de los legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad así lo pide.

Ha quedado muy claro, en el episodio, muy complicado para el Tribunal Constitucional de enjuiciar una norma vigente, y aprobada en referéndum (STC 31/2010, de 28 de junio) que estas situaciones le ponen, pura y simplemente, a los pies de los caballos, cosa que no debe nunca hacerse con quien ejerce de árbitro, en un sistema jurídico-político tan complicado como el nuestro, no solo desde el punto de vista de la distribución territorial del poder.

### 3.5 Normas fiscales vascas

En la LO 1/2010, de 19 de febrero, se ha otorgado a las normas fiscales vascas valor de ley en cuanto a su control por parte del Tribunal Constitucional (Disposición adicional quinta LOTC), aunque no sean aprobadas por el órgano legislativo de dicha Comunidad Autónoma (el Parlamento Vasco) sino por entes que no tienen capacidad de dictar leyes (Diputaciones, Juntas).

Dicho privilegio se justifica acudiendo a la «foralidad». Parece que de lo que se trata es de eximirlos del control de los tribunales ordinarios. La doctrina se ha dividido, como puede verse en Álvarez Conde (Dir.), 2010, con estudios del director de la obra, ya citado, L. M. Díez-Picazo, J. F. Merino Merchán, E. Lucas; Susana García Couso, y J. M. Criado, y E. González Hernández.

En otras publicaciones Palao ha afirmado que es «la solución... más acorde con la posición que ocupan las normas forales (especialmente las fisca-

les) en el sistema de fuentes del País Vasco» (Palao, 2014, p. 96), mientras que Duque advierte sobre la «incertidumbre» de la «acomodación o no a la Constitución», de la atribución «en exclusiva al Tribunal Constitucional el control jurisdiccional de las normas fiscales vascas» (Duque, 2010, p. 68).

En mi opinión, estamos ante una inconstitucionalidad clara. No se puede exigir del TC que resuelva el «galimatías fiscal» vasco. Eso deben hacerlo las instituciones de esa Comunidad Autónoma. En la medida de lo posible lo mejor es no cargar al Tribunal con muchas competencias, de modo que pueda ejercer con soltura aquellas que forman parte de su núcleo duro (control de constitucionalidad de verdaderas leyes, o instrumentos claramente análogos, y solución de conflictos territoriales), con el añadido de la protección de derechos, en su caso, pero privilegiar a las normas de las que estamos hablando me parece un error, y un trato especial injustificado. Los problemas, insisto, los debieran resolver las instituciones vascas, presentando un texto aprobado por su Parlamento, en el que se recogieran los rasgos principales de la normativa fiscal de los territorios históricos.

### **3.6 Superar la ecuación inconstitucionalidad = nulidad**

Hace ya años que el artículo 39.1 de la LOTC, que liga la declaración de inconstitucionalidad con la nulidad de la norma, disponiendo que «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados», ha sido eludido en algunos casos (por ejemplo, las SSTC 64/1989, de 6 de abril, y 13/1992, de 6 de febrero).

La regla original tiene todo el sentido en la mayoría de los supuestos, pero convendría contemplar las excepciones en dicha Ley Orgánica, quizás dejando claro que se trata de eso, de casos particulares, que debieran exigir una mayoría reforzada en el Pleno del Tribunal.

## **4. TRIBUNAL DE CONFLICTOS**

### **4.1 Conflicto en defensa de la autonomía local**

Nos hallamos aquí ante otro ejemplo de «legislación espectáculo», e inconstitucional, puesto que, por extraños vericuetos, permite que los entes locales presenten lo que es un recurso de inconstitucionalidad, por vulneración de la autonomía local, sin estar legitimados para ello (recuérdese el art. 162.1 a CE).

La novedad se basa en un añejo municipalismo, llamado ahora «democracia local», añejo municipalismo que, por desgracia, ha servido, en algunos supuestos, todo hay que decirlo, para afianzar corrupciones varias.

El resultado ha sido un procedimiento que no creo que aporte nada a nuestra justicia constitucional (de los muchos trabajos al respecto, puede remitirse a Pulido Quecedo 1999) ¿Puede darse marcha atrás? Quizás no, pero sería lo más coherente. En todo caso el TC (STC 240/2006, de 20 de julio) parece haber aceptado que se trata de «reforzar los mecanismos en defensa de la autonomía local... (para que)... los entes locales... (puedan)... demandar la tutela del libre ejercicio de sus competencias, tal y como prevé... la Carta Europea de Autonomía Local» (FJ 2).

#### 4.2 Conflictos entre órganos constitucionales

La defectuosa regulación en la LOTC de estos conflictos (sobre los mismos, ver García Roca, 1987, Gómez Montoro, 1992, y Trujillo, 1995) ha llevado a que existan solo dos sentencias (SSTC 45/1986, de 17 de abril, y 234/2000, de 3 de octubre). Hay que tener en cuenta también que lo lógico, dada la gravedad de las situaciones en los que los mismos se producen, es que no haya muchos casos.

En mi opinión, para dar más juego a este procedimiento, además de Congreso, Senado, Gobierno, y Consejo General del Poder Judicial, debería darse la posibilidad de interponer el conflicto a grupos significativos de miembros de aquéllos. Lo que los alemanes llaman «fracciones de órgano».

Por ejemplo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, y ocho miembros del CGPJ.

En el Gobierno no puede admitirse esta posibilidad, ya que, incluso en uno de coalición, quien se desmarque de las decisiones colegiadas tiene dos alternativas: o mostrar su apoyo a la decisión de todos, o dimitir (art. 108 CE «El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados»).

Por otra parte, por mucho que en su legislación (Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas –art. 8–, y Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) este órgano aparezca como legitimado para interponer estos conflictos, las reglas, en dichos asuntos, las fija exclusivamente la LOTC (art. 165 CE). Esta es clara en lo que pueden considerarse «órganos constitucionales», con facultades para interponer este conflicto (art. 59.1, c), no incluyendo al Tribunal de Cuentas.

### 4.3 Conflictos «autonómicos»

Otra de las tareas de los Tribunales Constitucionales en los Estados compuestos es la de resolver los choques entre entes territoriales entre sí, y los, más habituales, que se produzcan con el Estado. Obviando el comentario de todos los problemas de nuestra regulación quiero mencionar, como posible reforma (que tomo de las ideas al respecto de Jesús García Torres, simplificándolas) la de que el TC pueda delegar la solución de estos conflictos en la jurisdicción ordinaria, cuando ya existiera una doctrina consolidada de éste.

Bastaría con enviar el asunto al órgano judicial correspondiente, recordando la jurisprudencia del TC. En casos extremos puede avocarse el mismo si la sentencia del tribunal planteara problemas. Así se reduciría la carga de trabajo del TC, y se mejorarían, quizás, las relaciones con la magistratura.

## 5. RECURSO DE AMPARO

El asunto más importante en los últimos tiempos, en el recurso de amparo (la regulación clásica se sigue bien en Fernández Farreres, 1994, y Pérez Tremps, 2004), es la llamada «objetivación» del mismo, y el concepto de «especial trascendencia constitucional».

Sobre esta segunda idea, y hasta 2009, solamente sabíamos lo que decía la LOTC, tras la reforma de 2007 (art. 50.1.b: «atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales»).

Ese año 2009 el TC dicta una sentencia importante (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2), pero todavía hay mucho que hacer en la materia, pues se sigue sosteniendo por algunos que la expresión no hace más que enmascarar posibles arbitrariedades.

En todo caso, convendría incorporar entre las causas de admisión a trámite una «válvula de seguridad» consistente en que el Tribunal Constitucional pueda ocuparse también de violaciones de derechos fundamentales especialmente graves, que no deban quedar fuera de su protección, dado que «nada que afecte a los derechos fundamentales puede serle ajeno» (STC 248/1994, de 19 de septiembre, FJ 4; anteriormente, declaraciones similares en SSTC 26/198; 7/1983; 163/1986; 100/1988; y 185/1989).

Respecto al incidente de nulidad de actuaciones (previo a la interposición del amparo, de acuerdo con el art. 241.1 LOPJ) es preciso superar, en el futuro,

la alternativa mantenimiento/supresión (ver la revisión de los problemas en González Alonso 2014).

La mejor salida pudiera ser la de modificar su regulación. La clave es que no sea el órgano judicial, que dictó el primer auto/sentencia, el que decida finalmente, sino otro de superior o igual rango.

Otros temas menores como la unificación en treinta días de los plazos para interponer el amparo (arts. 43.2 y 44.2 LOTC), excepto en el caso de los «recursos parlamentarios» (tres meses; art. 42 LOTC), no merecen aquí un tratamiento en profundidad, pues el asunto es un caso claro de la deficiente técnica legislativa a la que nos tienen acostumbrados nuestras Cortes Generales en los últimos tiempos.

Sí queremos hacer referencia a la posible introducción de un sistema de «tesis doctrinales», semejante al mejicano, con el que puede facilitarse a los jueces la tarea de respetar las afirmaciones del TC en estas materias.

Se trata de concentrar en pequeñas «píldoras» (textos lo más cortos posible) lo que dice el Tribunal Constitucional respecto a los rasgos básicos del contenido, y otros aspectos, de los diferentes derechos fundamentales. Algo así existe (resúmenes de las sentencias, y autos, en la publicación BOE/TC –«tomos verdes»), pero no es oficial. Quizás convenga sopesar los pros, y los contras, de esta propuesta.

## 6. CONCLUSIONES

Como me pidieron los editores, he pretendido apuntar problemas, más que hacer en veinte páginas un análisis global del asunto, lo que sería imposible. Sigue una orientación bibliográfica, que recoge obras generales sobre el Tribunal Constitucional español, y algunas específicas que han sido citadas.

## 7. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Una exposición sintética de los temas relativos a nuestro TC, en:

GARCÍA ROCA, J., *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, México, 2009.

PÉREZ TREMP, P., *Sistema de Justicia Constitucional*, Cizur Menor, 2010.

RUBIO LLORENTE, F. y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998.

Los comentarios a la LOTC son:

GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (Dir./Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010.

PULIDO QUECEDO M., *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional anotada con jurisprudencia*, Cizur Menor, 2007.

REQUEJO J. L. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001.

Las referencias más concretas se han hecho a las siguientes obras:

BELTRÁN, M., *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Las dissenting opinions», en *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Tomo I, Madrid, 2009; y «Los dissents en la justicia constitucional», en *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, 2013, pp. 1181 y ss.

GARCÍA ROCA, J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1987.

— «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 15, 2012.

GIANNINI, M. S., «Del lavare la testa all'asino», en BARBERA, A. y BASSANNINI, F., *I nuovi poteri delle regioni e degli enti local*, Bolonia 1978, pp. 11 y ss.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho internacional*, Valencia 2005.

GÓMEZ MONTORO A. J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1992.

GONZÁLEZ ALONSO, A., «La protección de los derechos fundamentales del art. 24.1», en *Cef Legal*, n.º 139-140, 2014; GRIFFITH, J. A. G., *The politics of the judiciary*, 4.ª ed., Londres, 1995; KENNEDY, D., *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge (Mas.)/Londres, 1997.

LUCAS, A.; POWE, J. R., *The Supreme Court and the american elite. 1789-2008*, Cambridge (Mas.)/Londres, 2009.

PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, Valencia, 2004.

POSNER, R., *How judges think*, Cambridge (Mas.)/Londres, 2008.

PULIDO QUECEDO, M., *La Reforma de la LOTC: el conflicto en defensa de la autonomía local*, Pamplona, 1999.

TORRES MURO, I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, Madrid, 2007.

— «La reforma de la LOTC y del Reglamento del Senado, puesta a prueba...», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 6, 2008.

TRUJILLO RINCÓN, M. A., *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Madrid, 1995.



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: NECESIDAD Y POSIBLE REFORMA

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ  
Prof. Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Granada

## 1. PRELIMINAR: LA IMAGEN ESENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Evaluar la pertinencia de reformar el título que la Constitución dedica al Tribunal obliga, antes de nada, a volver sobre las líneas maestras con las que el texto de 1978 distinguió a esta institución. Solo a partir de ahí podremos determinar las insuficiencias de su desarrollo o, incluso, yendo más allá, valorar la modificación a fondo de sus elementos principales. En este sentido, aunque no se ofrece una definición expresa de la función que corresponde al Tribunal («intérprete supremo de la Constitución» lo llama su Ley Orgánica), del conjunto del título noveno, de los artículos 9.1 y 123, o del título décimo, cabe inferir que a este órgano le corresponde la última garantía jurisdiccional de la Constitución, con efectos vinculantes frente a todos los sujetos de derecho.

De esta aproximación se coligen una serie de características que arman la imagen nuclear del Tribunal y a la que debe tender su desarrollo. Es, en primer lugar, un órgano constitucional separado del resto, cuya posición dentro del equilibrio de poderes va a contribuir a definir la forma de Estado<sup>1</sup>, dado que su

---

<sup>1</sup> LEIBHOLZ, G., «Bericht an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur Status Frage», 1952. GARCÍA PELAYO, M., «El status del Tribunal Constitucional», en *Obras completas*, Vol. III, 1991, recientemente reeditado en el 2014, n.º 100 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

atribución primordial es controlar la validez de la ley, fuente que recoge la esencia de la acción política. En segundo lugar, su labor de garante jurisdiccional de la norma suprema consiste en determinar, a petición de parte y tras un proceso contradictorio, si ha existido vulneración de la Constitución. Para ello, siguiendo un método jurídico, el Tribunal concreta el significado de la disposición normativa, resultado que irradia sus efectos sobre el conjunto del ordenamiento y al que han de someterse todos los poderes públicos y demás sujetos de derecho, pues el Tribunal es la jurisdicción superior en las garantías constitucionales. Se demarca así su territorio frente al Poder judicial, que también asegura jurisdiccionalmente la Constitución, si bien le queda excluido el control de la ley y siempre está sometido a la concreción realizada por el Tribunal Constitucional. E igualmente se deslinda su espacio con el Gobierno y las Cortes, a los que toca el desarrollo de la norma suprema y su defensa política.

El Tribunal Constitucional queda articulado sobre dos ejes, su composición y sus atribuciones. Respecto a lo primero, la norma suprema pretende que el colegio de magistrados reúna experiencia y capacidad profesional, para lo que establece condiciones de acceso (artículo 159.2). Asimismo, quiere que gocen de independencia en el desempeño de sus tareas, de ahí la previsión de independencia e inamovilidad (artículo 159.5) y el régimen de incompatibilidades que lo ha de separar del resto de poderes del Estado y de influencias privadas (artículo 159.4). Se aspira también a que el órgano recoja perspectivas plurales, lo que justificaría la intervención en su nombramiento de distintos órganos constitucionales (artículo 159.1), el mandato tasado a nueve años (artículo 159.3) y la renovación por tercios (artículo 159.3).

En lo referido a sus atribuciones, como es bien sabido, la Constitución proyecta la labor del Tribunal sobre tres ámbitos. Es juez de la ley, tarea que ostenta en monopolio y que se activa con una impugnación de impulso político (el recurso de inconstitucionalidad –artículos 161.1 y 162.1–) o en virtud de un reparo judicial en el seno de una controversia con otras pretensiones (la cuestión, artículo 163). Le corresponde ser juez de la organización territorial, esencialmente pacificando las disputas competenciales, para lo que se vale del control de la ley y de los conflictos de competencias (artículo 161.2), atribución esta última que comparte con la jurisdicción ordinaria. Y, finalmente, es juez de los derechos fundamentales, de nuevo a través del control de la ley, y de forma singular mediante el amparo de los derechos recogidos en la sección primera del capítulo segundo (artículos 53.2 y 164) –aquí también en concurrencia con la jurisdicción ordinaria.

## 2. INSUFICIENCIAS EN EL DESARROLLO DE LA IMAGEN ESENCIAL

### 2.1 La función del Tribunal

Una vez recordados los elementos que traza la Constitución, se ha de considerar en qué medida es hoy necesaria una reforma constitucional para sofocar los riesgos de disfunción o consolidar las variaciones que han fortalecido la tarea encomendada al Tribunal. Pero antes de entrar en detalle, cabría señalar que en estos treinta y cinco años no ha existido una posición política o científica firme que defienda la supresión del Tribunal Constitucional. Ciertamente, en los primeros años de su andadura, al hilo de las decisiones sobre la despenalización parcial del aborto o la intervención del conglomerado Rumasa, algunos sectores políticos, con escaso recorrido, discutieron su legitimidad. Recientemente, las tribulaciones que aquejaron al Tribunal en la elaboración de la sentencia del Estatut han abierto un frente de censura, aunque el reproche no parece dirigido a la función que corresponde al Tribunal, sino más bien al modo en que se ha actuado en una serie de causas. Con todo, la oposición más intensa fue la renuncia de las instituciones del País Vasco a recurrir ante el Tribunal Constitucional, manifestando su falta de confianza en la utilidad pacificadora de este órgano. Por último, se ha de mencionar que algunas posiciones doctrinales han subrayado la anomalía de que un órgano separado del Poder judicial desempeñe la jurisdicción constitucional<sup>2</sup>, advertencias que, sin embargo, no han pasado nunca a postular una eliminación del Tribunal.

Dando por buena la utilidad del Tribunal Constitucional, el mayor riesgo que lo ha amenazado a lo largo de su andadura han sido los retrasos padecidos en el desempeño de su función. Es evidente que esta situación pone en cuestión el correcto cumplimiento de la dimensión jurisdiccional que atañe al Tribunal, convirtiéndolo más bien en un órgano generador de doctrina, que no es poco<sup>3</sup>, pero que lo aleja de la tarea de resolución de conflictos que le atribuye la Constitución.

Este riesgo revela una dificultad de gestión. La última reforma de la LOTC intenta atajarla restringiendo la admisión del amparo, acelerando las decisio-

---

<sup>2</sup> Por todos, señalando la anomalía PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 10.ª Ed., 2012 (revisada y puesta al día por M. Carrasco Durán), p. 732.

<sup>3</sup> Esta sería la principal razón de ser de los Tribunales Constitucionales en las democracias bien establecidas, AHUMADA RUIZ, M., *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, 2005, pp. 49 y ss.

nes de inadmisión y ampliando las competencias de las salas<sup>4</sup>. No obstante, sin entrar a valorar la bondad de estas modificaciones, merece la pena plantearnos en qué medida un diseño de doce magistrados es suficiente para afrontar los litigios que llegan al Tribunal (basta con pensar en el número que componen las salas del Tribunal Supremo). Y también es oportuno reflexionar sobre la conveniencia de dar al Tribunal la máxima autonomía de gestión y de desarrollo procesal para facilitar la mejor organización del trabajo.

Los retrasos, además, muestran la opacidad en las decisiones de política procesal que ordenan la prelación en el conocimiento de las causas. A día de hoy es imposible para los ciudadanos, por no hablar de las partes (a las que, no lo olvidemos, les asiste el derecho fundamental a una tutela sin dilaciones indebidas), conocer el estadio en el que se encuentra la tramitación de su procedimiento o una previsión razonable del momento en el que se dictará sentencia. Se debería, por tanto, meditar sobre la oportunidad de requerir una racionalización y publicidad de los criterios que ordenan la tramitación de asuntos, así como la propia situación de un concreto expediente. Cuestión distinta es si a esta importante materia debe dársele una respuesta de orden constitucional o bastaría con requerirlo por ley o, quizás mejor, dejarlo a la organización interna del Tribunal.

## 2.2 La composición del órgano constitucional

Experiencia y capacidad profesional, independencia y pluralidad de perspectivas son, como ya hemos visto, los rasgos que han de distinguir la composición del Tribunal. De todos ellos, el aseguramiento de la diversidad dentro del órgano ha sido el más problemático en la práctica, sea por la regulación prevista en la Constitución o por su aplicación. Es bien conocido que la mayoría de tres quintos que exige la Constitución para que Congreso y Senado propongan magistrados, dada la renovación por grupos de cuatro, no ha servido para concitar un amplio consenso sobre personas, sino para generar cuotas de magistrados en las que cada uno de los dos grandes partidos elige discrecionalmente sin que nadie conozca cuáles son las razones que animan la decisión, mecánica que también se ha trasladado al Consejo General del Poder Judicial.

La consecuencia última de esta dinámica es la división del Tribunal entre «conservadores y progresistas», que, a nadie se le escapa, conlleva efectos deletéreos sobre el reconocimiento de su tarea por parte del resto de las instituciones

---

<sup>4</sup> Sobre la finalidad de la reforma en este sentido, ARAGÓN REYES, M., «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85, 2009, pp. 11-43.

y de la ciudadanía. Ciertamente, esta clasificación resulta de un burdo análisis fomentado por los medios de comunicación, pero la realidad es que durante los últimos años ha sido demasiado sencillo, ante los casos difíciles, prever el voto de los magistrados en razón del partido que los promovió. Esto explica además que las renovaciones del Tribunal se hayan planteado como batallas encaminadas a mantener porciones de poder en el órgano, lo cual ha dado lugar a significativos retrasos y a la sospecha generalizada de que las personas escogidas tenían como característica principal la sobrada fidelidad al partido proponente. Finalmente, la estructuración del Tribunal en bloques según la procedencia de la elección, ha repercutido en la Presidencia, cuyas potestades de organización y, sobre todo, su voto de calidad, se han convertido en un ansiado trofeo.

La solución no es fácil. Lo ideal sería lograr una práctica constitucionalmente adecuada que acabase con la técnica del reparto. Para ello, siguiendo la célebre expresión de Konrad Hesse, harán falta muchas dosis de «voluntad de Constitución»<sup>5</sup>. Mientras, la reforma constitucional debería ayudar en la búsqueda de sistemas electivos que fomenten el consenso sobre cada candidato e impidan mecanismos de bloqueo, algo que se puede conseguir fijando distintos periodos de final de mandato; y también se han de diseñar soluciones en las que el retraso en la renovación produzca una sustitución temporal que desincentive las demoras.

Todavía en el ámbito de la pluralidad de sensibilidades, recordemos que la Ley Orgánica 6/2007 formalizó la introducción del perfil territorial en la elección de magistrados. Desgraciadamente, su puesta en práctica ha sido poco ejemplar y su validez fue discutida (ratificada, sin embargo, en SSTC 49/2008 y 101/2008). La reforma constitucional podría consolidar la intención legislativa o incluso mejorarla, pero como en tantas otras situaciones donde interviene el Senado, la verdadera incidencia territorial requiere un cambio radical en la composición de esta cámara. En caso contrario, querer hacer llegar a las instituciones las sensibilidades territoriales impone buscar mecanismos que circunvalen el Senado.

Por otro lado, la experiencia de estos últimos treinta y cinco años no ha dado síntomas de que las garantías dispuestas para asegurar la independencia de los magistrados sean insuficientes<sup>6</sup>. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, la dimensión objetiva de la independencia, unida a la inevitable trayectoria profesional de quienes no provienen de la carrera judicial, han originado situa-

---

<sup>5</sup> HESSE, K., «La normatividad de la Constitución» (Trad. P. Cruz Villalón), *Escritos de Derecho Constitucional*, 2011, p. 85.

<sup>6</sup> Sí se ha reforzado su posición frente a otros órganos jurisdiccionales estatales, con la reforma del artículo 4 introducida por la Ley Orgánica 6/2007.

ciones complejas, destacando la ausencia de reglas claras y, en todo caso, se ha demostrado poco oportuna la remisión supletoria a la normativa del Poder Judicial. Si se aspira a que el Tribunal reúna a profesionales ajenos a la carrera judicial, habrá de preverse una regulación que resuelva la incidencia que pueden tener sobre el conocimiento de causas concretas las opiniones vertidas en el pasado; y, además, tendrá que plantearse qué hacer cuando se admite una recusación o abstención, en aras a mantener la integridad numérica del órgano.

Recientemente se ha hecho evidente que las condiciones profesionales exigidas son mejorables, tanto en el grado, como en el modo de acreditarlo. Sería razonable elevar el nivel profesional para el caso de los magistrados, de manera que solo los del Tribunal Supremo tuviesen posibilidad de acceder al Constitucional; e igual podría hacerse con los Profesores de Universidad, en los que la posición de Catedrático reflejaría mejor la práctica. Convendría asimismo que la acreditación de la experiencia profesional durante más de quince años se verificase antes de la propuesta. Es más, pensando en una elección lo más transparente posible, sería recomendable que las personas con la legítima predisposición a acceder al cargo de magistrado del Tribunal Constitucional se postulasen para su verificación, generando así una lista de candidatos que tendría gran utilidad para facilitar las renovaciones, como intentaré explicar más tarde.

### **2.3 El modo de desempeño de su función**

#### **2.3.1 ¿SE DEBE CONTINUAR CON UN MODELO DE JURISDICCIÓN CONCENTRADA?**

En el epígrafe dedicado a la función del Tribunal (2.1) concluí que no existían posiciones relevantes que propugnen la eliminación de la jurisdicción constitucional o la sustitución del Tribunal por un modelo de jurisdicción difusa en manos del Poder Judicial. Y aunque siempre sea oportuno valorar las distintas alternativas, en la medida que en este estudio se inquiera sobre las reformas necesarias para mejorar el desarrollo de las instituciones presentes en la Constitución, me parece razonable continuar trabajando sobre la hipótesis de una jurisdicción constitucional radicada en un órgano constitucional específico.

#### **2.3.2 ¿PROCESOS CONSTITUCIONALES A DISPOSICIÓN DEL LEGISLADOR?**

La práctica legislativa, además, ha reiterado la confianza en la jurisdicción concentrada tal y como reflejan la creación de nuevos procesos (el conflicto entre órganos, el desaparecido –ahora nuevamente reivindicado– control

previo de constitucionalidad y el conflicto en defensa de la autonomía local) o la ampliación del objeto de control (los tratados internacionales una vez aprobados, los reglamentos de las cámaras y las disposiciones de las diputaciones forales). Ahora bien, esta intervención legislativa interroga sobre la oportunidad de un modelo de jurisdicción concentrada que puede ser alargado sin aparente límite. En mi opinión, los procesos definidos en la Constitución, así como el reconocimiento de las instituciones con legitimación activa o el objeto de control, deben componer un entramado lógico solo susceptible de alteración mediante reforma constitucional (¿debemos dejar al legislador orgánico definir el estatus del sistema de fuentes, al menos en lo referido a su estructura de control jurisdiccional, tal y como prevé el artículo 161.d)?<sup>7</sup>).

Sentada esta primera conclusión, que invita a concebir la jurisdicción constitucional como un modelo cerrado cuya modificación solo incumbe al poder de reforma, inmediatamente surge la cuestión de qué hacer con los nuevos procesos que se han creado a lo largo de estos años. En un análisis de mera práctica política, la escasa problemática y carga de trabajo que han provocado tanto el conflicto entre órganos como el conflicto en defensa de la autonomía local, apunta a la conveniencia de incorporarlos a la Constitución en sus rasgos esenciales.

Una apreciación similar merece la ampliación del objeto de control. Es difícil encontrar objeciones que desaconsejen incorporar a nivel constitucional el juicio sobre los reglamentos de las cámaras estatales o autonómicas. En cambio, para los Tratados internacionales, pienso que es factible un mejor engrace del control previo y del control a posteriori<sup>8</sup>. No tiene mucho sentido el sistema actual que articula un examen anterior a la ratificación construido desde la duda de la mayoría de gobierno (actualmente la legitimación activa es del Gobierno o la mayoría de cualquiera de las Cámaras) con otro en el plazo de tres meses desde su publicación, donde interviene ya la impugnación propia del recurso de inconstitucionalidad. La reforma constitucional debería arbitrar solo un juicio previo con una legitimación activa comparable a la del recurso

---

<sup>7</sup> Sobre la problemática del 161.1.d), JIMÉNEZ CAMPO, J. «Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el derecho español», *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, n.º 53, 1998, pp. 33-56, en especial p. 41. Respecto al control del derecho foral, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «El blindaje foral en su hora. Comentario a la Ley Orgánica 1/2010», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 90, 2010, pp. 11-2, en especial, p. 21.

<sup>8</sup> Discutiendo incluso la constitucionalidad del control a posteriori, JIMENA QUESADA, L., «La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal Constitucional)», en PÉREZ TREMP, P. (Coord.), *Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (La reforma del Tribunal Constitucional)*, Valencia, 2007, en especial p. 425 y ss.

de inconstitucionalidad y dejar la depuración a posteriori en los canales de la cuestión de inconstitucionalidad.

Finalmente, en lo atinente al control de constitucionalidad de las normas forales, la doctrina ha señalado el dislate que supone su conocimiento por el Tribunal Constitucional, y es bien sabido que en términos políticos respondió a la intención de blindar el control de estas normas, sobre todo en su contenido tributario. Todo ello haría recomendable que no fuese recogido en la Constitución, aunque para este caso, un grado mínimo de realismo debe valorar la fuerza de los hechos consumados.

### 2.3.3 ¿INCORPORACIÓN DE NUEVOS PROCESOS?

Otra valoración imprescindible es aquella que plantea la incorporación en la norma suprema de procesos no recogidos a día de hoy ni en la Constitución ni en la ley orgánica. Así, por ejemplo, la experiencia reciente hace pensar sobre la necesidad de regular un control específico de la reforma constitucional, pues la posibilidad de que un parlamentario recurra en amparo frente a las decisiones de las Cámaras una vez que la reforma ha entrado en vigor parece poco útil (véase el Auto 9/2012). Seguramente el sistema más adecuado sería un juicio cuando la reforma ha sido aprobada, suspendiendo su entrada en vigor hasta la sentencia del Tribunal. Por otro lado, careciendo de límites materiales a la reforma, parece justo limitar el examen a los vicios en el procedimiento.

La experiencia reciente ha revitalizado las posiciones doctrinales que defienden el control previo de constitucionalidad de los Estatutos<sup>9</sup> (no parece, sin embargo, que se postule ese mismo control previo del resto de normas con rango legal, tema que parece zanjado<sup>10</sup>). La razón sustancial, bien conocida, subraya el dislate democrático que conlleva someter a juicio una norma que ha sido ratificada mediante referéndum. Sin embargo, no se ofrecen suficientes argumentos para entender por qué ese control ha de extenderse a los Estatutos que no tienen tal refrendo o en qué medida la perturbación sería menor una vez que el Estatuto ha sido aprobado por las Cortes tras un largo proceso de negociación. A mi parecer, el control del Estatut reflejó la tremenda dificultad téc-

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, en las Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (cit. nota 8) proponen su recuperación I. M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ y J. TAJADURA TEJADA (en contra O. SALAZAR BENÍTEZ, en el mismo libro). Recordemos, además, que PP y PSOE, en la décima legislatura, han presentado de manera conjunta una Proposición de Ley en este sentido.

<sup>10</sup> Con algunas excepciones en la doctrina, como la ALEGRE MARTÍNEZ, M., «Sobre la conveniencia de recuperar el recurso previo de inconstitucionalidad», en *Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, cit. nota 8.



nica y lógica que supone la evaluación de un conjunto normativo que por su carácter de norma institucional básica contiene un cúmulo de disposiciones cuya generalidad abre toda una gama de interpretaciones. No creo que este problema sea menor por cambiar el tipo de control abstracto, de uno a posteriori a otro previo. Tampoco resulta un argumento de peso concebir un control previo limitado a la resolución de dudas, de manera que su impugnación quedase en manos de la mayoría de las Cámaras o del Gobierno. La utilización del Tribunal Constitucional para esta tarea, salvo que en la elaboración de la norma participen sujetos jurídicos no estatales (los Tratados), supone en definitiva trasladar a este órgano la controversia política, llegando a lo sumo su decisión a excluir algún tipo de interpretación (por otro lado, existen sobrados órganos consultivos de naturaleza estatal y autonómica para cumplir esta función).

En estas circunstancias, pienso que la mejor solución pasaría realmente por dotar a los Estatutos de un tratamiento singular, pero no en el sentido de ampliar los procesos, sino más bien de reducir el parámetro de juicio a ciertas cláusulas de homogeneidad. Pero también es cierto que para llegar a este punto el conjunto del sistema debería dar el salto a una estructura federal, en la que los Estatutos tendrían una legitimidad de origen para-constitucional y estarían desprovistos de toda esa cantidad de contenidos que contribuyen a definir la estructura general del Estado y que deberían residenciarse en la Constitución. Solo en este contexto se darían las condiciones para que el control de constitucionalidad se ejerciese sobre el legislador autonómico (y no sobre el poder estatuyente).

Pero el futuro está por venir. Así las cosas, parece oportuno que a día de hoy, en aquellos Estatutos que necesitan ratificación por referéndum, el recurso de inconstitucionalidad sea previo (y sería conveniente que el Tribunal Constitucional ejerciese su función con la mayor contención posible, reservándola a contradicciones evidentes, sabiendo que más adelante, a través del filtro del control de la ley, podrá aquilatar la intensidad de su control). De este modo, el referéndum, instituido para que la ciudadanía sujete a los representantes, extendería su función de control político sobre la intervención del Tribunal Constitucional, impidiendo la entrada en vigor de un Estatuto expurgado por el Tribunal.

#### 2.3.4 LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTROL DE LA LEY

La estructura del control de la ley reposa en gran parte sobre los sujetos que ostentan la legitimación activa. En este sentido, me parece que la mayoría de los legitimados responden a una lógica clara, sea para dilucidar los reparos

de constitucionalidad que han surgido en el debate político (50 diputados, 50 senadores), sea para clarificar la correcta ubicación territorial de la ley (Gobierno central, gobiernos autonómicos y parlamentos autonómicos, por más que estos también utilicen el recurso para frenar interpretaciones de la Constitución sin matiz territorial). Las dudas surgen con el Defensor del pueblo; ciertamente, su papel, al margen del recurso contra el Estatut, ha sido prudente, haciendo gala de su neutralidad y consciente de que su acción procesal en el recurso es una cautela ante la hipótesis de leyes que no suscitan duda de inconstitucionalidad alguna entre los actores políticos. Sin embargo, en cuanto que nuestro sistema constitucional está reclamando un decidido impulso ciudadano, merecería la pena sustituir la legitimación del Defensor por una acción popular de inconstitucionalidad. Sin duda, debe estar bien medida, para lo que propongo la limitación en su objeto, de manera que solo sea viable en el juicio de las leyes que regulan derechos fundamentales. Y, al mismo tiempo, ha de ser una acción popular sólida, capaz de reunir un apoyo significativo, por ejemplo, un 5% del censo electoral del territorio en el que opera el Parlamento responsable de la aprobación de la ley.

La inclusión de los particulares en la legitimación activa debe llevar nuestras reflexiones a otros dos supuestos que en la práctica constitucional han sido problemáticos, a saber, las leyes de destinatario único o autoaplicativas<sup>11</sup>. Se trata, en definitiva, de decisiones materialmente administrativas que, sea por razón de su especial importancia, o por una maniobra de la mayoría para proteger su decisión frente al control jurisdiccional ordinario, toman la forma de ley. En la situación actual la protección de los particulares queda al albur de la interposición del recurso por alguno de los legitimados. Por ello, en mi opinión, sería oportuno conectar la acción procesal con las personas que pueden verse afectadas por la ley, sea por ser destinatarios únicos o por ostentar un interés legítimo (siguiendo en este segundo caso la perspectiva que se usa para la impugnación de normas en sede contenciosa).

La introducción de nuevos legitimados conduce finalmente al supuesto de las minorías parlamentarias autonómicas. Recordemos que la Constitución otorga acción procesal a las Cámaras territoriales y la LOTC aprovecha la locución «en su caso» del artículo 162.1.a), para restringir su objeto a la ley estatal y atribuir la facultad a toda la Cámara y no a una fracción (ar-

---

<sup>11</sup> Para una revisión general de la reciente jurisprudencia véase SANTAMARÍA ARINAS, R. J., «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina *Boxus* por el Tribunal Constitucional español», *Revista de Administración Pública*, n.º 193, 2014, pp. 165-195, en especial p. 179 y ss.

título 32.2 LOTC). Así, la ley autonómica quedaría al margen de la acción de la minoría parlamentaria territorial. Sin embargo, yo no tengo claro la oportunidad de abrir este tipo de control. Ciertamente, a su favor pesa la coherencia teórica, pues si damos por buena la legitimación de la oposición parlamentaria estatal frente ley central y autonómica, es preciso un fundamento muy robusto para negarla a la minoría parlamentaria autonómica frente a la ley de su Cámara; asimismo, se justificaría en la necesidad de garantizar plenamente la normatividad del Estatuto<sup>12</sup>. Sin embargo, en esta hipótesis existe el riesgo de que el Tribunal se convierta en un garante de la estatutariedad de la ley en vez del asegurar la normatividad de la Constitución<sup>13</sup>, sin olvidar que para esta última función el sistema vigente parece haber cumplido satisfactoriamente su labor.

### 2.3.5 ¿ES NECESARIO ELEVAR EL RANGO CONSTITUCIONAL DE CIERTAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS REALIZADAS EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES?

Dos son, en mi opinión, las más significativas modificaciones procedimentales llevadas a cabo por el legislador. De un lado, la ampliación del plazo a nueve meses en los recursos de inconstitucionalidad cuando la correspondiente Comisión Bilateral de Cooperación alcance un acuerdo sobre el inicio de las negociaciones (artículo 33 tras la reforma de la Ley orgánica 1/2000). De otro, la fundamentación por el demandante de la trascendencia constitucional como requisito para la admisión del amparo (artículo 50 tras la reforma de la Ley orgánica 6/2007). Se trata de dos formas de interpretar ambos recursos, que nacen después de años de práctica y que buscan explorar nuevos caminos, bajo el propósito de dotar de mayor eficiencia al funcionamiento del Tribunal (aunque es bien conocido que la reforma del amparo conlleva un cambio de sentido en esta figura de un calado que va más allá de la eficiencia procesal). Precisamente sus dosis de experimentación recomendarían que quedasen en el ámbito de la ley, dejando la flexibilidad necesaria para buscar otras soluciones si los resultados esperados no fructifican.

---

<sup>12</sup> Para los argumentos a favor me remito al excelente análisis de SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «La falta de legitimación de las Comunidades Autónomas para promover el control de validez de las leyes propias, en especial tras las últimas reformas estatutarias», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 8, 2009, pp. 1-40, en especial p. 9 y ss.

<sup>13</sup> Seguramente esto haría inevitable que en una futura estructura federal el Tribunal tuviese que compartir el control de validez de la ley autonómica con otros órganos de jurisdicción territorial.

## 2.4 Los efectos de las sentencias

Un último aspecto a valorar en el modo de funcionamiento del Tribunal tiene que ver con los efectos de sus sentencias que, habiendo planteado problemas menores desde el punto de vista político-institucional<sup>14</sup>, algunas mejoras contribuirían a una mayor operatividad técnica. No obstante, quisiera subrayar la elasticidad que ha ofrecido la literalidad de la Constitución, permitiendo distintos tipos de sentencias<sup>15</sup>. Por ello, conviene mantener la locución del artículo 164.2 «salvo que en el fallo se disponga otra cosa», que ofrece un amplio margen de maniobra al Tribunal y al legislador para reconocer diversos efectos<sup>16</sup>.

Existen, sin embargo, otros ámbitos donde los silencios, titubeos o resistencias del Tribunal, recomendarían una clarificación en la norma suprema. Bien conocido es el largo debate que ha suscitado la responsabilidad patrimonial del legislador, especialmente tras la declaración de inconstitucionalidad de la normativa tributaria. Discusión debida en parte al formalismo del Tribunal a la hora de fijar los efectos de sus sentencias estimatorias respecto a situaciones jurídicas subjetivas<sup>17</sup>. Por otro lado, sabemos que son varias las opciones que el Tribunal puede adoptar una vez que ha estimado un recurso de amparo, pero que por definición niega el reconocimiento de una indemnización como instrumento para la adecuada reparación, circunstancia que ha merecido el reproche del TEDH<sup>18</sup>. Dadas todas estas situaciones que tienen por común la correcta atención de situaciones jurídicas subjetivas, convendría incluir una amplia habilitación al Tribunal Constitucional, de manera que, si lo

---

<sup>14</sup> La excepción, tras la sentencia del Estatut, ha sido el debate en torno a la extensión de los efectos de las sentencias a otros legisladores, cfr. AA. VV., *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador*, Barcelona, 2012.

<sup>15</sup> Véase la interesante clasificación realizada por DÍAZ REVORIO, F. J. «Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la LOTC» en PÉREZ TREMP, P. (Coord.), *Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (La reforma del Tribunal Constitucional)*, Valencia, 2007.

<sup>16</sup> Recordemos que la fallida reforma del artículo 39 de la LOTC pretendía introducir la posibilidad de declaración de nulidad sin inconstitucionalidad y la nulidad diferida, técnicas que por otro lado, ya han sido utilizadas por el Tribunal sin necesidad de previsión legislativa. Existe, no obstante, un sector doctrinal que niega la posibilidad constitucional de que el legislador habilite esta técnica o que el Tribunal la use, respecto al debate véase CARRASCO DURÁN, M. «Nulidad diferida», en PÉREZ TREMP, P. (Coord.), *Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (La reforma del Tribunal Constitucional)*, Valencia, 2007, p. 280.

<sup>17</sup> Para un repaso del problema en su dimensión práctica, teórica e ideológica, GUILLÉN LÓPEZ, E., «Apuntes sobre el principio de responsabilidad en el derecho constitucional europeo», *Estudios de Deusto*, Vol. 60/2, 2012, pp. 215-228, p. 221 y ss.

<sup>18</sup> Se trataría de romper esa limitada comprensión del amparo que hasta nuestros días ha defendido el Tribunal Constitucional (véase en sentido opuesto el importante voto particular del magistrado Pérez Tremps en el Auto 1/2009) y que ha merecido el reproche del TEDH en GARCÍA MATEOS V. Spain, n.º. 38285/09, ECHR, 2013.

estima necesario, tome las medidas oportunas para una plena satisfacción del sujeto dañado, incluyendo el reconocimiento de una indemnización o la técnica de la justa compensación.

Un problema singular se ha presentado en aquellos supuestos en que algunos órganos de la jurisdicción ordinaria han planteado cuestión de inconstitucionalidad, mientras que otros, pese a la petición de uno de los litigantes, han rechazado esta posibilidad, sin obtener luego la parte interesada la estimación de sus pretensiones en amparo (véase por ejemplo la STC 159/1997 y los votos particulares). Esta situación recomendaría revisar lo estricto de la regla prevista en el artículo 161.1.a), de manera que el Tribunal en algunas ocasiones pudiese extender los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad incluso frente a sentencias con valor de cosa juzgada. Además, serviría para, en una perspectiva contraria, permitir al Tribunal mantener los efectos de actos administrativos firmes.

También en el ámbito de los efectos ha llegado el momento de afrontar en la Constitución la relación del Tribunal con el Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales (TEDH) y el Tribunal de Justicia. Para el primero seguramente lo mejor sería una reforma que ordenase la vinculación de todos los poderes públicos a las sentencias del TEDH<sup>19</sup>, pero en el ámbito de mi encargo, me limito a subrayar la oportunidad de recoger el deber del Tribunal Constitucional de enmendar de oficio la vulneración cuando ésta le sea imputable. Creo que es preferible este tipo de actuación (sin excluir la petición de parte), en la medida que le permitirá al Tribunal ofrecer una solución global y ordenada a las distintas consecuencias que haya tenido su incumplimiento. Respecto al Tribunal de Justicia, se trataría de certificar la realidad abierta con el Auto 86/2011, pero confirmando el deber de plantear la cuestión prejudicial en caso de duda, cerrando su carácter potestativo. Además, se remacharía el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal de Justicia, despejando los titubeos generados por la posición mayoritaria en la STC 26/2014.

### 3. PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN Y LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA AUSENCIA DE REFORMA

En las páginas anteriores he señalado que, en mi opinión, no hay ni en el ámbito político ni en el académico corrientes relevantes que estén apelando a la sustitución del Tribunal Constitucional por modelos alternativos. Me atrevo-

---

<sup>19</sup> Véase al respecto el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, p. 293 y ss.

ría a decir, por tanto, que incluso sin reforma, la institución no está en riesgo, o al menos no padece una tensión adicional a la que está experimentando el sistema político derivado de la Constitución de 1978, inmerso en una crisis de legitimidad con derivaciones económicas y territoriales.

Existen, con todo, tres aspectos que tomados en conjunto debilitan el valor y sentido del Tribunal como órgano constitucional llamado a contribuir en la definición de la forma de Estado. Me refiero al reparto de cuotas como mecanismo de facto para la selección de magistrados, a la falta de criterios a la hora de marcar el tiempo de resolución de las causas y a las reformas legislativas que potencian la dimensión del Tribunal como generador de doctrina en detrimento de su función jurisdiccional. A resultas de esta última característica, evidente en la trascendencia constitucional requerida para admitir el recurso de amparo, el Tribunal está consolidando una tendencia que reduce su presencia social. Mientras que el Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cada año dictan alguna sentencia con repercusión obvia e incluso inmediata en la ciudadanía, nuestro Tribunal Constitucional se ha ido desplazando hacia la irrelevancia. Podría incluso pensarse –y aquí está la segunda característica– que el Tribunal tiene aversión por el conflicto y prefiere dormir aquellas causas que han concitado un debate político y social intenso. Es verdad que la controversia jurisdiccional no debe parecerse a la política y que es recomendable el remanso que da el paso del tiempo; pero es indudable que esta técnica merece una gestión clara y oportuna, si el Tribunal quiere elaborar una doctrina constitucional funcional, esto es, al servicio de la integración política. Por último, la generación de doctrina como principal tarea de un Tribunal Constitucional en tiempos de una democracia bien establecida<sup>20</sup>, requiere un colegio de magistrados cuya autoridad sea consistente y el disenso respecto a sus opiniones solo pueda formularse al modo de una discrepancia argumentativa. Por tanto, al margen de la categoría profesional de los magistrados, que creo fuera de toda duda, la deriva que ha tomado el procedimiento de designación, parece arrojar una sombra permanente que debilita la autoridad de los magistrados más allá de los argumentos utilizados en sus decisiones.

En definitiva, sería recomendable que el Tribunal afianzase su posición como órgano constitucional a través de la sólida autoridad de sus magistrados y con incidencia real en la dinámica social y política, pacificando, al menos por un tiempo, los debates más intensos. Quizá para ello no sería precisa una reforma constitucional, aunque, sin duda, puede ayudar.

---

<sup>20</sup> Véase nota 3.

## 4. LA POSIBLE REFORMA

### 4.1 Posibles reformas sobre la composición del Tribunal Constitucional

1. En aras a una mayor eficacia del Tribunal en el cumplimiento de su función se propone la ampliación del colegio de magistrados a un número de 15. Además, el número impar evitará que los empates tengan que ser resueltos por el Presidente.

2. Para romper con las dinámicas de reparto de cuotas y bloqueo de las renovaciones se sugieren un conjunto de modificaciones:

*a)* En el caso de los Magistrados del Tribunal Supremo y de los Catedráticos de Universidad que deseen ser designados, habrán de solicitar al Tribunal, al menos seis meses antes del plazo de renovación, que sean acreditadas sus condiciones para acceder al cargo. Este listado de aspirantes cumpliría una doble función. De un lado, permitiría conocer el perfil de todos los candidatos, lo que otorgaría transparencia al proceso y obligaría a los partidos a explicar la elección de unos candidatos sobre otros. De otro, generaría una lista de magistrados suplentes para cubrir las recusaciones y abstenciones, y sobre todo, las vacantes en caso de que no se renovara en plazo el órgano.

*b)* El mandato se extendería a 12 años o hasta la edad de 67 años. La primera cifra pretende ampliar el mandato para aprovechar al máximo la experiencia adquirida, más aún cuando la edad tope de ejercicio seguramente incentivaría el nombramiento de magistrados en pleno rendimiento profesional. A su vez, el tope de edad forzaría un consenso sobre una sola persona, circunstancia que debería acabar con el reparto de cuotas.

*c)* Se recomienda que la designación recaiga sobre las dos cámaras parlamentarias, eliminando la participación del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, que no creo que hayan aportado una sensibilidad distinta a la de los partidos.

*d)* Como se ha señalado, los Magistrados del Tribunal Supremo y los Catedráticos acreditados para ser designados como magistrados integrarían una lista de magistrados suplentes. Mediante esta lista el Presidente del Tribunal designaría a un magistrado por insaculación y para un mandato de tres años (luego volvería a la lista de candidatos) en el caso de que las Cámaras no renovasen el órgano al momento del cese de algún magistrado. Entiendo que esta técnica incentivaría la reforma en tiempo.

3. Con la intención de potenciar la independencia objetiva de los magistrados, se propone que la incompatibilidad se extienda a la militancia en

partidos y sindicatos. A su vez, habría de diseñarse un régimen de incompatibilidades para los magistrados candidatos, que integran la lista de suplentes (por ejemplo, la incompatibilidad con todo mandato representativo, con cargos políticos y con la militancia en un partido político o en un sindicato). Este régimen facilitaría que los magistrados aspirantes fuesen ganando desde su acreditación una pátina de independencia objetiva. Además, dada la singularidad del Tribunal, sería oportuno que la Constitución abriese expresamente a la Ley Orgánica del Tribunal la posibilidad de incluir otros motivos de incompatibilidad.

4. Se sugiere asimismo que la norma suprema ordene al legislador la previsión de las causas de recusación y abstención, sin que pueda existir reenvío a la Ley Orgánica del Poder Judicial. A su vez, para que las recusaciones no provoquen alteraciones numéricas del Tribunal, la lista de magistrados candidatos serviría para propiciar por insaculación una sustitución en la causa concreta donde ha quedado apartado un magistrado.

5. En lo referente a la competencia profesional de los integrantes del Tribunal, se propone que en el caso de los miembros procedentes del Poder judicial se requiera la condición de Magistrados del Tribunal Supremo y para los profesores el grado de Catedrático.

6. En la medida que la particularidad del Tribunal Constitucional hace inadecuada la llamada supletoria al régimen jurídico del poder judicial, se debería reconocer constitucionalmente la potestad del Pleno del Tribunal para dotarse de un reglamento de funcionamiento que desarrolle la ley orgánica y, en su caso, cubra las lagunas.

#### 4.2 Posibles reforma sobre el modo de desempeño de su función

1. Se recomienda cerrar la posibilidad de que el legislador amplíe los procesos constitucionales o su objeto, creando así un diseño completo de la jurisdicción constitucional, sin que pueda alterarse por las mayorías coyunturales. No obstante, sería razonable dar rango constitucional al conflicto entre órganos y al conflicto en defensa de la autonomía local, procesos de creación legislativa que no han suscitado problemas serios.

2. En cuanto a la ampliación del objeto, también es recomendable dar carta de naturaleza a la inclusión de los reglamentos parlamentarios como objeto del control de constitucionalidad. A igual conclusión cabe llegar respecto a los Tratados, si bien aquí se sugiere incluir en el control previo la legitimación activa propia del recurso de inconstitucionalidad y eliminar el recurso de inconstitucionalidad tras la publicación del tratado, de suerte que a posteriori solo quepa el examen a través de la cuestión de inconstitucionalidad.



3. Nuestra corta experiencia en la reforma constitucional, aconseja la introducción de un control de este procedimiento. Por razones lógicas ese juicio ha de realizarse una vez aprobado el texto y antes de la entrada en vigor o de la ratificación por referéndum. En la medida que no existen límites materiales a la reforma, considero que el objeto de control solo versaría sobre los vicios procedimentales, incluido el error en la elección del procedimiento adecuado. Y, en todo caso, parece oportuno articularlo con la legitimación activa propia del recurso de inconstitucionalidad.

4. A la espera de una evolución federal de nuestro modelo y dada la posición institucional que hoy corresponde a los Estatutos, así como la amplitud de sus contenidos, en aquellos que necesitan ratificación mediante referéndum, debería anticiparse el recurso de inconstitucionalidad antes de la intervención ciudadana.

5. Se propone suprimir la legitimación activa del Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad y, a cambio, en ese mismo proceso reconocer la legitimación activa a los particulares en tres tipos de supuestos. Para la defensa de los derechos fundamentales una suerte de acción popular frente a las leyes que los desarrollan o regulen su ejercicio, recurso que habría de ser apoyado por el 5% del censo electoral vigente al momento que la Cámara correspondiente haya aprobado la ley. Asimismo, la persona afectada podría impugnar mediante recurso de inconstitucionalidad una ley de destinatario único. Y las personas con interés legítimo ostentarían legitimación en los casos de leyes singulares autoaplicativas.

6. Finalmente, en el ámbito de los efectos convendría hacer tres precisiones. La primera permitiría al Tribunal modular los efectos de sus decisiones sobre las sentencias y actos firmes. La segunda estaría encaminada a reconocer al Tribunal una amplia potestad, sea en el control de constitucionalidad, sea en el amparo, para ordenar las medidas necesarias que permitan una plena satisfacción de situaciones jurídicas subjetivas, incluido el instrumento de la justa compensación o el de la reparación de daños. La otra precisión buscaría situar al Tribunal en su contexto contemporáneo ante un escenario de múltiples reconocimientos de derechos. En concreto, es recomendable prever el deber del Tribunal de actuar de oficio para solventar las vulneraciones del Convenio que en todo o en parte sean debidas a su actuación (normalmente cuando se deniega un amparo que da lugar a una demanda estimada ante el TEDH). Y, además, convendría certificar, en forma de deber, la potestad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cuando duda de la interpretación o validez del derecho de la Unión, ordenando a su vez la sujeción a ese Tribunal en lo referente a tales normas.



# **LA CONFIGURACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN Y SU DESARROLLO POSTERIOR: ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES**

MANUEL GERPE LANDÍN  
Catedrático de Derecho Constitucional (UAB)

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ  
Profesor Titular de Derecho Constitucional (UdG)

1. La configuración del Poder Judicial en la Constitución está indudablemente condicionada por la propia historia de aquél en los siglos XIX y XX, y en particular por su ausencia de independencia. La finalidad principal del constituyente en 1978, por tanto, fue la de acabar con esa constante histórica a través de diferentes vías. Algunas simbólicas: el Poder Judicial es el único de los tres poderes que aparece definido como tal en el texto constitucional, y recibe por lo demás un título propio apareciendo, pues, de modo simétrico junto con los otros dos poderes clásicos. Junto a lo simbólico, hallamos una serie de decisiones expresas que quieren contribuir a fijar la mencionada independencia: su propia previsión, junto con el resto de garantías dirigidas a preservar la actuación de jueces y magistrados, en el primero de los artículos del Título VII, el art. 117; y, en segundo lugar, la opción por un órgano de gobierno de la judicatura, el Consejo General del Poder Judicial, que permita sustraer del ejecutivo una serie de decisiones relativas al estatuto de los jueces y magistrados que, tradicionalmente, habían servido al Gobierno para interferir en la justicia y someterla a sus necesidades o conveniencias.

Esa inercia histórica que debía ser vencida pasó por encima de cualquier otra consideración. En particular, de una que hubiera debido tenerse muy en

cuenta dado que al mismo tiempo se estaban poniendo en la Constitución las bases de un Estado compuesto: la relación entre el Poder Judicial y esta nueva forma de Estado, que venía igualmente y por su parte a vencer otra inercia histórica en España: el carácter centralista y unitario del Estado. Ambas prioridades de la Constitución, la descentralización del Estado y el aseguramiento de un Poder Judicial verdaderamente independiente, se plasmaron en el nuevo texto constitucional, de manera tal que –contra la vía de autonomización del Poder Judicial abierta por la Constitución de la Segunda República y por el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932– se margina a la administración de justicia del proceso de descentralización política territorial, generándose así un resultado que no ha dejado de plantear problemas prácticamente desde la misma entrada en vigor de la Constitución.

El desarrollo posterior de la Constitución, básicamente contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los Estatutos de autonomía, mostrará que los aspectos citados son los que plantean mayor atención legislativa y polémica política. La valoración de estos aspectos desde el proceso de desarrollo legislativo permite adelantar las consideraciones generales siguientes: el articulado constitucional acredita su idoneidad para garantizar de forma eficaz la independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados; se pone en evidencia la inadecuación del vigente marco constitucional para integrar una descentralización territorial de la administración de justicia que garantice la participación de las CCAA en los ámbitos jurisdiccionales y de gobierno de la judicatura; y queda reiteradamente confirmada la falta de asentamiento del modelo de gobierno del poder judicial, tanto en lo que afecta a las funciones como a la composición del Consejo General del Poder Judicial. Las páginas que siguen tendrán como objeto el análisis y valoración de estos tres aspectos.

2. La importancia del art. 117 CE en el intento de construir un Poder Judicial independiente del resto es evidente por sí misma: en su apartado primero se prevé un conjunto de garantías de la función que deben desempeñar jueces y magistrados que constituye prácticamente una enumeración de todo lo que no había existido hasta entonces en España: independencia, inamovilidad, responsabilidad y exclusiva sujeción al imperio de la ley. De la inamovilidad se vuelve a encargar el apartado segundo del mismo art. 117, al disponer la imposibilidad de separar, trasladar, suspender o jubilar a los jueces y magistrados si no es por las causas que prevea la ley y con las garantías que ésta establezca. Causas que, lógicamente, hallan su propio límite en la previa proclamación de la inamovilidad: no podría una ley preverlas de un modo tan amplio o bajo presupuestos tan laxos que viniera a negarse con ello en la práctica la propia noción de inamovilidad. La remisión constitucional a la ley, por

consiguiente, no es una remisión en blanco. Por su parte, la responsabilidad no es algo privativo de jueces y magistrados, por cuanto afecta al resto de los servidores públicos, pero sí que resulta especialmente relevante en el caso de aquellos habida cuenta del poder que ejercen, cuya dimensión y efectos hace particularmente necesaria la previsión de la responsabilidad al mismo tiempo que las garantías. Visto desde otro punto de vista, la responsabilidad del juez es una garantía para el ciudadano.

3. La independencia del Poder Judicial, traducida y trasladada a todas las derivaciones que se han citado, viene acompañada de la exclusividad y la unidad del mismo. En relación con la primera, los apartados 3 y 4 del art. 117 enuncian sus dos vertientes: solo los juzgados y tribunales ejercerán la potestad jurisdiccional, y tales juzgados y tribunales no ejercerán otra función que el ejercicio de dicha potestad, salvo que las leyes, en garantía de cualquier derecho, les atribuyan otras. Puede apreciarse, pues, que la exclusividad tiene dos excepciones: una que se indica, y otra que no se menciona en este momento.

La que se indica es que las leyes podrán asignar a los jueces funciones que no se correspondan con la jurisdiccional, con la condición de que ello sirva para la protección de los derechos. Así se ha podido, por ejemplo, conferir a aquellos la llevanza del registro civil. Pero también se ha abierto la puerta, como se verá después, a la posibilidad de que lleven a cabo actividades cuya vinculación con la protección de los derechos no es ni mucho menos evidente: por ejemplo, la posibilidad de que compatibilicen el ejercicio de sus funciones con la de vocal, a tiempo parcial, del CGPJ, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

En segundo lugar, la atribución o reserva de jurisdicción a favor de los juzgados y tribunales del poder judicial no es absoluta. La propia Constitución atribuye al Tribunal Constitucional funciones plenamente jurisdiccionales sin que este tribunal quede integrado en el Poder Judicial. Las excepciones a la reserva de jurisdicción al Poder Judicial no se agotan con las atribuciones jurisdiccionales reservadas al Tribunal Constitucional; a ello hay que añadir las funciones atribuidas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ejerce plena y directa potestad jurisdiccional en España, y aunque dotado de relevantes singularidades debe ser citado también el Tribunal Europeo de Derechos humanos. Las excepciones se cerrarían con las funciones jurisdiccionales que tiene atribuidas el Tribunal de Cuentas.

4. En relación con el principio de unidad, éste cobra especial relevancia en la configuración constitucional del Poder Judicial. En primer lugar, debe reiterarse lo que acaba de decirse en relación con la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional: la existencia de órganos que ejercen ésta fuera de

los límites del Poder Judicial ordinario hace igualmente que la unidad de éste sea limitada, no siendo por tanto el único límite a la misma el que expresamente menciona el art. 117.5 (la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio).

Pero es que, por otra parte, el principio de unidad en España ha sido tradicionalmente entendido desde su formulación en el texto constitucional en un sentido casi podríamos decir único: la prohibición o fuerte limitación de toda incidencia del factor autonómico en el ámbito de la justicia. Un sentido, pues, territorialista del principio de unidad.

Se ignora, cuando se opera desde este entendimiento de la unidad, que la finalidad del constituyente al darle relieve era cortar de raíz la multiplicidad de jurisdicciones especiales en las que el franquismo (pero no solo él) había sido pródigo. La creación de una jurisdicción especial, normalmente de dimensiones reducidas y dedicada a un tema concreto, era el instrumento del que se servía el ejecutivo para aislar a un grupo de jueces a los que se podía controlar mejor, acabándose de liquidar toda apariencia, por débil que fuese, de independencia. Esta finalidad, tan necesaria como comprensible, ha dado paso en la aplicación del principio a otra bien distinta, aplicada además de un modo que excede con mucho de lo que resultaría necesario para proteger la mencionada unidad, como se verá.

5. Precisamente esta referencia a la unidad nos conduce directamente al primero de los problemas que deben ser aquí reseñados: la relación Poder Judicial-Estado autonómico. Al mismo tiempo, debemos partir de otros preceptos no incluidos en el Título VII de la Constitución: el art. 149.1.5 y el art. 152.1. II.

El primero de ellos resulta, en su tenor literal, completamente coherente con la formulación antes mencionada del principio de unidad: corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre Administración de Justicia. No podía ser de otro modo si se parte de una concepción absoluta de la unidad jurisdiccional, pero precisamente tendría que ser de otra manera si partimos de que la Constitución establece un Estado descentralizado. Esta contradicción ha venido a ser de alguna manera atenuada por la interpretación que, desde la STC 56/1990, ha efectuado el Tribunal Constitucional del art. 149.1.5 CE.

Tal interpretación parte, como es sabido, de la base de que el mencionado título competencial se referiría solo a un concepto estricto de Administración de Justicia, el relativo al ejercicio de la función jurisdiccional, mientras que nada diría sobre la administración (o gestión) de la Administración de Justicia, dentro de la cual se encuadran, entre otras cuestiones, la relativa a la gestión de los medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia, aunque como veremos de inmediato con una serie de límites no menores.

Antes de pasar a examinar esos límites, conviene poner de manifiesto que la interpretación del Tribunal consigue atenuar los efectos de una contradicción de la propia Constitución (la omisión de todo papel de las CCAA al prever la competencia sobre justicia en el art. 149.1.5 CE) al precio de realizar una mutación en el contenido de aquella, que pasa a decir lo que manifiestamente no decía: habida cuenta de la práctica imposibilidad de actualizar la Constitución Española mediante su reforma, operación prácticamente desconocida en nuestra experiencia constitucional actual, este tipo de reinterpretaciones, así como las que lleva a cabo el legislador, parecen la única vía para atenuar en algo la distancia creciente entre la realidad y la norma constitucional.

6. La STC 56/1990 venía a examinar tanto la nueva regulación que suponía la LOPJ de 1985 como, a consecuencia de ello, la virtualidad de las cláusulas subrogatorias contenidas en los Estatutos de Autonomía, que partiendo de la distinción entre concepto amplio y estricto de la noción de Administración de Justicia, se dirigían a permitir a las CCAA subrogarse en aquellas facultades que la ley orgánica le reconociera al Gobierno del Estado. La Constitución, lógicamente, ya imponía un límite que no podía ser traspasado por las cláusulas en lo que al personal judicial se refiere: jueces y magistrados formarán un cuerpo único. En lo relativo al resto del personal, sin embargo, la cuestión no estaba constitucionalmente cerrada, y la opción de convertirlos en cuerpos nacionales fue de la propia LOPJ, sin que ello viniera obligado desde el texto constitucional.

El TC aceptó la solución de las cláusulas pero con límites. Aparte, lógicamente, de la imposibilidad de que sirvieran para asumir facultad alguna que entrase dentro del ámbito estricto de la Administración de Justicia, tampoco permitirían a las CCAA subrogarse en facultades que la Ley Orgánica confiriese a órganos distintos del gobierno estatal; no podrían servir para asumir competencias que supusieran ejercicio de la potestad legislativa, sino solo reglamentaria y ejecutiva, en coherencia con el hecho de que se trataba de facultades originariamente atribuidas al gobierno, y, finalmente y más relevante, no permitirían las cláusulas subrogarse en aspectos que tuviesen un alcance supracomunitario, elemento éste de difícil interpretación, y que en la práctica reforzaba la opción del legislador estatal de reservarse buena parte de la regulación de los cuerpos de personal al servicio de la Administración de Justicia: en la medida en que estos son declarados cuerpos nacionales, el elemento de supraterritorialidad aparece como una consecuencia inmediata. De alguna forma, el principio de unidad jurisdiccional entendido de una manera absoluta y proyectada sobre el plano territorial viene de nuevo a hacerse manifiesto.

7. Ante la opción de la LOPJ por los cuerpos nacionales, el TC reconoce que dicho carácter nacional no era en absoluto la única solución que la Constitución permitía, pero que tampoco viene excluida por ésta. De hecho, sin embargo, aunque no venga expresamente excluida dicha solución, no es la que se deriva de modo más evidente de lo que dispone el art. 122.1 CE, que indica que la LOPJ regulará «(...) el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia». Por tanto, la Constitución se preocupa expresamente de indicar que los jueces y magistrados formarán un cuerpo único, pero esta misma mención no la hace respecto del resto del personal, que hubiera podido ser, sin ningún problema, configurado como cuerpo autonómico bajo la regulación esencial que estableciese la LOPJ a fin de garantizar una homogeneidad mínima en todo el territorio estatal. La solución finalmente adoptada por el legislador no contraviene, ciertamente, la Constitución, ya que ésta no establece expresamente que los cuerpos del resto del resto del personal deban ser autonómicos, pero ciertamente tal solución hubiera sido más coherente con lo que parece desprenderse del tenor literal del art. 122.1 CE.

La propia explicación del TC para intentar buscar una justificación a la opción del legislador estatal resulta sumamente pobre. Por un lado, se indica que la justificación deriva del hecho de que «aun cuando no sean tales cuerpos, estrictamente, parte de la Administración de Justicia en el sentido del art. 149.1.5 CE, sí resulta su actuación necesaria, en cuanto colaboración imprescindible, para la actividad de esa Administración y el cumplimiento de sus funciones» (FJ 10). Asimismo, el carácter nacional de los cuerpos permite «garantizar en forma homogénea, en todas las Comunidades Autónomas, los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de Justicia». Ni una ni otra explicaciones resultan convincentes si se atiende a las funciones que desempeñan los cuerpos de personal al servicio de la Administración de Justicia, y al hecho de que la garantía de los derechos de los ciudadanos se logra, obviamente, por otras vías, sin que el carácter de dichos cuerpos incida en nada en la mejor o peor protección de los mismos. La única explicación que podría aducirse se limitaría al caso de los secretarios judiciales, en la medida en que desarrollen funciones próximas a lo jurisdiccional y resulte por ello coherente dotarles de la misma naturaleza en cuanto cuerpo funcional que a los jueces y magistrados; respecto de los demás cuerpos, no hay justificación sólida.

8. Las mismas o parecidas justificaciones que sirven para excluir en buena parte a las CCAA de todo lo relativo a los cuerpos de personal sirven, en lo relativo a los medios materiales, para excluirlas de uno de los aspectos más



relevantes de estos: la gestión de las cuentas, depósitos y consignaciones judiciales. Si las CCAA deben realizar toda una serie de inversiones en edificios, medios informáticos, mobiliario, etc., parecería lógico que pudieran gestionar también ellas dichas cuentas y los intereses que de las mismas se derivan. En este caso, la explicación estatal, avalada por el TC, es que tal cuestión no se incardina en la materia Administración de Justicia sino en la materia, exclusiva del Estado, de Hacienda General, explicación ésta que resulta cuando menos llamativa.

9. La Constitución contiene, como es sabido, otra proyección que, de manera simbólica, viene a intentar poner en relación el hecho autonómico con la organización jurisdiccional: la figura de los Tribunales Superiores de Justicia, en principio previstos para las CCAA constituidas por la vía rápida pero que han acabado generalizándose como lo ha hecho la estructura institucional que para aquellas preveía el art. 152.1 CE. Pese a ser órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial único, y por tanto sin relación alguna de pertenencia o vínculo con las CCAA, su denominación y su propia demarcación de ámbito autonómico vendrían a hacer presente en la organización jurisdiccional, como se ha dicho, la existencia del factor autonómico.

En tal sentido, todos los Estatutos comenzaron a incluir preceptos destinados a mencionar a dicho órgano y a establecer, *grosso modo*, sus principales cometidos. Operación ésta que, lógicamente, en puridad no les correspondía, pues debía ser la propia LOPJ la que determinara su estructura y atribuciones. La regulación estatutaria, pues, debía entenderse como una expresión del interés de la Comunidad en relación con dicho órgano, pero tal regulación estaba en cualquier caso al albur de lo que en cada momento indicara la LOPJ.

10. Las sucesivas reformas de la LOPJ, especialmente las de 1994 y 2003, abrieron algo la mano a la intervención autonómica, especialmente en lo referido al personal, y se consiguieron algunos avances en la línea de responsabilizar a las CCAA en la gestión del personal no jurisdiccional (con exclusión de los secretarios) al tiempo que se les daban responsabilidades de peso en lo referido a la gestión de los medios materiales (pero con exclusión en este caso de la gestión de depósitos y consignaciones). En cierto modo, pues, en estos ámbitos la situación ha resultado netamente beneficiosa para el Estado, que traspasa lo más problemático conservando aquello que en cada área le interesa. Ningún avance en lo relativo al gobierno del Poder Judicial, mantenimiento del TSJ en un perfil bastante bajo y, en lo que se refiere al uso de las lenguas propias ante la Administración de Justicia en aquellos territorios en que existen, las CCAA interesadas han puesto de manifiesto reiteradamente lo limitado tanto de sus posibilidades como de los resultados conseguidos, al

ser el conocimiento de la lengua propia (como el del Derecho propio) un simple mérito en el acceso a los cuerpos. La posibilidad de prever en las relaciones de puestos de trabajo algunos puestos con perfil lingüístico han paliado, pero no resuelto, el problema de infrautilización, que repercute directamente en la posibilidad de los ciudadanos de utilizar dicha lengua propia con normalidad ante la Administración de Justicia.

11. Las reformas estatutarias iniciadas en 2006 abrieron una nueva etapa en la que se intenta en algunos Estatutos ir más allá de lo que la LOPJ había ido hasta el momento, pero dentro (o al menos eso entendían las CCAA impulsoras) de lo que la Constitución permitía. Los Estatutos catalán y andaluz son un ejemplo de dicha ambición, iniciada por el catalán (el andaluz es prácticamente una copia, en lo que a justicia se refiere, de su predecesor) si bien la versión finalmente aprobada por las Cortes introdujo una serie de límites al planteamiento inicial, en un intento de evitar al Estatuto problemas ulteriores ante el TC, intento que como es sabido no resultó exitoso.

12. El planteamiento estatutario se basaba, en lo que al título dedicado al Poder Judicial se refiere, en la teoría de la validez con eficacia diferida de la norma estatutaria. El Estatuto parte de la existencia de una serie de cuestiones que claramente reserva la Constitución a la LOPJ, y en la que no cabe colaboración internormativa alguna. Por ejemplo, cuando la LOPJ define al Consejo General del Poder Judicial y dice que la LOPJ regulará en relación con aquel «su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario», no cabe que un Estatuto venga a proponer nada a la LOPJ acerca de cómo debe de llevar a cabo dicha regulación: nos hallaríamos aquí, por tanto, ante un caso de reserva absoluta. En otros ámbitos, en cambio, el Estatuto parte de la base de que la reserva es relativa: la LOPJ tiene que tomar la decisión, pero no sería inconstitucional que la norma estatutaria propusiera una determinada opción. Propuesta que sería, pues, válida, pero no eficaz por sí misma, sino que para su eficacia requeriría que la LOPJ asumiera como propia dicha opción o propuesta. En ello la LOPJ sería completamente libre, de manera que cabría la posibilidad de que una determinada propuesta estatutaria, y las normas que la contuviesen, no llegaran a ser eficaces nunca. Es, por tanto, un ofrecimiento, que abre las puertas a la colaboración internormativa pero que no despoja a la LOPJ de adoptar la decisión final en cada caso.

13. Este mecanismo fue acogido por el TC en relación con la mayoría de regulaciones sobre justicia del Estatuto catalán. Por ello, tras la STC 31/2010 quedarán como válidas aunque con eficacia diferida las regulaciones estatutarias sobre el TSJ, aunque aquí ciertamente el peligro para el Estatuto era ma-

yor, pues pudiera interpretarse que el establecimiento de las competencias de un órgano jurisdiccional forma parte de ese ámbito de reserva absoluta en favor de la LOPJ. Incluso el TC aplicará esa técnica en relación con una previsión del art. 95.2 EAC que parecía hacer referencia a que el TS quedará únicamente con funciones de unificación de doctrina: el TC dirá que se trata de una referencia no excluyente, casi a modo de ejemplo de lo que el TS hace habitualmente, y que en cualquier caso es la LOPJ la que dispondrá cuáles sean las competencias de TS y TSJs. Lo mismo ocurrirá en relación con las competencias sobre personal y medios materiales, respecto de las cuales el Estatuto catalán contendrá detalladas listas, distinguiendo además entre competencias normativas y ejecutivas; de nuevo se defiere la decisión a la LOPJ, pero sin que ello impida la validez de la norma estatutaria. Dígase lo mismo en relación con la regulación del valor del conocimiento de la lengua y el Derecho propios. Justo lo contrario, en cambio, de lo que sucederá con la regulación estatutaria sobre el consejo de justicia: aquí la solución será la opuesta, pero a esto haremos referencia al tratar más adelante del CGPJ.

14. Lo que resulta igualmente relevante de la sentencia de 2010 es el ensayo de teoría general sobre el Poder Judicial que se lleva a cabo en el FJ 42. Supone el mismo una interpretación no solo de la relación entre Poder Judicial y modelo de Estado, sino también del alcance del principio de unidad jurisdiccional. Así, las afirmaciones de que:

«la función jurisdiccional, mediante la que [las] normas adquieren forma y contenido definitivos, es siempre, y solo, una función del Estado. Si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción.»

Resultan tan discutibles como huérfanas de argumentación: ni las normas necesitan de la función jurisdiccional para adquirir forma y contenido definitivos, ni de ello se deriva que la función jurisdiccional deba ser solo una función del Estado (basta con observar modelos federales muy relevantes) ni tiene base esa correspondencia Constitución única-jurisdicción única: aquella hubiera podido optar perfectamente por una jurisdicción no única. Por último, la vinculación entre unidad de la jurisdicción y unidad de la voluntad constituyente es de una incorrección tan evidente (por más que la jurisdicción no fuera única la voluntad constituyente continuaría siéndolo) que ello excusa de la necesidad de realizar mayores razonamientos.

15. El otro problema relevante que ha planteado el desarrollo de la normativa constitucional sobre el Poder Judicial ha sido el relativo a su órgano de gobierno, el CGPJ, que ha devenido una de las instituciones más problemáticas y, en diversos periodos, desprestigiadas de nuestra actual arquitectura institucional. Los problemas proceden en parte de la parquedad constitucional a la hora de diseñar el órgano, parquedad que, al precisar de un abundante desarrollo legislativo posterior no ya solo en relación con el despliegue del modelo sino incluso con la configuración o diseño de aspectos de dicho modelo, ha dado lugar a una pluralidad de regulaciones dispares que no solo no han contribuido en absoluto a asentar el órgano dentro de la estructura institucional en la que se inserta, sino que, al contrario, han generado en él una constante inestabilidad que se ha trasladado a su modo de funcionamiento y a la percepción que de él tiene la ciudadanía.

16. El objetivo último de la Constitución es tan claro como justificable a la luz de la tradicional historia del Poder Judicial en España. Convertido éste de modo constante en un apéndice del Poder Ejecutivo a través de la intervención constante que el mismo, a través del Ministerio de Justicia, realizaba sobre la jurisdicción y quienes estaban al servicio de ésta, la finalidad constitucional radica en apartar toda una serie de decisiones relevantes sobre el Poder Judicial de las manos del Gobierno, para lo cual, siguiendo la experiencia ya iniciada en otros sistemas (el más relevante el italiano) crea el Consejo General del Poder Judicial. El art. 122.2 CE realiza una triple operación: configura a éste como órgano de gobierno del Poder Judicial, reserva a la ley orgánica su regulación, en coherencia con su relevancia y con su carácter de órgano constitucional y, dentro de esa tarea de desarrollo que se reserva a dicha fuente, cobra especial relevancia la enumeración de sus funciones, en la medida en que constituyen aquellas decisiones fundamentales sobre jueces y magistrados que se querían sustraer del ejecutivo: nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. No es, naturalmente, un *numerus clausus*, pues no en vano el precepto dice que las funciones del órgano serán «particularmente» (pero no, por tanto, exclusivamente) esas, pero no cabe duda de que estamos ante el núcleo duro de funciones que configuran lo que hemos de entender como «gobierno del Poder Judicial» (concepto que a priori resultaría chocante en la medida en que estamos hablando de gobernar a un Poder del que predicamos su independencia).

17. Los problemas se concentran especialmente no en la definición del órgano, cuya posición y funciones quedan, aunque de manera muy sucinta, mínimamente fijadas, sino en la composición del mismo, dada la indeterminación en que incurre la norma fundamental al menos en una parte de la regula-

ción. La cuota de 8 miembros cuya propuesta expresamente se defiere a Congreso y Senado no plantea problemas: se indica la cualificación profesional que deberán ostentar estos (abogados y otros juristas) se añade que deberán reunir reconocida competencia (apreciación ésta perfectamente inútil por su casi imposibilidad de verificación: ¿de dónde surge esa competencia? ¿cómo la constata y valora el Parlamento?) y más de quince años de ejercicio en su profesión, y se regula incluso el quórum de elección. Queda claro, pues, que se quiere una propuesta de origen parlamentario, en la que al menos varias fuerzas políticas hayan tenido que pactar (pues el quórum exigido difícilmente podrá ser reunido por una única fuerza) y se abre completamente el abanico de posibilidades a la hora de escoger miembros al exigir únicamente que provengan del ámbito jurídico. Por lo demás, este hecho (la no limitación de las posibilidades de elección al concreto sector de jueces y magistrados) introduce un elemento de apertura en la función de gobierno del Poder Judicial: no serán única y exclusivamente los jueces los que desempeñen esta tarea respecto del resto de sus compañeros, sino que, al menos en esta primera cuota de propuestos, se abre la puerta a la participación de abogados, profesores de Derecho, fiscales... De algún modo se quiere evitar de modo expreso que el gobierno de los jueces no salga del circuito de estos.

18. Los problemas vienen, como es sabido, con los doce vocales restantes, que con los ocho anteriores y el Presidente (que lo será a su vez del TS) conformarán el órgano. En este caso la procedencia será estrictamente judicial («entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales») pero ni se dice quién realiza la propuesta ni de qué modo: todo se remite a «los términos que establezca la ley orgánica».

Podría pensarse, realizando una interpretación sistemática del precepto, que la Constitución quiere que la elección de estos doce miembros la lleven a cabo los propios jueces y magistrados, a través del sistema que establezca la ley orgánica. Ello se derivaría del hecho de que respecto de los otros ocho se dice expresamente que los propondrán Congreso y Senado. Pues bien, si respecto de los doce se quisiera que la propuesta viniese de Congreso y Senado, nada más sencillo que decirlo también, o acumular incluso ambas cuotas y decir que diez los propondrá el Congreso y diez el Senado, concretando después la extracción profesional de los mismos como se desee. Asimismo, la expresión «entre jueces y magistrados» puede interpretarse a la vez en dos sentidos, y no solo en uno: serán los doce propuestos jueces y magistrados, pero al mismo tiempo el proceso de propuesta se llevará a cabo entre estos, es decir, por estos.

19. Que esta interpretación resulta verosímil lo confirma el hecho de que la ley orgánica llamada a regular el CGPJ, que se aprobó con bastante rapidez en 1980 (entre otras cosas porque para que se pudiera poner en marcha el TC debía existir antes el CGPJ, que proponía dos magistrados de aquél), recogía precisamente ese modo de elección. La ley preveía un proceso electoral organizado en circunscripción nacional y convocado tres meses antes de que hubiera de cesar el Consejo, y en el que tomaran parte todos los jueces y magistrados en servicio activo. La propia ley establecía un sistema electoral mayoritario corregido, a fin de reservar algún tipo de representación a los sectores minoritarios, y la previsión de la elección de suplentes para prever posibles bajas durante el mandato. El voto, que podía también realizarse por correo, se realizaba sobre listas abiertas. Todo el proceso sería supervisado por una junta electoral que la propia ley conformaba. Los detalles de todo ello eran remitidos a un reglamento posterior, y resulta relevante que la propia ley orgánica recogiera en su disposición adicional segunda una regulación, aunque breve, de la constitución y funcionamiento de las asociaciones judiciales a las que se refiere el art. 127.1 CE, que han tenido un papel muy relevante en todo el proceso posterior de nombramiento de miembros del CGPJ.

20. El resultado de la puesta en práctica de esa regulación arrojó un CGPJ con fuerte presencia de vocales vinculados a la Asociación Profesional de la Magistratura, de tendencia conservadora. Al debatirse y aprobarse la LOPJ, bajo mayoría socialista, se varía totalmente el modelo de elección de esa cuota de vocales, bajo la premisa de que el CGPJ, al carecer por sí mismo de una legitimidad democrática directa, debía suplir este déficit mediante una vinculación, en lo que al nombramiento de sus miembros de trata, con el órgano que indiscutiblemente la posee: el Parlamento. De este modo, la totalidad de los vocales del CGPJ van a ser propuestos por aquél. Se gana en lo que a legitimidad democrática se refiere, pero en realidad lo que se pierde se va a revelar mucho más decisivo que lo ganado: la fuerza política que tiene mayoría en el Parlamento y que por ello también gobierna, va a trasladar igualmente su influencia al órgano de gobierno del tercero de los poderes del Estado, el judicial. Ese efecto va a resultar muy negativo para el CGPJ. La procedencia parlamentaria de la totalidad de sus miembros va a ir poco a poco aumentando la polarización del órgano: será común referirse a los «vocales progresistas y conservadores» o al bloque progresista o al conservador. La correspondencia perfecta entre las posiciones de los vocales y las posiciones de los partidos que los promovieron hará del órgano un ente percibido como una prolongación natural del juego de mayorías y minorías parlamentarias, sometido en todo al mismo.

21. El Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse sobre esa nueva regulación en su STC 108/1986. El TC concluyó que no se deriva de la CE ningún sistema de «autogobierno judicial» que determine la necesidad del aseguramiento a jueces y magistrados de la potestad de proponer a una determinada parte de los vocales del Consejo. Tampoco determina fatalmente, según el TC, el nuevo sistema de nombramiento una dependencia del Consejo respecto del Parlamento, pues:

«Sin entrar en consideraciones sobre el lugar que ocupan las Cortes en un sistema parlamentario y sin negar que el sistema elegido por la LOPJ ofrezca sus riesgos, como se verá más adelante, debe advertirse que esos riesgos no son consecuencia obligada del sistema. En efecto, para que la argumentación de los recurrentes tuviese un peso decisivo sería necesario que la propuesta por las Cámaras de los veinte Vocales del Consejo convirtiese a éstos en delegados o comisionados del Congreso y del Senado, con toda la carga política que esta situación comportaría. Pero, en último término, la posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean los encargados de su designación sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico. En el caso del Consejo, todos sus Vocales, incluidos los que forzosa-mente han de ser propuestos por las Cámaras y los que lo sean por cualquier otro mecanismo, no están vinculados al órgano proponente, como lo demuestra la prohibición del mandato imperativo (art. 119.2 de la LOPJ) y la fijación de un plazo determinado de mandato (cinco años), que no coincide con el de las Cámaras y durante los cuales no pueden ser removidos más que en los casos taxativamente determinados en la Ley Orgánica (art. 119.2 citada).» (FJ. 10).

El razonamiento del Tribunal es formalmente correcto, pero la práctica discurrió, como se dijo, por otros derroteros, que deterioraron progresivamente la imagen del órgano. No se le ocultaba el riesgo al TC: lo vimos en el anterior párrafo y se vuelve a constatar en el FJ 14:

«Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial. La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la Norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución.»

22. Las críticas dirigidas al sistema y a su posterior funcionamiento determinaron su reforma en 2001 a fin de matizarlo por la vía de hacer entrar en una fase de propuesta previa a las asociaciones judiciales. La solución resultaba escasamente satisfactoria en la medida en que, aunque dotaba de cierta participación a los jueces y magistrados, ello se hacía sobre todo por medio de las asociaciones (aunque también era posible fuera de ellas si se reunían avales del 2% de los jueces en servicio activo) y porque se trataba de un proceso de propuesta en el que debían enviarse a las Cortes el triple de los miembros a elegir, de modo que aquellas seguían manteniendo un apreciable margen de maniobra.

El sistema, por lo demás, se basaba en el reparto de los 36 candidatos en proporción al número de afiliados de cada asociación y al número de no afiliados a asociación alguna, fijándose reglas para el caso de que se propusiera un número insuficiente de candidatos desde el sector de no afiliados o, en la hipótesis contraria, el número supere la cuota asignada.

23. La reforma, pues, supuso atemperar la exclusividad de las Cortes en el proceso, pero no en la decisión final. Sea como fuere, el resultado de la misma no fue especialmente satisfactorio en la medida en que el Consejo siguió sumido en los mismos problemas, que se acrecentaron a raíz de los hechos que dieron lugar a la dimisión de su presidente Carlos Divar Blanco en 2012. Todo ello llevó a la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2013, en la que, contra lo que se había afirmado en su momento en el programa electoral del partido actualmente en el gobierno (y contra lo que el mismo sostuviera en su día al impugnar la LOPJ mediante el recurso que dio lugar a la sentencia de 1986 antes citada) no se estableció un sistema de elección por los jueces (como el de 1980) sino que se retocó simplemente el establecido en 2001, añadiendo a dichos retoques otros cambios relativos a la composición del órgano que resultan especialmente relevantes.

24. Las finalidades de la reforma de 2013 no se limitaban a, según su propia Exposición de Motivos, aumentar la participación de los miembros de la carrera judicial en el proceso de elección de miembros del CGPJ, sino que se quiere establecer reglas para evitar el bloqueo del órgano cuando solo una cámara haya propuesto su cuota de vocales pero falte la otra (el CGPJ se constituirá con los nuevos vocales nombrados por la cámara que ha cumplido y los antiguos nombrados por la cámara que ahora incumple; si ninguna de las cámaras ha cumplido con su obligación dentro de plazo seguirá sucediendo lo que ya se daba antes: el CGPJ quedará en funciones) y especialmente se adoptan una serie de medidas en relación con la posición de los vocales del Consejo, la estructura interna de éste, y más tangencialmente sus funciones. De todas



estas medidas, seguramente, lo más relevante corresponde al modo de elección de los miembros y a la dedicación de estos.

25. El modo de elección se retoca en cuanto a que la presentación de candidaturas pasa a girar en torno a los jueces y magistrados individualmente considerados, mientras que antes las asociaciones podían presentar también candidatos. Ahora es cada juez quien, con el aval de 25 jueces (cifra con la que disminuye en la práctica el número de avales necesarios respecto de la anterior previsión del 2% del total de jueces) o bien el de una asociación, puede presentar candidatura. El hecho de que el eje del proceso de propuesta se escorde más hacia los jueces y menos hacia las asociaciones es positivo: el CGPJ es el órgano de gobierno de los jueces, y son estos, por tanto, los que por sí mismos deben poder impulsar el proceso, sin necesidad de pasar por la mediación de las asociaciones o de reunir un número relativamente elevado de avales como sucedía en la regulación previa, en que el 2% de avales obligaba a reunir el aval de un centenar de jueces, cuatro veces más que con la actual regulación.

26. La posición de los vocales del Consejo cambia notablemente, en cuanto que buena parte de ellos pasan a desempeñar su función a tiempo parcial: solo 5 vocales lo serán a tiempo completo, además del Presidente. Estos seis miembros compondrán la comisión permanente, que viene a sustituir al Pleno en no pocas decisiones (y cuyos actos serán recurribles no ante éste, sino directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa). Además, los 5 citados miembros irán rotando cada año, lo que fácilmente se traduce en problemas de funcionamiento en la medida en que los nuevos miembros deben ponerse al día de lo que venían tramitando sus predecesores. El desempeño de las funciones por parte de los restantes vocales en régimen de dedicación parcial plantea además tanto dificultades para estos en la labor de estar al día de la actividad del órgano como potenciales problemas en la medida en que en tanto que miembros del CGPJ deban tomar decisiones sobre jueces ante los que el vocal está actuando como abogado, o en el caso de que sea juez compartiendo labores jurisdiccionales (ello es especialmente evidente, por ejemplo, en relación con los vocales que sean miembros de la comisión disciplinaria). La Constitución, por lo demás, no prevé en modo alguno una diversidad de regímenes para los vocales del CGPJ, y el argumento de que tampoco lo prohíbe parece un tanto débil para sostener una modificación de tal calado. Lo que sí prevé, por otra parte, es la exclusividad de la función jurisdiccional, con las únicas excepciones que prevea la ley al otorgar a los jueces otras funciones en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE); pues bien, no parece que el desempeño de la función de vocal del CGPJ a tiempo parcial encuentre fácil acomodo en la excepción prevista en el precepto constitucional que acaba de citarse.

27. Queda pendiente, por lo demás, todo intento de desconcentrar la actividad del CGPJ a través de la previsión de consejos territoriales, entendidos lógicamente como órganos desconcentrados de aquél, y por tanto pertenecientes al mismo, y no en ningún caso como órganos descentralizados (pues ello no sería compatible con la actual unidad del gobierno del Poder Judicial, y precisaría de previa reforma constitucional en el marco de una nueva regulación del Poder Judicial como poder descentralizado, bajo un esquema federal). La posición del TC en la STC 31/2010, que en vez de optar por la tesis de la validez sin eficacia de la regulación estatutaria optó por la declaración de la inconstitucionalidad de parte de la misma para dejar en ella un consejo de naturaleza muy distinta a la prevista no impidió que el propio Tribunal reconociera que la LOPJ sí que podía optar por soluciones de desconcentración de la actividad del órgano, lo que en la actual coyuntura política parece no obstante descartado.

## BIBLIOGRAFÍA FUNDAMENTAL

- APARICIO PÉREZ, M. A., «El Poder Judicial», *Revista de Derecho Político*, n.º 37, 1992, pp. 161-176.
- «Jueces y justicia en la Constitución Española», en ASENSI SABATER, J. (Ed.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Valencia, 1997, pp. 971-973.
- «Poder judicial y Estado autonómico», en VERNET LLOBET, J. (Coord.), *Estudios sobre la reforma de la Constitución Española*, Palma de Mallorca, 2010.
- ARIZAMENA SIERRA, J., «El principio de unidad jurisdiccional», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Poder Judicial y Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Político*, n.º 47, 2000.
- CABELLOS ESPÍERREZ, M. A., «La adecuación del Poder Judicial al modelo de Estado», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 68, 2004.
- «Los consejos de Justicia en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro», *Revista de Derecho Político*, n.º 80, 2011.
- CÁMARA VILLAR, G., «Reformas estatutarias y consejos de justicia autonómicos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 27, 2011.
- DIEZ PICAZO; L. M.<sup>a</sup>, *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991.
- GERPE LANDÍN, M.; CABELLOS ESPÍERREZ, M. A., «La regulación estatutaria del Poder Judicial y su tratamiento en la sentencia 31/2010», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 12, 2011.

- Poder judicial y modelo de estado, Barcelona, 213.
  - *El gobierno del Poder Judicial en el Estado Autonómico. Evolución y perspectivas de reforma*. Madrid, 2013.
  - «La reforma de la LOPJ en materia de gobierno del Poder Judicial y los consejos de justicia», *Informe Comunidades Autónomas 2012*, Barcelona, 2013.
- ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., *El fracaso del autogobierno judicial*, Madrid, 2008.
- JIMENA QUESADA, L., *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades*, CEPC, 2000.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Dos estudios sobre Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*, Madrid, 1998.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., *Justicia y Estado autonómico*, Madrid, 1994.
- *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, 1996.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M., «La territorialización del gobierno del Poder Judicial y el futuro incierto de los Consejos de Justicia autonómicos», en GERPE LANDÍN, M., y CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. (Coords.), *El gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico. Evolución y perspectivas de reforma*, Madrid, 2013.
- REVERÓN PALENZUELA, B., *Poder Judicial, unidad jurisdiccional y Estado autonómico*, Granada, 1996.
- ROSADO IGLESIAS, G., «Gobierno del Poder Judicial y Estado autonómico», en GERPE LANDÍN, M., y CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. (Coords.), *El gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico. Evolución y perspectivas de reforma*, Madrid, 2013.
- SÁIZ GARITAONANDIA, A., *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas. Situación actual y propuestas de reforma*, Valencia, 2009.
- TEROL BECERRA, M., *Reivindicación autonómica sobre el gobierno desconcentrado del Poder Judicial*, Valencia, 2012.



# LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS  
Universidad de Granada

## 1. LAS INSUFICIENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA

Cuando se plantea la necesaria reforma constitucional de la organización territorial del Estado en el contexto de la actual crisis institucional, uno de los aspectos que resulta imprescindible abordar es el de la financiación de las actuales Comunidades Autónomas en el marco de una reforma federal. No basta con precisar desde la Constitución el reparto competencial, concretando el espacio de actuación del Estado e incorporando una cláusula residual a favor de las Comunidades. Tampoco es suficiente, aunque resulte necesaria, la *constitucionalización* de las relaciones de colaboración y participación de los entes territoriales en las decisiones del Estado, tanto en sus instrumentos como en las instituciones y los procedimientos. Junto a esto, como condición *sine que non* para el adecuado funcionamiento de un Estado descentralizado, la Constitución debe pronunciarse sobre la forma en que se financia el ejercicio de las competencias respectivas. No parece preciso insistir en la importancia de recoger en la Constitución los principios y normas rectores de un sistema de financiación que garantice la autonomía financiera, permitiendo a las Comunidades el ejercicio de las competencias atribuidas y la asunción de la responsabilidad derivada de su actuación, sin perjuicio de la coordinación con la Hacienda general para el ejercicio eficiente de las competencias respectivas y la garantía de la solidaridad interterritorial.

La autonomía financiera es la capacidad de decidir desde el ente territorial los ingresos y gastos públicos. Se trata de establecer la forma en que las Comunidades van a obtener los ingresos necesarios para facilitar a la ciudadanía los bienes y servicios públicos vinculados al ejercicio de sus competencias. No puede haber autonomía política sin autonomía financiera, esto es, sin capacidad de decisión sobre los ingresos y sin autonomía en relación al gasto. En este sentido, una modificación de las relaciones de poder entre los niveles de gobierno debe acompañarse de la modificación de los instrumentos de financiación. Así ha ocurrido en Alemania; la importante reforma federal de 2006, con incidencia especialmente en las competencias, no pudo considerarse culminada hasta que en 2009 se modificaron también las relaciones financieras, más allá de la valoración que merezca el alcance final de esa reforma (A. Arroyo Gil, 2010, 40-41).

Se ha dicho que la Constitución puede precisar menos en relación al sistema de financiación que respecto al reparto competencial o a las relaciones de colaboración, en cuanto un sistema de financiación debe ser actualizado con más flexibilidad de lo que permiten los procedimientos de reforma constitucional. Sin embargo, esa concepción parece adecuarse más al modelo de Constitución *intocable* del que venimos que al de una *Constitución viva* al que debemos tender. Las relaciones financieras entre los diferentes niveles de gobierno tienen en cualquier sistema descentralizado un alto significado político y, por ello, deben estar en la Constitución. En cualquier caso, anticipamos dos ideas que deben servirnos como presupuesto para lo que se dirá a continuación. Por un lado, el modelo de financiación desarrollado en España, sustentado en la remisión constitucional a una ley orgánica estatal que determina los elementos nodales del sistema no ha garantizado la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. Por otro, aunque no pueda incorporarse a la Constitución el completo modelo de financiación autonómica la experiencia comparada nos muestra que pueden incluirse los principios que deben regirlo, las reglas básicas de funcionamiento que garanticen una efectiva financiación autonómica o los adecuados mecanismos de coordinación. Esa reforma debe abarcar al conjunto de la financiación territorial, incluida la vinculación de la financiación autonómica con la financiación local, aunque en estas páginas sólo nos vamos a ocupar de la primera.

En conclusión, en una Constitución federal todos los niveles de gobierno han de tener capacidad para establecer sus ingresos y determinar sus gastos. En ese sentido, las Comunidades deben disponer de un espacio fiscal propio integrado por sus recursos de naturaleza tributaria frente a la situación actual

caracterizada por la dependencia financiera y la ausencia de responsabilidad fiscal. A partir de ahí, podrán desarrollar también su autonomía de gasto.

La premisa de partida es que la regulación de la financiación autonómica que hallamos en la Constitución de 1978 resulta insuficiente y, constituye, seguramente, la cuestión peor resuelta del Estado autonómico (M. Medina Guerrero, 2011, 472). Se atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la Hacienda general (art. 149.1.14 CE) y fuera del Título dedicado a la organización territorial, se reconoce al Estado la potestad originaria para establecer tributos (art. 133.1 CE), siendo derivada la de las Comunidades Autónomas y corporaciones locales, o se le encomienda también al Estado la garantía de la realización efectiva del principio de solidaridad entre las diversas partes del territorio español (art. 138.1 CE). Con estos presupuestos, que hacen girar en torno al Estado las decisiones sobre financiación, apenas encontramos tres artículos con ese objeto específico. El art. 156 CE se limita a reconocer la autonomía financiera y los principios que la rigen: coordinación con la Hacienda estatal y solidaridad entre todos los españoles. El art. 157 CE enumera las fuentes de ingresos de forma incondicionada y sin concretar su alcance respectivo. Distingue, en ese sentido, entre los impuestos propios, tasas y contribuciones especiales; los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; los rendimientos procedentes del patrimonio de cada Comunidad Autónoma; las transferencias a cuenta del Fondo de Compensación interterritorial o el resultado de las operaciones de crédito que ejecuten las Comunidades Autónomas. En su párrafo segundo establece límites a la imposición autonómica vinculados al principio de territorialidad o a la salvaguarda de la libre circulación de mercancías y servicios. Además, en su párrafo tercero remite a la mencionada ley orgánica para que concrete elementos básicos de un modelo de financiación cuales son el ejercicio de las competencias financieras con un carácter mixto pues no se basa con carácter exclusivo en ninguna de las fuentes del párrafo primero, las normas para la resolución de conflictos que pudieran surgir y las formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado. Finalmente, el art. 158 CE prevé los instrumentos para hacer efectivo el principio de solidaridad interterritorial a través de dos vías: por un lado, mediante la inclusión en los Presupuestos Generales del Estado de transferencias estatales para garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español y, por otro, a través de la creación de un fondo estatal destinado a gastos de inversión con el fin de corregir los desequilibrios económicos interterritoriales de forma estructural.

A estas referencias generales deben añadirse dos específicas: el reconocimiento de los derechos históricos y su actualización estatutaria en la Disposi-

ción Adicional primera como base del Concierto del País Vasco y el Convenio económico de Navarra y el reconocimiento del régimen económico y fiscal de Canarias y las especialidades procedimentales para su modificación en la Disposición Adicional Tercera.

En fin, como se ha dicho, el texto constitucional no contiene ninguna regla mínimamente precisa que permita predecir cómo van a financiarse efectivamente las Comunidades sino que a lo sumo presenta un elenco de posibilidades así como determinados límites. Es otro aspecto también *desconstitucionalizado* en la Constitución de 1978. Lo singular en este supuesto es que no remite a los Estatutos de Autonomía como en los otros ámbitos enumerados en el art. 147.2 de la Constitución, sino a una ley orgánica, conforme a lo establecido en el art. 157.3 CE. Dicha fuente es presentada como un conjunto de normas delimitadoras, que no atributivas de competencias (STC 76/1983)<sup>1</sup>. Lo cierto, en cualquier caso, es que aportan al Estado un amplio margen de maniobra para determinar la definitiva distribución de competencias financieras (E. Sáenz Royo, 2013, 198). En este sentido, en virtud del art. 157.3 CE, la Ley Orgánica 8/1980 de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante LOFCA), contiene el marco jurídico general de financiación de las denominadas comunidades de régimen común y, en consecuencia, determina el alcance de su autonomía financiera. El Tribunal Constitucional lo ha expresado con nitidez en la STC 192/2000, FJ 4: «La Constitución no predetermina cual haya de ser el sistema de financiación autonómica sino que atribuye esa función a una ley orgánica que cumple de este modo la función delimitadora de las competencias financieras estatales y autonómicas previstas en el artículo 157.3 CE».

El Tribunal Constitucional ha concretado la función materialmente constitucional de la LOFCA. Le corresponde establecer «el marco general en que se ha de desenvolver la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, dentro del respeto a los principios constitucionales contenidos en los arts. 156 y 157» (STC 192/2000) así como constituirse en «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» (STC 179/1985). En este sentido, incluye tanto el desarrollo

---

<sup>1</sup> La STC 247/2007 explica en su fundamento jurídico 6 que «los Estatutos de Autonomía no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas (artículos 81.1 122.1, 149.1.129, 152.1 o 157.3), pues dichos criterios, referidos a materias concretas para cada ley orgánica, determinan el ámbito que la Constitución les reserva a cada una de ellas, ámbito que, por tal razón, se configura como un límite para la regulación estatutaria».



de los principios que rigen el sistema, específicamente el principio de suficiencia, como el régimen jurídico y límites de los recursos financieros de las Comunidades Autónomas, de los impuestos estatales susceptibles de cesión, con su correspondiente porcentaje de participación, y de los impuestos propios.

Parece optarse por una determinación unilateral del sistema de financiación, soslayando la determinación bilateral que podría haber derivado de su remisión al Estatuto de Autonomía. Este régimen jurídico de la financiación autonómica, sustentado sobre una ley orgánica, esto es, una ley del Estado que requiere la aprobación por la mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto ha planteado algunos problemas en una perspectiva territorial. Se han apuntado desde la propia doctrina del Tribunal Constitucional sus elementos positivos. Por un lado garantiza un mínimo grado de homogeneidad evitando que «dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de Autonomía» (STC 68/1996, FJ 9). Además, por otro lado, al no incluirse en la Constitución resulta más fácil su modificación para adaptar el sistema a las nuevas necesidades del Estado autonómico.

El problema es que mientras en el supuesto de la determinación de las competencias asumidas en el marco establecido en la Constitución, al igual que para la denominación de la Comunidad, la delimitación de su territorio o la denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas propias la remisión es a una fuente que requiere el acuerdo del territorio afectado (Asamblea autonómica) y de las Cortes Generales, habiéndose previsto en unos supuestos una comisión mixta para alcanzar un acuerdo y referéndum, en unos casos (Estatutos del art. 151 CE), el derecho de retirada si los cambios introducidos en las Cortes Generales contradicen lo acordado en el territorio (Estatutos del art. 143 CE) o incluso ambas condiciones (Estatutos de segunda generación), la mera remisión al legislador orgánico *ex art.* 157.3 CE para la configuración del modelo de financiación autonómica deja en manos de la mayoría parlamentaria coyuntural del Estado la decisión unilateral sobre la cuestión crucial del alcance de la autonomía financiera de las Comunidades y la solidaridad interterritorial, lo que contrasta con la garantía «estatutaria» de la que gozan el resto de asuntos relevantes en la conformación del régimen de las Comunidades Autónomas. En virtud de esa remisión constitucional, esta ley orgánica se configura como un límite a la regulación estatutaria (STC 247/2007, FJ 6) y, por tanto, el Estatuto no puede contradecir a la LOFCA pues se establece entre ellas una relación competencial, no jerárquica, resuelta por la propia Constitución en este supuesto a favor de la Ley Orgánica (STC 31/2010). De esta forma, a través de esta Ley Orgánica, el Estado va a garantizar unilateralmente a las Comunidades la «suficiencia» de sus

recursos para el ejercicio de sus competencias pero no la «capacidad» para decidir sobre sus propios recursos (E. Sáenz Royo, 2013, 199).

Muestra en definitiva, la debilidad federal de nuestro modelo de organización territorial pues desde el principio federal no puede aceptarse que una legislación elaborada sin intervención de los territorios determine la forma en que se financian dichos territorios. Las relaciones financieras constituyen uno de los elementos centrales de la Constitución en sentido material y, por tanto, en un Estado descentralizado las decisiones básicas no deberían ser adoptadas unilateralmente por el legislador estatal. Si lo hace, como deriva del art. 157.3 CE, se está alejando del principio federal<sup>2</sup>.

En consecuencia, el problema estructural del modelo de financiación autonómica, al margen de su contenido concreto, es la escasa participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de conformación. Se ha querido determinar desde el ordenamiento general del Estado para garantizar su homogeneidad y flexibilidad pero hubiera requerido una adecuada participación de los territorios. Ello se logra en los Estados federales a través de la intervención de una auténtica cámara de representación territorial. Pese a concretarse las genéricas referencias constitucionales en una ley federal ello no supone la exclusión de los territorios en su determinación siempre que esa ley deba ser aprobada también en la cámara de los territorios. El problema es que en España esa cámara no existe. La defectuosa conformación del Senado le impide cumplir esa función.

Dicha carencia se ha pretendido compensar a través del denominado Consejo de Política Fiscal y Financiera, creado por la LOFCA como órgano de colaboración multilateral para la coordinación de la actividad financiera. Aunque se nos presenta simplemente como «órgano consultivo y de deliberación» en la práctica se ocupa de todos los aspectos de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado que, dada su naturaleza, precisen de una actuación coordinada (art. 3 LOFCA).

No obstante, aunque su actuación va más allá de la que corresponde a un mero órgano de deliberación y consulta, la intervención del Consejo dista mucho de proporcionar a las Comunidades una presencia institucional semejante a la que tienen los territorios en una cámara de corte federal. Y ello al menos por dos razones de especial relevancia. Por un lado, sus acuerdos no tienen carácter jurídicamente vinculante, al menos en el ámbito que ahora nos ocupa. Son meras recomendaciones que se trasladan al Gobierno central y, en su caso,

---

<sup>2</sup> Así ocurre también en Austria, Estado formalmente federal pero de «federalismo débil», en el que las competencias de las *Länder* en materia tributaria están a disposición del legislador federal. Vid. un análisis crítico en MESSNER, V., 2010, 224.

a las Cortes Generales, para que actúen en consecuencia. De otro lado porque si atendemos al procedimiento de toma de decisiones previsto en su Reglamento de Régimen Interior, el Estado tiene una absoluta preeminencia en el seno del Consejo pues cuenta con la mitad de los votos y las decisiones se adoptan por mayoría absoluta en segunda votación. En definitiva, basta con que atraiga el apoyo de una sola Comunidad para que pueda aprobarse su propuesta de acuerdo<sup>3</sup>. De hecho, la STC 31/2010 no lo ha presentado como un órgano de colaboración sino un órgano multilateral «en el que el Estado ejerce funciones de cooperación y coordinación ex art. 149.1.14 CE» (FJ 130). No rompe, por tanto, la tendencia al unilateralismo estatal que parece caracterizar el modo de determinar el sistema de financiación autonómica.

Por ello no podemos confundirnos. Es cierto que los modelos de financiación autonómica que se han aplicado en España desde la aprobación de la LOFCA en 1980 tienen su origen en Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera en los que se calcula una fórmula para determinar las necesidades de gasto para el año que se toma como base en cada periodo teniendo en cuenta diversas variables, se cede a las Comunidades Autónomas la titularidad de figuras tributarias y se hacen transferencias complementarias para garantizar la suficiencia financiera. Sin embargo, esto no significa que la participación autonómica esté garantizada. Únicamente cuenta con la garantía política de que el modelo debe ser fruto de la negociación política en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera pero, por un lado, no cuenta con garantía jurídica alguna pues el acuerdo adoptado es una mera recomendación para el legislador y, además, la posición política en la negociación es muy distinta pues al Estado le basta el apoyo de una de las diecisiete Comunidades para tener la mayoría absoluta necesaria en la adopción de decisiones.

En definitiva, el problema de fondo es que no son decisiones en las que hayan participado las Comunidades a través de un proceso formalizado, como ocurriría si tanto la aprobación de la ley orgánica como la concreción de los distintos modelos en los que se plasma se hiciera en una auténtica cámara de representación territorial, sino a lo sumo de una negociación política en el seno de un órgano de coordinación multilateral en el que los territorios parten de una posición débil si atendemos al procedimiento de adopción de acuerdos.

---

<sup>3</sup> Conforme al art. 10.3 del Reglamento de Régimen Interior, los dos Ministros representantes de la Administración del Estado «dispondrán, en conjunto, del mismo número de votos que posean las Comunidades Autónomas que formen parte del Consejo, adjudicándose a cada una de ellas la mitad de los que a éstas correspondan» mientras que «los representantes de las Comunidades Autónomas dispondrán cada uno de ellos de un voto». Además, en relación a la adopción de acuerdos se requiere en primera votación «los dos tercios de los votos de los miembros que integran el Consejo» y en segunda, la «mayoría absoluta de los votos correspondientes al número legal de miembros que integran el Consejo».

Sin embargo, frente al advertido unilateralismo estatal tampoco resulta una opción adecuada la inclusión del modelo de financiación en los Estatutos de Autonomía. Los Estatutos de Autonomía son la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma (art. 147 CE). En este sentido, pueden regular legítimamente la Hacienda autonómica «como elemento indispensable para la consecución de la autonomía política» (STC 289/2000, FJ 3). Ahora bien, su carácter bilateral y su eficacia territorial limitada les impiden configurar el modelo de financiación. Cuando regulan la Hacienda autonómica han de tener en cuenta que las decisiones tendentes a garantizar su suficiencia financiera «han de adoptarse con carácter general y de forma homogénea para todo el sistema y, en consecuencia, por el Estado y en el ámbito estatal de actuación», no siendo posibles «decisiones unilaterales que (...) tendrían repercusiones en el conjunto (...) y condicionarían las decisiones de otras administraciones autonómicas y de la propia Administración del Estado» (STC 104/1988, FJ 4; STC 31/2010, FJ 130).

El margen, por tanto, es estrecho. La regulación de la Hacienda del territorio no puede ser la regulación del modelo de financiación, necesariamente común y, por tanto, con difícil encaje en el principio dispositivo. En cualquier caso, dada la indeterminación constitucional, resultaba lógico que los Estatutos de Autonomía tendieran a cubrir ese vacío regulando los elementos básicos de las Haciendas autonómicas en la norma estatutaria. La tramitación prácticamente en paralelo de la LOFCA y del primer Estatuto de régimen común, el catalán, permitiría la influencia recíproca entre ambos textos y, en consecuencia, la armonización de sus previsiones iniciales (M. Medina Guerrero, 2011, p. 473). Así, hallamos las referencias a la participación en los ingresos del Estado, negociándose en Comisión Mixta paritaria el porcentaje de participación; al régimen de los impuestos estatales cedidos, en una cláusula cuya modificación no supone reforma estatutaria, y el alcance y condiciones de la cesión o la garantía de la financiación del coste de los servicios transferidos. Esa regulación estatutaria inspiraría a los restantes Estatutos en sus versiones iniciales.

Pero, como es sabido, en el último proceso de reformas estatutarias desarrollado a partir de 2006 volvería a plantearse –de forma más problemática– la pretensión de conformar en el Estatuto catalán un sistema de financiación al margen del fijado con carácter general en la LOFCA, incorporando condicionantes al sistema de financiación e incluso arrojándose competencias aparentemente reservadas a la LOFCA. Sobre la base argumental de que el art. 157.3 CE sólo prevé la LOFCA como una posibilidad («podrá regularse»), la propuesta de Estatuto aprobada por el Parlamento catalán diseñó un modelo similar al concierto vasco; propuesta que fue sustancialmente corregida en las Cortes Generales. En su redacción finalmente aprobada y sometida a referéndum, el Estatuto de Cata-

luña ya no dice, como el de 1979, que se ajustará a lo que establezca la LOFCA sino que intenta resolver de forma salomónica el posible conflicto al indicar en la Disposición Adicional duodécima que las «normas de la ley orgánica prevista en el apartado tercero del art. 157 CE y las normas contenidas en el presente Estatuto deben interpretarse armónicamente». Eso no significa que el Estatuto pueda contradecir a la LOFCA (que no puede hacerlo), sino que atribuye al Estatuto una función en cierto modo interpretativa y complementaria de la fuente delimitadora de competencias, que es la LOFCA. Esa interpretación parecía tener cierto anclaje en la STC 247/2007 cuando señala que las leyes delimitadoras de competencias a la que remite la Constitución (como la prevista en el art. 157.3 para la financiación autonómica) pueden «llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito, circunscribiendo la eficacia de las normas estatutarias de acuerdo con dicha delimitación» y «en caso de colisión será competencia de este Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la normativa estatutaria». En cualquier caso, la *devaluación* del Estatuto de Autonomía como fuente que ha derivado de la STC 31/2010 tiene incidencia también en este ámbito. Así, las innovaciones introducidas en el Estatuto de Cataluña, y luego recogidas también en los de Baleares, Andalucía o Aragón no pueden condicionar el sistema de financiación pero sí pueden indicar contenidos de aplicación general que pueden incorporarse al marco común de la Constitución mediante la reforma.

Por tanto, pese a las referencias estatutarias el límite se mantiene. El Estatuto no podía determinar el modelo por su carácter bilateral y, en ese sentido, aspira, a lo sumo, a una interpretación armónica con la LOFCA que mantiene su centralidad en la determinación del modelo de financiación. Ocurre, en cualquier caso, que ceñidos al hipotético conflicto entre LOFCA y Estatuto de Autonomía el problema resulta irresoluble. Ni es adecuado que el modelo se defina en una ley orgánica estatal elaborada sin participación de los territorios; ni puede incluirse en un Estatuto de Autonomía acordado entre el Estado y un determinado territorio, por su carácter necesariamente común. Por ello, la cuestión no está bien resuelta desde una perspectiva ordinamental y requiere el pronunciamiento de la norma superior para configurar una forma de configurar el modelo que garantice, a la vez, la homogeneidad que aporta el carácter común y la participación de los territorios en la elaboración del modelo que les resultará de aplicación para poder atender al ejercicio de sus competencias.

En puridad, los recursos que se atribuyan a un territorio no pueden ser determinados unilateralmente por el Estado, sin una adecuada participación multilateral de los territorios en el proceso de decisión; ni tampoco pueden ser concretados bilateralmente a través de un acuerdo con el Estado en cuanto

afecta a los recursos de los que pueden disponer los restantes territorios. Requiere, en este sentido, una regulación constitucional en cuanto la Constitución se sitúa por encima de ambos subordenamientos, el general del Estado y los autonómicos, a la vez que esa regulación constitucional, necesariamente principal, debe ser concretada a través de una fuente legal aprobada no sólo en la cámara de los ciudadanos sino también en la cámara de representación de los territorios que debería existir en España<sup>4</sup>.

A todo lo anterior debe añadirse la problemática derivada de la existencia de regímenes singulares de financiación, los regímenes forales derivados de la Disposición Adicional Primera de la Constitución, esto es, el Concierto vasco y el Convenio navarro. En estos supuestos los territorios regulan y recaudan los principales tributos, con la excepción de las cotizaciones a la Seguridad Social, para después aportar a la Hacienda central una cantidad en concepto de pago por las competencias estatales no asumidas por ellas. Ambos sistemas vienen proporcionando una financiación *per cápita* a la ciudadanía del País Vasco y de Navarra notablemente superior a la media nacional, lo que conlleva una situación de privilegio difícilmente compatible con los principios de igualdad y solidaridad, especialmente si recordamos que en el cálculo del cupo no se incluye la parte correspondiente a la contribución de estas Comunidades a los fondos de solidaridad del resto (*Por una reforma federal del Estado autonómico*, 2012, 95).

Es sabido que este resultado privilegiado no es técnicamente una consecuencia ineludible de tales sistemas, pues es imputable en última instancia a la metodología del cupo o de la aportación navarra, la forma en que son calculados y pagados, aplicando un índice de imputación en función de lo que la Administración del Estado gasta en esas Comunidades en concepto de competencias no transferidas. En cualquier caso, parece improbable que se llegue a un nivel razonablemente equiparable de dicha financiación *per cápita* en cuanto el carácter pacticio de ambos regímenes financieros es un elemento jurídico constitutivo de la garantía constitucional de la foralidad y, por tanto, los territorios forales están en condiciones de vetar cualquier modificación que entiendan contraria a sus intereses. Por otra parte, la falta de acuerdo sobre un repar-

---

<sup>4</sup> Los modelos de financiación aplicados en España desde 1980 han tenido rasgos unilaterales, multilaterales y bilaterales. Ha sido unilateral en cuanto tanto la LOFCA como las leyes que, en su caso, han plasmado el modelo de financiación han sido aprobadas por las Cortes Generales sin intervención formal alguna de los territorios, al no existir una cámara de representación territorial. Ha sido multilateral pues, como se ha dicho, han sido acordados en el Consejo de Política Fiscal y Financiera tras el debate de las diecisiete Comunidades Autónomas e incluso las dos Ciudades Autónomas con el Estado. Finalmente, también es bilateral pues cada Comisión mixta ha aprobado o no las modificaciones del modelo hasta el punto de que en algunos casos el rechazo al modelo ha supuesto su no aplicación en determinados territorios, como sucedió en 1996.

to más justo de los recursos no perjudica a dichos territorios, pues ostentan el derecho a la recaudación de la práctica totalidad de los impuestos del sistema tributario y, en consecuencia, tienen asegurada su financiación (*Por una reforma federal del Estado autonómico*, 2012, 95).

En este sentido, la subsistencia de los regímenes financieros forales conlleva un efecto desestabilizador del conjunto del sistema autonómico en cuanto a la vista de sus innegables ventajas genera un efecto emulación en otros territorios dotados de mayor capacidad fiscal que la media<sup>5</sup>.

En fin, en unas pocas líneas se han intentado pergeñar los rasgos característicos del modelo de financiación en España, sustentado en las previsiones de una ley orgánica a la que remite la Constitución, y los acuerdos adoptados en un órgano multilateral que no es de colaboración sino de coordinación por la preeminencia del Estado. A ello deben añadirse los intentos de influir en el modelo de los Estatutos de Autonomía, que más allá de la doctrina del Tribunal Constitucional, resultan inadecuados para este objeto por su carácter bilateral y su eficacia territorial limitada.

En este contexto, resulta necesaria una reforma constitucional con el objetivo de establecer las reglas sobre el reparto de las competencias financieras y los recursos entre el Estado y las Comunidades que garanticen no sólo la suficiencia financiera sino la autonomía financiera, con su correspondiente responsabilidad tributaria, y el alcance de la solidaridad interterritorial. A partir de los principios y el diseño constitucional, su desarrollo debería hacerse a través de decisiones formalmente adoptadas en órganos de representación territorial, actualmente inexistentes, que permitan la participación territorial en el proceso de decisión.

Frente a la incierta configuración actual, se trata de trasladar a la Constitución el modelo del federalismo fiscal en el que se conjuguen de forma adecuada autonomía y solidaridad. Para garantizar la autonomía se aumenta la capacidad normativa de los territorios en materia impositiva y se reconoce su responsabilidad en obtener los ingresos necesarios para ello. Para hacer posible la solidaridad deben mantenerse mecanismos de nivelación de forma que a través de ellos se garantice el mismo nivel de servicios a todos los territorios aun cuando no sea suficiente lo recaudado en virtud de esos tributos propios, cedidos o compartidos en ese territorio así como los fondos para terminar con los desequilibrios econó-

---

<sup>5</sup> El episodio más claro es ese sentido es el sistema de financiación contenido en la Propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña aprobado por el Parlamento de Cataluña en 2005. Su Disposición Adicional octava establecía un plazo de quince años para equiparar la capacidad de financiación por habitante de Cataluña a las del País Vasco y Navarra. Esa equiparación fue eliminada al tramitarse la reforma estatutaria en las Cortes Generales sustituyéndose por una genérica referencia a que la financiación «no debe implicar efectos discriminatorios para Cataluña respecto de las restantes Comunidades Autónomas» (art. 201.4).

micos territoriales. Se plantea, por tanto, un federalismo fiscal solidario, no separador, en el que los recursos derivados de la presión fiscal ejercida en los distintos territorios no reviertan sólo en ellos sino que garanticen también el mismo nivel de servicios en los territorios menos desarrollados<sup>6</sup>.

## 2. LA PROPUESTA DE INCORPORAR A LA CONSTITUCIÓN DIVERSOS ELEMENTOS SOBRE LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA

En el documento *Por una reforma federal de la Constitución*, elaborado en 2012 en el seno de la Fundación Alfonso Perales como una propuesta abierta para la reforma de la organización territorial se plantea la necesidad de atender a las Constituciones federales más próximas para concretar las modificaciones a introducir en el texto constitucional en torno al modelo de financiación de los territorios federados<sup>7</sup>.

En este sentido, se indica, en primer lugar, que las Constituciones adoptan las decisiones fundamentales sobre el reparto de las competencias financieras entre la Federación y los Estados miembros, así como aportan los principios conforme a los cuales proceder a la distribución de los recursos que genera el Estado federal en su conjunto entre esos niveles de gobierno. Por consiguiente, el concreto sistema de financiación que se aplicará en la práctica está, como mínimo, prefigurado en la propia Constitución federal. Ésta, sin embargo, por lo general, no impone rigurosamente un específico sistema, sino que incorpora un cierto grado de flexibilidad que permite adaptar el reparto último de los recursos a las condiciones cambiantes de la realidad.

En segundo lugar, una cuestión que necesariamente abordan las Constituciones federales es la distribución de las competencias sobre la principal fuente de financiación: los impuestos. Ya se adopte un genérico sistema de concurrencia de poderes fiscales (Estados Unidos), ya se proceda a un pormenorizado reparto de las diversas competencias en relación con cada uno de los diferentes impuestos (regulación, gestión, derecho a la recaudación), como sucede en Alemania (y, en menor grado, en Suiza), éste es el aspecto de la Hacienda que suele quedar más cerrado en los textos constitucionales y permite, por tanto, un menor margen de maniobra para la normativa infraconstitucional. Únicamente

---

<sup>6</sup> Sobre la distinción entre federalismo fiscal solidario y separador, cfr. BRANCASI, A., 2010, p. 194.

<sup>7</sup> Vid. Apartado 6. Sistema de financiación. Elementos fundamentales (coordinado por Manuel Medina Guerrero), pp. 93-105.



en Estados federales «limitados», como Austria, el protagonismo en el reparto de las competencias sobre los diferentes impuestos no recae en la norma constitucional, sino en la ley federal que la desarrolla, aun debiendo respetar diversos criterios formales y de contenido (V. Messner, 2010, p. 229).

Finalmente, en tercer lugar, especialmente las Constituciones federales más modernas incorporan expresamente algunas reglas o principios tendentes a satisfacer la equidad fiscal horizontal, esto es, a garantizar que los servicios públicos se presten de una forma razonablemente homogénea a toda la ciudadanía, sea cual fuere el Estado miembro de residencia y, por tanto, con independencia del mayor o menor grado de desarrollo económico de éste. En ocasiones, la responsabilidad de asegurar dicha equidad se encomienda directamente al nivel central de gobierno, previendo transferencias federales de nivelación (por ejemplo, el art. 36.2 Ley Constitucional canadiense de 1982). En otros supuestos, además de las asignaciones federales al respecto, se contempla de forma expresa la compensación financiera entre los propios Estados miembros a fin de equiparar la capacidad financiera de los territorios cuyos ingresos fiscales por habitante se encuentren por debajo de la media mediante transferencias de los que tengan una capacidad financiera superior a ese promedio (arts. 128.4 y 135 de la Constitución suiza de 1999; art. 107.2 Constitución de Alemania).

En ese marco debe abordarse la reforma constitucional en el ámbito que nos ocupa. Conocemos las limitaciones de nuestro modelo de financiación y hemos apuntado los elementos que encontramos en las distintas constituciones federales. Con estos presupuestos puede abordarse la reforma de la financiación autonómica en la Constitución. El modelo se ha sustentado hasta la actualidad en la actuación unilateral del Estado, a partir de tres pilares: la competencia exclusiva sobre Hacienda general (art. 149.1.14 CE); la potestad originaria para establecer tributos, frente a la derivada de Comunidades Autónomas y corporaciones locales (art. 133 CE) y la remisión para la regulación del ejercicio de competencias financieras a una ley orgánica (art. 157.3).

La reforma constitucional debe cambiar el enfoque desde una perspectiva federal. Ello supone, en un primer sentido, la *constitucionalización* del modelo pues las decisiones fundamentales no deben adoptarse desde el ordenamiento general del Estado sin participación de los territorios, como ha ocurrido hasta aquí; ni tampoco desde los ordenamientos autonómicos, como acaso han pretendido los Estatutos de segunda generación, sino que corresponden al poder de reforma en sentido federal. A su vez, la concreción constitucional del modelo debe garantizar la participación territorial en el proceso de decisión. En ese sentido, la ley orgánica a la que remite la Constitución deberá ser aprobada por un procedimiento específico en la cámara de representación territo-

rial y la potestad tributaria de las Comunidades no puede ser derivada sino originaria como la del Estado.

En este sentido, el art. 149.1.14 CE debe seguir reconociendo la competencia exclusiva del Estado sobre Hacienda general. Sin embargo, debe ser interpretada como una garantía de la unidad del modelo y una garantía del interés general no como un freno a la participación autonómica y a la autonomía en la determinación de sus ingresos y gastos. En cuanto al art. 133 CE, las modificaciones deben pretender el reconocimiento de la potestad originaria de establecer tributos de las Comunidades a la que nos hemos referido. La distinción entre poder tributario originario (Estado) y poder tributario derivado (Comunidades) que encontramos en el actual art. 133 CE resulta un elemento extraño en una Constitución materialmente federal. Por ello, el art. 133.1 CE debería decir que la potestad de establecer tributos corresponde a la Federación y a las Comunidades. Se ejercerá mediante ley, con sujeción a los límites y criterios establecidos en la Constitución. Las Comunidades ejercen, por tanto, un poder tributario originario. Son las corporaciones locales quienes tienen el poder tributario derivado, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

En cualquier caso, el núcleo del sistema de financiación de los territorios y, por tanto, donde deben incidir las reformas, son los artículos 156, 157 y 158 CE. Puede decirse que la Constitución de 1978 resuelve de forma correcta, aunque simple, la cuestión de los principios que rigen la financiación territorial: «autonomía», «coordinación con la Hacienda estatal» y «solidaridad entre todos los españoles» (art. 156.1 CE). Se pueden incorporar, no obstante, otros principios como el de «responsabilidad financiera», al que se refiere el art. 8 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en virtud del cual ninguna administración asumirá ni responderá de los compromisos de gasto de las otras administraciones (J. López Laborda, 2014, 7-8) e incluso se puede especificar que la autonomía financiera alcanza tanto a la vertiente de los ingresos como a la del gasto, aspecto hasta ahora poco considerado salvo en supuestos específicos<sup>8</sup>.

El problema radica en que el contenido constitucional es muy deficiente en los otros aspectos antes mencionados, respecto a los cuáles está pendiente su *constitucionalización*. Como ocurre en otros ámbitos de la organización territorial del Estado, esa reforma constitucional federal no se hará *ex novo*. La

---

<sup>8</sup> El ejemplo de ese reconocimiento de la autonomía financiera en la vertiente del gasto es el de la STC 68/1996 en la que desde ese principio el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una disposición de la Ley General Presupuestaria: «Bajo el prisma del art. 156 CE no puede, por tanto, considerarse suficiente la participación que la norma impugnada reconoce a tal efecto a las Comunidades Autónomas, ceñida a su previa audiencia, toda vez que la misma no equilibra la posición preeminente del Estado, que ostenta el verdadero poder decisorio, por más que este aparezca velado tras un trámite de consulta inadecuado para preservar la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas».

reforma del Estado autonómico que ha derivado de la aprobación de los Estatutos de Autonomía de segunda generación ha introducido mimbres adecuados para avanzar. Por ello, podemos partir de esas novedades aunque se adviertan insuficiencias, vinculadas a la limitación del Estatuto de Autonomía como fuente del Derecho. Como sabemos, la finalidad estatutaria ha encontrado límites. En unos casos intrínsecos, derivados de su propia limitación como fuente del Derecho, en otros casos han sido límites interpuestos por el Tribunal Constitucional en su STC 31/2010 y que, en definitiva condicionan su capacidad para una comprensión federal del Estado autonómico. En ambos casos los límites se vinculan a la inclusión de las propuestas en una determinada fuente: el Estatuto de Autonomía, no tanto a su contenido material. Por ello, partimos de los avances aportados en este proceso de reformas estatutarias para proponer su traslado a la Constitución federal.

En ese sentido, los Estatutos de segunda generación introducen tres novedades significativas en el modelo de financiación que pueden reconocerse en la Constitución en cuanto responden a los contenidos que hallamos en cualquier Constitución federal. En primer lugar, la concreción de las específicas fuentes de recursos a través de la posibilidad de creación de nuevos tributos o la cesión total o parcial de impuestos estatales, indicando incluso los porcentajes de cesión y las competencias normativas que ejercen sobre ellos los territorios. De esta forma, no sólo se garantiza desde la Constitución unos recursos determinados, no puramente genéricos, sin remitir su concreción «prácticamente en blanco» (J. García Roca, 2014, 118) a una ley orgánica, sino que también se evita que esta cuestión esté sometida a una constante negociación política. En segundo lugar, los Estatutos han introducido también limitaciones a los mecanismos de nivelación pues se considera vinculada a determinados servicios públicos o se hace depender de elementos como el «esfuerzo fiscal similar» o el «principio de ordinalidad». Como hemos visto, las constituciones federales concretan los mecanismos de equidad y, en ese sentido, pueden incluir también límites. Finalmente, en tercer lugar, desde una perspectiva procedimental, no sustantiva deben concretarse los órganos y procedimientos para la adopción, aplicación y modificación del sistema de financiación a partir de las previsiones constitucionales. En este supuesto, el Estatuto se refiere a los procedimientos bilaterales y la Constitución debe establecer los multilaterales. Esto en lo que se refiere a los ingresos. Desde el lado del gasto, más allá del alcance del principio de autonomía financiera, el art. 135 CE vincula directamente este aspecto de la financiación con los límites al endeudamiento, por lo que escapa a nuestro objeto. Y, por último, no podemos soslayar la respuesta a las insufi-

ciencias advertidas en los regímenes forales. Estas son las cuestiones que pretendemos abordar en las páginas siguientes.

En lo que se refiere a los ingresos parece claro que no se ha alcanzado la autonomía financiera a partir de la fórmula abierta e incondicionada del art. 157 CE. En este sentido, se ha sostenido que la reforma constitucional puede coadyuvar a alcanzar ese objetivo mediante la concreción de los impuestos propios y cedidos, total o parcialmente, que permiten allegar recursos a las entidades federadas; el reconocimiento de las competencias normativas y de gestión sobre ellos, así como el modo de repartir su recaudación entre éstas y la Federación (*Por una reforma federal del Estado autonómico*, 2012, 100).

No parece preciso insistir demasiado en la importancia de reconocer más recursos tributarios a los territorios y ampliar la capacidad normativa sobre ellos. Por sí mismo no significa mayor presión impositiva sino simplemente mayores ingresos tributarios para las Comunidades que se compensan con menos transferencias. La consecuencia es mayor autonomía financiera en el ejercicio de sus competencias. Esto permite superar la distorsión que existe en la actualidad derivada de la notoria diferencia entre la participación de los territorios en los ingresos y los gastos públicos. La situación es deficiente desde cualquier perspectiva. Por un lado, limita la capacidad de actuación de los gobiernos regionales pero, por otro, también los exime de responsabilidad en la petición de recursos a los ciudadanos para financiar los servicios que se prestan (A. De la Fuente, M. Gundín, 2007, 3).

La responsabilidad tributaria va directamente vinculada a la autonomía financiera. A medida que aumenta el poder impositivo de los territorios debe incrementarse también su responsabilidad.

Por ello, parece razonable llevar a la Constitución, para garantizarlo desde la norma fundamental, aquellos aspectos que hoy pueden considerarse plenamente aceptados y que han sido generalizadamente incorporados a la LOFCA y a los nuevos Estatutos de Autonomía. En este sentido, más allá de la referencia a los recargos sobre impuestos estatales, las asignaciones y transferencias presupuestarias y el producto de operaciones de crédito, deben distinguirse los impuestos cedidos, total o parcialmente, y los impuestos propios, así como, en su caso, el carácter exclusivamente federal de algunos impuestos como el de sociedades.

a) Parece claro que la fuente principal de ingresos para las Comunidades son los impuestos cedidos, total o parcialmente, por la Federación. Son establecidos y regulados por ésta, que fija su hecho imponible, y el producto corresponde a la Comunidad. Aunque es cierto que no fomenta la responsabi-

lidad fiscal de los territorios (E. Sáenz Royo, 2013, 204) aporta autonomía financiera a la vez que homogeneiza el modelo de financiación.

Efectivamente, más allá de la autonomía de gasto, el reconocimiento de potestad normativa le otorga autonomía financiera al poder decidir sobre base, deducciones o tipo de gravamen. El problema es que al reconocerse en una ley orgánica, y luego hacerse la cesión a través de una ley ordinaria, queda al socaire de la negociación política e impide estabilizar el modelo de financiación. Por ello, la forma más rotunda de garantizar la financiación procedente de estos impuestos es la inclusión en el art. 157 CE del doble listado de impuestos cedidos total y parcialmente a las Comunidades, que ya se recoge en la LOFCA y los Estatutos de Autonomía.

En ese sentido, son impuestos totalmente cedidos los siguientes: Impuesto sobre sucesiones y donaciones; Impuesto sobre patrimonio; Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados; Impuesto sobre el juego; Impuesto especial sobre determinados medios de transporte; Impuesto sobre hidrocarburos e Impuesto sobre la electricidad. A las Comunidades corresponde la integridad de la recaudación, asumen la gestión por delegación de Estado y ejercen competencias normativas en los términos que determine la ley de cesión del impuesto por parte del Estado que deberá incluir la regulación de los elementos de cuantificación (tipos impositivos, deducciones y bonificaciones).

Más dificultades plantea la regulación constitucional de los impuestos parcialmente cedidos tanto desde una perspectiva sustantiva como desde la procedimental. Aunque sea la forma más habitual en el federalismo fiscal desarrollado en Europa no tiene mucho sentido que la financiación de una administración se sostenga en la participación porcentual en los impuestos de otra. Por tanto, deben considerarse como tributos compartidos entre ambas ejerciendo, además, la capacidad normativa respectiva sobre la parte del impuesto que le corresponde.

En principio también se pueden enumerar en la Constitución estos impuestos parcialmente cedidos siguiendo lo establecido en LOFCA y en los Estatutos de segunda generación. Son: el Impuesto sobre la renta de las personas físicas; el Impuesto sobre el valor añadido; el Impuesto especial sobre hidrocarburos; el Impuesto especial sobre la cerveza; el Impuesto especial sobre el vino y bebidas fermentadas; el Impuesto especial sobre el alcohol y bebidas derivadas; o el Impuesto especial sobre labores del tabaco e impuesto especial sobre productos intermedios. Sobre estos impuestos las Comunidades deberán tener capacidad normativa en el marco de la armonización fiscal establecida por la Unión Europea y remitiendo a la LOFCA la concreción del marco de

actuación. La gestión corresponde a la Federación pero las Comunidades podrán participar en ella por delegación de aquella.

El problema radica en que la inclusión en la Constitución del porcentaje concreto de cesión introduce un enorme grado de rigidez en el sistema. Por el contrario, omitir toda referencia al respecto supondría dejar en la incertidumbre y sometido a coyunturales negociaciones políticas la fuente de ingresos fundamental en el sistema de financiación. Por ello, parece imprescindible constitucionalizar no sólo los impuestos cedidos sino también los porcentajes de cesión si pretendemos dar estabilidad al modelo de financiación y sustraerlo al debate político ordinario.

En ese sentido pueden explorarse vías intermedias que armonicen adecuadamente seguridad y flexibilidad. Se pueden fijar topes máximos y mínimos de porcentajes de cesión en relación con todos o algunos de los impuestos parcialmente cedidos. Así, se puede decir que a las Comunidades se les asignará un mínimo del 50% de la recaudación de cada uno de estos impuestos indicando a su vez el porcentaje mínimo del impuesto que debe corresponder a la Federación y no puede ser cedido para garantizar un nivel mínimo de financiación.

Cualquiera que sea la fórmula utilizada debe destacarse la importancia de reconocer e incrementar la participación de los territorios en la gestión y recaudación de los grandes impuestos (IRPF, IVA, Impuestos especiales)<sup>9</sup> para que el peso total de las transferencias procedentes de la Administración federal sobre el total de la financiación garantizada a las Comunidades no fuera tan relevante como en la actualidad. Con ello se avanzaría en la corrección de dos de las deficiencias que se imputan al vigente sistema, a saber, adolecer de desequilibrio financiero vertical y proporcionar escasa autonomía financiera. De esta forma se aporta una gran disposición de recursos manteniendo, a su vez, la homogeneidad fiscal, al menos en el ámbito legislativo.

b) En relación a los impuestos propios, resulta imprescindible hacer alguna referencia en la Constitución al poder normativo de los territorios en materia de tributos propios como vía de financiación para incrementar sus recursos. En relación a ellos, corresponde a las Comunidades la integridad de las competencias normativas de gestión y el derecho a la recaudación.

En este sentido, resulta necesario reconocer el «derecho a crear nuevos impuestos» como fuente de financiación que refuerza la autonomía financiera.

---

<sup>9</sup> En cuanto al Impuesto de sociedades, se ha destacado que por su propia naturaleza puede ser soportado fuera de la Comunidad Autónoma, por lo que su territorialización podría resultar contraria al art. 157.2 CE. Sin embargo, en el modelo de federalismo fiscal que mejor puede servir de punto de referencia en el proceso de reforma constitucional (Alemania) está territorializado.

Sin embargo, no puede ser una mera afirmación retórica sino que deben eliminarse algunos de los obstáculos que limitan hoy el ejercicio de ese derecho. En la práctica, ese derecho resulta vacío de contenido cuando se introducen estrictas limitaciones a la creación de impuestos similares o recargos.

Podría plantearse la concurrencia de impuestos al modo americano<sup>10</sup>. Sin embargo, esta duplicidad normativa no parece que responda a nuestro modelo que gira sobre un cierto control del legislador federal en el desarrollo del modelo, y aspira a una adecuada participación de los territorios en su definición.

Por ello, nos parece más adecuado concretar desde la propia Constitución los límites derivados de la doble imposición, concretados actualmente en la LOFCA y en la doctrina del Tribunal Constitucional. La Constitución ya indica en su artículo 157.2 CE que no se podrán adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera del territorio o que supongan obstáculos para la libre circulación de mercancías y servicios. A ese límite puede añadirse el vinculado a la «doble imposición» según el cual las Comunidades no pueden establecer tributos sobre hechos imponible ya gravados. Frente a una doctrina del Tribunal Constitucional que tiende a extender ese límite debe resultar claro desde la propia Constitución que se refiere al específico hecho imponible ya gravado por la Federación o por los tributos locales «con idéntico objetivo» no a la materia objeto de dicho gravamen, de manera que se amplíe la capacidad de actuación tributaria de los territorios para mejorar sus recursos financieros.

A su vez, en el envés de lo anterior, cuando la Federación establezca tributos sobre hechos imponible gravados por las Comunidades que supongan para estas una disminución de ingresos, deberá instrumentar las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de las mismas.

El otro gran ámbito que debe abordar la reforma constitucional, más allá de la concreción de los recursos de las Comunidades y su gestión, es el relativo a los mecanismos de nivelación que garantizan el principio de solidaridad en el conjunto del sistema de financiación. En puridad nivelación y solidaridad son objetivos constitucionalmente distintos, de forma que el primero está recogido en el art. 158.1 CE y el segundo en el 158.2 CE. Sin embargo, han sido considerados equivalentes, como muestra con claridad la STC 31/2010. Y ello porque a través de ambos mecanismos, los de nivelación y los de solidaridad, se hace efectivo el principio de solidaridad interterritorial constitucionalmente reconocido como un «equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español» (art. 138.1).

---

<sup>10</sup> Una reciente defensa de la implantación de ese modelo en España a partir del principio de responsabilidad tributaria en SÁENZ ROYO, E., 2013.

Por tanto, la solidaridad interterritorial es el otro pilar del sistema de financiación junto a la autonomía financiera en cuanto siempre debe alcanzarse el punto de equilibrio entre el principio federal en virtud del cual los habitantes de un territorio aspiran a beneficiarse de los impuestos que se recaudan en él y el principio de solidaridad que concibe a la Federación como una unidad solidaria de forma que los territorios con menor capacidad fiscal deberán recibir recursos procedentes de otros territorios con mayor capacidad de recaudación (M. Medina Guerrero, 2011, 476). En ese sentido, la Constitución deberá establecer la forma en que van a operar en la práctica los mecanismos de nivelación financiera que deben permitir a todas las Comunidades disponer de los recursos suficientes no sólo para financiar sus competencias sino también para garantizar un nivel mínimo de prestación de los servicios públicos fundamentales (A. Zabalza, 2012, 410). Y no sólo la solidaridad vertical mediante las asignaciones de nivelación y el Fondo de Compensación Interterritorial como hace actualmente el art. 158 CE sino también instrumentando la solidaridad horizontal incorporando una cláusula similar al art. 107 de la Constitución alemana según la cual «se garantiza mediante ley que quede debidamente compensada la desigual capacidad financiera de los Länder» (J. García Roca, 2014, 119).

La insuficiencia del actual art. 158 CE aconseja una reformulación del mismo. La nueva regulación debería acometerse tomando en consideración las principales deficiencias que usualmente se han imputado a los diversos sistemas de financiación aprobados a partir de la LOFCA, y se mantienen –o incluso se ha agudizado– en el vigente modelo, a saber: la opacidad o falta de transparencia de los instrumentos a través de los cuales se articula la nivelación fiscal, que dificulta clarificar las responsabilidades políticas de las partes implicadas, y la falta de precisión de los objetivos e instrumentos de la solidaridad interterritorial, en particular los límites e instrumentos de los mecanismos de nivelación. Desde esas premisas, la reforma constitucional podría introducir algunos criterios apuntados en los Estatutos de segunda generación que pueden suponer límites al principio de solidaridad. En ese marco acaso merecen un tratamiento específico el principio de nivelación parcial, la exigencia de un «esfuerzo fiscal similar» de todos los territorios, el principio de ordinalidad o la propia configuración del Fondo de compensación interterritorial.

a) *Nivelación parcial.* El criterio que tradicionalmente ha inspirado a los diversos sistemas de financiación pergeñados bajo la LOFCA ha sido el de garantizar la nivelación plena o total de los servicios prestados por las Comunidades Autónomas. Es decir, se ha pretendido asegurar que el volumen de recur-



sos que suministre el sistema de financiación a cada territorio cubra sus respectivas necesidades de gasto derivadas de la totalidad de las competencias asumidas. Y ello aun cuando el art. 158.1 CE se refiere a la asignación «en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido» pero también a la «garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español». En puridad, se ha reinterpretado lo que dice el art. 158.1 CE en el sentido del primer inciso; considerando, por tanto, que todas las competencias son fundamentales.

Por ello, cuando algunos de los nuevos Estatutos, a partir del Estatuto de Cataluña, han restringido la participación de sus correspondientes territorios en los mecanismos de nivelación interterritorial a determinados servicios sociales en concreto «educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar» no se han alejado, en puridad, de la dicción literal del art. 158 CE pero ha resultado problemático en cuanto se han apartado de la práctica seguida hasta aquí. En definitiva, se trata de impedir que los territorios receptores de fondos puedan trasvasar estos recursos a otros gastos suntuarios distintos a la financiación de los servicios públicos fundamentales pero, a su vez, esta nivelación parcial introduce en el sistema una fuerte dosis de condicionalidad que puede resultar discriminatoria. En este contexto, y a fin de alcanzar el mayor consenso son distintas las perspectivas desde las que se podría abordar la reforma constitucional en el tratamiento de esa cuestión.

De una forma concreta, la Constitución podría reflejar esta limitación prevista en algunos Estatutos pero permitiendo que la ley orgánica pueda ampliar a otros servicios incluso hasta la nivelación total. De manera más ambigua podría dejarse abierta la cuestión a través de una fórmula genérica que, en este concreto aspecto, podría inspirarse –por recurrir a un Estado federal profundamente descentralizado desde el punto de vista financiero– en la Constitución canadiense (art. 32.2). Así, por ejemplo, la garantía constitucional podría plasmarse en el objetivo de que las unidades federadas alcancen «niveles razonablemente comparables de servicios públicos», sin precisar el exacto ámbito de cobertura de la misma (*Por una reforma federal de la Constitución*, 2012, 102).

Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional no ha cuestionado la restricción de los servicios públicos fundamentales prevista en el Estatuto de Cataluña al recuperar la dicción literal del 158.1 CE e identificar «servicios esenciales» con «servicios públicos fundamentales» pero si ha establecido que «corresponde al Estado determinar qué servicios públicos son fundamentales» (STC 31/2010, FJ 134) y «cuál es el nivel en la prestación de los servicios públicos fundamentales y en la solidaridad que ha de resultar garantizado». Ocurre que, a mi juicio, no puede hacerlo la Federación como en la actualidad,

con una decisión unilateral sin participación de los territorios. La inadecuación de ese modelo resulta en realidad de la inexistencia de una cámara de representación territorial, y no sólo de su inclusión en el Estatuto. Esa es la situación que debería quedar corregida a través de la reforma constitucional.

b) *Esfuerzo fiscal similar*. Pero esa garantía de financiación de los servicios públicos fundamentales para alcanzar un nivel similar en todo el territorio puede vincularse a una condición incluida en los Estatutos de segunda generación y que puede reconocerse en la Constitución: la realización de un «esfuerzo fiscal similar». Se pretende evitar que los territorios receptores de fondos de nivelación realicen *dumping fiscal* mediante la reducción de la presión a sus ciudadanos, electoralmente rentable, con la garantía de que la merma en la recaudación será compensada mediante transferencias derivadas de los mecanismos de nivelación.

El planteamiento, por tanto, es razonable. El único problema deriva de la concreción terminológica: ¿a qué nos referimos exactamente cuando hablamos de esfuerzo fiscal similar? En una de sus acepciones, manejada para rechazar su inclusión en el Estatuto de Cataluña, equivale a igualdad de recaudación por habitante o capacidad fiscal. Obviamente, esta concepción frustra en buena medida el propio sentido de la garantía y el principio de solidaridad interterritorial, por lo que no puede ser constitucionalizada. Sin embargo, otra acepción, más lógica, la vincula derechamente a la existencia de tipos impositivos iguales o similares, esto es, a la igualdad de escalas tributarias. En definitiva, una Comunidad hace un esfuerzo fiscal similar cuando somete a sus contribuyentes a tipos impositivos iguales a las restantes. En este sentido, el punto de referencia debe ser el Estatuto de Andalucía que, por un lado, se inicia con una garantía expresa del principio de igualdad de acceso a los bienes y servicios públicos en todo el territorio nacional, y por otro incluye una mención al art 31 CE donde se establece la obligación de contribuir a los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica de cada uno (art. 175.2 c).

Desde esa perspectiva no supone una restricción efectiva de las asignaciones de nivelación sino una referencia tentativa a la importancia del esfuerzo fiscal del territorio, que en las Comunidades receptoras de fondos de nivelación debe ser igual que en las restantes, nunca inferior, pues en ese caso lo que debería reducirse es la aportación. Parece evidente que aquellos territorios que utilicen sus competencias normativas para reducir la presión fiscal sobre sus ciudadanos no pueden exigir después una compensación para seguir prestando los mismos servicios que el promedio de las demás Comunidades. No obstante, también debería limitarse esa capacidad de actuación de las Comunidades con mayor capacidad de

recaudación, para evitar el mencionado *dumping fiscal*. Se trata de garantizar una recaudación mínima procedente de cada uno de los impuestos de forma que si una Comunidad no lo obtiene por haber reducido el tipo hasta niveles ínfimos deba ser compensada con otros ingresos, esto es, no pueda justificar una merma de su participación en los mecanismos de nivelación. Son decisiones que corresponde adoptar con la intervención de una cámara de representación territorial.

Debe recordarse que la STC 31/2010 declaró inconstitucional esta referencia al «esfuerzo fiscal similar» incluida en el Estatuto de Cataluña. No obstante, el motivo fue su inclusión en esa específica fuente, el Estatuto de Autonomía, pues se trata «de una cuestión que, en ningún caso, puede imponer el Estatuto a las demás Comunidades Autónomas» (FJ 134)<sup>11</sup>. Por tanto, en su envés, nada impide su mención en la Constitución en los términos expuestos. No comparto, en cualquier caso, la posición del Tribunal según el cual «es cuestión que sólo corresponde regular al propio Estado, tras las actuaciones correspondientes en el seno del sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto» (FJ 134). Se basa en la facultad exclusiva del Estado para regular de forma unilateral el sistema de financiación de las Comunidades, que hemos advertido en estas páginas. A mi juicio, establecer esta exigencia de «esfuerzo fiscal similar» como igualdad de escalas tributarias no corresponde al legislador federal ni a los Estatutos sino a la propia Constitución y debe ser aplicada a través de una legislación federal en cuya elaboración participen también los representantes de los territorios.

c) *Principio de ordinalidad*. En tercer lugar, a partir de su inclusión en el Estatuto de Cataluña (art. 206.5) se ha planteado el debate sobre el reconocimiento del principio de ordinalidad como límite a la solidaridad interterritorial. En virtud de este principio la aplicación de los mecanismos de nivelación no puede alterar la ordenación de las regiones en términos de renta por habitante. El estatuyente catalán se inspiró en la «prohibición de nivelación» vigente en el ordenamiento alemán. Esta restricción no estaba prevista de forma expresa en la Ley Fundamental de Bonn sino que fue creada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional Federal, y en virtud de ella el orden de los Länder, desde el punto de vista de la capacidad fiscal por habitante, no puede quedar alterado a resultas de la compensación horizontal<sup>12</sup>. No resulta

<sup>11</sup> El problema radica en que el art. 206.3 del Estatuto podía condicionar la contribución de Cataluña a la nivelación de los servicios esenciales a que las restantes Comunidades realicen un «esfuerzo fiscal similar» al que hiciera Cataluña.

<sup>12</sup> Como explica M. Medina, ya en una sentencia de 1952, se apuntó que podía ser contrario al principio federal el hecho de que se llegase a una nivelación de las finanzas de los Länder. Posteriormente se ha consolidado una línea jurisprudencial según la cual «el mandato de ajustar la diferente capacidad finan-

fácil aplicar este principio. No es extraño que dos Comunidades con niveles de renta por habitante similar pero con necesidades de gasto diferente de forma coyuntural o estructural, por distintos motivos (dispersión, presión migratoria, etc.) puedan ver invertido el ranking sin que ello resulte injusto. Se trata, en definitiva de una suerte de garantía para los territorios de mayor capacidad fiscal en el sentido de que su contribución a los mecanismos de nivelación de la prestación de servicios públicos tiene algún límite, vinculado en este caso a su posición respecto a las restantes Comunidades en la ordenación de renta disponible por habitante.

En este sentido, de forma paradójica el Tribunal Constitucional lo ha vinculado precisamente al principio de solidaridad interterritorial, del que son instrumentos los mecanismos de nivelación, como hemos visto antes, y, por tanto, no pueden incidir negativamente en la consecución del principio. En concreto, señala el FJ 134 de la STC 31/2010 que el principio de ordinalidad «ha de entenderse como la manifestación expresa de un principio inherente al modelo de solidaridad interterritorial en cuya virtud el Estado viene constitucionalmente obligado a procurar un equilibrio económico, adecuado y justo entre las Comunidades Autónomas que no perjudique a las más prósperas más allá de lo razonablemente necesario para el fin de la promoción de las menos favorecidas». En estos términos puede reconocerse en la Constitución como una prohibición de la solidaridad *in peius* que, siguiendo la propia doctrina del Tribunal Constitucional «sólo operaría cuando la alteración de la posición de la Comunidad se debiera, no a la aplicación general de los mecanismos de nivelación sino exclusivamente a la aportación que realizase (...) como consecuencia de su posible participación en dichos mecanismos» (STC 31/2010, FJ 134). Y ello resulta especialmente pertinente en el marco de una reforma federal que incorpore también la compensación horizontal.

d) *Fondo de compensación interterritorial*. Finalmente, si la nivelación referida a los servicios públicos fundamentales, la exigencia de un esfuerzo fiscal similar y el principio de ordinalidad deberían incluirse en el art. 158.1 CE, también habría que replantear el alcance y contenido del Fondo de compensación interterritorial del art. 158.2 CE. Estamos en este supuesto ante un mecanismo vinculado a la política regional cuya finalidad es compensar el distinto grado de desarrollo económico de los diversos territorios. Tiene, en ese sentido, más

---

ciera de los Länder sólo razonablemente y sin nivelación prohíbe, además una inversión de la ordenación de la capacidad financiera entre los Länder en el marco del ajuste financiero horizontal». Sin embargo, este principio opera en el marco de una Constitución financiera que no es exactamente igual a la nuestra (MEDINA GUERRERO, M., 2011, pp. 483-484).

importancia de la que se le ha otorgado en la práctica. A través de los mecanismos de nivelación se superan los efectos de los desequilibrios territoriales. Sin embargo, lo relevante es, obviamente, superar los propios desequilibrios económicos estructurales. Ese es el sentido constitucional del Fondo de compensación interterritorial.

La cuestión no es tanto la modificación del art. 158.2 CE, del que resulta necesario eliminar la referencia a las provincias; lo importante es el principio que debe extraerse de esa disposición constitucional en cuanto el mandato constitucional de solidaridad territorial exige claramente la adopción de políticas activas de fomento y desarrollo de las regiones más atrasadas, para lo que resulta útil este Fondo más allá de los mecanismos de nivelación del apartado primero. En este sentido, debería presentarse formalmente en la Constitución como un Fondo con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por el Senado territorial entre las Comunidades a fin de corregir desequilibrios económicos territoriales. A diferencia de los mecanismos de nivelación, que pretenden impedir el acceso desigual de los ciudadanos a los bienes y servicios públicos, este Fondo pretende corregir las desigualdades económicas estructurales entre regiones, y esta distinción debería quedar adecuadamente definida en la Constitución.

Pero la Constitución no sólo debe detenerse en los recursos que garantizan la autonomía financiera y los mecanismos de solidaridad. También debe referirse a los órganos y procedimientos necesarios para el adecuado funcionamiento del sistema de financiación a través de los cuales se articula el proceso de toma de decisiones. No se trata de introducir un cambio radical en la estructura vigente sino de reconocerlo en la Constitución a partir de la experiencia desarrollada hasta aquí y las previsiones estatutarias. En este sentido, deberían mencionarse los siguientes aspectos: a) la remisión a ley orgánica para el diseño del modelo y el procedimiento para la elaboración de dicha ley; b) la existencia de un órgano de colaboración multilateral para la adopción de acuerdos sobre la aplicación del modelo de financiación y c) la gestión concreta por las Comunidades, con un carácter bilateral.

a) Con independencia de la mayor o menor densidad y detallismo con que la reforma constitucional regule el reparto de las competencias sobre los impuestos y la nivelación fiscal, será siempre imprescindible la concreción de diversos aspectos por la normativa infraconstitucional (poder normativo autonómico sobre impuestos cedidos, porcentaje de impuestos parcialmente cedidos, mecanismos de nivelación, etc.). La ley orgánica *ex art.* 157.3 CE seguirá siendo necesaria, pero sería conveniente proceder a la modificación de la dis-

posición en distintos aspectos. En primer lugar, debería reflejarse que se trata de una norma de derecho necesario, y no una mera posibilidad: «Mediante ley orgánica se regulará...». En segundo lugar, habría que modificar el ámbito material reservado a la ley orgánica a fin de acomodarlo a las concretas cuestiones que, de acuerdo con las nuevas disposiciones constitucionales, necesitan un desarrollo normativo. Finalmente, y sobre todo, deberá concretarse su procedimiento de elaboración. Debe ser una ley aprobada por una cámara de representación territorial que sustituya al actual Senado, además de por la cámara de los ciudadanos. La cuestión es esencial pues sólo de esta forma se garantiza la participación de los territorios en el concreto diseño del modelo.

b) El Consejo de Política Fiscal y Financiera deberá ser reconocido en la Constitución como órgano de coordinación entre la Federación y las Comunidades para definir los aspectos concretos del modelo de financiación, de la misma forma que ha asumido importantes funciones relacionadas con la estabilidad presupuestaria. En cualquier caso, cuando el modelo de financiación sea aprobado en una cámara de representación territorial, la actuación del Consejo perderá el alcance político que ha tenido hasta aquí para convertirse en un órgano multilateral de carácter técnico en el proceso de aplicación. Aun así resulta trascendente modificar la forma de tomar decisiones. Debe aspirarse a los acuerdos por amplio consenso, en lugar de imponerse la posición de la Federación con el simple apoyo de una Comunidad, como deriva actualmente de su Reglamento de Régimen Interior.

c) Finalmente, en cuanto a la gestión de los recursos tributarios ha quedado ampliamente superada en la práctica la referencia que hace el art. 156.2 CE a que los territorios «podrán actuar como delegadas o colaboradoras del Estado para la recaudación, la gestión y liquidación de los recursos tributarios de aquel». En línea con las novedades incorporadas en el último proceso de reformas estatutarias, además de atribuirse a los territorios la gestión de sus tributos y la de los impuestos totalmente cedidos, debería constitucionalizarse la necesaria participación de los mismos en la gestión de los impuestos parcialmente cedidos, más allá de los propios y los cedidos totalmente.

En este sentido, dos instituciones estatutarias vehiculan la participación autonómica en la gestión de los impuestos y merecerían, por ello, un reconocimiento constitucional: las agencias tributarias territoriales y la comisión mixta de asuntos económicos y fiscales.

La agencia tributaria propia ciñe su competencia a los tributos propios, «por delegación del Estado» para los tributos cedidos totalmente y «en la medida en que se atribuyan» para los cedidos parcialmente. También pueden tomar parte activa en la gestión de tributos mediante la creación de consorcios entre la

federal y sus homólogos regionales o incluso un único consorcio que agrupase a todas las agencias recaudatorias, central y comunitarias, en una administración única dotada de un sistema unificado de información y gestión (M. De la Fuente, M. Gundín, 2007, 16). En cualquier caso, la Constitución debería dejar abierta la posibilidad de agencias tributarias propias o la participación de las Comunidades en una agencia tributaria única para todo el sistema. Es una cuestión que debería decidirse por razones funcionales y no sólo de decisión política. A nuestro juicio, un sistema de tributos compartidos requiere una agencia tributaria también compartida, más que una proliferación de agencias tributarias.

En cuanto a la Comisión mixta de asuntos económicos y fiscales es el órgano bilateral de relación al que corresponde la concreción, aplicación, actualización y seguimiento del sistema de financiación previsto en el Estatuto, sin perjuicio de los organismos de carácter multilateral. Conforme a la STC 31/2010, FJ 131, «es un instrumento para propiciar la integración de las posiciones del Estado y de la Comunidad Autónoma correspondiente, bien porque los asuntos requieran un tratamiento específico, bien porque facilite la preparación de los acuerdos a adoptar en el seno de órganos multilaterales, o bien, incluso, porque permita la deliberación común sobre la aplicación en la Comunidad Autónoma de las decisiones o acuerdos adoptados por el Estado o por los órganos multilaterales competentes al efecto». Esa definición podría trasladarse a la Constitución.

Por último, en relación al régimen foral de financiación debe recordarse, más allá del debate sobre su mantenimiento o supresión, que debería reconocerse expresamente en la Constitución, en la Disposición Adicional Primera, la participación de los regímenes forales en las políticas de solidaridad, tanto en los mecanismos de nivelación como en los fondos de desarrollo regional. Esto significa que en el cálculo del cupo y la aportación, respectivamente, debería incorporarse la parte correspondiente a la contribución de las comunidades forales a los fondos de solidaridad, más allá del Fondo de Compensación Interterritorial. Por otro lado, también parece necesario mantener este régimen foral como una singularidad, no extensible a otros territorios en los que no concurren estas razones históricas.

### 3. CONCLUSIÓN

Hemos comprobado que las referencias constitucionales al sistema de financiación autonómica son escasas y genéricas. Lo más notable es la remisión a una ley orgánica para el diseño de dicho sistema. De ahí deriva un cier-

to unilateralismo estatal en la concreción del modelo, apenas matizado por la intervención del Consejo de Política Fiscal y Financiera, que ha querido ser respondido por los Estatutos de segunda generación mediante la incorporación de reglas que rigen la financiación autonómica. Ambos caminos son errados. El sistema de financiación autonómica no puede establecerse por el Estado sin una adecuada participación de los territorios en los que se aplica ni tampoco puede derivar de una fuente bilateral con eficacia territorial limitada cual es el Estatuto pues las decisiones afectan al sistema en su conjunto.

En ese contexto, el avance en la *constitucionalización* federal del modelo permite superar esa tensión. La Constitución no puede concretar todos los aspectos del modelo de financiación pero puede definir su contenido desde la cúspide del ordenamiento jurídico. Para ello pueden resultar útiles las innovaciones incorporadas a los Estatutos de Autonomía de segunda generación en cuanto su cuestionamiento por el Tribunal Constitucional no se ha vinculado al contenido material sino a la inclusión en esa fuente con eficacia territorial limitada y no en la Constitución. En ese sentido, la reforma que planteamos para *constitucionalizar* la financiación en un Estado federal se centra en tres aspectos: la concreción de los recursos de las Comunidades que garantizan su autonomía financiera; el reconocimiento del principio de solidaridad interterritorial con sus instrumentos (mecanismos de nivelación, fondos de compensación) y sus límites (esfuerzo fiscal similar, principio de ordinalidad) y la determinación de los órganos y procedimientos que intervienen en el diseño y aplicación del modelo de financiación. Las previsiones constitucionales deben ser concretadas en una ley federal, pero resulta imprescindible que esa ley federal sea aprobada también por una cámara de los territorios de forma que puedan participar en la concreta determinación del sistema de financiación que les resultará aplicable<sup>13</sup>. Se trata en definitiva de configurar un federalismo fiscal solidario y participativo.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO GIL, A., «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania», *REAF*, n.º 10, 2010.

---

<sup>13</sup> En Alemania, la reforma constitucional de las relaciones financieras de 2009 ha reforzado la participación del Bundesrat en la concreción del modelo de financiación pergeñado en la Constitución. Cfr. sobre esta cuestión, aunque en sentido crítico por la potenciación de la intervención del Bundesrat en la toma de decisiones a nivel federal, ARROYO GIL, A., 2010, p. 68.



- ARROYO GIL, A., GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M., «La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia», *REDC*, n.º 98, 2013.
- BRANCASI, A., «El modelo italiano de federalismo fiscal», *REDC*, n.º 88, 2010.
- CARRILLO, M., «Constitución y control de las finanzas públicas», *REDC*, n.º 101, 2014.
- DE LA FUENTE, A., GUNDÍN, M. «La financiación autonómica en los nuevos Estatutos regionales», *FEDEA*, junio 2007.
- GARCÍA ROCA, J. (Ed.), *Pautas para una reforma constitucional*, Madrid, 2014.
- LÓPEZ LABORDA, J., «Posibles reformas en la regulación constitucional de la financiación autonómica», *FedeaPolicyPapers*, 2014/02.
- MEDINA GUERRERO, M., «Las haciendas autonómica y local en la STC 31/2010», *REAF*, n.º 12, 2011.
- «La reforma del artículo 135 CE», *TyRC*, n.º 29, 2012.
- MESSNER, V., «El sistema de financiación del Estado federal de Austria», *REDC*, n.º 88, 2010.
- SÁENZ ROYO, E., «La responsabilidad de gasto y de ingreso en el Estado autonómico: propuestas de mejora desde la perspectiva comparada», *REAF*, n.º 17, 2013.
- VVAA, *Por una reforma federal del Estado autonómico*, Sevilla, 2012.
- ZABALZA, A., «Una nota sobre la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña con referencia a los artículos 206.3 y 206.5», *REDC*, n.º 95, 2012.



## LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN (ARTS. 166-169)

JAVIER TAJADURA TEJADA  
Universidad del País Vasco

### 1. LA DEGRADACIÓN DE LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL

La existencia de un procedimiento especial de reforma –diferente del previsto para la aprobación y modificación de las leyes– es uno de los elementos esenciales de la Constitución racional-normativa, y el que, en definitiva, permite configurarla como la norma suprema del ordenamiento jurídico. El hecho de que la Constitución no pueda ser modificada a no ser que se siga un procedimiento especial, más difícil, que el legislativo ordinario, es el que permite distinguir en el plano formal, Constitución y Ley. Ahora bien, para que esta distinción sea efectiva, y la supremacía de la Constitución se imponga, es preciso establecer una segunda garantía consistente en un órgano de defensa facultado para anular cualquier norma legal que pretenda modificar la Constitución sin seguir el procedimiento de reforma constitucional. Dicho con otras palabras, la efectividad del procedimiento de reforma constitucional –como garantía– exige la existencia de un órgano de Justicia Constitucional. Si no existiera un Tribunal Constitucional que pudiera anular las leyes inconstitucionales, la Constitución podría ser modificada por el legislador ordinario. Por ello, es un lugar común afirmar que la Constitución racional-normativa requiere dos garantías: el procedimiento de reforma y el órgano de defensa.

Desde esta óptica, la concreta regulación de estas dos garantías en un Texto Constitucional determinado, es una de las tareas más delicadas que todo Poder Constituyente debe afrontar. Del correcto diseño de ambos institutos va

a depender, en buena medida, que la Constitución se consolide como una norma viva, capaz de adaptarse a los nuevos tiempos a través de la reforma, y de imponerse sobre la voluntad de los poderes constituidos gracias al órgano de defensa. Ahora bien, la Constitución es algo más que una norma jurídica. La Constitución es ante todo, y sobre todo, la traducción jurídica y la expresión política de un orden material de valores que la precede y que está presente en una sociedad dada, en un espacio territorial determinado, y en un momento histórico igualmente preciso. Por ello, el éxito de una Constitución no depende en exclusiva del diseño de las garantías constitucionales. Lo verdaderamente relevante es el uso o aplicación de esas garantías y su virtualidad para consolidar el «sentimiento constitucional» de la ciudadanía (Lucas Verdú) y mantener viva «la voluntad de Constitución» (Hesse). Las garantías pueden estar perfectamente configuradas, desde un punto de vista técnico-jurídico, y a pesar de ello, no funcionar correctamente por el mal uso de las mismas por parte de los actores políticos. Esto es algo que conviene tener muy presente.

En el caso concreto de la Constitución española de 1978, que es el que nos ocupa, hay que reconocer que ambas garantías (procedimiento de reforma y órgano de defensa) aunque presenten algunos defectos y contradicciones que pueden y deben ser corregidos, están reguladas en unos términos que, si hubieran sido utilizadas con lealtad constitucional, habrían podido mantener a la Constitución como una norma viva. Lamentablemente no ha sido así, y esto es algo que hay que denunciar. A día de hoy la supremacía normativa de la Constitución está fuertemente erosionada. La normatividad de la Constitución se ha degradado hasta extremos insoportables.

Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, la colonización del mismo por los partidos políticos que han pervertido el sistema de designación de magistrados, sorteando las exigencias de mayoría cualificada mediante el reparto por cuotas, ha erosionado el prestigio de una institución cuya «auctoritas» resulta fundamental. El Tribunal ha acabado convertido en una suerte de Tercera Cámara en la que existe también una división entre mayoría y oposición, que en caso de que coincida con la existente en el Parlamento, resulta completamente innecesaria. A mayor abundamiento, el colapso del Tribunal que determina que haya procesos que puedan tardar diez años en ser resueltos, confirma la incapacidad del Tribunal para garantizar –de forma efectiva– la supremacía normativa de la Constitución. Desde esta óptica, es evidente que la Justicia Constitucional requiere en España una amplia y profunda reforma en tres frentes que sólo voy a mencionar porque esta cuestión excede del encargo que la profesora Freixes y el profesor Gavara de Cara han tenido a bien encomendarme. En primer lugar es preciso reforzar y fortalecer la independencia

de los magistrados, ampliando su mandato, endureciendo las condiciones de acceso, y estableciendo un sistema de nombramientos individuales que impidan el reparto por cuotas; en segundo lugar, ha llegado ya la hora de atribuir el amparo a la jurisdicción ordinaria; en tercer lugar, es necesario establecer unos plazos máximos para dictar sentencias, que en ningún caso debieran exceder de un año.

Ahora bien, a pesar de todo lo anterior, que ha contribuido y contribuye a ensombrecer la labor del Tribunal Constitucional, el balance de su actuación a lo largo de sus 35 años de existencia incluye también muchos elementos positivos. En muchas ocasiones su intervención ha resultado decisiva para la defensa de los derechos fundamentales. Y esto es algo que hay que celebrar. Pero insisto en que ello no puede hacernos olvidar que, en otros muchos casos –cuando ha incurrido en excesos de jurisdicción, cuando ha usurpado funciones del legislador, cuando ha invadido competencias del Tribunal Supremo, cuando ha recurrido a sentencias interpretativas contra *legem*, o ha demorado durante años la resolución de procesos decisivos para la vida del Estado–, su actuación ha resultado disfuncional.

La otra garantía de la supremacía normativa de la Constitución, el procedimiento de reforma –cuyo análisis es el objeto de este ensayo– ha tenido una suerte notablemente peor. En este caso, no cabe hablar de luces y de sombras, sino de completo y absoluto fracaso. La reforma constitucional es la gran asignatura pendiente del régimen político alumbrado por la Constitución de 1978. El procedimiento de reforma sólo se ha activado en dos ocasiones en 35 años. Es decir, sólo en dos casos, la Constitución de 1978 ha sido modificada siguiendo el procedimiento específico (y democrático) previsto en el Título X, y concretamente, en ambos casos, siguiendo las pautas del artículo 167<sup>1</sup>. Las decenas de modificaciones, amplias, profundas, que han sufrido disposiciones de la mayor parte de los Títulos constitucionales, se han llevado a cabo de modo informal (mutaciones). Las Leyes Orgánicas, los Tratados Internacionales y las sentencias del Tribunal Constitucional, han sido las vías y procedimientos utilizados sistemáticamente para «reformar» la Constitución. De esa forma se han modificado preceptos fundamentales de la arquitectura constitucional. En este confuso y dramático contexto resulta muy difícil sostener que España, a día de hoy, cuente con una Constitución racional normativa. Como he dicho, su normatividad ha resultado degradada hasta unos extremos que la hacen irreconocible. Y

---

<sup>1</sup> En 1992, se reformó el artículo 13. 2 y, en 2011, el 135. En el mismo periodo las Constituciones de países de nuestro entorno como Alemania, Francia, Italia o Portugal, fueron objeto de múltiples reformas.

la causa fundamental de ello, insisto, es que la Constitución ha sido modificada, sistemáticamente, sin utilizar el procedimiento de reforma.

Sin ningún ánimo de exhaustividad, y para justificar tan contundente afirmación mencionaré sólo algunos muy significativos ejemplos.

Un artículo fundamental referido a la posición constitucional del Jefe del Estado, como es el artículo 57 que establece su irresponsabilidad e inmunidad absoluta (como lógica consecuencia de encarnar la unidad y la continuidad del Estado) fue modificado en 2000 mediante la ratificación del Tratado del Tribunal Penal Internacional que establece, expresamente, la jurisdicción de dicho Tribunal sobre el Jefe del Estado. El mismo Tratado modifica también el alcance y significado del artículo 24 de la Constitución (funciones y límites de las penas privativas de libertad), en la medida en que, entre las penas previstas por el Tratado, y que podrían ser impuestas a cualquier ciudadano español que incurriera en alguno de los delitos sobre los que el Tribunal extiende su jurisdicción, figura la cadena perpetua (y no precisamente «revisable»). Nadie consideró necesario incluir en la Constitución estas previsiones, porque –lo digo con preocupación y con tristeza– la clase política, y en definitiva la sociedad de la que es reflejo, no se ha tomado en serio la Constitución. Como juristas debemos hacer autocrítica y ver qué responsabilidad tenemos en esa situación.

Mayor trascendencia constitucional tuvo aun el Tratado de la Unión Europea de 1992 que modificó profundamente nuestra arquitectura constitucional, y la configuración del poder público. El Tratado supuso un hito en el proceso de integración europea en la medida en que determinó la mayor transferencia de soberanía que los Estados europeos habían realizado nunca desde su creación. Al transferir el poder de crear y de dar valor a la moneda (atributo esencial de la soberanía desde la invención del concepto por Bodino) al Banco Central Europeo, el Gobierno vio limitado su poder de dirección política reconocido en el artículo 97. Otros Estados –que se toman en serio su Constitución– llevaron a cabo reformas constitucionales amplias para incluir en ellas los nuevos poderes surgidos en el ámbito europeo. En España, un cambio constitucional de tan formidable envergadura no tuvo reflejo alguno en el Texto constitucional. De hecho, y a pesar de muchas reticencias sobre ello, la única reforma constitucional que se consideró preciso llevar a cabo para ratificar el Tratado de la Unión Europea fue la del artículo 13.2.

Pero no solo a través de Tratados ha sido modificada la Constitución. La Ley Orgánica ha sido un instrumento utilizado, sistemáticamente, en el ámbito de la organización territorial del poder. Las insuficiencias del Título VIII y el reconocimiento constitucional del principio dispositivo han conducido a un resultado según el cual un precepto central como es el artículo 149.1 de la

Constitución que establece cuáles son las competencias exclusivas del Estado ha ido paulatinamente reduciendo su alcance. Y lo ha hecho, preciso es denunciarlo, con la aquiescencia del Tribunal Constitucional. Las competencias exclusivas del Estado hace mucho que dejaron de ser exclusivas. Las Leyes Orgánicas que aprobaron los distintos Estatutos de Autonomía atribuyeron a las Comunidades competencias en materias que estaban reservadas por el Constituyente al Estado. Baste señalar entre ellas algunas tan relevantes como las relaciones internacionales o la administración de Justicia.

Finalmente, quisiera subrayar la última de las grandes mutaciones sufridas por nuestra Constitución como consecuencia de los avances experimentados, en los últimos años, en el proceso de integración económica de Europa. El six-pack, el two-pack y el Tratado de Estabilidad, –pilares fundamentales de la Constitución económica y fiscal de Europa– han supuesto una profunda revisión (limitación) del alcance de las facultades de las Cortes Generales (órgano de legitimidad democrática directa del Estado). Concretamente, la potestad presupuestaria de las Cortes (en la que reside el origen de la institución parlamentaria) se ve afectada por la expresa previsión de controles tanto en la fase previa de elaboración del proyecto de ley de presupuestos, como en la de aprobación del mismo por las Cortes, cuyo margen de actuación es ahora limitado (aunque tal limitación no se haya recogido en el Texto constitucional) y controlado por la Comisión Europea. Con independencia del juicio que nos merezca esta mutación –en mi caso, muy positivo por cuanto refuerza la integración económica de Europa y corrige, aunque sea parcialmente, los errores originarios del diseño de la unión monetaria– lo cierto es que la Constitución no fue reformada para reflejar la nueva situación. El Texto Constitucional mantiene así –formalmente inalteradas– unas disposiciones cuyo significado ha experimentado un cambio radical. De esta forma, la distribución real del poder –y la definición de sus límites– permanecen extra muros de la Constitución.

En un contexto en el que la Constitución es constantemente modificada sin seguir el procedimiento de reforma previsto en el Título X no deja de resultar paradójico que cuando, por segunda vez en nuestra historia, las principales fuerzas políticas se pusieron de acuerdo para incluir en la Constitución los límites al déficit y al endeudamiento público (que ya eran, en buena medida, obligaciones impuestas por el Derecho europeo), la reforma fuera objeto de severas críticas no sólo por razones materiales sino también por razones procedimentales. Y subrayo la paradoja, porque lo cierto es que, precisamente por utilizar el cauce formal del artículo 167, la modificación del artículo 135 de la Constitución, fue más democrática que cualesquiera de las mutaciones anteriormente expuestas.

Llegados a este punto podríamos concluir en un pensamiento autodestructivo que el procedimiento de reforma resulta irrelevante porque el cambio constitucional se verifica, en España, vía mutación (cambio no formal). Y desde esa premisa, cualquier reflexión sobre el correcto diseño del mismo y sus posibles mejoras resulta, desde un enfoque pragmático, jurídicamente inútil. Ahora bien, que las cosas hayan sido así no quiere decir que vayan a serlo siempre. Por ello, siendo plenamente consciente de sus limitaciones, y aceptando el amable envite de la profesora Freixes y del profesor Gavara, en las páginas que siguen voy a exponer cuáles son a mi juicio, los principales defectos del Título X de la Constitución, para formular después, respondiendo al encargo de los coordinadores, unas propuestas de reforma del procedimiento de reforma.

## 2. LAS CAUSAS DE LA ESCASA UTILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Partiendo, como hemos expuesto en el apartado anterior, de que la reforma constitucional es la gran asignatura pendiente de la Monarquía parlamentaria alumbrada en 1978, surge el interrogante de si el fracaso del sistema, esto es, la no utilización del procedimiento de reforma obedece a causas endógenas, esto es, a su deficiente diseño técnico-jurídico, o a causas exógenas, esto es, políticas.

A mi juicio, la respuesta es evidente. Son razones exclusivamente políticas las que explican la escasísima utilización de los mecanismos previstos en el Título X. Cuando ha existido voluntad política, y ello se ha traducido en el necesario consenso para llevar a cabo una reforma, –como ocurrió en agosto de 1992 y en septiembre de 2011– el procedimiento de reforma previsto en el artículo 167 se ha mostrado como un cauce adecuado y operativo para afrontar la reforma en un tiempo además muy breve. Si el artículo 167 no ha sido utilizado con más frecuencia no ha sido por las dificultades que entraña el procedimiento (que son lógicas y necesarias) sino por la falta de consenso entre las fuerzas políticas. En definitiva, el sectarismo de la clase política, y la continua prevalencia de los intereses partidistas (configurados en clave electoral, cortoplacistas) sobre el interés general es el que ha impedido que la Constitución fuera reformada cuando resultaba políticamente conveniente y jurídicamente necesario hacerlo.

Pero dicho esto, es preciso reconocer que existe algún caso en que, habiendo consenso político, la reforma no ha sido posible debido al diseño jurí-



dico del procedimiento. Tal cosa ha ocurrido cuando se trata de materias que, por imperativo constitucional, deben ser reformadas siguiendo el otro procedimiento previsto, el del artículo 168. Me refiero, concretamente, a la reforma consistente en la supresión de la discriminación de la mujer en la regulación de la sucesión a la Jefatura del Estado. Se trata de una reforma sobre cuyo contenido existe un amplísimo consenso político, pero que, por afectar al Título II, de la Corona, debe llevarse a cabo siguiendo el procedimiento del artículo 168. En la medida en que dicho procedimiento debe culminar necesariamente (a diferencia de lo previsto en el 167) con un referéndum nacional, las fuerzas políticas mayoritarias tienen el temor, en modo alguno infundado, de que una eventual baja participación en el mismo fuera interpretado por las fuerzas antimonárquicas en clave republicana, esto es, como expresión de desafección hacia la Institución que se reforma. Los temores a una posible alta abstención y a la previsible lectura de la misma como un voto de castigo a la Corona, han llevado a los partidos mayoritarios a renunciar a una reforma que, indudablemente, contribuiría a modernizar a la Corona y a reforzar su legitimidad. En este caso, no cabe duda de que es el procedimiento, y no la falta de voluntad política, el obstáculo que impide la reforma. Naturalmente, se trata de un obstáculo fácilmente superable. Bastaría con que la reforma de la sucesión a la Corona viniera acompañada de otras, de modo que el referéndum versara sobre un conjunto de modificaciones que trascendiera el limitado ámbito de la Corona. En tal caso, las interpretaciones de una posible alta abstención (que en todo caso habría que evitar que se produjera, puesto que la reforma debe servir como advertiera Pablo Lucas Verdú para fortalecer el sentimiento constitucional de la ciudadanía) ya no podrían ser las mismas.

Con todo, este ejemplo real nos pone de manifiesto una de las contradicciones del artículo 168. El artículo más desafortunado del Título X (y uno de los más problemáticos de todo el Texto Constitucional) que, por las razones que expondré en las páginas siguientes, considero que debería ser suprimido.

La regulación del procedimiento de reforma en el Título X de la Constitución presenta como principal singularidad el establecimiento de un doble procedimiento de reforma. El previsto en el artículo 167 y que podemos denominar ordinario, y el más agravado y dificultoso, recogido en el artículo 168 que podemos calificar como extraordinario.

El análisis y valoración de estos procedimientos exige tomar como punto de partida las funciones que la Reforma Constitucional debe desempeñar en el seno del Estado Constitucional (De Vega). En primer lugar, en cuanto garantía, se trata de un instrumento de defensa del propio Texto Constitucional; en segundo lugar, es un mecanismo que permite la adecuación del Texto a la cam-

biente realidad histórica, política y social; finalmente, es el expediente que garantiza la continuidad jurídica del Estado. Dejando a salvo la última de las funciones mencionadas, hay que subrayar que entre la primera y la segunda puede plantearse una contradicción. La Reforma es un mecanismo de defensa (y por ello está al servicio de la estabilidad) en la medida en que una Constitución que no se reforma muere, deja de ser un Texto vivo. La Reforma contribuye a reforzar la legitimidad, y a fortalecer el «sentimiento constitucional», y garantiza así la subsistencia de la Constitución en contextos muy diferentes del que determinó su alumbramiento. Pero, por ello mismo, es un instrumento de adaptación (al servicio del cambio) de la norma a las nuevas circunstancias. Esta naturaleza bifronte de la Reforma, exige un diseño que garantice un equilibrio adecuado entre ambas funciones. El procedimiento de reforma debe ser lo suficientemente complicado como para que la Constitución no sea reformada como consecuencia de «ocurrencias» puntuales, de mayorías coyunturales. El procedimiento debe exigir requisitos que acrediten la existencia de una amplia y clara voluntad de reforma. Pero, por otro lado, el procedimiento nunca debe alcanzar un grado de dificultad tal, que pueda llegar a impedir o a obstaculizar gravemente la reforma cuando ésta resulte políticamente conveniente y jurídicamente necesaria. Tomando estas consideraciones como punto de partida para el análisis de los artículos 167 y 168, anticipo ya la conclusión de que el primero de ellos respeta ese equilibrio mientras que el segundo no lo hace.

La garantía fundamental establecida en el procedimiento ordinario (art. 167) reside en la exigencia de una mayoría cualificada de tres quintos en las Cámaras para que la reforma prospere. Con objeto de impedir el posible veto del Senado, se prevé que la reforma pueda prosperar en el caso de que sea respaldada por dos tercios en el Congreso de los Diputados, siempre que cuente con el apoyo de la mayoría absoluta del Senado. Se trata de un procedimiento que responde, básicamente, a la lógica de la democracia representativa. En todo caso, se prevé la posibilidad, –concebida como suprema garantía para las minorías políticas–, de que si una décima parte de miembros de cualquiera de las Cámaras lo solicita, la reforma haya de ser sometida a referéndum nacional. En principio, el procedimiento ordinario de reforma previsto en el artículo 167 parece técnicamente adecuado e idóneo para cumplir las funciones básicas del instituto (mecanismo de defensa y cauce para la adaptación al cambio). Desde esta óptica, el artículo 167 es expresión de un correcto equilibrio entre la necesidad de impedir que una mayoría coyuntural pueda disponer arbitrariamente de la Constitución, y la de permitir, al mismo tiempo, que la Constitución se adapte a nuevas circunstancias cuando la inmensa mayoría de la sociedad así lo reclame.

Así las cosas, ¿qué sentido tiene establecer junto a ese procedimiento otro diferente y más agravado?. A mi juicio, ninguno. Pero para llegar a esa conclusión es preciso examinar la concreta regulación establecida por el artículo 168, esto es, las diferentes fases del procedimiento (3.1) y las materias a él reservadas (3.2).

### 3. EL ARTÍCULO 168 COMO «CLÁUSULA DE INTANGIBILIDAD ENCUBIERTA»

El artículo 168 establece un procedimiento en el que el equilibrio entre estabilidad y cambio se rompe a favor del primero. Por ello, el profesor De Vega ha podido decir que más que un procedimiento de reforma, es un instrumento para impedirla. Y es que, efectivamente, fue concebido como una suerte de cláusula de intangibilidad encubierta con el objetivo inconfesado de blindar la forma monárquica del Estado.

#### 3.1 Las singularidades del procedimiento de reforma del artículo 168

Con esa finalidad de hacer muy difícil –pero obviamente, no imposible– una reforma constitucional en una serie de materias heterogéneas y entre las que no cabe establecer ningún tipo de conexión lógica o material, el procedimiento del artículo 168 requiere cumplir una serie de condiciones que no son exigibles en el caso del 167. Tres son, básicamente, los obstáculos adicionales previstos: a) en primer lugar, las mayorías requeridas en ambas cámaras son de dos tercios (en lugar de los tres quintos exigidos por el 167) y en caso de desacuerdo no se establece ningún mecanismo de conciliación; b) en segundo lugar, la reforma exige la disolución de las Cortes, la celebración de unas nuevas elecciones y la aprobación de la reforma por las nuevas Cortes; c) en tercer lugar, la reforma debe concluir necesariamente con la celebración de un referéndum nacional (a diferencia del referéndum facultativo previsto en el artículo 167). Estos obstáculos no son insalvables.

a) Las mayorías cualificadas requeridas –aun siendo superiores a las previstas en el artículo 167– serán normalmente alcanzables mediante el acuerdo de las dos grandes fuerzas políticas. Esto es, si existe voluntad política reformista y esta se traduce en un acuerdo, al menos entre el PSOE y el PP, ambas fuerzas políticas sumando sus votos, han dispuesto siempre tanto de la mayoría de tres quintos (210 diputados) exigida por el artículo 167, como de

la más amplia de dos tercios (233) requerida por el artículo 168. Desde esta perspectiva, la primera de las diferencias entre ambos procedimientos resulta irrelevante. Con todo, creemos que la exigencia de una mayoría de tres quintos es garantía suficiente, sobre todo, si tenemos en cuenta que la minoría discrepante (35 diputados) tiene siempre la posibilidad de apelar directamente al cuerpo electoral en su conjunto.

b) La exigencia de disolución de Cortes y de convocatoria y celebración de unas nuevas elecciones resulta, a mi juicio, excesiva. La finalidad de este requisito es que la campaña electoral se centre en el debate sobre las cuestiones a reformar y, de esta forma, los ciudadanos puedan pronunciarse expresamente al respecto, otorgando su confianza a uno u otro partido en función de lo que en sus respectivos programas electorales propongan respecto a las reformas en juego. Subyace en este procedimiento la idea de que las Cortes carecen, en principio, de un mandato para la reforma constitucional y, desde esta perspectiva, la celebración de estas elecciones tiene como finalidad atribuirles expresamente la tarea de reformar algunas de las materias protegidas por el artículo 168. Pero esa idea es contraria a la propia concepción de la democracia establecida en el Texto Constitucional basada, como no podía ser de otra manera, en el mandato representativo, y en la consiguiente prohibición del mandato imperativo. Por ello, con independencia del programa electoral con el que hubieran concurrido a las elecciones, los diputados conservan siempre la posibilidad de votar en conciencia, y carecería de sentido y resultaría imposible cualquier deliberación y debate sobre la reforma, si los diputados estuvieran vinculados por unas supuestas instrucciones o un eventual mandato otorgado por los electores en las urnas. Dicho con otras palabras, los diputados elegidos tras la disolución automática de las Cortes prevista en el artículo 168 son tan libres como lo eran los integrantes de las anteriores Cortes. Desde esta perspectiva, resulta evidente que nos encontramos ante un trámite absolutamente innecesario y cuyo único efecto práctico es dilatar en el tiempo el proceso de reforma.

Ahora bien, aunque la prohibición del mandato imperativo, desde un punto de vista jurídico, priva a este trámite (celebración de nuevas elecciones) de cualquier significado, podría entenderse que, políticamente, obliga a los partidos a pronunciarse y permite, de esta forma, algún tipo de control por difuso y limitado que este sea, por parte de los electores. Pero también desde esta perspectiva, las nuevas elecciones son absolutamente innecesarias. La razón es fácilmente comprensible: ya existe un procedimiento de control directo de la reforma por parte del pueblo en su conjunto. En la medida en que el procedimiento de reforma del artículo 168 debe concluir con la celebración de un re-

feréndum nacional, el pueblo va a controlar directamente el resultado del mismo. Y en este caso sí que nos encontramos ante un auténtico acto de control en la medida de que del pronunciamiento popular va a depender el éxito o el fracaso de todo el proceso.

Por todo lo anterior, este trámite (de la misma manera que todo el procedimiento del que forma parte) debe ser suprimido. Mientras no lo sea, y cuando sea preciso llevarla a cabo, la disolución de las Cortes prevista en el artículo 168 debería hacerse coincidir con la disolución ordinaria por finalización de su mandato tras cuatro años. De esta forma, se evitan los efectos eventualmente desestabilizadores de una limitación de la duración de la Legislatura, implícitos en toda disolución anticipada de las Cortes.

c) La tercera nota distintiva del procedimiento del artículo 168 consiste en el carácter necesario y obligatorio que reviste el referéndum. A mi juicio, nos encontramos nuevamente ante una garantía excesiva e innecesaria. La apelación directa al pueblo carece de sentido salvo en el caso de que una minoría discrepante lo pida. Si el consenso sobre la reforma alcanzado en las Cortes es de tal amplitud que no han quedado fuera de él ni siquiera un mínimo de 35 diputados (de un total de 350) el resultado del referéndum es fácilmente previsible, y por ello mismo, su celebración resulta inútil.

A la vista de todo lo anterior, podemos concluir que las notas características del artículo 168 y que lo distinguen del 167, carecen de una justificación razonable. Su única finalidad es obstaculizar –mediante trámites complejos e innecesarios– el proceso de reforma. Y esto es algo que han conseguido hacer, incluso, como hemos visto, cuando la reforma es políticamente oportuna y existe el consenso necesario para llevarla a cabo (sucesión a la Corona). Sólo por ello, el artículo 168 debería ser suprimido.

### 3.2 Las materias protegidas por el procedimiento del artículo 168

La anterior conclusión se ve reforzada si se analiza la dimensión material del artículo 168. Esto es, si examinamos los cuatro supuestos en que, según él mismo establece, es preciso utilizarlo. En todo caso, antes de ello es preciso hacer una observación. La previsión en un Texto Constitucional de dos procedimientos distintos de reforma sólo puede tener, desde un punto de vista teórico, un sentido. La existencia de un doble procedimiento se fundamenta en el hecho indiscutible de que no todos los preceptos constitucionales tienen la misma importancia política. Dejemos, por el momento, la cuestión relativa a si todos tienen el mismo valor jurídico. Desde esta perspectiva, cabe defender

que las disposiciones, o en su caso las materias, políticamente más relevantes requieran un procedimiento de reforma más difícil que el exigido para las disposiciones consideradas políticamente menos trascendentes. Esta forma de pensar podría, de alguna forma, justificar la opción del constituyente por el establecimiento de un doble procedimiento de reforma. Desde esta óptica, cabría entender que el constituyente clasificó las disposiciones o materias constitucionales en dos bloques (las más relevantes y las menos) y otorgó una mayor protección jurídica a las primeras que a las segundas. Esa mayor protección jurídica se tradujo en el establecimiento de un procedimiento de reforma constitucional superagravado como es el previsto en el artículo 168.

El problema surge cuando confrontamos la lógica intrínseca del doble procedimiento con la extravagante clasificación de las materias realizada por el Constituyente. Entre las materias especialmente protegidas se incluye: la totalidad del Título Preliminar, (esto es los 9 primeros artículos de la Constitución), todas las disposiciones del Título II (de la Corona) y el capítulo segundo, sección primera del Título I (esto es los artículos 15 a 29 relativos a los derechos fundamentales). Finalmente y de modo absolutamente incomprensible el 168 se refiere también, como veremos, a la posibilidad de una «revisión total» de la Constitución. Vayamos por partes. Es evidente que nos enfrentamos a una cuestión controvertida como lo es la clasificación de las normas constitucionales en dos bloques por razón de su importancia política. Ahora bien, aunque la inclusión de algunas en uno u otro bloque puede resultar discutible y habrá razones, en su caso, para defender posturas diversas, en otros casos no es así.

a) En primer lugar, el artículo 168 debe ser empleado para reformar cualquier disposición del Título Preliminar. La referencia al mismo en su conjunto como si se tratase de un bloque material homogéneo constituye un evidente error. En el Título Preliminar coexisten algunas de las normas más importantes del Texto Constitucional, en la medida en que incluyen las disposiciones que definen la naturaleza y la estructura constitucional del Estado (Estado Social y Democrático de Derecho y Monarquía parlamentaria), las que establecen los valores superiores del ordenamiento, o formulan los principios de soberanía y de unidad nacional. Nadie puede discutir que en todos esos casos se trata de normas cuyo contenido material es especialmente relevante. Me refiero, concretamente a los artículos 1, 2 y 9. Pero junto a ellas, en el mismo Título figura, por ejemplo, la disposición que establece la capitalidad del Reino en la Villa de Madrid (artículo 5). La protección jurídica reforzada que el artículo 168 atribuye a esta disposición resulta absolutamente injustificada. Y, en mi opinión, lo mismo cabe afirmar respecto a otros preceptos (desde los

que regulan el carácter oficial de las lenguas, hasta los que constitucionalizan a los sindicatos o a las fuerzas armadas). Lo único que tienen en común esos 9 artículos es el hecho de figurar en el Título Preliminar. Pero se trata de un dato meramente formal. El error del constituyente fue haber deducido de su ubicación sistemática (formal) una importancia material superior de todos ellos respecto a los demás. El resultado de esto es que si se decidiera trasladar la capital del Estado a otra ciudad sería preciso disolver las Cortes y celebrar un referéndum. Mientras que si se optara por reformar la composición y las funciones del Tribunal Constitucional, tales requisitos no serían exigibles. A mi juicio, esto resulta manifiestamente absurdo.

A mayor abundamiento, queda fuera del Título Preliminar, el artículo 10 que, en buena lógica, al proclamar la dignidad de la persona como el fundamento del orden político –y por ende de todo el sistema constitucional– debería haber figurado en él. Según una interpretación literal del artículo 168, el artículo 10 podría ser reformado mediante el artículo 167. En mi opinión no puede ser reformado puesto que su propia literalidad («fundamento del orden») lo configura como un auténtico límite material al poder de reforma, y en este caso, explícito. Lo mismo ocurre con el artículo 2 cuando proclama la unidad de la Nación (y por ende del Estado) como «fundamento» de la Constitución. Sobre la problemática de los límites a la reforma volveré después. Baste dejar apuntado aquí el problema inherente a todo sistema que opte por un doble procedimiento y consistente en determinar en qué casos procede utilizar uno y en qué supuestos otro. La distinción que en el plano teórico-formal puede resultar clara en la medida en que se fijan concretamente qué artículos deben ser reformados por uno y cuáles por otro, resulta muy problemática en la práctica. Y ello porque los preceptos constitucionales están conectados unos con otros, no pueden ser interpretados de forma aislada sino en su contexto, y toda la Constitución ha de ser entendida como una unidad de sentido. Ello hace que la reforma de un precepto constitucional pueda afectar indirectamente a otro. Por esta vía existe el peligro evidente de considerar que toda reforma afecta de una u otra forma a la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, a algunos de los valores y principios del Título Preliminar o a alguno de los Derechos Fundamentales, con lo cual toda reforma habría de articularse a través del artículo 168. Esta interpretación es inaceptable por conducir al absurdo, y por privar de efectos al artículo 167. Si el constituyente estableció un doble procedimiento fue porque quiso que para unas reformas determinadas se utilizara el artículo 167 y ello aunque también repercutieran sobre disposiciones protegidas por el 168.

En este sentido resulta obligado recordar que, en 1992, a la hora de reformar el artículo 13. 2 relativo a los derechos políticos de los extranjeros se planteó la controversia del procedimiento a seguir. En principio, el artículo 13 no está protegido por el artículo 168, pero el 23 (derechos políticos de los españoles) sí lo está, y resulta evidente que cualquier modificación del artículo 13 tiene consecuencias sobre el significado y alcance del artículo 23. A pesar de ello, se consideró –y creo que fue razonable hacerlo– que el artículo 168 debe ser objeto de una interpretación restrictiva y que, por tanto, no puede limitar el ámbito de aplicación del artículo 167. En definitiva, el artículo 167 establece el procedimiento ordinario de reforma, y el 168 en cuanto mecanismo extraordinario, por su propia naturaleza y definición, sólo debe aplicarse cuando resulta estrictamente obligado, esto es, cuando se trata de alterar expresamente alguno de los artículos que le están reservados.

b) En segundo lugar, el procedimiento de reforma previsto en el artículo 168 debe ser utilizado siempre que se quiera modificar cualquier disposición del Título II, de la Corona. Ocurre aquí –y en mayor medida aun que en el caso anterior– que esta remisión en bloque a un Título completo carece de sentido. Si en el Título Preliminar entiendo que sólo los artículos 1, 2 y 9 afectan al núcleo de legitimidad del sistema, en el Título II, únicamente el artículo 56 al definir constitucionalmente la posición del Jefe del Estado, contiene un elemento esencial de la estructura constitucional. Nada justifica atribuir al resto de disposiciones del Título II una protección reforzada. Muchas de ellas se refieren a cuestiones muy concretas (desde el matrimonio del Príncipe hasta la tutela del Rey menor) que en modo alguno puede sostenerse que formen parte del núcleo de normas constitucionales políticamente más relevantes. Entiendo por ello que el Título II no debiera estar incluido en esta lista. Nada justifica que, en una Monarquía parlamentaria en la que como muy bien ha advertido mi maestro, el profesor Torres del Moral, uno de los más lúcidos estudiosos de esta forma política, «lo sustantivo es el adjetivo», la regulación de la Corona goce de una protección superior a la del propio Parlamento.

Dicho lo anterior hay que recordar que esto que aquí criticamos es el origen y, en última instancia, la razón de ser del doble procedimiento, y por tanto, del artículo 168. Se pretendía con él blindar la monarquía. Sin embargo, este objetivo no se consigue puesto que la monarquía puede ser suprimida. Pero es que, además, como hemos visto en el caso de la reforma de la sucesión, resulta contraproducente para la institución. El 168 ha impedido, en la práctica, reformar el Título II para reforzar la credibilidad y la legitimidad de la Monarquía, eliminando de su diseño constitucional la discriminación de las mujeres en la sucesión.



La opción política por el «blindaje» de la Monarquía era completamente comprensible a la luz de las circunstancias en que se gestó el Texto Constitucional. Lo que resulta menos comprensible es la inadecuada forma jurídica en que dicha opción se tradujo. La Monarquía ya goza de especial protección desde el mismo momento en que la modificación del artículo 1. 3 (La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria) incluido en el Título Preliminar requiere utilizar el 168. A mi juicio, el decisivo papel jugado por el Jefe del Estado en la Transición y en el proceso político iniciado con la aprobación de la Ley para la Reforma Política y que culminó con el alumbramiento de la Constitución de 1978, justificó plenamente la decisión de otorgar especial protección a la definición de la forma de Estado como Monarquía parlamentaria. Lo que careció siempre de cualquier tipo de justificación es extender esa protección a todas las disposiciones del Título II. Al margen del 1.3, hubiera bastado con incluir el artículo 56 que define la posición constitucional y las notas definitorias del estatuto jurídico y político del Jefe del Estado.

Con todo, es preciso subrayar además, el limitado alcance de este supuesto «blindaje». El artículo 168 establece un procedimiento de reforma complicado de llevar a cabo, y en este sentido, dificulta la sustitución de la monarquía por una república. Pero que el establecimiento de la República sea difícil no quiere decir que sea imposible. Al contrario y como hemos visto, los obstáculos del 168 pueden ser superados siempre y cuando exista el acuerdo entre las dos fuerzas políticas. Dicho con otras palabras, si el PP y el PSOE llegaran a la convicción de que la República es una opción política preferible a la Monarquía, el cambio de forma política sería llevado a cabo. En este sentido, el artículo 168 sólo serviría para demorar durante un tiempo la reforma, pero en modo alguno podría frenarla o impedirla. Ello nos pone de manifiesto que la configuración del 168 como una suerte de cláusula de intangibilidad encubierta, esto es, como un procedimiento que impediría –de facto– alterar materias políticamente muy sensibles –y concretamente la monarquía como forma política– en una Constitución que es –de iure– susceptible de revisión en su totalidad, no justifica tampoco el mantenimiento de este precepto.

c) En tercer lugar, el 168 debe ser utilizado cuando la reforma afecte a los derechos fundamentales (capítulo segundo, sección primera del Título I). Nada hay que objetar aquí a la consideración de que la parte dogmática del Texto Constitucional constituye el núcleo duro de la Constitución. Los derechos fundamentales son un elemento esencial de la legitimidad constitucional. En este caso, está plenamente justificado que el constituyente les atribuyera una especial protección y que en la clasificación de las disposiciones constitu-

cionales en dos bloques, ubicara a los derechos y libertades en el grupo de normas políticamente relevantes. Lo que no resulta justificado es que se haya excluido de este bloque artículos fundamentales como el 10 o el 14.

Recapitulando lo expuesto hasta ahora, advertimos que la especial protección que a determinadas normas constitucionales presta el procedimiento de reforma previsto en el artículo 168, sólo está justificada en relación a algunos preceptos del Título Preliminar (artículos 1, 2 y 9), pero en modo alguno a la mayoría de ellos; no está justificada en el caso de las disposiciones que integran el Título II, a salvo el artículo 56 que define la posición constitucional del Jefe del Estado; y sí que resulta adecuada en relación a los derechos fundamentales. Pero llegados a este punto, y aceptado que, en relación con algunos preceptos constitucionales al menos, la existencia de un doble procedimiento de reforma podría estar justificada, nos enfrentamos a la cuestión verdaderamente fundamental, al problema nuclear y central que plantea todo el Título X relativo a la reforma y que afecta, en última instancia, a la propia concepción de la Constitución y del Estado Constitucional por ella configurado: la posibilidad de una «revisión total» para la que habría que utilizar el artículo 168, porque así lo exige el propio precepto, y porque, aunque no lo hiciera, se trataría de una reforma que afectaría a los tres bloques de preceptos antes referidos.

### 3.3 La problemática previsión de una «revisión total» de la Constitución

La expresa –discutible y problemática– previsión de una revisión total de la Constitución se considera una consecuencia lógica del hecho de que el constituyente no hubiera establecido ninguna cláusula de intangibilidad, esto es, no hubiera previsto ningún límite material explícito al poder de reforma. Esto diferencia a nuestro Texto Constitucional de otros de nuestro entorno como el francés, alemán o portugués, que sí contienen ese tipo de cláusulas. La inexistencia de una cláusula de intangibilidad y la expresa previsión de que la Constitución pueda ser objeto de una «revisión total» contradice, hasta cierto punto, los propios presupuestos sobre los que se establece el artículo 168. El artículo 168 se configura entonces como una norma intrínsecamente contradictoria, en la medida en que se fundamenta en una distinción, que es necesaria, pero de la que luego no se extraen las consecuencias pertinentes. Me explico: si se acepta que en el seno de la Constitución no todas las normas tienen la misma importancia, y que unas son más importantes que otras, resulta contradictorio con esa premisa acabar concluyendo que las normas más importantes puedan ser suprimidas. La consecuencia lógica de esa distinción, que fue per-

cibida con meridiana claridad por Carl Schmit, debiera ser, por el contrario, que esas normas políticamente más relevantes, las normas que –a diferencia del resto de las que integran el Texto Constitucional– contienen las decisiones políticas fundamentales del constituyente, el núcleo de la legitimidad constitucional, no pueden, en ningún caso, y de ninguna manera, ser suprimidas. Dicho con otras palabras, el reconocimiento de que no todas las normas constitucionales son políticamente igual de relevantes, no debe conducir –como ocurre en nuestro actual Título X– a establecer dos procedimientos de reforma, sino al establecimiento de uno sólo exigible para modificar todas las disposiciones constitucionales salvo las que integren ese núcleo fundamental que, en buena lógica, no podrían ser modificadas ni suprimidas, salvo que incurramos en el error de identificar la reforma con la destrucción de la Constitución.

Dicho con otras palabras, los presupuestos en que se basa el doble procedimiento de reforma, lo que realmente reclaman es el establecimiento de una cláusula de intangibilidad que garantice la protección absoluta de las normas que contienen el núcleo de la legitimidad constitucional, esto es, las que resultan imprescindibles para que el Estado Constitucional sea reconocible como tal. El artículo 168 no cumple ese fin. Por ello debería ser suprimido, y sustituido, en consecuencia, por una verdadera cláusula de intangibilidad. Esto supondría reconocer y llevar hasta sus últimas consecuencias un razonamiento que el positivismo o formalismo más extremo se resiste a aceptar: la existencia de una diferencia de rango entre las normas constitucionales. Esta diferencia obliga a distinguir las normas constitucionales ordinarias que pueden ser objeto de reforma, y las normas fundamentales que no pueden ser reformadas y están protegidas por ello por una cláusula de intangibilidad.

Aunque es evidente que no todas las normas constitucionales tienen la misma relevancia política, –y en este sentido, nadie podrá decir, por ejemplo, que la capitalidad del Estado tiene la misma importancia que la libertad de expresión, o que los colores de la bandera revisten la misma trascendencia que el derecho a la vida– los partidarios del formalismo a ultranza, se niegan a extraer consecuencias jurídicas de esa distinción. Por definición, dicen, todas las normas constitucionales tienen el mismo rango <sup>2</sup>. Y por ello todas ellas pueden ser reformadas siguiendo el mismo procedimiento. Aunque formalmente ese razonamiento quiebra en el momento en que se aceptan distintos procedimientos de reforma, es cierto que, en última instancia, cualquier disposición constitucional puede acabar siendo finalmente suprimida. Y por otro lado, una norma consti-

---

<sup>2</sup> Y así, de paso, rechazan la existencia de otro gran problema, advertido y expuesto magistralmente por Bachoff, relativo a la posibilidad de que una norma constitucional sea inconstitucional.

tucional nunca podrá ser parámetro de constitucionalidad de otra. La mayoría de la doctrina y el Tribunal Constitucional se basan precisamente en este sintagma del artículo 168, «revisión total», para rechazar que, a falta de cláusula de intangibilidad, puedan oponerse a la actuación del poder de reforma unos límites materiales implícitos y deducibles del propio Texto Constitucional. Y ello pese a la literalidad de los artículos 2 o 10 que expresamente aluden a los fundamentos de la Constitución y del orden político.

En definitiva, si como el constituyente intuyó no todas las normas constitucionales tienen idéntico valor político, tampoco pueden tener el mismo valor jurídico. Por ello, en coherencia con esos planteamientos, el artículo 168 debería ser reemplazado por una cláusula de intangibilidad. Naturalmente, el contenido de la cláusula de intangibilidad no habría de coincidir con las materias reservadas al 168. Ya vimos cómo la determinación de las disposiciones constitucionales fundamentales o más relevantes llevada a cabo por el 168 adolece de graves defectos e incongruencias. El contenido de la cláusula debe limitarse a proteger el núcleo de legitimidad del Estado Constitucional, esto es, el Estado de Derecho, el principio democrático y los derechos fundamentales. En definitiva, aquellos elementos que –a falta de cláusula– deberíamos entender que son y operan como límites materiales implícitos al poder de reforma. La ventaja de la cláusula es que, al incluirlos expresamente en el Texto Constitucional, pone fin a la discusión teórica sobre su existencia.

Sin la cláusula de intangibilidad (o sin el reconocimiento de la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma) resulta imposible concebir la Reforma como garantía o como mecanismo de defensa de la Constitución. Al contrario, la comprensión del poder de reforma como una poder materialmente ilimitado, implica identificar Reforma y revolución, con lo que la reforma lejos de ser un instrumento para la defensa del Texto Constitucional, acaba convertida en un mecanismo que permite su destrucción.

En todo caso, –y para no caer en el extremo contrario de considerar intangible lo que no lo es–, los límites al poder de reforma deben ser configurados también de forma estricta, y no pueden abarcar más que a aquellos elementos que son esenciales e inherentes a la forma política del Estado Constitucional. Por ello mismo, deben quedar fuera de la cláusula, aquellas decisiones políticas que aun siendo fundamentales para la vida concreta de un Estado, resultan «accidentales» para la existencia del Estado Constitucional. Me refiero, concretamente, y por lo que a la Constitución de 1978 se refiere, a la forma Monárquica de la Jefatura del Estado, o al principio de autonomía política. La razón es fácilmente comprensible. España seguiría siendo un Estado Constitucional aunque la Jefatura del Estado fuese republicana, y aunque la organiza-

ción territorial del poder fuera centralizada. No ocurriría lo mismo si se suprimiesen las elecciones libres periódicas, la libertad de expresión, o la independencia del Poder Judicial.

El problema que abordamos –los límites del poder de reforma– no es teórico. La experiencia de Weimar y del nacional-socialismo en Alemania pone de manifiesto la importancia de los mecanismos de defensa de la Constitución, y el procedimiento de reforma es uno de ellos. Si se acepta que toda la Constitución es revisable, se está sosteniendo que el derecho a la libertad de expresión, o el principio de igualdad entre hombres y mujeres, por citar sólo un par de ejemplos, pueden ser suprimidos siempre y cuando se siga el procedimiento del artículo 168, y el pueblo finalmente se pronuncie en referéndum a favor de una tal reforma.

De esta forma se confirma que la regulación del procedimiento de reforma, y su configuración como un poder materialmente limitado o como un poder soberano y absoluto es el problema constitucional por antonomasia. Y ello porque esa decisión –la de limitar o no materialmente al poder de reforma– exige e implica dar respuesta al gran interrogante que, –desde su surgimiento como consecuencia de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII hasta su definitiva consolidación en Europa tras la segunda posguerra mundial–, el Estado Constitucional nos plantea. El interrogante acerca de cómo resolver un eventual conflicto entre el principio democrático y los derechos fundamentales.

La configuración del poder de reforma como un poder materialmente ilimitado, –tal y como parece deducirse del artículo 168– supone establecer la prevalencia del principio democrático sobre los derechos fundamentales. El referéndum del artículo 168 concebido como un acto de soberanía facultaría al pueblo para destruir o erosionar, o menoscabar de la forma que fuera, la vigencia y efectividad de un derecho fundamental. El establecimiento de límites materiales al poder de reforma, por el contrario, impediría ese resultado. En ese caso, los derechos fundamentales se impondrían al principio democrático.

El diseño de la Reforma Constitucional revela así su verdadero significado y su trascendental alcance. A él le corresponde la función de resolver el conflicto entre el principio democrático y los derechos fundamentales. De él va a depender por tanto, que la Constitución pueda ser concebida como un orden material de valores, o que únicamente se comprenda como una norma axiológicamente neutra en la medida en que puede ser vaciada de cualquier valor sustantivo. El diseño de la Reforma Constitucional determina así la propia naturaleza del Estado Constitucional que se trate.

Si lo anterior tiene algún fundamento, las consecuencias que se derivan del artículo 168 en su redacción actual son muy graves. Se trata de un artículo

mediante el que el pueblo, (en un referéndum concebido como acto de soberanía, y por ello, en definitiva, como un acto revolucionario) como titular último del poder de reforma actuaría sin ningún tipo de límites. Ello supone admitir que, en teoría, podría desde suprimir los derechos fundamentales hasta establecer el principio de concentración de los poderes. En este contexto, la propia categoría de Derechos Fundamentales deja de tener sentido y ello porque para que pueda predicarse el carácter «fundamental» de un derecho, no basta con que sea indisponible para el legislador, sino que debe serlo también para el poder de reforma. Y eso es lo que el artículo 168 no garantiza. Desde la correcta comprensión de que los derechos y libertades son una de las materias más importantes de la Constitución, en lugar de deducir de ello su carácter intangible, (como podría deducirse por lo demás de la literalidad del artículo 10. 2 de la Constitución), el artículo 168 se limita a reconocer que para su modificación (y eventual supresión) es preciso seguir un procedimiento difícil de llevar a cabo pero como hemos visto, no imposible de realizar.

No creo necesario extenderme más en la crítica al sintagma «revisión total». Baste subrayar que en la medida en que conduce al entendimiento del referéndum del artículo 168 con un acto de soberanía, y a la atribución al cuerpo electoral –como titular último del poder de reforma– de un poder absoluto e ilimitado está haciendo inviable la existencia misma del Estado Constitucional<sup>3</sup>. Y ello porque –como tempranamente advirtieron Sieyés y Constant, y más tardíamente Kelsen y Kriele– en el seno del Estado Constitucional no puede haber soberano alguno. La soberanía reside en el pueblo que como titular del Poder Constituyente, aprueba la Constitución. Pero una vez aprobada la Constitución, el soberano desaparece, y todos los poderes del Estado se configuran como poderes constituidos y limitados por la Constitución. El poder de reforma ni puede ni debe ser, en este sentido, una excepción.

La desafortunada inclusión del sintagma «revisión total» en el artículo 168 tiene, con todo una explicación histórica y política. Como es sabido, los Textos Constitucionales de nuestro entorno (Francia, Italia, Alemania y Portugal) ejercieron una notable influencia sobre el Constituyente de 1977-78. Ahora bien de la misma forma que cabe encontrar en ellos «modelos» que fueron seguidos por el constituyente, hubo también un «antimodelo» que jugó un papel esencial. El «antimodelo» fue el régimen franquista. Y en el caso de la regulación de la Reforma Constitucional, el «antimodelo»

---

<sup>3</sup> La Constitución se reduce, de esta forma, a un solo artículo el 168. Todo su contenido se subordina a un único procedimiento –el previsto en el artículo 168– que permite disponer de la Constitución en su totalidad.

resultó más influyente que los «modelos». Así, el constituyente tenía muy presente las Leyes Fundamentales de la dictadura, y concretamente la afirmación de que los principios fundamentales del Movimiento Nacional eran «por su propia naturaleza permanentes e inalterables». El Constituyente no quiso reemplazar la cláusula de intangibilidad del franquismo (que ciertamente no sirvió para nada puesto que la Ley para la Reforma Política –VIII Ley Fundamental– destruyó el núcleo de esos principios y aniquiló la supuesta legitimidad del régimen del 18 de julio) por una cláusula de intangibilidad del orden constitucional al modo alemán o francés. Antes al contrario, optó por proclamar que nada es permanente ni inalterable, esto es, que todo es revisable. Las fatales consecuencias que ello tiene para la viabilidad del Estado Constitucional ya han sido expuestas.

Finalmente, es preciso afrontar la principal objeción que suele formularse al establecimiento de cláusulas de intangibilidad: su inoperancia<sup>4</sup>. Se afirma que estas cláusulas resultan jurídicamente inútiles puesto que carecen de mecanismos o procedimientos para garantizar su efectividad. A mi juicio, la objeción deja de tener sentido en el momento mismo en que se faculta al órgano de defensa para controlar la reforma constitucional. El Tribunal Constitucional debe estar facultado para anular una reforma constitucional que no respete los límites materiales fijados por la propia Constitución. En estos casos, y para evitar un enfrentamiento directo con la voluntad popular es preciso defender la necesidad de que el control de constitucionalidad de la reforma se verifique, en todo caso, siempre, antes de que esta sea sometida a referéndum. La atribución de esta decisiva función o facultad al Tribunal refuerza su posición de supremo órgano de defensa del Texto Constitucional, y nos exige, a su vez, replantearnos el complejo y delicado diseño de esta institución como auténtica clave de bóveda del edificio constitucional.

En última instancia, de nada serviría establecer la prevalencia de los derechos fundamentales sobre el principio democrático, si no se arbitrasen procedimientos y órganos para garantizarla en el caso de un potencial conflicto, esto es, en el caso de que el poder de reforma se exceda en su actuación. En este contexto, el procedimiento para garantizar el respeto a la cláusula de intangibilidad debe ser el control previo de constitucionalidad de la reforma, y el órgano encargado de resolverlo, el Tribunal Constitucional.

---

<sup>4</sup> También se podría decir que el doble procedimiento actualmente previsto es inoperante. Y ello porque no se ha atribuido expresamente al Tribunal Constitucional la facultad de controlar la constitucionalidad formal de las Reformas, y de anular, en su caso, una reforma de una materia reservada al 168 y operada a través del 167.

#### 4. LA DEFECTUOSA REGULACIÓN DE LOS LÍMITES TEMPORALES DEL ARTÍCULO 169

Junto a los límites materiales, las limitaciones de tipo temporal se configuran como otro de los elementos definidores de un procedimiento de reforma constitucional. La Constitución española que como acabamos de ver carece de los primeros, sí que contiene un precepto, el artículo 169 con el que concluye el Título X, que tiene por objeto determinar el alcance de este tipo de limitaciones.

Los límites temporales pueden ser absolutos, y traducirse, por ello, en la necesidad de que transcurra un plazo de tiempo determinado desde la aprobación del Texto Constitucional para poder llevar a cabo una reforma del mismo. O bien, pueden ser relativos y consistir en el señalamiento de algunos periodos temporales en los que, por razón de las circunstancias que en ellos concurren, no se permite proceder a la reforma. La experiencia de Francia durante la ocupación alemana puso de manifiesto, entre otras cosas, la conveniencia de impedir las reformas en tiempo de guerra.

El constituyente de 1977-78 se hizo eco de esta preocupación y estableció dos tipos de límites temporales relativos. Uno, el referido tiempo de guerra. Y otro, a los periodos en los que estuviera vigente el estado de alarma, excepción o sitio. Se consideró, acertadamente, que en todos esos casos no se dan las condiciones de tranquilidad política y social que se consideran necesarias para acometer una reforma con rigor y serenidad. Tal es el sentido del artículo 169: «No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116».

Dos son los problemas que este precepto plantea. El primero, de tipo hermenéutico, es el relativo a determinar qué se entiende por «tiempo de guerra». En nuestro ordenamiento jurídico no está definido con la suficiente y necesaria precisión el «estado de guerra», y ello puede plantear problemas en relación con el ámbito de aplicación de este límite temporal. Pero se trata un problema externo al artículo 169.

El otro problema y de mucha mayor gravedad reside en el tenor literal del precepto a la hora de establecer el alcance del límite temporal. Dicho alcance se limita a la fase de iniciativa: «No podrá iniciarse la reforma...». Esto quiere decir, que si el procedimiento de reforma ya se ha iniciado, esto es, si alguno de los sujetos legitimados para ejercer la iniciativa de la reforma (artículo 166) ya ha puesto en marcha el procedimiento, ningún obstáculo constitucional existe para continuar con aquel. Naturalmente esto contradice la razón de ser de este tipo de limitaciones temporales. Pero la interpretación teleológica no



puede imponerse, en este caso, a una redacción cuya literalidad no deja lugar para la duda. La única forma de solucionar este problema es reformar el artículo 169 para extender el alcance de la limitación no sólo a la fase de iniciativa sino a cualquier otra. Esto es, establecer, con claridad, que la Constitución no puede ser reformada, ni en tiempo de guerra, ni durante la vigencia de los estados de alarma, excepción, o sitio.

Mientras el artículo 169 no sea reformado en este sentido, únicamente la prudencia de los actores políticos podría impedir la continuación de un procedimiento de reforma constitucional iniciado en tiempo de paz y de normalidad, durante el tiempo de guerra o de vigencia de los estados de alarma, excepción o sitio.

## 5. CONCLUSIONES: UNA PROPUESTA DE REFORMA DEL TÍTULO X DE LA CONSTITUCIÓN

El análisis precedente de las disposiciones que integran el Título X de la Constitución ha puesto de manifiesto, los defectos, insuficiencias y contradicciones que presenta la regulación de la Reforma Constitucional en el Texto de 1978. Este examen nos permite realizar las siguientes cinco observaciones conclusivas que sirven para fundamentar una propuesta de reforma constitucional:

*a)* La existencia de un doble procedimiento de reforma no resulta justificada.

*b)* El procedimiento ordinario de reforma previsto en el artículo 167 es técnicamente adecuado e idóneo para cumplir las funciones básicas del instituto (mecanismo de defensa y cauce para la adaptación al cambio). Desde esta óptica, es expresión de un correcto equilibrio entre la necesidad de impedir que una mayoría coyuntural pueda disponer arbitrariamente de la Constitución, y la de permitir, al mismo tiempo, que la Constitución se adapte a nuevas circunstancias cuando la inmensa mayoría de la sociedad así lo reclame.

*c)* El procedimiento de reforma previsto en el artículo 168 es complejo e innecesario. Los obstáculos procedimentales que establece (singularmente, la disolución de Cortes) no están justificados. Por otro lado, la relación de materias reservadas a ese procedimiento resulta absurda en la medida en que incluye algunas disposiciones constitucionales de relevancia muy escasa. Esta especial protección sólo está justificada en relación a algunos preceptos del Título Preliminar (artículos 1, 2 y 9), pero en modo alguno a la mayoría de

ellos; no está justificada en el caso de las disposiciones que integran el Título II, a salvo el artículo 56 que define la posición constitucional del Jefe del Estado; y sí que resulta adecuada en relación a los derechos fundamentales.

d) La expresa previsión en el artículo 168 de una «revisión total» de la Constitución implica la comprensión del poder de reforma como un poder materialmente ilimitado. En teoría, podría ser utilizado incluso para destruir los derechos fundamentales. Es preciso por ello incluir en el Texto de 1978, y el Título X es la sede adecuada para ello, una cláusula de intangibilidad. La cláusula debería limitarse a proclamar el carácter intangible de los elementos esenciales del Estado Constitucional (Estado de Derecho, principio democrático, derechos fundamentales). Al mismo tiempo, debería atribuirse al Tribunal Constitucional la facultad de garantizar el respeto a aquella.

e) La limitación temporal a la reforma establecida en el artículo 169 impide «iniciar» esta en tiempo de guerra o de vigencia de los estados de alarma, excepción o sitio, pero permite continuar el procedimiento si ya se ha iniciado. Es preciso extender el alcance de la limitación temporal a todo el procedimiento.

Con esas premisas, y a los efectos de solucionar los problemas puestos de manifiesto en este trabajo, el actual Título X, podría ser modificado –siguiendo el procedimiento del artículo 168<sup>5</sup>– en el siguiente sentido:

*Artículo 166.* Mantenerlo en sus términos actuales<sup>6</sup>.

*Artículo 167.* Añadir un inciso final al apartado 3: «*En ese caso, y antes de la celebración del referéndum, el proyecto de reforma constitucional será sometido al control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional que habrá de pronunciarse en el plazo de quince días*».

*Artículo 168.* Suprimirlo en su totalidad, y establecer, en su lugar la siguiente cláusula de intangibilidad: «*La existencia del Estado de Derecho, la*

---

<sup>5</sup> Innecesario es advertir que suprimir el artículo 168 utilizando el artículo 167 sería un caso paradigmático de fraude constitucional. Y ello aunque el propio artículo 168 no se incluye a sí mismo entre los preceptos protegidos.

<sup>6</sup> Aunque hay quien ha criticado la exclusión de la iniciativa popular en materia de reforma constitucional, y propuesto, en consecuencia, extender la remisión que el artículo 166 hace a los apartados 1 y 2 del artículo 87, al apartado 3, considero que esa extensión se aparta de la lógica del procedimiento, y podría plantear más inconvenientes que ventajas. La lógica del Título X es la lógica de la Constitución, y esta es la de la democracia representativa. La admisión de la iniciativa popular en materia de reforma constitucional obligaría a replantearnos los límites de la misma en el ámbito legislativo. El riesgo de que surgieran iniciativas para restaurar la pena de muerte, prohibir el aborto, o cualquier otro tipo de medida populista es evidente.

*vigencia del principio democrático y la plena eficacia de los Derechos Fundamentales son límites infranqueables a la actuación del poder de reforma».*

*Artículo 169.* Reemplazar el término «iniciarse» por «llevarse a cabo»

La primera ocasión en que se llevara a cabo una reforma constitucional siguiendo el procedimiento del artículo 168, podría y debería ser aprovechada para incluir esta «reforma del procedimiento de reforma». La desaparición del artículo 168 –en un caso de autoaplicación destructiva del propio precepto– y su sustitución por una verdadera cláusula de intangibilidad, resolvería los problemas, defectos y contradicciones que la actual redacción del Título X presenta. Se trata de una reforma que afecta a la propia concepción de la Constitución y del Estado Constitucional y reviste, por ello, una gran importancia. Para llevarla a cabo sería preciso alcanzar un amplio consenso sobre la oportunidad y necesidad de limitar el poder de reforma mediante el establecimiento de una «democracia militante» capaz de defenderse de unos enemigos (extremistas, populistas, nacionalismos exacerbados, movimientos antipolíticos y antidemocráticos) cuyas fuerzas no deben ser subestimadas.



Un texto constitucional como el nuestro, con numerosos años de vigencia y escasas modificaciones, supone el reconocimiento de una figura jurídica trascendental para la estructuración del Estado constitucional y de Derecho en nuestro ordenamiento que, en una situación convulsa jurídica, social y política, merece una reflexión en profundidad.

Por ello hemos elaborado una obra que nace de la idea de la participación de una serie de constitucionalistas que, desde Cataluña, en colaboración y diálogo con otros constitucionalistas del resto de España, queremos abordar un análisis sistemático sobre la evolución de las diferentes instituciones e institutos constitucionales, determinando sus aciertos y deficiencias y estableciendo las perspectivas sobre las que abordar una posible reforma constitucional.

Como se trata de una situación en la cual se exponen diversas perspectivas sobre la reforma de la Constitución y estas pueden ser opuestas entre sí, resulta importante poner en juego el principio de cooperación entre los diversos actores intervinientes para llegar a un resultado positivo. No es necesario añadir que la presente época, de nuestra realidad presente, se caracteriza por una falta de comunicación, de diálogo, pero sobre todo de argumentos, entre las diversas fuerzas políticas y sociales sobre los cambios y perspectivas de futuro de la Constitución.

El concepto de comunicación dialógica que hemos pretendido en esta obra no es nuevo, pero se basa en dos elementos importantes para la democracia: el diálogo y el razonamiento, para contraponer y analizar conceptos, concepciones, instituciones e institutos que se encuentran notablemente abiertos a la ambigüedad, con sus debilidades y sus fortalezas; en otras palabras, es la consecuencia de un diálogo en el que diferentes personas dan argumentos basados en pretensiones de validez y no de poder, tal como plantea J. Habermas en su teoría de la acción comunicativa.