

RCG

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES

Primer, Segundo y Tercer cuatrimestre 2016

97
98
99

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

CONSEJO DE REDACCIÓN

(Núm. 97,98 y 99 – Primer, Segundo y Tercer Cuatrimestre de 2016)

Presidente: Ana María Pastor Julián

Vicepresidente: Pío García-Escudero Márquez

José Ignacio Prendes Prendes, Pedro María Sanz Alonso, Micaela Navarro Garzón, Joan Lerma Blasco, Rosa María Romero Sánchez, María Gloria Elizo Serrano, Jorge de Esteban Alonso, Francisco Fernández Segado, Miguel Martínez Cuadrado, José Antonio Moreno Ara, Mercedes Araújo Díaz de Terán, Fernando Dorado Frías, Ana María Álvarez Pablos, Fernando Sáinz Moreno.

Consejo Asesor: Landelino Lavilla Alsina, Juan José Laborda Martín, Esperanza Aguirre Gil de Biedma, Juan Ignacio Barrero Valverde, Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, Luisa Fernanda Rudí Úbeda, Manuel Marín González, Francisco Javier Rojo García, José Bono Martínez, Jesús Posada Moreno, Patxi López Álvarez.

Director: Carlos Gutiérrez Vicén

Subdirector: Manuel Caveró Gómez

Secretaria: María Rosa Ripollés Serrano

Secretaría Técnico-Administrativa: Servicio de Publicaciones No Oficiales
y del Plan Editorial

SUSCRIPCIONES

Congreso de los Diputados

Secretaría General. Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones.

(Departamento de Publicaciones)

Floridablanca, s/n - 28071 Madrid

Teléf.: 91 390 68 21 - Fax: 91 429 27 89

E-mail: dpto.publicaciones@congreso.es

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

97, 98 y 99

Primer, Segundo y Tercer cuatrimestre de 2016

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

- 1.El original de los trabajos se enviará a “Revista de las Cortes Generales”. Congreso de los Diputados. Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones. Floridablanca, s/n, 28071 Madrid.
- 2.Los trabajos deben ir mecanografiados a doble espacio, acompañados de la versión en soporte informático, preferentemente en la versión Word para Windows.
- 3.Cada texto debe ir precedido de una página que contenga:
 - Título del trabajo.
 - Nombre del autor o autores.
 - Dirección completa y teléfono del autor.
 - Número del N.I.F.
- 4.La Revista no mantendrá correspondencia sobre los originales no solicitados que se le remitan.

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el sistema empleado —mecánico, fotocopia, grabación, etc.—, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

El Congreso de los Diputados no se identifica necesariamente con los contenidos y las opiniones sostenidas en esta publicación, sino que éstos recaen única y exclusivamente en los autores.

© Congreso de los Diputados
Depósito legal: M. 11.707-1984
ISSN: 0213-0130
Impreso en Gráficas Muriel SA

ÍNDICE

I. ESTUDIOS	Páginas
<i>Comparación y tradición constitucional. Discurso de investidura como doctor honoris causa por la Universidad Complutense de Madrid. Giuseppe de Vergottini.</i>	7
Traducción PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA Laudatio: D. JAVIER GARCÍA ROCA	
<i>Algunas consideraciones sobre el artículo 136 de la Constitución. Análisis particular del informe que debe remitir el Tribunal de Cuentas anualmente a las Cortes</i>	33
JOSÉ JOAQUÍN GARCÍA-PANDO MOSQUERA MARIA DEL VALLE FERNÁNDEZ JIMÉNEZ	
<i>Potestad legislativa y evaluación ex post de las normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación inteligente</i>	79
FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN	
II. NOTAS	
<i>Fundaciones políticas europeas, intergrupos y lobbies: un sistema de “satélites políticos” poco conocidos</i>	187
ISABELLA M. LO PRESTI	
<i>La transformación digital de las Cortes Generales y la experiencia en el Senado</i>	219
MANUEL PEREIRA GONZÁLEZ JOSÉ ÁNGEL ALONSO LÓPEZ	
<i>Técnica legislativa y crisis económica: leyes ómnibus y de medidas en el Estado y las Comunidades Autónomas</i>	239
DAVID DELGADO RAMOS	
<i>Breves notas sobre el fundamento de la delegación del voto en los sistemas representativos autonómico y local</i>	259
ALBERTO ANGUIITA SUSI	

<i>La incorporación de los derechos individuales (de libertad) por las primeras declaraciones modernas de derechos</i>	273
ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA	

<i>Algunos problemas en la articulación jurídica de los sistemas electorales autonómicos</i>	327
CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER	

III.INFORMES Y DICTÁMENES

1-Sin contenido

IV.DERECHO COMPARADO

<i>Constitución de Japón. Estudio preliminar y traducción</i>	363
MARIANO DARANAS PELÁEZ	

V.DOCUMENTACIÓN

<i>Diarios de sesiones y documentos audiovisuales en la web: coexistencia y complementariedad</i>	411
MARINA CUETO APARICIO	

VI.RECENSIONES

<i>Gómez Bravo, José Manuel (dir.). Una mirada valiente. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente, ediciones Polifemo, 2016, 382 págs.</i>	433
ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA	

<i>Garrido López Carlos y Sanz Royo, Eva. La reforma del estado de partidos, 162 pags. Ed. Marcial Pons 2016. Colección Teoría constitucional y Derecho</i>	439
MARÍA ROSA RIPOLLÉS SERRANO	

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
I
Estudios

COMPARACIÓN Y TRADICIÓN CONSTITUCIONAL.
DISCURSO DE INVESTIDURA COMO DOCTOR HONORIS
CAUSA POR LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE
MADRID. POR GIUSEPPE DE VERGOTTINI(*)

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA(**) (TRADUCCIÓN)
JAVIER GARCÍA ROCA(***) (LAUDATIO)

(*) Profesor ordinario de Derecho Constitucional (Universidad de Bolonia)

(**) Catedrático de Derecho Constitucional (Universidad de Córdoba)

(***) Catedrático de Derecho Constitucional (Universidad Complutense de Madrid)

SALÓN DE GRADOS DE LA FACULTAD DE MEDICINA

Madrid 25 de junio de 2015

Excelentísimo Sr. Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid, miembros de su Consejo de Gobierno, autoridades académicas, profesores, señoras y señores:

Sean mis primeras palabras expresión de mi profundo agradecimiento a la Universidad Complutense de Madrid por distinguirme con el grado de doctor *honoris causa*. Aprecio con todo mi sentimiento el gesto de mis colegas del Departamento de Derecho Constitucional de quienes partió la propuesta, el apoyo que recibió de la Facultad de Derecho y la decisión última de aceptarla del Consejo de Gobierno. Soy consciente de lo que significa este reconocimiento y del vínculo con que me va a unir a esta Universidad, que fortalece los que desde hace años tengo con el Colegio de España en Bolonia y con muchos profesores españoles y, a través de ellos, con este país del que siempre me he sentido y me siento cercano.

Por eso, Sr. Rector, llevaré este título con el mayor orgullo y me esforzaré en corresponder a la generosidad que representa.

En esta ocasión solemne quiero ocuparme de la *Comparación y la tradición constitucional*.

En los últimos años se ha venido sosteniendo cada vez con mayor insistencia que la difusión a nivel planetario de valores universalmente compartidos legitima el examen comparado del Derecho de los más variados ordenamientos. Los tratados de los juristas comparan o pretenden comparar institutos privados o públicos pertenecientes a ordenamientos encuadrables, según los casos, en las diferentes familias del Derecho y en las igualmente diversas formas políticas. En el área convencionalmente asignada al Derecho constitucional se comparan ordenamientos e institutos propios del Estado de derivación liberal con otros homólogos de formas de Estado autoritarias, modernizadoras o conservadoras presentes en distintos ámbitos geopolíticos. Según esta orientación, no habría límites que impidan la comparación de realidades jurídicas pertenecientes a los más variados regímenes políticos.

Todo esto es consecuencia de la convicción de que en este tiempo se han creado *espacios culturales comunes* en los que se sitúan los ordenamientos estatales. Tal proceso se ha visto facilitado por la difusión de la cultura de los derechos fundamentales a su vez propiciada por la propagación de convenios internacionales que protegen a la persona. Este fenómeno ha llevado a la que ha sido definida como una *convergencia* entre los diferentes ordenamientos estatales. Y, en efecto, es posible constatar que en los decenios transcurridos ha tenido lugar una corriente de influencia recíproca entre constituciones y convenios sobre derechos. En un primer momento, las normas de algunas constituciones han influido en la redacción de las disposiciones internacionales. Después, han sido estas últimas las que han condicionado las más recientes constituciones.

La presencia de un *espacio cultural común* es particularmente evidente en el área euro-atlántica en la que dominan los valores propios del constitucionalismo liberal. Aquí ha enraizado una comunidad de valores que facilita la homogeneidad de regímenes jurídicos. Esto es especialmente cierto en el ámbito europeo donde sobre esas premisas se ha desenvuelto un proceso de integración impulsado precisamente por el acercamiento de las diversas culturas y por la presencia de valores compartidos. No obstante, los resultados de las investigaciones sobre este área geopolítica y jurídica se extienden frecuentemente con desenvoltura a áreas culturales profundamente diferentes. Y es que,

ciertamente, resulta común la tendencia a atribuir una *valencia universal* a los valores propios de la tradición constitucional occidental pese a que en la realidad no son en absoluto universales. Sucede, pues, que desde una pretendida orientación universal de la comparación en el ámbito euro-atlántico, se aproximan áreas culturalmente lejanas de la occidental y se extiende así el método de investigación comparada de una manera indiferenciada y científicamente indemostrable.

Esta dirección de las investigaciones en clave universal no parece aceptable. Se deberían, más bien, examinar los distintos contextos teniendo en cuenta sus peculiaridades, no siempre trasladables de un área geopolítica y jurídica a otra, en la medida en que cada uno está influido por una precisa historia constitucional. En lo que respecta al área occidental, una probada vinculación de los desarrollos constitucionales de los diferentes ordenamientos estatales y el común ligamen de las normativas internacionales sobre los derechos facilita la apertura al Derecho extranjero y a la comparación.

Pues bien, a la práctica de la comparación quiero hacer referencia para comprobar si el recurso a ella debe considerarse totalmente libre o si está gravado por vínculos que la limitan. Y para ello partiré de la constatación de que *los estudios comparados en el Derecho constitucional se han asentado preferentemente en el área cultural occidental* caracterizada por valores que la diferencian de otras culturas jurídicas.

Finalidades especulativas y exigencias prácticas en la comparación

El propósito de este discurso es subrayar las relevantes particularidades que surgen al proceder a la comparación según quiénes sean los operadores que se sirven de ella y de las finalidades a las que tienden. Y es que cabe *analizar las funciones de la comparación distinguiendo claramente la hipótesis de la investigación doctrinal de la ligada al ejercicio de una función pública de normación o de jurisdicción*. Para ello es necesario constatar si en el recurso a la comparación el sujeto que la realiza está o no condicionado por la carga de compartir los valores de la tradición jurídica occidental.

El constituyente y el legislador se sirven de la comparación para orientar la formulación de un texto normativo destinado a ser operativo en el futuro en un número indeterminable de situaciones que aún no se han producido; al juez le interesa la comparación para efectuar de la manera más útil su recorrido argumental al interpretar el Derecho aplicable al caso que debe resolver. El dato comparado se usa para mejor orientar la producción de nuevas normas destinadas en *abstracto* a operar en el futuro o bien con la circunscrita perspectiva de *utilidad* para la formación de una decisión destinada únicamente a resolver un caso *concreto*. En estas hipótesis, por tanto, el recurso a la comparación ha de hacerse de modo coherente con la cultura constitucional de referencia. El creador de normas y el juez buscan en la comparación un apoyo instrumental a la mejor justificación de la creación o de la interpretación de la norma y en ese empeño no hacen más que esforzarse en observar del mejor modo los vínculos establecidos por la Constitución. Por el contrario, el investigador es libre de aventurarse en la comparación para el simple fin de ampliar su propio ámbito de estudio y comprender mejor el fenómeno jurídico y, por tanto, de cumplir su misión de conocer. Su actividad es, pues, en principio, propiamente científica y puede moverse más allá de los límites trazados por los valores del constitucionalismo occidental.

Si es así, la gran distinción que debe tenerse presente al tratar de la comparación debe descansar en la naturaleza del sujeto que la usa y en los fines que se propone al servirse de ella: *finalidades eminentemente prácticas las del creador de normas y del juez y teóricas o teórico-prácticas las del investigador.*

La distinción ciencia/práctica (el límite o la falta de él de la heterogeneidad)

En principio, el legislador y el juez pueden utilizar la comparación valiéndose de referencias a ordenamientos externos siempre que sean compatibles con los principios de la propia Constitución. No, en cambio, el investigador quien no encuentra límite alguno en la libertad del razonamiento científico. Por lo tanto, una de las diferencias más sensibles entre el comparar del jurista y el de quien realiza funciones constitucionales parece ligada a la *naturaleza más o menos exigente*

de la homogeneidad cultural –y, en consecuencia, de la pertenencia a la misma área cultural– como condición para su admisibilidad.

En síntesis y en general, quien desempeña funciones constitucionales (el creador de normas y el juez) utiliza la comparación con el Derecho externo cuando éste es ideológicamente próximo al patrimonio de valores de su propio ordenamiento. *La homogeneidad cultural se presenta entonces como uno de los presupuestos de la comparabilidad.*

En este punto, nos encontramos frente a uno de los problemas definitorios que trazan la división de las aguas mental en los procesos de sistematización del Derecho comparado. Para quien ejerce funciones constitucionales la comparabilidad se ve condicionada porque debe efectuarse dentro de espacios culturales determinados, coincidentes con los de las áreas geopolíticas que se identifican habitualmente tanto por los privatistas (familias de Derechos) cuanto por los publicistas (formas de Estado, regímenes políticos) a la hora de clasificar las formas jurídicas. En su seno se admitiría llevarla a cabo; fuera no. Justamente aquí, pienso, reaparece la sensible *diferencia entre la comparación con fines científicos y la comparación con fines prácticos.*

La cuestión se muestra suficientemente clara a propósito del ejercicio de la jurisdicción y, en particular, de la jurisdicción constitucional. A este respecto, cabe distinguir también el momento de la decisión final del preparatorio de la misma.

Por lo que hace al ejercicio de la función jurisdiccional constitucional en sentido estricto, es decir a la decisión de la sentencia, el juzgador, supuesto que tiene en cuenta preferentemente los precedentes de los jueces que forman parte de su tradición legal, *a la hora de resolver no puede encontrar justificación en ordenamientos que no compartan los principios constitucionales que informan el propio ordenamiento.* No obstante, si bien este razonamiento puede valer para el momento en que la interpretación se concreta en una decisión, cabría llegar a una conclusión diferente si se limitase al momento cognitivo que precede al decisorio. Así como la investigación y el conocimiento del Derecho y de los precedentes externos queda a la plena libertad de maniobra del juzgador, se podría plantear la hipótesis de que en la *fase cognitiva* fuera posible extender la atención también

a Derechos del todo lejanos de los principios constitucionales propios. Ahora bien, en la *fase decisoria* esto no sería posible sin traicionar a la misma Constitución que se quiere tutelar a través del proceso constitucional. La discrecionalidad del juzgador tiene, pues, una relevancia diferente en las dos distintas fases. Máxima en la primera en la que podría llevarle a tomar en consideración elementos de valoración en realidad inutilizables para la decisión por provenir de ordenamientos incompatibles con los principios constitucionales que le vinculan. Circunscrita en la segunda ya que el momento decisorio solamente permite utilizar contribuciones compatibles con los principios constitucionales. Esto explica, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional sudafricano, en su célebre sentencia sobre la pena de muerte (*The State v. Makwanaye*), entre tantas jurisprudencias, haya tomado en consideración también la favorable a la pena capital del Tribunal Supremo norteamericano pero, después, se haya separado de ella claramente en el momento decisorio por considerar la pena capital inconciliable con los principios constitucionales propios.

La interpretación es por su naturaleza una función volitiva, no un simple acto de conocimiento. El juez no se limita a tomar nota de la disposición textual sino que decide cuáles son a su parecer sus contenidos. En esta operación, que pasa de la cognición a la decisión que pone fin al proceso interpretativo, el juez puede comparar y, a su elección, recurrir a los elementos cognitivos y de valoración conexos a fuentes y precedentes externos. Y su llamada al Derecho externo puede experimentar un reflujo en la comparación que lleva a la decisión final y se proyecta en la *ratio decidendi*. En este sentido, parece correcto subrayar que el eventual recurso a la comparación afecta al momento de la formulación de la argumentación justificadora. En ese proceso, la apelación al Derecho externo anima a comprobar si los precedentes de un cierto ordenamiento, en principio compatible, no sólo son *útiles* para llegar al pronunciamiento sino, también, compatibles con la Constitución sobre la que se fundamenta el ordenamiento del juez.

Desde esta perspectiva, por tanto, es evidente que, si pensamos en la comparación judicial, los jueces se muestran *selectivos* a la hora de servirse del Derecho extranjero. Es, pues, comparable no sólo cuanto resulta útil sino además cuanto es constitucionalmente compatible.

Tal como he subrayado, muy distinta es la posición del investigador, que no se ve sujeto por el vínculo condicionante de la Constitución del ordenamiento en el que habitualmente opera.

La relevancia de la tradición constitucional

Para mejor comprender esta diferente posición se debe partir de la consideración del valor que se ha de atribuir a la *tradición constitucional* propia de cada país, es decir del conjunto de *principios valorativos* sedimentados en el curso del tiempo en las diversas áreas geopolíticas. Y esto en cuanto la tradición legal común puede ser tenida por la jurisprudencia como uno de los factores que justifican el recurso a la comparación.

Para el objeto de estas reflexiones tomaré en consideración los principios-valores de la tradición constitucional del área euro-atlántica en la que se inserta la europea, principios que hoy están condensados en el Convenio europeo de los derechos del hombre, en la Carta de Niza y en la Convención interamericana. Y es que no resulta indiferente al argumento aquí tratado también porque es en este área cultural –y, por tanto, también jurídica– donde se han afirmado el constitucionalismo y los estudios comparados que lo contemplan. De otra parte, si bien de manera inconsciente y al margen de la capacidad o del interés de asumir como referencia algún criterio lógico-sistemático al proceder a la comparación, quien se aventura a tales operaciones, bien como sujeto institucional (legislador o juez), bien como investigador, no puede prescindir del conjunto de tradiciones, de valores, de principios que son propios, o se consideran propios, de la cultura jurídica europea y que han dado lugar a las codificaciones y al *case law*, a las constituciones y, por tanto, a los principios constitucionales sobre los que descansa hoy la misma Unión Europea. Este conjunto de principios-valores se presenta muy articulado desde el punto de vista del aparato lingüístico, conceptual y operativo. Y es interesante el dato, reconocible, que ofrece su progresiva *convergencia*, la cual manifiesta un grado de intensidad diferente según la extensión del área geográfica que se considere.

Los principios de que se trata pueden ser también reconducidos al ámbito de la *western legal tradition* a la que por alguno se atribuye,

incluso, “validez universal”, lo cual implica distinguir entre la cultura occidental, de un lado, y la de ordenamientos que pertenecen a áreas culturales diferentes, de otro. Esa tradición ha de verse desprovista de veste universal desde el momento en que la realidad de los ordenamientos muestra claramente no sólo que no es la única sino, además, que no es compartida de hecho a nivel universal como a veces dejaría suponer una inaceptable lectura “globalizante” del régimen de los derechos contemplado por una multiplicidad de instrumentos internacionales. Asimismo, se debe subrayar que, una vez aclarado que la tradición occidental es solamente una de las múltiples tradiciones existentes, es menester admitir también que sería totalmente unilateral y dogmático pretender su superioridad.

Aquí debemos retener que no cabe en absoluto aceptar que la tradición occidental se identifique, coincida exclusivamente, con la versión hegemónica acogida por el pensamiento norteamericano. Según esta concepción Occidente, encarnado por los Estados Unidos de América, constituiría el auténtico modelo de la ley más allá de las variadas contingencias históricas de su evolución. Y, en efecto, la ciencia jurídica del otro lado del Atlántico ha edificado la idea y el concepto de una *western legal tradition*, de una tradición occidental del Derecho como única gran tradición de la que los varios Derechos europeos no serían más que variantes locales. Una tradición que evidentemente ve, luego, en los Estados Unidos el punto culminante de su historia espiritual, desde el momento en que habrían recibido la sabiduría histórica concreta del Derecho inglés, los valores universales iluminísticos de la revolución francesa, el ideal de un “tratamiento científico” del Derecho propio del pensamiento alemán. La aproximación norteamericana debería, en realidad, limitarse a figurar en el más amplio contexto de los principios del constitucionalismo liberal que comprende un más vasto ámbito geopolítico en el que se mueven diferentes variedades de la mencionada tradición.

Asimismo, se ha hablado de un *modelo occidental* contrapuesto a otros modelos para resaltar de manera decidida el distinto modo de concebir los derechos fundamentales reconocidos al individuo. A propósito de tal modelo se distingue la fase liberal “clásica” de la del más reciente Estado democrático-social. En ese contexto se afirma una

ulterior distinción: la que se produce en el seno de los “sistemas de Derecho occidental” entre los ordenamientos europeos continentales (área de *civil law*) y los ordenamientos angloamericanos (área de *common law*), unos y otros reconducibles a una misma tradición fundada sobre los principios cristianos y, luego, sobre los característicos de la democracia liberal. Forman parte de pleno derecho del cuadro de la tradición occidental las *tradiciones constitucionales comunes* de las que hablan los instrumentos normativos de la Unión Europea (preámbulo de la Carta de Niza de 2000; proyecto de Tratado constitucional de 2004; Tratado de Lisboa de 2009). Pero hablar de tradiciones constitucionales comunes no significa afirmar necesariamente una comunidad total: las realidades históricas europeas son particularmente complejas y del mismo modo que hay entre ellas concordancias, de igual manera existen divergencias entre los varios ordenamientos europeos. El recurso a la comparación resulta esencial para poner de manifiesto los valores comunes.

Las principales características de la tradición jurídica occidental consisten en la distinción clara entre las instituciones jurídicas (incluidos los procesos jurídicos como la legislación y la jurisdicción así como las normas y conceptos jurídicos que surgen de ellos) y los otros tipos de instituciones, en particular la religiosa. Además, la gestión de las instituciones se confía a grupos de sujetos que se dedican a actividades jurídicas de forma profesional después de haber obtenido una formación universitaria especializada. A este respecto, debemos recordar que existe una relación compleja y dialéctica entre el cuerpo de doctrinas jurídicas y las instituciones en la medida en que la doctrina racionaliza los institutos jurídicos que, a su vez, son aplicados por el conjunto de órganos estatales.

En la *distinción entre política y Derecho* reside un rasgo fundamental de la tradición jurídica occidental. Fundamental porque es capaz de minimizar las diferencias entre *common law* y *civil law* al subrayar la existencia de un conjunto de valores comunes a los dos sistemas. La presencia en muchos Estados europeos de constituciones rígidas puestas como fundamento de un mecanismo de control jurisdiccional de la actividad del poder político documenta esos valores.

Tradiciones constitucionales y límites a la comparabilidad

Los principios-valores identificadores del sistema jurídico, es decir la tradición constitucional que lo caracteriza, constituyen *para el creador de normas y para el juez un límite a la posibilidad de servirse de la aportación de valores incompatibles procedentes de sistemas diferentes*.

Por lo que hace a la actividad de las jurisdicciones se comprende, pues, que el juzgador, a fin de formar su propia convicción, se incline a comparar a través de fuentes de ordenamientos de su misma área cultural.

No es casual, por ejemplo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en distintas circunstancias, además de considerar la normativa de ordenamientos que forman parte del Convenio, extienda su mirada a otros ordenamientos extraños a él pero que comparten sus principios.

La sentencia de 4 de diciembre de 2003, *MC contra Bulgaria* (recurso 39272/98) llega a ver en la ausencia de consentimiento de la víctima la clave de la noción de violencia sexual después de un largo *excursus* sobre la disciplina de los ordenamientos que forman parte del Convenio, a los que añade el de los Estados Unidos (en los párrafos 129 y siguientes).

La sentencia de 15 de junio de 2013, *Eweida and others v. The United Kingdom* (recursos 48420/10, 51671/10 y 36516/10) compara la legislación en materia de ostentación de símbolos religiosos en veintiséis países miembros del Convenio (párrafo 47) y amplía el examen a Estados Unidos y Canadá, países de la misma área cultural. La sucesiva sentencia de 17 de diciembre de 2013, *Perincek c. Suisse* (recurso 27510/08), en materia de legislación sobre el negacionismo, examina el régimen previsto en catorce países miembros y extiende nuevamente la comparación a Estados Unidos y Canadá (párrafo 30).

El Tribunal Supremo de Israel, para valorar eventuales discriminaciones a parejas homosexuales en materia laboral valora su superación haciendo referencia a las transformaciones sociales habidas en el *western world*. Examina, luego, los precedentes en las jurisprudencias

de Francia, Dinamarca, Suecia, Noruega, Canadá, Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al objeto de concluir que el resultado al que han llegado es extensible a Israel (*El-Al Airlines Ltd. V. Jonathan Danielowitz et. al.*, HCJ 721/94, párrafos 35 y siguientes). El Tribunal Supremo brasileño hace numerosas referencias al Derecho y a la jurisprudencia estadounidenses, alemanes, portugueses, españoles e ingleses al enjuiciar un caso relativo a la libertad de prensa (sentencia nº 130 de 30 de abril de 2009). La reciente sentencia de la Corte Constitucional italiana en materia de efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad (10/2015, subpárrafo 7), al dirigir su atención al régimen de “constituciones democráticas y pluralistas”, ha destacado que “*la comparación con otros Tribunales constitucionales europeos –como, por ejemplo, los austriaco, alemán, español y portugués– muestra que la contención de los efectos retroactivos de las decisiones de ilegitimidad constitucional es una praxis difundida, también en los juicios en vía incidental, con independencia del hecho de que la Constitución o el legislador hayan conferido explícitamente tales poderes al juez de las leyes*”. En consecuencia, “*Una regulación semejante de los efectos temporales debe considerarse consentida también en el sistema italiano de justicia constitucional*”.

Al igual que se ve compatible con el respeto de los principios constitucionales el hecho de que el juez deba hacer referencia a normativas o praxis aplicativas propias de ordenamientos que los comparten, del mismo modo, pero en sentido contrario, es comprensible la negación de la posible utilización del Derecho de ordenamientos que rechazan o no comparten dichos principios.

No es casual que en el conocido diálogo entre los jueces Breyer y Scalia en torno al uso del argumento de Derecho comparado en las sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, el segundo haga notar al primero lo problemático de su evocación del ordenamiento de Zimbabwe en un caso relativo a la pena de muerte. Según admite el mismo Breyer, Zimbabwe no puede figurar desde luego entre “*los campeones en la tutela de los derechos humanos*” y, por tanto, esa cita habría sido un error táctico argumentativo, insubsanable incluso frente a la universalidad del objeto de la sentencia, o

sea la muerte impuesta por el Estado. El Tribunal Supremo de India al comparar los remedios previstos por el ordenamiento indio con los presentes en el ordenamiento de los Estados Unidos en materia de acciones positivas dirigidas a superar formas de discriminación de las clases subprivilegiadas ha excluido el uso en el sistema indio de las formas de igualación previstas en los Estados Unidos por no ser compatibles con las directivas (*directive principles*) previstas por la Constitución india (artículos 14, 18 38) (*Ashola Kumar Thakur v. Union of India*, 2008 (56), BLJR12, 96, parágrafo 175). En la Cámara de los Lores, que hasta 2009 fue el equivalente de un Tribunal Supremo e hizo un uso frecuente del Derecho extranjero, en el caso *White et alia v. Jones* de 1995, Lord Goff recomendaba poner extrema atención al llevar a cabo la comparación entre sistemas pertenecientes a tradiciones jurídicas diferentes.

Es particularmente significativo el dato que emerge del análisis de la jurisprudencia constitucional de los tribunales europeos orientales desde los primeros años noventa del siglo pasado. A pesar de una larga proximidad cultural, política y constitucional con la Unión Soviética, ninguno de estos tribunales hace nunca uso del vigente Derecho ruso. Y eso porque resultaría antitético respecto de los valores democráticos del constitucionalismo liberal de tradición occidental que han asumido.

Valga como ejemplo el caso *PL US I/2008*, de 23 de septiembre de 2008, del Tribunal checo en materia de derechos sociales. El Tribunal, al reconstruir el desarrollo histórico de la protección constitucional de tales derechos, señala la primacía (en orden cronológico) de la Constitución staliniana de 1936. No obstante, inmediatamente se apresura a subrayar la ineffectividad de tales normas en tanto “eran cruelmente contradictorias, no sólo respecto de la praxis, sino también del respeto a las disposiciones de rango legislativo y sublegislativo que les daban cumplimiento”. La incomparabilidad entre el ordenamiento checo de hoy en día y el dato normativo soviético, incluso a la luz de la tutela formal de los derechos sociales garantizados por este último, está justificada por el carácter antiliberal del régimen soviético, antitético respecto de los valores que fundamentan el constitucionalismo europeo. No por azar, el Tribunal pasa inmediatamente después a un

análisis comparado de los ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea a fin de aportar una solución al caso que se le había sometido.

En cambio, en el supuesto del análisis comparado con fines científicos no juegan los límites que se acaban de recordar. Cuando la comparación se aleja de las finalidades prácticas que influyen en la actividad del creador de normas y del juez, se debe observar que excluir la de los ordenamientos estatales solamente porque son “heterogéneos” por pertenecer a formas de Estado diferentes es un contrasentido. Compete, en efecto, a cada investigador establecer los horizontes de su empeño científico y no es concebible obstaculizar el conocimiento de los distintos ordenamientos, que es el fin de la ciencia comparada. Además, es pacífico que la comparación puede llevar a poner de relieve, más allá de las coincidencias, diferencias permitiendo así identificar los modelos y formular clasificaciones.

Por lo demás, en la práctica el análisis científico no puede prescindir del contraste entre ordenamientos inspirados en valores distintos cuando se piense, por ejemplo, en la necesidad de estudiar las relaciones entre los ordenamientos de Estados recién independizados (la casi totalidad de los ordenamientos africanos y asiáticos) y los de las potencias europeas coloniales. O entre las distintas fases históricas de ordenamientos que pasan de la vigencia de los principios del Estado liberal a la de los del Estado autoritario o viceversa (los ordenamientos iberoamericanos y los ordenamientos griego, español y portugués de un pasado no lejano, por poner ejemplos de vivo interés para el investigador italiano). Obviamente, la comparación realizada entre ordenamientos encuadrados en formas de Estado diferentes no puede prescindir de profundizar en los rasgos sustanciales de los ordenamientos constitucionales examinados y ha de desconfiar de los simples contrastes de semejanzas formales que a primera vista podrían inducir a extraer conclusiones precipitadas que pronto se revelan inexactas y desviadas.

Así, pues, el estudio comparado de ordenamientos heterogéneos está perfectamente justificado en el marco de la ciencia comparada y se debe tener presente que la insistencia con la que la mayor parte

de la doctrina pretende la homogeneidad de los ordenamientos como requisito de la comparabilidad o desconfía de proceder a contrastes apresurados, deriva del hecho de que la comparación tiene, entre otras, la importante función de ofrecer materiales para la adopción de textos constitucionales y legislativos o para llegar a la armonización o a la unificación del Derecho, objetivos que indudablemente se alcanzan más fácilmente moviéndose en el seno de disciplinas normativas homogéneas surgidas en ordenamientos que forman parte de la misma forma de Estado. Solamente cuando el objetivo final de la comparación sea el paso de una forma de Estado a otra, como sucede a menudo en los fenómenos reconducibles a las llamadas transiciones constitucionales, la adopción de nuevos textos constitucionales y legislativos podrá descansar en valoraciones comparadas que tienen por objeto ordenamientos heterogéneos.

Por lo tanto, si bien es comprensible que la comparación entre ordenamientos *homogéneos* pueda considerarse facilitada por las afinidades y coincidencias que caracterizan los elementos que los identifican, no cabe excluir la comparabilidad de ordenamientos considerados *heterogéneos*. La comparación entre estos es consecuencia de los objetivos que se propone el investigador y el resultado de la investigación, junto al descubrimiento de similitudes y equivalencias, bien puede llevar a poner de manifiesto diferencias. En conclusión, la comparación entre ordenamientos estatales incluidos en formas de Estado (o en regímenes políticos) distintas es científicamente legítima con tal de que sea funcional a los objetivos de la investigación.

Aceptar la comparabilidad con fines científicos en el sentido ahora precisado, no significa, sin embargo, desconocer la permanencia de radicales diversidades entre las culturas y las correspondientes concepciones del Derecho y de la organización del poder. Quiero decir que no es admisible ver en los efectos de la llamada “globalización” la superación de tales diferencias. La permeabilidad entre culturas, allí donde se produzca, no comporta la desaparición de la heterogeneidad en tanto permanecen “divisiones y fracturas” infranqueables entre el mundo occidental y otros ámbitos geopolíticos.



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
MADRID

LAUDATIO DEL PROFESOR GIUSEPPE DE VERGOTTINI, EN
EL ACTO DE SU INVESTIDURA COMO DOCTOR “HONORIS
CAUSA” POR LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE
MADRID

PRONUNCIADA POR EL DOCTOR DON JAVIER GARCÍA ROCA

1. Excelentísimo y Magnífico Sr Rector de la Universidad Complutense de Madrid, Ilustrísimo Señor Decano de la Facultad de Derecho, autoridades académicas, familiares del laureado, colegas, miembros de la comunidad universitaria, señoras y señores que nos acompañan en este acto de investidura como doctor *honoris causa* del Profesor Giuseppe de Vergottini.

Es para mí un placer y un honor realizar la *laudatio* o elogio académico en nombre del Departamento de Derecho Constitucional que ahora dirijo y que hizo la propuesta. Los copiosos méritos del laureado me hacen sencilla la alabanza, aunque no oculto que albergo cierta nostalgia provocada por el inexorable transcurso del tiempo. Recuerdo mi visita al Profesor De Vergottini, con Pablo Santolaya, en 1983 y por indicación de nuestro maestro –y de tantos de los presentes– el Profesor Lucas Verdú. Buscábamos que nos orientase en la realización en Italia de nuestras tesis doctorales sobre la emergente descentralización territorial española. Caigo en la cuenta ahora de que han pasado nada menos que treinta años. Giuseppe de Vergottini ya había realizado esta tarea primero con Pablo Lucas Murillo de la Cueva y lo hizo poco después con Raúl Canosa. La nueva España democrática miraba hacia Italia en numerosas cuestiones constitucionales, por acción o por reacción, a la par que los iuspublicistas españoles nos veíamos obligados a emigrar para aprender el oficio al amparo de los maestros italianos o alemanes, que vivían en ordenamientos con más largas experiencias constitucionales.

Con el transcurso del tiempo, los viajes a través de los Alpes han acabado consolidándose en ambos sentidos de la marcha y es habitual hoy la cooperación entre las universidades españolas e italianas, y, en particular, entre las universidades de Bolonia y Complutense. Son numerosas las iniciativas conjuntas entre ambas sedes y una de ellas de singular importancia debe ser la *doppia laurea* en Derecho que estamos preparando así como los estudios de posgrado que al amparo de la misma surjan. El Profesor que recibimos como doctor *honoris causa* simboliza perfectamente esta colaboración histórica entre ambas casas de estudios.

2. Recordemos algunos datos de su extenso currículo sin incurrir en hipérboles y manteniendo cierta gravedad castellana. Giuseppe de Vergottini nació en la Toscana (Pisa) en 1936. Se licenció en 1959 en la Facultad

de Derecho de la Universidad de Bolonia, de la que su padre, reconocido historiador del Derecho fue decano mucho tiempo . Ha enseñado en Pisa y Módena y, sobre todo, en la *Universidad de Bolonia* tras la consecución de la cátedra en 1974 y donde es actualmente Profesor Emérito de Derecho Constitucional. La vieja *alma mater studiorum* es la universidad europea más antigua, pues fue fundada en 1088, pero mantiene hoy vitalidad, excelencia y una vocación a la internacionalización que alienta su privilegiado entorno cultural y su ubicación geográfica. Durante casi cuatro décadas, De Vergottini ha explicado allí derecho constitucional y derecho público comparado, creando una vasta escuela de discípulos italianos, españoles e iberoamericanos.

Es Presidente Honorario de la prestigiosa *International Association of Constitutional Law* (IACL) en la cual lleva participando diez años en la organización de actividades académicas; dentro de su comité ejecutivo, he podido constatar el respeto con el que allí se le escucha y la diplomacia y *savoir faire* con los que se mueve. Ha sido socio fundador de la *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (AIC) y miembro de su consejo directivo durante otra docena de años. Una asociación que mantiene relaciones fraternales de estudio y cooperación con la *Asociación de Constitucionalistas de España* (ACE) y con la francesa. Su aportación pues a la vertebración e integración de quienes somos por oficio constitucionalistas ha sido muy relevante. De forma complementaria, es directivo de la antigua *Accademia delle Scienze* de Bolonia, toda una institución en la ciudad, así como del centro en la misma de la Johns Hopkins University (JHU).

Es miembro de los *consejos de redacción* de varias revistas y editoriales jurídicas de relevancia, entre las que destacaré su participación en las publicaciones de la prestigiada editorial CEDAM y en la dirección de la nueva revista *Percorsi Costituzionali*. Son, por otra parte, numerosas sus *publicaciones* en varias materias como luego señalaré con más calma.

Ha sido habitual la colaboración de nuestro constitucionalista con el muy antiguo y respetado *Colegio de España en Bolonia*, fundado por el cardenal Gil de Albornoz en el año 1364, donde dos Magistrados del Tribunal Supremo, un ministro de justicia y muchos catedráticos y profesores españoles –algunos de los cuales están aquí presentes– escribieron sus importantes tesis bajo el influjo y el apoyo de su discreto y

elegante magisterio. El colegio ha sido un vehículo esencial de recíprocas fertilizaciones entre España e Italia. Sólo como testimonio de deuda y agradecimiento por su esfuerzo y dedicación en la promoción de tantas tesis doctorales, el nombramiento que ahora elogio vendría, sin duda, justificado a la vista de sus espléndidos resultados.

Estas labores académicas, como investigador y docente, ha sabido compaginarlas siempre con su experiencia como *Abogado* con despacho en las ciudades de Bolonia, Roma y Milán al igual que hacen frecuentemente otros catedráticos boloñeses e italianos. El ejercicio de la profesión o las experiencias prácticas en administraciones públicas y en órganos constitucionales, arbitrales o jurisdiccionales son parte nada desdeñable en la formación de un jurista de Estado, dada la vocación a la solución de conflictos reales que todo buen derecho entraña. La disociación entre teoría y realidad jurídicas no es posible ante el acusado carácter experimental que otorga al derecho la repetición de los casos y conductas; una cualidad que le da cierta especificidad respecto de otras ciencias sociales y humanísticas. De Vergottini se ubica confortablemente en esta vocación de jurista orientado a la práctica y hacia la acción en el Estado.

Así, recientemente ha sido designado, por sus méritos, primero, miembro de la comisión paritaria para el desarrollo del Estatuto de *Friuli Venezia Giulia* (2009-2013), una región de estatuto especial; y, más tarde (2013), miembro de la Comisión para la *reforma constitucional* por la Presidencia del Consejo de Ministros. Tanto en España como en Italia la reforma constitucional está actualmente en los debates universitarios y en la agenda de reformas pendientes, pese a que llevan diferentes ritmos en uno y otro lugar. Esperemos que el barco llegue algún día a buen puerto en ambas naciones, y que nuestros gobernantes recuperen el deseo y la confianza de vivir “en” Constitución. La reforma constitucional es una obligación estructural y una condición de supervivencia de las normas supremas para ir adaptándolas a realidades sociales cambiantes. Ésta es parte de la pedagogía que un buen derecho constitucional debe hacer.

Por estos motivos, las *Universidades* de Lisboa (2003), Atenas (2012) y Buenos Aires (2012) tuvieron a bien concederle el doctorado

honoris causa. De manera que la Complutense se suma con este merecido acto a un coro armonioso de agradecimientos y celebraciones.

Conviene recordar, porque –creo– prestigia este momento, que nuestra Universidad ha nombrado doctores *honoris causa*, además de al Presidente de la República Sandro Pertini, a varios eminentes juristas italianos, entre los que se cuentan, a los Profesores Norberto Bobbio, Massimo Severo Giannini, Antonio La Pergola, Fabio Roversi-Monaco, y Luciano Vandelli; estos tres últimos boloñeses de origen o adopción y todos ellos maestros de gran influjo en España. De Vergottini va a pasar a sumarse a este elenco de maestros.

3. Pero hablemos de pensamiento jurídico y de la obra científica de quien homenajeamos. La circulación de ideas entre juristas italianos y españoles ha sido central desde antaño. Recordemos la génesis medieval del viejo *ius commune* en Bolonia donde todavía, como un símbolo, la casa del glosador Accursio preside su plaza mayor. Fue un primer embrión del derecho europeo pues a Bolonia, en el corazón de Emilia Romagna, acudieron juristas de muy variados lugares a aprender los fundamentos del derecho y llevaron más tarde consigo una misma cultura jurídica a sus países de origen en sus equipajes. Todavía ahora pueden leerse excelentes tratados de *ius commune*. La obra científica de Giuseppe de Vergottini engarza con estas prolongadas relaciones entre ordenamientos jurídicos que emanan de una tradición jurídica romano-germánica; y se asienta, en lo que ahora nos atañe, entre dos constitucionalismos, el italiano y el español, con abundantes interacciones, según evidencia el recuerdo de los influjos recíprocos sobrevenidos tras la Constitución de 1812, el Estatuto Albertino de 1848, la Constitución de la II República de 1931, la Constitución italiana de 1947 y nuestra actual Ley Fundamental de 1978.

En tiempos en que la influencia del derecho anglosajón o en lengua inglesa es notable –casi apabullante–, tanta que ha llegado a crear una brecha (*gap*) como consecuencia de sus sustanciales diferencias metodológicas y de contenido con el nuestro, conviene subrayar la solidez intelectual de esta tradición europea e italo– española. No se trata de desdeñar la apertura al derecho comparado como ahora se pregona, pero sí de preservar como eslabones de una cadena –esa es una de las misiones de la universidad– el hilo conductor de nuestra cultura jurídica

para las generaciones venideras. Éste debe ser un ingrediente esencial de cualquier comparación o fertilización recíproca que no puede consistir en desapoderarnos de nuestros principios, categorías e instituciones en beneficio de otras sino en enriquecerlos y flexibilizarlos mediante mutuas concesiones e interacciones. No todo el derecho constitucional es anglosajón ni se escribe en lengua inglesa ni menos aún al modo estadounidense ni podemos desperdiciar un filón de pensamiento jurídico generado durante siglos. Giuseppe de Vergottini representa bien ese legado *more italico* que es menester continuar sembrando. Frente a la hegemonía anglosajona, algunos hemos sostenido ese debate en pro del pluralismo jurídico a menudo en los órganos de dirección de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL).

4. Son muchas las áreas en las que De Vergottini ha investigado y numerosos los trabajos que ha publicado en prestigiosas editoriales italianas, españolas e iberoamericanas. Por ello me limitaré a recordar sus principales contribuciones. Una primera dedicación al *derecho comunitario y europeo* tuvo como hito la monografía *Planificazione statale e intervento comunitario* (1967) que fue estimulada por dos clásicos de poderoso influjo en España como fueron los profesores Mortati y Giannini. La línea de investigación se mantuvo, porque muchos años más tarde vinieron las voces *Costituzione Europea* (2006) y *La forma di governo della Unione Europea* (2009), publicadas en sendas enciclopedias jurídicas. Es asimismo remarcable su participación como experto independiente o asesor en derecho europeo en varios ministerios y, en particular, bajo la Presidencia de Spadolini a principios de los años ochenta. Una línea de cooperación entre academia y Estado que ha seguido siempre.

Recientemente, De Vergottini ha participado también en el debate sobre el alcance de la expresión “diálogo” entre tribunales de derechos fundamentales en distintos niveles mediante su provocador monografía *Oltre il dialogo tra le Corti* (2010) cuya traducción al castellano por Pedro Tenorio ese mismo año tuvo la oportunidad de auspiciar desde el Instituto de Derecho Parlamentario de esta Universidad, así como de prologar con un estudio previo. Nuestro autor llamaba la atención sobre la vaguedad del término y analizaba la diversidad de situaciones y fenómenos jurídicos que engloba, formulando ciertas advertencias, sobre algunas de

las cuales volverá en su discurso de hoy. Ésta es una cuestión central, dentro de la actual situación europea de pluralismo constitucional, que debe compaginar nuestras tradiciones estatales comunes con la integración en la Unión y a través del Consejo de Europa, así como un cierto margen de subsidiariedad estatal al modo de un contra-límite de tiempo en tiempo más reducido. Tenemos actualmente dos constitucionalismos materiales junto a nuestras constituciones formales, y los tribunales europeos de Luxemburgo y Estrasburgo asumen cada vez más un rol protagonista, que con toda probabilidad llevará progresivamente a fusionar los controles de constitucionalidad y convencionalidad y a la europeización de las jurisdicciones constitucionales. Unas transformaciones sin precedentes y sólo comparables a las europeas del período de entreguerras en los años veinte y treinta cuando surgió el derecho constitucional clásico.

También se ha ocupado en numerosas publicaciones De Vergottini de la *seguridad y defensa nacionales* y de sus relaciones—no siempre claras en Europa, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos—con la política exterior. Subrayaré, entre otros trabajos, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale* (1971), *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide della democrazia* (2004), o el más cercano “Il repudio de la guerra” (2013). Igualmente aquí son remarcables sus aportaciones en comisiones de expertos formadas por diversos gobiernos italianos.

Especial influencia en las monografías y estudios de diversos profesores españoles han tenido sus trabajos sobre la *oposición parlamentaria*. Así el libro *Lo Shadow Cabinet* (1973) y la voz “Opposizione parlamentare” (1980) en la clásica *Enciclopedia del diritto*. El estudio del papel de la oposición era insólito en Europa fuera del derecho inglés y de las islas y fue entonces una importante novedad. Todavía es mucho lo que se puede escribir sobre la función de oposición y su impacto en la forma de gobierno, en la función parlamentaria de control y en el fortalecimiento de la democracia representativa. La categoría y la función parecen haber venido para quedarse. De Vergottini lo ha puesto de manifiesto al destacar que la forma de gobierno democrática se caracteriza y distingue por garantizar la función de oposición.

Son igualmente significativas sus aportaciones sobre el *Estado federal*, y sobre la reforma institucional en el seno de la *reforma constitucional*,

así como sobre las *transiciones constitucionales*. Traeré a colación su monografía *Le transizioni costituzionali* (1998) publicada luego en castellano en 2002. Años antes, se ocupó en particular de algunas de ellas. En 1976 expuso en *Le origini della seconda repubblica portoghese* las claves del proceso constituyente que siguió a la revolución de los claveles y explican los problemas políticos y constitucionales que Portugal debió afrontar después. Y en 1978 promovió la publicación de un volumen en el que se examinaban los aspectos principales de la entonces en curso transición española. Me refiero al libro por él dirigido *Una Costituzione democratica per la Spagna*.

Pero, sobre todo, deben subrayarse sus acendrados esfuerzos en favor del *derecho constitucional comparado*, disciplina donde la Universidad de Bolonia es un referente. Al modo de bandera de este enfoque y tras diversos estudios previos, De Vergottini publicó su *Diritto Costituzionale Comparato* (1981). Un manual sistemático que ha alcanzado nueve ediciones, la última de ellas en 2013. El libro fue pronto traducido al castellano en 1983 (2ª edición en 1985) y prologado por el Catedrático de la Complutense Pablo Lucas Verdú, siendo usado en varias universidades españolas durante un tiempo como una introducción a la parte general del derecho constitucional, que sustituyera a las tradicionales lecciones de derecho político, que acabaron luego por desaparecer en provecho de un tratamiento más exhaustivo del nuevo derecho constitucional español y de sus necesidades. Destacaba Don Pablo en su introducción, la orientación que presidía el trabajo a caballo entre norma y realidad social, lo que él llamaba “la expansión del método técnico jurídico”, afirmando que era una seña de identidad de los constitucionalistas italianos. Desde esta perspectiva, algunos aprendimos el oficio frente a otras orientaciones más formalistas y preocupadas casi exclusivamente por el razonamiento lógico y el comentario jurisprudencial. Ese texto ha formado a muchas generaciones de alumnos y profesores italianos y, como hemos visto, también a algunas de españoles. Recuerdo haber prácticamente empezado mis trabajos como docente explicando ese manual tras abandonarse en las aulas los antiguos cursos de derecho político. Giuseppe de Vergottini ha sido, sobre todo, un maestro de comparatistas. No es pues extraño que encabezara ese libro con un capítulo sobre ciencia de la comparación y el método comparado. Un objeto que ha abordado con provecho en varios artículos, alguno de ellos traducido al español.

En ese estudio sistemático se distinguía el Estado de derivación liberal o de cultura occidental de otros tipos de formas políticas no homogéneas: Estados socialistas, Estados recién independizados, Estados autoritarios y otras soluciones autoritarias difícilmente clasificables. El rechazo del constitucionalismo liberal democrático estaba presente en todas estas otras variantes y patologías. De manera que no cabe pensar en una forma de Estado universal a la hora de comparar. Después escucharemos a De Vergottini en su discurso de investidura retomar con coherencia este presupuesto de su discurso teórico como comparatista: la *western legal tradition*. En este punto recordaré algo que se ha dicho de su esfuerzo comparatista: nos ha permitido comprender mejor el Estado y el derecho que lo organiza.

En este contexto, se inscribe igualmente su participación en el comité ejecutivo de la *Asociación Internacional de Derecho Constitucional* (IACL), seguramente el mejor foro en estos temas y desde luego el más activo, mediante la constante organización de mesas redondas y congresos en diversos lugares y regiones del mundo en los cuales debaten en lengua inglesa y francesa expertos y profesionales de primer nivel.

Completa el terreno de sus aportaciones pedagógicas y prope-deúticas, de las que se han beneficiado generaciones de alumnos, un segundo manual de no menor impacto: “*Diritto Costituzionale*”. Un curso centrado en el ordenamiento de la República italiana tanto en su funcionamiento interno como en su encuadramiento en la comunidad internacional y en los derechos y libertades, y que iba ya por su octava edición en 2012. De nuevo, su tratamiento dogmático aúna la exposición sistemática de las normas jurídicas con la atención al *diritto vivente* que se desprende de la jurisprudencia y de los usos y convenciones aparecidos en su aplicación. De Vergottini afirma: no se trata de ofrecer al lector una simple exposición de los principios sino también una descripción del derecho constitucional vigente. Lamentablemente, los que nos vemos obligados a explicar a los alumnos cuestiones como pueden ser la democracia representativa, o el funcionamiento de los partidos políticos o del sistema parlamentario nos vemos forzados a contraponer a menudo el “deber ser” normativo con el escurridizo “ser” de unas realidades en fuertes tensiones con las normas. No siempre es un ejercicio edificante pero no es por ello menos necesario.

5. Por último pero no menos importante, me sorprende que nuestro profesor boloñés además haya sido capaz de hallar tiempo para crear, nutrir y mantener unida a una amplia familia, en la que se cuentan también juristas, que ahora mismo le acompaña en este acto y a la que deseo transmitir mi sincera enhorabuena en nombre de todos sus colegas españoles.

6. Finalizaré recordando las palabras que el maestro Costantino Mortati nos enseñó a muchas generaciones de publicistas italianos y españoles en sus clásicas “Instituciones de derecho público” y que a buen seguro Vergottini conserva en su memoria. Debe movernos la exigencia de que las instituciones jurídicas se expongan conforme a su regulación en las normas positivas y las exigencias ideológicas y prácticas que las promovieron, también de acuerdo con su existencia real y efectiva, y, desde luego, sin separar conocimiento jurídico y conciencia ciudadana. Diríase que abrigando los principios republicanos y valores democráticos que alientan la cultura del constitucionalismo.

El Profesor Vergottini ha seguido este sendero luminoso y nos ha abierto una amplia ventana al método comparado, que es hoy un argumento más de la interpretación jurídica y, con mayores razones, en la muy específica y estimativa interpretación de las normas constitucionales, ya sean propias o europeas.

Concluiré. Por lo expuesto, creo haber aportado suficientes pruebas y argumentos sobre los méritos y capacidades del doctorando, de acuerdo con la *laudatio* que me ha sido encomendada, y solicito se proceda a investir al Profesor Giuseppe de Vergottini del grado de doctor *honoris causa* por la Universidad Complutense de Madrid.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTÍCULO 136 DE LA CONSTITUCIÓN. ANÁLISIS PARTICULAR DEL INFORME QUE DEBE REMITIR EL TRIBUNAL DE CUENTAS ANUALMENTE A LAS CORTES

JOSÉ JOAQUÍN GARCÍA-PANDO MOSQUERA(*)

MARÍA DEL VALLE FERNÁNDEZ JIMÉNEZ(**)

SUMARIO : I.-PLANTEAMIENTO. II.— UNA VUELTA A LOS ORÍGENES: LA MEMORIA —DICTAMEN SOBRE LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO DE 1978; EL DICTAMEN ELABORADO POR LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA SECRETARÍA DEL CONGRESO SOBRE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA QUE HABRÍA DE DARSE A LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO Y EL DICTAMEN FINAL DEL PLENO DEL CONGRESO, DE 28 DE JUNIO DE 1984: A) ANTECEDENTES; B) EL DICTAMEN SOBRE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO DE 1 DE DICIEMBRE DE 1983; C) EL DICTAMEN DEL PLENO DEL CONGRESO DE 28 DE JUNIO DE 1984. III.— LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO: A) BREVE RESEÑA HISTÓRICA; B) LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO EN LA ACTUALIDAD; C) A MODO DE CONCLUSIÓN. IV EL INFORME ANUAL DEL ARTÍCULO 136.2 DE LA CONSTITUCIÓN: A) NORMATIVA REGULADORA; B) LA BREVE HISTORIA DEL INFORME ANUAL; B.1) ETAPAS EN EL CAMINO; B.2) ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS ANTECEDENTES DEL ACUERDO PLENARIO DE 28 DE JUNIO DE 2001 Y

(*) Letrado del Tribunal de Cuentas

(**) Auditora del Tribunal de Cuentas

DE LA MOTIVACIÓN DE LA MEMORIA DE ACTUACIONES DE LOS EJERCICIOS 1999, 2000 Y 2001; c) UNA PROPUESTA DE INFORME ANUAL PARA EL FUTURO.

I. PLANTEAMIENTO.

En febrero de 2014, en un acto conmemorativo del 140 aniversario de la Intervención General de la Administración del Estado, comenzaba D. ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO la exposición de su lección magistral formulando la siguiente cuestión: ¿por qué el debate del Presupuesto, que históricamente ha constituido la más alta expresión del poder del Parlamento y del control sobre el Gobierno, ha perdido importancia hasta convertirse en un debate ritual dirigido más hacia cuestiones políticas generales que pudieran atraer la atención de la opinión pública hacia tal o cual partido político o a exigencias clientelares de determinados grupos sociales que hacia un examen serio y riguroso de las grandes decisiones de gasto y su coherencia con la ordenación de la economía?.

Durante el desarrollo posterior de su conferencia fue dando respuestas a tal cuestión, desgranando y analizando las diversas causas que llevan a tal estado de cosas, enumerando entre las mismas y de forma muy principal, citando a GARCIA AÑOVEROS, la circunstancia de que la Constitución concibe el presupuesto «como una cuestión de poder *político* y de equilibrio entre poderes, no de equilibrio económico».

A propósito de la institución presupuestaria, la doctrina ha venido a concluir, de forma prácticamente unánime, en la existencia de una tremenda desigualdad de condiciones y medios del Parlamento frente al Ejecutivo; MARTÍNEZ LAGO ha descrito la situación en lo referente al debate y votación del presupuesto, utilizando una expresión que ha tenido amplio eco, como de pérdida de la centralidad parlamentaria(1), deteniéndose a analizar las causas que a su juicio lo provocan.

(1) Vid M.A. MARTÍNEZ LAGO, “El control parlamentario sobre el presupuesto público” en Presupuesto y Gasto Público 48/2007. En relación a la señalada pérdida de centralidad parlamentaria, dicho autor distingue entre causas internas y externas al debate en el Parlamento. Entre las primeras señala la frecuencia con la que el Gobierno incumple la obligación de remitir una memoria económica de los proyectos de ley, lo que supone una omisión de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre los mismos; entre las causas externas señala el uso excesivo por el Gobierno de la figura de los decretos-leyes y, como tercera causa, la

La desigualdad de la que hablamos no sólo se hace patente en el momento del debate y votación del presupuesto, sino también en el momento de su control, debiendo además tenerse siempre presente el carácter cíclico del mismo así como la importancia adquirida en el documento presupuestario por las obligaciones financieras de carácter plurianual, de suerte que se puede decir que el control que se hace sobre cómo se ha ejecutado el presupuesto de un determinado ejercicio tiene, o puede tener, influencia decisiva de cara a la planificación presupuestaria no sólo del ejercicio siguiente sino también de ejercicios posteriores.

CAZORLA PRIETO, en un artículo publicado en el año 1981, puso de relieve que los obstáculos que el Parlamento encuentra «para llevar a cabo la mentada fiscalización son ingentes. La realidad nos demuestra la dificultad técnica que entraña la tarea; la complejidad de los instrumentos que en materia económica se utilizan; la pluralidad de figuras con las que actúa el sector público; el volumen del gasto público, aplastante desde tantos puntos de vista; los escasos medios tanto materiales como personales con los que, con frecuencia y particularmente en el caso español, cuentan los Parlamentos; las limitaciones tanto temporales como materiales que empañan la actividad económica de las Cámaras en general y su acción fiscalizadora en particular, esta contundente realidad –decimos– demuestra lo desamparado de las Cámaras en cometido tan relevante para ellas y para el equilibrio de poderes.

En este conjunto de circunstancias el Tribunal de Cuentas encuentra su auténtico significado como institución que, sin perjuicio de su rico pasado, alcanza toda su razón de ser en el seno de lo que hemos llamado Estado contemporáneo(2)».

La Constitución consagra al gasto público cuatro artículos; uno de ellos, el artículo 31.2, ubicado en la parte dogmática, entre los “derechos

facultad concedida en el artículo 55.3 de la Ley General Presupuestaria al Gobierno para autorizar los créditos extraordinarios y suplementarios para atender obligaciones del ejercicio corriente, siempre que se financien dichas variaciones con baja en el fondo de contingencia.

(2) Vid. L.M. CAZORLA PRIETO “Relaciones del Tribunal de Cuentas con las Cortes Generales”, Crónica 1981.

y deberes de los ciudadanos”, y el resto en el Título VII, consagrado a Economía y Hacienda, en cuyos artículos 134 y 135 se establecen los principios básicos y reglas fundamentales a los que deben sujetarse las leyes de presupuestos y el gasto público, dedicando el artículo 136 al Tribunal de Cuentas, órgano al que constitucionalmente se le atribuye la función técnica de asistir al Parlamento en el control del gasto público y en los términos indicados en el referido artículo.

«1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste.

El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.»

Tiene, por lo tanto, el Tribunal de Cuentas dos mandatos fijados directamente en el texto constitucional que se constituyen en eje central de su función fiscalizadora:

1. examinar y comprobar la Cuenta General del Estado; o mejor y más propiamente dicho del sector público estatal,
2. remitir a las Cortes Generales un informe anual.

Es objeto de análisis del presente artículo analizar cómo y de qué forma se da cumplimiento, por parte del Tribunal de Cuentas, al mandato constitucional referente al asesoramiento o auxilio que presta a las Cortes el Tribunal de Cuentas para que las mismas puedan realizar su función de control político acerca de cómo se ha gestionado la *res publica*, analizando particularmente la evolución que se observa se ha producido en el informe anual al que se refiere el artículo 136.2 de la Constitución, desde la fecha en que por primera vez fue aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas, referente a las cuentas de 1978, hasta la actualidad.

Nos proponemos ofrecer una exposición sencilla y a modo descriptivo de cómo se ha dado cumplimiento al doble mandato que la Constitución impone al Tribunal de Cuentas en el artículo 136 –examinar y comprobar la Cuenta General del Estado y remitir a las Cortes Generales un informe anual-, primando en todo caso el objetivo clarificador en la argumentación y subordinando a ello la profundización en los distintos problemas que surgen conforme se avanza en el razonamiento.

II. UNA VUELTA A LOS ORÍGENES: LA MEMORIA –DICTAMEN SOBRE LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO DE 1978; EL DICTAMEN ELABORADO POR LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA SECRETARÍA DEL CONGRESO SOBRE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA QUE HABRÍA DE DARSE A LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO Y EL DICTAMEN FINAL DEL PLENO DEL CONGRESO, DE 28 DE JUNIO DE 1984.

A) Antecedentes.

Para hacernos una idea –una vez transcurridos más de treinta y cinco años de la promulgación de Ley Orgánica 2/82, del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo-, del cambio radical que supuso para la Institución la promulgación de la Ley Orgánica debemos acudir, a efectos comparativos, a la regulación del Tribunal bajo el régimen de la Ley de 3 de diciembre de 1953, sobre Organización, funciones y procedimiento del Tribunal de Cuentas, vigente hasta la promulgación de la normativa dictada en desarrollo de la Constitución y la elección del primer Pleno del Tribunal de Cuentas, una vez restaurada la democracia.

La Ley de 1953 distinguía entre la que denominaba la función fiscal, consistente en poner en conocimiento del Jefe del Estado y de las Cortes, según los casos, la forma en que debían cumplirse las leyes de Presupuestos y demás de carácter fiscal, y la denominada función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, que se concebía como su función principal y comprendía asuntos tan dispares como: a) el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado y la expedición de la certificación de su resultado; b) el examen y fallo de las cuentas que le debían ser rendidas, que comprendía la censura, a efectos de su descargo, de todos los justificantes de los mandamientos de pago emitidos por todos los pagadores tanto a nivel local, provincial como

nacional, pues conforme al Reglamento de 16 de julio de 1935 todas las cuentas debían ser falladas; c) el conocimiento y resolución de los expedientes administrativo-judiciales de alcance y reintegro; y d) los expedientes de cancelación de fianzas.

La promulgación de la Constitución y, posteriormente de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo, dotó al Tribunal de Cuentas del *status* jurídico propio de los órganos de control de los estados democráticos modernos, lo cual se hizo patente no sólo desde el punto de vista de “visibilidad institucional”, pues pasó de ser un órgano calificado legalmente como administrativo-judicial y dependiente del Ministerio de Hacienda a ser un órgano con pleno reconocimiento constitucional, sino también –y fundamentalmente– en el ámbito de sus funciones, las cuales fueron reconocidas como independientes, tanto en el ámbito de la fiscalización, que pasó a ser la predominante, como del enjuiciamiento, poniendo con ello fin a la confusión existente entre ambas funciones con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica.

En julio de 1982 fueron nombrados los Consejeros de Cuentas que formarían el primer Pleno del Tribunal de Cuentas regulado bajo las premisas constitucionales antes referidas que, inmediatamente, dio las instrucciones oportunas a fin de organizar los trabajos para presentar a las Cortes Generales el primer informe del Tribunal de Cuentas.

El 4 de octubre de 1983 fue aprobada –por el Pleno del Tribunal de Cuentas– la denominada Memoria-Dictamen sobre la Cuenta General del Estado de 1978: un documento que consta de tres volúmenes(3),

(3) En este sentido es de destacar y agradecer al Pleno y al servicio de informática del Tribunal de Cuentas la iniciativa y el esfuerzo realizado por volcar todos los informes de fiscalización en la página web.

El primero de los volúmenes, constitutivo propiamente del Dictamen de la Cuenta General del Estado y de los Organismos Autónomos, está dedicado a la comprobación de las cuentas rendidas por la Intervención General del Estado respecto de la Administración del Estado y los Organismos Autónomos y a la Declaración que le merecían las cuentas rendidas; el segundo dedicado al Informe que realiza el propio Tribunal sobre las cuentas de la Seguridad Social y las sociedades estatales –que no rendían cuentas a la Intervención del Estado conforme al régimen presupuestario del año 77– así como a los Informes complementarios (básicamente sobre contratación y sobre actuaciones jurisdiccionales), sumando un total de 198 páginas, y el último volumen incluye un cuadro de cuentas.

En todo caso, el análisis efectuado es meramente numérico contable.

disponible en la página web del Tribunal de Cuentas, dando así comienzo a una nueva etapa en la larga historia del Tribunal de Cuentas.

B) El Dictamen sobre la tramitación parlamentaria de la Cuenta General del Estado de 1 de diciembre de 1983.

Con ocasión de la Memoria-Dictamen referida, los Servicios Jurídicos de la Secretaría del Congreso emitieron, a petición de la Mesa del Congreso, un *Dictamen sobre Tramitación parlamentaria de la Cuenta General del Estado*(4), fechado el 1 de diciembre de 1983, en relación con: I: la posición constitucional del Tribunal de Cuentas y sus relaciones con las Cortes Generales; II: las funciones fiscalizadoras del Tribunal de Cuentas, distinguiendo al efecto entre la que denomina la técnico-contable y la de enjuiciamiento y; III la tramitación parlamentaria de la Memoria-Dictamen sobre la Cuenta General del Estado.

I. *Naturaleza jurídica del Tribunal de Cuentas.*

Si bien hoy en día no suscita duda alguna la posición constitucional del mismo respecto de otros órganos del Estado, lo cierto es que en 1983 todavía había quien discutía la naturaleza del Tribunal de Cuentas.

El Dictamen abordó en primer término –partiendo de la distinción entre órganos constitucionales y de relevancia constitucional– la cuestión de la configuración del Tribunal de Cuentas a efectos de encuadrarlo dentro de una u otra categoría, cuestión ésta que a nuestro juicio no presentaba grandes complicaciones, pues el Tribunal de Cuentas no venía enumerado entre los órganos legitimados para promover un conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional –que son los únicos de naturaleza propiamente constitucional– conforme al artículo 59.3 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional en su redacción original; igualmente analizó la cuestión de su dependencia respecto de las Cortes así como el ámbito respecto del que era predicable dicha relación de dependencia y las formas de relación en particular entre las Cortes y el Tribunal de Cuentas.

(4) Publicado en la Revista de las Cortes Generales, número 2 – 1984 – II. NOTAS Y DICTÁMENES – Pág. 115-124

Sobre las cuestiones señaladas el Dictamen vino a concluir en lo siguiente:

- el Tribunal de Cuentas no es un órgano de naturaleza constitucional sino de relevancia constitucional, cuestión ésta que por otra parte había ya zanjado el Tribunal Constitucional en Sentencia 1981/3, de 28 de julio;
- se negó que fuera un órgano parlamentario;
- expresamente se señala que “depende directamente de las Cortes y ejerce por delegación de éstas no todas sus funciones –no desde luego la llamada función jurisdiccional– sino sólo, como dice el artículo 136.1, la función de «examen y comprobación de la Cuenta General del Estado». (este inciso fue añadido en el debate constituyente, ya que en el texto inicial la dependencia respecto de las Cortes era general)”;
- ejerce sus funciones con plena independencia, tanto respecto del sujeto a fiscalizar como respecto de las propias Cortes;
- es un órgano necesario en el ejercicio de las funciones que tiene constitucionalmente encomendadas, no pudiendo ser sustituido por las Cortes en el ejercicio de las mismas.

II. *Funciones del Tribunal de Cuentas.*

1.- La denominada función técnico-contable: el Dictamen del artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (en adelante LOTCu).

El Dictamen denomina función técnico-contable a la consistente en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado (artículo 136.1 CE).

En relación a dicha función, y a parte de reiterar lo ya señalado de que es la única en la que el Tribunal ejercita una competencia por delegación de las Cortes Generales, el Dictamen vino a concluir en lo siguiente:

- el Tribunal se limita a realizar un estudio técnico contable de la Cuenta General presentada por la Intervención General del Estado con el objeto de comprobar que refleja exactamente la ejecución

real operada del Presupuesto del Estado. Esto es, el Tribunal de Cuentas investiga lo que ha sido la ejecución del Presupuesto, la compara con la Cuenta General presentada, y hace la consiguiente propuesta a las Cortes;

- se trata, pues, de un dictamen no legislativo del Tribunal de Cuentas –no de un proyecto de ley–, que el Parlamento puede o no aprobar, sin perjuicio de que las Cortes puedan formular observaciones al dictamen realizado por el Tribunal.

2. La denominada función de enjuiciamiento: el Informe del artículo 13 LOTCu.

Se hace necesario, a fin de disipar cualquier equívoco que pueda surgir, que el Dictamen no utiliza la expresión “función de enjuiciamiento” en el sentido de identificarla o asimilarla a la función jurisdiccional que ejerce el Tribunal de Cuentas, sino atribuyéndole el significado de emitir un juicio u opinión, esto es, en el sentido de lo que se conoce como función fiscalizadora.

Así, expresamente deja sentado que la «función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas sobre la Cuenta General no sólo se limita a una labor técnico contable de «lo que ha sido» la ejecución del Presupuesto (art. 10 L. O. Tribunal de Cuentas), sino que se extiende a lo que debía haber sido tal ejecución. Es decir, debe emitir un juicio de oportunidad».

La base constitucional de ese juicio de oportunidad lo sitúa el Dictamen en el artículo 31.2 de la Constitución: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los principios de eficiencia y economía», encomendando al Tribunal de Cuentas la tarea de verificar si se han cumplido tales principios, tal y como resulta del artículo 9.1 de la LOTCu que señala: «La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía».

A estos efectos, el Dictamen refleja literalmente lo siguiente respecto al Informe Anual:

“Tal control de la eficiencia y economía en la gestión del Estado, algo bastante más amplio que el mero control de legalidad, no hace sino adecuarse al artículo 4° de la importante «Declaración de Lima sobre las líneas básicas de fiscalización», como fue recordado en el debate de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas por el Diputado señor Padrón Delgado (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 23 de febrero de 1982, núm. 216, pág. 12762):

La tarea tradicional de las entidades fiscalizadoras superiores es el control de legalidad y regularidad de las operaciones. A este tipo de control, que sigue manteniendo su importancia y trascendencia, se une el orientado hacia la rentabilidad, utilidad, economicidad y eficiencia de las operaciones estatales, que no sólo abarca a cada operación, sino a la actividad total de la Administración, incluyendo su organización y los sistemas administrativos.

En esta labor de enjuiciamiento que debe realizar el Tribunal de Cuentas aparece muy clara ya la perspectiva política y de control de la actividad económico-administrativa. Tal control es, como se sabe, típicamente parlamentario.

El instrumento constitucionalmente establecido para conectar aquí Tribunal de Cuentas y Cortes es el Informe anual que el Tribunal de Cuentas debe remitir a las Cortes (artículo 136.2 CE). El contenido de dicho Informe se precisa por el artículo 13.1 de la LOTCu de la siguiente forma:

«El Informe o Memoria anual que el Tribunal debe remitir a las Cortes Generales en virtud del artículo 136.2 de la Constitución, comprenderá el análisis de la Cuenta General del Estado y de las demás del sector público.»

Es decir, que la Cuenta General del Estado es objeto primordial de ese fundamental informe, el cual constituye la culminación de la función fiscalizadora que tiene atribuida el Tribunal de Cuentas»”.

3.- Unificación de la función técnica y la función de enjuiciamiento: la Memoria-Dictamen.

Tal y como hemos hecho referencia anteriormente, el Dictamen de referencia fue solicitado por la Mesa del Congreso con ocasión del primer Informe rendido a las Cortes –con fecha de rendición el día 15 de octubre de 1983– por el primer Pleno Tribunal de Cuentas (denominado por el Tribunal de Cuentas Memoria-Dictamen), constituido tras la promulgación de la Ley Orgánica 2/1982, referente a la comprobación de la Cuenta General del Estado de 1978. Se pronunciaba, por tanto, respecto de una materia que constituía una auténtica novedad en la vida parlamentaria española tras la aprobación de la Constitución de 1978.

El Dictamen juzgó de forma muy positiva el hecho de que el Tribunal de Cuentas unificara, en un único documento, el Dictamen sobre la Cuenta General del Estado (artículo 10 de la LOTCu) y el Informe Anual (artículo 13 LOTCu), manifestando lo siguiente:

Después de distinguir la función jurisdiccional de la fiscalizadora señala que, de esta última función, se derivan dos documentos, que se corresponden con las dos perspectivas controladoras desde las que actúa el Tribunal de Cuentas:

- Dictamen sobre la corrección contable de la Cuenta General (Control de legalidad). Artículo 10 LOTCu.
- Informe anual a las Cortes analizando la Cuenta General (Control de eficiencia y economía). Artículo 13 LOTCu ».

Por ello concluye que el Tribunal de Cuentas interpretó acertadamente «el sentido de su función fiscalizadora, concibiendo el control de legalidad, eficiencia y economía como de naturaleza unitaria, dado que operan sobre un mismo objeto: la Cuenta General».

Y a continuación reproduce los razonamientos ofrecidos por el Tribunal de Cuentas:

«El Tribunal de Cuentas ha tenido que plantearse y resolver las posibles relaciones o diferencias existentes entre los artículos 10 y 13 de la LOTCu y ha entendido que el primero hace referencia a la verificación estrictamente contable de la Cuenta General del Estado,

mientras que el segundo se refiere al juicio de valor sobre la gestión económica.

Aunque no fuera correcta nuestra interpretación, razones prácticas impiden que, para el ejercicio de 1978, el Tribunal entre en un estudio analítico de la Cuenta General del Estado que comprenda la fiscalización de la gestión económica del mismo y del resto del sector público, tal como prevé el artículo 13, cuando el Tribunal no dispone de la información necesaria.

Sin embargo el Tribunal, dentro de sus posibilidades, ha creído conveniente hacer una referencia a lo que ha de constituir en el futuro una parte importante del contenido de su función fiscalizadora, y de aquí la denominación del presente documento que se titula «Memoria-Dictamen» para destacar que comprende dos aspectos: 1) por una parte, el Dictamen referido a la Cuenta General del Estado, como la misma es concebida en el artículo 132 de la LGP, y en el que se apoya la correspondiente propuesta de calificación definitiva que exige el artículo 10 de la LOTCu, y 2), por otra, se apunta hacia el horizonte de la Memoria prevista en el artículo 13 de dicha Ley.»

Con ello, el Tribunal sienta un precedente para futuras propuestas a las Cortes, y corrobora definitivamente nuestra opinión de que tal documentación no tiene la forma –ni por tanto la tramitación– de un proyecto de ley.

III. *Tramitación parlamentaria de la Memoria-Dictamen sobre la Cuenta General del Estado.*

Por último el Dictamen se ocupó de la tramitación que había de darse a la Memoria-Dictamen de la Cuenta General del Estado, una vez recibida en las Cortes, reconociendo la potestad de estas para aprobar, denegar o formular observaciones a la Memoria o Informe del Tribunal, pero sin poder sustituirle en su función de censura de la Cuenta.

Regulan la materia el Reglamento del Congreso, que se ocupa de los informes remitidos por el Tribunal de Cuentas dentro del Título XI

dedicado al examen y debate de comunicaciones, programas o planes del Gobierno y otros informes (artículos 198 y 199) y la Disposición Transitoria primera de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, guardando silencio el Reglamento del Senado.

El artículo 199.1 del Reglamento señala: «Recibido el informe anual del Tribunal de Cuentas, se procederá conforme a lo establecido en el artículo anterior.»

Por su lado, el artículo 198, al que remite el 199, dice así: «1. Si el Gobierno remitiera un programa o plan requiriendo el pronunciamiento del Congreso, la Mesa ordenará su envío a la Comisión competente. 2. La Mesa de la Comisión organizará la tramitación y fijará plazos de la misma. La Comisión designará, en su caso, una Ponencia que estudie el programa o plan en cuestión. El debate en la Comisión se ajustará a lo previsto en el Capítulo anterior, entendiéndose que el plazo para presentación de propuestas de resolución será de tres días, si la Mesa del Congreso hubiera decidido que aquéllas deban debatirse en el Pleno de la Cámara».

De otra parte, la Disposición Transitoria primera de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas dispone lo siguiente:

«1. En los términos que regulen la materia los Reglamentos de las Cortes Generales se constituirá una Comisión Mixta de ambas Cámaras encargadas de las relaciones con el Tribunal de Cuentas, así como de estudiar y proponer a los respectivos Plenos las medidas y normas oportunas.

2. A las reuniones de dicha Comisión podrá asistir, si fuera convocado al efecto, el Presidente del Tribunal de Cuentas».

Tal y como se precisó en el Dictamen, «el debate en Comisión, como señala el artículo 198, se deberá ajustar a lo previsto para las comunicaciones del Gobierno (artículos 196 y 197). Hay que precisar a ese respecto que la posición político parlamentaria que en ese debate ocupa el Gobierno cuando se trata efectivamente de comunicaciones del mismo, no puede ser, obviamente, equiparada a la del Presidente del Tribunal de Cuentas. La presencia de éste en la discusión (Disposición Transitoria 2.^a de la LOTCu) será, por tanto,

a los meros efectos informativos, pero no en cuanto interlocutor dialéctico de la Comisión.

La decisión resultado de ese debate podrá ser:

- a) Aceptar la Memoria-Dictamen del Tribunal.
- b) Devolver la Memoria-Dictamen para nuevo estudio.

En ambos casos, la decisión deberá ir unida a las observaciones que, a iniciativa de los Grupos Parlamentarios, la Comisión Mixta apruebe.

Las resoluciones de la Comisión serán sometidas posteriormente al Pleno de ambas Cámaras, según prescribe la Disposición Transitoria Primera 1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

En el Pleno el debate se deberá ajustar, por la naturaleza de la decisión, a un procedimiento de totalidad, pudiendo fijar los grupos parlamentarios su posición.

Si las decisiones de ambas Cámaras difirieran habría que reunir de nuevo a la Comisión Mixta para solventar el problema. Si volviesen a diferir, en ese caso habría que entender que el Congreso predomina sobre el Senado, en razón de la preferente posición constitucional ocupada por aquél.

En todo caso, este procedimiento debiera ser objeto de desarrollo en el Reglamento de las Cortes Generales».

Por último, y a los efectos de la publicación de la denominada Memoria-Dictamen del Tribunal de Cuentas, el Dictamen dejó sentado que «dada la dependencia que en el examen y comprobación de la Cuenta General tiene el Tribunal de Cuentas respecto de las Cortes, parece obvio que sólo hasta un pronunciamiento favorable de las Cortes puede publicarse la Memoria-Dictamen».

C) El Dictamen del Pleno del Congreso de 28 de junio de 1984.

Expuesto el Dictamen, resultan de interés particular para nuestro estudio dos cuestiones, si la Cuenta General y el Informe Anual han

de tener o no un tratamiento diferenciado en cuanto a su presentación a las Cortes y la referente al plazo de presentación del mismo.

En relación a la primera de las cuestiones planteadas, ¿Se incluye o no el Dictamen sobre la Cuenta General del Estado dentro del Informe o Memoria Anual que debe remitir el Tribunal de Cuentas anualmente a las Cortes?

Existían dos opiniones respecto a la forma de presentar a las Cortes los resultados de la fiscalización, bien en un documento único que abarcase tanto el dictamen sobre la Cuenta General del Estado a que hace referencia el artículo 10 LOTCu junto con lo que se venía conceptuando como censura general del ejercicio económico presupuestario, esto es lo que resultaría propio del contenido del artículo 13 de la LOTCu, o por el contrario presentarlo en dos documentos, habiéndose decantado el Tribunal de Cuentas, al presentar la Memoria-Dictamen, por la primera opción pero expresando sus dudas y dejando sentado que razones prácticas no habían permitido otra opción respecto al año 1978.

Hemos visto como el Dictamen en sus Apartados II.1 y 2 delimita y distingue ambas funciones, la técnico contable referida al análisis de Cuenta General del Estado y la que denomina como de enjuiciamiento –mejor sería como de opinión– sobre la gestión económica conforme a los principios de eficacia, eficiencia y economía⁽⁵⁾. Ahora bien, después de varias lecturas del mismo nos siguen apareciendo zonas de sombra en la inteligencia y correcta interpretación del Dictamen y la razón de ello no es otra que la confusión a la que induce la dicción literal del artículo 13 de la LOTCu, pues vuelve a incluir a la Cuenta General del Estado a propósito del Informe o Memoria Anual, lo

(5) Economía: principio de la gestión económico-financiera consistente en alcanzar los objetivos fijados en una organización minimizando el coste de los recursos utilizados.

Eficacia: principio de la gestión económico-financiera consistente en conseguir los objetivos establecidos por una organización, programa, proyecto, actividad o función.

Eficiencia: principio de la gestión económico-financiera consistente en conseguir la mejor relación posible entre los resultados obtenidos por una organización, programa, proyecto, actividad o función y los recursos empleados para conseguir aquellos.

que resta claridad a lo que debe ser el objeto específico de ambos documentos.

Sí que supo ver el problema, y encontró la solución, el Pleno del Congreso de los Diputados, que en su sesión de 28 de junio de 1984 aprobó un Dictamen y Resoluciones(6) en relación con la Memoria-Dictamen del Tribunal de Cuentas correspondiente a la Cuenta General del Estado para el ejercicio de 1978. Señaló lo siguiente:

“La Cámara ante las dudas suscitadas por el propio Tribunal sobre la metodología adoptada en las presente Memoria-Dictamen y de cara a futuros ejercicios, considera que, atendidos los extremos a que, por prescripción expresa de dicho artículo 13 ha de extenderse el Informe o Memoria anual y, sobre todo, visto el doble alcance fiscalizador y jurisdiccional que, de conformidad con el artículo 136.2 de la Constitución se deriva de dicha censura general del ejercicio económico-presupuestario, no debe tratarse conjuntamente este documento con el dictamen sobre la Cuenta General del Estado a que hace referencia el precitado artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal. Dicho tratamiento conjunto conduciría, a juicio de la Cámara, tanto a un incumplimiento del tenor de los precitados artículos de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, como a un posible debilitamiento de la fiscalización del sector público cuyas conclusiones fundamentales y propuestas, «en su caso para la mejora de la gestión económico-financiera» (artículo 14 de igual norma) han de contenerse en el Informe o Memoria Anual.

III. Por todo ello, la Cámara, visto el tenor del artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, considera que es éste el precepto que debe ser objeto de cumplimiento y consideración en el presente trámite de dictamen, con especial referencia a la declaración definitiva dictada por el Pleno del Tribunal de Cuentas y elevada a las Cámara con la presente Memoria-Dictamen”.

El Pleno del Congreso de los Diputados no dejó margen de dudas: era necesario distinguir ambos documentos, mereciendo la pena

(6) vid. B.O.E. nº 216 de 8 de septiembre de 1984, pág. 26076

destacar que el Pleno del Congreso ya consideró en el año 1984, que el Informe Anual, de contenido fiscalizador, debe contener las conclusiones fundamentales y propuestas para la mejora de la gestión económico-financiera del sector público.

Resulta igualmente llamativo, por la trascendencia que ello ha tenido con posterioridad para el futuro del Tribunal de Cuentas, que el primer informe sometido a las Cortes una vez aprobada la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas fuera precisamente el correspondiente al ejercicio 1978.

Debe precisarse que la elección de dicho ejercicio no obedeció a un deseo del Pleno del Tribunal de fiscalizar el inicio de la etapa constitucional, sino que coincidió con el año que realmente tocaba fiscalizar debido a la parálisis en la que incurrió el Tribunal en los años transcurridos entre la aprobación de la Constitución y la promulgación de la Ley Orgánica tal y como expresamente se dice en la introducción a la Memoria-Dictamen sobre la Cuenta General del año 1978.

Quiere ello decir que ya en mayo de 1982, al promulgarse la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, existía una brecha temporal de cinco años respecto de los ejercicios que debían ser fiscalizados por el Tribunal de Cuentas, pues además del presupuesto correspondiente al ejercicio de 1978 se habían aprobado y ejecutado los presupuestos correspondientes a los ejercicios de 1979, 1980, 1981 y 1982.

Las consecuencias de tal lapso temporal estimamos que no han sido suficientemente ponderadas. Quizás, la más trascendente para el futuro del Tribunal, como tendremos ocasión de profundizar a lo largo del presente artículo, es la absoluta desconexión entre el control que realiza el Tribunal de Cuentas respecto del ciclo presupuestario al que dicho control debe ir referido, de suerte que el Informe Anual –al igual que la Declaración sobre la Cuenta General- que remite el Tribunal de Cuentas no viene referido al año inmediatamente anterior, sino a tres o cuatro ejercicios anteriores, lo que lleva a que dichos documentos pierdan interés en relación a la finalidad que se les supone, esto es, como instrumento para poder ejercer un adecuado control parlamentario sobre

la acción gubernamental, que exige un mínimo de inmediatez para poder ser tenida por eficaz.

III. LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO

A) Breve reseña histórica.

La obligación de elaborar una Cuenta General del Estado, reflejo de la totalidad de las contribuciones y rentas así como su inversión, se estableció en la Constitución liberal de 1812. Entrado el siglo XX dicha obligación se reforzó con la Ley de Intervención y Contabilidad de 1911 estableciéndose la Cuenta como documento único y encomendándose su formación a la Intervención General del Estado (en adelante, IGAE).

A partir de 1923, con la creación de los Organismos Autónomos, perdió su carácter de documento único, reflejo de la totalidad de ingresos y gastos del sector público estatal.

En 1977 la Ley General Presupuestaria estableció que la Cuenta General del Estado estaría formada por tres cuentas (una para la Administración General del Estado y las otras dos reservadas para los organismos autónomos según su naturaleza, esto es, según fueran administrativos o industriales, comerciales, financieros o análogos), encomendándose su formación a la IGAE; por su parte, las cuentas de la Seguridad Social y las de las sociedades estatales se unirían a la Cuenta General del Estado por el Tribunal de Cuentas.

El Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó, el 27 de junio de 1996, una Moción en relación a diversos aspectos relativos a la rendición de cuentas en el Sector Público estatal y al contenido y ámbito de la Cuenta General del Estado, a fin de que por las Cortes Generales se adoptaran las medidas que se proponían, fundamentalmente tendentes a que su ámbito coincidiera material y formalmente con el de los Presupuestos Generales del Estado. Como consecuencia de esa Moción la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en Resolución de 30 de septiembre de 1997, instó al Gobierno a que presentase al Congreso de los Diputados las modificaciones

legislativas que recogieran las propuestas elaboradas por el Tribunal de Cuentas.

Por Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, se modificó el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, estableciéndose una nueva estructura de la Cuenta General del Estado que pasaría a estar integrada por tres documentos: la Cuenta General de las Administraciones Públicas estatales, la Cuenta General de las Empresas estatales y la Cuenta General de las Fundaciones públicas estatales y disponiéndose que las mismas se formarían por agregación o consolidación de las cuentas individuales de las entidades que en cada caso deban integrarse, manteniéndose dicha estructura en la Ley 47/2003, General Presupuestaria, de 26 de noviembre.

En el año 2005 el Pleno del Tribunal de Cuentas, en sesión de 28 de abril, aprobó una nueva Moción sobre los procedimientos de formación, alcance y contenido de la Cuenta General del Estado y las posibilidades de su consolidación, considerando su viabilidad práctica. Como consecuencia de ello la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas instó al Gobierno, en Resolución de 8 de noviembre de 2005, a que «de acuerdo con lo manifestado por el Tribunal de Cuentas, se avance en el proceso de consolidación de las cuentas de los distintos componentes que conforman la Cuenta General del Estado. En este sentido, se entiende que el ámbito de la Cuenta debe atenerse al de las entidades cuyos presupuestos se aprueban por las Cortes Generales y que en la Cuenta se ha de dar cumplida información respecto a la ejecución del mandato legislativo contenido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y realice los cambios oportunos para ello».

B. La Cuenta General del Estado en la actualidad.

Conforme a la redacción dada por la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, a los artículos 130 y 131 de la Ley General Presupuestaria, la Cuenta General del Estado se configura en la actualidad de la siguiente forma:

a) Contenido. el artículo 130 dispone que «la Cuenta General del Estado se formará mediante consolidación de las cuentas anuales de

las entidades que integran el sector público estatal y comprenderá el balance consolidado, la cuenta del resultado económico patrimonial consolidada, el estado de cambios en el patrimonio neto consolidado, el estado de flujos de efectivo consolidado, el estado de liquidación del presupuesto consolidado y la memoria consolidada(7).

La Cuenta General del Estado deberá suministrar información sobre la situación patrimonial y financiera, el resultado económico patrimonial y la ejecución del presupuesto del sector público estatal.

A la Cuenta General del Estado se acompañará la cuenta de gestión de tributos cedidos a las comunidades autónomas conforme a lo preceptuado en el artículo 60 de la Ley 22/ 2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias

Cuando hablamos de Cuenta General del Estado ya no nos referimos sólo a aquellas entidades sujetas a presupuesto limitativo a las que se refería la Ley General Presupuestaria de 1977; dado el principio de universalidad presupuestaria consagrado en el artículo 134 CE «los Presupuestos Generales del Estado incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del Sector Público Estatal».

Por ello, se ha hecho coincidir –siguiendo las recomendaciones del Tribunal de Cuentas– el ámbito de la Cuenta General del Estado con el ámbito presupuestario, de suerte que todas las entidades del sector público estatal presentan sus cuentas consolidadas ante el Tribunal de Cuentas para su examen y comprobación por el mismo.

En definitiva, tal y como afirman AZNAR CASTIBLANQUE y RODRÍGUEZ RASO(8), tal ámbito subjetivo es incluso más amplio puesto que ahora cabe incluir las cuentas de las entidades controladas

(7) La normativa básica para la elaboración de la cuenta única consolidada se encuentra recogida en la Orden HAP/1489/2013, sobre normas de consolidación contable y en la Orden HAP/1724/2015, sobre elaboración de la Cuenta General del Estado.

(8) Vid. V. AZNAR CASTIBLANQUE y E. RODRÍGUEZ RASO en “La Cuenta General del Estado. Cuenta única” en Revista Española de Control Externo nº 47, págs. 109-149.

directa o indirectamente por la Administración General del Estado que no forman parte del sector público estatal, de las entidades multigrupo y de las entidades asociadas, para lo cual deberán remitir sus cuentas anuales acompañadas, en su caso, del informe de auditoría de la Intervención General de la Administración del Estado dentro de los siete meses siguientes a la terminación del ejercicio económico, definiéndose los conceptos de control, entidad multigrupo y asociadas.

Así, la Ley entiende por control «el poder de dirigir las políticas financieras y la actividad de otra entidad con la finalidad de obtener rendimientos económicos o potencial de servicio».

Por entidades multigrupo entiende la Ley a aquellas «entidades no controladas por la Administración General del Estado, gestionadas por dicha Administración General u otra entidad controlada por ella, que participan en su capital social o patrimonio, conjuntamente con otra u otras entidades».

Por último, son entidades asociadas aquellas que no estando controladas por la Administración General del Estado, sin embargo en las mismas «dicha Administración General u otra entidad controlada por ella ejercen una influencia significativa por tener una participación en su capital social o patrimonio que, creando con ésta una vinculación duradera, esté destinada a contribuir a su actividad».

No obstante, y de acuerdo con la Orden HAP/1364/2016, de 29 de julio, las cuentas de las entidades multigrupo y asociadas con participación indirecta de la Administración General del Estado que no formen parte de un grupo consolidado se realizarán a partir de la elaboración de la Cuenta General del Estado de 2017.

b) Formación y remisión de la Cuenta General del Estado al Tribunal de Cuentas. Dispone el artículo 131.1 de la Ley General Presupuestaria que la Cuenta General del Estado se formará por la Intervención General de la Administración del Estado y se elevará al Gobierno para su remisión al Tribunal de Cuentas antes del día 31 de octubre del año siguiente al que se refiera

A estos efectos, la IGAE podrá recabar de las distintas entidades la información que considere necesaria para efectuar los procesos de consolidación contable, no siendo obstáculo la falta de remisión de cuentas por las entidades para que la IGAE forme la Cuenta General con las cuentas que hubiere recibido.

Se podrán consolidar las cuentas de una entidad aunque en el preceptivo informe de auditoría de cuentas se hubiera denegado opinión, emitido informe desfavorable o con salvedades, si bien estas circunstancias se harán constar en la memoria explicativa de dicha Cuenta General.

c) Examen y comprobación por el Tribunal de Cuentas.

Como explicita el artículo 10 LOTCu, el Tribunal de Cuentas, por delegación de las Cortes Generales, procederá al examen y comprobación de la Cuenta General del Estado dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que las haya recibido. El Pleno, oído el Fiscal, dictará la declaración definitiva que le merezca para elevarla a las Cámaras con la oportuna propuesta, dando traslado al Gobierno.

No existe una posición unánime en la actualidad acerca del cómputo de este plazo de seis meses, habiendo quien considera en el seno del Tribunal de Cuentas que el plazo finaliza con la remisión a alegaciones, como el resto de actuaciones fiscalizadoras. Sin embargo, y con el fin de evitar discusiones estériles, entendemos que el texto legal es claro y no deja margen de dudas: el plazo de seis meses es el que tiene el Tribunal desde que recibe la Cuenta formada por la IGAE hasta que aprueba la Declaración que le merece y la eleva a las Cámaras.

La primera Cuenta General del Estado presentada conforme a la nueva normativa, esto es, una única cuenta y presentada de forma consolidada, fue la correspondiente a 2014.

Si bien no es objeto de este artículo un estudio a fondo de la problemática que suscita la Cuenta General del Estado, ni la bondad, acierto o desacierto de las modificaciones legislativas acometidas, lo cierto es que sí podemos concluir lo siguiente:

i) El plazo previsto para que la IGAE remita al Tribunal de Cuentas la Cuenta General (31 de octubre del ejercicio siguiente) y el señalado para que el Tribunal de Cuentas presente a las Cortes el resultado de su examen (seis meses después, esto es, el 31 de marzo) esto es, quince meses después del término del ejercicio económico de referencia, resulta excesivo para el ejercicio de cualquier función de control.

Cobra todo su sentido la propuesta que, de forma reiterada, viene haciendo el Tribunal de Cuentas en sus dos últimas Declaraciones a las Cortes Generales, a fin de que proponga al Gobierno que adopte las medidas necesarias para que «se fomenten las medidas legislativas tendentes a la reducción, con carácter general, de los plazos establecidos en la actualidad para todos los trámites referentes a la Cuenta General del Estado, con objeto de que la emisión por el Tribunal de Cuentas de la Declaración pueda anticiparse en relación con las previsiones establecidas en la actual legislación y se dote a las Cortes Generales del correspondiente pronunciamiento en un plazo más breve y no alejado en exceso, en el tiempo, del ejercicio económico a que la Cuenta General del Estado se refiera».

Estimamos que existe margen para dicha reducción de plazos, a los efectos de que la IGAE pueda iniciar su trabajo de formación de la cuenta consolidada de la Cuenta General del Estado. En efecto, conforme al artículo 127 de la Ley General Presupuestaria, todas las entidades del sector público «deben formular sus cuentas anuales, de acuerdo con los principios contables que les sean de aplicación, en el plazo máximo de tres meses desde el cierre del ejercicio económico, poniéndolas a disposición de los auditores que corresponda según lo previsto en los artículos 163 (que sujeta a las sociedades mercantiles estatales a la Ley 19/1988, de Auditoría de Cuentas) y 168 de esta Ley.

En relación con las sociedades mercantiles pertenecientes al sector público estatal, la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, regula aquellas que están sujetas a auditoría de cuentas; por su lado la Ley de Sociedades de Capital, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en su artículo 253 prescribe a los administradores la obligación de formular las cuentas anuales de la sociedad, que deberán ser aprobadas en Junta

General Ordinaria, convocada dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio.

Fácilmente se colige que se han de armonizar y sujetar a iguales plazos a entidades sujetas a distintos regímenes jurídicos y económico-financieros (públicos o privados), con las dificultades que ello entraña.

En cualquier caso, teniendo en cuenta el ámbito tan amplio que abarca –y las garantías que ello supone– el ejercicio tanto de la función interventora como del control financiero permanente, respecto al control interno de la gestión económico financiera en las entidades del sector público, estimamos que no habría problema en reducir el plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales, máxime si se tiene en cuenta que en las entidades con presupuesto limitativo éste se liquida en el mes de enero.

El nudo gordiano surge respecto de las sociedades mercantiles estatales, puesto que escapan al control financiero permanente y sus cuentas han de ser revisadas por un auditor de cuentas privado si cumplen las condiciones que para ello impone la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas, tal y como resulta del artículo 163 de la Ley General Presupuestaria. Para las mismas habría que replantearse exigir que sus cuentas anuales fueran revisadas por un auditor de cuentas, o que fueran revisadas por la IGAE previamente a su remisión al Tribunal de Cuentas, pues de no ser así se dificultaría enormemente la posibilidad de tal reducción de plazos.

En definitiva, la Ley prima, ante todo, la formación en plazo de la cuenta respecto a la completa exactitud de la misma. Por ello, no cabe oponer como excusa u obstáculo para su formación el hecho de no haberse recibido determinadas cuentas por las entidades, ni resultando tampoco obstáculo para consolidar las cuentas de alguna entidad el hecho de no contar con una opinión del auditor o contar con una opinión desfavorable o con salvedades del mismo, máxime si se tiene en cuenta que la formación de la Cuenta General supone realizar un volumen aproximado de unas 20.000 operaciones de consolidación.

ii) El examen y comprobación que realiza el Tribunal de Cuentas sobre la Cuenta General del Estado, formada por la IGAE, se hace

siguiendo técnicas de auditoría, por ello como se viene señalando en las Declaraciones aprobadas por el Tribunal de Cuentas «las observaciones realizadas a lo largo del informe no deben ser contempladas como una declaración exhaustiva de todas las deficiencias que pudieran existir o de todas las mejoras que pudieran ser efectuadas. En este sentido, de acuerdo con el marco normativo aludido anteriormente que implica la elaboración de la CGE como Cuenta Única Consolidada, el Tribunal incluye en esta Declaración solo aquellas deficiencias que presentan una importancia significativa».

C) A modo de conclusión.

De lo hasta aquí dicho se infiere la formidable evolución experimentada por la Cuenta General del Estado desde la aprobación de la Constitución de 1978 hasta nuestros días, si bien tenemos que advertir desde este momento que sigue siendo un documento fundamentalmente técnico-contable, que como advierte FERNANDEZ CARNICERO(9) presenta escaso interés para el debate parlamentario, lo cual al parecer constituye un mal endémico en las democracias parlamentarias, y se basa para tal afirmación en la cita literal de Cotteret y Emeri según los cuales «las intervenciones de los parlamentarios en tales debates no suelen exceder de una página (!) del diario oficial», razón por la cual viene a concluir en la escasa relevancia de la Cuenta General del Estado demandando su reformulación.

El citado autor señala como causas del referido desinterés parlamentario las siguientes:

- 1) el tiempo transcurrido desde el cierre del ejercicio al que las cuentas se refieren, lo cual no se ha superado plenamente con la gestión informática de los créditos;
- 2) la dificultad de realizar un doble control político del Gobierno, de pasado y de presente, cuando ya para realizar este último por sí solo, el Parlamento no alcanza con sus medios a poderlo realizar;

(9) Vid. C.J. FERNÁNDEZ CARNICERO, “La Cuenta General del Estado ante el Tribunal de Cuentas y ante el Parlamento” en la monografía “Funciones financieras de las Cortes Generales” publicado por el Congreso de los Diputados-Secretaría General, 1985.

3) la imposibilidad fáctica de rectificar las irregularidades cometidas en el pasado por el todopoderoso Leviatán.

Sin ser especialista en la vida parlamentaria, resulta difícil opinar sobre las causas que motivan tal denunciada falta de atención de nuestros parlamentarios hacia el documento que viene a reflejar el resultado de la gestión presupuestaria (y por tanto económica) de los gestores políticos, por cuanto aparentemente debiera suponer una valiosa fuente de información de gran utilidad para poder ser utilizada en los debates de control político.

Además de las causas antes expuestas, ese supuesto desinterés probablemente puede tener que ver, de una parte, con el hecho de que la información que suministra el documento que se eleva a las Cortes sobre la Cuenta General del Estado va referida únicamente al ámbito estatal –a pesar de que, como afirma RODRÍGUEZ BEREJO(10), los Presupuestos Generales del Estado se han convertido cada vez más en una enorme caja de distribución global de fondos públicos para la financiación de las Administraciones territoriales– desconociéndose el destino final de los fondos gastados por las otras administraciones territoriales; de otra parte en el hecho de que no resulta especialmente interesante a efectos económicos pues no aporta, en tiempo oportuno, datos relevantes, como el déficit, endeudamiento, a nivel económico nacional, etc., que sin embargo son demandados por otras instancias (vgr. Europa, dejando fuera de juego al Tribunal de Cuentas en la verificación de dichas variables) y, por último, en que se trata de un documento excesivamente técnico y complejo, que si bien aporta datos que permiten tener una idea clara y certera acerca de la situación económico-financiera del sector público estatal en un momento determinado, a modo de fotografía, no aporta información alguna acerca de cómo se ha gestionado desde el punto de vista de la eficacia y de la eficiencia, estando reservada esta información al ámbito del Informe Anual o a los Informes específicos sobre determinadas áreas o entidades.

(10) Vid. A. RODRÍGUEZ BEREJO. Conferencia “Una perspectiva constitucional del control del gasto público” impartida el 26 de mayo de 2017 en el Palacio del Senado en la Jornada organizada por la Asociación de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas.

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado debe ponerse en valor la importancia de contar con un instrumento como la Cuenta General del Estado, en cuanto que permite verificar la regularidad financiera-contable de las entidades del sector público estatal, tal y como figura en la última Declaración aprobada por el Tribunal y ofrecer a las Cortes Generales la opinión del Tribunal de Cuentas acerca del destino dado a los fondos públicos provenientes de los impuestos de los contribuyentes.

Cuestiones distintas, y que necesariamente deben ser abordadas, son las de reducción de plazos a fin de que esa Declaración se produzca al menos en el año natural siguiente al ejercicio económico al que va referido, así como la referente a la adecuación de su contenido a fin de verificar las exigencias que demandan las exigencias de consecución de la estabilidad presupuestaria impuestas en el artículo 135 CE.

En este sentido se echa en falta que la normativa actual que regula el contenido y elaboración de la Cuenta General del Estado no haga referencia alguna a las cuentas y estados financieros que el Estado español debe remitir a la Unión Europea en cumplimiento de las exigencias derivadas de las reglas sobre estabilidad presupuestaria.

Quizás convenga detenerse algo más en este punto. La Ley General Presupuestaria dedica su Título V al régimen de contabilidad del sector público estatal, regulando los principios generales y estableciendo sus propios principios de contabilidad pública, su aplicación, las competencias, etc, habiéndose aprobado un Plan General de Contabilidad Pública por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 1037/2010, de 13 de abril.

Uno de los objetivos principales del referido Plan es el de conseguir una mayor armonización internacional por medio de una información contable consistente y comparable entre los distintos países, aspecto éste también puesto de relieve por el Consejo de Estado en el Dictamen sobre nº 63/2010, de 18 de febrero, evacuado sobre dicha normativa. La aproximación y armonización con las normas internacionales aplicables a la Contabilidad del Sector Público, aun siendo muy importante, sin embargo no es completa.

Por otra parte está el Sistema Europeo de Cuentas, SEC'2010, que contiene reglas definiciones, nomenclaturas, y normas de contabilidad para elaborar cuentas comparables de acuerdo con las necesidades de la Unión Europea. La información que requiere la Comisión Europea (Eurostat) y que es suministrada por España, se hace conforme al sistema SEC'2010.

Lo cierto es que, a pesar del desiderátum expresado en el Plan General de Contabilidad Pública, el mismo sigue recogiendo los principios y criterios propios de la contabilidad presupuestaria, no siempre coincidentes con los del Sistema Europeo de Cuentas, que por otra parte son los que se aplican con carácter general en los distintos países de la Unión Europea, que desconocen esa dualidad de regímenes y principios de contabilidad pública.

Por ello, a nuestro parecer, resultaría conveniente incorporar los resultados en términos de contabilidad nacional del Sector Público Estatal en la Cuenta General del Estado, incluyendo, a su vez, información sobre los ajustes efectuados para alcanzar el resultado de acuerdo con los criterios del SEC'10 a partir de los Estados que componen la Cuenta General, en la medida de lo posible, ya que los datos de Eurostat realmente tienen mayor relevancia económica, financiera e interés para la sociedad en general por la necesidad de respetar los límites establecidos para el déficit público y deuda pública, a fin de evitar las consecuencias que supone la aplicación del tenebroso Protocolo del Déficit excesivo; no hacerlo supone igualmente privar al Parlamento de un instrumento que puede resultar altamente valioso para el ejercicio de su función de control, si bien hay que recordar que estamos en el procedimiento de examen y comprobación de la Cuenta General del Estado y por ello el Tribunal de Cuentas sólo calcularía las magnitudes correspondientes al sector público estatal, dejando fuera de la misma a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

EL INFORME ANUAL DEL ARTÍCULO 136.2 DE LA CONSTITUCIÓN

A) Normativa reguladora.

I.- El Tribunal de Cuentas de España es miembro de la Organización Internacional de Entidades (INTOSAI), organización no

gubernamental con un estatus especial en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), que aprobó en el año 1977 la que se conoce en el ámbito de las Instituciones Superiores de Control como la Declaración de Lima, que junto con la de México del año 2007 —ésta más centrada en la independencia de las entidades fiscalizadoras superiores—, diseñan el marco conceptual básico y establecen las normas fundamentales para el funcionamiento de las entidades fiscalizadoras superiores. Precisamente, el artículo 16 de la Declaración de Lima previene el reconocimiento a nivel constitucional del derecho —y de la obligación de la entidad fiscalizadora superior— a emitir y publicar un informe anual sobre su actividad de control, en los términos que a continuación exponemos:

1. La Entidad Fiscalizadora Superior debe tener, según la Constitución, el derecho y la obligación de rendir informe anualmente al Parlamento o al órgano estatal correspondiente, sobre los resultados de su actividad y publicarlo. Así se garantizan una información y discusión amplias, a la vez que se incrementa la posibilidad de ejecutar las verificaciones realizadas por la Entidad Fiscalizadora Superior.

2. La Entidad Fiscalizadora Superior debe tener la posibilidad de rendir informe sobre hechos de especial importancia y transcendencia entre dos informes anuales.

3. El informe anual tiene que abarcar principalmente la actividad total de la Entidad fiscalizadora Superior; no obstante, en el supuesto de que existan intereses especialmente dignos de ser protegidos o que estén protegidos por Ley, la Entidad Fiscalizadora Superior debe considerarlos cuidadosamente, así como la conveniencia de su publicación.

II.- En línea con lo preceptuado, el artículo 136.2. de nuestra Constitución encomendó al Tribunal de Cuentas la remisión «a las Cortes Generales de un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido».

III.- Por su parte, el artículo 13 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, en desarrollo del precepto constitucional, señala el contenido del Informe Anual:

Así en primer término dice que comprenderá «el Informe o Memoria anual que el Tribunal debe remitir a las Cortes Generales en virtud del art. 136.2 de la Constitución, comprenderá el análisis de la Cuenta General del Estado y de las demás del sector público.

Se extenderá, además, a la fiscalización de la gestión económica del Estado y del sector público y, entre otros, a los extremos siguientes:

a) La observancia de la Constitución, de las Leyes reguladoras de los Ingresos y Gastos del sector público y, en general, de las normas que afecten a la actividad económico-financiera del mismo; con lo que resulta patente el sometimiento al principio de legalidad.

b) El cumplimiento de las previsiones y la ejecución de los Presupuestos del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales y de las demás Entidades sujetas a régimen presupuestario público; esto es, el cumplimiento de los objetivos en la actividad financiera.

c) La racionalidad en la ejecución del gasto público basada en criterios de eficiencia y economía.

d) La ejecución de los programas de actuación, inversiones y financiación de las Sociedades estatales y de los demás planes o previsiones que rijan la actividad de las Empresas públicas, así como el empleo o aplicación de las subvenciones con cargo a fondos públicos.

2. Idéntico informe será remitido anualmente a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para el control económico y presupuestario de su actividad financiera.

3. El Informe contendrá una Memoria de las actuaciones jurisdiccionales del Tribunal durante el ejercicio económico correspondiente.

IV.- Por último, el Preámbulo de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de 5 de abril, erige a «la Memoria o Informe Anual que el Tribunal debe rendir a las Cortes Generales en cumplimiento de lo establecido en el artículo 136.2 de la Constitución y 13 de su Ley Orgánica, en verdadero eje de su función de control de la actividad económico-financiera del sector público, sin perjuicio de las Memorias extraordinarias y de las propias Cortes», disponiendo en su

artículo 28 la integración de los Informes o Memorias, Mociones o Notas, aprobados por el Pleno del Tribunal, en dicho Informe Anual.

A la luz de lo expuesto, no parece que haya sido suficientemente destacada por la doctrina científica -que prioriza como función del Tribunal de Cuentas la relacionada con el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado- la importancia del Informe Anual, el cual ni siquiera es mencionado en muchos de los manuales y tratados de derecho financiero y presupuestario, obviando con ello la función a la que está llamado a cumplir como documento idóneo para emitir un juicio de oportunidad en el gasto público conforme a los principios consagrados de eficiencia y economía (artículo 31.2 CE). Sin embargo, ello no es sino consecuencia de la forma en que el mismo ha sido conceptuado y dotado de contenido, a lo largo de estos treinta y cinco años de vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

B) La breve historia del Informe Anual.

B.1) Etapas en el camino

De una simple consulta con la página web del Tribunal de Cuentas podemos distinguir las siguientes etapas o momentos en la vida del Informe Anual:

a) Primera etapa: (años 1983 a 1986). Inexistencia de Informe Anual: se corresponde con los ejercicios fiscalizados de 1978 a 1982.

Tras aprobarse la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, en mayo de 1982, y tomar posesión el nuevo Pleno, en julio de ese mismo año, el Tribunal hubo de ponerse al día en sus trabajos de fiscalización.

El primer, y grave, problema que se encontró el Pleno tras su toma de posesión, fue la escasez de efectivos. Para hacernos una idea, el Cuerpo de Censores (antecedente de los actuales Cuerpos de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas) no superaba en aquellos años el número de 30 miembros en activo -con el régimen de dedicación e incompatibilidades propio de aquella época- los cuales, además, si bien eran reconocidos como especialistas en el

ámbito económico-financiero y contable no habían sido formados ni tenían experiencia práctica en la realización de auditoría moderna, que es lo que de un día para otro se les demandaba y para lo cual se precisaba la necesaria formación, puesto que venían de ejercer sus funciones bajo el régimen de la Ley de 1953, centrada en el examen de la Cuenta General del Estado.

Por esta razón, es comprensible que el Tribunal de Cuentas sólo rindiera a las Cortes Generales, en relación al periodo 1978 a 1982, los Dictámenes correspondientes a las Cuentas Generales de dichos ejercicios(11), a las que denominó Memoria-Dictamen y que básicamente constituyen un análisis de la Cuenta General del Estado a lo que se une los Informes sobre las Cuentas de la Seguridad Social y de las Sociedades Estatales.

No obstante, sin perjuicio de lo señalado, aparte se realizaron un total de 36 Informes de Fiscalización extraordinarios sobre materias específicas y se elevaron 3 Mociones a las Cortes.

b) Segunda etapa (años 1987 y 1988): El Informe Anual es aprobado por el Pleno del Tribunal y remitido a las Cortes junto a la Memoria Dictamen sobre la Cuenta General, pero en volumen diferente, se corresponde a los ejercicios 1983 (aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 28 de julio de 1987) y 1984 (aprobado el 26 de septiembre de 1988).

Como cualquier Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, los Informes Anuales fueron objeto de tramitación ante la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas.

En cuanto a su contenido se limitaron a ofrecer una visión, desde luego más amplia que la ofrecida en la Memoria Dictamen sobre

(11) La Memoria- Dictamen sobre la Cuenta General correspondiente al ejercicio de 1979 fue aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 31 de mayo de 1984; la Memoria-Dictamen correspondiente a la Cuenta General del ejercicio 1980 fue aprobada el 20 de enero de 1985; la Memoria-Dictamen correspondiente a la Cuenta General del ejercicio 1981 fue aprobada el 28 de octubre de 1985 y la Memoria-Dictamen correspondiente al ejercicio de 1982 fue aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 13 de octubre de 1986.

la Cuenta General, respecto de la ejecución presupuestaria. En la presentación de ambos Informes se especificaba que era objeto de análisis la información contenida en la Cuenta General del Estado, profundizando en los aspectos de cumplimiento y de legalidad.

Igualmente, con alcance ciertamente limitado debido al escaso desarrollo de las administraciones autonómicas propias de aquellos años, se fiscaliza las cuentas de las comunidades autónomas –que prácticamente se reducía a ver el grado de ejecución presupuestaria– y de las entidades locales, incorporando una Memoria de las actuaciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas.

Independientemente de los Informes Anuales remitidos a las Cortes, el Tribunal de Cuentas continuó realizando, –bien por propia iniciativa, bien a iniciativa de las propias Cortes Generales– fiscalizaciones particulares sobre determinadas materias o entidades.

c) Tercera etapa (años 1989 a 2001): aprobación y remisión independiente del Informe Anual.

A partir del Informe Anual correspondiente al año 1985, aprobado el 18 de diciembre de 1989, primero publicado tras la entrada en vigor de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se acordó no sólo su aprobación de forma independiente a la Declaración sobre la Cuenta General, sino su publicación por completo separada a la misma, si bien partiendo de los resultados del examen y comprobación de la Cuenta General del Estado, que se toman como soporte del Informe Anual.

En dicho Informe se integra la totalidad de la actuación fiscalizadora realizada por el Tribunal dividiéndose el Sector público en tres subsectores –Sector Público Estatal, Seguridad Social y Sector Público Territorial–.

No vamos a entrar propiamente en lo que fue su contenido, que es reproducible respecto al contenido de los sucesivos Informes Anuales, pero si nos gustaría dejar sentado que los mismos proporcionaban una visión certera sobre la realidad económico-financiera que pretendía mostrar. Ciñéndonos al ámbito público estatal (Administración Ge-

neral del Estado y Organismos Autónomos) ofrecieron un análisis por funciones y por programas de las distintas actividades, así como puramente económica, centrándose particularmente en las áreas de personal y subvenciones. Como objeción, de carácter general, pero realmente importante, se le puede achacar el hecho de utilizar un lenguaje excesivamente técnico, sin tener en cuenta que sus destinatarios finales son los parlamentarios, lo cual sin duda incidía en la poca utilidad de los mismos para el debate político.

Este esquema fue seguido, con ciertas variantes –algunas de calado– en los sucesivos Informes Anuales presentados a las Cortes hasta el año 1998(12). Así:

- a partir del Informe Anual correspondiente al ejercicio de 1991 se prescinde de recoger los resultados del examen y comprobación de la Cuenta General del Estado, entendiendo que ya estaban recogidos en la Fundamentación y Desarrollo de la misma remitida en su día a las Cortes por el Pleno del Tribunal de Cuentas. No obstante lo categórico con lo que se pronunció el Informe de 1991, en Informes correspondientes a ejercicios posteriores sí se reflejó un breve análisis de la Cuenta General, al objeto de ofrecer una visión global de la liquidación presupuestaria y del endeudamiento;
- a partir del Informe Anual correspondiente al ejercicio de 1992 se acuerda que los resultados del análisis de la actividad económica del sector público territorial correspondiente a las Comunidades

(12) Los sucesivos Informes Anuales fueron aprobados por el Pleno del Tribunal de Cuentas en las siguientes fechas: el 14 de junio de 1990 se aprobó el Informe Anual correspondiente al ejercicio de 1986; el 11 de marzo de 1991 se aprobó el Informe Anual de 1987; el 21 de noviembre de 1991 se aprobó el correspondiente a 1988; el 29 de enero de 1993 se aprobó el correspondiente al año 1989; el 21 de diciembre de 1993 se aprobó el correspondiente al año 1990; el 29 de noviembre de 1994 se aprobó el correspondiente al año 1991; el 28 de junio de 1995 se aprobó el correspondiente al año 1992; el 28 de marzo de 1996 se aprobó el Informe Anual correspondiente a 1993; el 20 de marzo de 1997 se aprobó el Informe Anual correspondiente al ejercicio de 1994; el 26 de marzo de 1998, el correspondiente al ejercicio de 1995; el 27 de mayo de 1999, el correspondiente al ejercicio de 1996; el 29 de marzo de 2000, el correspondiente al ejercicio de 1997 y; por último el 1 de febrero de 2001 se aprobó el Informe Anual correspondiente al ejercicio de 1998. Todos ellos fueron igualmente tramitados ante la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas.

Autónomas y a las Corporaciones Locales se presenten en informe separado, con tramitación independiente.

A nuestro juicio, es en esta tercera etapa, cuando el Informe Anual dio sus mejores frutos para la Institución —y por ende para el control parlamentario—, habiendo acertado el Pleno del Tribunal plenamente en desvincularlo de la Declaración sobre la Cuenta General del Estado; de esta forma el Tribunal de Cuentas pudo cumplir con el doble mandato constitucional de presentar tanto el Informe Anual como la Declaración sobre la Cuenta General del Estado. Ciertamente pudo haber aspectos a mejorar, particularmente en lo que se refiere a que en muchas ocasiones se reiteraba lo ya analizado en la Cuenta General, pero es innegable que el Informe Anual fue un instrumento apto para tener una visión amplia acerca de la verificación de la ejecución de los programas y objetivos por las entidades del sector público en un ejercicio determinado, reservando los informes de fiscalización específicos para aquellas áreas o entidades en las que el Pleno del Tribunal (o en su caso las Cortes) entendía que debía profundizarse en el conocimiento de cómo se había llevado a cabo una determinada gestión.

Sin duda el mejor aliado para el Informe Anual es el Presupuesto por Programas y Objetivos, en cuanto contiene definiciones suficientemente claras y concretas de los objetivos perseguidos que permite comprobar y medir el grado de realización de los mismos e incluir indicadores económicos de objetivos facilitando con ello el análisis de los costes de los servicios realizados; la imposición de esta forma de programación presupuestaria, como señala RODRIGUEZ BEREIJO(13), viene a ser una exigencia del artículo 31.2 CE.

d) Cuarta etapa (desde 2001 hasta nuestros días): Conversión —o mutación— del Informe Anual en Memoria de Actuaciones (denominación que ha recibido hasta el año 2012) o Memoria Anual (denominación recibida a partir del ejercicio 2013).

(13) Vid. Conferencia titulada “Una perspectiva constitucional del control del gasto público” impartida el 26 de mayo en el Palacio del Senado en Madrid, en la Jornada Técnica organizada por la Asociación de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas.

Esta etapa se caracteriza por la inexistencia de un Informe Anual con contenido propiamente fiscalizador. En su lugar el Tribunal de Cuentas viene elevando a las Cortes Generales un documento denominado Memoria de Actuaciones o Memoria Anual, haciendo constar que se hace en cumplimiento de los artículos 136.2 de la Constitución, 13 LOTCu y 28 LFTCu.

De forma muy concisa podemos decir que se informa a las Cortes Generales sobre la organización del Tribunal de Cuentas, sus recursos humanos, actuaciones en materia de igualdad de género, presupuesto del Tribunal de Cuentas, se ofrecen datos globales sobre el cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas al igual que sobre contratación, se ofrece una memoria de actuaciones jurisdiccionales así como sobre otras actuaciones del Tribunal.

A diferencia de los Informes Anuales, ninguna Memoria de Actuaciones o Memoria Anual ha sido tramitada por las Cortes Generales conforme al procedimiento previsto en el Reglamento del Congreso respecto de los Informes de Fiscalización recibidos del Tribunal de Cuentas.

B.2) Análisis particular de los antecedentes del Acuerdo plenario de 28 de junio de 2001 y de la motivación de la Memoria de Actuaciones de los ejercicios 1999, 2000 y 2001

1.– Antecedentes del Acuerdo y opinión crítica.

Si observamos en la nota a pie de página el año al que va referido cada Informe Anual y el año de aprobación del mismo vemos que, de media, el lapso temporal comenzó siendo de cuatro años y terminó siendo de tres años, existiendo dos ejercicios (1991 y 1993) en el que se aprobaron dos Informes Anuales cada uno de ellos, si bien hay que decir que en 1992 tuvo lugar la renovación del Pleno del Tribunal de Cuentas, con la consiguiente paralización asociada.

Ya hemos visto la brecha temporal de cinco años con la que el Tribunal de Cuentas comenzó sus funciones de fiscalización tras la promulgación de la Ley Orgánica, aprobando la primera Memoria Dictamen en 1983 referente al ejercicio de 1978 y cómo, en ejercicios

posteriores se fue acortando el lapso temporal respecto al ejercicio fiscalizado (en los ejercicios de 1991 y 1993 se aprobaron dos Informes Anuales en cada uno de ellos), sin que ello significara que se realizara un trabajo de menor calidad.

No obstante dicho retraso -con el consiguiente eco mediático, particularmente cuando afectaba a supuestos de mal uso de fondos públicos- fue en ocasiones motivo de ironía en diversos medios de comunicación, originando cierta indignación social al percibir también una actuación no totalmente diligente por parte del Tribunal de Cuentas en el cumplimiento de sus obligaciones de control.

Dichas críticas fueron particularmente reiteradas con ocasión de sonados episodios de corrupción en la década de los años noventa, provocando que tanto el Pleno del Tribunal de Cuentas como los profesionales que prestaban en el mismo se afanaran en encontrar soluciones a las críticas vertidas a la Institución.

FERNÁNDEZ CARNICERO y ARAUJO DÍAZ DE TERÁN⁽¹⁴⁾, además de proponer una serie de medidas normativas que, a su juicio, revertirían en la mejora del control externo, se hacen eco de las propuestas de PASCUAL GARCÍA en un artículo, lo suficientemente expresivo, titulado “El desfase temporal en las actuaciones fiscalizadoras del Tribunal de Cuentas: una propuesta de solución a través de una distinta concepción del informe Anual”, en el que en definitiva viene a vincular la anualidad del informe no a las actuaciones de los gestores públicos sino a la actividad desarrollada por el Tribunal de Cuentas en un año, que comentamos a continuación.

Este autor dirige su crítica además de a lo que denomina “carácter retardatario” del procedimiento fiscalizador hacia la forma en como se venía concibiendo el Informe Anual, señalando:

- i) Niega que fuera función del Informe Anual la de ofrecer una visión global de la actividad financiera del sector público,. La

(14) Vid. C.J. FERNÁNDEZ-CARNICERO y M. ARAUJO DÍAZ DE TERÁN en sus comentarios al artículo 136 de la Constitución, dentro de la obra colectiva “Comentarios a la Constitución Española de 1978”, dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil.

abundancia de datos numéricos contenidos en el Informe Anual le aproxima a una Memoria de Gestión, e induce a confundir el rol del Tribunal de Cuentas que es el de verificación de cuentas.

- ii) Critica que el Informe Anual se refiera precisamente a la actividad de los gestores públicos durante un determinado año y no a las actuaciones fiscalizadoras realizadas por el propio Tribunal. Añade a este argumento que un retraso en la rendición de cuentas por parte de los gestores públicos produciría igual retraso en los Informes anuales.≤
- iii) Manifiesta la imposibilidad de que el Informe Anual tenga por objeto un año concreto pues en el mismo se incluyen por mera agregación o yuxtaposición (por exigencia del artículo 28 LFTCu que no del artículo 136 CE ni de la LOTCu) una síntesis de la total actuación fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, incluidas las actuaciones jurisdiccionales. Dada la imposibilidad de que la actuación fiscalizadora del Tribunal de Cuentas vaya referida a un mismo ejercicio (no siempre las cuentas se rinden en plazo, los informes singulares abarcan ejercicios distintos, etc) de ello deriva la imposibilidad de que el Informe Anual tenga por referencia temporal un único ejercicio.
- iv) Por ultimo señala que al referirse al periodo anual, en el Informe no se tiene en cuenta la actuación global del organismo o servicio desde la última fiscalización realizada, o en su defecto, desde los ejercicios no prescritos hasta el presente al que se refiere el Informe Anual.

Por todo ello viene a proponer que en el Informe Anual se distingan tres partes en función de su contenido:

- en la primera parte habrán de ofrecerse no los resultados de la gestión económica del sector público sino una síntesis de las actuaciones fiscalizadoras desarrolladas durante el año fiscal, es decir, en el periodo de doce meses en el que dichas actuaciones se han desarrollado (que además no tiene por qué coincidir con el año natural) siendo preferible tomar como referencia el 30 de

octubre de cada año, por ser la fecha en que terminan los plazos de rendición de cuentas del ejercicio anterior.

- en la segunda parte se integrarían los informes singulares o especiales que por exigencias del artículo 28 LFTCu, que no del artículo 136 CE ni de la LOTCu, han de integrarse en el Informe Anual;
- por último, en la tercera parte se incorporarían los informes derivados de fiscalizaciones específicas derivadas de exigencias legales de fiscalizar determinados ámbitos: contratación, modificaciones presupuestarias, situación y variaciones de patrimonio.

Ciertamente no podemos sino manifestar nuestro acuerdo con PASCUAL GARCÍA –quien, por lo demás, es un reconocido especialista en materia de gasto público– en cuanto critica la extensión omnicomprendensiva con que se configuró al Informe Anual en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, así como a la excesiva rigidez en lo referente a los plazos y trámites a observar y que no hacen sino retardar los informes de fiscalización.

Sin embargo, el Pleno del Tribunal de Cuentas supo delimitar el papel del Informe Anual a fin de configurarlo y hacerlo realmente útil. Así, en primer lugar, desvinculó el Informe Anual del Sector Público Estatal tanto de la Declaración sobre la Cuenta General del Estado como de los Informes Anuales del Sector Público Territorial –Autonómicos y Locales–, que se presentaron y rindieron en momentos diferentes. En segundo lugar no se impidió, sino todo lo contrario, que las fiscalizaciones específicas se rindieran a las Cortes de forma independiente al Informe Anual,coadyuvando con ello a un mayor impacto de dichos Informes.

Lo que sí es consideramos objeto de crítica es la propuesta de transformación del Informe Anual, que tiene como su propio nombre indica un contenido eminentemente fiscalizador, en una síntesis de las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo por el Tribunal de Cuentas durante el año, esto es, en una suerte de memoria de actuaciones, que es en lo que a la postre se ha convertido.

Exponemos a continuación las razones en las que basamos nuestra opinión crítica:

- Como se ha visto, el Informe Anual es una institución que ha merecido la atención de organizaciones internacionales (INTOSAI) que demandan respecto del mismo, en cada Estado, el reconocimiento y protección a nivel constitucional. Carece de toda lógica y sentido que ese reconocimiento y protección venga referido a un documento que se limita a reflejar una síntesis de las actuaciones fiscalizadoras, pero sin contenido fiscalizador alguno y sin referencia temporal al mismo ejercicio.
- El propósito del Informe Anual es ofrecer a las Cortes una visión global o conjunta sobre la gestión del sector público estatal, a fin de que puedan ejercer el control político que les corresponde. Al no rendirse el Informe Anual ofreciendo la visión anual o conjunta que se demanda, sería el Tribunal de Cuentas quien seleccione—al aprobar el programa de fiscalización y sin perjuicio de la iniciativa que también se reconoce a las Cortes Generales conforme al artículo 45 LOTCu— los ámbitos sobre los que se va a ejercer el control de eficiencia y economía, de forma que pasaría a ejercer una función que excede en mucho de la simplemente técnica que se le presupone.

Ciertamente el Tribunal de Cuentas, al igual que las Cortes, siempre ha de tener garantizada la posibilidad de proponer ámbitos específicos para llevar a cabo fiscalizaciones singulares (vid. artículo 45 LOTCu), pero ello no puede ir en menoscabo del “derecho” o facultad del Parlamento de conocer, a los efectos de poder ejercer el adecuado control político, cómo ha sido la gestión económico financiera en un ejercicio determinado en términos globales. Sin duda ésta es la finalidad perseguida en el artículo 136.2 CE y 13 LOTCu, y lo que justifica la inclusión del Tribunal de Cuentas en la propia Constitución, como órgano de relevancia constitucional, y garante por ello del cumplimiento de los principios y normas básicas en la ejecución del gasto público con arreglo a criterios de legalidad, eficiencia y economía.

- De la dicción del propio artículo 136.2 CE, y particularmente del contenido de los artículos 13 LOTCu y 28 LFTCu no cabe sino concluir en que el Informe Anual tiene, en sí mismo, un contenido

fiscalizador y ese contenido no puede sino ir referido a la gestión del sector público (en el caso al que nos venimos refiriendo el estatal) durante un periodo de tiempo determinado –un año–.

- En el ámbito parlamentario esta tesis está sustentada por los Informes sobre “Tramitación parlamentaria de la Cuenta General del Estado”, de 1 de diciembre de 1983, el Dictamen del Pleno del Congreso de los Diputados de los Diputados de 28 de junio de 1984, ya expuestos, los cuales no son tenidos en cuenta por el autor citado.
- La configuración del Informe Anual como una síntesis de las actuaciones fiscalizadoras significa, en última instancia, la más absoluta desconexión del mismo en relación al ejercicio presupuestario al que debía ir referido. Piénsese que las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo en un ejercicio por el Tribunal de Cuentas pueden ir referidas a entidades de distintos ámbitos territoriales y también con distinto ámbito temporal; esto es, no se refieren todas ellas a un mismo ejercicio presupuestario, con lo cual el referido documento devendría por completo inútil para el debate y control parlamentario.

2.– El Acuerdo plenario de 28 de junio de 2001.

La configuración del Informe Anual como Memoria de Actuaciones fue acordada por el Pleno el Tribunal de Cuentas en su sesión de 28 de junio de 2001(15).

Si bien desconocemos los motivos en los que se fundamentó el referido Acuerdo, el cual a pesar de lo importante de la materia –por cuanto que afecta a la interpretación, alcance y contenido de un precepto constitucional– no ha sido nunca publicado, podemos inferir que los mismos son los mismos que los invocados como motivación de la primera Memoria de Actuaciones (la correspondiente a los ejercicios 1999, 2000 y 2001) que se sometió a las Cortes en lugar del Informe Anual y que se exponen a continuación(16):

(15) En relación al concepto de mutación constitucional véase el documentadísimo estudio de F. FERNÁNDEZ SEGADO “Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, págs. 7-88.

(16) Así se refleja expresamente en la presentación de la Memoria de Actuaciones del Tribunal de Cuentas correspondiente a los ejercicios 1999, 2000 y 2001, que se encuentra disponible en la página web del Tribunal y que fue la primera que se aprobó con el nuevo formato.

- se constata un doble criterio en relación al ámbito temporal al que el Informe Anual se venía refiriendo, puesto que en relación a la función fiscalizadora se centraba en el ejercicio económico en el que se había desarrollado la gestión examinada, ya que se configuraba como un informe de la gestión económico-financiera del Sector-público en el ejercicio correspondiente, en tanto que en relación a la memoria de actividades jurisdiccionales, que se añadía al Informe Anual por imperativo del artículo 13.3 LOTCu, se reflejaban las actuaciones practicadas por el Tribunal durante el ejercicio, con independencia del momento en que hubiera tenido lugar la actividad enjuiciada.
- la ampliación del ámbito de referencia de la Cuenta General del Estado, que podía conducir a reiteraciones con el propio Informe Anual
- que la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en su sus reuniones de 17 de octubre de 2000 y 22 de mayo de 2001, adoptó la resolución de instar al Tribunal de Cuentas para que definiese *«el contenido y alcance que, a partir de ahora, deba tener el informe Anual del Sector público estatal, dada la actual estructura de la Cuenta General del Estado, sobre la que el Tribunal de Cuentas deberá formular su Declaración Definitiva»*.

A lo expuesto restaría añadir que tal y como se expresa en la Memoria, la transición del modelo de informe Anual vino a coincidir con la renovación del Pleno del Tribunal de Cuentas(17), originándose un desfase respecto de los ejercicios pendientes de incluir en la Memoria de actividades fiscalizadoras, por lo que el ámbito temporal del informe anual como Memoria de Actuaciones se acordó que fuera referido a los ejercicios 1999, 2000 y 2001.

No resulta necesario redundar en los motivos esgrimidos para dejar de realizar el Informe Anual, ni entendemos que sea tampoco

(17) Esto es, el Acuerdo de 28 de junio de 2001 fue adoptado por el Pleno cuyos Miembros fueron elegidos en la renovación producida en el año 1991, una vez transcurrido el plazo de nueve años y meses antes del nombramiento de nuevos Miembros, habiendo igualmente renovado algunos Miembros del anterior Pleno; durante el mandato de dicho Pleno se sometió siempre a las Cortes el Informe Anual previsto en el artículo 136.2 CE; posteriormente se han producido dos renovaciones plenarias una en noviembre de 2001, que inauguró el sistema de Memoria de Actuaciones, y la última en julio de 2012.

necesario reiterar ni profundizar en nuestras objeciones –que resultan patentes a lo largo del presente artículo- respecto de la fundamentación ofrecida por el Pleno del Tribunal de Cuentas en relación a la materia que nos ocupa.

C) Una propuesta de Informe Anual para el futuro

Vista la situación actual, merece la pena tener una leve idea acerca de cómo resuelven el tema algunos países de nuestro entorno. En todo caso, y como premisa, hemos de tener en cuenta que si bien existen principios o reglas genéricas que podemos considerar comunes, sin embargo difieren tanto los medios –personales y materiales– como los propios poderes con los que están dotadas las respectivas entidades fiscalizadoras superiores de control.

En Alemania, el Tribunal de Cuentas Federal, *Bundesrechnungshof*, presenta a finales de ejercicio un Informe Anual referente a la gestión del Gobierno federal del ejercicio anterior(18). Vendría a ser una refundición de nuestra Cuenta General, pues analiza la representatividad y fiabilidad de la cuentas, así como también de auditoría de regularidad, pues analiza cómo se cumplieron las reglas y principios subyacentes de la gestión financiera pero también hace un análisis de eficacia sobre el grado de cumplimiento de los presupuestos ministeriales departamentales, proponiendo las reformas legislativas que estime pertinentes. Posteriormente en primavera se hace un Informe complementario del anterior.

En Francia, la Cour des Comptes presenta normalmente antes de verano (este año el documento va fechado el 23 de mayo de 2017(19)) un documento sobre resultado presupuestario del ejercicio anterior, dónde se viene a analizar el grado de ejecución presupuestaria también desde el punto de vista de la eficacia, esto es, como se han cumplido los objetivos presupuestarios.

(18) se pueden consultar en versión inglesa en la página web <https://www.bundesrechnungshof.de/en/veroeffentlichungen/bemerkungen-jahresberichte-en>

(19) <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/20170531-rapport-budget-Etat-2016-resultats-gestion.pdf> auditoría que son importantes para los proyectos legislativos propuestos

En parecidos términos, en Italia la Corti dei Conti –que tiene la obligación legal de presentar en junio de cada año un informe sobre como se ha cumplimentado el presupuesto del año anterior–, ha presentado en junio de este año un Informe Anual⁽²⁰⁾ que viene a ser una refundición de lo que constituye propiamente la Cuenta General con el análisis del cumplimiento de los objetivos presupuestarios.

Estos países juegan con una ventaja comparativa respecto del nuestro y es que en ninguno de ellos sus Tribunales de Cuentas se ven limitados por el hecho de que les sean remitidas las cuentas en el mes de octubre del año siguiente al que se va a auditar, limitación que afecta a lo que constituye la Declaración propia de la Cuenta General del Estado, pero ya hemos visto que el Informe Anual se desvinculó completamente de ella desde el año 1995.

También el Tribunal de Cuentas Europeo ha publicado en el mes de septiembre de 2017 su Informe Anual correspondiente al ejercicio de 2016, si bien este documento entendemos que no pasa de ser una verificación contable⁽²¹⁾.

En definitiva, los Informes Anuales son una práctica habitual en instituciones análogas prestigiosas de países de nuestro entorno. Se trata, a nuestro juicio, de dotar al mismo del contenido y alcance adecuado, huyendo del carácter omnicomprendivo con que le trató de dotar la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas –excediendo del ámbito más limitado previsto en la propia Ley Orgánica–.

Dicho contenido sería el que en su día señaló el Dictamen de 1 de diciembre de 1983, con el objeto de comprobar, en primer término, si se han alcanzado los objetivos previstos, grado de ejecución de los programas, etc, por las entidades del sector público. No se puede negar al Informe Anual un contenido fiscalizador, que por lo demás está en línea con lo que venía realizando el propio Tribunal de Cuentas en los Informes Anuales posteriores al año 1991 hasta el último que, como tal, remitió a las Cortes.

(20) http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sezioni_riunite/sezioni_riunite_in_sede_di_controllo/2017/parifica_2016_intervento_martucci_di_scarfizzi.pdf

(21) <http://www.eca.europa.eu/es/Pages/ecadefault.aspx>

POTESTAD LEGISLATIVA Y EVALUACIÓN EX POST DE LAS NORMAS: HACIA UN MEJOR PARLAMENTO A TRAVÉS DE LA REGULACIÓN INTELIGENTE

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN(*)

La evaluación legislativa ex post es como la maternidad y la tarta de manzana en la que todo el mundo parece estar a favor de ella. Sin embargo, a diferencia de la maternidad y el pastel de manzana, hay pocas evidencias sobre ello

Cámara de los Lores del Reino Unido
Committee on the Constitution, 14th Report, 2003-04

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA EVALUACIÓN EX POST DE LAS NORMAS COMO INSTRUMENTO DE CALIDAD DE LA DEMOCRACIA; 2. MODALIDADES DE EVALUACIÓN Y CONCEPTO DE EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST; 3. FINES Y METODOLOGÍA DE LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA; 4. LA TARDÍA Y DEFICIENTE INCORPORACIÓN DE LA EVALUACIÓN EX POST A NUESTRO SISTEMA JURÍDICO; 5. EVOLUCIÓN DE LA EVALUACIÓN EX POST EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: DE INSTRUMENTO FUNDAMENTALMENTE DE MEJORA DE LA COMPETITIVIDAD A INSTRUMENTO DE MEJORA DE LA CALIDAD DE LA NORMA EN GENERAL; 6. EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST Y AVANCE CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO; 7. LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA; 8. EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST EN DERECHO COMPARADO; 9. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE IDEAS PARA LA INSTAURACIÓN DE UN MODELO DE EVALUACIÓN EX POST DE LAS NORMAS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

(*) Profesor propio agregado, Derecho Constitucional, UPComillas.

El desarrollo de la técnica normativa como expresión de la denominada *regulación inteligente* supone promover la mejora de las normas no sólo desde una perspectiva formal, sino también material. En este marco, la evaluación normativa cobra una importancia indiscutible que se expresa tanto en la exigencia de evaluación ex ante como de evaluación ex post. Si bien la primera goza ya de un desarrollo formal y práctico en nuestro Derecho, la segunda ha sido prácticamente desconocida tanto por los poderes públicos como por la doctrina. Sin embargo, existen varios elementos que permiten afirmar que la evaluación ex post de las normas es ya una necesidad de nuestro sistema jurídico, no sólo por razones de calidad, eficacia y eficiencia normativa, sino también como instrumento que puede ayudar a contrarrestar el alto grado de desafección social que muestran nuestras democracias contemporáneas.

1. INTRODUCCIÓN: LA EVALUACIÓN EX POST DE LAS NORMAS COMO INSTRUMENTO DE CALIDAD DE LA DEMOCRACIA

La evaluación ex post de las normas se muestra como un tema novedoso en nuestro sistema jurídico que se inserta dentro de las medidas que se han adoptado en los últimos años dentro de la técnica legislativa⁽¹⁾

(1) Puede definirse la técnica normativa como la ciencia social que trata de la forma de elaboración de las normas jurídicas, especialmente de la ley y de las disposiciones administrativas de carácter general. Vid. RODRÍGUEZ-ARANA, J., “La importancia de la técnica normativa en un Estado democrático de Derecho”, en GARCÍA MEXÍA, P. y RODRÍGUEZ-ARANA,

y que promueven una mejora de la regulación⁽²⁾ o de la denominada también buena regulación o regulación inteligente, expresiones estas últimas tomadas de la traducción literal de los términos en lengua inglesa que han presidido el movimiento global y europeo (OCDE y UE, fundamentalmente) a favor del desarrollo de un ordenamiento jurídico de calidad, *better regulation* y el más reciente de *smart regulation*⁽³⁾. Como señala, literalmente, el propio Real Decreto 1083/2009, de 3 de

J. (Dir.), *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia*, CEU Ediciones, Madrid, 2010, p. 17s.

(2) Apunta Parejo Alfonso los problemas que presenta el término regulación en nuestro lenguaje jurídico por su amplio significado, no existiendo un término capaz de designar el hecho con precisión. Sin perjuicio de ello, por regulación podría entenderse una nueva y específica función de carácter público, cuyos perfiles están aún por precisar debidamente y que se sirve de formas de manifestación tradicional del poder público administrativo, en especial en sus funciones informativa, imperativa unilateral y arbitral y que se refiere al campo económico y, más concretamente, a los sectores reservados al sector público en calidad de servicios públicos en sentido estricto para, a resultas de su devolución al campo propio de la actividad empresarial privada, generar justamente los correspondientes mercados. Se insertaría en el fenómeno de la denominada pos privatización (*after privatization*), o lo que podríamos nosotros denominar pos huida del Derecho público. Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Estado y Derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 113 a 117.

(3) Como nos recuerda Mercado Pacheco, en las últimas décadas se ha despertado un enorme interés por la calidad de la ley en el ámbito internacional hasta convertirse en un objetivo fundamental de la agenda política de números gobiernos y organizaciones internacionales, destacando la OCDE y la UE. En particular, la UE ha hecho una fuerte apuesta por la política de mejora de la regulación y la ha incluido como prioridad en la renovada Agenda de Lisboa (2001), convirtiéndola en un pilar imprescindible para el futuro de la gobernanza europea. Vid. MERCADO PACHECO, P., “Análisis económico del derecho y teoría de la legislación. Coste del derecho y mejora regulatoria”, en ARANA GARCÍA, E. (Dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 73. Para Caballero Sanz hay dos razones que explican la creciente importancia de la evaluación en la UE y, más concretamente, en la Comisión: En primer lugar, ha habido una evolución del método de trabajo comunitario que se corresponde con el grado de madurez que ha alcanzado el proceso de integración europeo. El Mercado Interior es una realidad consolidada en la actualidad que exige ahora asegurar el funcionamiento eficaz de lo que se ha logrado, lo que requiere prestar atención a la calidad de las normas. En segundo lugar, tal protagonismo de la evaluación coincide con los objetivos actuales de la Unión, entre los que destacan, convertir a la UE en el área económica más competitiva del mundo y para ello se estableció el objetivo de la mejora de la calidad de la legislación comunitaria como instrumento esencial para la mejora de la competitividad. Apunta que diversos estudios estiman que el coste de la carga de las deficiencias en la legislación europea supone entre un dos y un cinco del PIB de la Unión. Vid. CABALLERO SANZ, F., “La evaluación en la Unión

julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, el cual supuso un avance importante en la calidad de las leyes desde la perspectiva de su análisis prospectivo de su implementación, “*La mejora de la calidad de las normas se ha constituido en una prioridad para el conjunto de los países de nuestro entorno a lo largo de los últimos años, debido entre otros factores, al papel que los ordenamientos jurídicos juegan como motor del desarrollo sostenible, la competitividad y la creación de empleo, e independientemente del fin último que debe cumplir toda norma, que no es otro que el de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos como destinatarios finales de la misma*”. La conexión de este proceso con el Derecho comunitario es evidente. Las raíces de este nuevo sistema tienen inspiración e influencia de la Unión Europea, donde la mayoría de la legislación que se adopta actualmente incorpora una cláusula de revisión que viene referida tanto a la evaluación de su implementación como de sus impactos(4). La mejora en la calidad de la regulación se concibe como una iniciativa comunitaria dirigida a favorecer la actividad económica, el desarrollo empresarial y la innovación en los mercados europeos a través de la adopción de un ambicioso programa de revisión de las normas comunitarias y estatales vigentes, con instauración de controles ex ante y ex post de las propuestas normativas y de las normas vigentes. Este sistema se establece en aras de facilitar la iniciativa empresarial, eliminando o reduciendo las cargas administrativas superfluas o injustificadas, y exigiendo una motivación adecuada que acompañe a la elaboración y formulación de cualquier norma, asociada a una evaluación de su impacto en la realidad, principalmente en términos económicos y sociales(5).

Además, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, debemos recordar que, si la Constitución consagra en su artículo 9.2 el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en

Europea”, en PAU I VALL, F. y PARDO FALCÓN, J., *La evaluación de las leyes. XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 150.

(4) ZWAAN, P., VAN VOORST, S. y MASTENBROEK, E., “Ex post legislative evaluation in the European Union: questioning the usage of evaluations as instruments for accountability”, *International Review of Administrative Science*, vol. 82, núm. 4, año 2016, p. 675.

(5) MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *RAP*, núm. 179, mayo-agosto 2009, p. 336.

que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, el Estado ya no cumple simplemente con declarar y reconocer en el plano normativo las libertades individuales, sino que está obligado a garantizar en el terreno de los hechos su efectividad. Y así, el seguimiento de sus decisiones normativas constituye un mecanismo imprescindible para controlar y asegurar que éstas alcanzan real y eficientemente los objetivos marcados, es decir, que efectivamente quedan garantizados los derechos fundamentales(6). El paradigma clásico de nuestro Estado de Derecho, en virtud del cual, lo importante es la legitimación a priori, es decir, la concurrencia y cumplimiento de determinados requisitos, y no a posteriori por su acierto o eficacia(7), parece que no puede ya mantenerse. Hoy parece existir un consenso casi unánime en subrayar que no sólo es importante lo que dicen las leyes sino lo que consiguen, que es necesario conocer si el comportamiento de sus destinatarios se acomoda o no a sus previsiones, cuáles son sus consecuencias y efectos, y cuál es el coste de consecución de sus objetivos(8).

La evaluación se muestra, de este modo, como un instrumento que permite la rendición de cuentas en el ámbito de la labor legislativa de los poderes públicos, habiéndose incluso señalado que el efectivo desarrollo de la rendición de cuentas es uno de los tres objetivos sustantivos de la evaluación ex post en el sector público, junto a aprender cómo mejorar la política existente y generar un conocimiento más general de la lógica de intervención de una política. El vínculo entre evaluación y rendición de cuentas también se deduce, por lo que a la UE se refiere, de los propios documentos de la Comisión. Si bien la Comisión presentó inicialmente las evaluaciones como un instrumento para aumentar la eficacia de las políticas, insistió gradualmente en el potencial que las evaluaciones poseen para aumentar la rendición de cuentas. En la Guía

(6) DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *RAP*, núm. 167, mayo-agosto 2005, pp. 102 y 103.

(7) ESTEVE PARDO, J. y TEJADA PALACIOS, J., *Ciencia y Derecho. La nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, p. 152.

(8) MERCADO PACHECO, P., “Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47, año 2013, p. 86.

de Evaluación de la Comisión de 2004, la rendición de cuentas fue el principal objetivo de la evaluación ex post⁽⁹⁾. En nuestro marco constitucional, la evaluación derivaría también, como rendición de cuentas, del propio tenor del artículo 135 de la Constitución, tras su reforma, el cual refuerza los deberes ya constitucionalizados de economía y eficiencia de la acción de los poderes públicos y exige un uso racional de los recursos públicos, viniendo a otorgar un nuevo peso a las razones económicas de la acción legislativa⁽¹⁰⁾.

Como señala GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ en su propuesta de regeneración del Parlamento, cada vez cobra mayor relevancia la evaluación de las leyes aprobadas para la comprobación de su adecuación al objeto perseguido y así puede sugerirse un seguimiento de la efectividad de las leyes aprobadas y de las dificultades de su aplicación, para lo que podrían habilitarse distintas fórmulas, que van desde una subcomisión en el seno de la Comisión legislativa competente, hasta informes periódicos del Gobierno (por ejemplo, aportando los datos cuantitativos de los efectos de determinadas medidas legislativas), que a su vez puedan dar lugar al ejercicio de su iniciativa legislativa por los grupos parlamentarios o a instar la acción del Gobierno mediante proposiciones no de ley. El mayor conocimiento, dice, repercutirá en una mejor labor legisladora, tanto más en una época en que las reformas de las leyes se suceden a ritmo, si no vertiginoso, cuando menos rápido⁽¹¹⁾.

Incluso, se ha apuntado que la promoción de la evaluación ex post de las normas puede ayudar a contrarrestar el alto grado de desafección social que muestran nuestras democracias contemporáneas. La participación de los ciudadanos en los procedimientos de evaluación puede ayudar a combatir la indiferencia hacia el bien público⁽¹²⁾. Más

(9) ZWAAN, P., VAN VOORST, S. y MASTENBROEK, E., “Ex post legislative evaluation in the European Union: ...”, *cit.*, pp. 677 y 678.

(10) MERCADO PACHECO, P., “Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos”, *cit.*, p. 86.

(11) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., “Regeneración del Parlamento. Transparencia y participación ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, año 2015, p. 186.

(12) VAN AEKEN, K., “From vision to reality: Ex post evaluation of legislation, *Legisprudence*, vol. 5, núm. 1, año 2011, pp. 45 y 46.

aún, pudiera servir como instrumento para facilitar el consenso en este nuevo panorama de parlamentos fragmentados o multipartidistas al que parecen enfrentarse de manera inestable nuestras democracias. Si la legislación es la forma de expresión del Parlamento que más consenso exige habitualmente, la evaluación ex post puede ayudar a lograrlo en la medida que garantiza a la minoría cuya voluntad no acaba por ser aceptada que la norma y sus consecuencias serán evaluadas, aunque sea a posteriori. Esta vocación de permanencia ofrece un menor margen para la negociación política. Si la ley, como señala ZAGREBELSKY, no es ya la expresión de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social y no es, por tanto, el final, sino la continuación del conflicto(13), en tal contexto la evaluación ex post puede ayudar a racionalizar tal conflicto y eliminar elementos puramente demagógicos y electoralistas del debate acerca de los aciertos y desaciertos de la ley promovida por la mayoría y, en muchas ocasiones, ya en el Parlamento fragmentado, en contra de la minoría.

Como se ha subrayado por la doctrina, la técnica legislativa no sólo debe ocuparse de los aspectos formales de las leyes (lenguaje, estructura, sistemática), sino también de que éstas cumplan los objetivos perseguidos con su aprobación, es decir, que la regulación sea materialmente adecuada(14). Para tal fin surge, pues, la evaluación ex post de las normas(15), constituyendo ésta, además, un elemento clave de la estrategia de la UE en materia de regulación inteligente(16). Una norma será de calidad cuando sea conforme con los siguientes principios de buena regulación: proporcionalidad, consistencia, trans-

(13) ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 38.

(14) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 73.

(15) Domenech Pascual prefiere emplear el término seguimiento pese a que signifique más o menos lo mismo porque considera que da una idea más exacta de la realidad a la que se está aludiendo, ya que la evaluación de una norma no es sino una de las actividades que deben realizarse en orden a mantenerla, modificarla o derogarla, sino además porque es el término utilizado de ordinario en nuestro Derecho positivo. Vid. DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, pp. 98 y 99.

(16) MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., “Closing the regulatory cycle? A meta evaluation of *ex-post* legislative evaluations by the European Commission”, *Journal of European Public Policy*, vol. 23, núm. 9, año 2016, p. 1.

parencia, responsabilidad y eficacia(17), lo que permite afirmar que la evaluación ex post es el procedimiento adecuado para determinar si una vez entrada en vigor la misma y, habiendo comenzado su operatividad, se cumplen tales principios. Pese a la importancia que puede comprobarse que tiene la evaluación ex post, casi todos los trabajos doctrinales sobre la evaluación normativa se han centrado en el estudio de los trámites que los poderes públicos deben realizar antes de establecer la correspondiente regulación, descuidando el de los que deberían llevarse a cabo después(18).

Como puede verse a través de esta introducción, la conexión de la evaluación ex post de las normas con la teoría del Derecho constitucional es evidente, tanto en lo que se refiere a la parte dogmática como a la orgánica del texto constitucional. Y así cuando, a título de ejemplo, el Derecho comunitario concede gran importancia a la evaluación de los efectos de las normas jurídicas se persigue no sólo mejorar la calidad del ordenamiento jurídico comunitario, aquejado gravemente de los males de la volatilidad, la complejidad, la hiperinflación normativa y la incognoscibilidad, sino también compensar –a través de la eficacia– los déficits democráticos que padecen las autoridades europeas, en especial el Consejo y la Comisión, que son precisamente las que ejercen las potestades más relevantes(19). Y lo mismo puede afirmarse desde la perspectiva del Derecho constitucional nacional. Sin embargo, esta importancia indiscutible ha sido habitualmente ignorada por nuestra jurisdicción constitucional, a diferencia de otros Tribunales de Derecho comparado como el Tribunal Constitucional Federal alemán. Nuestro Tribunal Constitucional se ha dicho que ha asumido una versión formal de la técnica legislativa, sin exigir una calidad material a las leyes que son objeto de enjuiciamiento. Así, la Sentencia 136/2011 declara sin ambages que la técnica legislativa no es motivo suficiente para motivar una declaración de inconstitucionalidad. Ni siquiera la aprobación de leyes

(17) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *RAP*, núm. 180, septiembre-diciembre 2009, p. 204. Vid., también, BALDWIN, R., “Is Better Regulation Smarter Regulation?”, *Public Law*, otoño, 2005, pp. 485 y ss.

(18) DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, p. 98.

(19) *Ibidem*, p. 103.

de calidad sería una forma de garantizar el principio de seguridad jurídica. Según declara el Alto Tribunal español, pese a que la Ley de acompañamiento sea una modalidad de ley criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa, en modo alguno lo es desde la perspectiva constitucional y ello pese a su deficiente calidad legislativa (FJ 3). El juicio de constitucionalidad que corresponde hacer al Tribunal no lo es de técnica legislativa (SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3; y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4), ni nada tiene que ver con la depuración técnica de las leyes (STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4)]. Nuestro Tribunal suele indicar con cierta reiteración que su control de constitucionalidad nada tiene que ver con su depuración técnica (SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 5; y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4), salvo en el ámbito sancionador y penal, en el que la calidad de la norma debe permitir al individuo acomodar su conducta al tipo (STC 150/1990)(20). El Tribunal se ha autolimitado en el campo de la técnica legislativa y de la calidad de las leyes para respetar la capacidad de configuración que se le reconoce al legislador, dado que el legislador democrático no se limita a ejecutar la Constitución, sino que está constitucionalmente legitimado para tomar todas aquellas medidas que, en un marco caracterizado por el pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la propia Constitución (STC 49/2008, FJ 4)(21). Un examen desde la corrección técnica podría alterar el sistema de pesos y contrapesos recíprocos entre el Tribunal Constitucional y el legislador, abriendo un campo de actuación a aquél que podría acabar por restringir indebidamente el ámbito de libre configuración del Parlamento. Sin olvidar, además, que tampoco existe un canon de control de la constitucionalidad desde dicha perspectiva de la calidad en la medida que no lo existe desde una perspectiva material(22).

(20) SANZ PÉREZ, A.L., “Apuntes sobre la técnica legislativa en España”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 26, junio 2012, pp. 12 y 13.

(21) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 25 y 96 y 97.

(22) GÓMEZ CORONA, E., *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008, p. 133.

Esta posición de práctica dejación del control constitucional resulta ciertamente sorprendente sobre todo si se recuerda la directa conexión de la técnica legislativa con el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución y de éste con la libertad. Como señala el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, *“El primer deber del legislador es adaptar el Derecho a los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular, procurando siempre que la innovación normativa genere certeza y seguridad en las personas a quienes se destina, la libertad solo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y precisión de la ley”*. La seguridad jurídica constituye un valor esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho, garante máximo de la libertad y, además, un valor vinculado a la estabilidad social. Esto significa que, siendo la libertad la máxima aspiración del individuo y de la colectividad, el Derecho en su conjunto debe afinar sus cualidades formales y sustantivas, sin relegar su eficacia. La seguridad jurídica convierte en valor axiomático esa necesidad y pasa de este modo a inspirar la vida jurídica entera, desde que la norma se proyecta y elabora hasta que se aplica. Opera entonces como una válvula de garantía de las personas que, respetando sus intereses y los de los demás, esperan una aplicación razonable de las reglas establecidas en el Derecho, exenta de imprevistas e indeseadas sorpresas(23).

Y si la seguridad jurídica ostenta tal posición estelar en nuestro sistema constitucional, la eficacia de la norma se presenta ya como una exigencia ineludible para los poderes públicos. La seguridad jurídica no sólo exige certeza de existencia y certeza de cognoscibilidad, sino también que el Derecho tenga eficacia. Esta es importante para que exista confianza en el propio Derecho(24), para que el Derecho genere apego y no desafección, lo que nos devuelve de nuevo a la evaluación ex post, ya que sin evaluar a posteriori la norma cómo

(23) BERMEJO VERA, J. ., “El principio de seguridad jurídica”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 76 y 77.

(24) ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 44.

podemos determinar que cumple cabalmente con la exigencia de eficacia que es una parte sustancial de la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional sí se ha aproximado en ocasiones a dicho control de la calidad de las leyes a través del principio de seguridad jurídica, pero ello ha sido poco frecuente. El propio Tribunal, como nos recuerda GARCÍA-ESCUDERO, ha distinguido una doble vertiente del principio de seguridad jurídica, la primera relativa a la certeza de la norma y la segunda a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, como se recoge en la STC 273/2000 (FJ 9) (25). En la STC 46/1990 (FJ 4) declara que la exigencia del artículo 9.3 de la Constitución implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas, lo que entendemos, no ya siguiendo lo expresado por el Tribunal en su decisión, que no puede cumplirse por el legislador si al menos no evalúa la eficacia y aplicación de las leyes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado e iniciada su vigencia. También, en la STC 150/1990 (FJ 8) se dispone que el principio de seguridad jurídica exige que la norma sea clara y en este orden no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas.

Por su lado, el Tribunal Supremo parece iniciar ya, en el ámbito del control jurisdiccional de la norma reglamentaria, una doctrina por la que la función normativa del Gobierno se sujeta con mayor intensidad a la exigencia de evaluación, en este caso, ex ante y, específicamente, en lo que se refiere a la Memoria de Impacto. Así, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de diciembre de 2016 (Recurso: 903/2014; Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas) declara que cabe efectuar un control judicial sobre la suficiencia de la memoria económica que debe acompañar a las disposiciones reglamentarias, sin que la existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria constituya un obstáculo insalvable para que

(25) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica*, op. cit., p. 18.

los órganos judiciales puedan efectuar un efectivo e intenso control sobre los fundamentos en que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente. Cabe, pues, en palabras del propio Tribunal, que las normas reglamentarias sean nulas no solo en los casos en que carezcan por completo de análisis económico y presupuestario, sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente de manera que no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad).

En el caso concreto, el objeto de control era el Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud y se crean y modifican determinados títulos de especialista(26).

A través, en concreto, de la evaluación ex post se promueve la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado. Se pretende introducir racionalidad teleológica en el proceso normativo al ser el sistema jurídico un mero medio para conseguir fines(27). Como acertadamente apuntaba

(26) Es interesante mencionar que en el trámite de elaboración de la norma, como destaca el Tribunal Supremo, el Consejo de Estado llamó la atención sobre la insuficiencia de la Memoria en sendos Dictámenes de 23 de enero y 17 de julio de 2014, afirmando que “*La proyectada reforma, aparte de que generará un esperado y considerable impacto económico, organizativo y asistencial, no evaluado ni trasladado a la memoria económica y presupuestaria (...) incide sobre una materia sensible, de indiscutible importancia que, sin perjuicio de las mejoras y adaptaciones que precise, en principio está correctamente afrontada por nuestro ordenamiento jurídico (...)*”. La misma denuncia habían hecho varias Comunidades Autónomas.

(27) JUAN LOZANO, A.M., “La racionalidad de las leyes: una aproximación a los presupuestos de calidad de las normas y paradigmas para el desarrollo de investigaciones

SANTAMARÍA PASTOR hace ya más de una década, debe difundirse la idea de que la eficacia gestor público no está en función directa ni puede medirse en base a la cantidad de normas que alcanza a situar en el respectivo diario oficial, sino a la eficiente aplicación de las normas que ha heredado(28). La instauración de un mecanismo de control de esta naturaleza se encuentra estrechamente vinculada a la superación de la concepción de la Ley típica del constitucionalismo decimonónico como norma esencialmente reguladora de las relaciones civiles, concepción que comienza a cuestionarse en el período de entreguerras cuando dicha categoría jurídica adquiere una nueva dimensión que la convierte esencialmente en el instrumento a través del cual se marcan los objetivos de las políticas públicas y se establecen las reglas de organización y funcionamiento de los poderes públicos encargadas de llevarlas a cabo(29). E, incluso, puede afirmarse que supone una propia superación del propio Derecho como Ciencia, habiéndose centrado históricamente en la aplicación del Derecho y en su interpretación, y poco en la elaboración de las normas. Los paradigmas clásicos de nuestro Derecho han conducido a una construcción dogmática teórico-formal de las instituciones o reglas, con mucha menor (o nula) preocupación por la eficacia de la actividad administrativa desplegada en el marco legal(30).

Como nos recuerda PONCE SOLÉ, las nuevas corrientes intelectuales en Europa, siguiendo la estela de Estados Unidos de América, insisten en la necesidad de incorporar al análisis legal y a la investigación jurídica una mayor preocupación por la actividad administrativa (que complementa la perspectiva tradicional, aunque limitada, de su control judicial) y una preocupación por las aportaciones del Derecho

centradas en la creación del Derecho”, en PIÑA GARRIDO, L. (Coord.), *La calidad jurídica de la producción normativa en España*, Instituto de Estudios Fiscales, doc. núm. 30/09, p. 254.

(28) SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “La Administración como poder regulador”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2005, p. 392.

(29) PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómico español”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 3, año 2007, Madrid, 2005, p. 88.

(30) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas? ...”, *cit.*, p. 204.

a la buena gestión pública. De ahí que la calidad normativa se vincule a los modernos conceptos de gobernanza y buena administración(31).

La evaluación *ex post*, como veremos a lo largo de nuestro trabajo, completa la exigencia de evaluación *ex ante* de las normas(32), habiendo logrado esta última, si bien, no limitar o reducir el viejo y actualmente imparable fenómeno de la *legislación motorizada* (*motorisierte Gesetzgebung*), ya denunciado por Carl Schmitt hace un siglo(33), sí, al menos, crear un mínimo marco de racionalidad, una evidencia empírica, a la hora de asumir la tarea de elaborar una norma. La norma ya no es aprobada por meras razones de conveniencia política, sino que la misma queda sujeta al escrutinio de la evaluación *a priori* de cuáles son los fines y objetivos que pretenden

(31) *Ibidem*.

(32) El fin de la evaluación *ex ante* es también mejorar la calidad de las normas. A través de la Memoria, se pretende garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, se considera imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias. La implantación de la Memoria en el procedimiento de elaboración de las normas jurídicas responde a una recomendación de la Comisión de la Unión Europea que en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, bajo el título “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”. Así, la Comisión recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales. En cuanto a su contenido, este aparece descrito en el artículo 2.1 del Real Decreto 1083/2009 incluye, la oportunidad de la propuesta; el contenido y análisis jurídico, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma; análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias; el impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas; y el impacto por razón de género.

(33) SCHMITT, C., *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft*, Internat. Univ.-Verlag, Tübingen, 1949, p. 20.

lograrse a través de la misma y lo que no es nada desdeñable, su impacto económico(34).

Tradicionalmente, la preocupación por la calidad de las normas se ha centrado en cuestiones de carácter técnico-jurídico: se trataba de asegurar la calidad técnica de la norma desde una perspectiva formal y jurídica. En tal sentido, la técnica normativa busca asegurar la claridad y el rigor en la formulación y redacción de las normas, el respeto a los principios e instituciones jurídicos, y su adecuada imbricación con otras normas relacionadas dentro del ordenamiento jurídico, es decir, referidos a la estructura e inteligibilidad de la norma, su corrección estructural. Sin embargo, en los últimos se promueve también velar por la calidad sustantiva de las normas, su corrección funcional. De esta manera, se busca completar la dimensión formal y técnica de la calidad de las normas con un análisis de su contenido material, intentando evaluar su efectividad en el cumplimiento de los objetivos perseguidos, es decir, impactos que la norma jurídica tiene en el mundo real, en la esfera personal y patrimonial de los ciudadanos y de las empresas. Desde la perspectiva de la calidad material, las normas jurídicas, por mandato constitucional, deben ser, como dijimos, racionales, eficaces, eficientes, no discriminatorias,

(34) Osés Abando distingue tres fases en la evaluación de las leyes: en primer lugar, la fase previa, constituida por aquellas directrices políticas contenidos en el programa del partido o coalición gobernante. Estas líneas políticas deberán tener su concreción en el seno del Ejecutivo mediante su inserción en la programación legislativa del Gobierno, se someterán a las consultas previas con los sectores afectados (o, al menos, así debería hacerse), análisis de legalidad y factibilidad, etc. Y de todo ello derivaría un proyecto de ley para presentar en el Parlamento; la segunda fase, o fase constitutiva, se residencia en sede parlamentaria una vez presentado el proyecto de ley (o, mucho más esporádicamente, la proposición de ley por un grupo parlamentario), se activan, si las hay, las directrices parlamentarias de técnica legislativa, los informes que se recaben bien de los servicios de la Cámara o externos, para que en la fase de enmiendas se concreten las mejoras. El producto de esta fase no puede ser otro que la ley, como tal; finalmente, debatido y votado el proyecto y, consecuentemente, entrada en vigor la ley, estamos ya en la fase operativa, que es precisamente donde se imbrica la evaluación legislativa. A partir de aquí es donde se deberá confrontar con lo realmente existente las intenciones que en su momento movieron a regular una materia. Vid. OSÉS ABANDO, J., "Evaluación legislativa y Parlamento", *Revista Debate*, año VI, núm. 15, diciembre 2008, pp. 59 y 60.

proporcionadas, y deben proteger los derechos constitucionales y permitir también su adecuado desarrollo(35).

Se clama ya, por tanto, contra el progresivo y creciente deterioro de la calidad sustantiva de las normas, parcialmente causado por la acumulación y entrecruzamiento de los mandatos normativos(36). Parece haber un claro consenso en el sentido de que la calidad normativa se refiere tanto a los procedimientos de elaboración (con singular importancia del elemento de la participación ciudadana real y efectiva) como a los resultados alcanzados, en la realidad, por las normas aprobadas(37).

En este cambio de paradigma, en que a la calidad técnico-formal se añade la material, se insertan la evaluación *ex ante* y *ex post*, siendo ésta última el nuevo escalón que habría que alcanzar en la mejora del ordenamiento. Se exige no sólo adoptar medidas de mejora en la fase de elaboración de la norma, sino también en la fase de aplicación y desarrollo de la misma. La mejora de la normativa busca acrecentar la calidad de la normativa a dictar en el futuro y de la ya existente, lo que puede o no dar lugar a la eliminación de normas jurídicas. Pero para poder conocer la calidad de las normas y, en su caso, mejorarlas es requisito imprescindible evaluar, es decir, medir los efectos, los impactos de la normativa en el mundo real(38).

En las primeras fases de desarrollo de las políticas de *better regulation*, las autoridades públicas se centraron en la fase preparatoria del proceso legislativo. Este enfoque, aunque importante, resultó ineficaz. Con el fin de garantizar un enfoque más global, se amplió el enfoque de tales políticas para comprender todo hacia el proceso legislativo completo: concepción, redacción, implementación, evaluación y

(35) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, p. 208.

(36) MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *cit.*, p. 335.

(37) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, p. 204.

(38) *Ibidem*.

revisión. En este marco, el enfoque en la evaluación de las prácticas legislativas se ha desplazado hacia la evaluación ex post⁽³⁹⁾.

Se trata de dos figuras que se insertan dentro de la denominada técnica legislativa que, como nos recuerda GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, constituye una preocupación relativamente moderna, aún cuando cuenta con precedentes históricos que se remontan muchos siglos atrás⁽⁴⁰⁾. Y así, aunque se trate de una figura que acaba de tomar protagonismo dentro de la llamada técnica legislativa o normativa, no constituye algo curiosamente muy novedoso en nuestro sistema jurídico, si nos atenemos al propio Código Civil, cuya Disposición Adicional Primera preveía, hace casi un siglo y medio, que “*El Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias Territoriales elevarán al Ministerio de Gracia y Justicia, al fin de cada año, una Memoria, en la que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal*”. Desconocemos si dicha norma sutilmente escondida en el viejo Código ha tenido aplicación alguna en sus largos años de existencia, pero no es aventurado afirmar, sin ni siquiera hacer una mínima pesquisa, que no debió ser especialmente relevante.

Tampoco en el Derecho comparado el fenómeno del que estamos hablando parece que sea una novedad que nos trae este siglo XXI. Así, RANCHORDÁS en su monografía sobre dos de los ejemplos específicos más consolidados en la actualidad de la evaluación ex post nos recuerda que ya en un trabajo de finales de siglo XIX se mencionaba la utilidad de las experimentación en materia de legislación. Así, Jevons

(39) Vid. *Guidelines on Ex-post evaluation of legislation in the Republic of Kosovo*, Gobierno de Kosovo, decisión núm. 03/38, 15.07.2015, p. 5.

(40) Entre tales precedentes históricos, García-Escudero Márquez destaca tanto la obra de Montesquieu, sobre todo, el libro XXIX, incluido en *Del espíritu de la Ley*, que lleva por título, y el que se describe una lista de cosas a observar en la elaboración de la ley, y la de Jeremy Bentham, en su *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Vid. GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., pp. 26 y 27.

señalaba en 1888 que el método experimental que había triunfado en ciencia debía trasladarse al Derecho, de manera que el legislador debería emprender pequeños pasos en la promulgación de cualquier nueva ley, y, así, someterla a la prueba de la realidad, adaptarla a las especificidades locales y evaluar sus efectos tanto empíricamente como estadísticamente(41).

La evaluación ex ante o prospectiva trata de prever el impacto de la norma proyectada, los efectos (positivos o negativos) que se seguirán de su aprobación y los costes que acarreará su ejecución y cumplimiento, mientras que la evaluación ex post o retrospectiva valora la eficacia material efectivamente desplegada por una disposición vigente durante un periodo de tiempo, lo que permite mejorarla (corregir las desviaciones observadas respecto de los fines perseguidos y los medios previstos, integrar sus lagunas, aclarar los aspectos cuya interpretación y aplicación ha planteado más dificultades, codificarla o refundirla con otras conexas, etc.) y derogar las normas obsoletas o en desuso(42).

También es cierto que la evaluación legislativa ex post plantea nuevos dilemas y problemas, no tanto en lo que se refiere a qué modelo y metodología deben desarrollarse que, sobre lo que veremos que hay diferentes propuestas en Derecho comparado y en la doctrina, sino en lo que se refiere a los riesgos que puede generar su sistematización. Así, se ha apuntado que a través de ella se introduce el riesgo de socavar los compromisos legislativos previamente alcanzados y pueden reabrirse complejos debates políticos superados en la fase de elaboración de la norma(43).

En nuestro trabajo, vamos a analizar dicha figura, cuál es su reciente regulación en nuestro sistema jurídico y también analizar algunos modelos de Derecho comparado que también han desarrollado inicia-

(41) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation. Blessing or curse for innovation*, Koninklijke Wöhrmann B.V., Tilburg, 2014, p. 23.

(42) VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 186, septiembre-diciembre 2011, p. 108.

(43) MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., “Closing the regulatory cycle? ...”, *cit.*, p. 3.

tivas en este ámbito para, a través del estudio comparativo, proponer algunas ideas que puedan enriquecer y mejorar nuestro ordenamiento jurídico a través de la evaluación ex post. Anticipamos ya que, como iremos viendo a lo largo del trabajo, si bien la incorporación de la nueva figura supone un importante avance en una mejora de nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, del principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, ello no es óbice para afirmar que la actual regulación es extremadamente insuficiente, no sólo porque parece abarcar un campo muy limitado como es el de las normas de menor rango, es decir, fundamentalmente, las que aprueba el Gobierno a través de su potestad reglamentaria, sino porque, además, tal regulación se expresa en términos muy generales, quedando, como ocurre frecuentemente en nuestro sistema jurídico, su efectiva aplicación a un futuro desarrollo reglamentario que por ahora no se ha producido.

2. MODALIDADES DE EVALUACIÓN Y CONCEPTO DE EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST

Dentro de la evaluación ex post de las normas jurídicas pueden distinguirse dos modalidades en función del sujeto y de los fines y efectos de la evaluación:

Una primera modalidad de evaluación sería la evaluación legislativa, por la que se verifica, una vez entrada en vigor la norma, cuáles son sus efectos en la aplicación práctica desde una perspectiva técnica o política, entendidos estos conceptos en un sentido amplio, tanto en relación a la oportunidad como a la eficacia y eficiencia de la norma, pero, en todo caso, al margen de una evaluación estrictamente jurídica de respeto a los principios de jerarquía normativa y competencia.

La evaluación legislativa en el sentido de evaluación de eficacia es, pues, aquella que vendría a ocuparse de valorar la eficacia material de las normas aprobadas. Se trataría, en este mismo sentido, de la verificación del grado de cumplimiento de los fines y resultados de

una ley, mediante un conjunto de técnicas que permiten un análisis sistemático(44).

Una segunda evaluación es la evaluación judicial por la que se verifica la conformidad de la norma a otra de rango jerárquico superior, véase Constitución respecto de las leyes o Ley respecto de los reglamentos, y al principio de competencia. Dicha modalidad recae en los Tribunales de Justicia y en las Cortes Constitucionales. Esta modalidad de evaluación, mucho más conocida y desarrollada en nuestra tradición jurídica, consiste, básicamente, en examinar la ley para ver si es clara, precisa y congruente con la jerarquía de normas y con los principios de la Constitución. Nuestro análisis va a referirse a la primera modalidad y no a esta segunda.

Por evaluación legislativa se entiende la verificación del grado de cumplimiento de los fines y resultados de una Ley o de una política pública, mediante un conjunto de técnicas que permiten su análisis sistemático(45), siendo la evaluación ex post el procedimiento institucionalizado por el que se valora la eficacia de una norma jurídica una vez la misma ha sido aprobada y ha entrado en vigor. Se trataría de determinar si una norma jurídica es eficaz para el cumplimiento de los fines que se había propuesto a través de un cauce formal.

La evaluación legislativa ha sido definida también como el procedimiento técnico o científico que estudia los efectos de la ley para establecer relaciones de causalidad útiles para el legislador o como un proceso de aprendizaje continuo en el que la evaluación de los efectos de la norma permite asegurar la capacidad del legislador de dar respuesta a la realidad social(46).

A través de dicha evaluación se pretende determinar si el marco regulatorio en vigor alcanzó los objetivos deseados, si la aplicación de la ley o la regulación fue lo suficientemente eficiente y eficaz, y

(44) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica*, op. cit., pp.184 y 185.

(45) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., p. 73.

(46) MADER L., *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausana, 1985.

en qué medida cualquier impacto esperado o no de la intervención regulatoria se abordó de manera adecuada en el momento de concebir el instrumento normativo. En similares términos puede decirse que se pretende que el legislador aprenda de sus errores y que las normas no sean consideradas como entidades autónomas, al margen de sus efectos y de la realidad social.

DOMENECH PASCUAL distingue entre seguimiento e inspección, dado que sus respectivas finalidades difieren y las consecuencias jurídicas de su defectuosa realización pueden ser bien distintas. Mientras que la inspección trata de comprobar y asegurar el cumplimiento efectivo de una normativa cuya corrección no se discute, el seguimiento, en cambio, persigue principalmente averiguar si la regulación establecida es acertada o no al objeto de mantenerla, modificarla o derogarla. Sin perjuicio de que también reconoce que existe una estrecha relación entre las dos actividades, ya que los resultados de las inspecciones, encaminadas a averiguar si una norma jurídica es observada por autoridades y ciudadanos, son aprovechables para evaluar su acierto y la conveniencia de mantenerla o modificarla, pues la bondad de cualquier norma depende en gran medida de su eficacia. Con todo, insiste en que subsisten notables diferencias prácticas que hacen útil la distinción conceptual(47).

El concepto vendría configurado por tres notas fundamentales:

En primer lugar, el objeto sobre el que habría de recaer la evaluación, normas jurídicas, ya sean aprobadas por el Poder Legislativo como por el Poder Ejecutivo. No se trata, por tanto, de la evaluación *stricto sensu* de la políticas públicas, salvo que la evaluación de éstas vaya directamente vinculada o inserta en la de la norma jurídica que las da fundamento o las promueve.

En segundo lugar, el elemento temporal que determina que dicha evaluación ha de efectuarse a posteriori, es decir, una vez que la norma ha entrado en vigor. Esta característica permite distinguirla de la evaluación ex ante que ya viene practicándose de manera generalizada

(47) DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, p. 100.

en nuestro sistema jurídico a través de la Memoria de Análisis de Impacto.

Por último, la idea de sistema institucionalizado, pudiéndose entender por tal el proceso técnico-político por el que se legitima un marco normativo adecuado para el desarrollo de la función de evaluación, creándose espacios y estructuras a las que encargar dicha función. El trabajo de evaluación debe ser continuado, al igual que lo es la labor legislativa. No se trata de un mero brindis al sol por el que se instituye un deber de evaluación sin sujeción a plazo ni a procedimiento alguno. El sistema para considerarse institucionalizado debe estar integrado por tres elementos básicos: subjetivo (órgano o institución encargada de la evaluación), objetivo (procedimiento través del que se llevará a cabo la misma) y temporal (periodo general y, en su caso, específico en el que debe cumplirse con tal deber).

La institucionalización puede hacerse, por lo que al elemento subjetivo se refiere, bien creando un órgano de evaluación *ad hoc*, en el que habrá de primar el criterio técnico y su especialización y que va a encargarse de la fiscalización de las normas jurídicas, bajo el mandato del poder legislativo o ejecutivo; o bien atribuyendo dicha función a un órgano del legislativo o del ejecutivo. En esta segunda modalidad, puede tratarse tanto de una estructura centralizada (una Comisión Parlamentaria o un Ministerio específico) como descentralizada (cada Ministerio o cada Comisión Parlamentaria evalúan unas normas jurídicas, según la materia o según haya participado en su iniciativa o tramitación parlamentaria).

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ aboga por hacer residir dicha función en el poder ejecutivo y no sólo porque de facto sea este último el verdadero director de la política legislativa sino, además, porque ello tiene cierta lógica, dado que al Gobierno y a la Administración Pública les corresponde la ejecución de las leyes y es por tanto quien puede verificar más fácilmente los problemas que plantea su cumplimiento o si resultan eficaces para los fines que perseguían(48).

(48) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., p. 73.

Sin embargo, atribuir tal función al Gobierno y Administración Pública no creemos que haya de suponer que las normas de mayor rango, las leyes, queden necesariamente fuera del deber de evaluación ex post. Ello resulta poco congruente con el impacto que en la realidad produce la Ley que, aunque sea cuantitativamente muy inferior a las normas reglamentarias, sí tienen un mayor impacto cualitativo.

Atendida la primera nota característica, quedaría fuera el concepto la evaluación de políticas públicas, la cual, si bien se desarrolla habitualmente también ex post, tiene un objeto diferente, ya que no recae, estrictamente, sobre normas jurídicas, sino sobre políticas públicas. La evaluación legislativa sólo afectaría a aquellas políticas públicas plasmadas o en todo caso con base en una norma de rango legal. Además, mientras la evaluación de políticas públicas recaería principalmente sobre la labor del Ejecutivo, la evaluación legislativa recaería tanto sobre la del Legislativo como del Ejecutivo, aunque en este último caso en relación a las normas dictadas en ejecución de las leyes. En la evaluación de las políticas públicas en sentido estricto, el objeto no es tanto la calidad sino la eficacia y eficiencia. No ha de valorarse, como mero ejemplo, cómo son entendidas por los ciudadanos. No hay texto normativo a aplicar o cumplir, sino actuación.

No obstante, siendo cierto que el objeto es diferente, no debemos olvidar que las políticas públicas son la expresión de la puesta en funcionamiento o ejecución de las previsiones recogidas en una norma, de manera que, a través de la evaluación de políticas públicas puede satisfacerse, al menos, indirectamente, la evaluación legislativa. La política se refleja en normas y por eso la evaluación legislativa y la de las políticas están íntimamente relacionadas. Una de las formas de determinar si hay una adecuada gestión de las políticas públicas es evaluar el cumplimiento eficaz de las leyes y evaluarlo pues no puede dudarse de que la aprobación de las leyes es uno de los instrumentos que utiliza el poder para conseguir sus objetivos políticos⁽⁴⁹⁾. Por ello, como veremos, en algunos modelos de Derecho comparado se han desarrollado procedimientos institucionalizados de evaluación tanto de normas como de políticas públicas. Señala SAINZ MORENO

(49) SANZ PÉREZ, A.L., “Apuntes sobre la técnica legislativa en España”, *cit.*, p. 32.

que el análisis de las políticas públicas y el de las políticas legislativas son inseparables, ya que se condicionan mutuamente. Resulta artificial tratarlos por separado, con independencia de que sea posible examinar los elementos que determinan la formación de las políticas públicas y los que concurren en la calidad técnico-formal de las normas(50). La evaluación, para resultar eficaz, debe operar sobre el conjunto de instrumentos normativos y operativos asignados para la ejecución de la una decisión parlamentaria, es decir, no debe aislarse la evaluación de una ley, sino incluir en el examen también la normativa de desarrollo reglamentario y las asignaciones presupuestarias(51).

Atendida la segunda nota, evaluación a posteriori, quedarían fuera de este concepto aquellas evaluaciones de la norma previas a su tramitación parlamentaria o gubernativa o previas a su aprobación o entrada en vigor. La evaluación legislativa se situaría en la fase aplicativa de la norma, es decir, se trataría de una evaluación exclusivamente ex post.

Tal característica tampoco ha de suponer que la evaluación ex post no guarde relación alguna con la evaluación ex ante. Antes al contrario, se trata de evaluaciones que recaen sobre el mismo objeto, una norma jurídica, aunque se diferencian por el momento en el que se produce la actividad evaluadora y también por el grado de evidencia que puede alcanzarse (obviamente, menor en la que es prospectiva). Además, ambas pueden considerarse complementarias, ya que la evaluación ex post no sólo es un instrumento de evaluación de la propia norma jurídica, sino también de los propios procedimientos y mecanismos de evaluación ex ante. La evaluación ex post permite valorar si las previsiones resultantes de la evaluación ex ante acerca de la eficacia, eficiencia, proporcionalidad y, en general, nivel de aceptación e implementación de una norma jurídica, se han cumplido o no. Así pues, entre ambas evaluaciones temporalmente diferentes debe existir una relación directa. Se trata de dos estadios o etapas de la evaluación que aspiran a fines prácticamente idénticos, aunque pueden variar en sus metodologías de evaluación, precisamente por el momento en

(50) SAINZ MORENO, F., “Evaluación de las políticas públicas y la evaluación legislativa”, en PAU i VALL, F. y PARDO FALCÓN, J., *La evaluación de las leyes*, op. cit., p. 21.

(51) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., p. 75.

que se producen y por el hecho de que una es prospectiva y la otra retrospectiva. Como señala acertadamente GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, se trata de procedimientos complementarios, ya que los programas de mejora de la calidad de la legislación, para ser eficaces, deben completar la evaluación del ciclo legislativo completo(52). O como apunta PONCE SOLÉ, ambos tipos de evaluación no sólo no son incompatibles, sino que pueden y deben ser concurrentes. Antes de lanzar al mundo jurídico una norma jurídica puede evaluarse qué impacto tendrá y, en función de tal evaluación, decidir incluso que es mejor no promulgarla. Si se aprueba la norma jurídica y entra en vigor, será preciso entonces (durante su vigencia) conocer cuál es su aplicación verdadera, su grado de aceptación social, si cuando no es respetada se generan efectivas reacciones jurídicas, si su aplicación da lugar a frecuentes controversias, etc(53).

Por último, tampoco entrarían dentro del concepto aquellas evaluaciones que se realicen al margen de procedimientos previamente institucionalizados y de los propios poderes públicos, tales como puedan ser iniciativas singulares de evaluación legislativa por parte de grupos científicos, académicos o instituciones afectadas por la norma en concreto. La labor que prestan todas ellas no deja de ser importante y pueden tener un gran valor para lo que constituye los fines de la evaluación legislativa. Sin embargo, no suponen mecanismos permanentes de evaluación y su puesta en funcionamiento depende, en muchas ocasiones, de voluntades ajenas a las de los poderes públicos.

La doctrina española ha recogido entre las técnicas de evaluación ex post más utilizadas las siguientes(54):

a) Informes específicos de seguimiento de la aplicación normativa, desarrollados por organismos creados ad hoc, en sede parlamentaria o no.

(52) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., p. 74. Vid., también, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Iniciativa legislativa del Gobierno y técnica normativa en las nuevas Leyes Administrativas (Leyes 39 y 40/2015)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, año 2016, p. 449.

(53) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, cit., p. 209.

(54) *Ibidem*, pp. 210 y 211. Vid., también, DOMENECH, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, cit., pp. 97 y ss.

b) Uso de análisis realizados por diversos organismos públicos en desarrollo de sus tareas (por ejemplo, Defensor del Pueblo o similares, al recibir las quejas ciudadanas, Tribunal de Cuentas o similares, etc.).

c) Utilización de la denominada *sunset legislation* muy habitual en los Estados Unidos de América, esto es, la sumisión de la eficacia de una norma a una evaluación que se realiza tras un período de vigencia, evaluación que puede determinar, si no es superada, la finalización de ésta. Se trata de una evaluación que condiciona la vigencia de la norma.

Junto a las tres notas características, se han apuntado también otras dos más(55), aunque no creemos que tan determinantes o, al menos, relevantes como las anteriores: en primer lugar, la evaluación debe ser sistemática, lo que hace referencia al estudio integral de una ley o del conjunto normativo que desarrolla una política pública, mediante una encuesta de efectos empíricos que debe ser ineludiblemente presidida por la extracción de unas consecuencias. Por último, la evaluación deber ser también multidisciplinar, debiendo colaborar diversas ramas del conocimiento, interviniendo no sólo las ciencias jurídicas, sino también, entre otras, la economía y la sociología(56). No se trata de evaluar sólo el acierto jurídico de la ley o reglamento, sino también la relación coste-beneficio o el nivel de aceptación y cumplimiento por los operadores jurídicos pero también por la comunidad en general.

3. FINES Y METODOLOGÍA DE LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA

La evaluación legislativa tendría como fin principal lograr una legislación racional, de mayor calidad en definitiva. De este modo, la evaluación legislativa conecta con el principio de calidad tan en boga en las últimas décadas tanto en el sector privado como en el público. Si el destinatario de la norma es, con carácter general, el ciudadano, a través de una mejor y más racional legislación, se le estará dando un “servicio” de mayor calidad, eliminando o corrigiendo las normas

(55) OSÉS ABANDO, J., “Evaluación legislativa y Parlamento”, *cit.*, pp. 60 y 61.

(56) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica ...*, *op. cit.*, p. 185.

que no satisfagan dicho patrón. Permite, de este modo, realizar contribuciones importantes para redefinir nuevas intervenciones y para mejorar la calidad de futuras decisiones. Y aunque el principio de seguridad jurídica se concibe fundamentalmente en beneficio de los ciudadanos, como destinatarios de las normas, obligados al cumplimiento de las normas jurídicas, también los distintos poderes públicos se benefician de la corrección técnica y formal de las normas(57). Una norma de calidad ofrece a la Administración un ejercicio de sus funciones más seguro jurídicamente, lo que en los complicados tiempos que estamos viviendo no es algo que tenga poco valor para el agente público.

Se ha señalado que el objetivo principal de la evaluación ex-post es: por un lado, ayudar a los responsables políticos y responsables de la aplicación de las disposiciones legales, para medir si un marco jurídico es efectivamente aplicado por sus usuarios finales; y, por otro, evaluar si la legislación cumple sus metas y objetivos iniciales(58).

En todo caso, los fines de esta evaluación pueden ser también otros y muy variados. Así, por ejemplo, mejorar la transparencia al abrir nuevas posibilidades de participación para las partes interesadas y afectadas por las normas al desarrollarse al amparo de la evaluación un trámite de consulta, trámite que se formaliza cuando la norma ya está aplicándose.

Igualmente, incide en la rendición de cuentas en el ámbito del proceso normativo, al poderse conocer no sólo los efectos esperados de la norma según los correspondientes compromisos políticos, sino también sus efectos reales, es decir, determinar si el objetivo para el que fue aprobada la norma y los logros que mediante su aprobación pretendían obtenerse se han alcanzado. Los ciudadanos podrían co-

(57) MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *cit.*, p. 338. Vid., también, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “La Administración como poder regulador”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, *op. cit.*, p. 389.

(58) Vid. *Guidelines on Ex-post evaluation of legislation in the Republic of Kosovo*, Gobierno de Kosovo, decisión núm. 03/38, 15.07.2015, p. 7.

nocer a través de un instrumento formal y técnico los resultados de las propuestas políticas convertidas en normas por sus representantes.

Como dispone la Exposición de Motivos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, *“La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”*. La misma Exposición de Motivos conecta la exigencia de transparencia tanto con la necesidad de regeneración democrática como con el crecimiento económico: *“Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico”*.

La evaluación permitiría, igualmente, depurar el ordenamiento jurídico y, por tanto, eliminar aquellas normas que han quedado obsoletas al amparo de un cambio de las circunstancias o contextos en los que se aprobó. Esta depuración no sólo tendría efectos relevantes desde la perspectiva de la seguridad jurídica, al eliminar del ordenamiento las normas cuya validez sea ya discutible al amparo de reformas posteriores, pudiéndose aclarar las expectativas de los destinatarios de la norma, sino también desde la perspectiva de la simplificación del ordenamiento. En estos tiempos en los que la producción normativa es, en muchas ocasiones, excesiva, la depuración será ya un elemento indispensable para evitar un crecimiento ilimitado y carente de justificación del sistema jurídico.

Además, tal evaluación no sólo cumpliría una función de mejora del ordenamiento en el sentido de eliminar o corregir aquellas normas que no vienen produciendo los efectos esperados al ser aprobadas, sino que también podría tener una función de educación para los legisladores al poder constatar a través de los resultados de la evaluación cuál son los resultados reales de sus decisiones. Así, se podría garantizar a través de la evaluación la sensibilidad del legislador hacia la realidad social y la adecuación social de la acción legislativa.

Otro de los fines más concretos podría ser el de permitir la evaluación de la eficacia y acierto de la evaluación ex ante y, más específicamente, de las memorias de impacto normativo, de manera que posibilitara conocer si las previsiones recogidas en dichas memorias que acompañan a todo proyecto se cumplen una vez que la norma entra en vigor. La evaluación ex post puede proporcionar datos y corroborar hipótesis que pueden usarse en nuevas evaluaciones ex ante. Así pues, puede verse como existe una relación directa entre evaluación legislativa ex ante y ex post, de manera que la primera permita fijar los términos a evaluar en la segunda (el cumplimiento, por ejemplo, de las previsiones recogidas en la Memoria de Impacto), mientras que la segunda permite mejorar los sistema de evaluación del impacto prospectivo.

Se ha señalado que los mecanismos de evaluación *ex post* persiguen, en resumen, determinar la efectividad de las normas aprobadas, su adecuación a los fines a los que se dirigían, y las dificultades de su ejecución(59). Sin perjuicio de tales fines, no debe olvidarse que la evaluación, con independencia de su objeto, puede plantear problemas desde la perspectiva de la legitimación(60). La ley es expresión de la voluntad soberana y por tanto son los representantes de dicha voluntad los únicos llamados a determinar su contenido. La ley requiere de la legitimidad democrática que proviene del consenso alcanzado por los representantes populares en el parlamento y que refleja la voluntad de la mayoría ciudadana. No es posible, pues, trasladar dicha función,

(59) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 679.

(60) BRONFMAN, A., “El sentido de la evaluación legislativa en los sistemas políticos democráticos”, en PAU i VALL, F. y PARDO FALCÓN, J., *La evaluación de las leyes*, op. cit., p. 42.

total o parcialmente, a quien carece de un título representativo, sin perjuicio de que puedan colaborar en la consecución de los fines.

Por ello, la evaluación nunca será capaz de reemplazar las decisiones políticas. Se trata de una herramienta para la toma de decisiones que no puede ni debe usurpar el papel de la política. Puede, sin embargo, contribuir de manera significativa a la mayor veracidad de las declaraciones relativas a las causas y efectos de la acción legislativa o, en otras palabras, permite una información o conocimiento más exacto acerca de la relación entre las decisiones del legislador y las actitudes, conductas o situaciones que pueden ser observadas en la realidad social. No se pretende, a través de la misma, sustituir la decisión política, sino comprobar si existe congruencia entre dicha decisión y la realidad social.

La evaluación legislativa *ex post* debe desarrollarse de acuerdo con una metodología y fines previamente preestablecidos y multidisciplinarios que no olviden tampoco el juego y compromisos políticos en la elaboración de la norma. No se tratará tanto de evaluar el cumplimiento de los previos compromisos políticos asumidos a través de la norma jurídica, sino de evaluar si la misma responde a una serie de principios, entre los que destaca la eficacia, eficiencia y proporcionalidad, pero, sin olvidar, el marco político en el que la norma fue aprobada. La evaluación legislativa *ex post* no suple el marco de decisión política, sino que lo complementa, pudiendo reforzarlo o afianzarlo.

En todo caso, se ha apuntado que la evaluación *ex post* presenta menos problemas desde la perspectiva de su legitimidad y del nivel de afectación de la decisión política que la evaluación *ex ante*. El riesgo de interferencia sobre el proceso de decisión política es inferior en aquélla(61), aunque tampoco cabe razonablemente descartarlo.

A la vista de tal cuestión, tanto la opción de conformar un procedimiento de evaluación en el que prime lo político (véase, Comisión

(61) BRONFMAN, A., "El sentido de la evaluación legislativa en los sistemas políticos democráticos", en PAU i VALL, F. y PARDO FALCÓN, J., *La evaluación de las leyes*, op. cit., p. 45.

Parlamentaria o Ministerio) o el nivel de especialización o preparación técnica (órgano evaluador *ad hoc*) presentan ventajas y desventajas. Por ello, con independencia de la fórmula que se escoja, lo relevante es que los fines de la evaluación sean claros y precisos.

Por lo que se refiere a la metodología, sea señalado que la evaluación ex post debe basarse en un análisis tanto cuantitativo como cualitativo. Para medir plenamente los efectos de una ley, los evaluadores ex-post deberían basarse en estadísticas, encuestas, informes de expertos, estudios, etc. Las estadísticas son una fuente importante de análisis cuantitativo para las instituciones públicas, ya que ayudan a medir cómo se lleva a cabo la implementación. Las encuestas pueden ser una herramienta eficaz para una evaluación cualitativa del impacto social de una reforma legislativa: mediante la realización de encuestas, el evaluador podrá identificar las creencias comunes de los usuarios finales de la ley. La evaluación ex post también puede realizarse a través de informes de expertos y estudios de investigación, que combinan tanto el enfoque cuantitativo como el cualitativo. Sin embargo, para que sea rentable, tal metodología debe utilizarse principalmente para evaluar reformas jurídicas a gran escala, como las que pueden tener un impacto a gran escala en cuestiones socioeconómicas o ambientales(62).

La previsión de un deber de revisión periódico de la legislación puede, a su vez, expresarse de diferentes maneras, bien como una cláusula general que someta toda la legislación a un proceso de revisión tras el transcurso de un periodo de tiempo específico (dos, cinco o diez años, por ejemplo), o mediante una cláusula general que identifique determinadas materias o ámbitos de regulación que sí deberán quedar sujetos a dicha revisión periódica preceptiva; o bien mediante una cláusula específica en la propia norma. También, como veremos en nuestro análisis de algunos modelos comparados, existen algunos sistemas jurídicos en los que la propia norma incorpora una cláusula condicional de derogación salvo que la misma quede sujeta a un proceso de revisión, como son las *sunset clauses* en Estados Unidos de América que podrían denominarse cláusulas de extinción o

(62) Vid. *Guidelines on Ex-post evaluation of legislation in the Republic of Kosovo*, Gobierno de Kosovo, decisión núm. 03/38, 15.07.2015, p. 8.

derogación. Éstas han sido definidas como aquellas que determinan la expiración de una ley o regulación dentro de un período previamente determinado, salvo que la misma se sujete a un procedimiento de evaluación. De ello se deduce una inversión de la carga de la prueba en el sentido de que, contrariamente a la legislación permanente, quien pretenda que una norma con cláusula de extinción prorrogue su vigencia debe demostrar que ello es necesario o conveniente. La caducidad crea una “amenaza de extinción” de las leyes al transferir la carga de la prueba de aquellos que terminan un programa de políticas a aquellos que lo renovarían(63). Este ejemplo de revisión específica permite ajustar una regulación a las circunstancias sociales o tecnológicas cambiantes y provocar la derogación automática de las regulaciones innecesarias o con efectos perjudiciales(64).

Las notas características que singularizan a esta modalidad de evaluación ex post serían tres: en primer lugar, debe existir una razón específica para someter una ley a un límite de tiempo ya que las cláusulas de caducidad no suelen ser la primera elección de los legisladores; en segundo lugar, su carácter temporal que determina la caducidad de una ley en una fecha determinada, a menos que existan razones sustanciales para creer que la primera debe prorrogarse por un período determinado; y, en tercer lugar, una evaluación, lo que significa que los efectos de la disposición de extinción deben evaluarse para verificar si el objetivo para el cual se promulgó se ha logrado. Según el informe de evaluación, debe decidirse si la disposición se agota o se renueva basándose en sus conclusiones(65). La caducidad requiere, pues, una revisión periódica y evaluación de la eficacia y eficiencia de las normas. Idealmente, fomenta actividades de evaluación y aprendizaje de políticas(66). Como puede comprobarse, la conexión entre evaluación ex post y cláusulas de extinción o derogatorias es evidente, habiéndose apuntado que la exigencia de evaluación no tiene que estar ni siquiera recogida explícitamente en la correspondiente disposición o cláusula, sino que debe entenderse como un elemento

(63) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation. Empirical Evidence from Four Countries”, *Bertelsmann Stiftung*, junio 2010, p. 3.

(64) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, *op. cit.*, p. 23.

(65) *Ibidem*, p. 70.

(66) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 3.

inherente de este instrumento legislativo(67). Incluso, se ha apuntado que la caducidad de la ley no es el verdadero propósito de la cláusula de extinción, sino que éste reside verdaderamente en la exigencia de evaluación de la ley. La eliminación completa de una ley es más la excepción que la regla(68) y no es, en todo caso, su fin.

Pueden incluirse igualmente dentro de la evaluación ex post las denominadas leyes experimentales que se adoptan por un período de tiempo limitado que permite probar cómo ha funcionado la solución normativa dada a un problema particular, es decir, son normas que nacen no con una vocación de temporalidad, sino con la imponer una evaluación dentro de un periodo de tiempo de las consecuencias provocadas por las mismas. Se trata de un verdadero proceso de aprendizaje a través de la vigencia de la Ley. Esta modalidad de norma ha sido definida como aquellas que están diseñadas para probar nuevos enfoques legales o para regular nuevos productos o servicios con el fin de recopilar más información sobre ellos(69). Las normas experimentales se someten a una evaluación periódica o final. Una vez evaluadas, si sus resultados son positivos puede adaptarse de acuerdo con los resultados observados y transformarse en una norma con vocación de permanencia(70). A veces, la legislación experimental se aplica sólo a unos pocos municipios o regiones seleccionadas, tras lo cual se puede probar el impacto de la legislación, incluyendo sus beneficios/costos y viabilidad a largo plazo(71). Un ejemplo paradigmático de dicha legislación experimental la encontramos en la Constitución francesa cuyo artículo 72.4 dispone, literalmente, que

(67) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, op. cit., p. 71.

(68) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, cit. p. 5.

(69) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, op. cit., p. 22.

(70) *Ibidem*, p. 23.

(71) El concepto de leyes experimentales que se emplea en el ámbito de la organización territorial del Estado conecta en cierto modo con el de laboratorios de democracia que aparece citado por el Juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América, Louis Brandeis, en su voto particular en el caso *New State Ice Co. V. Liebmann*, 1932, cuando manifestó que “*To stay experimentation in things social and economic is a grave responsibility. Denial of the right to experiment may be fraught with serious consequences to the nation. It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country. This Court has the power to prevent an experiment*”.

“En las condiciones previstas por la Ley Orgánica, y salvo que se trate de las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución, las entidades territoriales o agrupaciones podrán, cuando esté previsto por la ley o por el reglamento, derogar, a título experimental y para una duración y fin limitados, las disposiciones legislativas o reglamentarias que rigen el ejercicio de sus competencias” (72).

Desde un punto de vista jurídico tradicional, la idea de leyes temporales parece ser una contradicción en sí misma, ya que la legislación está destinada a durar, asumiendo habitualmente las características de estabilidad y previsibilidad como exigencias del principio de seguridad jurídica. Incluso, suponen en cierto modo una paradoja dentro de las nuevas políticas del *Better y Smart Regulation*, ya que si el objetivo de éstas es, como ya hemos apuntado antes y vamos a desarrollar de inmediato, dotar de estabilidad al mercado económico como instrumento de competitividad, no parece que la inestabilidad natural de aquellas cohoneste bien con ésta exigencia del mundo actual.

Se ha apuntado, siguiendo a Max Weber, que las cláusulas de extinción pueden parecer contrarias a una estrategia de inversión sólida, ya que la seguridad jurídica es fundamental para el capitalismo, pues sin seguridad jurídica se reducirá la inversión de capital. El propio Informe Mandelkern de la UE, al que después nos referiremos subrayó que una de las desventajas de las cláusulas de extinción residía en este

(72) Como nos recuerda Zoco Zabala, la experimentación es una técnica privilegiada propugnada desde los poderes públicos que se basa en la idea de que es necesario experimentar un dispositivo normativo antes de adoptarlo definitivamente, con el fin de evaluar todas sus consecuencias: si la evaluación es positiva, entonces la experiencia puntual se convierte en permanente y se generaliza; si, por el contrario, los resultados de la evaluación son dudosos, entonces la experiencia se abandona. Esta fórmula se ha venido empleando en el proceso de descentralización territorial de Francia, aunque no ha estado exento de críticas y dudas sobre su constitucionalidad. Así, el Senado francés se cuestionó en su momento si una experimentación de este tipo podía plantear problemas, puesto que, de una u otra manera, constituye una derogación del derecho existente que atenta contra el principio de igualdad, en la medida en que temporalmente, la aplicación del derecho es diferente en las distintas partes del territorio. Vid. ZOCO ZABALA, C., “Revisión constitucional en Francia: la redefinición del modelo de descentralización administrativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, septiembre-diciembre 2004, p. 175.

potencial aumento de la incertidumbre, lo que podría tener un impacto negativo en el clima de inversión. En todo caso, los estudios empíricos que se han realizado a este respecto tampoco lo confirman(73).

También es cierto que la afectación del principio de seguridad jurídica se salva en la medida que la inestabilidad de la norma puede ser previa y claramente predeterminada para sus destinatarios a través de la cláusula explícita de sujeción a evaluación o la propia naturaleza experimental que definiría a la norma. No obstante, hoy en día la estabilidad jurídica absoluta está lejos de poder ser un objetivo del Derecho, ya que ello introduce un rígido paradigma jurídico que no se ajusta a la creciente complejidad de la sociedad y a su evolución(74), es decir, a una realidad que es ya reconocida bajo los adjetivos de líquida y volátil. Además, se ha señalado con acierto que, hoy en día, el principio de seguridad jurídica no puede reducirse a la continuidad de las leyes(75).

Un reciente debate doctrinal y jurisprudencial que directamente se relaciona con este cambio de paradigma de la estabilidad de la ley es el denominado, según construcción del Tribunal Supremo, riesgo regulatorio. Este deriva directamente del impacto que en el principio de seguridad jurídica y en el de confianza legítima tienen los recientes cambios legislativos en sectores estratégicos como el de la energía. Así, con la apertura del mercado a la iniciativa privada de tales sectores tradicionalmente gestionados bajo la fórmula del monopolio estatal, la estabilidad burocrática y, por ende, la seguridad jurídica van a esfumarse definitivamente. La reglamentación estatutaria pasará a ser sustituida por un auténtico Derecho constituido por normas jurídicas de diverso rango y alcance; normas muy especializadas, dirigidas en buena medida a imponer límites y condiciones que eviten el regreso a una situación de monopolio. Para ello, las autoridades reguladoras del sector en cuestión (el legislador, el Gobierno, los ministros y los organismos reguladores) habrán de tener muy en cuenta la realidad económica y tecnológica que determina la evolución del mercado,

(73) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation ...*, op. cit., p. 173 a 178.

(74) *Ibidem*, p. 26.

(75) *Ibidem*, p. 168.

pues no debe olvidarse que el tipo de derecho que en gran medida interviene en los sectores regulados es un derecho de base económica. Y esa realidad del mercado determina que la regulación a aplicar no suele ser en absoluto estable, sobre todo, en los inicios de los procesos de liberalización. Se trata de un contexto muy cambiante, lo cual va a producir la necesidad recurrente de efectuar correcciones, ajustes y, en algunos casos, cambios bruscos de rumbo, sobre todo en los sectores más condicionados por las evoluciones tecnológicas y económicas. Es aquí cuando surge el llamado riesgo regulatorio, como riesgo a un cambio normativo que puede perjudicar en un momento dado los intereses y estrategias de los agentes y operadores de los mercados especialmente sometidos a esa incertidumbre. Este riesgo, en atención a las características de los sectores regulados, se considera por nuestro Tribunal Supremo como una carga que los referidos agentes del mercado tienen en principio la obligación de soportar, excepcionando la aplicación del principio de seguridad jurídica(76).

El concepto ha sido formulado y configurado en nuestro país por la Sala Tercera del Tribunal Supremo al resolver los recursos formulados contra la introducción de nuevas reglas o modificaciones normativas en el sector regulado de la energía, lo que no impide que, por sus elementos característicos, pueda extenderse al resto de sectores regulados. Se trata, por tanto, de un concepto de factura jurisprudencial y tiene sentido en el marco o contexto de los llamados sectores regulados(77). La primera vez que la Sala Tercera del citado Tribunal Supremo utiliza esta noción del riesgo regulatorio es en una Sentencia de 11 de junio de 2001 (Rec. 117/2000), en la que señala que *“Todo proceso de liberalización de sectores hasta entonces cerrados a la competencia genera, por su propia naturaleza, determinados inconvenientes o “perjuicios” para los operadores económicos preexistentes, pero no por ello existe una obligación de que el Estado asuma el pago de los derivados del cambio en el modelo regulatorio cuando, paralelamente, la nueva reglamentación permite*

(76) RODRÍGUEZ BAJÓN, S., “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, *RAP*, núm. 188, mayo-agosto 2012, p. 196.

(77) GARCÉS SANAGUSTÍN, A., “La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 43-44, año 2014, p. 15.

la subsistencia de los antiguos operadores –quienes, en ocasiones, aún continúan ostentando durante los años que dura el período transitorio una posición de dominio del mercado– en paridad con los nuevos. La mera “transición” al régimen del mercado competitivo no ha sido, de hecho, en gran parte de los sectores liberalizados causa de reconocimiento de la obligación de compensar los costes de ella derivados” (FJ 8). Tal doctrina se reitera posteriormente en la Sentencia de 25 de octubre de 2006 (Rec. 12/2005) en la que se señala que “Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que estos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades” (FJ 3) (78).

También el Tribunal Constitucional ha incorporado a su acervo doctrinal el mismo concepto. Así, en sus Sentencias 17/2012 y 39/2013, se señala con relación a la concurrencia del presupuesto habilitante para la utilización de un Real Decreto-ley que la im-

(78) El Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (BOE de 17-V-1995) establece, precisamente, en su artículo 10 que las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder, en todo momento, a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán, asimismo, de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará, en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera en su Sentencia 270/2015 (FJ 6) que tal previsión en modo alguno afecta a las potestades regulatorias del Estado en este ámbito, salvo que quede acreditado argumentalmente que dichas potestades se han ejercido en contra de lo dispuesto en la Constitución: “La demanda se limita a hacer referencia al contenido de los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la carta de la energía, afirmando posteriormente que “el Estado español, con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, ha incumplido sus obligaciones contraídas con inversores extranjeros...”, decisión que, a su entender, implica un incumplimiento del mencionado Tratado que comportaría como consecuencia la infracción de los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica. Esa infracción aparece únicamente mencionada, ya que la afirmación del recurrente no viene acompañada de la necesaria argumentación específica que permita conocer las razones por las cuales entienden que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden constitucional, sin que esta insuficiencia deba ser salvada por este Tribunal”.

portancia del sector energético para el desarrollo de la actividad económica en general determina que su ordenación, introduciendo reformas en el mismo a fin de mejorar el funcionamiento de los distintos subsectores que lo integran, sea susceptible de constituir una necesidad cuya valoración entra dentro del ámbito de atribuciones que corresponde al Gobierno. A este corresponde apreciar cuál es el momento o la coyuntura económica más apropiada para adoptar sus decisiones, en este caso dirigidas a introducir un mayor grado de liberalización, circunstancia que puede hacer necesaria la aprobación de disposiciones legislativas provisionales y de eficacia inmediata como las contenidas en un decreto-ley, excluyendo que se trate de un uso abusivo o arbitrario de dicha facultad (FFJJ 6 y 8 respectivamente).

Y en la posterior STC 270/2015, añade que si bien el principio de seguridad jurídica, debe ser entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de Derecho, en el ámbito del riesgo regulatorio lo relevante desde la perspectiva constitucional no es tanto el cambio regulatorio, sino que no estemos ante normas inciertas o faltas de la indispensable claridad. Además, añade el Tribunal, que el respeto de dicho principio, y su corolario, el principio de confianza legítima, es compatible con las modificaciones regulatorias, en un ámbito como el de las energías renovables sujeto a una elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica. Para el Tribunal los cambios legislativos producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima. Este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en un contexto de dificultades económicas y de crecimiento del déficit. Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria

es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general (FJ 7).

Concluye el Tribunal Constitucional subrayando que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente, lo que ya había dicho en anterior doctrina (SSTC 182/1997, FJ 13, y 183/2014, FJ 3) ni, evidentemente pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia (STC 237/2012, FJ 6). En estos casos, es precisamente la perentoriedad de la reacción legislativa –cuya concurrencia en este caso ya ha sido examinada– la que abre la puerta a la injerencia del gobierno en la legislación vigente, al amparo del art. 86.1 CE (STC 81/2015, FJ 8). No sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con la doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento (STC 183/2014, FJ 3)(79).

La presencia del riesgo regulatorio determina la atenuación del principio de seguridad jurídica y sus derivados, impidiendo por tanto o bien que el vehículo normativo que introduce las modificaciones normativas resulte invalidado por infracción de dicho principio, o bien que surja la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de la norma modificativa(80). Sin embargo, ello no significa que el riesgo regulatorio opere siempre como expresión de la falta de antijuridicidad de la actuación (normativa en este caso) del Estado, es decir, como deber jurídico que le obliga al ciudadano o empresa a soportar el daño. En ocasiones, los tribunales reconocen que dicha responsabilidad existe. Esto es así, según nuestro Tribunal Supremo, cuando en el caso concreto se percibe que el cambio legislativo conlleva una abierta situación de discriminación o afecta al perjudicado

(79) La doctrina consagrada en la STC 270/2015 se reproduce más adelante en las Sentencias 19/2016, 29/2016, 30/2016, y 61/2016. Se recoge una crítica de esta doctrina y de la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de los principios de seguridad y confianza legítima en el ámbito del riesgo regulatorio en MUÑOZ MACHADO, S., “Regulación y confianza legítima”, *RAP*, núm. 200, mayo-agosto 2016, pp. 141 a 172.

(80) RODRÍGUEZ BAJÓN, S., “El concepto de riesgo regulatorio ...”, *cit.*, p. 199.

con unas cargas ostensibles. En este sentido se puede citar la Sentencia de 26 de noviembre de 2009 (Rec. 585/2008), en la que la referida Sala señala que: “consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación con el que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización”.

Así pues, toda vez que se constate que en un determinado sector existe riesgo regulatorio, su presencia misma ha de permitir que los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima no desplieguen sus efectos, impidiendo además que operen esas excepciones antes señaladas por las cuales, en cada caso concreto, puede admitirse la presencia de una responsabilidad pública por causa de un cambio normativo. El riesgo regulatorio, por tanto, respalda todo cambio que se produzca en un ámbito de actividad económica en el que las empresas, por las circunstancias propias de esa actividad, saben que pueden producirse cambios, aceptando la carga de que los mismos no siempre sean beneficiosos para sus proyectos(81).

Si bien es cierto que la crisis legislativa que vivimos en la actualidad no va a resolverse mediante la promulgación de leyes experimentales o cláusulas de extinción o caducidad, estos instrumentos sí pueden ayudar a racionalizar el proceso legislativo y, por consiguiente, la legislación como producto final. Este objetivo es posible gracias a la exigencia de supervisión legislativa, recopilación y consecuente incorporación de nueva información y extinción. La racionalización del proceso legislativo también se ve reforzada si se tiene en cuenta la caducidad de una determinada norma cuando ésta ya no es necesaria o para reformarla a la evolución de la situación social o económica

(81) *Ibidem*, p. 202.

a la que se aplica(82). Además, las cláusulas de extinción pueden fortalecer el control parlamentario de las actividades reguladoras y una formulación de políticas basada en evidencia(83).

En el campo al que acabamos de referirnos, aquel en el que opera el riesgo regulatorio, dichas cláusulas de extinción también pueden gozar de una gran virtualidad y actuar como elementos que garanticen la confianza legítima, ya que, al exigir la evaluación a posteriori de los efectos de la norma en un plazo predeterminado, permite a los operadores económico ajustar su conducta a tal posibilidad de derogación o modificación de la norma.

Si nuestro ordenamiento jurídico ha cambiado sustancialmente por diferentes motivos, entre los que puede comprobarse que destaca la globalización de los mercados y las inversiones, el recurso a dichas fórmulas específicas de evaluación ex post de las normas puede resultar muy adecuado desde la perspectiva de la protección de la seguridad jurídica y la confianza legítima en un nuevo contexto caracterizado por la inestabilidad y volatilidad normativa. Es cierto que el cambio de contexto repentino no se resuelve mediante el recurso a una cláusula de evaluación ex post, dado que el periodo predeterminado de revisión a posteriori no ha de coincidir necesariamente con el del nuevo hecho acaecido que altera el contexto, pero sí al menos puede paliar los efectos de ello.

Por otro lado, se ha señalado que, en el plano real, la puesta en práctica de las cláusulas *sunset* es una tarea difícil. Por un lado, las experiencias internacionales demuestran que los regímenes generales de extinción fracasan a menudo debido a la limitación del tiempo y los recursos para los exámenes por extinción, la falta de aceptación y las expectativas poco realistas con respecto a los efectos de la extinción(84).

En todo caso, tanto las cláusulas de extinción como las leyes experimentales constituyen, como ya indicamos antes, fórmulas es-

(82) RANCHORDÁS, S., *Sunset clauses and experimental legislation*, op. cit., p. 89.

(83) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, cit., p. 3.

(84) *Ibidem*.

pecíficas de evaluación ex post que no pueden extenderse a todo el ordenamiento jurídico sino aplicarse en casos concretos, atendiendo a unos criterios preestablecidos o, en ocasiones, sobrevenidos. No suponen un modelo general de evaluación, siendo su aplicación selectiva. En muchos modelos que han desarrollado tales procesos sistemáticos de evaluación ex post, los criterios de selección de las leyes se basan en la naturaleza de la legislación o en el impacto percibido de la ley. En Estados Unidos de América se evalúa una ley cuando tiene un impacto presupuestario o social significativo. En el Reino Unido, se aplica un valor de umbral de costo (la evaluación sólo es necesaria cuando los costos de cumplimiento superan los 5 millones de libras). Por ejemplo, las leyes no entran generalmente en el ámbito de un programa de evaluación ex post, ya que están sujetas a un régimen especial de examen. Y al margen de criterios económicos, también resulta adecuado sujetar a evaluación ex post las leyes que crean nuevos derechos o pretenden proteger los derechos fundamentales, como sería el ámbito de las políticas públicas en contra de la discriminación⁽⁸⁵⁾.

4. LA TARDÍA Y DEFICIENTE INCORPORACIÓN DE LA EVALUACIÓN EX POST A NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

La reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, incorpora dentro de sus novedades la evaluación ex post de las normas. Así, en su Preámbulo señala que *“en aras de una mayor seguridad jurídica, y la predictibilidad del ordenamiento, se apuesta por mejorar la planificación normativa ex ante ... Al mismo tiempo, se fortalece la evaluación ex post, puesto que junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado”*, señalando a continuación que *“Durante los más de veinte años de vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el seno de la Comisión Europea*

(85) Vid. *Guidelines on Ex-post evaluation of legislation in the Republic of Kosovo*, Gobierno de Kosovo, decisión núm. 03/38, 15.07.2015, pp. 13 y 14.

y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se ha ido avanzando en la mejora de la producción normativa («Better regulation» y «Smart regulation»). Los diversos informes internacionales sobre la materia definen la regulación inteligente como un marco jurídico de calidad, que permite el cumplimiento de un objetivo regulatorio a la vez que ofrece los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, permite simplificar procesos y reducir cargas administrativas”. A tal fin, *“resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto ex ante como ex post, así como la participación de los ciudadanos y empresas en los procesos de elaboración normativa, pues sobre ellos recae el cumplimiento de las leyes”.*

La evaluación ex post aparece regulada dentro del cuerpo de la Ley en su artículo 130, en el que se establece el deber de las Administraciones Públicas de revisar periódicamente *“su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas”.* Dicha revisión deberá plasmarse formalmente en *“un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente”* y deberá llevarse a cabo bajo los requisitos que se derivan el principio de proporcionalidad en la aplicación de limitaciones a la actividad económica, haciéndose, de esta manera, la Ley eco del principio vehicular en el que se inspira la Directiva de servicios, Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior⁽⁸⁶⁾. Se recoge, pues, una

(86) Diario Oficial de la Unión Europea 27.12.2006. Comienza dicha Directiva señalando en su Considerando 1 que *“La Comunidad Europea tiene por objetivo estrechar cada vez más los lazos entre los Estados y los pueblos de Europa y garantizar el progreso económico y social. Con arreglo al artículo 14, apartado 2, del Tratado, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios. El artículo 43 del Tratado garantiza la libertad de establecimiento y el artículo 49 establece la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad. La eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros es un medio esencial de reforzar la integración entre los pueblos de Europa y de fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible”.*

doble exigencia, formal (informe periódico) y material (proporcionalidad). Esta Directiva, recordemos, obligaba a realizar antes del 28 de diciembre de 2009 una evaluación normativa *ex post* de la normativa que afecta a la prestación de servicios, exigiendo la elaboración de informes de justificación de la normativa, los cuales serían objeto de revisión por la Comisión Europea y los Estados miembros (artículo 39) (87).

Por tanto, la Ley 39/2015 supone completar el marco de evaluación de las normas que en los últimos años se ha había centrado fundamentalmente en la evaluación *ex ante*, es decir, previa a la aprobación de la Ley a través, sobre todo, de las conocidas memorias de impacto, incorporando la figura de la evaluación *ex post*, dentro de lo que sería, con carácter general, una la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación.

Las previsiones contenidas en dicha Ley se completan con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por la que se modifican diversos preceptos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y, específicamente, las normas que regulan la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria del Gobierno. Así, el artículo 25 señala que el Gobierno aprobará anualmente un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legislativas o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente. En dicho Plan se identificarán, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos. El Plan estará coordinado por el Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la congruencia de todas las iniciativas que se tramiten y de evitar sucesivas modificaciones del régimen legal aplicable a un determinado sector o área de actividad en un corto espacio de tiempo.

El siguiente artículo 26 por el que se regula el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos, dispone que el Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la coordinación y

(87) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, p. 219.

la calidad de la actividad normativa del Gobierno analizará, entre otros aspectos, el contenido preceptivo de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y, en particular, la inclusión de una sistemática de evaluación posterior de la aplicación de la norma cuando fuere preceptivo.

Finalmente, el artículo 28 incorpora la figura del Informe anual de evaluación, el cual será aprobado antes del 30 de abril de cada año, y en el se reflejará el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, las iniciativas adoptadas que no estaban inicialmente incluidas en el citado Plan, así como las incluidas en anteriores informes de evaluación con objetivos plurianuales que hayan producido al menos parte de sus efectos en el año que se evalúa. Se trata, pues, no tanto de un mecanismo de evaluación ex post de las normas, sino del propio cumplimiento del Plan anual normativo. Sin embargo, sí añade que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2, es decir, cuando el Plan Anual Normativo haya identificado normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, el Informe comprenderá un análisis de la eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación; la eficiencia de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias; y, por último, la sostenibilidad de la disposición. En relación con esta evaluación, el informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas, cuando así lo aconsejase el resultado del análisis.

Las citadas Leyes 39/2015 no son, sin embargo, los primeros antecedentes de esta nueva fórmula de control del impacto normativo, no ya ex ante, sino una vez aprobada y entrada en vigor la norma. Ya encontramos una mención a la necesaria revisión ex post de las normas en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. En su Preámbulo dispone que “el Capítulo I, relativo a la mejora de la calidad de la regulación, recoge los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas y los instrumentos para la mejora regulatoria, con especial atención a la transparencia y la evaluación previa y posterior de dichas iniciativas y la formalización de instrumentos a ese fin: los nuevos informes periódicos sobre las actuaciones de mejora regulatoria y el trabajo del Comité para

la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios”. El mencionado Capítulo I y sus artículos 4 a 7 se vieron derogados, con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única.2.c) de la anterior Ley 39/2015. En cuanto a la evaluación ex post, dicha regulación ahora derogada señalaba en su artículo 5 que “Para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación, las Administraciones Públicas: ... 3. Promoverán el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación”.

Además, el siguiente artículo 6 establecía el deber de las Administraciones Públicas de revisar periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y a los objetivos de sostenibilidad recogidos en la Ley, debiéndose impulsar, en el marco de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, criterios para promover la aplicación de los principios de buena regulación.

Dos años después de aprobarse esta primera previsión de la evaluación ex post (o a posteriori en los términos empleados por el legislador), se aprueba la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado en la que se incorpora una cláusula específica de evaluación ex post de los efectos de la propia Ley. Así, su Preámbulo dispone que “*se encarga a la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios la evaluación periódica de la implementación y los efectos de la Ley, se prevé la presentación a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de un Plan de trabajo y seguimiento con carácter anual, se recoge el plan de trabajo de las conferencias sectoriales y se establece el plazo máximo de remisión de la información para la integración en los registros sectoriales y de la puesta en funcionamiento del sistema de intercambio electrónico de información*”. Y así, el artículo 10 dispone que “*4. El Consejo para la Unidad de Mercado se reunirá al menos semestralmente y tendrá, entre otras, las funciones de seguimiento de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes a los principios de esta Ley; impulso de los cambios normativos necesarios para la eliminación de obstáculos a*

la unidad de mercado en los marcos jurídicos correspondientes; e impulso y revisión de los resultados de la evaluación periódica de la normativa a que se refiere el artículo 15 de esta Ley". Dicho precepto, bajo el título de "Evaluación periódica de la normativa", dispone que "1. Todas las autoridades competentes evaluarán periódicamente su normativa al objeto de valorar el impacto de la misma en la unidad de mercado" y "3. Asimismo, el Consejo para la Unidad de Mercado podrá impulsar la evaluación del marco jurídico vigente en un sector económico determinado, cuando se hayan detectado obstáculos a la unidad de mercado, conforme a lo establecido en el artículo 10 de esta Ley".

La Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, fue creada por Disposición Adicional Primera de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. En la Exposición de Motivos de la misma se dispone que: "Otro aspecto resaltable en la Ley es impulsar aquellos instrumentos que posibiliten conocer y evaluar el impacto que las políticas y servicios prestados por el Estado tienen sobre el ciudadano. A tal efecto, en la Disposición adicional primera se autoriza al Gobierno para que cree una Agencia destinada específicamente al cumplimiento de estos objetivos".

El objeto de la nueva Agencia es la promoción y realización de evaluaciones de las políticas y programas públicos cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado, favoreciendo el uso racional de los recursos públicos y el impulso de la gestión de la calidad de los servicios. Para ello, el Consejo de Ministros aprobará anualmente los programas y políticas públicas cuya evaluación incluirá la Agencia, la cual deberá presentar anualmente un Informe al Congreso de los Diputados, acerca de la actividad desplegada por las agencias estatales, y sus compromisos para mejorar la calidad de los servicios prestados a los ciudadanos. No se trata, sin embargo, de una fórmula de evaluación legislativa en los términos que hemos venido planteando, sino de un sistema de evaluación de la actuación de las Agencias que se instituyen como principal modelo de gestión pública en su expresión institucionalizada, a través de la ya citada Ley 28/2006.

También, puede citarse la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la cual recoge alguna mención a la evaluación, aunque no un marco jurídico más o menos completo que permita el desarrollo institucionalizado de la evaluación legislativa en nuestro sistema jurídico. Resulta interesante a los efectos de nuestra revisión, destacar lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda, relativa a la revisión y simplificación normativa. Dicha Disposición dispone que “*1. La Administración General del Estado acometerá una revisión, simplificación y, en su caso, una consolidación normativa de su ordenamiento jurídico*”. Para cumplir con dicho mandato, la Administración General del Estado “*habrá de efectuar los correspondientes estudios, derogar las normas que hayan quedado obsoletas y determinar, en su caso, la necesidad de introducir modificaciones, novedades o proponer la elaboración de un texto refundido, de conformidad con las previsiones constitucionales y legales sobre competencia y procedimiento a seguir, según el rango de las normas que queden afectadas*”. Y para ello, “*la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes elaborará un Plan de Calidad y Simplificación Normativa y se encargará de coordinar el proceso de revisión y simplificación normativa respecto del resto de Departamentos ministeriales*”.

Se instituye como órgano encargado de dicha evaluación a las Secretarías Generales Técnicas de los diferentes Departamentos ministeriales, las cuales “*llevarán a cabo el proceso de revisión y simplificación en sus ámbitos competenciales de actuación, pudiendo coordinar su actividad con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que, en ejercicio de las competencias que le son propias y en aplicación del principio de cooperación administrativa, lleven a cabo un proceso de revisión de sus respectivos ordenamientos jurídicos*”.

Por último, la misma Ley recoge la exigencia de evaluación de sí misma a través de un órgano de transparencia y buen gobierno *ad hoc* que crea, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Dicho nuevo órgano tiene “*por finalidad promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la*

información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno". Dentro de sus funciones, el artículo 38 establece la siguiente: *"d) Evaluar el grado de aplicación de esta Ley. Para ello, elaborará anualmente una memoria en la que se incluirá información sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas y que será presentada ante las Cortes Generales"*.

Así pues, la Ley establece un régimen de evaluación legislativa general en relación al que se establecen unas líneas muy generales y respecto de las que es necesario un desarrollo normativo y un régimen de evaluación legislativa concreto respecto de la eficacia y cumplimiento de la propia Ley.

A nivel ordenamiento autonómico, no existe ninguna regulación de la evaluación ex post al margen de lo que sería evaluación ex post de políticas públicas y no de normas. A este respecto, puede citarse la Ley Foral de Navarra 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos, por la que se pretenden establecer las medidas necesarias para la constitución y desarrollo de un sistema público de evaluación tanto de las políticas públicas que diseñen y realicen las Administraciones Públicas de Navarra, como de la calidad de los servicios que éstas presten a la ciudadanía navarra en el ámbito de sus respectivas competencias. La Exposición de Motivos de la citada Ley Foral 21/2005 dispone que *"El nuevo marco legal diseña un sistema público de evaluación tanto de las políticas públicas como de la calidad de los servicios públicos que se presten, pues si públicos son los servicios y las políticas, pública deberá ser también su evaluación"*, añadiendo, a continuación, que *"En este sistema se integran medidas de distinta índole. Por un lado, la evaluación de las políticas y, por otro, la evaluación de la calidad de los servicios públicos, en sus distintas modalidades, ya comentadas, de autoevaluación, incluidas las conocidas como cartas de servicios, o de evaluación externa"*.

El artículo 1 describe como objeto de la Ley *"las medidas necesarias para la constitución y desarrollo de un sistema público de evaluación tanto de las políticas públicas que diseñen y realicen las Administraciones Públicas de Navarra, como de la calidad de los*

servicios que éstas presten a la ciudadanía navarra en el ámbito de sus respectivas competencias”, estableciéndose como primera medida “a) *La evaluación de las políticas públicas de las Administraciones Públicas de Navarra*”. El artículo 9 incorpora junto a la evaluación ex ante, la evaluación intermedia (durante la aplicación de la política pública en el periodo programado) y la ex post (con posterioridad a la ejecución de la política pública programada). La evaluación se institucionaliza mediante la creación en su artículo 23 de la Comisión Foral para la Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios Públicos, como órgano colegiado de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra encargado del ejercicio de la competencia de evaluación, en el ámbito territorial de Navarra, de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos de las Administraciones Públicas de Navarra. Así pues, se trataría de un sistema institucionalizado de evaluación de políticas públicas y no de evaluación legislativa ex post stricto sensu.

Lo mismo podemos decir de otra iniciativa en el ámbito autonómico, como es el artículo 56 del Reglamento del Parlamento de Cataluña de 2005 que recoge la existencia de Comisiones de seguimiento, cuyo objeto es el control específico de determinadas actuaciones o políticas públicas del Gobierno de la Generalidad. Al fin del periodo de sesiones, tales Comisiones han de entregar un informe a la Mesa del Parlamento, la cual, oída la Junta de Portavoces, debe decidir si toma nota del mismo o si cabe, en su caso, darle una tramitación específica.

Otro ejemplo de institucionalización de un sistema de evaluación es el que se promovió en el País Vasco a través de la reforma del Reglamento del Parlamento Vasco en 1998, reforma que finalmente no tuvo efecto. El proyecto establecía un mecanismo de control de las decisiones parlamentarias, en virtud del cual, la Mesa, a petición de una comisión, de dos grupos parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la cámara y oída la Junta de Portavoces, podía atribuir a la comisión competente el control y evaluación del cumplimiento y ejecución de las políticas públicas no necesariamente objeto de regulación legal. Se trataba, pues, de un modelo institucionalizado

esencialmente parlamentario, recayendo en la propia Cámara la función de evaluación(88).

5. EVOLUCIÓN DE LA EVALUACIÓN EX POST EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: DE INSTRUMENTO FUNDAMENTALMENTE DE MEJORA DE LA COMPETITIVIDAD A INSTRUMENTO DE MEJORA DE LA CALIDAD DE LA NORMA EN GENERAL

Como puede comprobarse, la evaluación ex post se incorpora inicialmente como un instrumento de mejora de la competitividad de nuestra economía a través de una mejora de la regulación de la actividad económica y de la remoción de los obstáculos que la dificulten. El propio término de regulación que se viene empleando en el campo de la técnica normativa en relación con los términos de buena regulación y regulación inteligente crean el vínculo directo con el campo de la economía y competitividad y no tanto con una mejora de la calidad del ordenamiento jurídico en general o, al menos, directamente vinculada con los derechos fundamentales. A este respecto, se ha señalado que el término regulación no tiene fácil traducción en nuestro sistema jurídico al ser un término polisémico(89) y si se propone precisarlo ello lo vincula directamente al propio fenómeno de la huida del Derecho público en una etapa post (*after privatization*) en la que tras la devolución al mercado de determinados sectores económicos relacionados con los servicios públicos se pretende, a través de dicho concepto, reordenar el mercado en términos justo y garantes del interés general. La conexión entre regulación y libre competencia es evidente. Se trata de una previsión de evaluación no vinculada tanto a la mejora del ordenamiento con carácter general

(88) PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómico español”, *cit.*, pp. 99 y 100. Las Juntas Generales de Gipuzkoa se atribuyeron la potestad de evaluar los resultados del ejercicio de su potestad normativa, a través de la Norma Foral 6/2005, de 2 de julio, sobre Organización Institucional, Gobierno y Administración del Territorio Histórico de Gipuzkoa (BOG núm. 137, de 20-VII-2005): “Art. 5. Funciones. Las Juntas Generales ejercen la potestad normativa en los términos establecidos en la presente Norma Foral, evalúan los resultados de dicha potestad”.

(89) PAREJO ALFONSO, L., *Estado y Derecho en proceso de cambios ...*, *op. cit.*, pp. 113 a 117.

o, en similares términos, una mejora de la regulación jurídica como mejora de la propia democracia, sino que adopta claros tintes económicos. Existe unanimidad doctrinal acerca de la relevancia que las normas legales y reglamentarias tienen en la actividad económica y en el funcionamiento de los mercados. Los estudios empíricos que demuestran el impacto de la regulación en el desarrollo económico, la productividad y la innovación se multiplican. Nadie duda ya de que el crecimiento económico y la inversión de los diferentes Estados se encuentran fuertemente condicionados por su entorno institucional y legal. De este modo, se reconoce sin duda la existencia de una relación directa entre el contenido y la calidad de la regulación y el rendimiento económico(90).

La nueva figura que se pretende promover responde, pues, a dos realidades interconectadas: en primer lugar, la necesidad de dotar a nuestro sistema económico de la exigida competitividad y flexibilidad que viene inspirando al Derecho comunitario. En segundo lugar, a la extraordinaria profusión de normas que han hecho realidad la expresión de legislación motorizada(91). Una realidad económica cada vez más compleja y dinámica exige múltiples respuestas del legislador que, al mismo tiempo, producen fácilmente antinomias y que ponen en discusión el principio de seguridad jurídica y el de libertad. Esta es la verdadera paradoja de las economías actuales que en su camino de huida del Derecho público acaban cayendo en las redes de la regulación. Las leyes acaban perdiendo calidad y, por ende, eficacia por su volatilidad, y ello, en cierto modo consecuencia del entendimiento del recurso a la producción legislativa casi como un fin en sí misma por parte de los actores políticos. La Ley comienza a

(90) MARCOS, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *cit.*, p. 334.

(91) El profesor Betancor Rodríguez plasma numéricamente este fenómeno en nuestra actual democracia (entre enero de 1979 y mayo de 2015) en un número de leyes y normas con rango de ley superior a las 7.000, lo que resulta de la suma de 279 leyes orgánicas, 916 leyes estatales, 4.626 autonómicas y 665 forales, 310 Decretos-leyes y Decretos legislativos estatales y 321 autonómicos. Vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Calidad de la Ley: razonabilidad, arbitrariedad y control”, en BAÑO LEÓN, J.M. (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 535 y 536.

dejar de ser el punto de referencia más importante del ordenamiento jurídico y pasa a convertirse en un claro ejemplo del uso simbólico de la política, donde adquiere más importancia trasladar a la población la impresión de que se toman medidas para resolver los problemas que la efectiva resolución de los mismos(92). La preocupación es por el procedimiento más que por el resultado de la acción legislativa y administrativa. La tensión no se produce en la determinación o el control sobre los resultados de la actividad administrativa, sino sobre la legalidad de la actuación, el proceder a través de las reglas establecidas. La legitimación social del poder constituido se fundamenta en la legalidad, entendida aquí no como positividad formalmente correcta, sino como racionalidad procedimental. Las decisiones no se justifican a través de los resultados que consiguen(93).

Como pusiera de manifiesto hace unos años la Cámara de los Comunes, coincidiendo con la implantación en el Reino Unido de un procedimiento de evaluación de las leyes, la presión que el Gabinete viene ejerciendo sobre el Parlamento en orden a que las leyes sean aprobadas en determinados plazos provoca que se debilite la garantía de acierto de las normas, al contar aquél con menos tiempo para evaluar la oportunidad y futura eficacia de las mismas(94). (*Select Committee on Procedure*, 1970-71).

Por todo ello, se ha afirmado que el reciente interés por la calidad de la ley no sólo es una reacción al fenómeno de la proliferación o inflación legislativa y a la devaluación de los atributos técnico-formales de la legislación, sino que es expresión de la toma de conciencia a partir de los años noventa, después de la primera oleada privatizadora y desreguladora de los años ochenta, de que un sistema económico eficiente y competitivo depende de su entorno institucional y de la

(92) SUBIRATS, J., "El análisis empírico de los efectos de la legislación", en FIGUEROA LAURADOGOITIA, A. (Coord.), *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995, p. 202. Vid. también, PARDO FALCÓN, J., "La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómico español", *cit.*, p. 88.

(93) SUBIRATS, J., "Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, enero-marzo 1988, p. 177.

(94) Vid. House of Commons, *Select Committee on Procedure*, 1970-71, HC 538, p. viii.

calidad de su regulación. En un contexto de globalización económica, con la volatilidad de inversiones que ello conlleva, sólo una regulación de gran calidad permite aportar beneficios a la colectividad en tanto contribuye al crecimiento económico(95). La calidad normativa es especialmente relevante en el actual contexto de mutaciones de las funciones y legitimidades de las intervenciones públicas, en el que se produce la transformación del Estado prestacional en Estado regulador, en el marco de las privatizaciones y liberalizaciones llevadas a cabo en las últimas décadas. El Estado en la actualidad ha pasado de ofrecer prestaciones, actuando directamente, a dirigir. El Estado, si bien reafirma su responsabilidad última por las condiciones de vida en sociedad, es decir, el bien común, cumple su misión de configuración social desde el postulado de la posibilidad de renuncia a la ejecución por sí mismo de determinadas tareas sobre la base de la confianza en la capacidad autorreguladora de la sociedad. Pero en el bien entendido de que no hay en ello privatización, ni formal, ni material, sino –todo lo más– funcional y ni siquiera hay tampoco una radical transformación de la actividad ejecutivo-administrativa tradicional o establecida(96). Y, en esa nueva posición del Estado(97), el uso de la potestad normativa es relevante.

En consecuencia, la calidad normativa se encuentra en el corazón de la legitimidad pública moderna, desde la perspectiva del denominado Derecho útil o regulativo, que acompaña la intervención pública(98).

(95) MERCADO PACHECO, P., “Análisis económico del derecho y teoría de la legislación. Coste del derecho y mejora regulatoria”, en ARANA GARCÍA, E. (Dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, op. cit., p. 74.

(96) PAREJO ALFONSO, L., “Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 33, diciembre 2015, p. 85.

(97) Como expresivamente describe Muñoz Machado, el Estado cambia de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios a la condición de garante (*Gewährlistungstaad*), vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas en normas, programas o directivas de actuación formuladas por los poderes públicos competentes para asegurar la salvaguardia de los intereses generales y el cumplimiento, en su caso, de las misiones de servicio público que se les confían. Vid. MUÑOZ MACHADO, S., “Regulación y confianza legítima”, *cit.*, p. 143.

(98) PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: ...”, *cit.*, pp. 205 y 206.

La evaluación ex post de las normas se inserta como evaluación de las razones económicas para justificar racionalmente la decisión legislativa. Ya no sólo es importante lo que la norma dice, sino principalmente lo que se consigue a través de la misma, es decir, cuáles son sus consecuencias y efectos y cuál es el coste de la consecución de sus objetivos(99). El buen funcionamiento del mercado depende ya de su infraestructura jurídica(100).

En todo caso, resulta sorprendente que la que puede denominarse ciencia de la evaluación legislativa o de la técnica legislativa haya surgido mucho tiempo después del propio desarrollo de la función legislativa y de la aparición de la norma como protagonista sustancial de nuestras actuales democracias constitucionales de *espíritu kelseniano*. Como señala MERCADO PACHECO, una de las lagunas más fuertemente denunciadas en el ámbito de la teoría y de la ciencia jurídica, ha sido la focalización de ésta exclusivamente en el momento interpretativo y de aplicación del derecho. El modelo de jurista, de enseñanza del Derecho y de la práctica jurídica continúa centrado en el momento aplicativo del Derecho en el que la Ley, la norma, es considerada un dato previo, un material básico a partir del cual el jurista despliega sus artes interpretativas, exegéticas, sistematizadoras, argumentativas y retóricas. Los juristas se siguen formando para interpretar y aplicar las normas, no para evaluarlas, habiéndose desdeñado el estudio y la cultura de la ciencia de la legislación(101).

Parece que la norma era objeto de interpretación, pero no de evaluación, de manera que su permanencia o no quedaba justificada no tanto por criterios de técnica legislativa (véase, el logro de sus objetivos y el coste de ello), sino por puros criterios de oportunidad o necesidad política. Sí es cierto que la norma quedaba sujeta a revisión a través de la aprobación de nuevas Leyes o de meras modificaciones puntuales. Sin embargo, ello no se ha hecho de manera rutinaria sino ante la aparición de nuevos contextos, necesidades o principios que

(99) MERCADO PACHECO, P., “Análisis económico del derecho y teoría de la legislación. Coste del derecho y mejora regulatoria”, en ARANA GARCÍA, E. (Dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, op. cit., p. 65.

(100) *Ibidem*, p. 74.

(101) *Ibidem*, p. 66.

exigen una adaptación, reforma o derogación de la norma. Si ninguno de ellos concurría, la norma quedaba con sus imperfecciones vagando por el mundo jurídico, aún cuando no tuviera rumbo claro y fijo.

En una época en la que las reformas legislativas son tan numerosas y frecuentes, en que las leyes se suceden unas a otras con un ritmo, si no vertiginoso, al menos rápido, el legislador tiene que preocuparse por la eficacia material de las normas que aprueba, evaluando sus resultados. La técnica legislativa no sólo debe preocuparse de aspectos formales, como son la calidad y claridad del lenguaje, la estructura y sistemática, sino también de que las normas cumplan los fines perseguidos con su aprobación, es decir, que la regulación sea materialmente adecuada(102). No basta con preocuparse tan sólo del momento de elaboración y aprobación de la norma, sino que hay que ir más allá, en un marco temporal más amplio que incluya tanto el *law making* como el *law enforcement*, y poniendo el acento también en lo que está después de la ley, en la reacción efectiva del comportamiento de los destinatarios de la norma a los incentivos que la misma establece, sus consecuencias y efectos económicos(103).

Tal déficit histórico parece que pretende ahora superarse a través de la instauración de un sistema reglado de evaluación ex post que, en cierto modo, viene a replicar el incorporado previamente a la técnica normativa como es el de la evaluación ex ante, a través de su figura estelar de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, incorporada hace unos años por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio. Tal nuevo modelo parece, según se describe en el Preámbulo y el artículo 130, pretender superar su conexión única con la mejora de la competitividad, es decir, incorporarse como mecanismo de mejora de la calidad de la norma más allá del ámbito estrictamente económico.

El análisis jurídico-económico, sin dejar ser trascendente, no debe ser el único propósito de la evaluación ex post. Sus destinatarios y principales beneficiados no pueden ser sólo las empresas o los opera-

(102) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, op. cit., p. 73.

(103) MERCADO PACHECO, P., “Análisis económico del derecho y teoría de la legislación. Coste del derecho y mejora regulatoria”, en ARANA GARCÍA, E. (Dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, op. cit., p. 76.

dores económicos, sino los ciudadanos en general. En la evaluación es preciso atender no sólo a razones puramente económicas, sino también al contexto humano al que afecta la decisión, sobre todo, cuando se trata de grupos sociales especialmente vulnerables. Ello ha sido reconocido, *mutatis mutandi*, por el propio Tribunal Constitucional en las decisiones sobre la distribución de recursos públicos, materia que en muchas ocasiones constituirá el fin inmediato de la evaluación de las normas. Señala el Tribunal que la resolución de estos conflictos exige realizar un juicio de ponderación entre el derecho a la vida y a la integridad física y moral que integra asimismo el derecho subjetivo individual a su salud personal y la gestión del soporte económico que haga posible su cotidiana consecución, sin perjuicio del deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud. Tal ponderación exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro y de otro el interés general de preservar el derecho a la salud, sin perjuicio de que esa contraposición también tiene proyecciones individuales (Auto 239/2012, de 12 de diciembre). Las evaluaciones basadas en consideraciones económicas, sus cálculos y modelos no son políticamente ni éticamente neutrales(104).

Su aplicación plantea cuestiones de justicia de gran alcance que exigen una reflexión cuidadosa. Además, el enfoque utilitarista caería en la falacia de la ausencia de separabilidad moral de las personas, es decir, asume que el valor moral de las personas es intercambiable: los beneficios que a través del coste de las políticas públicas unos ganan compensa a los que otros pierden siempre que el resultado sea una suma positiva. Igualmente, no se muestra respetuosa con el principio categórico kantiano que prohíbe utilizar a las personas como medios

(104) En contra de esta idea se muestra Domenech Pascual: “la economía es enteramente neutral respecto de los fines. No hay fines económicos, ni tampoco extraeconómicos. Afirmar lo contrario encierra un malentendido. La economía pretende explicar cómo actúan las personas cuando los recursos de que disponen son escasos para el cumplimiento de sus fines, y qué decisiones deberían adoptar, cómo deberían emplear dichos recursos, para lograr maximizar la satisfacción de esos fines, cualesquiera que éstos sean. La economía no nos dice en modo alguno qué metas últimas debemos perseguir”. Vid. DOMENECH PASCUAL, G., “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *RAP*, núm. 195, septiembre-diciembre 2014, p. 127.

para los fines de otros y que permite conformar un concepto universal y secularizado de dignidad humana. La compensación interpersonal de las vidas humanas entre sí con el fin de maximizar los beneficios colectivos ficticios es incompatible con la primacía de la dignidad humana.

Bajo el enfoque utilitarista, los derechos de los individuos pueden ser fácilmente infringidos porque sus beneficios individuales se agregan para constituir los beneficios colectivos. En el utilitarismo clásico predomina el principio consecuencialista de la maximización de los beneficios colectivos, de tal manera que los derechos del individuo, incluidos los derechos fundamentales, se asignan únicamente de acuerdo con su contribución a la maximización de beneficios y no gozan de ningún estatus teórico independiente. Este principio contrasta con posiciones éticas basadas en los derechos originales de los individuos. Los derechos fundamentales no sólo aspiran a desarrollarse en su dimensión objetiva como expresión de los valores en los que se fundamenta políticamente una comunidad y que como tales deben ser protegidos, sino también como expresiones de un estatus de protección del individuo, incluso, frente a la colectividad (dimensión subjetiva). En una comunidad basada en el imperio de la ley, los derechos individuales no pueden quedar meramente subordinados al objetivo de una agregación orientada hacia la maximización de los beneficios colectivos. En el ámbito de los bienes sociales primarios no valen sólo criterios de eficiencia, entendida ésta, en Derecho público, como empleo y asignación racionales de los recursos en general y que es susceptible de aplicarse a problemas tan diversos como la minimización del gasto público, la explotación óptima del patrimonio del Estado, la productividad de los empleados públicos, la proporcionalidad de la regulación o la simplicidad y la celeridad del procedimiento administrativo⁽¹⁰⁵⁾. O, al menos, habrá que entender que no cabe la antinomia entre los valores superiores de la justicia y la igualdad del artículo 1 CE y el criterio de la eficiencia de su artículo 31, porque éste sólo juega en el marco de aquéllos y está subordinado a ellos y porque aquéllos identifican fines o mandatos de optimización

(105) VAQUER CABALLERÍA, M., "El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo", *cit.*, p. 101.

y éste sólo un criterio modal para su consecución y su ponderación con otros(106).

DOMENECH PASCUAL, siguiendo a ARIÑO, señala que el análisis económico constituye una metodología apropiada para el estudio de ciertas ramas del ordenamiento jurídico pero no para el de otras y, por ello, se ha postulado su utilización respecto del conjunto normativo que regula la intervención de los poderes públicos en las actividades de producción de bienes y servicios —lo que aquí se conoce como Derecho administrativo económico—, al tiempo que no puede aplicarse a los ámbitos jurídicos que carecen de una dimensión económica, tales como el Derecho de familia y los derechos fundamentales(107), a lo que nosotros añadiríamos, en aquellos en los que lo económico sea meramente instrumental de la dignidad del ser humano y de la justicia. El propio DOMENECH PASCUAL aclara a continuación que, pese a lo anterior, si se estima que la economía estudia la asignación de recursos escasos, cualesquiera decisiones humanas son susceptibles de ser analizadas por esta ciencia, en la medida en que en prácticamente todas ellas se presenta normalmente el problema de que los medios disponibles para atender ciertos fines son escasos. Así pues, el análisis económico puede (debe) estar presente como una herramienta más en todos los ámbitos de la evaluación de la regulación, pero su relevancia en cuanto a los resultados que ofrezca cobrará mayor o menor virtualidad si son atendidos los principios y valores que estén presentes en el caso concreto(108).

Por tanto, puede concluirse que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la evaluación debe incorporar un modelo mixto que, partiendo del análisis del coste-beneficio y de la sostenibilidad, complete esta visión con el principio de equidad y de protección frente a la vulnerabilidad, entre otros. Hoy existe cierto consenso entre los juristas-economistas acerca de que las cuestiones distributivas importan. Lo que el Derecho debería maximizar no es la riqueza, sino el bienestar social, que también depende, entre otros factores,

(106) *Ibidem*, p. 105.

(107) DOMENECH PASCUAL, G., “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *cit.*, p. 128.

(108) *Ibidem*, pp. 128 y 129.

de cómo esté repartida la misma. La equidad de la economía apunta a los valores superiores de la igualdad y la justicia proclamados en el artículo 1.1 de la Constitución, por lo que su asunción es consustancial al Derecho y no plantea problemas dogmáticos en nuestro Estado social y democrático de Derecho. Por la misma razón, los poderes públicos, y en particular la Administración, objetivamente dirigida al cumplimiento de los fines marcados por el Derecho del Estado social (arts. 9.2 y 103.1 CE), son, por su misma esencia, organizaciones al servicio de los valores superiores de la justicia y la igualdad, esto es, de la equidad tal y como la concibe la economía(109).

Esta exigencia constitucional de superar el fin estrictamente económico parece lograrse con la regulación que de la evaluación ex post contienen las Leyes 39 y 40/2015. Los términos en los que se regula la nueva figura, aunque escasos, sí permiten deducir que ya no sólo se trata de elaborar normas que, evaluadas una vez entradas en vigor, sean sostenibles económicamente, sino de avanzar en una mayor calidad de las normas desde la perspectiva de una mejor democracia. Se trata de atender, a través de la calidad, a los diferentes fines, valores e intereses que se consagran en nuestra Constitución y que no sólo exigen la estabilidad presupuestaria que tardía y apresuradamente a impuesto el artículo 135 CE, o la seguridad jurídica que se consagra en el artículo 9.3 CE, clave de bóveda de un ordenamiento jurídico, sobre todo, cuando de su incumplimiento pueden derivarse consecuencias punitivas, sino también evaluar en qué medida la norma satisface la libertad, igualdad, la equidad o la justicia, auténticos valores que conforman el Estado social y democrático de Derecho.

Sin perjuicio de ello, la incorporación de la evaluación ex post por las Leyes 39 y 40/2015, como ya anunciábamos al comienzo de nuestro trabajo, sin dejar de ser plausible, es muy escasa por diversas razones: en primer lugar, se limita a establecer un mandato de mera mejora de la legislación inferior, es decir, un llamamiento a la evaluación ex post de las normas aprobadas por las Administraciones Públicas, que no se puede interpretar que abarque a las normas de

(109) VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *cit.*, p. 98.

superior rango como serían las leyes(110). Obviamente, ello es razonable si atendemos a que la previsión se recoge en una Ley cuyo objeto y sujeto son, por un lado, regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria (art. 1) y, por el otro, el sector público, que comprende la Administración General del Estado, la de las Comunidades Autónomas, la de las Entidades que integran la Administración Local y el sector público institucional (art. 2). Sin embargo, ello no obsta para que no se hubiera podido incorporar la evaluación ex post de una manera más amplia, a través de otra norma general o específica, incluyendo a las Cortes Generales.

En segundo lugar, la regulación contenida en el citado artículo 130 es meramente de mínimos, o, incluso, podemos decir que se limita a establecer unos principios inspiradores de una futura regulación más detallada. Así, el deber que se impone a las Administraciones Públicas se diluye inmediatamente desde el momento que no se establece un periodo (la norma se limita señalar, como ya vimos, que “las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente”) ni los criterios que han de regir tal evaluación (se señala de manera genérica que las Administraciones Públicas deberán comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas).

Sí es algo más concreta la previsión de que el resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, aunque vuelve a diluirse el efecto vinculante del deber cuando se señala que ello se hará “con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente”.

(110) Vid., a este respecto, GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., “Iniciativa legislativa del Gobierno y técnica normativa ...”, *cit.*, p. 448.

Algo más de contenido ofrece, sin embargo, la reforma que de la Ley del Gobierno se ha llevado a cabo por la pareja legislativa de hecho de la comentada Ley 39/2015, es decir, por la Ley 40/2015. Como ya hemos descrito antes, dicha Ley reforma el procedimiento de iniciativa legislativa y potestad reglamentaria, instituyendo una especie de evaluación ex post (análisis sobre los resultados de su aplicación, en los términos literales que emplea la Ley) que se preverá en el correspondiente Plan normativo anual, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, y atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos. Ello se completa con lo dispuesto en el artículo 28, en relación al Informe anual de evaluación, en el se reflejará el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, añadiendo que cuando tal Plan haya identificado normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, el Informe comprenderá un análisis ex post de la eficacia, eficiencia y sostenibilidad de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias. Tal competencia recaerá en el Ministerio de la Presidencia. Sin embargo, no hay ninguna previsión relativa a los efectos de dicha evaluación ex post, más allá de disponer en el mismo artículo 28 que el citado informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas.

Así pues, el modelo responde a un modelo general, pero en el que aún ostenta una gran prevalencia el mero análisis económico y de las cargas administrativas.

Transcurrido más de un año desde la aprobación y publicación de dichas normas que incorporan la evaluación ex post no se ha llevado a cabo desarrollo reglamentario alguno que permita predecir una mínima eficacia de la nueva medida evaluadora. Es de esperar la próxima aprobación de una norma reglamentaria que, como ya hiciera el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, en el ámbito de la evaluación ex ante, dote de contenido al nuevo instrumento de mejora de la calidad de las normas. Ciertamente existe un proyecto de real decreto por el que se regula la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que

recoge algunas previsiones, mínimas, sobre la evaluación ex post. Al comienzo de la norma reglamentaria se señala que el actualmente en vigor Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, ha constituido, sin duda, un hito decisivo en la mejora de la calidad de las normas y ha permitido asentar en la cultura administrativa la importancia del análisis y evaluación ex ante de los impactos, como instrumento indispensable en toda política regulatoria. Sin embargo, añade, durante estos últimos años se han producido distintos cambios normativos que hacen necesaria su derogación y la aprobación de un nuevo real decreto adaptado a las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que incluye una modificación ad hoc de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Y si bien la norma tiene como objeto principal la desarrollar estas previsiones legales, que sistematizan y refuerzan la planificación y el análisis ex ante de impacto de las normas y su evaluación, es decir, no constituye desarrollo normativo de la figura de la evaluación ex post, incluye un apartado relativo a la forma en la que se realizará la evaluación de los resultados de la aplicación de la norma, o evaluación ex post. Ello obedece, como explica la propia norma, a que el artículo 25.2 de la Ley 50/1997 señala que el Plan Anual Normativo identificará las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, añadiéndose en el artículo 28.2 que dicha evaluación se realizará en los términos y plazos previstos en la memoria del análisis de impacto normativo. La conexión, pues, entre evaluación ex ante y ex post que se deriva de la citada Ley exige incorporar alguna norma que venga referida ya a la evaluación ex post. Y así se hace en el artículo 2.1 g) del proyecto que dispone que *“Evaluación ex post que incluirá la forma en la que se analizarán los resultados de la aplicación de las normas enumeradas en el Plan Anual Normativo al que se refiere el artículo 25.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Para ello, la memoria describirá con claridad los objetivos y fines de la norma y los términos y plazos que se usarán para analizar los resultados de su aplicación, conforme a los criterios previstos en el artículo 28.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. A estos efectos, se podrá indicar la metodología a utilizar*

en la evaluación y la entidad u órgano que se considera idóneo para llevarla a cabo”.

El también reciente Dictamen del Consejo de Estado (expediente núm. 742/2016), de 27 de octubre de 2016, en el que se examina dicho proyecto de real decreto, valora muy positivamente dicha incorporación de la evaluación ex post: *“La redacción del artículo 2.1.g), relativa a la evaluación ex post, contiene una previsión novedosa frente a la regulación actualmente vigente, que responde a la voluntad de que ciertas normas, que deberán ser identificadas en el Plan Anual Normativo, deban someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación”.* Pese a dicho juicio de valor positivo, no parece que el citado texto suponga un avance importante en el ámbito de la evaluación ex post ni permite aclarar muchas de las cuestiones que hemos apuntado antes.

6. EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST Y AVANCE CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO

El incesante avance de la ciencia y de la tecnología que caracteriza a estas primeras décadas del siglo XXI y que no tiene parangón con ninguna de las anteriores etapas de la Historia viene a dificultar de sobremanera la labor del legislador. El marco de certeza y previsibilidad en el que han venido desarrollándose habitualmente la actividad normativa parece haberse ya esfumado en diferentes áreas de la regulación. Si bien la falta de certidumbre es un hecho que define la propia existencia del ser humano y el riesgo le es consustancial a su quehacer diario desde sus orígenes, el contexto ha cambiado en los últimos años notablemente. A los grandes beneficios para la humanidad que nos trae dicho avance se suman nuevos riesgos, hasta ahora, desconocidos y, sobre todo, nuevos dilemas e incógnitas que afectan sustancialmente a la toma de decisiones jurídicas sobre su autorización y tolerancia. Este nuevo panorama encuentra su máxima expresión o traducción jurídica en la aparición de un nuevo principio, el principio de precaución que ya se va incorporando a la mayoría de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya sea en su expresión de mero principio inspirador del ordenamiento, ya sea en la de ele-

mento decisor(111). La aparición del principio responde, pues, a la necesidad de adoptar un enfoque precautorio de las nuevas políticas y verificar si pueden surgir riesgos relevantes para, entre otros, el medio ambiente o la salud pública a partir de novedades científicas y tecnológicas. Supone la toma de conciencia del legislador acerca de las incertidumbres de los riesgos que pueden acompañar al avance de la ciencia y la técnica. Se trata de un instrumento jurídico del nuevo paradigma científico-reflexivo(112). La aparición del principio ha marcado un cambio del control post-daño (responsabilidad civil como herramienta curativa) al nivel de un control previo al daño (medidas anticipatorias de riesgos) (113). Sin embargo, la incertidumbre se ha adueñado de otros ámbitos no directamente relacionados con la ciencia o la tecnología, como son la economía y también la política, y ello, como consecuencia de la globalización. En todo caso, se trata de fenómenos interrelacionados en la medida que la globalización surge precisamente del avance de las propias tecnologías que permiten acercar fronteras y estrechar las sedes en que se adoptan las principales decisiones políticas y económicas.

(111) La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se produce a través de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que dispone en su artículo 2 f) que “*La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud*”. También se proclama en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 3 d): “Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran”. En la casi coetánea Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, se recoge dicho principio en su articulado bajo la denominación de principio de cautela aunque se menciona en su expresión más común en el Preámbulo: “la nueva ley atiende a las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución”.

(112) EMBID TELLO, A.E., “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 1223.

(113) COMEST, *The precautionary principle*, UNESCO, París, 2005, p. 7. Puede accederse a dicho informe del Comité Mundial del Conocimiento Científico y de la Tecnología a través de la página web de la UNESCO, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf>.

El principio de precaución ha sido definido como un principio procedimental llamado a potenciar la evaluación de riesgos inciertos y posibilitar la adopción de medidas frente a los mismos aun cuando éstos se desconocen en gran medida(114). El primer caso en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acude a dicho principio fue con ocasión de la llamada vulgarmente “crisis de las vacas locas” y así en su Sentencia de 5 de mayo de 1998 (caso *National Farmers Union*) se señala que “*en el momento en que se adoptó la Decisión, existía una gran incertidumbre en cuanto a los riesgos que suponían los animales vivos, la carne de vacuno o los productos derivados*” y que, *cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos*”(115).

Una de las principales críticas que ha recibido dicho principio es el de abrir un cauce hacia la arbitrariedad, y si bien el principio se ajusta a un específico procedimiento de evaluación y gestión que tiene como fin principal proteger los derechos de las personas, sí que genera un relevante margen de discreción en los poderes públicos. Podría, así, afirmarse que el principio de precaución tiene cierto carácter antinómico, ya que, habiéndose creado para combatir la incertidumbre, acaba en muchas ocasiones por producirla en cuanto a la decisión final.

La falta de certidumbre en la toma de decisiones jurídico-políticas a través de las leyes ha sido tildado como problema de una gravedad desconocida hasta tiempos muy recientes(116). El Derecho aparece ya subordinado a la ciencia, ya que será ésta o, mejor dicho, la comu-

(114) EMBID TELLO, A.E., “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, op. cit., p. 1223.

(115) *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union and Others*, C-157/96.

(116) ESTEVE PARDO, J., “Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho público”, en DARNACULLETA i GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER GEN. DÖHMANN, I. (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 36. Vid., también, ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

nidad científica la que marque el camino a seguir por el legislador, camino que no sólo no goza de gran certidumbre sino que además es extraordinariamente cambiante. Incertidumbre, volatilidad e innovación son tres de los elementos que caracterizan nuestra sociedad actual y que dificultan la labor previsor del legislador. Ciertamente es que no es la primera ocasión en la que el Derecho ha de enfrentarse a la incertidumbre, aunque cualitativa y cuantitativamente sí se aprecien notables diferencias respecto de lo que ha ocurrido en el pasado. Ya el Derecho romano tuvo que enfrentarse a dicho problema en muchas de las instituciones que tuvo que regular, acudiendo no a la búsqueda de la certidumbre, sino a la de soluciones prácticas a través de las presunciones para poder construir la solución jurídica(117). En todo caso, nuestro Derecho de corte positivista se ha construido sobre el paradigma contrario al que presenta la realidad, el de la certidumbre de las referencias que ofrecen las normas(118). Tal déficit puede, sin embargo, paliarse a través del desarrollo de los principios y del valor de la interpretación, aunque ello abre nuevos dilemas que no podemos abordar en un trabajo como el nuestro.

Este nuevo panorama provoca, por ejemplo, que el propio principio de precaución altere la operatividad del principio de *pro libertate* que inspira nuestro ordenamiento jurídico, de manera que el aforismo clásico de que se considera permitido lo que no está prohibido (*permissum id esse intellegitur, quod non prohibetur* o, en similares términos, *intellegitur consensum quod non est prohibitum*) ya no es la única máxima. Así, DENINGER nos recuerda que en el ámbito de los derechos de cuarta generación el principio general de que todo lo no prohibido explícitamente está permitido parece no tener plena virtualidad. A este respecto, cita como ejemplo paradigmático, una Sentencia del Tribunal de lo contencioso-administrativo de Kassel (Alemania) de 6 de noviembre de 1989, relativa a la necesidad de obtener licencia para el desarrollo de actividades experimentales de manipulación genética, cuando no existía regulación alguna acerca

(117) ESTEVE PARDO, J., "Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho público", en DARNACULLETA i GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER GEN. DÖHMANN, I. (Eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, op. cit., pp. 44 y 45.

(118) ESTEVE PARDO, J. y TEJADA PALACIOS, J., *Ciencia y Derecho*, op. cit., p. 58.

de dichas técnicas. El Tribunal consideró que, dado que en la investigación de las materias innovadoras básicas, como la energía nuclear, tecnología espacial, biología y, en especial, tecnología genética nos movemos en otras dimensiones y en otros niveles cualitativos distintos, y dada la falta de seguridad de los resultados, debe esperarse a que el legislador decida acerca de la actividad, sin que pueda desarrollarse la misma en el periodo de ausencia de regulación(119). Y se ha dicho que el Derecho aplicable en este campo de los derechos de cuarta generación es un observatorio destacable de la evolución que atraviesa hoy el sistema jurídico entero(120).

El principio se desarrolla inicialmente en el ámbito del Derecho al medio ambiente para de ahí extenderse a otros campos de incertidumbre(121). Y así el postulado en el se asienta es el del desarrollo sostenible, es decir, el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades. Al salvaguardar contra el daño grave y, en particular, irreversible a la base de recursos naturales que podría poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para

(119) DENINGER, E., “Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética”, en PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 64 y 65. Igualmente, Díez-Picazo Ponce de León nos recuerda, citando a Zatti, que la dificultad y el encanto de la bioética nacen de la necesidad de avanzar en un territorio sin mapa. Vid. Díez-Picazo Ponce de León, L.M., “Bioética y legislación (Dificultades de la regulación jurídica en materia de bioética)”, *Revista de Occidente*, núm. 214, año 1999, p. 11.

(120) RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J., “La credibilidad de los resultados y la legitimidad de los procedimientos en la encrucijada del debate científico y jurídico”, en RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J. (Coord.), *Investigación biomédica, derechos fundamentales e intereses generales. Instituciones públicas de garantía*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2012, p. 21.

(121) Dentro del sistema de las Naciones Unidas, el principio de precaución se incluye en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Posteriormente, el principio fue incorporado al artículo sobre la precaución (artículo 5.7) del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994, así como al Protocolo de Bioseguridad aprobado en Montreal en enero de 2000.

satisfacer sus propias necesidades, se basa en las nociones éticas de equidad intra e intergeneracional⁽¹²²⁾.

En relación a dicho principio, la Comisión de la UE (Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución de 2 de febrero de 2000) señala que si bien este principio no está definido en el Tratado, que sólo lo menciona una vez, para la protección del medio ambiente (véase, art. 174), en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más vasto, y especialmente cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad. Ello determina que el principio de precaución sea considerado desde hace pocas décadas un principio esencial de las políticas comunitarias.

El recurso a dicho principio, en palabras de la Comisión, presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente. La aplicación de un planteamiento basado en el principio de precaución debería empezar con una evaluación científica, lo más completa posible y, si fuera viable, identificando en cada fase el grado de incertidumbre científica. Los responsables de la decisión deben ser conscientes del grado de incertidumbre inherente al resultado de la evaluación de la información científica disponible, y ello, no es una decisión científica, sino eminentemente política, lo que exige resolver dos cuestiones: en primer lugar, si se debe actuar o no y, segundo lugar, si se ha decidido actuar, las medidas que se derivan de la aplicación del principio.

La incertidumbre, pues, no sólo se aprecia en la ciencia, sino que es un signo característico de nuestra época actual, afectando a todos los ámbitos de la realidad social, como es la economía, en la que la incertidumbre ha visto adaptado su nombre al de volatilidad, expre-

(122) COMEST, *The precautionary principle*, UNESCO, París, 2005, p. 7. Puede accederse a dicho informe del Comité Mundial del Conocimiento Científico y de la Tecnología a través de la página web de la UNESCO, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf>.

sión esta que ya se emplea, incluso, en el ámbito de la política. Sin embargo, la incertidumbre constituye un elemento distorsionador del Derecho en la medida que éste, presidido por el principio de seguridad jurídica, ha de aspirar necesariamente a la certeza.

Esta nueva realidad hace más indispensable si cabe el desarrollo de nuevos mecanismos y, entre estos, cobra una especial virtualidad la evaluación *ex post*. Si el marco de la toma de decisión del legislador se produce en el contexto de la incertidumbre, ello determina, por un lado, revisar *a posteriori* si dicha incertidumbre se mantiene o no, y, por el otro, valorar también *ex post* qué efectos ha provocado la norma presidida por la falta de certeza. Si se ha apuntado que la evaluación del riesgo es la pieza clave del principio de precaución⁽¹²³⁾, resulta lógico concluir que las normas dictadas en el contexto de la incertidumbre deben ser evaluadas previa y posteriormente. No se trata, quizás, de plantearnos una nueva teoría de la decisión jurídica en la incertidumbre, sino posiblemente de desarrollar mecanismo de evaluación *ex post* de esas complejas decisiones normativas. Así lo ha entendido la propia Comisión de la UE cuando señala que en caso de que se considere necesaria una acción o decisión en un contexto de incertidumbre, las medidas basadas en el principio de precaución deberán ser, entre otros aspectos, *sujetas a revisión*, a la luz de los nuevos datos científicos. A este respecto, en la Comunicación de la Comisión de 5 de junio de 2002, sobre el Plan de acción “Simplificar y mejorar el marco regulador”, se recoge en compromiso de la Comisión de introducir, cuando se juzgue oportuno, una cláusula de reexamen, o incluso de revisión, en sus propuestas legislativas, en particular en aquellas sujetas a una rápida evolución tecnológica, a fin de garantizar la actualización y adaptación regulares de la legislación.

Similar propuesta encontramos en Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal, en su resolución *Kalkar*, consideró si la Ley reguladora del aprovechamiento pacífico de la energía atómica ofrecía la cobertura legal exigida por la Constitución para autorizar un nuevo reactor nuclear considerado demasiado peligroso por algunos científi-

(123) EMBID TELLO, A.E., “El principio de precaución”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 1231.

cos, advertía que cuando el legislador ha tomado una decisión cuyos fundamentos quedan en entredicho significativamente por adelantos que no podían preverse en el momento de dictarse la ley, aquél puede estar constitucionalmente obligado a revisar si la decisión originaria ha de mantenerse asimismo tras el cambio de circunstancias(124).

En todo caso, esta solución basada en la evaluación ex post presenta también problemas, sobre todo, en la medida que las revisiones normativas causan, también, per se, inseguridad jurídica y, por tanto, pueden afectar a las expectativas de los destinatarios de las normas. La propia Comisión, consciente de dicho problema, señala en la propuesta que acabamos de citar que al proponerse una cláusula de reexamen, la Comisión tratará de preservar la seguridad jurídica de los agentes interesados. En todo caso, siendo cierta esta objeción, no debe impedir reconocer que si un campo normativo está necesitado de evaluación ex post es precisamente el que conecta con el avance científico y tecnológico, aunque ello deba hacerse prudentemente.

Si trasladamos nuestra mirada ahora a las últimas normas aprobadas en nuestro ordenamiento y que por conectar de manera indubitada con la incertidumbre científica sería recomendable que quedaran, de acuerdo con lo que acabamos de sostener, sujetas a un proceso de evaluación a posteriori, la conclusión no puede ser más desalentadora. Así, a título de ejemplo, pueden citarse normas tales como la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, en la que pese a reconocerse en su propio Preámbulo que la misma se dicta al amparo de la incertidumbre científica (*“En pocos años ha cobrado enorme relevancia la obtención, utilización, almacenaje y cesión de las muestras biológicas con fines de diagnóstico y de investigación, son cada vez mas frecuentes las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos, y la investigación con gametos, embriones o células embrionarias se ha hecho imprescindible en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa. Sin embargo, estos avances científicos y los procedimientos y herramientas*

(124) Auto de 8 de agosto de 1978 (BVerfGE 49, 89, 130) y voto particular a la Sentencia de 24 de enero de 2001 (1 BvR 2623/95 y 1 BvR 622/99, §§ 99 y ss.). Vid. DOMENECH PASCUAL, G., “El seguimiento de normas y actos jurídicos”, *cit.*, p. 112.

utilizados para alcanzarlos, generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa a la identidad del ser humano”), nada se prevé acerca de los futuros cambios en la ciencia que pudieran determinar una revisión de la norma.

Igualmente, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida no incorpora ninguna cláusula de revisión o similar, aunque es cierto que prevé expresamente en su Preámbulo la posibilidad de actualizar, al menos, y de conformidad con la evidencia científica, las técnicas: *“La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas”*. Ello se normativiza en el siguiente artículo 2.3: *“El Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada”*.

Resulta interesante recordar en relación a estos dos ejemplos casi paradigmáticos de la incertidumbre científica que se trata de normas que no han sido dictadas, como ocurre con algunas otras dentro del ámbito de la salud y la investigación biomédica, en desarrollo de una norma comunitaria, de manera que pudiera argumentarse que la revisión o evaluación a posteriori de la norma vendría determinada por la propia UE o la norma fuente de la que nacen. En el caso de la Ley de investigación biomédica y de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, son dos normas en las que la iniciativa es meramente nacional, aunque también es cierto que esta última supone de facto

una revisión de la anterior regulación sobre a materia ya que viene a suplir a la anterior Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que, a su vez, derogó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. En todo caso, la previsión de revisión de la misma no queda sujeta a plazo ni viene impuesta por deber legal alguno, sino por la mera voluntad política, cuando se trata de un ámbito en el que la ciencia ofrece ya novedades (véase, por ejemplo, la práctica poca utilidad que los preembriones ofrecen ya para la investigación con células madre) que harían conveniente revisarla.

Un ejemplo más reciente conectado también con la incertidumbre en el ámbito de las decisiones normativas que entroncan con dilemas bioéticos, aunque, en este caso, dentro del ordenamiento jurídico autonómico, lo encontramos en la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de derechos y garantías de las personas en el proceso de morir, aprobada por la Comunidad de Madrid⁽¹²⁵⁾, cuya Disposición Adicional Primera incorpora, bajo el título de “Evaluación de la Ley”, la previsión de elaboración, transcurrido un año de su entrada en vigor, de un informe sobre los datos más significativos de implementación de la Ley, el grado de satisfacción de los ciudadanos, y de la efectividad real de la protección los derechos regulados en ella, así como de los aspectos susceptibles de mejora. Dicho informe, además, deberá actualizarse anualmente y presentarse ante la Comisión competente en materia de Sanidad de la Asamblea de Madrid⁽¹²⁶⁾.

7. LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

El impulso de las políticas de mejora de la legislación en nuestro sistema jurídico y en demás países miembros de la Unión Europea

(125) BOCM 22-III-2017.

(126) Una previsión muy similar ya se recogía en la regulación de la muerte digna en Aragón, concretamente, en la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, que dispone en su Disposición Adicional Segunda que “*El departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de salud elaborará, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, un estudio relativo a la forma en la que la ciudadanía aragonesa afronta y vive el proceso de su muerte. Este informe se actualizará periódicamente, con el fin de permitir evaluar con regularidad la aplicación y efectos de esta Ley*”.

ha venido en gran parte promovido por la propia Unión Europea, como ya hemos destacado antes. El análisis del impacto se hizo obligatorio para la normativa comunitaria tras la puesta en marcha del Plan de acción “Legislar mejor” de 2002, en el que se recogieron los criterios expuestos en el Informe Mandelkern, sobre Mejora de la Regulación de 2001. El informe Mandelkern señalaba que la mejora de la legislación es un camino para mejorar el proceso de elaboración de políticas y no una mera imposición de nuevas cargas burocráticas. Tal mejora, según el citado informe, debe fundamentarse en siete principios: necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad, transparencia, rendición de cuentas, accesibilidad y simplicidad.

En similares términos, el informe propone siete ámbitos para promover dicha mejora, entre los que aparecen también algunos relacionados con la evaluación *ex post* de las normas. En concreto, se propone, en el ámbito de la aplicación de la regulación europea, y considerando que las regulaciones de alta calidad forman una cadena desde las primeras etapas de su elaboración hasta su aplicación, que se preste más atención a los problemas que plantea la aplicación de las normas en orden a garantizar que son entendidas y tenidas en cuenta. Los Estados miembros deben dar una gran prioridad a la aplicación de la normativa comunitaria.

También, en relación con la evaluación legislativa *ex post*, el Informe considera que la implementación de instrumentos de evaluación *ex post* en términos similares a los que pueden desarrollarse *ex ante* presenta mayores dificultades, debido a las diferencias acerca de las estructuras, sistemas legales y soluciones en los diferentes Estados miembros. Pese a ello, el Informe considera que sí pueden hacerse algunas aportaciones al respecto, y así, por ejemplo, apunta que una muy buena manera de desarrollar una evaluación *ex post* es aplicar una lista de control, como la desarrollada por la OCDE. Esta ha sido ya utilizada en algunos Estados miembros y otros países con buenos resultados.

Para los autores del informe, la evaluación *ex post* puede contribuir de manera significativa a la revisión efectiva de la regulación existente. Si se hace bien, proporciona información clara sobre la

eficacia y adecuación de la regulación, revelando las debilidades y otras carencias, lo que permite la revisión para decidir qué acción puede adoptarse. Las evaluaciones ex post pueden llevarse a cabo, bien específicamente, cuando exista una opinión generalizada de que es preciso evaluar una norma ya en vigor, bien con carácter general, estableciendo dicha evaluación ex post en la propia norma. Esto puede, por ejemplo, ser particularmente apropiado cuando existe una considerable incertidumbre acerca de los efectos de la nueva regulación.

El propio Informe considera que el último paso de un programa de la evaluación del impacto regulatorio es precisamente la evaluación ex post de las normas. Esta evaluación permite comprobar la exactitud de las hipótesis y estimaciones realizadas anteriormente en el proceso. Así pues, la evaluación ex post permite también evaluar a la propia evaluación ex ante, en los términos planteados por el Informe.

Al amparo también del Informe Mandelkern, la Comisión elaboró una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, bajo el título “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”. Para la Comisión resultaba prioritario mejorar las legislaciones europea y nacionales, y ello, con el fin de promover la competitividad de Europa y, de esta manera, estimular el crecimiento y el empleo. Señala la Comisión que legislar mejor, esto es, garantizar un marco regulador de calidad, redundará en beneficio de todos. La mejora del proceso legislativo contribuirá a que la Unión Europea sea un lugar más atractivo no sólo para invertir sino también para trabajar, pues una legislación de calidad influye de manera muy positiva en las condiciones generales del crecimiento económico, el empleo y la productividad. Tal mejora incentiva la actividad empresarial, reduce los costes innecesarios y elimina los obstáculos a la adaptabilidad y la innovación. Garantiza asimismo la seguridad jurídica y, en consecuencia, la eficacia de la aplicación y el cumplimiento de la legislación en toda la Unión Europea. Por último, permite alcanzar los objetivos sociales y medioambientales sin que los costes administrativos sean desproporcionados.

Por ello, la Comisión recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales. Sin embargo, como puede verse, la propuesta se basaba en exclusiva en un modelo de evaluación a priori a través de la evaluación de impacto. El propósito de la evaluación es, en palabras de la Comisión, permitir a los responsables políticos adoptar decisiones a partir de análisis minuciosos de las posibles consecuencias económicas, sociales y medioambientales de las nuevas propuestas legislativas. Se pretende garantizar que se evalúen plenamente todas las consecuencias posibles de futuras propuestas legislativas, no que se evalúen dichas normas a posteriori.

La Comisión sitúa la fortaleza del mecanismo institucionalizado de evaluación en la evaluación a priori mediante la mejora de los mecanismos de evaluación de impacto.

Pocos años después, la Comisión aprobó el 8 de octubre de 2010 una nueva Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre normativa inteligente en la Unión Europea. Para la Comisión el programa legislar mejor que se inicia a partir del Informe Mandelkern ha supuesto un importante avance en el ámbito de la evaluación legislativa aunque considera que ya debe afrontarse un nuevo desafío, la normativa inteligente. Para la Comisión la normativa inteligente se refiere al conjunto del ciclo político, desde la concepción de un acto legislativo hasta la aplicación, el cumplimiento, la evaluación y la revisión. Y así, si el esfuerzo en el análisis de impacto es importante, también debe serlo gestionar y aplicar el conjunto de la legislación existente, con el fin de garantizar que se obtengan los beneficios previstos. Para ello, todos los protagonistas deben ser más conscientes de que la aplicación correcta de la legislación existente y su modificación en función de la experiencia son tan importantes como la nueva legislación que propongamos.

Como puede comprobarse, la Comisión otorga ya una posición central en el sistema de mejora de la legislación a la evaluación ex post, señalando que la evaluación a posteriori de la legislación constituirá una herramienta clave en el marco de este nuevo enfoque, al mejorar la calidad de las políticas y contribuir a definir nuevas posibilidades para simplificar la legislación y reducir las cargas administrativas.

La simplificación de la legislación y la reducción de las cargas administrativas se convierten de este modo en el objetivo principal de la normativa inteligente y para ello la Comisión considera que deben efectuarse evaluaciones más estratégicas que globales, para identificar las cargas excesivas, las incoherencias y las medidas obsoletas o ineficaces.

Como medidas concretas, la Comunicación prevé, entre otras, velar porque todas las propuestas importantes de legislación nueva o revisada se basen en principio en una evaluación de la legislación existente. Para ello, la Comisión aplicará paulatinamente este enfoque durante su mandato actual y revisará las directrices sobre evaluación para garantizar que las evaluaciones determinen si la legislación produce los beneficios previstos y para evaluar los costes asociados. También propone garantizar la transparencia presentando las evaluaciones programadas de la legislación en un sitio Internet específico, de tal modo que los Estados miembros y las partes interesadas puedan aportar sus contribuciones desde un primer momento. Considera como áreas específicas para el desarrollo de dicha evaluación el medio ambiente, los transportes, la política de empleo y la industrial. Igualmente, considera esencial la participación de los ciudadanos en dicha labor de mejora y así menciona la importancia de desarrollar un sitio Internet de consulta que permita más fácilmente a las partes interesadas expresar sus preocupaciones por lo que se refiere a las cargas administrativas y a la simplificación.

Sin perjuicio de la importancia que esta Comunicación supone para el desarrollo de una evaluación legislativa ex post en el ámbito de la Unión Europea y en el de los Estados miembros y pese a que la propia Comisión considera a ésta un elemento clave dentro del concepto de normativa inteligente, la mayoría de previsiones que se

contienen en aquella van fundamentalmente vinculadas una vez más a la evaluación *ex ante* y al análisis de impacto.

Al margen de un procedimiento sistemático de revisión, la Unión Europea sí ha recogido cláusulas específicas de evaluación *ex post* en algunas normas comunitarias. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Directiva 95/46 CE relativa a la protección de las personas respecto al tratamiento de sus datos personales, cuyo artículo 33 establece que la Comisión habrá de presentar al Consejo y al Parlamento Europeo periódicamente y por primera vez en un plazo de tres años a partir de la fecha en la que los Estados han de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, un informe sobre su aplicación, acompañado, en su caso, de las oportunas propuestas de modificación. Dicho informe será publicado. A este respecto, la Comisión deberá estudiar, en particular, la aplicación de la Directiva al tratamiento de datos que consistan en sonidos e imágenes relativos a personas físicas y presentará las propuestas pertinentes que puedan resultar necesarias en función de los avances de la tecnología de la información, y a la luz de los trabajos de la sociedad de la información.

Pese a dichas iniciativas en mejora de la evaluación de las normas comunitarias y nacionales desarrolladas por la UE, los trabajos doctrinales que han analizado el impacto real de las mismas se muestran algo críticos. Así, algunos estudios cuantitativos basados en meta análisis de las normas aprobadas en el marco de la UE, señalan, por ejemplo, que de las 156 leyes importantes adoptadas entre 2000 y 2002, 44 fueron evaluadas una vez, mientras que ocho fueron evaluadas dos veces. Esto se traduce en que el 33 por ciento de la legislación importante de la UE ha sido cubierto por una evaluación *ex post*. En consecuencia, casi siete de cada diez normas jurídicas importantes no han sido evaluadas. Y aunque no es impensable que estas evaluaciones se puedan llevar a cabo más adelante, ello, dados los procedimientos de trabajo de las instituciones de la UE, es harto improbable. Otro dato relevante que relevante de dichos estudios es que entre las 104 leyes que no han sido evaluadas, hay algunas de ellas políticamente sensibles, como las Directivas sobre la facilitación de

la inmigración ilegal (2002/90) y sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (2002/58) (127).

Por otro lado, las razones que justificaron dicha evaluación no eran otras que la inclusión en la norma de una cláusula específica de evaluación ex post. Esto parece sugerir que la obligación jurídica es el principal motivo para evaluar y que la propia iniciativa de la Comisión se muestra muy limitada (128). Y así, a pesar del potencial teórico de las evaluaciones ex post para la rendición de cuentas políticas, las investigaciones existentes indican que el Parlamento de la UE no utiliza activamente las evaluaciones de programas de la UE. Un estudio de la Comisión demuestra que la mayoría de las evaluaciones son desarrolladas únicamente por los funcionarios directamente implicados en la ejecución de las intervenciones evaluadas y otro estudio reciente constató que el verdadero artífice de la evaluación ex post no es el Parlamento, sino la Comisión, la cual viene utilizando las evaluaciones para apoyar su propia toma de decisiones y así mejorar el establecimiento de su agenda y el desarrollo de políticas (129).

Algo más de un tercio de los informes de evaluación no mostraban dato alguno que sugiriera que en su elaboración hubiera participación de los interesados y cuando éstos participaban se limitaban a proporcionar meramente la parte empírica de la evaluación, pero nada más. Sólo el 9 por ciento de tales informes mostraba que los interesados hubieran estado más involucrados en el proceso de evaluación, proporcionando información sobre diferentes aspectos del análisis. La absoluta falta de participación de partes interesadas aparece en el 39 por ciento de los informes evaluados y sólo el 9 por ciento de los informes indicaban una participación real de los interesados en el proceso de evaluación. Además, la transparencia de los resultados de la evaluación era limitada: sólo el 44 por ciento de todas las evaluaciones ex post identificadas estaban disponibles en el sistema

(127) MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., “Closing the regulatory cycle? ...”, *cit.*, p. 3.

(128) *Ibidem*, p. 3.

(129) ZWAAN, P., VAN VOORST, S. y MASTENBROEK, E., “Ex post legislative evaluation in the European Union: ...”, *cit.*, p. 675.

de búsqueda centralizado de la Comisión y en las reseñas anuales. Por lo tanto, muchos informes no se comunican a la opinión pública(130).

En resumen, los estudios concluyen que la Comisión Europea aún no ha cumplido su promesa de cerrar el ciclo regulador a través de la evaluación ex post, siendo recomendable tanto extender dichas evaluaciones a mayor número de normas como implementar mejoras metodológicas en la elaboración de los informes, de modo que las conclusiones de las evaluaciones puedan someterse a un escrutinio externo y, por tanto, servir de ayuda de manera creíble la futura solución de problemas. También hay un gran margen para mejorar el escrutinio externo al involucrar a las partes interesadas en los procesos de evaluación. Por último, para mostrar los resultados de estas inversiones al público, se requiere una mayor transparencia, lo que podría lograrse mediante la inclusión de todas las evaluaciones ex post en el sistema de búsqueda centralizado de la Comisión(131).

Para concluir con esta revisión del Derecho comunitario, sí es importante mencionar que la última Comisión bajo la Presidencia de Jean-Claude Juncker ha incluido la evaluación de las normas como una de sus prioridades. Así, mediante Resolución del Presidente de la Comisión de 19 de mayo de 2015 (*Decision of the President of the European Commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board*) se crea un Comité de Control Reglamentario, como órgano independiente de la Comisión de asesoramiento que ejerce una función de control de calidad y apoyo a la labor de evaluación de la Comisión. El Comité se encarga de examinar todos los proyectos de evaluación de impacto, las evaluaciones y los controles de adecuación de la legislación vigente de la Comisión y emite los correspondientes dictámenes y recomendaciones. Y así, emite informes sobre la calidad en el marco de la preparación de nuevas iniciativas y en las principales evaluaciones retrospectivas de una determinada política o norma y los controles de la adecuación de un conjunto de políticas o normas. El Comité se compone de siete miembros,

(130) MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., "Closing the regulatory cycle? ...", *cit.*, p. 3.

(131) *Ibidem*.

su presidente que será el director general de la Comisión, tres altos funcionarios de la Comisión y tres expertos ajenos a la Comisión. La dedicación de dichos miembros es a tiempo completo sin que ostenten simultáneamente otras funciones y actúa independientemente de los departamentos que formulan las políticas y de cualquier institución, oficina, agencia u organismo europeo.

El desarrollo de estos retos por parte de la Comisión pretende centrarse en los que se consideran los principales retos a medio plazo a los que se enfrenta la UE: empleo, crecimiento e inversión, migración, seguridad, medios digitales, energía, o la profundización del mercado único.

En 2015 se desarrollaron por la Comisión unas Directrices (*Better Regulation Guidelines*). Su capítulo V se dedica a la monitorización y se señala que el seguimiento genera evidencia sobre las actividades de una intervención e impactos en el tiempo de manera continua y sistemática. Un sistema de seguimiento es una parte necesaria e integral de la *Better Regulation* y ayuda a identificar si una política se está aplicando sobre el terreno como se esperaba; abordar cualquier problema de implementación de una intervención, y/o determinar si se requieren más medidas para garantizar que se pueden alcanzar los objetivos previstos. Una buena supervisión permite, además, mejorar la calidad de la evaluación futura y la evaluación del impacto.

Sin embargo, el seguimiento debe considerar los objetivos de la intervención y qué evidencia necesita ser recolectada para rastrear su progreso y desempeño. Esto está vinculado a la comprensión tanto de la lógica de la intervención como de cómo se utilizarán las pruebas recopiladas. Se debe considerar la frecuencia y el método de recolección, las diferentes fuentes de evidencia teniendo en cuenta lo que ya está disponible y el costo para las diferentes partes involucradas. Esto conduce a una serie de preguntas que en un sistema de seguimiento serán, al menos, las siguientes tres: ¿Qué pruebas hay que recopilar?; ¿Cuándo y cómo deben recogerse las pruebas? Y ¿Quién recogerá las pruebas y de quién?

En el Capítulo VI de la misma Comunicación se aborda la evaluación ex post, estableciendo unos criterios para someter las normas a la misma, entre los que se recogen, la existencia de cláusula específica de revisión, un gasto global importante (véase, más de cinco millones de euros) o en aquellos casos en los que una Dirección General pueda albergar dudas sobre el grado de aplicación de una norma y se lo comunique a la Secretaría General. Igualmente, se diseña un procedimiento de revisión ex post en el que, además de exigir que se elabore una hoja de ruta de la evaluación que resuma su diseño, el propósito y el alcance de la evaluación, las cuestiones a tratar y las pruebas que se recogerán, debe incluirse una consulta pública en abierto a través de internet por un periodo de doce semanas. Los resultados de la evaluación deben quedar incorporados a un documento de trabajo que incorpore un informe ejecutivo, debiendo difundirse para promover un debate con las partes interesadas. Se destaca que las evaluaciones necesitan *deconstruir* la cadena esperada de eventos usando un modelo simplificado de causalidad, mostrando cómo una intervención fue desencadenada por un determinado conjunto de necesidades o problemas que ocurren dentro de un determinado contexto y cómo fue diseñado, con la intención de producir el deseado cambio. Estas relaciones de “causa y efecto”, reconocen las Directrices que son difíciles de demostrar, sobre todo al evaluar las políticas de la UE que operan en un entorno complejo con influencia de factores diversos que provienen tanto de dentro como de fuera del ámbito de la intervención de la UE. Al evaluar la legislación de la UE, es particularmente difícil identificar una situación contrafactual sólida (es decir, cuál sería la situación si no se hubiera adoptado la legislación de la UE), haciendo problemático el análisis cuantitativo absoluto, ya que, en muchas ocasiones, las evaluaciones de la UE deben basarse en argumentos cualitativos y razonados (respaldados por pruebas apropiadas) sobre la posible contribución de una intervención de la UE a los cambios observados.

Para las Directrices, las principales preguntas que la evaluación ex post debe contestar son las siguientes:

1. ¿Cuál es la situación actual?
2. ¿Cuál ha sido la eficacia de la intervención de la UE?
3. ¿Cuál ha sido la eficacia de la intervención de la UE?

4. ¿Qué importancia tiene la intervención de la UE?
5. ¿Cómo de coherente es la intervención de la UE en el plano interno y con otras acciones de la UE?
6. ¿Cuál es su valor añadido? (132)

Más recientemente, la Comisión ha elaborado con fecha de 14 de septiembre de 2016, la Comunicación al Parlamento, Consejo Europeo y Consejo de la UE, bajo el título de Legislar mejor: conseguir mejores resultados para una Unión más fuerte. En ella se destaca que la Comisión ha avanzado en el desarrollo de estructuras y modelos que permitan incrementar la participación de las partes interesadas en la preparación de nuevas iniciativas y evaluación de las políticas existentes, introduciendo nuevas vías de consulta más activas y más transparentes, como es la información en línea o la participación en consultas públicas a través de la web. En todo caso, la Comunicación admite que aún quedan varios pasos que avanzar en el ámbito del seguimiento, medición y evaluación del impacto real de la normativa de la UE sobre la economía, la estructura social y el medio ambiente en los Estados miembros.

8. EVALUACIÓN LEGISLATIVA EX POST EN DERECHO COMPARADO

En Derecho comparado y con la excepción de Estados Unidos de América, la evaluación legislativa ex post no ha sido una figura tradi-

(132) La OCDE ha propuesto una relación de preguntas que cabría formularse al amparo de la evaluación legislativa, ex post (OCDE, *Checklist for Regulatory Decision-making* 1995): 1.º ¿Cumplió la ley con su propósito? Esta pregunta presupone que la ley en cuestión tiene un propósito definido, establecido explícitamente y bien entendido, y que su resultado es medible con cierto grado de precisión. 2.º ¿Se ajusta la ley a su propósito? Este método considera si la ley, tal como se redactó y aprobó, es técnicamente sólida, clara y comprensible, se encuentra sujeta a apelaciones legales y es posible ponerla en práctica de forma adecuada. Estas dos preguntas se vinculan de manera estrecha entre sí, y la evaluación de cada una complementa a la otra. 3.º ¿Cuál es el impacto de factores no legislativos? El resultado de la ley en sí puede verse afectado por la manera como se aplicó, por el conocimiento de sus disposiciones por parte de la población o por el nivel de cumplimiento y observación. Para la OCDE la evaluación implica, pues, fundamentalmente, la recopilación de pruebas acerca del resultado y los efectos de la ley en cuestión, el análisis y la evaluación de dichas pruebas, seguido de investigación y conclusiones, y, si es adecuado, recomendaciones sobre cambios.

cionalmente implementada en los sistemas jurídicos, de manera que el esfuerzo evaluador sobre la norma, bien no existía, bien se hacía residir habitualmente en la fase *ex ante*. Sin embargo, en las últimas décadas encontramos ya modelos que incorporan fórmulas de evaluación legislativa en el sentido que venimos apuntando, aunque la evaluación se muestra más avanzada en los sistemas de *common law* y no tanto en los de *civil law*. Un ejemplo de cuál ha sido la situación hasta fechas recientes lo encontramos en la OCDE, la cual señala que en 2008 era obligatoria la evaluación periódica de las regulaciones en vigor para todas las áreas de política pública en seis Estados (véase, Australia, Corea del Sur, Grecia, Hungría, Japón y Noruega), cifra a la que podían añadirse los doce Estados que venían incluyendo en su sistema jurídico figuras ad hoc de evaluación *ex post*, como son las cláusulas de vencimiento (véase, Alemania, Australia, Austria, Canadá, Corea, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Islandia, Nueva Zelanda, Reino Unido y Suiza). En un Informe más reciente ya sitúa en veinte los Estados que, de alguna u otra manera, han incorporado la evaluación legislativa *ex post*. En el siguiente cuadro pueden verse los resultados del estudio comparativo de la OCDE por Estados, según datos obtenidos hasta 2014(133):

	Periodic <i>ex post</i> evaluation of existing primary laws is mandatory	Primary laws include "sunsetting" clauses	Primary laws include automatic evaluation requirements
Australia	▲	+	+
Austria	+	●	■
Belgium	+	+	+
Canada	+	+	+
Chile	●	+	●
Czech Republic	+	+	+
Denmark	■	+	+
Estonia	+	+	+
Finland	+	+	+
France	+	+	+
Germany	▲	+	▲
Greece	■	+	■
Hungary	■	+	■
Iceland	+	+	+
Ireland	+	+	+
Israel	●	●	●
Italy	■	●	■
Japan	+	+	+
Korea	+	▲	▲
Luxembourg	+	●	●
Mexico	+	+	+
Netherlands	■	+	+
New Zealand	+	+	+
Norway	+	+	+
Poland	+	+	+
Portugal	+	+	+
Spain	+	+	+
Slovak Republic	●	●	●
Slovenia	+	+	+
Sweden	+	+	+
Switzerland	+	+	+
Turkey	+	+	+
United Kingdom	■	+	▲
United States	■	+	+
European Union	+	+	+
Total OECD	6	0	3
■ For all primary laws	6	0	3
▲ For major primary laws	2	1	3
● For some primary laws	9	16	11
Never	17	17	17

Source OECD (forthcoming), OECD Regulatory Policy Outlook 2015, based on the 2014 OECD Regulatory Indicators Survey results

(133) OCDE, *Government at a Glance 2015*, OECD Publishing, París, 2015, p. 131.

Señala la OCDE en su Informe de 2015 que sólo veinte países declaran tener como requisito obligatorio la evaluación ex post en 2014. Del mismo modo, las prácticas de evaluación automática no han aumentado sustancialmente desde 2008/09, por el contrario, el recurso a cláusulas concretas de derogación por falta de revisión (*sunset clauses*) cada vez están empleándose más por los Estados(134).

Entre los ejemplos de Derecho comparado, destaca el modelo norteamericano. Como precedente de las políticas de evaluación legislativa, puede señalarse la *General Accounting Office* (GAO) (en la actualidad, *Government Accountability Office*) en los Estados Unidos de América, la cual se crea al amparo de la generalización de las políticas intervencionistas de los poderes públicos a partir del *New Deal*. La función principal de la Oficina es asistir técnicamente a los miembros del Congreso sobre los programas y gastos del Gobierno federal. Dicho precedente tiene, en cierto modo, un origen jurisprudencial, ya que responde a la exigencia que proclamara el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1927 (*McGrain v. Daugherty*) en relación a que el Congreso “*no puede legislar adecuadamente con ausencia de información respecto a las condiciones en las que la legislación se intenta afectar o cambiar*”. Dicha exigencia de información se plasma institucionalmente en la creación de aquella Oficina.

Posteriormente, la función que ostenta la GAO se compartirá con el *Congressional Budget Office* (CBO), creada al amparo de la *Congressional Budget and Impoundment Control Act* de 1974 y de la Ley de Presupuestos de ese mismo año. Esta Oficina se encarga del análisis del coste económico de los proyectos normativos respecto del que es solicitada su evaluación por las diferentes Comisiones. A nivel del poder ejecutivo existe una figura similar que evalúa el coste de sus proyectos que es la *Office of Management and Budget*. Esta Oficina lleva a cabo la evaluación de impacto de los proyectos de las diferentes Agencias.

En Estados Unidos se han establecido también dos técnicas de control a posteriori de la legislación: *sunrise* y *sunset legislation*.

(134) *Ibidem*.

A través de la técnica conocida como *sunrise legislation* la propia ley incorpora a su texto normativo la obligación de ser sometida a evaluación tras especificarse en la misma sus objetivos, acerca de cuyo cumplimiento habrá de informar periódicamente la Administración. Este es, pues, un modelo no sistemático de evaluación legislativa, sino que se autoimpone por el legislador al aprobar la norma, incorporando a la misma una cláusula específica por la que se exige su revisión pasado cierto tiempo de su entrada en vigor.

Por su parte, la *sunset legislation* consiste, como ya explicamos antes, en la aprobación de la ley con una vigencia en principio limitada, de modo que queda derogada si el legislador no decide expresamente su prórroga sobre la base de una previa evaluación de los resultados obtenidos. Esta modalidad de cláusula de revisión tendría dos características: en primer lugar, crea una “amenaza de derogación” o extinción de la norma que exigiría a aquellos que quieren mantener la vigencia de la medida legislativa adoptada acreditar la necesidad de mantenerla. En segundo lugar, la cláusula provoca la revisión y evaluación periódica de la eficacia y eficiencia de las decisiones legislativas, fomentando las actividades de evaluación *ex post*. Se trata de una técnica que viene empleándose, principalmente, en relación a leyes aprobadas para hacer frente a situaciones coyunturales, evitándose la perdurabilidad en el tiempo de normas que pueden acabar resultando superfluas pero cuya aplicación lleva aparejado un cierto coste económico.

La fórmula *sunset* apareció en la década de los setenta en Estados Unidos como consecuencia de los problemas derivados de la delegación por parte del legislador de poder legislativo en diferentes agencias y organismos reguladores independientes, lo que había dado lugar a un marco normativo extraordinariamente complejo y disperso. Ello afectaba sustancialmente al proceso legislativo y a la propia primacía de los intereses de los ciudadanos a favor del interés de las grandes corporaciones a las que más directamente afectaba la correspondiente regulación⁽¹³⁵⁾. Por ello, en dicha década se puso un límite de

(135) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 4.

vigencia de cinco a diez años para cada ley⁽¹³⁶⁾, creándose al mismo tiempo una agencia federal para incrementar el control legislativo por el Congreso sobre dichos organismos a los que había delegado la potestad de elaborar regulaciones. El límite de vigencia tendría como principal fin forzar a la reevaluación ex post de la norma.

Sin embargo, tras una primera etapa en la que la práctica totalidad de Estados habían incorporado la técnica sunset, encabezados por el Estado de Colorado ya en 1976, a partir de los noventa el interés y recurso a la misma disminuyó notablemente por diferentes razones, entre las que se han destacado: el incremento de la carga de trabajo del legislador; el rechazo por parte de los lobbies de dichas fórmulas; la ausencia de criterios adecuados y claros de evaluación; la escasez de tiempo y recursos; y, por último, las excesivas expectativas creadas por dicha figura.

En todo caso, a partir de este siglo y de la presidencia de G.W.Bush se aprecia una vuelta a dicha fórmula, de manera que la mayoría de leyes de especial importancia aprobadas durante aquélla incorporan cláusulas sunset. Como ejemplo de ello, puede verse la conocida como *USA Patriot Act* de 2001 (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*). En la sección 224 de la misma se recoge expresamente una cláusula sunset, en virtud de la cual, varias de las disposiciones recogidas en la nueva Ley dejarán de tener vigencia el 31 de diciembre de 2005.

La experiencia de Estados Unidos muestra las dificultades de implantar la fórmula sunset con carácter general y cómo el sistema acaba avanzando hacia su incorporación de manera selectiva a algunas leyes.

Por otro lado, esta fórmula *sunset* no es exclusiva del sistema jurídico norteamericano, sino que también podemos encontrarla en otros sistemas. Así, por ejemplo, en el sistema jurídico australiano, primero en Victoria y, posteriormente, en la mayoría de territorios e incluso a nivel central se ha acudido a dicha fórmula. Dichas cláusulas

(136) Lowi, T.J., *The end of liberalism. Ideology, policy, and the crisis of public authority*, Norton, Nueva York, 1969, p. 309.

obligan al Parlamento a evaluar si una norma aún está cumpliendo o no con el objetivo de su creación, valorando así la necesidad de su actualización o la ineficacia de su permanencia. Estas cláusulas de vencimiento deben establecer plazos específicos y una metodología para la revisión del vencimiento.

En el territorio de Victoria se aprobó una Ley (*Subordinate Legislation Act*, 1994) por la que se establece que todas las leyes tienen una vigencia limitada a los diez años, de manera que si se pretende mantener dicha vigencia debe procederse a su evaluación. El procedimiento que se emplea es conocido bajo las siglas RIS (*Regulatory Impact Statement*), y suele comenzar un año o año y medio de que se produzca el vencimiento de la norma. La revisión se exige respecto de normas jurídicas que supongan un costo relevante en cualquier sector. Para ello, se tienen en cuenta las siguientes preguntas: ¿Tendrán los negocios, grupos o individuos que gastar fondos económicos o dedicar tiempo para cumplir con las exigencias de la norma, modificar las prácticas actuales o buscar asesoramiento externo para ello?; ¿Se imponen sanciones significativas por incumplimiento?; y ¿Afecta la regulación a los derechos y las libertades individuales? Durante el procedimiento de reevaluación de las normas (RIS) deben desarrollarse las siguientes cuestiones: 1.º Evaluar que la naturaleza y extensión del problema objeto de regulación sigue requiriendo estar regulado; 2.º Evaluar la eficacia real de la regulación vigente; 3.º Acreditar que la respuesta que ofrece la regulación vigente es la mejor solución; y, por último, 4.º Realizar un análisis de costes y beneficios en comparación con un supuesto de hecho o situación que no es objeto de regulación.

Recientemente, la fórmula sunset se ha convertido en el territorio de Victoria en una parte esencial del programa público de reducción de cargas y trámites administrativos (*Reducing Regulatory Burden Initiative*).

Una fórmula similar se ha desarrollado a nivel central, de manera que todas las leyes deben ser revisadas cada cinco años, lo que no implica su pérdida de vigencia salvo que incorporen una cláusula sunset, lo que viene empleándose, sobre todo, en normas que se aprueba en coyunturas extraordinarias (*Legislative Instruments Act*,

2003, y *Australian Government Act*, 2007). Además, se ha creado un organismo encargado de controlar y asesorar en materia de evaluación legislativa, la *Office of Best Practice Regulation* (OBRP), integrado en el Ministerio de Finanzas y Desregulación pero con un alto nivel de autonomía respecto de éste.

Otra fórmula similar, en cierto modo, a la fórmula *sunset* es la de las leyes experimentales. Tal modalidad implica igualmente una exigencia de evaluación de los efectos de la norma en orden a considerar la decisión contenida en la misma como permanente o consolidada y no meramente experimental. Como ejemplo de dichas leyes puede citarse la reforma de la Constitución francesa de 1958 que se realiza en 2003 por la que se introducen las denominadas regulaciones experimentales. Así, el artículo 37 apartado 1 dispone, literalmente, que “*La ley y el reglamento pueden contener disposiciones de carácter experimental para una duración y un fin determinados*”. Junto a dicha previsión, el artículo 72, en lo que se refiere a la organización territorial, establece que “*En las condiciones previstas por la Ley Orgánica, y salvo que se trate de las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución, las entidades territoriales o agrupaciones podrán, cuando esté previsto por la ley o por el reglamento, derogar, a título experimental y para una duración y fin limitados, las disposiciones legislativas o reglamentarias que rigen el ejercicio de sus competencias*”.

Como principal ventaja de dichas técnicas, se ha apuntado que la obligación de los poderes públicos de reevaluar la necesidad de una regulación no dependerá de la voluntad de éstos, sino que viene impuesta por la misma norma, so pena de perder vigencia. Así, si se adopta sistemáticamente, por ejemplo, el uso de cláusulas *sunset* se garantiza una evaluación continua de las normas jurídicas. Sin embargo, también presenta desventajas y entre ellas destaca que se trata de un proceso muy costoso en términos del tiempo que ha de dedicarle el legislador. La inclusión de la cláusula garantiza la evaluación pero también puede ralentizar el trabajo del legislador. Además, tales cláusulas pueden generar incertidumbre en los destinatarios de las normas, no permitiendo crear un clima de confianza en la permanencia de la norma, lo que sería especialmente destacable en aquellos

ámbitos en los que la entrada en vigor de la norma exige cumplir determinados requisitos de adaptación a la misma que supongan importantes inversiones económicas.

Por todo ello, en el Informe Mandelkern al que hemos hecho referencia al analizar la evaluación ex post en el marco de la UE, se ha propuesto que las cláusulas de revisión se utilicen sólo en relación a determinadas modalidades de regulaciones, y entre ellas: las aprobadas por un corto espacio de tiempo en respuesta de determinadas situaciones específicas como son las crisis económicas, en las que la necesidad de ofrecer una solución normativa rápida determina habitualmente la imposibilidad de efectuar una evaluación ex ante en profundidad; las relacionadas con el avance científico y tecnológico y el principio de precaución, en las que la evolución de la ciencia y la tecnología pueden ofrecer nuevas bases o datos para la revisión de dichas regulaciones; las relacionadas con el estado de la ciencia en la que la evidencia científica puede variar en el transcurso del tiempo, sobre todo, en áreas específicas sujetas a una rápida evolución; y las que tuvieran encaje dentro de lo que se denominan regulaciones experimentales. Por tanto, el recurso a esta técnica debe ser selectivo y no generalizado.

En Inglaterra y Gales, la función de evaluación legislativa recae en la *Law Commission*(137). Este es un organismo independiente creado por el *Law Commissions Act* de 1965 (véase también el posterior *Law Commission Act* 2009). La Comisión tiene como fines asegurar que las normas jurídicas son justas, modernas, sencillas y rentables, encargándose también de codificar las normas, eliminar anomalías, contradicciones y normas innecesarias y reducir en número de normas(138). La Comisión está integrada por cinco miembros elegidos

(137) Puede accederse a toda la información sobre este organismo en <http://www.lawcom.gov.uk>. En Escocia existe un organismo idéntico, *Scottish Law Commission*, pudiendo accederse a sus principales características a través de la web, <https://www.scotlawcom.gov.uk>.

(138) Existe también otra figura vinculada a la evaluación como es la *National Audit Office* (NAO), creada por *National Audit Act* de 1983 y que se instituye en órgano de asesoramiento de la Cámara de los Comunes. Dicha Oficina se encarga tanto del control de la ejecución del presupuesto, con características y funciones similares a las del Tribunal

por cinco años entre Magistrados, abogados y profesores de Derecho por el Lord Chancellor, recayendo la presidencia del órgano en un Juez, bien de la Corte Superior de Justicia (*High Court*), o bien de la Corte de Apelaciones (*Appeal Court*). Dichos miembros reciben el apoyo de un grupo de expertos integrados, entre otros, por veinte miembros de los servicios legales del Gobierno y dos Letrados del Parlamento. La Comisión se divide en una serie de grupos de trabajo, según las diferentes ramas del Derecho, y concretamente en la actualidad está dividido en cuatro: Derecho de la propiedad y familia, Derecho comercial y civil, Derecho penal y Derecho público.

Su función es elaborar informes con sus propuestas que son remitidos al Lord Chancellor, el cual debe informar anualmente acerca de las medidas adoptadas al amparo de las propuestas realizadas por la Comisión. Las preguntas que la Comisión se plantea al redactar sus informes son las siguientes(139):

- ¿Se aplicaron todas las disposiciones?
- ¿Provocó la ley apelaciones significativas o dificultades de interpretación?
- ¿Tuvo la legislación consecuencias legales no deseadas?
- ¿Se alcanzaron los objetivos de política pública?
- ¿Tuvo la legislación consecuencias económicas o de otro tipo no deseadas?
- ¿Es necesario tomar medidas para mejorar su eficacia u operación?
- ¿Cambió el contexto político y legal de manera que ya no es necesaria la ley?

Por tanto, se trata de una fórmula de evaluación de naturaleza pública pero integrada por miembros de perfil técnico y no político que no se limita a evaluar, sino que también propone vías de actuación para

de Cuentas en nuestro sistema jurídico, como de la evaluación de la eficacia de las políticas públicas, aunque siempre desde la perspectiva del gasto público. Sin embargo, dicha institución no efectúa, en sentido, estricto una evaluación de la legislación aprobada por el Parlamento, sino de las políticas públicas que pudieran desarrollarse al amparo de dicha legislación y ello desde la perspectiva del gasto público.

(139) OCDE, *La evaluación de leyes y regulaciones. El caso de la Cámara de Diputados de Chile*, OECD Publishing, 2012, p. 13.

la mejora del ordenamiento jurídico. Además, a través de la reforma llevada a cabo en 2009, su función se ve reforzada al establecerse la obligación del Lord Chancellor de informar acerca de las medidas implementadas en atención a las recomendaciones de la Comisión, lo que nos permite considerar que la labor de dicha Comisión desde su creación a mediados de los sesenta ha debido ser muy satisfactoria.

En todo caso, la labor de la Comisión se refiere sólo a aspectos legales y técnicos. No contempla la forma como funcionan las leyes en la práctica ni considera cuestiones de política pública. En concreto, se encargan de garantizar que la ley sea lo más justa, moderna, sencilla y rentable posible; realizar investigaciones y consultas con el fin de formular recomendaciones sistemáticas para su examen por el Parlamento; y codificar la ley, eliminar anomalías, derogar leyes obsoletas e innecesarias y reducir el número de normas dispersas.

También se ha incluido una cláusula *ad hoc* de revisión en algunas recientes Leyes aprobadas por el Parlamento británico, y ello, no desde una perspectiva principalmente económica o de costes, sino por la importancia de las consecuencias de la norma para el funcionamiento del sistema político-constitucional del Reino Unido. Así, destaca singularmente la *Fixed Term Parliaments Act*, 2011, por la que se modifica sustancialmente el modelo parlamentario Westminster, en la medida que se incorpora una limitación de la posibilidad de convocar anticipadamente elecciones a la Cámara de los Comunes, bien sea por decisión del Primer Ministro al amparo de su facultad de disolver la Cámara, o bien sea por decisión de la propia Cámara al acordar una moción de censura frente al Gabinete⁽¹⁴⁰⁾. Es una fórmula encaminada a dar estabilidad a un gobierno que necesita el apoyo de dos partidos en el Parlamento. La regla general ahora es, tras dicha reforma del modelo, la de convocatoria cerrada de elecciones cada cinco años, sin posibilidad de convocatorias anticipadas, bien a voluntad del Parlamento, por haber perdido el Gabinete la confianza, bien por decisión del Primer Ministro. La Ley establece, sin embargo, dos excepciones

(140) Vid. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Multipartidismo en el Parlamento británico y reforma del modelo Westminster ¿Un ejemplo (una solución) para nuestro futuro sistema de partidos con representación parlamentaria?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, año 2015, pp. 617-634.

a esta regla general, en virtud de las cuales, se permitiría una elección anticipada: en primer lugar, si la Cámara de los Comunes aprueba una moción para la celebración de elecciones anticipadas por mayoría de, al menos, dos tercios de sus miembros (la Ley añade que incluidos los escaños vacantes) (141). En segundo lugar, si la Cámara de los Comunes aprueba una moción de no confianza en el Gabinete (“*That this House has no confidence in Her Majesty’s Government*”, art. 2.4) y transcurren catorce días sin que se apruebe una moción de confianza en el mismo o en otro Gabinete. En esta modalidad no se exige mayoría reforzada, lo que facilitaría el recurso a la moción de censura, pero exige un periodo de tiempo que permitiera alcanzar un nuevo acuerdo de gobierno sin necesidad de convocar elecciones anticipadas, lo que podría venir provocado por la presión de la opinión pública. Se trata, como puede verse, de una reforma de gran calado constitucional que altera la naturaleza del parlamentarismo británico(142), siendo la moción de confianza y no confianza, como ha declarado la propia Cámara de los Comunes, los dos instrumentos procedimentales más importantes del modelo Westminster(143).

Pues bien, la citada norma dispone que la reforma queda sujeta a una reevaluación en 2020. El mismo *Act* prevé en su Sección 7 que el Primer Ministro habrá de conformar entre junio y noviembre de 2020 una comisión, integrada principalmente por miembros del Parlamento, que evalúe los efectos producidos por la norma y formule las

(141) La Ley establece de manera expresa que formalmente la moción deberá expresarse en los siguientes términos: “*That there shall be an early parliamentary general election*” (art. 2.2).

(142) Algún autor, sin embargo, considera que dicha reforma no tiene tal trascendencia constitucional y se trata de un mero cambio más de un sistema constitucional como el británico que se reelabora paso a paso. Así, Young señala que “*The UK’s constitution has evolved over time, building on and replacing the ‘old timbers’ of statutes, common law, conventions, non-legally enforceable rules, prerogative powers, practices and principles that make up our more loosely constructed (and some would argue leaking) constitution. In one sense, the recently enacted Fixed-Term Parliaments Act 2011 is a small timber replacement*”. Vid. YOUNG, A., “*Fixed-Term Parliaments and Neurath’s Ship*”, 2011. Puede accederse a dicho artículo a través de la página wen, www.ukconstitutionallaw.org.

(143) TURPIN, C., *British Government and the Constitution*, 5.^a Ed., Butterworths, Londres, 2002, p. 487. Véase, también, el informe *Confidence Motions*, elaborado por Richard Kelly para la Cámara de los Comunes en fecha 13 de mayo de 2013 (página 3). Puede accederse a dicho informe, a través de la página de la Cámara de los Comunes, en www.parliament.co.uk.

correspondientes propuestas. Esta previsión de revisión se incorporó mediante una tardía enmienda ante los recelos de los Lores al cambio que dicha norma suponía en el modelo constitucional británico, habiendo éstos propuesto que el *Act* fuera ratificado por cada nuevo Parlamento entrante. El acuerdo entre los Comunes y los Lores para salvar dicha propuesta de éstos últimos que los Comunes no querían aceptar concluyó con dicha propuesta de revisión en 2020(144). Por ello, algunos autores han apuntado que dicha reforma no responde a un nuevo modelo parlamentario sino a una necesidad que surge al amparo de la coalición de gobierno de manera que ante un futuro escenario de gobierno de mayoría su necesidad habrá de decaer(145).

En todo caso, el ejemplo que acabamos de citar no es una excepción, ya que, precisamente, a partir de 2011, las cláusulas específicas de revisión incorporadas a la legislación son ya muy habituales, habiéndose estimado que entre dicho año y 2013 se han incluido en más de ciento cincuenta normas, incluidas leyes, reglamentos y ordenanzas. Las cláusulas de caducidad son obligatorias para todos los nuevos actos legislativos que constituyen una carga regulatoria para las empresas o las organizaciones de la sociedad civil desde abril de 2011. Si un acto no se evalúa, caduca, se convierte en inválido(146).

Por lo que se refiere a Europea continental no puede hablarse, propiamente, de un modelo institucionalizado de evaluación legislativa, con alguna excepción. Entre éstas destaca Francia, donde ha existido un modelo institucionalizado de evaluación a través de la oficina parlamentaria de evaluación legislativa (*Office Parlementaire d'Évaluation de la Législation*), creada en 1996 mediante la Ley 516/1996, de 14 de junio, que modificó la Ordenanza núm. 58/1100, de 17 de noviembre de 1958, relativa al funcionamiento de las Asambleas Parlamentarias. Dicha Oficina tiene como función la de recabar

(144) KELLY, R., GAY, O. Y WHITE, I., *Fixed-term Parliaments Act 2011*, SN/PC/6111, 16 de octubre de 2014, p. 5. Puede accederse a dicho informe, a través de la página de la Cámara de los Comunes, en www.parliament.co.uk.

(145) Vid. *The role and powers of the Prime Minister: The impact of the Fixed-term Parliaments Act 2011 on Government*, House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, Fourth Report of Session 2013–14, p. 9.

(146) VVAA, *Expert report on the implementation of ex-post evaluations*, Prognos, Berlín, 6 de diciembre de 2013, p. 36.

información y realizar estudios para evaluar la adecuación de la legislación a las situaciones que constituyen su objeto y se encuentra integrada por dos delegaciones, una en la Asamblea Nacional(147) y la otra en el Senado(148). Están integradas por el Presidente de la Comisión de Leyes de la Cámara y por catorce miembros más, uno por cada una de las Comisiones permanentes existentes en las Cámaras y otros ocho designados por los grupos parlamentarios, atendiendo a su número de escaños. La actuación de la Oficina se produce a petición de las mesas de la Cámara o de una Comisión permanente o especial. La labor de la Oficina ha sido, sin embargo, bastante escasa, habiéndose traducido en tres informes, lo que puede explicarse, siguiendo a PARDO FALCÓN(149), por las propias características político-constitucionales del régimen instaurado por la V República, sobre todo, tras la reforma de 1962(150), en el que el Parlamento

(147) Puede obtenerse más información en la web de la Asamblea Nacional, en <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/office-legislation.asp>.

(148) Puede obtenerse más información en la web de la Asamblea Nacional, en <http://www.senat.fr/commission/legislation/>.

(149) PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómico español”, *cit.*, p. 95. Los informes han versado sobre materias diversas: uno sobre “el ejercicio de la acción civil por las asociaciones” (1999); otro sobre la “legislación aplicable en materia de prevención y tratamiento de las dificultades de las empresas” (2001); y el último, en fecha reciente, sobre las “autoridades administrativas independientes” (2006).

(150) El nuevo modelo de gobierno instaurado por la V República seguía en sus inicios aproximándose más a la forma parlamentaria, recogiendo más elementos propios de este modelo que del presidencialista. Será en 1962, al convocar De Gaulle un referéndum para la reforma de la Constitución de 1958, cuando el modelo alcance la configuración definitiva con la que ha existido hasta finales de la década pasada. En dicho referéndum que se hizo, en cierto modo, al margen de la legalidad, ya que el General acudió al referéndum previsto en el artículo 11 de la Constitución, no para reformas constitucionales, sino para la aprobación de leyes, se consultó al pueblo acerca de la conveniencia de introducir en el modelo la elección directa del Presidente de la República, o lo que viene a ser lo mismo, fortalecer la legitimidad y poder del Jefe del Estado, aproximando el modelo más a la forma presidencialista, lo que era, precisamente, la pretensión del General. La personalidad del General tuvo una gran influencia tanto en la configuración del modelo como en su éxito. Si el primer presidente de la Quinta República hubiese sido una personalidad insignificante como algunos presidentes de las Repúblicas anteriores, las cosas hubiesen sido ciertamente diferentes. Sin embargo, no por ello puede atribuirse a la sola personalidad del General de Gaulle el refuerzo del poder presidencial que se desarrolla bajo la Quinta República. Vid. BON, P., “La Constitución de la Quinta República cumple cincuenta años”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril 2009, p. 50. El propio Consejo

ocupa una posición algo diluida por los poderes, sino prevalentes, sí bastantes notables del Poder Ejecutivo bicéfalo, integrado por el Presidente de la República y el Primer Ministro.

La citada fórmula institucionalizada fue, sin embargo, suprimida en 2009 mediante la Ley 689/2009, de 15 de junio, de reforma de la Ordenanza núm. 58-1100 de 17 de noviembre de 1958, sobre el funcionamiento de las Asambleas Legislativas⁽¹⁵¹⁾, pasando su funciones al Comité de Evaluación y control de las políticas públicas⁽¹⁵²⁾. Tal modificación deriva de la propia reforma del artículo 24, párrafo 1, de la Constitución de 1958 que ahora queda redactado en los siguientes términos: “*El Parlamento votará la ley. Controlará la acción del Gobierno. Evaluará las políticas públicas*”. Las normas que rigen el Comité se establecen en los artículos 98-1 y 146-2 a 146-7 del Reglamento de la Asamblea Nacional. El Comité está presidido por el Presidente de la Asamblea Nacional y también incluye treinta y seis miembros designados de manera que se asegure la representación proporcional de los grupos políticos y la representación equilibrada de las comisiones permanentes. En cuanto a sus funciones de evaluación, se podrá llevar a cabo, por iniciativa propia o a petición de una comisión permanente. Cada grupo parlamentario puede elegir libremente un estudio de evaluación de un año y, en segundo lugar, cada tema está cubierto por dos ponentes, incluyendo uno de la oposición. Sin embargo, de la lectura íntegra de sus funciones se deduce que se trata más de un órgano de

Consultivo fue consultado acerca de la constitucionalidad de tal convocatoria, como consecuencia del recurso previo inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Senado. Sin embargo, la Corte Constitucional, quizás para no contradecir el gran apoyo popular que recibía la reforma, optó por considerar que no cabía control de constitucionalidad de lo que, a la postre, era una ley aprobada directamente por el pueblo. Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., “Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, mayo-diciembre 2008, p. 25. Vid., también, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. y CORREAS SOSA, I., “Cincuenta años de presidencialismo en Europa: la evolución del semipresidencialismo de la V República francesa”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84. Especial L Aniversario, año 2011, pp. 379-402.

(151) Diario Oficial de 16 de junio de 2009.

(152) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica ...*, op. cit., p. 189.

evaluación de políticas que de normas y que gran parte de sus facultades vienen vinculadas más a la evaluación ex ante que a la ex post(153).

Otra excepción dentro del derecho continental es Suiza. En dicho Estado existe una previsión constitucional acerca de la evaluación legislativa. El artículo 170 de la Constitución de Suiza dispone “*El Parlamento federal garantizará la eficacia de las medidas adoptadas por la Confederación*”. Pese a la previsión constitucional, la evaluación legislativa se desarrolló inicialmente tan sólo a nivel cantonal y no federal. Entre los Cantones destaca el de Ginebra con la *Commission externe d'évaluation des politiques publiques* (CEPP), creada en 1995. La Comisión está integrada por dieciséis miembros elegidos por el Ejecutivo del Cantón, previa consulta del Legislativo, entre personas con reconocida experiencia en el ámbito de la gestión económica y política por un periodo de ocho años, sin posibilidad de reelección. La Comisión propone, a través de sus informes, una serie de recomendaciones y medidas correctoras, debiendo el Ejecutivo informar al Legislativo, al menos, anualmente, de las medidas adoptadas en consonancia con dichas propuestas(154).

A partir de 2004, el Consejo Federal sí ha establecido un procedimiento de evaluación legislativa, recayendo la obligación de desarrollarlo sobre las diferentes agencias federales, las cuales, anualmente, deberán elaborar una estrategia de evaluación. También se prevé la participación del Parlamento, a través de una unidad especializada (*The Parliamentary Control of the Administration*), la cual tiene competencia para llevar a cabo sus propias evaluaciones y para controlar y supervisar las que desarrollan las diferentes agencias federales. Igualmente, participa en dicho procedimiento la Oficina Federal de Auditoria (*The Swiss Federal Audit Office*), sobre todo, respecto de aquellas políticas públicas que tengan una significativa implicación

(153) Puede accederse a más información sobre este Comité en la página web de la Asamblea Nacional, en [http://www2.assemblee-nationale.fr/14/les-delegations-comite-et-office-parlementaire/comite-d-evaluation-et-de-controle-des-politiques-publiques/\(block\)/26197](http://www2.assemblee-nationale.fr/14/les-delegations-comite-et-office-parlementaire/comite-d-evaluation-et-de-controle-des-politiques-publiques/(block)/26197).

(154) Vid. KELLERHALS, C., “La evaluación legislativa en el Cantón de Ginebra: el costo de la Comisión Externa de Evaluación de Políticas Públicas (CEPP)”, en PAU i VALL, F. y PARDO FALCÓN, J., *La evaluación de las leyes*, op. cit., p. 123 a 134.

financiera. Sin embargo, la realidad muestra en Suiza que no todas las agencias siguen con la misma rigurosidad la exigencia de evaluación. Son aquellas que desarrollan políticas y regulaciones que inciden en el ámbito de la energía, el medio ambiente o de la salud las que más fielmente cumplen con su obligación.

En Suiza también se recurre con frecuencia al uso de cláusulas específicas de evaluación ex post en las normas. No existe una disposición general sobre las cláusulas de extinción, es decir, no han de incorporarse a todas las normas que se aprueben, pero sí se establecen unos criterios para determinar si se incluyen o no, según señala el Manual de redacción de la legislación suiza (*Bundesamt für Justiz* 2007): normas que aborden problemas que puedan resolverse mediante otras medidas después de un cierto período; normas con un alto grado de incertidumbre en cuanto a sus efectos probables; y normas con alto impacto fiscal(155).

Por el contrario, en Estados como Alemania e Italia no ha existido un modelo institucionalizado de evaluación ex post. Por lo que se refiere a Alemania, se ha apuntado que ello puede resultar un tanto sorprendente en un país que ha estado a la vanguardia de la Ciencia Política y el Derecho Público desde la segunda mitad del siglo XX, pudiendo encontrarse su explicación en la existencia de una serie de procedimientos muy asentados de evaluación ex ante que desembocan en informes que suelen tener después una notable influencia en la fase de implementación de la ley. También desde finales de los años setenta el Parlamento alemán ha introducido en bastantes leyes la exigencia de que la Administración informe sobre su cumplimiento, existiendo en la actualidad la tendencia a efectuar evaluaciones muy selectivas en el propio ámbito parlamentario sobre políticas experimentales de especial relevancia pública que han tenido la correspondiente plasmación legal. Dichas evaluaciones suelen ser generalmente externas, a través de contratos con centros universitarios o entidades privadas. También es destacable en este ámbito el papel que ha jugado el propio Tribunal Constitucional Federal y así, avanzando un paso más respecto de lo que tradicionalmente viene considerándose el juicio sobre la

(155) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 15.

constitucionalidad de la ley, ha emplazado en ocasiones al legislador a corregir los textos legales si las previsiones u objetivos sobre las que se justificaba una concreta regulación no se han verificado, así como a recoger y analizar sistemáticamente los datos necesarios para la evaluación de los efectos producidos por la leyes (véase, por ejemplo, la Sentencia de 23 de mayo de 1993, sobre la Ley de interrupción del embarazo, también ya reseñada). En cuanto a Italia, se señala que dicha ausencia suele achacarse tanto a la relativa opacidad en el que se desenvuelve la actuación de la Administración, con la consiguiente ausencia de una cultura de la responsabilidad directa de los funcionarios en el desempeño de su gestión, como al predominio del análisis exclusivamente jurídico de las leyes en detrimento del muy distinto de la evaluación de sus resultados(156).

La situación ha cambiado parcialmente en Alemania en la última década. Después de las elecciones parlamentarias de septiembre de 2009, con la llegada al poder de la coalición gubernamental compuesta por la Unión Demócrata Cristiana, la Unión Social Cristiana y el Partido Liberal, en su acuerdo de coalición, las tres partes anunciaron planes para mejorar el uso de las cláusulas de extinción para las leyes federales(157). Y más tarde, en 2013 la Comisión de Secretarios de Estado aprobó una resolución de reducción de la burocracia de 23 de enero de 2013, por la que aquellas normas cuyos costos anuales excedan de un millón de euros de costes materiales para los ciudadanos, negocios y poderes públicos o 100.000 horas de tiempo, deben quedar sujetas a una evaluación ex post de tres a cinco años después de su entrada en vigor, correspondiéndole al Ministro responsable determinar el procedimiento de revisión a implementar en cada caso. Sin embargo, tal reforma se ha considerado algo ambigua porque no propone ninguna fórmula específica de evaluación ex post, sino el mero deber ministerial de implementar la misma cuando concurren dichos requisitos vinculados al costo esperable derivado de la norma(158).

(156) PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado autonómico español”, *cit.*, p. 91.

(157) JANTZ, B. y VEIT, S., “Sunset Legislation and Better Regulation ...”, *cit.*, p. 18.

(158) VVAA, *Expert report on the implementation of ex-post evaluations*, Prognos, Berlín, 6 de diciembre de 2013, p. 11.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE IDEAS PARA LA INSTAURACIÓN DE UN MODELO DE EVALUACIÓN EX POST DE LAS NORMAS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Tras el análisis de la figura, sus características y fines principales y de cuál ha sido su evolución en el Derecho de la UE y en el Derecho comparado procedemos a realizar, si bien no una propuesta específica de evaluación ex post, sí al menos proponer algunas de las ideas vehiculares que entendemos que pudieran informar el desarrollo de un sistema efectivo de evaluación ex post de nuestras normas más allá del genérico y demasiado poco ambicioso modelo que se incorpora en las ya citadas y comentadas Leyes 39 y 40/2015.

Nuestra propuesta vamos a formularla a través de la respuesta a las tres preguntas más comunes que, como hemos ido viendo, se hacen en este ámbito como son las de qué, quién y cómo.

En cuanto a la primera, la experiencia de Derecho comparado y, atendidas las características de un sistema jurídico como el nuestro entre las que destacan su complejidad, derivada en gran medida de la forma de organización territorial descentralizada, y por la gran profusión de normas, derivada especialmente por el desarrollo efectivo de un Estado social, entendemos que resultaría más oportuno optar por un modelo específico que imponga la evaluación ex post respecto de algunas normas en función de determinadas características y no por un modelo general de evaluación, al menos, en una primera fase de implantación. Y a tales efectos, el recurso a las cláusulas de extinción (cláusulas *sunset*), a las leyes experimentales o cualquier otra fórmula que pudiera proponerse de exigencia de evaluación no generalizada sino particular de algunas normas entendemos que sería el más adecuado. Iniciar un procedimiento generalizado de evaluación permite fácilmente aventurar que sería una empresa llamada al fracaso o, al menos, a provocar evaluaciones ex post meramente formales o superficiales, lo que a su vez provocaría que la figura se desarrollara bajo el absoluto desdén y desentendimiento de la opinión pública o, peor aún, bajo su desconfianza y rechazo.

Sin perjuicio de ello, lo que sí debería establecerse previamente, aunque la fórmula fuera específica, a través de norma es una descripción o lista de supuestos en los que la correspondiente ley debiera de quedar sujeta a evaluación ex post, con unos plazos también predeterminados en función de dichas características, sin perjuicio de recoger una cláusula general que permita que la evaluación pueda exigirse si concurren circunstancias que así lo recomendaran al margen de los supuestos preestablecidos.

La previa descripción de supuestos no impediría que, a iniciativa de la Cámara o del Gobierno, pudiera desarrollarse la evaluación ex post de normas que no cumplieran con tales características pero que una vez que han entrado en vigor se apreciara la conveniencia de hacerlo. Incluso, podría mostrarse como muy oportuno incluir una modalidad de iniciativa evaluadora popular, en virtud de la cual, por petición de un número de firmas se solicitara evaluar ex post una norma en la que no estuviera preestablecido o, en su caso, anticipar la fecha en la que tendría efecto dicha exigencia. Ciertamente, dicha figura en cierto modo existe a través de la propia iniciativa legislativa popular que no sólo opera como impulsora de regulaciones en ámbitos que carecen de ella, sino también de la modificación o derogación de normas ya existentes⁽¹⁵⁹⁾. Sin embargo, se trataría de dos figuras conexas pero diferentes ya que si bien la legislativa tendría por objeto aprobar o derogar una norma

Además, en el caso de la iniciativa meramente evaluadora, y dados los términos y objeto de la propuesta, no tendrían por qué operar todas las exclusiones que se recogen en el artículo 87 de la Constitución, in fine, y el artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, salvo las de carácter internacional y las referentes a la prerrogativa de gracia. Además, no sería necesario, conforme exige el artículo 3.2 incorporar a la iniciativa un texto articulado de la proposición de Ley precedido de

(159) Véase, la reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, iniciativa ésta que bajo de la denominación literal de Proposición de Ley sobre reclamación de deudas comunitarias fue subsumida en otra iniciativa, Proposición de Proposición de Ley sobre modificación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

una exposición de motivos, aunque sí una explicación de las razones o elementos que pudieran recomendar la evaluación de la norma.

En similares términos, tampoco creemos que la figura que proponemos pueda solaparse con el derecho de petición consagrado en el artículo 29 de la Constitución y desarrollado por Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. Los términos en lo que se formula éste son excesivamente amplios y, por ende, ambiguos como para propiciar que el mismo pueda dar lugar a la efectiva participación de los ciudadanos en el impulso de la evaluación ex post. Y ello, sin olvidar que, pese a que la citada Ley Orgánica se exprese en términos muy amplios a la hora de definir ante quiénes puede ejercerse el derecho (Art. 2: El derecho de petición podrá ejercerse ante cualquier institución pública, administración, o autoridad, así como ante los órganos de dirección y administración de los organismos y entidades vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de ésta) y a cuál es su objeto (art. 3: Las peticiones podrán versar sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general)(160), las peticiones dirigidas a las Cámaras quedan sujetas a su propio régimen jurídico. Así resulta de la previsión contenida en el artículo 77 de la Constitución que la propia Ley Orgánica 4/2001 plasma en su artículo 8 cuando dispone que no se admitirán las peticiones cuya resolución deba ser objeto de un procedimiento parlamentario, ni aquellas sobre cuyo objeto exista un procedimiento parlamentario ya iniciado y en su Disposición Adicional Primera que señala que las peticiones dirigidas

(160) Véase también la doctrina del TC y, especialmente, la Sentencia 242/1993 en cuyo FJ 1.º dice que “el concepto residual, pero no residuo histórico, cumple una función reconocida constitucionalmente, para individualizar la cual quizá sea más expresiva una delimitación negativa. En tal aspecto excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido, incluso mediante la acción popular en el proceso penal o la acción pública en el contencioso-contable o en el ámbito del urbanismo. La petición en el sentido estricto que aquí interesa no es una reclamación en la vía administrativa, ni una demanda o un recurso ante el judicial, como tampoco una denuncia, en la aceptación de la palabra ofrecida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal o las reguladoras de la potestad sancionadora de la Administración en sus diversos sectores”.

al Congreso de los Diputados, al Senado o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas se tramitarán de conformidad a lo establecido en sus respectivos Reglamentos(161), aunque admitiendo que en los supuestos en que una iniciativa legislativa popular haya resultado inadmitida por no cumplir con todos los requisitos previstos en su normativa reguladora, a petición de sus firmantes podrá convertirse en petición ante las Cámaras, en los términos establecidos en sus respectivos Reglamentos.

Entre los supuestos preestablecidos que determinarían la exigencia de evaluación ex post de la norma podrían incorporarse, entre otros, los que vinieran referidos a un criterio meramente económico, atendido determinado importe de gasto previsto, al impacto que pudiera tener la norma en la competencia y libertad de empresa, siguiendo lo que ya dispone la implementación en nuestro ordenamiento interno de la Directiva de Servicios, el grado de incertidumbre desde la perspectiva del avance científico o tecnológico y también aquellas normas en las que haya podido alcanzarse menos consenso político. Junto a estos criterios que ya han ido comentándose a lo largo de este trabajo, alguno más a incluir serían el de aquellas normas que promuevan cambios que afecten al modelo político-constitucional o que supongan innovaciones en el mismo, como pueden ser experiencias de reforma del sistema electoral, de la organización territorial o de las instituciones básicas. Por último, también podría mostrarse como un criterio oportuno el de aquellas normas que puedan insertarse dentro del fenómeno de la huida del Derecho público, es decir, en términos más específicos, aquellas propuestas normativas que aboguen por introducir estructuras, métodos o herramientas propias del Derecho privado en la prestación de servicios tradicionalmente públicos que derivan del principio de Estado social, como serían las nuevas formas de gestión en el área del derecho a la asistencia sanitaria o a la asistencia social.

En cuanto a la segunda pregunta, consideramos más adecuado hacer residir el mayor grueso de la evaluación ex post en el propio

(161) Vid. arts. 49 del Reglamento del Congreso y 192 y siguientes del Reglamento del Senado. Véase, también, Norma interpretativa de la Presidencia del Senado de 10 de octubre de 1984 (BOCG 11-X-1984).

Parlamento. No ignoramos que precisamente las normas emanadas del Parlamento son muy inferiores en número a las emanadas del Gobierno, pero tampoco debemos olvidar que la operatividad en nuestro sistema jurídico del reglamento independiente es mínima y que, en su gran mayoría, los reglamentos se dictan en desarrollo de la ley de manera que el control de ésta debe incorporar el de aquéllos.

Si uno de los fines, sino inmediatos, sí mediatos de la evaluación *ex post* es la mejora de nuestra democracia a través de la depuración y mejora del ordenamiento, contando con la participación de los ciudadanos para amortiguar, junto a otras medidas de diferente índole, el actual estado de desafección hacia las estructuras institucionalizadas de la democracia representativa, ello exige convertir al Parlamento en la sede central de la evaluación. Ello no significa excluir al Gobierno y a sus diferentes departamentos ministeriales de tal labor. Antes al contrario, se trataría de una labor bajo la dirección del Parlamento pero contando con la efectiva colaboración del Gobierno. Así, la evaluación *ex post* cumpliría también, siguiendo criterios técnicos, un fin de control del propio Gobierno de naturaleza diferente al control que se lleva a cabo en el Pleno y también de contenido algo distinto al que se lleva en las Comisiones. La participación del Gobierno no se limitaría a dar cuenta del cumplimiento de sus funciones en la aplicación y desarrollo de la ley, sino que además debería colaborar suministrando los elementos más técnicos (encuestas, estudios, dictámenes) para facilitar la evaluación. Tal participación del Gobierno también operaría en sentido contrario, ya que permitiría al propio Gobierno trasladar al Parlamento los problemas que hayan podido derivarse de un eventual compromiso parlamentario que hubiera, por ejemplo, alterado las pretensiones iniciales del Gobierno a la hora de impulsar el procedimiento legislativo y presentar el correspondiente proyecto de ley ante la Cámara. Se trataría por tanto de un control con dos direcciones.

En contra de un perfil exclusiva o excesivamente político del mecanismo de evaluación, como el que acabamos de proponer, podría esgrimirse el fracaso del modelo francés, el cual solamente ha emitido tres informes en más de un década. Ello da buena cuenta de cómo mientras mayor es el perfil político del órgano de evaluación menor es su capacidad evaluadora hasta convertirse en casi inoperante, lo que

no resulta difícil de explicar si se tiene en cuenta la natural resistencia de la mayoría política a ser objeto de un control crítico sobre la eficacia de las medidas legislativas promovidas por ella. Además, si en la configuración del órgano se atiende a la mayoría parlamentaria, como se hace en Francia, es difícil que se consiga un verdadero control, cuando dicha labor de comprobación de la eficacia y eficiencia de la labor legislatora reviste interés, sobre todo, para la oposición parlamentaria como instrumento de control del gobierno y, por ende, de la mayoría que soporta al mismo. Como señalado, poco interés tendría dicha forma de control, cuando dicha evaluación política es tarea que en el ámbito parlamentario corresponde desempeñar a la oposición a través de los procedimientos de control del Gobierno.

Sin embargo, sin dejar de ser interesante la experiencia francesa, la opción por un modelo de naturaleza eminentemente política aunque ajustado a una metodología más técnica como es el modelo británico también ha mostrado su éxito y creemos que puede cumplir mejor los fines que se persiguen a través de la evaluación ex post. Además, dicho modelo político generaría mayor impacto en la opinión pública que el frío y neutral modelo técnico-funcionarial, lo que promovería la participación ciudadana. También se corresponde el que proponemos con un modelo más transparente.

En relación a la misma pregunta de quién habría de llevar a cabo la dirección de la evaluación ex post, cabría también plantearse si dicho cometido se asignaría a un órgano ad hoc, véase, una comisión con la función específica de evaluar las normas ex post o bien a la correspondiente comisión permanente. A favor de la primera opción podría argumentarse que ello haría factible integrar en la comisión a personas con perfil técnico y no político. Sin embargo, también entendemos que es preferible atribuir la dirección a la segunda propuesta, ya que precisamente la gran mayoría de las leyes tienen el grueso de su tramitación (o su tramitación en exclusiva) en la correspondiente comisión, la cual además permite a sus integrantes adquirir unos conocimientos y sensibilidades específicas en cada materia. No optaríamos por tanto por un modelo público e institucionalizado de evaluación legislativa atribuida a un órgano ad hoc, nombrado por el Parlamento e integrado por personal especializado o con composición mixta, políticos y téc-

nicos, sino por ampliar las competencias de la Comisión, sin perjuicio de las funciones y potestades que siempre conserva el Pleno.

En cuanto a la tercera cuestión, el Derecho comparado ofrece diferentes propuestas que podrían incorporarse a nuestro modelo. La fórmula del check list sirve como guion o esquema de la evaluación ex post, pero si optamos por una fórmula ad hoc, es decir, específica de evaluación que no involucre a todas las leyes sino a algunas, es cierto que en cada caso sería interesante seguir, si bien una metodología similar, no idéntica.

Para concluir, simplemente destacar la importancia que en este nuevo modelo debiera darse a la participación ciudadana y de las partes interesadas. Las partes interesadas pueden proporcionar información práctica sobre problemas y soluciones y ayuda a difundir los resultados. Otro aspecto relevante del modelo es la disponibilidad pública del informe. Esto permite el escrutinio externo y el uso de las percepciones de las partes interesadas, lo que aumenta el impacto de una evaluación en el ciclo de regulación⁽¹⁶²⁾.

(162) MASTENBROEK, E., VAN VOORST, S. y MEUWESE, A., "Closing the regulatory cycle? ...", *cit.*, p. 3.

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
II
Notas

FUNDACIONES POLÍTICAS EUROPEAS, INTERGRUPOS Y LOBBIES: UN SISTEMA DE “SATÉLITES POLÍTICOS” POCO CONOCIDOS

ISABELLA M. LO PRESTI(*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN— 1. ALGUNAS PREMISAS FUNDAMENTALES. NUEVAS TESIS SOBRE EL SISTEMA EUROPEO DE PARTIDOS POLÍTICOS— 2. LAS FUNDACIONES POLÍTICAS EUROPEAS. EL REGLAMENTO CONSTITUTIVO Y LA NUEVA DISCIPLINA: RESUMEN DE UNA DÉCADA DE ACTIVIDAD— 2.1. *Identikit de las fundaciones políticas activas*. PRIMERAS CONCLUSIONES— 3. LOBBIES, GRUPOS DE INTERÉS Y GRUPOS DE PRESIÓN. MATIZACIONES TERMINOLÓGICAS— 3.1. *La disciplina de los lobbies europeos. El camino hacia una acción institucional conjunta*— 3.2. *El Registro de Transparencia en la disciplina actual: ámbito de aplicación y resultados*— 3.3. *El nuevo registro y las novedades en materia de lobbying europeo*— 4. LOS INTERGRUPOS ENTRE LUCES Y SOMBRAS. DISCIPLINA Y FUNCIONES PRINCIPALES— 4.1. *Fenómenos asociativos cercanos a los intergrupos: cross-party intergroups y MEPs-forum*— II. CONCLUSIONES

(*) Investigadora predoctoral Universidad de Málaga en cotutela con la Università degli Studi di Palermo – Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

I. INTRODUCCIÓN

Fundaciones políticas europeas, intergrupos y lobbies: tres términos que— debemos admitirlo— incluso entre los estudiosos europeos siguen siendo indistintamente reducidos a un genérico concepto de centro de poder político, capaz de influenciar el proceso de toma de decisiones en beneficio de intereses principalmente sectoriales y privados.

Sobre el asunto, la literatura académica resulta escasa, principalmente centrada en el fenómeno del *lobbying* europeo y casi inexistente respecto al tema de las fundaciones políticas europeas y de los intergrupos parlamentarios. De ahí el objetivo de presentar un estudio que proporcione, en primer lugar, una imagen matizada de las antedichas agrupaciones políticas y del papel que desempeñan en el sistema político de la Unión. Bien es verdad que la elección de tratar en un único trabajo las tres agrupaciones mencionadas podría generar no pocas dudas acerca del carácter homogéneo de la presente investigación; sin embargo, el nexo entre lobbies, intergrupos y fundaciones políticas europeas estriba en el común papel de “compensadores políticos” de las carencias representativas de los tradicionales intermediarios entre el substrato civil y el nivel institucional, es decir, los partidos políticos. Como se verá a lo largo del presente estudio, tanto los lobbies como los intergrupos han dejado de tener un papel secundario en el proceso representativo europeo mientras que las fundaciones políticas, aunque todavía incapaces de alcanzar los resultados por lo que habían sido creadas, pueden de pleno derecho considerarse como actores institucionalizados del sistema político de la Unión.

Por lo tanto, en la primera parte del presente estudio se tratará de las fundaciones políticas europeas para luego abordar el análisis de los lobbies y de los intergrupos parlamentarios; respecto a estos últimos dos, al tratarse de representantes de intereses sectoriales, cabe destacar desde ahora que en la percepción pública la función legitimadora que originariamente debía desempeñar la participación de estas agrupaciones al proceso de toma de decisiones— es decir, garantizar el pluralismo político(1)— ha sido oscurecida por el perfil privatístico de las instancias representadas. De ahí la búsqueda a nivel normativo de herramientas que permitan arrojar luz sobre la participación en el proceso decisional europeo de estos grupos, asegurando un suficiente nivel de transparencia.

1. *Algunas premisas fundamentales. Nuevas tesis sobre el sistema europeo de partidos políticos*

Antes de abordar el objeto del presente estudio, parece oportuno detenerse brevemente en algunas premisas acerca del sistema político-institucional europeo y de su influencia sobre la actual fisonomía del sistema de partidos políticos de la Unión(2). Como es notorio, tras Lisboa, la peculiaridad que ya desde antes caracterizaba el entramado institucional de la Unión se ha ulteriormente acentuado tanto que, en los últimos años, siempre más frecuentemente se ha calificado el sistema comunitario como “multinivel”(3). La idea de un ordenamiento compuesto por múltiples niveles de gobernanza, interdependientes

(1) U. VON ALEMANN, F. ECKERT, *El lobbying: política en las sombras*, en Kas serie de ensayos núm. 9 julio 2012, Konrad-Adenauer-Stiftung, Chile, disponible en la página web <http://www.kas.de/chile/es/publications/31569/>.

(2) Es evidente que el enfoque adoptado a raíz de este punto de partida es aquello tradicionalmente etiquetado por las Ciencias políticas como “institucional”, basado en la idea que las características del sistema de partidos— en este caso, europeo— responden fielmente a la arquitectura del sistema institucional de un ordenamiento. No se trata de una relación de condicionamiento unidireccional. Al contrario, el mismo sistema de partidos, así como articulado a nivel europeo, ha podido determinar modificaciones en la estructuración de la forma de gobierno de la Unión según “un rapporto di condizionamento reciproco”, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 2014, pág. 147.

(3) Sobre la relación entre la UE como ordenamiento multinivel y la fisonomía de su sistema de partidos ver Á. RODRÍGUEZ, *El régimen constitucional de los partidos políticos en el derecho de la Unión europea: un equilibrio sui generis*, en Teoría y Realidad Constitucional, UNED, núm. 38, 2016, pp. 187-209.

como en un sistema de vasos comunicantes, se enmarca en una más amplia tesis de importación estadounidense basada en el concepto de *compound republic*(4) que conlleva la adopción de nuevas categorías jurídicas; ante realidades *sui generis*, como es el caso de la Unión europea, los partidarios de la tesis de la democracia compuesta hacen hincapié en el “retroceso de las ideas de soberanía, territorio” y en “la afirmación de diversos centros interdependientes e interrelacionados (comunidades supraestatales, Estados, regiones) entre los que se dispersa el poder político”(5).

Todo lo anterior, nos permite afirmar que si la Unión representa un nuevo modelo constitucional, de la misma manera el sistema europeo de partidos responde a lógicas estructurales y funcionales nuevas que se alejan de la tradicional figura del partido político. En este sentido se mueven las propuestas doctrinales, aún minoritarias en el panorama científico, basadas en la visión del sistema europeo de partidos como *network party* en el cual las áreas de acción se reparten entre múltiples actores políticos, y más específicamente, entre los partidos políticos a nivel europeo, los grupos parlamentarios del PE y los partidos nacionales(6). En este marco se insertan las tres agrupaciones objetos del presente estudio que tanto desde el interior de este sistema como desde afuera consiguen tomar parte al proceso de representación política.

(4) La expresión “compound republic” ha sido acuñada por J. Madison, uno de los padres constituyentes americanos, en seno a la colección de artículos y ensayos “el Federalista”, también conocidos como “The federalist papers”, escritos por A. Hamilton, J. Jay y J. Madison. Debe señalarse que en el contexto de este trabajo se hablará indistintamente de compound republic y de compound democracy aunque en la teoría de Madison los conceptos de democracia y república poseen una identidad conceptual distinta.

(5) M. AYUSO, *El estado en su laberinto*, Scire, Barcelona, 2011, pp. 34 y 35. En este sentido véase también S. FABBRINI, *L'unione europea come democrazia composita?*, en *Rivista italiana di Scienza politica*, núm. 1, 2014.

(6) Entre los partidarios de esta tesis, L. VIVIANI, *L'Europa dei partiti. Per una sociologia dei partiti politici nel processo di integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2009, pág. 91; R. KATZ, P. MAIR *The evolution of Party Organization in Europe: The three faces of Party organization in Europe*, en *American Review of Politics*, n. 14, 1993; E. CALOSSI, *Europarties as legitimizing organizations*, relación presentada al Congreso general SISP 8-10 de Septiembre de 2011, Palermo, consultable en la página web <http://www.sisp.it/convegno/2011/sezioni/52>.

2. *Las fundaciones políticas europeas. El reglamento constitutivo y la nueva disciplina: resumen de una década de actividad*

Como adelantado, las primeras agrupaciones de las cuales se tratará son las fundaciones políticas a escala europea. Definidas “catalizadores de nuevas ideas, análisis y opciones políticas” y creadas para “apoyar y complementar las actividades de los partidos políticos”(7), recibían por primera vez reconocimiento jurídico en el Reglamento núm. 1524/2007, modificativo de la anterior disciplina sobre los partidos políticos europeos(8). La antedicha normativa introducía algunas correcciones acerca de la financiación de los partidos a escala europea y a la vez institucionalizaba las fundaciones políticas con la clara intención de llegar a potenciar los primeros a través de las segundas: las fundaciones habrían funcionado como “altavoz” de las iniciativas adoptadas por los partidos políticos europeos que, a pesar de ser activos desde las primeras elecciones directas del Parlamento europeo(9), no lograban apoderarse de la función tradicionalmente reconocida a éstos a nivel nacional, es decir, contribuir a la formación de una conciencia política “europea”, expresión de la voluntad de los ciudadanos de la Unión(10).

(7) Considerando n. 3, Reglamento (CE) núm. 1524/2007.

(8) Reglamento (CE) núm. 1524/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2007, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2004/2003 relativo al estatuto y la financiación de los partidos a escala europea. El Reglamento del 4 de noviembre de 2003, pese a no haber resuelto la cuestión de la verdadera naturaleza de los partidos a escala europea, fue sin duda un gran avance en el proceso de desarrollo de las federaciones transnacionales que hasta aquel entonces habían operado fuera de un marco jurídico de referencia. La producción científica en materia es copiosa y sin duda supera el número de los estudios dedicados a las fundaciones políticas, temática apenas esbozadas en los trabajos sobre los partidos políticos europeos; a este propósito se cita, sin pretensión de plenitud, G. LÓPEZ DE LA FUENTE, *Pluralismo político y partidos políticos europeos*, Ed. Comares, Granada, 2014; A. CIANCIO, *I partiti politici europei e il processo di democratizzazione dell'Unione*, en *I Quaderni europei*, núm. 11, abril 2009, Centro di documentazione europea UniCat, Catania; G. GRASSO, *Partiti politici europei*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, Utet, 2008, pp. 615 ss.

(9) Como es sabido, de cara a las primeras elecciones europeas, en el 1974 nacía la Confederación de Partidos Socialistas y, algunos años más tarde, la Confederación de Partidos Liberales y Democráticos y el Partido Popular europeo.

(10) El tenor literal del artículo 138 A del Tratado de Maastricht era el siguiente: “Los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración en la Unión. Dichos partidos contribuyen a la formación de conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión”.

De esta manera se intentaba colmar el déficit de representación política y se encomendaban a las fundaciones algunas de las funciones típicamente desempeñadas por los partidos políticos como “observar, analizar y contribuir al debate sobre aspectos de la política europea y sobre el proceso de integración europea” y otras más propias de estas organizaciones, es decir, “desarrollar actividades relacionadas con aspectos de la política europea, como por ejemplo organizar y prestar apoyo a seminarios, actividades de formación, conferencias y estudios sobre dichos aspectos entre los principales interesados, incluidas las organizaciones juveniles y otros representantes de la sociedad civil, desarrollar la cooperación con entidades del mismo tipo a fin de promover la democracia”(11). En este sentido, la experiencia madurada en algunos de los Estados miembros que habían ya experimentado los beneficios de la participación al debate político público de las fundaciones suportaba los entusiasmos acerca de las capacidades de estas organizaciones de crear y alimentar una conciencia política propiamente europea.

Una vez más, el reconocimiento de este nuevo sujeto político se debe a la institución que mayormente ha contribuido al desarrollo del sistema europeo de partidos: el Parlamento europeo. Se remonta al 2006 el proyecto piloto llevado a cabo por el PE que animaba los partidos políticos europeos a crear sus respectivas fundaciones y a tal fin preveía la atribución por parte de la Comisión de recursos financieros públicos para el soporte de las actividades que estas nuevas entidades iban a llevar a cabo. El proyecto tuvo éxito y en la propuesta presentada por la Comisión para la modificación del estatuto sobre los partidos políticos se dedicaba buena parte del nuevo reglamento a las fundaciones políticas(12).

Pues bien, pasando a la normativa actualmente en vigor, el anterior régimen ha sido recientemente modificado por el Reglamento núm. 1141/2014, entrado en vigor el pasado mes de enero(13). La reforma,

(11) Art. 1 Reglamento (CE) núm. 1524/2007.

(12) COM (2007) 364 final, Bruselas 27 junio 2007.

(13) Reglamento (UE, EURATOM) núm. 1141/2014 del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas.

acogiendo las demandas que desde años habían sido manifestadas(14), reconoce por fin personalidad jurídica a los partidos europeos y extiende dicha novedad a las fundaciones políticas afiliadas. Cabe destacar desde ahora que la articulación del entero régimen jurídico de las fundaciones políticas europeas responde al principio que podría definirse de “simbiosis jurídica”: entre el partido político y la fundación afiliada existe un vínculo por el cual el estatuto de las fundaciones políticas europeas estará sujeto a los acontecimientos que podrán interesar al partido político correspondiente.

Según cuanto establecido en el antedicho reglamento, requisito previo a la adquisición de la personalidad jurídica es la inscripción en el registro creado *ad hoc*, siempre que la fundación cumpla los siguientes requisitos: a) estar afiliada a un partido político correctamente registrado que podrá tener, por expresa previsión normativa, solamente una fundación afiliada, quedando excluida la posibilidad de reconocer fundaciones políticas independientes; b) tener su sede en un Estado miembro; c) respetar, al igual que los partidos políticos europeos, los principios democráticos en los cuales se basa la Unión, tanto en su programas como en las actividades; d) entre los objetivos de la fundación y aquellos del partido de afiliación deberá recurrir un nexo de complementariedad; e) el órgano de dirección de la fundación debe estar compuesto por “miembros procedentes de al menos una cuarta parte de los Estados miembros” según el principio de la “suficiente representatividad europea” que anima la nueva disciplina estatutaria; f) en fin, las fundaciones políticas no podrán tener ánimo de lucro (art. 3 Reg.).

La solicitud de registro y el cumplimiento de las condiciones establecidas para la inscripción serán objeto de evaluación por parte de la Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas. Se trata de uno de los perfiles más novedosos del nuevo reglamento que opta por la institución de un sujeto neutral y *super partes*, diversamente de cuanto se establecía en la propuesta

(14) Acerca de las reformas que se solicitaban véase la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2004/2003 relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea, de 6 de abril de 2011 (P7_TA (2011)0143).

presentada por la Comisión(15) que otorgaba al mismo Parlamento estas competencias(16). La previsión de un órgano imparcial como la Autoridad(17) se explica a la luz de los importantes cargos encomendados, entre los cuales destaca el poder decisorial en orden a la solicitud de inscripción y a la cancelación de los partidos europeos del registro cuando éstos dejen de cumplir los requisitos previstos por el reglamento; en este último caso, por lo que nos interesa, la cancelación del partido conllevará la automática exclusión del registro de la fundación política afiliada. De tal manera se han alejado las críticas acerca de la falta de imparcialidad del Parlamento y de la consecuente “endogamia” que la versión originaria del texto ocasionaba; de hecho, resulta evidente que, en un sistema en el cual se subordina el reconocimiento de la personalidad jurídica y del financiamiento público a la permanencia de los partidos y de las fundaciones políticas en el registro, la garantía de imparcialidad del sujeto encargado de decidir acerca de estos asuntos es fundamento de legitimidad de la entera disciplina.

En lo referente al régimen financiero, al igual que para los partidos políticos europeos, en favor de las fundaciones se establecen ayudas económicas a cargo del presupuesto del Parlamento europeo que deberán solicitarse *a través* del partido político al cual cada fundación esté afiliada. Dicha previsión, según algunos autores justificada por la ausencia en los Tratados de cualesquiera referencia acerca de la financiación de las fundaciones(18), con mucha probabilidad responde de manera coherente al cuadro normativo vigente, basado en el citado principio de “simbiosis jurídicas” por el cual, incluso el régimen de subvenciones públicas de las fundaciones dependerá de la financiación

(15) Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo, relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas, de 12 de septiembre de 2012, COM 82012) 499 final.

(16) El artículo 6 de la propuesta de la Comisión establecía que “El Parlamento Europeo establecerá un registro a efectos de registrar a los partidos políticos europeos y fundaciones políticas europeas” y en el artículo 7 se disciplinaba el procedimiento de “verificación del registro” que otorgaba al PE este papel.

(17) Composición y cargos de la Autoridad son detalladamente disciplinados por el artículo 6 del Reg. 1141/2014

(18) En este sentido G. LÓPEZ DE LA FUENTE, *op. cit.*, pág. 226.

del partido correspondiente. Corroborra esta explicación la previsión según la cual “si un partido político a escala europea al que esté afiliada una fundación política (...) pierde su condición de tal, dicha fundación quedará excluida de la financiación”(19); además, siempre del partido político correspondiente dependerá el importe total de las subvenciones que la fundación recibirá, en cuanto, mientras que un 15% de los créditos disponibles se distribuirá en partes iguales entre todas las solicitantes admitidas a la financiación, un 85% se acordará entre las fundaciones en proporción al número de eurodiputados provenientes del partido al cual esté afiliada. En fin, una vez obtenida la subvención, la fundación política podrá utilizarla para financiar gastos administrativos y eventos patrocinados, teniendo en cuenta que la financiación no superará nunca el 85% de los costes admisibles en que haya incurrido; en cambio, de los gastos subvencionables queda excluida la financiación de partidos y candidatos a elecciones nacionales, de fundaciones políticas nacionales y de campañas electorales para referendos y elecciones.

2.1. *Identikit de las fundaciones políticas activas. Primeras conclusiones.*

Veamos más concretamente cuáles son las fundaciones políticas activas en la presente legislatura y los partidos políticos a los cuales resultan afiliadas. A pesar del hecho que el registro instituido por el Reg. núm. 1141/2014 no cuenta aún con ninguna inscripción(20), en la página web del Parlamento europeo(21) es posible consultar el listado de las fundaciones políticas europeas de la VIII legislatura, junto con la última subvención recibida por cada una de ellas.

(19) El Reglamento dedica a la financiación de los partidos europeos y de las fundaciones un entero capítulo que, por razones de síntesis, no se aborda en su plenitud para no alejarnos del objeto central del presente estudio.

(20) La lista de los partidos políticos registrados y de las respectivas fundaciones políticas europeas podrá visionarse en la página web de la Autoridad encargada de gestionar el registro correspondiente <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32014R1141>.

(21) En <http://www.europarl.europa.eu/contracts-and-grants/es/20150201PVL00101/Partidos-pol%C3%ADticos-y-fundaciones>.

TABLA 1— FUNDACIONES POLÍTICAS EUROPEAS VIII LEGISLATURA

fundación política europea	partido correspondiente	sede y año de constitución	última subvención concedida (*)
Centrum Maurits Coppetiers	European Free Alliance	Belgium	240.601
Christian Political Foundation of Europe	European Christian Political Movement	Netherlands	266.745
Europa Terra Nostra	Alliance for Peace and Freedom	Germany	**
European Foundation for Freedom	European Alliance for Freedom	Malta	268.136
European Liberal Forum	Alliance of Liberals and Democrats for Europe Party	Belgium	879.840
Fondation pour une Europe des Nations et des Libertés	Mouvement pour une Europe des Nations et des Libertés	France	248.448
Fondation Pegasus	Coalition Pour la Vie et la Famille	Belgium	**
Foundation for European Progressive Studies	Party of European Socialists	Belgium	3.847.808
Green European Foundation	European Green Party	Luxemburg	914.147
Identités & Traditions Européennes	European Alliance of National Movements	Belgium	169.370
Initiative for Direct Democracy in Europe	Alliance for Direct Democracy in Europe	Belgium	672.967
Institute of European Democrats	European Democratic Party	Belgium	283.831
New Direction – Foundation for European Reform	Alliance of Conservatives and Reformists in Europe	Belgium	1.099.899
Organisation for European Interstate Cooperation***	Europeans United for Democracy	Sweden	132.013
Transform Europe	Party of the European Left	Austria	847.002
W.Martens Centre for European Studies	European People's Party	Belgium	4.724.867
* los datos oficiales publicados se remontan al 2015			
** fundaciones de recién constitución que no han todavía recibido subvenciones a cargo del presupuesto publico			

Fuente: elaboración propia a partir de los datos (actualizados al mes de enero de 2017) proporcionados por la Dirección de Financiación de las Estructuras Políticas y Recursos

Pues bien, como destaca de los datos recopilados, las fundaciones políticas que hoy en día resultan activas a nivel europeo son 16 al igual que los partidos políticos europeos, lo que demuestra que, desde la perspectiva de estos últimos, el instrumento proporcionado en su día por el Reglamento núm. 1524/2007 ha constituido un válido apoyo logístico. Sin embargo, desde otro punto de vista, no puede pasar desapercibida la invisibilidad de las fundaciones políticas no solo ante la opinión pública, que no se ha dado cuenta de la existencia de éstas entidades, sino también ante el mundo académico y científico(22).

Suponiendo las posibles causas de la mencionada invisibilidad, un factor determinante podría individuarse en el desarrollo aún embrionario de las fundaciones políticas en la mayoría de los Estados miembros que desconocen las reales potencialidades de estos sujetos como herramientas a disposición de los partidos políticos. A pesar de las iniciativas tomadas por las instituciones para conocer el estado del arte de las fundaciones en la vida política de los Estados miembros, no se consideraron relevantes los resultados recopilados que demostraban que las fundaciones políticas eran— y siguen siendo— en la mayoría de los países un fenómeno poco conocido y en algunos casos inexistente(23).

Sin embargo, a pesar de las problemáticas destacadas, es preciso reconocer que las iniciativas normativas adoptadas a nivel europeo en materia de fundaciones políticas han permitido asegurar un suficiente grado de transparencia acerca de éstas agrupaciones que, aunque indirectamente, participan a la vida política de la Unión. El hecho de haber normativizado un fenómeno que *de facto* existía desde antes que interviniese el primer estatuto ha consentido reducir los riesgos de “confusión”, sobre todo financiera, entre partidos políticos y fundaciones afiliadas; la situación que hubiera caracterizado las

(22) En este sentido puede considerarse fracasado uno de los objetivos que se pretendía lograr con la constitución de las fundaciones, o sea, “support European seminars and serve as a framework structure for national think tanks, political foundations and academics to work together at the European level”.

(23) Los resultados de la investigación fueron publicados en el estudio titulado “*Political foundation in selected Member State of the European Union: Structures, budgets and activities*”, junio de 2007, Policy Department, disponible en la página web www.library.ep.ec.

fundaciones políticas en ausencia de un marco jurídico, con mucha probabilidad se habría parecido a la de muchos países europeos, como por ejemplo Italia, donde se cuentan más de 65 fundaciones activas, constituidas en la mayoría de los casos como asociaciones, que se limitan a cumplir con las blandas reglas de derecho privado, libres de gestionar ingentes cantidades de dinero sin la obligación de rendir cuentas públicamente (24).

3. LOBBIES, GRUPOS DE INTERÉS Y GRUPOS DE PRESIÓN. MATIZACIONES TERMINOLÓGICAS

Las definiciones acuñadas en la doctrina acerca de los conceptos de “grupo de interés”, “grupo de presión” y su equivalente anglosajón “lobby”, coinciden casi enteramente en indicar como elementos basilares de estas agrupaciones el hecho que son representantes de intereses particulares que tienen la finalidad de influenciar al proceso de toma de decisiones en beneficio propio; se trata de grupos organizados que, a pesar de las diferentes modalidades utilizadas para “presionar” a las políticas gubernamentales, se caracterizan por ser sujetos activos del proceso representativo: “*lobbying* es, sobre todo, una transmisión de mensajes de los grupos de presión a los *decision-makers* por medio de representantes especializados”(25).

Como se desprende de estas primeras consideraciones, las locuciones “grupos de presión”, “lobby” y “grupo de interés” se utilizan frecuentemente de manera intercambiable aunque, según cierto sector doctrinal, seguirían existiendo a nivel teórico algunas diferencias sustanciales entre las tres agrupaciones consideradas. En primer lugar, no puede pasar desapercibido que el concepto de “grupo de interés” sigue poseyendo una connotación menos negativa respecto a los demás tér-

(24) Véase a este propósito D. MARTIRANO, “*I soldi (segreti) alle fondazioni politiche, da Quagliariello a D’Alema*” publicado en Il Corriere della Sera, 6 marzo 2017, disponible en http://www.corriere.it/politica/17_marzo_07/i-soldi-segreti-fondazioni-politiche-quagliariello-d-alema-34ed560a-02b5-11e7-b9cd-27dc874c2067.shtml?refresh_ce-cp. De los datos recopilados destaca que el 93,33% de las fundaciones políticas italianas no da a conocer sus socios y donantes, aduciendo como razón el derecho a la *privacy*.

(25) G. PASQUINO, “*Gruppi di pressione*”, en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Siglo XXI editores Argentina, 1983, pág. 728

minos, centrada principalmente en la idea de representación pluralista de las diferentes instancias sociales. Además, desde una perspectiva funcional, el lobby representaría la componente profesional al servicio de los grupos de presión, competente para llevar a cabo la intermediación entre el grupo y el nivel institucional que se reduciría en última instancia a mera actividad de información y comunicación, mientras que la acción del grupo de presión se sustanciaría en la amenaza de tomar sanciones en el caso en que se denegase su petición(26). Con lo referente a los grupos de interés, siempre a nivel teórico, la línea de demarcación con las agrupaciones apenas analizadas estriba en la ausencia de interacción con el nivel gubernamental. Ahora bien, a pesar de la validez de la taxonomía analizada, en el presente trabajo los tres términos citados se utilizarán indiferenciadamente, siendo partidarios de la tesis según la cual al estado actual no subsistirían diferencias jurídicas tan relevantes como para poder establecer distintas categorizaciones que sean de interés científico(27); en este sentido, no puede pasar desapercibido que a nivel normativo, en las fuentes que se analizarán, se hace referencia a los grupos de interés como interlocutores de las instituciones comunitarias, en contra de la tesis anteriormente tratada según la cual estas agrupaciones quedarían marginadas en un plano extra-gubernamental.

Las premisas definitorias esbozadas no se reducen a una mera cuestión terminológica en cuanto partes de una problemática más compleja inherente a la percepción que de estas agrupaciones representativas comparte la opinión pública que ha acabado por identificarles indistintamente como unos de los principales enemigos de la democracia, según un estereotipo importado por la realidad estadounidense. De ahí la acuñación de expresiones emblemáticas como “corrupción legal” para indicar aquellas conductas que, aunque lícitas, alteran el correcto mecanismo de la representación política en detrimento del interés

(26) En este sentido A. PINEDA CACHERO, *El lobbies y grupos de presión: de la política a la comunicación. Una fundamentación teórica*, en Laurea Hispalis: Revista internacional de investigación en relaciones públicas, ceremonial y protocolo, núm. 2002, pp. 89; el autor sigue en este punto J. MARTINEZ CALVO “Lobbying. Relaciones públicas políticas”, en BARQUERO, José Daniel (coord.), *Manual de Relaciones Públicas Empresariales e Instituciones*, Gestión, Barcelona, 2000.

(27) G. PASQUINO, *op.cit.*, pp. 728 y ss.

general(28) y “democracia de regateo” a propósito de la capacidad de los grupos de presión de influenciar económicamente las elecciones acerca de “en qué gastar y para quien”(29). Entre los temores que los grupos de interés generan se suele indicar la posibilidad que los lobistas “aminoren la importancia de los parlamentos a favor del poder ejecutivo”, que “se postergue a las minorías” y también al revés “que minorías eficientes se organicen en detrimento de grupos mayoritarios de población que difícilmente consiguen unir las fuerzas”(30). Por lo tanto, no sorprende que, incluso a nivel europeo, la presencia masiva de lobbies y la conciencia de las relaciones que mantienen con los eurodiputados y comisarios europeos han alimentado las críticas acerca de la transparencia del proceso decisonal, supuestamente distorsionado por la influencia ejercitada por los lobistas en favor de intereses sectoriales, privados, limitados a oligarquías sociales y económicas. Sin embargo, en este último aspecto estriba uno de los errores más comunes que en materia de grupos de presión puede cometerse, es decir, la indiferenciada comparación del interés representado por el grupo con instancias de naturaleza meramente económica.

En cambio, como se demostrará, el análisis de los grupos organizados y activos en la Unión demuestra que existen numerosas agrupaciones representativas de intereses de variada naturaleza, incluidos grupos que representan comunidades religiosas, instituciones académicas y ONGs(31). En este sentido, alejándonos de la visión oscurantista del *lobbying*(32), el análisis del fenómeno a nivel europeo

(28) M. VILLORIA MENDIETA, A. REVUELTA, F. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Transparencia y regulación del lobby en Europa y España*, disponible en la página web <http://www.aecpa.es/uploads/files/modules/congress/12/papers/1166.pdf>.

(29) W. LACHMANN, *Grupos de interés, lobbies*, en “Lobby y grupos de interés”, Konrad-Adenauer-Stiftung, *op. cit.*, pág. 6; el autor habla además de “principio de acotación del poder” de los grupos de interés para indicar la excesiva influencia que los grupos pueden alcanzar en la toma de decisiones públicas.

(30) *Ibidem*, pág. 6.

(31) En este punto se sigue en gran medida a Pasquino que critica la notoria teoría de Truman sobre los grupos de interés, entre otras motivaciones, por “convertir esta noción en algo de demasiado genérico” y “por reducir inconsciente aunque significadamente todo interés a interés meramente económico”, en G. PASQUINO, *op. cit.*, pág. 728.

(32) En este punto se sigue a D. CALDEVILLA DOMÍNGUEZ, J. XIFRA TRIADÚ, *Historia de los Lobbies: una forma de escribir la historia*, en *Historia y Comunicación social*, vol.18, núm. Esp. Dic (2013), pp. 879 y ss.

demuestra que al estado actual la Unión goza de una disciplina de los grupos de presión suficientemente homogénea como para poder asegurar un adecuado nivel de transparencia de los procesos decisoriales en los cuales intervienen estas agrupaciones. Es sobre las principales etapas de la institucionalización de los lobbies europeos que se centrará el siguiente análisis.

3.1. *La disciplina de los lobbies europeos. El camino hacia una acción institucional conjunta*

Hoy en día, los lobbies activos a nivel europeo son 11.270, según el dato oficial proporcionado por la página web del registro instituido para la inscripción de los grupos de interés europeos⁽³³⁾; aunque se trata de una referencia numérica que no consiente averiguar el alcance real del fenómeno, quedando fuera de este dato todas aquellas organizaciones representativas no registradas, el enorme número mencionado consiente observar en qué medida el *lobbying* europeo ha crecido exponencialmente respecto a los primeros años ochenta, cuando se contabilizaban apenas 500 grupos instalados en Bruselas.

A medida que crecía el fenómeno de los lobbies, el asunto de como reglamentar las relaciones con el nivel institucional se posicionaba en el centro del debate político europeo. A este propósito, emblemáticas son las *written questions* presentadas a final de los años Ochentas por el diputado Alman Metten y tituladas “*shadows of Bruxelles*” con las cuales se pedía la adopción de un código de conducta y de un reglamento para disciplinar los grupos de presión acusados de “ensombrece” el proceso decisorial de la Unión. A pesar del hecho que la intervención de Metten no se tradujo en una acción concreta, seguramente tuvo el mérito de haber impulsado el proceso de institucionalización de los lobbies a nivel europeo; en efecto, a partir de aquel momento, tanto la Comisión como el Parlamento europeo empezaron a trabajar, en un primer momento cada uno por su cuenta y sucesivamente conjuntamente, en la reglamentación de las relaciones con los grupos de interés.

(33) La página web oficial del registro mencionado es la siguiente: <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do?redir=false&locale=es>

Cabe destacar que en el binomio instituciones-lobbies los intereses involucrados son múltiples: por un lado, existe una evidente necesidad de las instituciones europeas, principalmente de la Comisión y del PE, en preservar la relación con los grupos de interés, constituyendo éstos un canal privilegiado de información especializada sobre las iniciativas y medidas legislativas, lo que se traduce en última instancia en apoyo para el alcance de las políticas deseadas(34); por otro lado, el objetivo principal de las intervenciones ha sido asegurar que el proceso de toma de decisiones a nivel europeo fuese más transparente, reconociendo la importancia del diálogo institucional con agrupaciones exteriores y al mismo tiempo normativizando herramientas de “visibilidad”.

Pues bien, a nivel normativo, una referencia a los grupos de interés se encuentra en la previsión del artículo 11.2 TUE en el cual se establece que “las instituciones mantendrán un diálogo *abierto, transparente y regular* con las asociaciones representativas y la sociedad civil. Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas”(35). Sobresale la colocación sistemática del reconocimiento de los grupos de presión en el título del Tratado dedicado a los principios democráticos de la Unión, de la misma manera que los partidos políticos europeos, que indudablemente refleja una clara concepción de estos sujetos como componentes del proceso de integración política de la Unión; además, la antedicha disposición evidencia los principios fundamentales de la reglamentación de los grupos de presión europeos, es decir, transparencia, igualdad de acceso y regularidad. Es principalmente en el valor de la transparencia en el que las instituciones europeas han hecho hincapié en las intervenciones que se analizarán a continuación.

En lo referente al Parlamento europeo, el primer intento de oficializar la presencia de los lobbies en Bruselas fue dirigido por Marc

(34) S. HIX, B. HOYLAND, *El sistema político de la Unión europea*, McGraww Hill/ Interamericana de España, 2012, pág. 184 y ss.

(35) El artículo 11.2 TUE ha sido comparado al “right to petition” estadounidense por P.L. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 2011, pág. 192.

Galle, presidente de la “Comisión de Reglamento, de Verificación de Credenciales y de Inmunidades”, encargado de presentar una propuesta de modificación del reglamento interno del PE que incluyese alguna referencia a las relaciones entre diputados y lobistas. A pesar del fracaso del proyecto Galle, que no se materializó en una reforma concreta y orgánica, punto interesante de la propuesta en cuestión era la inserción en ésta de algunas consideraciones acerca de los intergrupos, considerados el *alter ego* institucional de los lobbies que, gozando de acceso incondicionado a las estructuras y servicios del Parlamento en cuanto agrupaciones internas a la Asamblea, eran indicados como un canal de acceso directo a la arena parlamentaria. Fue necesario esperar hasta 1997 para que las propuestas que habían sido presentadas(36) en el seno del PE llegasen a concretarse en la institucionalización de un registro en el cual podían inscribirse los grupos de interés(37) a cambio de algunas ventajas y en la adopción de un Código de Conducta para los lobistas (anexo IX del reglamento en aquel tiempo vigente).

En cuanto a las relaciones de la Comisión con los grupos de interés— muy probablemente la institución más permeable— pese a las numerosas iniciativas tomadas en materia, su Registro de los representantes de intereses se remonta solamente al 2008. Se trataba de un instrumento considerado determinante para asegurar aquella transparencia y información de la cual la Comisión había hablado en muchas ocasiones(38) que, sin embargo, debido al carácter no obligatorio de la inscripción, no consiguió asegurar un grado de exhaustividad suficiente: tras un año de su institución, quedaban fuera del registro dos importantes categorías de lobistas, es decir, los bufetes legales y los *thin tanks* que, sin duda, actuaban desde tiempo como representantes de intereses especiales. En este caso, la decisión de no proceder al registro, aunque principalmente determinada por la no

(36) Para un examen más detallado de las propuestas que siguieron al proyecto Galle, véase L. M. ARENA, *La regolamentazione del lobbying in Europa*, en CSE Working Papers, núm. 03/2015 (noviembre), disponible en la página web www.papercse.unisa.it, pág. 8 y ss.

(37) Cabe destacar que las intervenciones del PE se dirigían a los “*long term visitors*” y que la locución “grupo de interés” no comparecía aún en la terminología jurídica utilizada.

(38) Véase a este propósito el Libro Verde “Iniciativa europea para la transparencia”, COM (2007)127 y la “Iniciativa europea sobre la transparencia”, COM 2007/2115.

obligatoriedad de la inscripción y por los escasos beneficios otorgados a los grupos registrados(39), estaba también justificada por dos razones: respecto a las *law firms*, éstas consideraban la actividad ejercitada como distinta del *lobbying* tanto que, incluso con la institución de un único registro y pese a los nuevos incentivos previstos por la última disciplina en materia, muchas han seguido sin inscribirse. Además, no puede excluirse que en la decisión de no proceder al registro haya influido considerablemente la conciencia de la “mala fama” gozada por los lobbies, de manera que para algunas agrupaciones podría ser más ventajoso quedar fuera de la categoría en cuestión a pesar de los beneficios que podrían obtenerse de la inscripción en el registro.

Pues bien, después de esta primera fase caracterizada por la acción paralela y separada del PE y de la Comisión, las dos instituciones decidieron unir fuerzas. Se remonta al 2011 el primer acuerdo interinstitucional en materia de *lobbying*: la estrategia seguida para asegurar un suficiente grado de transparencia no cambia y con el acuerdo se establecía un registro, esta vez único, para la inscripción de aquellas organizaciones y personas que participasen en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea(40). El anterior acuerdo fue modificado en el 2014 y en el septiembre de 2016 se presentó una nueva propuesta de la Comisión para instituir un registro obligatorio.

A la luz de estos importantes acontecimientos normativos, primero se analizará la disciplina actualmente vigente, para luego esbozar brevemente el contenido de la propuesta que debería adoptarse antes del nuevo año.

(39) D. FERRI, *Dal Libro bianco sulla governance al nuovo Registro per la Trasparenza: l'UE tra participatory engineering e democrazia partecipativa?*, en Rivista italiana di Diritto pubblico comparato, 2012, pp. 481 ss.

(40) Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, de 23 de junio de 2011, relativo al establecimiento de un Registro de transparencia para las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea (L 191/29, de 22 de julio de 2011).

3.2. *El Registro de Transparencia en la disciplina actual: ámbito de aplicación y resultados*

Según lo dispuesto en el acuerdo, el Registro de Transparencia cubre todas aquellas actividades que comparten el objetivo de influir directa y indirectamente en la elaboración o aplicación de políticas y procesos de toma de decisiones de las instituciones europeas. Como destaca, se trata de un ámbito de aplicación definido de manera un tanto vaga y genérica, cuya amplitud crece ulteriormente en razón de la matización según la cual será indiferente el medio o el canal de comunicación utilizado para influir en el proceso decisonal.

Desde el perfil subjetivo, se subraya que en el ámbito de aplicación del registro se incluyen las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia y también los intermediarios que ofrecen asesoramiento jurídico; de esta manera se resuelve el nudo gordiano de la inclusión entre los sujetos catalogables como lobistas de los despachos legales, con posibilidad que se inscriban tanto los intermediarios como los clientes. En cambio, quedan excluidos del ámbito de disciplina del acuerdo los bufetes que realizan actividad de intermediación con las instituciones europeas que se traduzca en una mera consulta acerca de la correcta aplicación del derecho comunitario, faltando en estos casos la voluntad— típica del *lobbying*— de incidir activamente en el proceso decisonal⁽⁴¹⁾.

Para estimular la inscripción en el registro, el acuerdo prevé que tanto el Parlamento como la Comisión ofrezcan incentivos a los inscritos; cada institución ha elegido las ventajas de las que podrán beneficiarse los lobistas y no ha faltado quien ha señalado una mayor implicación del PE en este sentido. En efecto, en lo referente a la Asamblea parlamentaria europea, se consiente a los inscritos el acceso mediante *pass*, se les asegura un flujo de información directa a través de listas de correo, se reconoce la posibilidad para los lobistas de participar en las reuniones de las comisiones parlamentarias como

(41) Una mención aparte se reserva a los partidos políticos, a los cuales no se aplicará el registro, mientras que recaen en el ámbito de aplicación del acuerdo aquellas “organizaciones, creadas o respaldadas por los partidos que lleven a cabo actividades cubiertas” por el acuerdo (punto 14, disposición específicas).

oradores(42) y se otorga el patrocinio del PE en los eventos organizados por éstos. Paralelamente, la Comisión asegura a los inscritos el acceso a los datos recopilados durante consultas públicas, ofrece su patrocinio en los eventos organizados por los inscritos, les incluye en listas de correo específicas y, como señalado en el acuerdo, adopta “medidas inherentes a grupos de expertos” cuya naturaleza no es ulteriormente especificada.

Por su parte, los inscritos se comprometen a respetar el Código de conducta establecido en el mismo acuerdo que exige a los grupos registrados honestidad y lealtad en las relaciones con las instituciones europeas y con terceros; básicamente se requiere que la información proporcionada en el marco de las actividades cubiertas por el registro sea siempre correcta y completa, que no se abuse de los privilegios obtenidos y que no se difundan, a cambio de dinero, documentos institucionales(43).

Pues bien, esbozadas las principales reglas de funcionamiento del Registro de Transparencia, es interesante detenerse brevemente en los datos proporcionados por su página web; destacan los grupos actualmente inscritos que, como anteriormente señalado, superan los 11.000 y son desglosados en seis macro-categorías, indicadas en orden decreciente:

- Grupos de presión dentro de las empresas y asociaciones comerciales, empresariales o profesionales (5.552);
- Organizaciones no gubernamentales (2.948);
- Consultorías profesionales, bufetes de abogados y consultores que trabajan por cuenta propia (1.300);

(42) Se trata de las llamadas “*call for hearing*” disciplinadas por el Reglamento interno del PE a través de las cuales las comisiones permanentes, en el ámbito de reuniones celebradas con grupos de expertos, llaman a participar los lobistas acreditados dando aviso de la reunión en la página web del parlamento.

(43) Con el fin de asegurar una plena aplicación del Código de conducta, el acuerdo permite a cualquier sujeto la posibilidad de impulsar el proceso de alerta en el caso en que uno de los inscritos no cumpla con las reglas mencionadas. Las sanciones impuestas para la comprobada violación se sustancian en la cancelación del registro y en la consiguiente pérdida de las ventajas conexas.

- Grupos de reflexión, instituciones académicas y de investigación (838)
- Organizaciones que representan a autoridades locales, regionales y municipales, otros organismos públicos o mixtos, etc. (540);
- Organizaciones que representan a las iglesias y las comunidades religiosas (86);

Como resulta de los datos mencionados, el objetivo perseguido por el acuerdo interinstitucional de proporcionar una información completa acerca de los grupos de interés activos a nivel europeo ha sido parcialmente logrado si se considera que, aparte de las agrupaciones tradicionales, comparecen también los lobistas autónomos y los bufetes legales(44); sin embargo, respecto a las intervenciones que en el pasado ambas instituciones habían adoptado cada una por su cuenta, el nuevo acuerdo no ha sido valorado positivamente, debido a las escasas novedades introducidas(45) y a la falta de poder prescriptivo de la disciplina que sigue remitiendo a la voluntariedad de los grupos la inscripción en el registro. Consecuentemente, como anteriormente destacado, siguen pivotando alrededor de las instituciones europeas un conjunto de grupos que, a pesar de no estar registrados, pueden de la misma manera lograr el objetivo de influenciar el curso de las políticas de la Unión, escondiéndose en una *confort zone* jurídica que queda fuera de cualquier garantía de transparencia.

3.3. *El nuevo registro y las novedades en materia de lobbying europeo*

La falta de carácter vinculante del acuerdo analizado es un aspecto solucionado por la normativa que antes del próximo año sustituirá el registro en vigor. En efecto, el pasado septiembre ha sido presentada por la Comisión(46) la propuesta de un “nuevo registro interinstitu-

(44) En este sentido L. M. ARENA, *op. cit.* pág. 24

(45) Véase a este propósito S. SASSI, *La regolamentazione della rappresentanza di interessi nell'Unione europea. Le (timide) novità introdotte dal nuovo accordo interistituzionale*, en *Diritto Pubblico europeo*– Rassegna on– line, enero 2015; en este sentido también D. FERRI, *op. cit.*, pp. 481 ss.

(46) Propuesta de acuerdo interinstitucional sobre un registro de transparencia obligatorio, COM (2016) 67 final, de 28.9.2016. Cabe señalar que antes de la presentación de la antedicha propuesta, la Comisión organizó una consultación pública formal que tuvo inicio el 1

cional obligatorio” con la que se introducen dos importantes modificaciones del actual régimen de los grupos de presión europeos: como sobresale del título de la misma propuesta, la primera novedad estriba en la institución de un registro obligatorio, de modo que la inscripción constituirá “una condición previa, *de facto*, para la representación de intereses”(47); en segundo lugar, por primera vez, se une al acuerdo el Consejo, hasta este momento, el gran ausente en el proceso de reglamentación de los lobbies a nivel europeo, pese a su fundamental papel en el procedimiento legislativo.

Con excepción de los perfiles mencionados, no destacan otras previsiones de particular relevancia jurídica; una vez más se insiste en las premisas definitorias, insertando la categoría de “representante de intereses”— que abarca diversos sujetos, desde las personas físicas y jurídicas hasta las redes de asociaciones— y de “intermediario”, o sea, “representante de intereses que represente los intereses de un cliente ante cualquiera de las tres Instituciones” (art.2). En cuanto a las facultades que se otorgan a los inscritos, solo el PE sigue reconociendo a los lobistas registrados el derecho de acceso a sus locales, mientras que las otras dos partes del acuerdo se limitan al reconocimiento de medidas que impulsen el intercambio de información, bien a través de la participación de los grupos inscritos en reuniones oficiales con los representantes institucionales, bien mediante envío de avisos sobre actividades específicas(48).

Pues bien, no es posible establecer desde ahora si las novedades de la nueva propuesta— en el caso de que logren llegar al texto definitivo— sean en grado de garantizar una plena transparencia en las relaciones entre grupos de interés y representantes institucionales. Sin embargo, cabe señalar como a nivel comparativo la disciplina de matriz comunitaria ha impulsado en muchos ordenamientos nacio-

de marzo de 2016 y se concluyó en el mes de junio del mismo año; sobre este tema ver G. GUARINA, *Il Registro per la trasparenza UE: obiettivi mancati e prospettive di riforma*, en Forum di Quaderni Costituzionali, 13 de julio de 2016, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/>.

(47) COM (2016) 67, considerando n. 6.

(48) A estas facultades la Comisión añade la organización de grupos de expertos, consultas públicas, listas de correo y ofrece su patrocinio para las actividades organizadas por los inscritos.

nales nuevas legislaciones sobre los grupos de presión que, durante mucho tiempo, habían constituido un verdadero “tabú constitucional”(49): en este sentido, Alemania ha representado, para muchos años, un ejemplo aislado en el panorama europeo, decidiendo dotarse de una disciplina en materia que reglamentase a nivel parlamentario la presencia de estos sujetos; solamente en los últimos años y debido a las intervenciones comunitarias en la materia, otros países como Austria, Eslovenia, Francia,^g Irlanda, Lituania, Polonia y Reino Unido decidieron dotarse de una disciplina orgánica de los lobbies(50), circunstancia que no puede sino añadir otro canal de transparencia al entero proceso representativo de la Unión.

4. LOS INTERGRUPOS ENTRE LUCES Y SOMBRAS. DISCIPLINA Y FUNCIONES PRINCIPALES

En lo referente a los intergrupos, no puede pasar desapercibido que a raíz de las modificaciones introducidas tras Lisboa y del paulatino proceso de *empowerment* del Parlamento europeo(51), el papel desa-

(49) T. E. FROSINI, *È giunta l'ora di una legge sulle lobbies*, en Forum di Quaderni Costituzionali, 22 de febrero de 2015, pág. 4, en <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/>; a propósito de la reticencia hacia la normativización de este fenómeno, emblemática es la experiencia española, tratada en M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ, F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *Los lobbies en el marco de la Unión europea: una reflexión a propósito de su regulación en España*, en Teoría y realidad Constitucional, núm. 33, 2014, UNED, 353-376. Los autores señalan que los primeros intentos de normativizar el acceso de los lobbies al parlamento español remontan a los debates constituyentes cuando, en fin, se rechazó cualquier propuesta debido bien a la incertidumbre sobre la naturaleza de estas entidades, consideradas por parte de algunos como nada más que simples asociaciones, bien a la convicción que se trataba de materia destinada a la disciplina reglamentaria y no constitucional.

(50) VILLORIA MENDIETA, A. REVUELTA, F. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Transparencia y regulación del lobby en Europa y España*. Los autores admiten que “muchas de las normas y regulaciones que existen en Europa son, en mayor o menor medida, imperfectas o no aptas para su propósito. También hay problemas relacionados con la escasa aplicación y falta de ejecución de las normas existentes”.

(51) Entre los partidarios de esta tesis que mueve de la consideración del camino recurrido por esta institución— que ha pasado de ser una mera cámara consultiva a obtener importantes funciones constitucionales— S. HIX, A. NOURY, G. ROLAND, *Democratic politics in the European Parliament*, New York, Cambridge University Press, 2007; A. MANZELLA, N. LUPO, *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, Giappichelli editore, 2014; A. KREPPPEL, *European Parliament and Supranational Party System: A Study in Institutional Development*, Cambridge University Press, 2001.

rollado por las agrupaciones internas en la asamblea parlamentaria ha crecido proporcionalmente. Sin embargo, se trata de los sujetos menos conocidos y analizados de las tres entidades objeto del presente trabajo(52).

Muy básicamente, los intergrupos son agrupaciones de diputados, provenientes de grupos políticos diferentes, que se ocupan de representar determinados intereses y a la vez de fomentar el dialogo sobre asuntos específicos; responden a la lógica grupocéntrica que caracteriza la organización interna del Parlamento europeo que, como es notorio, se compone de grupos formados por eurodiputados unidos por afinidad política y no por nacionalidad. Dicha tendencia hacia la transnacionalización de los grupos internos al PE se manifiesta también entre los intergrupos que actuarían como factor de impulso y consolidación de iniciativas políticas. Como bien observa Corbett, los intergrupos “thus not only helps to form cross-groups coalitions on specific issue, but to forge wider political friendships which can be useful in other circumstances, and can help to build that wider consensus which is essential in the European Parliament” (53).

Centrando la atención sobre el historial de los intergrupos activos a lo largo de las legislaturas, la gran heterogeneidad de intereses representados por cada uno de ellos demuestra cuantas y cuáles son las cuestiones que el PE ha considerado digna de interés; en efecto, aunque se trata de entidades no dotadas de poderes decisorios o legislativos, pueden considerarse a todos los efectos un “termómetro” político de cada legislatura en cuanto que son capaces de orientar la atención de la Asamblea sobre determinadas temáticas. A nivel interno, además, los intergrupos constituyen una útil herramienta de trabajo para las Comisiones permanentes que no siempre alcanzan tratar con suficiente atención determinados asuntos, o bien, no los perciben como centrales entre las instancias sociales. Más específi-

(52) Debe destacarse que incluso en los estudios enteramente dedicados a la organización del Parlamento europeo suele faltar alguna referencia a los intergrupos; en cambio, un análisis de la funciones y del papel actualmente desempeñado por estas agrupaciones puede consultarse en R. CORBETT, et. Al. *The European parliament*, John Harper Publishing, London, 2005.

(53) R. CORBETT, et. Al. *op.cit.* pág. 205.

camente, la labor de los intergrupos se concreta tanto en actividades internas a la arena parlamentaria, a través de la organización de reuniones y debates, presentación de preguntas parlamentarias y resoluciones, como en tareas extra-parlamentarias, principalmente dedicadas a gestionar los contactos con medios de comunicación y opinión pública. Sin embargo, el grado de implicación de cada intergrupo en la vida política del parlamento varía considerablemente: frente a los intergrupos plenamente organizados, dotados de una propia secretaría, una sede estable y un calendario de actividades periódicas, existen agrupaciones apenas desarrolladas que, como ha sido destacado por la doctrina, más bien actúan como “hobby horses” de los eurodiputados involucrados en ellas(54).

Pues bien, la costumbre consolidada entre los diputados europeos de reunirse para discutir temas relevantes y promover un debate político transversal a los grupos parlamentarios remonta a los primeros años ochentas, aunque solamente una década después los intergrupos alcanzaban por primera vez visibilidad jurídica; en efecto, el 16 de diciembre de 1999 la Conferencia de los Presidentes del PE aprobaba el “Rules governing the establishment of intergroups”(55) (en adelante R.o.I.), estatuto reglamentario de los intergrupos que, hasta el día de hoy, tras las debidas modificaciones(56), sigue constituyendo la principal fuente de disciplina de estas agrupaciones, junto al artículo 34 del Reglamento interno del PE. Más específicamente, la disposición en cuestión reconoce a los intergrupos la función de “mantener intercambios de puntos de vista informales sobre cuestiones específicas entre los diferentes grupos políticos” y “promover el contacto entre los diputados y la sociedad civil”. En lo referente a la naturaleza de los intergrupos, se subraya que no se trata de órganos parlamentarios y que, por lo tanto, no podrán expresar la posición del PE; concepto ulteriormente reiterado en el artículo 1 del R.o.I. A tal fin, se prohíbe a los intergrupos “llevar a cabo actividades que puedan prestarse a confusión con las actividades oficiales del Parlamento o de

(54) *Ibidem*, pág. 207.

(55) Rules governing the establishment of intergroups. Decision of the conference of presidents of 16 december 1999.

(56) Como señalado en el mismo documento, las modificaciones han sido aportadas en el mes de febrero de 2008 y sucesivamente en el abril de 2012.

sus órganos” (art. 34.2 R.o.I.) y utilizar el logo identificativo del PE y de cualquiera de los grupos parlamentarios a los cuales pertenecen los miembros del intergrupo (art. 2 R.o.I.).

La formación y el reconocimiento de los intergrupos oficiales están sujetos a determinados requisitos. De hecho, cada agrupación deberá ser autorizada por la Conferencia de Presidentes del PE a comienzo de la nueva legislatura(57), siempre que se den algunas condiciones: primero, debe respetarse un requisito numérico, o sea, el intergrupo deberá reunir miembros que proveen, por lo menos, de tres grupos parlamentarios distintos; la solicitud deberá acompañarse de una declaración estándar (Anexo II R.o.I.) y de las indicaciones de los recursos financieros que el intergrupo posee; y en fin, deberá transmitirse al PE la lista de los miembros que toman parte al intergrupo (art. 4 R.o.I.).

4.1. *Fenómenos asociativos cercanos a los intergrupos: cross-party intergroups y MEPs-forum*

Actualmente son 28 los intergrupos formalmente reconocidos(58) (uno más respecto a la precedente legislatura) y eran 70 lo que se presentaban para este mandato. Para cada intergrupo, en la página

(57) Se habla de “registro” en I. TANASESCU *European Commission and Interest Groups: Towards a Deliberative Interpretation of Stakeholder Involvement in EU Policy-making*, V.U.B. PRESS, Brussels, 2009, pág. 50.

(58) La lista de los intergrupos aprobados para la actual legislatura puede consultarse a través de la página web oficial del Parlamento europeo y es la siguiente: Envejecimiento activo, solidaridad intergeneracional y políticas familiares; Contra el racismo y en defensa de la diversidad; Biodiversidad, medio rural, caza y pesca recreativa; Derechos del niño; Cambio climático, desarrollo sostenible y biodiversidad; Bienes comunes y servicios públicos; Industrias creativas; Agenda digital; Discapacidad; Pobreza extrema y derechos humanos; Desarrollo del turismo europeo, patrimonio cultural, Camino de Santiago y otras rutas culturales europeas; Libertad de religión y de creencias y tolerancia religiosa; integridad – Transparencia, lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada; Derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales – LGBTI; Inversiones a largo plazo y reindustrialización; Zonas rurales, montañosas y remotas; Mares, ríos, islas y zonas costeras; Pymes– pequeñas y medianas empresas; Cielo y espacio; Economía social, empresas de economía social, emprendimiento social y tercer sector; Deportes; sindicatos; urban; Minorías tradicionales, comunidades nacionales y lenguas; Bienestar y conservación de los animales; Sáhara Occidental Vino, licores y alimentos de calidad; juventud.

web del PE, además de la lista de los miembros, se publica una declaración de los intereses económicos y apoyos financieros recibidos. Debe admitirse que observando los documentos transmitidos por los intergrupos— que consisten en una simple ficha a rellenar— destaca que en la mayoría de los casos los datos remontan al 2015 y resulta que casi la totalidad de ellos no ha recibido apoyo financiero de ningún tipo, excepto el intergrupo “Vino, licores y alimentos de calidad” que declara haber obtenido recursos económicos por parte de la Federvini para la organización de una cena, y el intergrupo “Cielo y espacio” que se ha beneficiado de ayudas administrativas proporcionadas por la ASD Europe (AeroSpace and Defence Industries Association of Europe). Acerca de este último dato, resulta curioso que la asociación que proporciona el apoyo administrativo al intergrupo en cuestión esté registrada entre los grupos de interés europeos desde el 2012, circunstancia que podría avalar las tesis acerca de las estrechas conexiones entre intergrupos y lobbies(59). A este propósito, entre los aspectos más problemáticos de la temática tratada estriba la falta de reglamentación de aquellas agrupaciones que quedan fuera de la disciplina analizada; de hecho, es sabido que el total de los intergrupos efectivamente activos a nivel europeo supera los 28 formalmente reconocidos por la Conferencia de Presidentes y que existiría una especie de “limbo jurídico” constituido por aquellas agrupaciones que, bien por razones de conveniencia, bien por falta de requisitos formales, no han solicitado su acreditación, quedando libres de cualquier vinculación normativa(60).

En el seno de este limbo jurídico se suele operar una distinción entre los *cross-party groups* y los *MEPs-forum*: los primeros son totalmente equiparables a los intergrupos oficiales, con la excepción que suelen agrupar no solamente diputados europeos sino también terceras partes y por esta razón quedan excluidos de la posibilidad de

(59) Los datos inherentes a la AeroSpace and Defence Industries Association of Europe pueden consultarse a través de este enlace: <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/displaylobbyist.do?id=72699997886-57>.

(60) En *Los intergrupos del Parlamento Europeo: herramientas “informales” de trabajo*, publicado por el Servicio de Prensa del Parlamento europeo el 19.03.2003 y disponible en la página oficial del PE se admite que, además de los intergrupos registrados, existen casi 80 grupos “informales de trabajo”.

un reconocimiento parlamentario, reservado a los eurodiputados; en cambio, los *MEPs-forum* son agrupaciones integradas por representantes de intereses— principalmente económicos o industriales— que suelen plantear dudas acerca de la transparencia de las actividades llevadas a cabo por los diputados que toman parte en ellas, consideradas a todos los efectos como “vehicles for lobbying”(61). Los datos acerca del número y de las actividades realmente desarrolladas por los *MEPs-forum* no son homogéneos y en la mayoría de los casos la información proporcionada por sus páginas web es escasa; según el Corporate Europe Observatory se contarían hasta 15 fórum industriales(62) y entre los perfiles más problemáticos recorrería el riesgo de confusión que estas agrupaciones generan con las actividades oficiales del Parlamento o de sus órganos; como se ha dicho, mientras que para los intergrupos oficiales la disciplina reglamentaria vigente adopta algunas precauciones para evitar este peligro, los *MEPS-forums* no están sujetos a las mismas prohibiciones y en casi la totalidad de los casos en sus denominaciones tienen una referencia directa al Parlamento europeo, dando lugar a posibles equívocos.

En conclusión, es evidente que cabe distinguir entre las consideraciones acerca de los intergrupos oficiales y las observaciones para las demás agrupaciones; de hecho, por parte del PE las únicas intervenciones que pueden legítimamente adoptarse deben tener por objeto agrupaciones que de alguna forma tengan una relación con la asamblea parlamentaria, quedando fuera de su alcance los fenómenos asociativos externos. Se ha visto como frente al creciente número de intergrupos activos en seno al PE la respuesta institucional ha

(61) Así se definen los *MEPs-forum* en el reportaje “*Lobbying under the radar*”, publicado el 24 de mayo de 2011, en la página oficial del Corporate Europe Observatory (en adelante, CEO), ONG europea, disponible en <https://corporateeurope.org/news/lobbying-under-radar>.

(62) Los *MEPs-industry forums* individuados por el CEO son los siguientes: European Energy Forum; European Forum for Manufacturing; European Forum for Renewable Energy Sources; European Internet Foundation; European Life Sciences Circle; European Parliament Ceramics Forum; European Parliamentary Financial Services Forum; Forum in the European Parliament for Construction; Forum for the Automobile and Society; Globe-EU; Kangaroo Group; Knowledge for Innovation – K4I Forum of the European Parliament; Land use and Food Policy intergroup; Rail Forum Europe; Transatlantic Policy Network; en <https://corporateeurope.org/news/lobbying-under-radar>.

asegurado la paulatina institucionalización⁽⁶³⁾ de una herramienta de trabajo que no puede que beneficiar la transnacionalización de la asamblea parlamentaria. Sin embargo, sería ingenuo pensar que respecto a la actividad de los intergrupos *de facto* analizados no quede ningún tipo de solución; por un lado, podrían pormenorizarse las ventajas otorgadas a los intergrupos regularmente reconocidos, aceptando la inclusión entre los miembros de terceras partes; por el otro lado, deberían establecerse obligaciones de publicidad más estrictas para los eurodiputados que participen en algún *cross-party group* o en un fórum, siendo al fin y al cabo estos sujetos que deben responder de la transparencia de sus acciones.

II. CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones llevadas a cabo a lo largo del presente estudio, puede afirmarse que las intervenciones normativas que han interesado tanto las fundaciones políticas como los lobbies europeos y los intergrupos han tenido el evidente objetivo de institucionalizar progresivamente estos sujetos que desde antes de su reconocimiento jurídico actuaban *de facto* como representantes de intereses particulares en seno al sistema político-representativo de la Unión. Sin embargo, se ha destacado como la función propiamente representativa ejercida por estas agrupaciones ha acabado por ser suplantada por las sombras de corrupción que oscurecen tanto el fenómeno del *lobbying* como la acción de los intergrupos parlamentarios; además, en lo referente a las fundaciones políticas, a pesar del elevado nivel de normativización logrado, destaca la sustancial invisibilidad de éstas que pasan desapercibidas en la percepción pública del sistema político.

Pues, como se ha visto, por un lado, el aumento exponencial del número de las inscripciones de grupos de interés instalados en Bruselas demuestra que las ventajas reconocidas a los lobbies acreditados están funcionando de incentivo; y siempre en este sentido destacan las medidas adoptadas por el Presidente de la Comisión Junker acerca

(63) En este sentido J. GREENWOOD, *Interest Representation in the European Union*, Palgrave, London, 2011, pág. 41.

de la reglas de trabajo de sus comisarios: se les prohíbe reunirse con agrupaciones representativas de intereses particulares que no figuren en el registro de transparencia y se les impone dar noticia de las reuniones regularmente organizadas dentro de dos semanas de la celebración de las mismas, transformando de esta manera el registro en un requisito previo a la interacción con el Ejecutivo europeo. Por otro lado, la escasa disciplina sobre los intergrupos no consiente disipar las dudas acerca de la independencia de presiones lobistas externas y urge una intervención normativa que se ocupe principalmente de los llamados *cross-party groups* que, como se ha observado constituyen una escapatoria de los límites formales y sustanciales impuestos por la disciplina de los intergrupos institucionalizados.

En fin, es evidente que detrás de la visión que se propone de la participación en el proceso decisonal de agrupaciones representativas de intereses particulares siempre habrá un enfrentamiento entre ideologías políticas diferentes(64). Sin embargo, hoy en día, pensar en una democracia en la cual los únicos intermediarios entre la sociedad y el nivel institucional sean los partidos (de masas) es simplemente una utopía que en la realidad se ha desvanecido desde hace mucho tiempo; y esta visión se aleja aún más si es posible de la realidad, si se aplica al contexto europeo en el cual cada uno de estos sujetos puede considerarse un intermediario necesario(65): la participación de los grupos de interés, incluyendo entre ellos los intergrupos parlamentarios, en el procedimiento representativo de la Unión es un factor connatural al mismo, en razón de la complejidad de un sistema multinivel y de la imposibilidad que los intereses involucrados en el proceso decisonal sean representados por la sola categoría de los partidos políticos, sean nacionales o europeos. En

(64) En este punto comparto la opinión de I. MEDINA IBORRA, *¿Cómo medir la influencia de los grupos de interés? (Propuestas desde el pluralismo, el elitismo y el nuevo institucionalismo)*, Instituto de Ciéncias Polítiques i socials, Barcelona, 2009.

(65) Partidario de la tesis de la necesidad de los grupos de presión en las democracias hodiernas L. BARTOLUCCI, *La trasparenza delle attività dei gruppi di pressione presso il Parlamento Europeo*, en L. BARTOLUCCI, I. DEL VECCHIO, F. FRADELLA, L. LORENZINI, F. PANGI, *L'Unione europea. Le forme di visibilità nel Parlamento europeo*, in Osservatorio delle fonti, n.2/2014; ver también R. RUBIO NUÑEZ, *Los grupos de presión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.

conclusión, respecto a la premisa de partida, o sea, la participación activa de las tres agrupaciones en el proceso decisional y representativo de la Unión, puede concluirse— excepto para las fundaciones políticas europeas— que las interacciones que tanto los lobbies como los intergrupos mantienen con los sujetos políticos protagonistas del sistema europeo de partidos son no solamente inevitables sino más bien necesarias. Por lo tanto, la única vía practicable para proteger el parlamentarismo europeo de las posibles distorsiones que estos sujetos pueden ocasionar resulta ser la superación de esta primera fase de institucionalización y el comienzo de una nueva etapa, la de la normativización.

LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LAS CORTES GENERALES Y LA EXPERIENCIA EN EL SENADO

MANUEL PEREIRA GONZÁLEZ(*)

JOSÉ ÁNGEL ALONSO LÓPEZ(**)

SUMARIO: ¿QUÉ ES LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL?

CLAVES PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL PARLAMENTARIA.

HOJA DE RUTA HACIA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DEL PARLAMENTO.

LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN EL SENADO.

ENLACES RELEVANTES.

(*) Asesor Facultativo de las Cortes Generales

(**) Director de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Senado

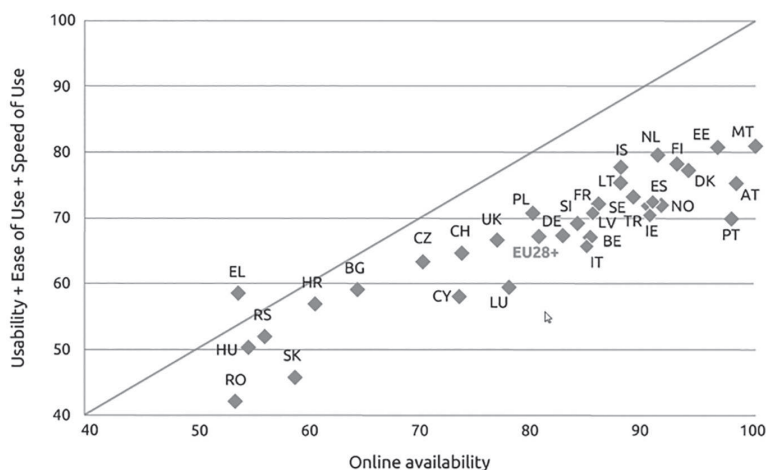
¿QUÉ ES LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL?

Las nuevas tecnologías están cambiando la forma en que las personas nos comportamos, relacionamos e interaccionamos con el medio. Estamos inmersos en un proceso de transformación digital constante, un proceso de adaptación a tecnologías como Internet, las aplicaciones móviles o el GPS que confluyen en los teléfonos inteligentes o smartphones, y que utilizamos a diario para multitud de tareas como enviar mensajes de WhatsApp, leer el correo electrónico o ver la predicción del tiempo entre otras.

Las organizaciones, al igual que las personas, están embarcadas en un proceso de transformación digital que consiste en la incorporación de los avances tecnológicos para mejorar su eficiencia y eficacia en la consecución de sus objetivos. Se trata de mejorar la forma en la que desempeña su función, lo que exige “rediseñar” los procedimientos de la organización a través de la utilización de la tecnología digital. Esta transformación se está llevando a cabo con mayor o menor celeridad en todas las organizaciones, y las Administraciones Públicas no son una excepción: deben adaptarse a las nuevas tecnologías para realizar su función más eficientemente y ofrecer más y mejores servicios a sus clientes, los ciudadanos. La transformación digital en las Administraciones Públicas afecta no sólo a sus relaciones con los ciudadanos sino también a su modo de actuar:

- La transformación digital a nivel externo: consiste en ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de relacionarse con las Administraciones

Públicas por medios electrónicos. La hoy derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, supuso un gran avance en este sentido ya que consagró el derecho a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos e impuso a las Administraciones Públicas la obligación de dotarse de los medios para que ese derecho pudiese ejercerse. España se ha convertido, gracias en gran medida al impulso de esta ley, en uno de los países de referencia dentro de la Unión Europea en cuanto a Administración Electrónica se refiere, según destaca el informe de la Comisión Europea “eGovernment Benchmark 2016”. En el siguiente gráfico de dicho informe se aprecia que España (ES) se encuentra posicionada muy por encima de la media de la Unión Europea tanto en la cantidad de servicios ofrecidos online como en su calidad y facilidad de uso:



El informe “E-Government Survey 2016” de las Naciones Unidas también sitúa a España en los primeros puestos a nivel mundial respecto a Administración Electrónica (en el puesto 17 de 193 países analizados).

- La transformación digital a nivel interno: la conocida como Administración Digital no solo promueve ofrecer servicios electrónicos a los ciudadanos, sino que también sirve, a través de la implantación de herramientas tecnológicas, para modernizar el

funcionamiento de las Administraciones Públicas. En el ámbito normativo, diversas leyes han impulsado en los últimos años la transformación digital de las Administraciones Públicas (es decir, su evolución hacia la “Administración Digital”):

- La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno que, además de reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información pública, incrementa la transparencia en la actividad pública a través de obligaciones de publicidad activa en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web de las Administraciones y entidades públicas. El movimiento de la transparencia ha supuesto un impulso para la digitalización de los procedimientos internos de las Administraciones Públicas, gracias a esta obligación de publicidad activa, ya que, para poder publicar la información en la web o la sede electrónica, es necesario que esta se encuentre en formato digital.
- La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que simplifica los medios para acreditar la identificación y la firma electrónica y establece el seguimiento del formato electrónico en la tramitación de los expedientes administrativos. Entre otras novedades, esta ley dispone la obligación de todas las Administraciones Públicas de contar con un registro electrónico general, así como un archivo electrónico de los documentos que correspondan a procedimientos finalizados.
- La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que promueve el archivo electrónico de documentos utilizados en las actuaciones administrativas y establece la obligación, entre otras, de que las Administraciones Públicas se relacionen entre sí a través de medios electrónicos.

En los últimos años las Administraciones Públicas, empujadas por la demanda de la ciudadanía y el nuevo entorno normativo, han emprendido su proceso de transformación digital. Para ello han comenzado por planificar y plasmar su declaración de intenciones en una serie de documentos:

- En el contexto de la Agenda Digital para Europa, el informe de la Comisión Europea “Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020: Acelerar la transformación digital de la Administración”, que manifiesta que *“Si bien los Estados miembros tienen sus propias estrategias y desarrollan sus propias actividades, el presente Plan de Acción, basado en una visión conjunta a largo plazo, establece una serie de principios que cualquier iniciativa posterior debería respetar para disfrutar de los considerables beneficios que la administración electrónica puede reportar a las empresas, los ciudadanos y las propias administraciones públicas.”*.
- A nivel estatal, el “Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado y sus organismos públicos – Estrategia TIC 2015-2020”, que *“...constituye el marco estratégico global para avanzar en la transformación de la Administración, estableciendo sus principios rectores, los objetivos y las acciones para alcanzarlos así como los hitos para el desarrollo gradual de la Administración Digital...”*.
- A nivel autonómico y local existen también multitud de iniciativas que marcan la planificación estratégica en cuanto a transformación digital en sus diferentes ámbitos.

CLAVES PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL PARLAMENTARIA

El parlamento no puede ser ajeno al imparable proceso de transformación digital de empresas e instituciones. La Administración Parlamentaria, al igual que el resto de Administraciones Públicas, debe aprovechar las oportunidades que brinda el nuevo entorno digital para facilitar sus interacciones con el ciudadano y optimizar sus procedimientos internos. En el proceso de modernización del parlamento español a través del uso de las nuevas tecnologías, las Cámaras deberán adaptar su normativa interna y sus procedimientos a los principios de administración digital que han inspirado las leyes 39/2015 y 40/2015.

El “Informe Mundial 2016 sobre Parlamento Electrónico” de la Unión Interparlamentaria pone de manifiesto la existencia de multitud de iniciativas de modernización tecnológica parlamentaria a

nivel mundial, algunas de las cuáles no han finalizado con éxito por distintos motivos. Es fundamental, a la hora de abordar un reto de esta magnitud, aprender de otras experiencias para evitar cometer los mismos errores. A continuación, se enumeran una serie de principios de actuación necesarios para abordar un proyecto de transformación digital parlamentaria con probabilidad de éxito:

1. **Planificación e implantación gradual:** Todo proyecto de cierta envergadura requiere de un proceso de planificación previo, y este no es una excepción. No se pueden dejar aspectos importantes a la improvisación, es necesaria una planificación estratégica que se plasme en una serie de decisiones tácticas y operativas concretas. Se recomienda realizar una planificación incremental con fases o ciclos cortos y frecuentes realimentaciones para poder corregir el rumbo cuanto antes frente a posibles contratiempos. Así, ir dando pasos sólidos y consolidados, manteniendo siempre en mente los objetivos a largo plazo. La adaptación incremental permite a los usuarios ir acostumbrándose al uso de las nuevas tecnologías y herramientas gradualmente, ir inculcando en la organización la cultura del cambio tecnológico, la tramitación electrónica sin papeles, etc.
Para maximizar las probabilidades de éxito y reducir las desviaciones respecto a las fechas previstas, es fundamental evitar que las cuestiones urgentes del día a día impidan abordar cuestiones no tan urgentes, pero más importantes. Para evitar esto, una buena estrategia es definir un equipo de trabajo que realice tareas a medio y largo plazo.
2. **Gestión del cambio y liderazgo:** En muchas ocasiones la adaptación a las nuevas tecnologías sirve como catalizador del cambio, es la “excusa perfecta” para dinamizar la transformación de una organización. Sin embargo, hay que tener interiorizado en todo momento que la transformación digital del parlamento es un proyecto organizativo cuyo mayor reto es la gestión del cambio, no las cuestiones tecnológicas (la tecnología es sólo una herramienta). Como todo proceso de gestión del cambio, resulta imprescindible que exista un fuerte liderazgo. Es fundamental contar con el apoyo de la alta dirección, tanto de la Secretaría General como de los responsables políticos al más alto nivel: las Mesas de las Cámaras.

El “Informe Mundial 2016 sobre Parlamento Electrónico” de la Unión Interparlamentaria indica que *“Los retos a los que los parlamentos se enfrentan van más allá de la simple adopción de tecnología: muchos de ellos son estratégicos y deben abordarse de forma sistémica, con un compromiso tanto político como institucional... Para poner en práctica los beneficios reales de las TIC, los parlamentos deben comprometerse con una visión y un cambio estratégico respaldados por los niveles más altos de la institución.”*

3. **Reorganización interna de los servicios TIC:** Uno de los motivos por los que es necesario el apoyo de la alta dirección es que abordar un proyecto de este calado muy probablemente requerirá cambios organizativos impulsados por la Secretaría General, como la adaptación de los puestos y funciones de las plantillas orgánicas, o la externalización o reasignación de ciertos servicios sin valor añadido para dedicar los recursos críticos a tareas más alineadas con el cambio tecnológico. Al tratarse de un parlamento bicameral, se plantea también la cuestión de la viabilidad de abordar el proyecto de transformación digital independientemente en cada Cámara, o la conveniencia de crear una estructura común en las Cortes Generales para afrontar el proyecto en ambas Cámaras simultáneamente (al estilo del Reino Unido, donde existen unos servicios TIC compartidos por la Cámara de los Lores y la de los Comunes). Se trataría de una centralización análoga a la realizada por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) en la Administración General del Estado, cuyas medidas han recibido numerosos premios y reconocimientos por su enfoque y resultados. El uso de infraestructuras y servicios informáticos comunes a las dos Cámaras podría ofrecer resultados a corto plazo en ámbitos como la centralización de los servicios de correo electrónico, registros telemáticos, servidores para proceso y salvaguarda de la información, procedimientos conjuntos de contratación, etc. A medio plazo se obtendrían beneficios derivados de las economías de escala en ámbitos como la página web, intranet y aplicaciones de gestión internas como la nómina o la gestión contable. También podría plantearse el desarrollo de un sistema centralizado de tramitación parlamentaria que abarcara todo el ciclo de vida del procedimiento legislativo en las dos Cámaras,

incorporando nuevos servicios como la gestión de enmiendas de textos legislativos en ambas Cámaras, y otras funciones avanzadas como los textos comparados a lo largo de toda la tramitación, la gestión del detalle del proyecto de presupuestos, etc.

4. **Seguimiento de la evolución del mercado tecnológico:** A menudo surgen tecnologías disruptivas que pueden hacer modificar el rumbo de las organizaciones para adaptarse a ellas. Al tratarse de un proyecto de transformación que puede abarcar un largo periodo de tiempo, es fundamental mantenerse informado de la evolución del mercado tecnológico, no tomar la planificación estratégica inicial como algo estático, evolucionar en función de las necesidades y el entorno. Ejemplos de tecnologías a tener en cuenta podrían ser el uso de Internet y los dispositivos móviles, las redes sociales, la nube, el big data, el Internet de las cosas, etc.

HOJA DE RUTA HACIA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DEL PARLAMENTO

Una vez identificadas algunas claves para abordar un proyecto de transformación digital dentro del parlamento, se pretende mostrar una posible hoja de ruta, estructurada a través de varias fases que se apoyan unas sobre otras, de forma análoga a como podría abordarse la construcción de un edificio, empezando por tener unos buenos cimientos que soporten el resto de la estructura. Hay que destacar que, aunque se van cerrando ciclos, cada una de estas fases constituye un proyecto vivo y en constante evolución (siguiendo con la analogía del edificio, es necesario realizar mantenimiento preventivo y correctivo, así como obras que mejoren su estructura o instalaciones).

Fase 1: Infraestructura tecnológica física

Es fundamental disponer de unas infraestructuras tecnológicas físicas que den soporte a los programas y servicios que se implantarán en las siguientes fases. Hay que tener en cuenta la estructura informática de servidores (en uno o varios Centros de Proceso de Datos), cabinas de almacenamiento, comunicaciones dentro y fuera de las Cámaras, así como los sistemas de seguridad física y lógica en sus diferentes niveles. También hay que contar con ordenadores personales en los puestos de los usuarios con antivirus, lector de correo electrónico,

suite ofimática, y la potencia suficiente para ejecutar con fluidez las nuevas aplicaciones que habrá que implantar.

Fase 2: Sistema de tramitación parlamentaria

Una vez que se dispone de la infraestructura tecnológica física, el primer paso hacia un parlamento digital es disponer de un sistema que permita gestionar toda la actividad parlamentaria de la Cámara (procedimiento legislativo, control de la acción del Gobierno, aprobación de los presupuestos del Estado, etc.). Pese a tratarse de un sistema de información específico de contenido parlamentario, es conveniente que cumpla los estándares de gestión documental electrónica que garanticen la interoperabilidad y la explotación de datos y documentos.

Una característica importante de este sistema es que debe facilitar la consulta de datos para su publicación en la página web, ya que será la principal fuente de información parlamentaria. Otra característica deseable de la aplicación de gestión parlamentaria es que posibilite la publicidad de los trabajos legislativos en un punto único que permita al ciudadano conocer la situación de una iniciativa parlamentaria independientemente de la Cámara en que se encuentre.

Fase 3: Página web, transparencia y servicios al ciudadano

La página web del parlamento es su cara visible para el ciudadano, la fachada (siguiendo con la analogía del edificio). Es fundamental disponer de una web moderna y dinámica, en constante evolución, que cuente con capacidades de búsqueda, accesibilidad para personas con discapacidad, datos abiertos, y funcione correctamente con dispositivos móviles ya que, según el informe “La Sociedad de la Información en España 2016” de la Fundación Telefónica, en 2016 el 92% de los internautas accedieron a Internet desde el smartphone, casi 20 puntos porcentuales más que quienes lo hicieron desde el ordenador personal. En cuanto a contenido, además de contar con información sobre el parlamento y su actividad, debería contener información organizativa, económica, presupuestaria y contractual como mínimo con el nivel de desglose que requiere la legislación reguladora de la transparencia y

los acuerdos adoptados por las Mesas, así como una sede electrónica con servicios al ciudadano.

Aunque algo obsoleto porque data del 2009, para más información puede consultarse el informe “Directrices para sitios web parlamentarios” de la Unión Interparlamentaria, que refleja muchas de las características que debería tener la página web de un parlamento.

Fase 4: Componentes de software horizontales

Una vez reformada la fachada del edificio, lo siguiente es “arreglar la casa por dentro”. El objetivo a partir de entonces es digitalizar y optimizar los procedimientos internos, abordando el reto como un proyecto incremental (planta por planta del edificio). Pero antes de comenzar esa tarea es necesario establecer una serie de infraestructuras comunes. Trasladando el concepto al proyecto de transformación digital, esto se traduce en el desarrollo de una serie de componentes de software de propósito general – horizontales – que no están enfocados a una funcionalidad específica como la nómina o la gestión parlamentaria, sino que ofrecen servicios comunes al resto de programas de la organización, y que servirán de apoyo a la reingeniería de procedimientos internos de la próxima fase. A continuación, se relacionan algunos de estos componentes:

- Autenticación y autorización: Componente que permite la identificación de los usuarios en todos los sistemas de la organización de manera segura y centralizada, así como la descripción de los permisos o credenciales de que dispone cada uno de ellos.
- Firma digital: Componente que permite la firma de documentos digitales con garantías jurídicas, utilizando certificados digitales personales o del organismo (sello de órgano).
- Digitalización certificada: Componente de escaneo de documentos que garantiza jurídicamente la autenticidad de la copia digital.
- Comunicaciones y notificaciones electrónicas: Componente de envío de comunicaciones o notificaciones electrónicas a través de distintos medios.
- Gestor documental: Componente que centraliza el almacenamiento de todos los documentos electrónicos de la organización

(con sus metadatos), y que incluye capacidades de búsqueda e indexación.

- Tramitador electrónico: Integra el uso de todos los componentes horizontales previos en un escritorio único para la tramitación de expedientes electrónicos, e incluye reglas de tramitación, formularios de introducción de información, pantallas de consulta y visualización de datos, notificaciones y alertas frente a ciertos eventos de tramitación, etc.
- Registro electrónico general: Permite digitalizar toda la documentación que entra o sale de la organización y la almacena en el gestor documental (en la línea de lo que propone el Artículo 16 de la Ley 39/2015). Utiliza el componente de digitalización certificada de documentos para dar validez jurídica a toda la documentación incorporada al sistema.
- Sistema de archivo: Componente que centraliza la gestión del archivo electrónico de expedientes. Permite la definición de series documentales y distintas políticas de conservación y expurgo de documentos.
- Framework de desarrollo de aplicaciones: Marco de trabajo para el desarrollo de todas las aplicaciones que no se encarguen de la tramitación electrónica de expedientes, y por tanto no puedan ser implementadas utilizando el tramitador.

Fase 5: Tramitación electrónica de procedimientos administrativos

Esta fase consiste en una reingeniería de los procedimientos internos para implantar su tramitación electrónica y eliminar el uso del papel. Se pueden seleccionar algunos procedimientos piloto para empezar, y así comenzar a acostumbrar a los usuarios al uso del tramitador electrónico como herramienta de trabajo. En paralelo se debería revisar, con carácter general, la tramitación del resto de procedimientos, el cuadro de clasificación funcional y el de procedimientos, así como las series documentales, con el objeto de redefinir, cuando sea necesario, la estructura básica de los expedientes y de los documentos que los integran. No se trata sólo de una descripción de cómo se realizan actualmente cada uno de los procedimientos internos, se trata en muchas ocasiones de volver a pensar sobre ellos para identificar posibles mejoras, y realizar una reingeniería en

aquellos casos en que sea necesario. En esta tarea es conveniente la colaboración de las unidades encargadas de la gestión, con personal especializado en tratamiento documental (archiveros) y desarrollo informático (analistas y programadores).

Para aquellos procedimientos cuya naturaleza no se adapte a un flujo de tramitación electrónica de expedientes, podrían crearse aplicaciones a medida utilizando el framework de desarrollo de aplicaciones establecido en la fase anterior.

LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN EL SENADO

Como se ha mencionado anteriormente, uno de los principios de la transformación digital es la planificación estratégica y operativa. La técnica de definir planes informáticos plurianuales que enmarquen la actividad en el ámbito de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, ha sido utilizada desde el año 1991 por la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la Secretaría General del Senado. En la página web del Senado puede consultarse el “Plan Informático y de Comunicaciones 2016-2019” que marca las líneas estratégicas del periodo actual, así como los dos anteriores (2009-2012 y 2013-2015), y los últimos planes de actuación anuales que engloban la planificación operativa.

El liderazgo y apoyo de la alta dirección también han supuesto un factor fundamental para abordar proyectos tecnológicos con éxito. Además del apoyo explícito de la Mesa de la Cámara a través de la aprobación periódica de los planes informáticos y de comunicaciones, la Secretaría General es consciente de la necesidad de una transformación impulsada por las nuevas tecnologías. Un ejemplo de proyecto exitoso es el de la presentación telemática de iniciativas parlamentarias, inicialmente las preguntas con respuesta escrita formuladas por los parlamentarios al gobierno, que en la actualidad se ha extendido a solicitudes de informes, presentación de enmiendas a textos legislativos en comisión y votos particulares a dictámenes de textos legislativos en el Pleno. Entre las dos opciones posibles, que se pudieran presentar también por el tradicional procedimiento de papel ante el registro o sólo por el procedimiento telemático, se optó

por la segunda. Tras la decisión de hacer obligatoria la presentación telemática de las preguntas escritas en el Senado se tramitaron en la X Legislatura más de 86.000 por este medio.

A continuación, se muestran algunos de los pasos que se han ido dando hacia la transformación digital del Senado, siguiendo el esquema de fases definido en la hoja de ruta del apartado anterior.

Fase 1: Infraestructura tecnológica física en el Senado

En el año 2007 se comenzó a implantar una infraestructura de virtualización de servidores que ha ido evolucionando para consolidar todos los antiguos servidores físicos. Respecto al almacenamiento de la información de estos servidores, en 2017 se está licitando un procedimiento abierto para la sustitución del sistema anterior. Adicionalmente, se dispone de una infraestructura de servidores y almacenamiento de respaldo en una ubicación física distinta a la del Senado, para prevenir posibles pérdidas de datos en caso de catástrofe.

En lo que respecta a las comunicaciones, está en marcha un procedimiento de contratación para la renovación de los componentes electrónicos de la red. Se trata de un proyecto estratégico de gran envergadura que afecta a toda la red informática del Senado y que se abordará de manera gradual.

En el ámbito de la seguridad informática se han desarrollado múltiples proyectos en los últimos años, incluyendo sistemas de seguridad física y lógica a distintos niveles, como firewalls perimetrales y de aplicación web, sistemas de antivirus en servidores y puestos de trabajo, etc.

Fase 2: Sistema de tramitación parlamentaria en el Senado

El sistema de información GELABERT se encarga de la gestión de la tramitación parlamentaria desde los primeros años de la implantación de las nuevas tecnologías en el Senado. En este sistema, que surgió a finales de los años 80 del siglo pasado como evolución del utilizado en el Congreso de los Diputados (ARGO), se gestionan

los expedientes parlamentarios de proyectos y proposiciones de ley, así como los diversos instrumentos de control al Gobierno. También incluye la gestión de los asuntos parlamentarios de las reuniones de la Mesa, las publicaciones oficiales, etc. El sistema ha evolucionado notablemente desde su concepción original, y en los últimos años se han incluido nuevas funcionalidades como la tramitación electrónica de las preguntas con respuesta escrita, la generación automática del Diario de Tramitación Parlamentaria, la votación telemática, la adaptación al sistema de emisión de vídeo y otras muchas modificaciones, muchas de ellas derivadas de la publicación de información en la página web.

Se prevé que en el futuro sea necesario adaptar este sistema de tramitación parlamentaria a las nuevas tecnologías de desarrollo de aplicaciones y así facilitar futuras evoluciones derivadas de posibles cambios normativos, centralizar los datos de las distintas legislaturas, incorporar el registro telemático de otros tipos de iniciativa, etc.

Fase 3: Página web, transparencia y servicios al ciudadano en el Senado

En el año 1996 comenzó el desarrollo de la primera página web del Senado, un proyecto que culminó en noviembre de 1997 con la inauguración de la web <http://www.senado.es>. Sin embargo, la versión actual de la página web data de noviembre de 2012, fruto de un rediseño completo en cuanto a forma y contenido. Actualmente el Senado cuenta con una página web moderna, segura, adaptada a las nuevas tecnologías y accesible para discapacitados, que puede consultarse desde dispositivos móviles y contiene portales específicos dedicados a temas como la transparencia, los datos abiertos, la factura electrónica o el perfil del contratante. La actualización de los contenidos de la página web se realiza de forma descentralizada desde cada una de las Direcciones de la Secretaría General.

Desde la página web se ofrecen distintos servicios de administración electrónica, como la tramitación de solicitudes de acceso a la información pública del Senado, la remisión de facturas electrónicas por parte de proveedores, o la inscripción en procesos selectivos, de

los que se han tramitado durante 2016 más de 3.000 inscripciones online en oposiciones de Cortes Generales, selección de personal laboral y distintas becas del Senado.

Todos estos servicios se incluirán dentro de la Sede Electrónica del Senado, cuya publicación está prevista durante el año 2017. También está previsto incorporar mejoras en el sistema de búsqueda de la web, tomando como base las conclusiones obtenidas tras un proyecto piloto realizado en el año 2015.

Fase 4: Componentes de software horizontales en el Senado

Desde hace años se ha ido abordando en el Senado el desarrollo de componentes horizontales que dan soporte a las necesidades tecnológicas derivadas de la transformación digital. Este proceso, que se ha visto acelerado desde el año 2015, ha facilitado el que actualmente se disponga de los siguientes sistemas:

- Autenticación y Autorización: Actualmente se dispone de un sistema de gestión de identidades que centraliza la identificación de los usuarios en los sistemas de la Cámara, así como sus permisos y credenciales de acceso. Este medio clásico está pensado para permitir acceder a los sistemas desde la red interna a usuarios “conocidos”: los Senadores, su personal de confianza, el personal de los grupos parlamentarios y el de la Secretaría General. Próximamente será necesario evolucionar el sistema de identificación actual para permitir acceder desde cualquier ubicación y dispositivo, y facilitar el acceso de cualquier ciudadano a ciertas funcionalidades como las que estarán disponibles en la Sede Electrónica.
- Firma digital: Desde el año 2008 se han realizado diversos trámites en el Senado usando firma electrónica basada en procedimientos criptográficos, como la firma de preguntas parlamentarias, solicitudes de informes y presentación de enmiendas a proyectos de ley. En 2015 se definió una nueva política de firma y se implantó una plataforma de firma electrónica que se integra con la plataforma @firma de la Administración General del Estado a través de la red Sara, y que distingue entre tres posibles casos:

- Firma electrónica de usuarios que acceden a la Intranet con nombre de usuario y contraseña previamente concertados.
- Firma electrónica de usuarios que, además de acceder con nombre de usuario y contraseña concertados, reciben una contraseña de un solo uso en sus teléfonos móviles en el momento de firmar y deben trasladarla al formulario del trámite.
- Para los casos que exigen mayor nivel de seguridad o conllevan relaciones con instituciones externas, firma criptográfica con certificado reconocido.

En el futuro se planteará una posible integración de este sistema con el sistema Cl@ve de la Administración General del Estado, que pretende ser una plataforma común para la identificación, autenticación y firma electrónica.

- Digitalización certificada: Durante el año 2016 se adquirió y adaptó un software que permite la digitalización certificada de documentos a través de su escaneo y firma electrónica, de forma que los documentos digitalizados tengan validez jurídica.
- Comunicaciones y notificaciones electrónicas: Aunque actualmente no se dispone de una plataforma de notificación electrónica, sí que se cuenta con un sistema centralizado de comunicaciones electrónicas que permite el envío de SMSs, correos electrónicos o avisos mostrados en la intranet del Senado para usuarios internos. En el futuro se podría evaluar la integración con el sistema de notificaciones telemáticas Notific@ de la Administración General del Estado.
- Gestor documental: En 2016 se licitó un procedimiento abierto para el suministro de un sistema de gestión documental basado en el software Alfresco, que ya se encuentra en funcionamiento. Actualmente se están modificando las diversas aplicaciones que almacenan documentos en base de datos para que comiencen a hacerlo en el gestor documental.
- Tramitador electrónico: Durante el primer semestre del 2016 se realizó una evaluación de las distintas alternativas existentes para disponer de una herramienta de tramitación electrónica de procedimientos. Para ello se hizo un estudio del mercado y se mantuvieron diversas reuniones con proveedores de tecnología y

otras administraciones públicas, cuyas conclusiones se plasmaron en un informe. Actualmente se está finalizando la instalación de la plataforma de tramitación electrónica seleccionada, así como su integración con el resto de componentes horizontales.

- Registro administrativo general: Como primer paso hacia la eliminación del papel en los procedimientos administrativos, en febrero de 2016 se puso en marcha la aplicación del registro administrativo general del Senado. Se trata de un registro único para todos los asuntos administrativos en el que queda constancia de toda la documentación que entra o sale de la Cámara. Tras el primer año de funcionamiento hay registrados 8.050 asientos de entrada (4.319 en papel y 3.731 generados electrónicamente desde programas) y 1.084 asientos de salida. Actualmente se está trabajando en una nueva versión que incorpora la digitalización certificada de documentos y la generación de justificantes que incluyen un código seguro de verificación (CSV), que permite descargar la documentación registrada desde la página web del Senado.
- Sistema de archivo: Junto con el tramitador electrónico se ha instalado también una herramienta de gestión de archivo electrónico, que permite la definición del cuadro de clasificación de las distintas series documentales y las políticas de archivo asociadas a cada una de ellas.
- Framework de desarrollo de aplicaciones: En 2015 se realizó un estudio para evaluar las posibles alternativas que sirviesen como marco de trabajo para el desarrollo de las aplicaciones que no pudiesen implementarse utilizando el tramitador electrónico. Fruto de este estudio, en 2016 el Senado firmó un convenio para la cesión del derecho de uso del framework de desarrollo de aplicaciones ATLAS, propiedad de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid.

Fase 5: Tramitación electrónica de procedimientos administrativos en el Senado

Para finalizar con la implantación del tramitador electrónico y verificar su correcta integración con los distintos componentes horizontales, a finales de 2016 se comenzaron a desarrollar dos proyectos

piloto de tramitación electrónica de expedientes administrativos que abarcan todas las fases del procedimiento hasta el archivo del expediente, y cuya finalización está prevista dentro del primer semestre del 2017. En paralelo a estos pilotos se está trabajando en la identificación, definición y reingeniería de todos los procedimientos internos, revisando la descripción de cada serie documental y utilizando como elemento de categorización el cuadro de clasificación funcional y el cuadro de procedimientos de la Secretaría General del Senado.

Por otra parte, en el marco del convenio con la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, desde el año 2016 se está utilizando el framework ATLAS para el desarrollo de las nuevas aplicaciones para las que no se utiliza el tramitador electrónico de expedientes. Aunque inicialmente se tuvieron que realizar determinadas adaptaciones específicas para el uso de este marco de trabajo en el Senado, actualmente ya existen ocho aplicaciones y servicios web que lo utilizan, algunas de especial relevancia como la gestión de procesos selectivos de personal.

ENLACES RELEVANTES

- Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020: Acelerar la Transformación Digital de la Administración <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-egovernment-action-plan-2016-2020>
- Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado y sus organismos públicos – Estrategia TIC 2015-2020 https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/dms/pae_Home/documentos/Estrategias/Estrategia_TIC/20151002-Plan-transformacion-digital-age-oopp.pdf
- Informe trimestral de seguimiento de las medidas de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) – Junio 2016 http://www.sefp.minhafp.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/actuaciones-informes/proceso/CORA-Informe-trimestral-de-seguimiento-Junio-2016.pdf
- Plan Informático y de Comunicaciones del Senado 2016-2019

- http://www.senado.es/web/wcm/idc/groups/public/@cta_info_atp/documents/document/mdaw/mdk0/~edisp/senpre_183404.pdf
- Informe de la Comisión Europea “eGovernment Benchmark 2016”
<https://www.capgemini.com/resources/egovernment-benchmark-2016>
 - Informe “E-Government Survey 2016” de las Naciones Unidas
<https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2016>
 - Informe Mundial 2016 sobre Parlamento Electrónico de la Unión Interparlamentaria
<http://www.ipu.org/pdf/publications/eparl16-sp.pdf>
 - Directrices para sitios web parlamentarios de la Unión Interparlamentaria
<http://www.ipu.org/PDF/publications/web-s.pdf>
 - Convenio de colaboración del Senado con la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid para el uso del framework de desarrollo de aplicaciones ATLAS
<http://www.senado.es/web/relacionesciudadanos/transparencia/informacioneconomicacontractual/convenios/index.html>

TÉCNICA LEGISLATIVA Y CRISIS ECONÓMICA: LEYES ÓM-NIBUS Y DE MEDIDAS EN EL ESTADO Y LAS COMUNIDA-DES AUTÓNOMAS

DAVID DELGADO RAMOS(*)

SUMARIO:1.— INTRODUCCIÓN. 2.— LA TÉCNICA LEGISLATIVA
COMO PARÁMETRO DE CALIDAD NORMATIVA. 2.1.—
*La técnica legislativa como pilar de la segu-
ridad jurídica.* 2.2.— *La técnica legislativa en
un contexto de crisis.* 3.— CONCLUSIONES.

(*) Doctor en Derecho

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, agravado por la profunda recesión y la crisis económica, los sucesivos gobiernos, –fuesen éstos del Estado o las Comunidades Autónomas-, han hecho de las leyes ómnibus y de las leyes de medidas instrumentos legislativos “cajón de sastre” para aunar, en un único texto, múltiples cambios normativos sin conexión aparente entre sí.

Estas leyes, profusamente usadas en la larga crisis económica española (2007-2014), no son, no obstante, una construcción *ex novo* del Legislador, sino que hunden sus raíces en el inicio de los años noventa, como herramienta útil que trataba de agilizar el procedimiento legislativo acelerando la entrada en vigor de pequeños cambios legales en un elevado número de leyes.

Sin embargo, de un uso residual en origen se pasó a un uso excesivo amparado por la urgencia de la necesidad o la necesidad de la urgencia, en la que, utilizando como común denominador el ajuste de los desequilibrios económico-presupuestarios, se mezclaron medidas de reforma de la Administración Pública, de reducción del gasto y de incrementos tributarios, junto a otras que nada tenían que ver, centradas en el tráfico jurídico privado mercantil.

Una urgencia que, en un gran número de casos, no era tal, sino la justificación aparente de la voluntad de los diversos gobiernos estatales o autonómicos por aprobar más y más normas, y cada vez más rápido.

El resultado normativo ha sido un *totum revolutum* asistemático y desorganizado que, lejos de contribuir a la seguridad jurídica, la ha subvertido, produciendo que ni el ciudadano conozca o pueda conocer con simplicidad y agilidad la norma aplicable, ni tampoco el juez, mermando así la Justicia y el Estado de Derecho.

En ese sentido, las leyes ómnibus y de medidas se han convertido en una suerte, —salvando las obvias diferencias—, de Real Decreto-ley *sui generis*, toda vez que acaban cumpliendo gran parte de los objetivos de la legislación de urgencia, aunque fruto de un procedimiento tosco y una articulación legislativa aún más tosca, —que va *in crescendo*—, desvirtúan el sentido de este tipo de regulación y su objetivo, —en teoría—, clarificador de la normativa.

Mediante este trabajo pretendemos exponer una visión general de la cuestión y de la problemática tangible y subyacente, desde una perspectiva de la técnica legislativa y de su adecuación a la calidad de las normas y a uno de los objetivos que debe tener toda ley: mejorar la calidad del Estado de Derecho.

2. LA TÉCNICA LEGISLATIVA COMO PARÁMETRO DE CALIDAD NORMATIVA

2.1. *La técnica legislativa como pilar de la seguridad jurídica*

Si entendemos la técnica legislativa como “*el arte de legislar clara y eficazmente*”(1), su asociación con el moderno principio de seguridad jurídica resulta directa, dado que una legislación clara y transparente, de fácil comprensión por el ciudadano y por quien tiene la labor de aplicar el derecho, la favorece e impulsa.

Por ello, el binomio técnica legislativa-seguridad jurídica constituye una conexión indisoluble en el Estado de Derecho, ya que permite asegurar la certeza de la norma para la sociedad y los ciudadanos al garantizar leyes de larga vigencia al margen de gobiernos e ideologías,

(1) GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, Piedad. *Manual de Técnica Legislativa*. Editorial Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, pág. 24.

generando confianza y estabilidad y mejorando, así, la calidad de la democracia.

No es de extrañar, con este planteamiento, que la Constitución de 1978 recogiese, en su artículo 9.3, el principio de seguridad jurídica, –englobándolo en un marco general presidido por el principio de legalidad–, ni que el Tribunal Constitucional haya definido sus parámetros generales(2) en una doble vertiente(3), –objetiva y subjetiva–, cohonestándolos, en no pocas ocasiones, con una mejor técnica legislativa en el proceso de elaboración de las normas.

En ese sentido, establecido este binomio y su trascendencia constitucional, resulta comprensible entender la incidencia que tiene, para la seguridad jurídica, la elaboración de las leyes conforme a los principios de técnica legislativa.

2.2. *La técnica legislativa en un contexto de crisis*

La virulencia de la crisis económica, primero gradual para, después, ser cada vez más acusada, imprimió un sesgo de necesidad en la adopción de medidas correctoras en el ámbito macroeconómico, que encontraron su punta de lanza jurídica en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que el Gobierno español, tras el inicio de la crisis griega, optó por un ajuste económico-financiero al objeto de reducir el creciente déficit presupuestario español(4).

(2) Así lo hace en las SSTC 271/1981, 15/1986, 108/1986, 147/1986, 208/1988, 46/1990, 36/1991, 142/1993, 212/1996, 14/1998, 104/2000, 178/2000, 273/2000, 96/2002, 222/2003, 238/2007, 248/2007 y 84/2008, entre otras.

(3) Como explica García-Escudero, el Tribunal, en su STC 273/2000, “*ha distinguido una doble vertiente, objetiva y subjetiva, en el principio de seguridad jurídica, la primera relativa a la certeza de la norma y la segunda a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos*”. GARCÍA-ESCUDEO MÁRQUEZ, Piedad. *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Editorial Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010, pág. 18.

(4) El Presidente del Gobierno anunció el 12 de mayo de 2010, ante el Pleno del Congreso, que ante la gravedad de la crisis griega y los riesgos que se cernían sobre España, el Gobierno se veía obligado a un mayor esfuerzo de austeridad: “*el Gobierno ha decidido: reducir las retribuciones del personal del sector público en un 5 por ciento de media a partir de junio de 2010 y congelarlas en 2011; los miembros del Gobierno y*

Una normativa que recogía, como gran parte de los decretos-leyes que ese Gobierno y los sucesivos aprobaron al albur de la crisis, normativa dispar, pero con un denominador común, no siempre sistemático: un ajuste presupuestario en las diversas materias y partidas en él contenidas.

Este Real Decreto-ley, el de mayor enjundia y gravedad de toda la legislatura, conllevaba, además, una derivada jurídico-política muy negativa, ya que suponía una enmienda a la totalidad, de facto, de los Presupuestos Generales del Estado para ese año, que apenas llevaban cuatro meses y medio en vigor, lo que desmontaba totalmente el escenario macroeconómico planteado por el Gobierno tan sólo unos meses antes.

Sin embargo, con anterioridad a este Real Decreto-ley hubo otros textos normativos que fueron los que, con el avance de la recesión, particularmente a partir de 2009, impulsaron una “legislación de crisis” que puso el acento en el contenido material de la norma, descuidando absolutamente su forma.

Un ejemplo de ello lo constituyó la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

los demás altos cargos tendrán una reducción superior al último tramo de la escala que se establezca para los empleados públicos. Suspender para 2011 la revalorización de las pensiones, excluyendo las no contributivas y las pensiones mínimas. Eliminar el régimen transitorio para la jubilación parcial previsto en la Ley 40/2007. Eliminar la prestación por nacimiento de 2.500 euros a partir del 1 de enero de 2011. Reducir los gastos en farmacia mediante una revisión del precio de los medicamentos excluidos del sistema de precios de referencia y mediante la adecuación del número de unidades de los envases de los medicamentos a la duración estandarizada de los tratamientos, así como dispensación de medicamentos en unidosis. Suprimir para los nuevos solicitantes la retroactividad del pago de prestaciones por dependencia el día de presentación de la solicitud, estableciéndose paralelamente un plazo máximo de resolución de seis meses cuyo incumplimiento llevará aparejada retroactividad desde esa fecha. Se dispone asimismo una reducción entre 2010 y 2011 de 600 millones de euros en la ayuda oficial al desarrollo. Se prevé una reducción de 6.045 millones de euros entre 2010 y 2011 en la inversión pública estatal y se prevé un ahorro adicional de 1.200 millones de euros por parte de las comunidades autónomas y las entidades locales”. Estas medidas fueron aprobadas en el Consejo de Ministros del 20 de mayo y recogidas en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Una ley que, gestada con el doble objetivo(5) de adaptar la regulación a lo dispuesto en la Ley 17/2009 y, por otro lado, dinamizar el sector servicios, constituía el ejemplo más perfecto de *ley ómnibus*, dado que modificó cuarenta y ocho leyes, agrupadas en servicios profesionales, de ámbito laboral y Seguridad Social, servicios industriales y de la construcción, servicios energéticos, transporte y comunicaciones, servicios de información y medioambientales, además de incluir otras medidas.

Una ley, por ello, fuertemente contestada desde los sectores afectados, que vieron en ella *“una buena intención inicial, pero de dudosa eficacia en la práctica”*(6) y que, en opinión de algún autor dejaba, *“las cosas en términos generales tal y como estaban a pesar de que sobre el papel se modifican infinidad de leyes, para mortificación de juristas en particular y ciudadanos en general”*(7). En definitiva, y desde una perspectiva de técnica legislativa, suponía un instrumento que, lejos de clarificar, inducía a no poca confusión.

Posteriormente, otro ejemplo de ley ómnibus lo constituyó la ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de larga gestación, —estuvo dieciocho meses en plazo de enmiendas—, que tuvo un objetivo

(5) Con ese objetivo se definió en su exposición de motivos: *“El objetivo de la presente Ley es doble. En primer lugar, adapta la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en virtud del mandato contenido en su Disposición final quinta. En segundo lugar, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados. El entorno regulatorio resultante de la misma, más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, supondrá un significativo impulso a la actividad económica”*.

(6) MAGRO SERVET, Vicente. “Los actos de comunicación, la Ley Ómnibus y la eliminación del principio de la territorialidad de los procuradores”. *Diario La Ley*, nº 7400, Sección Doctrina, 12 de mayo de 2010, Año XXXI, pág. 2.

(7) LÓPEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. “La ley Ómnibus y el silencio administrativo”. *Diario la Ley*, nº 7465, Sección Tribuna, 10 de septiembre de 2010, Año XXXI, pág. 3.

impulsor de la economía y el crecimiento en el grave contexto de crisis económica que atravesaba España(8).

Esta ley se enmarcaba dentro de la Estrategia de Economía Sostenible aprobada por el Gobierno en noviembre de 2009 pero que, lejos de cumplir con sus objetivos, generó notable confusión, en gran parte debido a la modificación de un elevado número de leyes y la introducción de reformas regulatorias en el mercado financiero y de los seguros, entre otras, lo que incrementó la incertidumbre y la confusión normativa, propiciando el caos jurídico en su aplicación que la propia ley y sus promotores querían evitar.

2. LAS LEYES ÓMNIBUS Y LAS LEYES DE MEDIDAS

2.1. *Las leyes de medidas del Estado*

Fue el Estado quien, en el contexto de la crisis económica de 1993, comenzó a hacer uso de las leyes de medidas con la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, aprobada en paralelo a la Ley de Presupuestos Generales del Estado 1994.

Una ley que tenía como objetivo, como exponía en su exposición de motivos, *“la adopción de medidas legislativas de diversa índole*

(8) Como expuso en su preámbulo la Ley: *“La Estrategia incluye un variado elenco de iniciativas legislativas, reglamentarias y administrativas, así como la promoción de reformas en ámbitos específicos de la economía española como el laboral o el de la Comisión del Pacto de Toledo. Todas ellas pretenden servir a un nuevo crecimiento, a un crecimiento equilibrado, duradero: sostenible. Sostenible en tres sentidos: económicamente, esto es, cada vez más sólido, asentado en la mejora de la competitividad, en la innovación y en la formación; medioambientalmente, que haga de la imprescindible gestión racional de los medios naturales también una oportunidad para impulsar nuevas actividades y nuevos empleos; y sostenible socialmente, en cuanto promotor y garante de la igualdad de oportunidades y de la cohesión social.*

La presente Ley de Economía Sostenible es una de las piezas más importantes de la Estrategia ya que aborda, transversalmente y con alcance estructural, muchos de los cambios que, con rango de ley, son necesarios para incentivar y acelerar el desarrollo de una economía más competitiva, más innovadora, capaz tanto de renovar los sectores productivos tradicionales como de abrirse decididamente a las nuevas actividades demandantes de empleos estables y de calidad”.

que coadyuven al cabal cumplimiento de los objetivos económicos previstos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1994”, para lo cual establecía en la norma, en una triple vertiente, “determinados estímulos fiscales, dota a las Administraciones Públicas de unos instrumentos necesarios para llevar a cabo una adecuada reordenación del personal a su servicio y, por último, modifica el régimen jurídico de la protección por desempleo”.

Esta ley, con estos tres grupos de medidas incluidas(9), anticipaba una nota que, desde entonces, ha caracterizado a las leyes de presupuestos: su naturaleza deslavazada e inconexa entre las diferentes materias que agrupa y modifica.

Posteriormente, esta ley de medidas sería continuada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que vino a complementar, con una perspectiva de política económica, lo establecido por la Ley 22/1993 estableciendo, –como se explicaba en la exposición de motivos–, *“determinadas reformas en el ámbito tributario, modifica en parte el régimen jurídico de la Seguridad Social, introduce algunas innovaciones en la legislación laboral y en las normas reguladoras del régimen del personal al servicio de la Administración y atiende a necesidades concretas, tanto en el ámbito de la gestión administrativa como en el de la organización”.*

Esta ley añadiría a la nota anterior dos notas más que le serían características al común de las leyes de medidas: su carácter accesorio o complementario a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, –ya que serían aprobadas a finales de diciembre de cada año–, y su denominación, –ya que todas, sin excepción, serían definidas como

(9) Los tres grupos de medidas modificaron: las leyes tributarias (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre el Patrimonio, del Impuesto sobre el Valor Añadido, del Impuesto sobre Actividades Económicas y establece una nueva regulación de determinadas tasas), la regulación de la Función Pública (reasignación de efectivos y la situación administrativa de la expectativa de destino, la excedencia voluntaria incentivada, la jubilación anticipada incentivada y la cesación progresiva de actividades) y normativa en materia de empleo (la involuntariedad en la situación de desempleo debe ser demostrada mediante la búsqueda activa de empleo, aproximar la cuantía de la prestación a los porcentajes legalmente previstos en relación con las rentas netas dejadas de percibir por el trabajador y reordenación la protección por desempleo de nivel asistencial).

“de medidas fiscales, administrativas y de orden social”-, en una suerte de mezcolanza conceptual que contribuiría, cada vez más, a entender este tipo de normativa como “de cajón de sastre”.

El cambio de Gobierno producido en mayo de 1996, consciente de la virtualidad práctica de este tipo de normas, no puso fin a su uso, de nuevo amparado en instrumentos de política económica del Ejecutivo, como reveló la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

En ella, el nuevo Gobierno incluía medidas *“cuya finalidad es contribuir a la mejor y más efectiva consecución de los objetivos de la política económica del Gobierno que se contienen en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997, y en concreto al cumplimiento de los criterios de convergencia previstos en el artículo 109.J del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”*, para lo cual introducía modificaciones *“de naturaleza tributaria, reforma distintos aspectos de los regímenes jurídicos de protección social, del personal al servicio de las Administraciones Públicas y de Clases Pasivas del Estado y se ocupa de diversas reformas de contenido estructural que afectan a la actuación, gestión y organización de la Administración”*.

Tras ella, durante el resto de la legislatura y la siguiente, –ya en una fase de crecimiento expansivo de la economía–, el Gobierno hizo uso de las Leyes de Medidas como un instrumento más al servicio de la política económica, para lo cual, se introdujo en el primer párrafo de las exposiciones de motivos de todas y cada una de ellas que *“Los objetivos de política económica, plasmados en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para ..., requieren para su mejor ejecución la adopción de un conjunto de medidas de distinta naturaleza y alcance que se configuran como instrumentos eficaces al servicio de la acción política del Gobierno en los distintos ámbitos sectoriales en que ésta se desenvuelve”*.

Una introducción que, en el fondo, no hizo más que consolidar esta norma como elemento imprescindible de cara a la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para cada año, pero que también sirvió para consolidar un instrumento impreciso, confuso y asistemático de modificación de las normas que, además, *“excluye*

la intervención de las Comisiones de las Cámaras competentes por razón de la materia”(10).

No obstante, desde el año 2004, con el acceso al poder del nuevo Ejecutivo, el uso de estas Leyes de Medidas dejó de ser utilizado, siendo la última la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, poniendo con ello fin a una década con diez leyes de medidas aprobadas por el Estado(11).

2.2. *Las leyes de medidas de las Comunidades Autónomas*

Este fenómeno fue repicado en las Comunidades Autónomas, quienes comenzaron a hacer uso de él a mediados de los años noventa, con nombres muy similares e idéntica filosofía jurídica.

Así, la Comunidad Valenciana, pionera en el ámbito autonómico, aprobó la primera de estas leyes en 1995, con la Ley 8/1995, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de organización de la Generalitat Valenciana en cuyo preámbulo, –en un tenor muy similar al de las exposiciones de motivos de las leyes de medidas del Estado–, justificaba su existencia con el objetivo declarado de lograr “*Una mejor consecución de los objetivos de política presupuestaria y económica recogidos en la Ley de Presupuestos de la Generalidad Valenciana para 1996*”, lo que “*requiere la adopción de un conjunto de medidas, de distinta naturaleza y que afectan a una parte fundamental de los sectores en que se desenvuelve la actividad de la Comunidad, cuya finalidad básica es facilitar el cumplimiento de tales objetivos*”.

Medidas que, centradas en el ámbito de los empleados públicos autonómicos, la contratación administrativa y el patrimonio autonómico, sin olvidar el ámbito tributario y el sector público instrumental,

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Editorial Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 1999, pág. 80.

(11) El elenco completo es el siguiente: Ley 22/1993, de 29 de diciembre; Ley 42/1994, de 30 de diciembre; Ley 13/1996, de 30 de diciembre; Ley 66/1997, de 30 de diciembre; Ley 50/1998, de 30 de diciembre; Ley 55/1999, de 29 de diciembre; Ley 14/2000, de 29 de diciembre; Ley 24/2001, de 27 de diciembre; Ley 53/2002, de 30 de diciembre y Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

pretendieron servir de apoyo normativo complementario a la propia ley de presupuestos autonómica.

Esta primera ley, sin embargo, y a diferencia de lo ocurrido en el Estado, no sería fruto de un contexto económico determinado sino que, antes al contrario, su perdurabilidad se ha mantenido hasta el día de hoy. Así, este tipo de leyes se han aprobado con carácter anual desde 1997, —en 1996 no se aprobó otra ley de medidas en la Comunidad Valenciana—, y con un nombre que, desde la ley de medidas de 1998, se ha mantenido igual hasta la última aprobada, de 2014: “*de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana*” sumando, hasta el momento, diecinueve leyes de medidas de la propia comunidad.

Otras comunidades siguieron también el ejemplo valenciano, como la Comunidad de Madrid que, en 1996, con su Ley 15/1996, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, que ha mantenido su nombre desde entonces hasta la última aprobada, en 2014, con la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, aunque no su periodicidad, toda vez que la Comunidad de Madrid no hizo un uso constante de este tipo de leyes, sumando doce leyes en total(12).

En Asturias, Castilla y León, La Rioja y Murcia, donde comenzó su uso en 1997, tuvieron un uso parecido, algo menor en el caso de la comunidad castellanoleonese y murciana.

En Asturias, por ejemplo, se inició con la Ley del Principado de Asturias 7/1997, de 31 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales, en una tendencia similar a la de la Comunidad de Madrid y al resto de Comunidades Autónomas estudiadas, también con idéntico formato y objeto, pero con un uso menor, puesto que dejaron de ser usadas en 2010, con la Ley 13/2010, de 28 de diciem-

(12) Ley 15/1996, de 23 de diciembre; Ley 28/1997, de 26 de diciembre; Ley 24/1999, de 27 de diciembre; Ley 14/2001, de 26 de diciembre; Ley 13/2002, de 20 de diciembre; Ley 5/2004, de 28 de diciembre; Ley 7/2005, de 23 de diciembre; Ley 4/2006, de 22 de diciembre; Ley 7/2007, de 21 de diciembre; Ley 10/2009, de 23 de diciembre; Ley 6/2013, de 23 de diciembre y Ley 4/2014, de 22 de diciembre. Como se ve, la periodicidad no siempre es anual.

bre, de medidas presupuestarias y tributarias de acompañamiento a los Presupuestos Generales de 2011. No obstante, Asturias ha hecho un relevante uso de este tipo de normas al contar, también, con once leyes de medidas en total(13).

En Castilla y León este proceso comenzó con la Ley 11/1997, de 26 de diciembre, de medidas económicas, fiscales y administrativas, aunque su uso en esta comunidad sería inferior, hasta sumar diez(14) leyes de medidas en total, que finalizarían en 2004, para ser retomadas, tan sólo una vez más, en 2012, en el punto álgido de la crisis económica, con la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de medidas tributarias, administrativas y financieras centrada en la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria que, a diferencia de sus precedentes, no fue promulgada en diciembre, sino el 28 de febrero.

Murcia, por su parte, comenzó el uso de las leyes de medidas con la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, sin justificar el sentido de su uso(15), que ni siquiera justificó desde una óptica presupuestaria, como viene siendo habitual con este tipo de legislación. Posteriormente, a partir de la siguiente ley, de 1998(16), adoptaría una justificación que la conectase

(13) Ley 7/1997, de 31 de diciembre; Ley 18/1999, de 31 de diciembre; Ley 4/2000, de 30 de diciembre; Ley 14/2001, de 28 de diciembre; Ley 15/2002, de 27 de diciembre; Ley 6/2003, de 30 de diciembre; Ley 7/2005, de 29 de diciembre; Ley 11/2006, de 27 de diciembre; Ley 6/2008, de 30 de diciembre; Ley 4/2009, de 29 de diciembre y Ley 13/2010, de 28 de diciembre.

(14) Ley 11/1997, de 26 de diciembre; Ley 13/1998, de 23 de diciembre; Ley 6/1999, de 27 de diciembre; Ley 11/2000, de 28 de diciembre; Ley 14/2001, de 28 de diciembre; Ley 21/2002, de 27 de diciembre; Ley 13/2003, de 23 de diciembre; Ley 9/2004, de 28 de diciembre; Ley 1/2012, de 28 de febrero y Ley 4/2012.

(15) En su preámbulo, esta norma se definió así: *“La presente Ley recoge una serie de medidas que afectan a diferentes áreas de la actividad de la administración regional. Estas medidas se concretan en modificaciones legislativas que se agrupan en cuatro capítulos: “Disposiciones en materia tributaria”, “Disposiciones en materia presupuestaria”, “Disposiciones en materia de función pública regional” y “Disposiciones en materia administrativa”.*

(16) Así, *“La presente Ley recoge una serie de medidas que afectan a diferentes áreas de actividad de la Administración regional, y que en la mayoría de los casos son complementarias de las medidas de política económica del Gobierno regional, recogidas en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1999. Las referidas medidas se concretan en una serie de modificaciones legislativas que se agrupan en cuatro capítulos: «Disposiciones en materia tributaria», «disposiciones en materia de*

con la ley de presupuestos regional a la que trataba de servir de acompañamiento. Tónica que adoptaría desde entonces en toda la normativa del género posterior, hasta sumar un total de seis leyes de medidas(17).

Mención especial merece La Rioja, que merece ser reseñada como caso aparte, dado que, junto con la Comunidad Valenciana, constituye la comunidad que mayor uso, –y abuso– ha hecho de esta norma, al sumar un total de diecinueve leyes de medidas entre 1997 y 2014(18).

En Andalucía, Aragón y Galicia se empezaron a usar en 1998, con un tenor parecido en el caso de Andalucía, –con nueve(19) leyes de medidas aunque, en puridad, la comunidad haya hecho un uso parcial de ellas en otro tipo de normativa específica, como la presupuestaria o de índole social-, y menor en el caso de Aragón, –con siete(20) leyes de medidas aprobadas-, con una particularidad muy interesante en el caso de esta comunidad autónoma, como es el caso de que, en un mismo año, en 2014, aprobó dos leyes de medidas, una en enero y otra en diciembre, caso único en comparación con el resto de comunidades autónomas(21).

Hacienda Pública Regional», «disposiciones en materia de Función Pública Regional» y «disposiciones en materia administrativa».

(17) Ley 13/1997, de 23 de diciembre; Ley 11/1998, de 28 de diciembre; Ley 8/2004, de 28 de diciembre; Ley 12/2006, de 27 de diciembre; Ley 7/2011, de 26 de diciembre y Ley 6/2012, de 29 de junio.

(18) Ley 9/1997, de 22 de diciembre; Ley 1/1998, de 11 de febrero; Ley 12/1998, de 17 de diciembre; Ley 7/1999, de 20 de diciembre; Ley 7/2000, de 19 de diciembre; Ley 7/2001, de 14 de diciembre; Ley 10/2002, de 17 de diciembre; Ley 10/2003, de 19 de diciembre; Ley 9/2004, de 22 de diciembre; Ley 13/2005, de 16 de diciembre; Ley 11/2006, de 27 de diciembre; Ley 6/2007, de 21 de diciembre; Ley 5/2008, de 23 de diciembre; Ley 6/2009, de 15 de diciembre; Ley 10/2010, de 16 de diciembre; Ley 7/2011, de 22 de diciembre; Ley 7/2012, de 21 de diciembre; Ley 13/2013, de 23 de diciembre y Ley 7/2014, de 23 de diciembre.

(19) Ley 11/1998, de 28 de diciembre; Ley 17/1999, de 28 de diciembre; Ley 15/2001, de 26 de diciembre; Ley 10/2002, de 21 de diciembre; Ley 18/2003, de 29 de diciembre; Ley 3/2004, de 28 de diciembre; Ley 12/2006, de 27 de diciembre; Ley 1/2008, de 27 de noviembre y Ley 11/2010, de 3 de diciembre.

(20) Ley 4/1998, de 8 de abril; Ley 15/1999, de 29 de diciembre; Ley 13/2000, de 27 de diciembre; Ley 26/2001, de 28 de diciembre; Ley 3/2012, de 8 de marzo; Ley 2/2014, de 23 de enero y Ley 14/2014, de 30 de diciembre.

(21) Dos leyes, además, de extraordinario volumen, de más de doscientas páginas cada una. En ambas, se recoge prácticamente idéntica justificación de este instrumento de

Galicia, por su parte, con ocho leyes(22), comenzó utilizando estas normas con la Ley 2/1998, de 8 de abril, de medidas tributarias, de régimen presupuestario, función pública, patrimonio, organización y gestión, con un uso diferenciado en dos periodos. El primero, entre 1998 y 2003, y el segundo, entre 2010 y 2014, agrupables bajo el prisma de una superior sistematización, mejora tributaria y organizativa(23), en el primer periodo, y de “normativa de crisis”, en el segundo caso.

técnica legislativa en su primer párrafo. La primera de ellas, la Ley 2/2014, la exposición de motivos declara, no escondiendo su naturaleza: *“La presente ley integra dos bloques diferenciados de medidas que no aspiran a completar, sino a complementar el ordenamiento jurídico autonómico a través de reformas o modificaciones normativas de carácter puntual e instrumental. Observando lo que ya se ha convertido en una costumbre de técnica legislativa, la ley aborda una serie de medidas tributarias, por un lado, que afectan tanto a los tributos cedidos como a los tributos propios de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como un elenco de medidas administrativas, por otro, calificación del legislador que, sin embargo, integra objetivos de amplitud y ofrece prestaciones de gran utilidad y flexibilidad para la introducción de reformas legislativas de ámbito sectorial y carácter coyuntural. Las leyes de medidas, cuya efectividad se planifica para alcanzar su vigencia en los albores de cada nuevo año, constituyen una especie de programa, más allá de la pura cotidianeidad de las urgencias y necesidades administrativas, próxima a una declaración de objetivos inmediatos de la acción gubernamental y parlamentaria para la apertura del nuevo ejercicio”*. En la segunda, la Ley 14/2014, afirma lo mismo: *“La presente ley integra dos bloques diferenciados de medidas que no aspiran a completar, sino a complementar el ordenamiento jurídico autonómico a través de reformas o modificaciones normativas de carácter puntual e instrumental. Observando lo que ya se ha convertido en una costumbre de técnica legislativa, la ley aborda una serie de medidas tributarias –por un lado-, que afectan tanto a los tributos cedidos como a los tributos propios de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como un elenco de medidas administrativas –por otro-, calificación del legislador que, sin embargo, integra objetivos de amplitud y ofrece prestaciones de gran utilidad y flexibilidad para la introducción de reformas legislativas de ámbito sectorial y carácter coyuntural”*. Esta cuestión, nada baladí, revela, junto a una definición muy preclara del concepto de ley de medidas, el carácter instrumental y asistemático con el que se utiliza en el ámbito autonómico.

(22) Ley 2/1998, de 8 de abril; Ley 8/1999, de 30 de diciembre; Ley 5/2000, de 28 de diciembre; Ley 3/2002, de 29 de abril; Ley 9/2003, de 23 de diciembre; Ley 15/2010, de 28 de diciembre; Ley 12/2011, de 26 de diciembre y la Ley 12/2014, de 22 de diciembre.

(23) Así se desprende con la Ley 2/1998, de 8 de abril, que señala que *“La inclusión en anteriores leyes de presupuestos de diferentes materias que aun situadas dentro de los límites que configuran el marco jurídico de las normas de esa naturaleza podrían en ocasiones afectar a la claridad y unidad temática del conjunto hace aconsejable separar de la Ley presupuestaria del actual ejercicio una serie de medidas concebidas al servicio de la política económica general llevada a cabo por la Junta de Galicia*.

Baleares fue otra comunidad que introdujo más tarde las leyes de medidas en su ordenamiento, en 1999 concretamente, con la Ley 12/1999, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas, de función pública y económicas.

Una ley que, ya en su exposición de motivos, constituye un ejemplo sorprendente de *excusatio non petita*, toda vez que trata de justificar la existencia de la Ley desde una perspectiva positiva(24), pero reconociendo el mal uso de esta práctica. Un argumento que, sin embargo, no obstó para que la propia comunidad siguiese haciendo uso de este tipo de normativa, hasta sumar un total de ocho leyes de medidas entre 1999 y el año 2013(25).

Del mismo modo, se conciben de forma independiente aquellas otras que modifican con carácter permanente el contenido de leyes que guardan relación con el desarrollo de esa política, representando un componente necesario para su mejor ejecución o, en otros casos, revistiendo el carácter de mecanismos de utilidad al servicio de la acción de gobierno.

En ese sentido, agrupadas para una mejor sistemática en títulos diferenciados por materias conexas y en disposiciones adicionales, se integran en la presente Ley normas reguladoras de distintos aspectos fiscales, presupuestarios, patrimoniales y de la función pública de la Comunidad Autónoma, así como de organización y gestión de entes públicos, Puertos de Galicia, y de organismos autónomos, Servicio Gallego de Salud y Aguas de Galicia”.

(24) Así, la propia Ley afirma que “Las leyes usualmente denominadas «de acompañamiento de los presupuestos generales» se han utilizado hasta ahora como una mezcla de normas de muy diversa naturaleza, provocando una dispersión legislativa que dificultaba a los ciudadanos el seguimiento de la actividad normativa. Incluso, las normas incluidas en las mencionadas «leyes de acompañamiento de los presupuestos», a veces ni siquiera tenían trascendencia económica o presupuestaria, lo que, evidentemente, suponía desvirtuar la naturaleza propia de una ley de acompañamiento a los presupuestos generales.

Esta Ley, que cuenta con 20 artículos, dos disposiciones adicionales, dos disposiciones derogatorias y dos disposiciones finales, incluye únicamente normas que, directa o indirectamente, tienen una naturaleza económica o presupuestaria que justifique que se tramite simultáneamente con la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el 2000”.

(25) Ley 12/1999, de 23 de diciembre; Ley 9/2000, de 27 de octubre, Ley 16/2000, de 27 de diciembre; Ley 20/2001, de 21 de diciembre; Ley 8/2004, de 23 de diciembre; Ley 25/2006, de 27 de diciembre; Ley 6/2007, de 27 de diciembre; Ley 6/2013, de 7 de noviembre.

Cataluña merece también una mención especial, porque introdujo las leyes de medidas en su ordenamiento en el año 2000, con dos leyes, la Ley 4/2000, de 26 de mayo, de medidas fiscales y administrativas, y la Ley 15/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

En la primera de ellas, el legislador autonómico no deja lugar a dudas sobre el fundamento que da lugar al nacimiento de esta ley, al declarar que *“La doctrina que ha venido elaborando el Tribunal Constitucional sobre los límites constitucionales de las leyes de presupuestos, contenida, entre otras muchas, en las sentencias 174/1998 y 203/1998, distingue en las leyes de presupuestos, por un lado, un contenido mínimo indispensable, constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y habilitación de gastos, y, por el otro, un contenido posible, no necesario o eventual, en el sentido de que pueden incluir materias distintas a las indispensables, siempre que tengan una relación directa con los gastos e ingresos o con los criterios de política económica general”*.

Posteriormente, siempre con el mismo objetivo económico-presupuestario, la comunidad utilizaría este tipo de leyes en once veces más, hasta sumar trece(26). La última, la Ley 3/2015, de 11 de marzo.

Otra comunidad autónoma, Canarias, fue también tardía en la introducción de leyes de medidas en su ordenamiento, en el año 2004, con la Ley 2/2004(27), de 28 de mayo, de medidas fiscales y tributarias, justo cuando gran parte de las Comunidades Autónomas

(26) Ley 4/2000, de 26 de mayo; Ley 15/2000, de 29 de diciembre; Ley 21/2001, de 28 de diciembre; Ley 31/2002; Ley 7/2004, de 16 de julio; Ley 12/2004, de 27 de diciembre; Ley 5/2007, de 4 de julio; Ley 17/2007, de 21 de diciembre; Ley 16/2008, de 23 de diciembre; Ley 26/2009, de 23 de diciembre; Ley 7/2011, de 27 de julio; Ley 2/2014, de 27 de enero y Ley 3/2015, de 11 de marzo.

(27) Esta Ley, mucho más sutil en la justificación de uso que alguna de sus homólogas, compartió con ellas, sin embargo, su *leit motiv* como instrumento al servicio de la política presupuestaria del ejecutivo autonómico canario. Así, la propia Ley se autojustificaba sosteniendo que *“El desarrollo y ejecución del programa político del Gobierno, acompasado con los objetivos de política económica que se establecen en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2004, exige o hace conveniente la adopción de una serie de medidas de carácter tributario y fiscal, cuya plasmación*

dejaron de utilizarlas, –en consonancia con la política legislativa del Gobierno central– aunque, como dato curioso, volvería a hacer uso de ellas, –también siguiendo la práctica de gran número de comunidades durante la crisis económica–, en el año 2012, con dos normas, y 2014, sumando en total cuatro leyes de medidas(28), siendo por ello la comunidad que menos leyes de medidas aprobó.

Extremadura, por su parte, forma parte del elenco de Comunidades Autónomas que han utilizado las leyes de medidas con un objetivo netamente corrector de la recesión económica, con cuatro en total desde el año 2010(29).

Así, con la Ley 19/2010, de 28 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura, explica el sentido de su utilización desde la ya conocida sentencia del Tribunal Constitucional, que prohíbe el uso de las leyes de presupuestos con un contenido no estrictamente presupuestario, justificando su existencia desde la necesidad de dar respuesta a los desafíos de la crisis sobre las finanzas regionales(30). Justificación que será empleada en las tres leyes posteriores como complemento normativo de la ley de presupuestos(31).

en el ordenamiento jurídico autonómico requiere el rango legal, que coadyuven en su consecución mediante la regulación de distintos ámbitos de la acción pública.

La relación directa que las medidas que se contienen en la Ley guarda con el Presupuesto autonómico para el año 2004 hace necesario que su vigencia y aplicación resulte paralela a la de la Ley presupuestaria”.

(28) Ley 2/2004, de 28 de mayo; Ley 4/2012, de 25 de junio; Ley 8/2012, de 27 de diciembre y Ley 9/2014, de 6 de noviembre.

(29) Ley 19/2010, de 28 de diciembre; Ley 4/2012, de 28 de diciembre; Ley 2/2014, de 18 de febrero y Ley 1/2015, de 10 de febrero.

(30) Así lo explica en su exposición de motivos: “Buena parte de las medidas que se establecen en esta ley son la respuesta que la Comunidad Autónoma de Extremadura, en el ejercicio de su capacidad para establecer y modificar tributos, ofrece a un contexto de crisis económica. En ellas se concreta su voluntad de allegar nuevos recursos a la hacienda regional con los que reducir el déficit de las cuentas públicas autonómicas, de promover la actividad económica en ciertos sectores y la creación de empleo en determinados colectivos, de repartir de forma equitativa el incremento de la presión fiscal, de beneficiar fiscalmente a las familias, y de seguir coadyuvando por esta vía a la preservación del medio ambiente”.

(31) Como, por ejemplo, en la Ley 1/2015, de 10 de febrero, de medidas tributarias, administrativas y financieras: “La presente ley aprueba un conjunto de medidas fiscales,

En último lugar, el caso de la comunidad de Castilla-La Mancha resulta verdaderamente singular en lo relativo a las leyes de medidas, fundamentalmente, porque ha sido la comunidad autónoma que menos uso ha hecho de este tipo de normas, alejándose así de la dinámica pre y post crisis del resto de Comunidades Autónomas, al haber utilizado tan sólo dos leyes de medidas, en el punto álgido de la crisis y el inicio de la recuperación económica, a finales de 2013(32).

Dos leyes que, aprobadas en menos de un mes, ni vinieron precedidas de leyes de medidas que les sirviesen de modelo, ni fueron sucedidas por más normas, lo que permite definir a las leyes de medidas aprobadas en Castilla-La Mancha como normas verdaderamente excepcionales y, sobre todo, que han sido utilizadas con un criterio de técnica legislativa coherente, ya que la primera de ellas aúna sólo materias tributarias, siendo la segunda, de acompañamiento, una auténtica ley de medidas.

Así, la primera de ellas, la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de medidas tributarias, afirma en su exposición de motivos que *“la presente ley regula y sistematiza las medidas en materia de tributos cedidos por el Estado que son directamente aplicables por los contribuyentes en las declaraciones o autoliquidaciones que deben presentar ante la Administración Tributaria, adoptadas en ejercicio de la capacidad normativa reconocida por las disposiciones anteriormente reseñadas”*, mientras que la Ley 9/2013, de 12 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014, comienza explicando en su exposición de motivos, que *“El Tribunal Constitucional, en relación*

administrativas y financieras cuya inclusión en un texto legal independiente de la Ley de Presupuestos se justifica puesto que, aunque son, por regla general, instrumentos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de política económica reflejados en la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Extremadura, no guardan relación directa con el contenido propio del citado texto legal.

El desarrollo y ejecución del programa político del Gobierno, junto con los objetivos de política económica que se establecen en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2015 exige que se adopten una serie de medidas de carácter tributario y fiscal, cuyo reflejo en el ordenamiento jurídico autonómico requiere el rango legal”.

(32) Ley 8/2013, de 21 de noviembre y Ley 9/2013, de 12 de diciembre.

con las leyes de presupuestos, insiste en el contenido definido de las mismas, de manera que no contengan más disposiciones que las que guardan correspondencia con su función constitucional. Ello implica que no tienen cabida en la norma presupuestaria las modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico que no guarden una relación directa con los ingresos o gastos que forman el presupuesto. No obstante, la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha debe seguir profundizando en medidas de racionalización y eficiencia en lo que se refiere al gasto público, lo que supone adecuar el marco normativo actual a las nuevas necesidades”.

Por ello, concluye que *“la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014 pretende completar el marco de actuación de la Administración Regional mediante la adaptación de la legislación reguladora de determinadas materias que, aun cuando no dejan de ser instrumentos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de política económica fijados por el Gobierno de la Comunidad Autónoma en la norma presupuestaria, no están relacionadas directamente con el contenido propio de la misma, por lo que deben ser realizadas a través de un texto legal de tramitación separada e independiente de aquella”.*

Todo ello permite definir el uso que ha hecho la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en relación con las leyes de medidas como esencialmente correcto en lo relativo a la técnica legislativa.

3. CONCLUSIONES

La proliferación de las leyes de medidas y de las mal llamadas leyes ómnibus ha puesto en cuestión el principio de seguridad jurídica al desvirtuar su sentido originario como normativa excepcional, al haber sido utilizadas, al contrario de su naturaleza, como instrumentos jurídicos con propuestas legislativas de índole netamente presupuestario o reformista.

En el Estado, pionero en su uso, tuvieron un origen presupuestario, toda vez que la doctrina del Tribunal Constitucional impedía su

inclusión en las leyes de Presupuestos Generales del Estado, como hasta ese momento se habían utilizado.

Su virtualidad, conocida entonces, propició un incremento de su uso en años sucesivos, que se frenó en seco en 2004 aunque, poco después, en 2009, haría su aparición un instrumento similar, las leyes ómnibus, mucho más extensas, complejas y transversales y con un contenido absolutamente inconexo, salvo la tradicional justificación económico-presupuestaria.

Sin embargo, ambos tipos de leyes, no muy distintas entre sí, comparten su origen como instrumentos normativos de crisis, aunque difieren entre ellas en un aspecto básico: si bien las leyes de medidas tienen un objetivo esencialmente económico, de resolución de desequilibrios presupuestarios a través de medidas de índole tributario, administrativo u organizativo, entre otros, las leyes ómnibus tienen una finalidad fundamentalmente reformista, clarificadora y de adaptación del ordenamiento, aunque vayan dirigidas a impulsar el crecimiento económico.

Las Comunidades Autónomas, por su parte, comenzaron a utilizar las leyes de medidas en 1997, poco después del Estado, cuando las sucesivas leyes de medidas estatales estaban empezando a desarrollarse.

Este tipo de legislación también ha sido utilizada en las Comunidades Autónomas como “legislación de crisis”, con una técnica normativa caracterizada frecuentemente por su sentido deslavazado e inconexo, que más bien parece pensado y objetivado como una suerte de “parche” jurídico de resolución de problemas de índole presupuestario *ad hoc*, que como un verdadero instrumento de reforma de algún aspecto en concreto del ordenamiento, como debiera ser.

De nuevo, la solución a la proliferación de este tipo de leyes y su problemática derivada debiera consistir en la aprobación de leyes modificativas separadas, una por materia, con la inclusión de una tabla de equivalencias y preceptos en vigor, para evitar que una ley de modificación no genere confusión en torno a la vigencia de la precedente con lo que se evitaría, así, la pérdida de la seguridad jurídica.

BREVES NOTAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA DELEGACIÓN DEL VOTO EN LOS SISTEMAS REPRESENTATIVOS AUTONÓMICO Y LOCAL

ALBERTO ANGUIA SUSI(*)

SUMARIO: I. DELEGACIÓN DE VOTO Y MANDATO REPRESENTATIVO. II. LA PRÁCTICA DE LA DELEGACIÓN DEL VOTO EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO: EL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA. 1. Supuestos. 2. Alcance. 3. Procedimiento. III. TEORÍA DE LA DELEGACIÓN DEL VOTO EN EL ÁMBITO LOCAL. 1. Supuestos. 2. Alcance. 3. Procedimiento. IV. CONCLUSIÓN.

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Jaén

I. DELEGACIÓN DE VOTO Y MANDATO REPRESENTATIVO

La representación política⁽¹⁾ genera un circuito de legitimación democrática bajo el cual los representantes deben actuar, dentro de un cierto margen de libertad, de acuerdo con los intereses de los representados.

De esta forma, el art. 23 CE sólo puede satisfacerse si los representantes políticos participan de una manera efectiva y plena en todos aquellos trámites y votaciones que sirven para que el órgano representativo al que pertenecen exteriorice su posición y, en definitiva, cumpla las funciones que tiene atribuidas. Para ello se requiere, como presupuesto lógico, la presencia activa de dichos representantes en las sesiones parlamentarias, tal y como prevé el art. 79.2 CE, a tenor del cual las Cámaras deben contar, para la adopción de los acuerdos, con la “asistencia” de la mayoría de sus miembros.

(1) Sobre este aspecto resultan ilustrativos los siguientes trabajos: DE VEGA P., “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 44, 1985; ACOSTA SÁNCHEZ J., “La articulación entre representación, constitución y democracia”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 86, 1994; ABELLÁN A.M., “Notas sobre la evolución histórica del parlamento y de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 92, 1996; CHUECA RODRÍGUEZ R., “Representación, elección y mandato: en torno a dos recientes monografías sobre el proceso representativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 38, 1993; y ARRUEGO RODRÍGUEZ G., *Representación política y derecho fundamental*, CEPC, Madrid, 2005.

La democracia representativa es, por tanto, una democracia parlamentaria de tipo presencial⁽²⁾. Ahora bien, la puesta en práctica de este modelo puede verse truncado si los representantes políticos, por distintas circunstancias⁽³⁾, se ven imposibilitados temporalmente para ejercer las funciones inherentes al ejercicio de su cargo⁽⁴⁾. En este sentido, la delegación de voto puede convertirse en un instrumento adecuado para paliar situaciones puntuales de ausencia parlamentaria; pero no cabe desconocer las dificultades que esta figura entraña en cuanto a su puesta en funcionamiento.

Tal y como acabamos de apuntar, cada representante político tiene el derecho-deber de asistir a las correspondientes sesiones (art. 79.2 CE), así como a votar de forma personal e indelegable (art. 79.3). Por ello no tiene sentido que un representante pueda, por delegación, no ya votar sino participar en los debates previos a la votación de un asunto, lo que constituye una “sustitución encubierta”. La votación sirve para exteriorizar

(2) Así lo ha recordado también nuestro Tribunal Constitucional, que en el Auto 1227/1988, de 7 de noviembre, afirmaba que “la asistencia a las sesiones no es tan sólo un mero deber reglamentario, sino al tiempo un requisito inexcusable para el cumplimiento de la globalidad de las tareas parlamentarias”. En términos más drásticos, el art. 86 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 1834 disponía. “dos de los secretarios apuntarán los nombres de todos los procuradores presentes, leyendo uno de los secretarios en voz alta la lista, por si hubiese omitido alguno; después de cuya lectura no se admitirán a votar a los que entren de nuevo en el salón”. En los actuales Reglamentos parlamentarios es común encontrar términos como los de “presencia”, “puerta cerrada”, “viva voz”, “asistencia”, etc, que ponen de manifiesto un parlamentarismo de corte presencial. Sobre este aspecto, véase a FERNÁNDEZ RIVEIRA R.M^a., *El voto parlamentario*, CEPC, Madrid, 2003, pp. 114 a 142.

(3) En este trabajo no se van a analizar las consecuencias disciplinarias de la ausencia injustificada de los parlamentarios, para lo cual pueden verse, entre otros estudios, los de Díez LAGO P., “El deber de asistencia de los parlamentarios a las sesiones y el derecho al ejercicio del cargo (art. 23.2 CE)”, *Revista de las Cortes Generales*, n° 23, 1991; y DEL PINO CARAZO A., “La suspensión de los derechos de los parlamentarios”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n° 17, 2006.

(4) Ante esta situación caben, potencialmente hablando, distintas soluciones tales como la delegación, la sustitución y el voto telemático, no exentas de dudas en cuanto a su viabilidad constitucional. A este respecto resulta muy interesante la panorámica jurídica que ofrecen los trabajos de GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ P., “Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n° 24, 2010; y PRESNO LINERA M.A. y ORTEGA SANTIAGO C., *La sustitución temporal de los representantes políticos*, CEPC, Madrid, 2009.

la voluntad del representante, pero el seguimiento de los debates previos resulta imprescindible para modelar el sentido del voto(5).

La claridad de la regulación constitucional, unida a la homogeneidad organizativa del sistema representativo a nivel territorial (flexibilizada por la STC 179/1989) supondría, *prima facie*, la inviabilidad sino inconstitucionalidad (SSTC 196 y 361 de 2006) de la delegación de voto en el ámbito autonómico y local; aunque también es cierto que al amparo de la STC 274/2006, el legislador debe propiciar que el mandato representativo se desenvuelva sin que el representante político sea privado o perturbado en el ejercicio del mismo.

El voto delegado debe tener como objetivo la conformación de la voluntad institucional de los parlamentos autonómicos y ayuntamientos como órganos deliberantes y representativos de la voluntad popular(6). Tal y como se afirmaba en la STC 51/1984, de 25 de abril, “la participación en los asuntos públicos a que se refiere el art. 23 es

(5) FERNÁNDEZ RIVEIRA llega a diferenciar dos conceptos: el *voto*, como expresión de la voluntad de un sujeto respecto de un determinado contenido y la *votación* que es el acto por el que se ejerce el voto (*El voto parlamentario*, op. cit., p. 9).

(6) Con independencia de que, al amparo de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, la delegación de voto persiga teóricamente la conciliación entre la vida familiar y laboral de los representantes políticos. En el debate que tuvo lugar en el Pleno del Parlamento de Andalucía el 25 de marzo de 2009, al objeto de la toma en consideración de la proposición de reforma del Reglamento del Parlamento para facilitar la votación en los casos de maternidad, paternidad y supuestos de enfermedad, presentada por el Grupo parlamentario socialista, salió a relucir este tema. Al respecto, la diputada Pérez Fernández, en representación del Grupo proponente afirmaba: “(...) parece lógico que el Reglamento de la Cámara sea capaz de adaptarse para que las causas de enfermedad o las bajas por maternidad o paternidad de algunos de los diputados o diputadas no supongan una alternación en la relación de fuerzas extraídas de la voluntad popular, extraídas de las urnas”. En el mismo sentido, el representante de Izquierda Unida, Sr. García Rodríguez, manifestaba: “En definitiva, lo que aquí se trae no es solo algo para defender el derecho de la mujer a la maternidad, y del hombre a la paternidad, sino lo que se trae, el objetivo que persigue esta propuesta de ley es que en ningún momento la exigua mayoría que hay en esta Cámara se modifique por otras circunstancias”. (*Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía* nº 41, de 25 de marzo de 2009, pp. 8 y 10). En el ámbito local, el art. 25.6 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, señala que “a los efectos de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, las representantes y los representantes locales dispondrán de un período de descanso por maternidad o paternidad (...) pudiendo delegar su voto (...)”.

en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo (...) y pueden entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución”.

Los distintos parlamentos autonómicos representan la “voluntad autonómica”, entendida como voluntad parcial de la soberanía nacional. Los diputados autonómicos poseen, por tanto, un estatuto representativo integrado por un conjunto de derechos, deberes y facultades que les van a permitir llevar a cabo las funciones inherentes al ejercicio del cargo que ostentan, contribuyendo de esta manera a conformar la voluntad de la respectiva Cámara, la voluntad del propio cuerpo electoral a nivel autonómico.

Esto significaría que la introducción en algunas Comunidades Autónomas de la delegación del voto sería un elemento contradictorio con la naturaleza de la relación representativa, dado que de alguna manera colisiona con la plena representatividad que asume cada diputado autonómico respecto al conjunto de la Comunidad Autónoma.

Por su parte, el reconocimiento constitucional (art. 140.1 CE) del carácter político de la autonomía local se proyecta en el carácter plenamente democrático de los ayuntamientos entendidos, en palabras del propio Tribunal Constitucional, como “elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional” (STC 4/1981).

Las entidades locales son elementos integrantes de la organización territorial del Estado, junto con el Estado y las Comunidades Autónomas, con una similar naturaleza político-institucional, de aquí que los gobiernos locales se organicen conforme a los principios propios de la democracia representativa. Otra cosa es que por las singularidades propias de la autonomía local y por el alcance normativo de sus competencias, las decisiones que se adopten en dicho ámbito sean de menor relevancia en comparación con las que aprueban las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas autonómicas.

II. PRÁCTICA DE LA DELEGACIÓN DEL VOTO EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO: EL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA⁽⁷⁾

Pese a que la delegación de voto ha sido prevista por algunos Reglamentos parlamentarios autonómicos (ej. Cataluña, País Vasco y Extremadura) apenas si se ha aplicado en la práctica, a diferencia del Parlamento de Andalucía donde dicha figura sí ha generado una casuística que le hace merecedora de un análisis singularizado. A ello dedicamos los siguientes apartados.

1. *Supuestos*

El art. 85 del Reglamento del Parlamento de Andalucía (RPA), tras su reforma de 2009, prevé la delegación del voto en los siguientes casos: paternidad o maternidad con ocasión de embarazo, nacimiento o adopción (párrafo 5º) y enfermedad o incapacidad prolongada (párrafo 6º) (8).

(7) TERRÓN MONTERO J., “La delegación de voto en el ámbito parlamentario”, AAVV (Coord. Pau i Vall F.), *Parlamento y Diputado*, Jornadas de la Asociación de Letrados de Parlamentos, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 193 a 208; y DE MIGUEL BÁRCENA J., “La personalidad e indelegabilidad del voto y las reformas de los Reglamentos de los Parlamentos Autonómicos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 90, 2010, p. 152.

(8) Las distintas regulaciones autonómicas y locales hablan de permiso de maternidad o paternidad (derivado de embarazo, nacimiento o adopción), hospitalización, enfermedad, incapacidad y convalecencia. Sin embargo, en otros países como Francia se autoriza a los parlamentarios delegar su derecho al voto en otros casos: suceso familiar grave, misión temporal encomendada por el Gobierno y casos de fuerza mayor apreciados por las Mesas de las Cámaras. En esta línea se sitúa el Reglamento de la Asamblea de Extremadura, de 19 de marzo de 2015, cuyo art. 142 preceptúa que cabrá la delegación de voto por una serie de causas (embarazo, parto, enfermedad grave, incapacidad prolongada, permiso de maternidad, paternidad o adoptivo) “u otra causa apreciada por la Mesa”. Según TERRÓN MONTERO: “La delegación permitida por la Constitución francesa supone una peculiaridad del parlamentarismo galo ajena a la tradición y modos que han regido en los textos constitucionales históricos de nuestro país, no parece que la misma tenga fácil acomodo en el conjunto de valores y principios que rigen el actual modelo parlamentario, sea estatal o autonómico”. (“La ausencia temporal del diputado por motivos relevantes: posibles soluciones”, AAVV (Coord. J. Cano Bueso J.), *El Parlamento de Andalucía. Órganos de extracción parlamentaria. Órganos consultivos o de participación de designación parlamentaria*, Jornadas de Estudio Organizadas por el Parlamento de Andalucía. XX Aniversario del Estatuto, Comares, Granada, 2004, p. 181). Sobre la delegación en Francia puede verse a: MARTÍNEZ R., “Sobre algunas peculiaridades del status jurídico del

Los supuestos contemplados en el art. 85.5º RPA suscitan algunas dudas interpretativas(9). Así, por ejemplo, el embarazo, la maternidad en sí, no puede ser asimilado a un estado de salud. De la misma forma sería oportuno precisar si la maternidad abarca un avanzado estado de gestión, las complicaciones derivadas de ésta o la proximidad del parto, haya hospitalización o no. Además, no todos los embarazos resultan problemáticos desde el punto de vista clínico, ni las posibles complicaciones tienen porqué darse durante el período de gestación.

Lo mismo sucedería con las situaciones derivadas del permiso de maternidad o paternidad, que en sí mismas consideradas no suponen para el representante un impedimento, médico o personal, para asistir a las sesiones de trabajo. O con la lactancia posterior al parto, que no es un periodo de incapacitación médica.

Pero ha sido el art. 85.6º RPA el que mayor casuística ha generado. En este sentido, la Comisión del Estatuto de los Diputado del Parlamento de Andalucía advertía “sobre la necesidad de una interpretación rigurosa y finalista del artículo 85 del Reglamento de la Cámara en tanto su número 6 parece estar pensado, dada su redacción, para los supuestos de imposibilidad médica de cierta entidad, no para meras contrariedades o incidencias. La línea de distinción es ciertamente difícil, pero recomendamos la necesidad de precisarla, incluso por esta propia Comisión a la vista del peligro de desnaturalización de los institutos jurídicos, que se podrían derivar de una interpretación demasiado laxa o poco depurada”(10).

parlamentario francés: delegación del voto y sustitución parlamentaria”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 22, 1991, pp. 132 y 133; y ROUVILLOIS F., “Heurs et malheurs d’un principe: le vote personnel des députés”, *Revue du Droit Public*, nº 3, 1998.

(9) Seguimos en este punto a MARTÍN VIDA M^a.A. y JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO E., “La votación pública por llamamiento de las parlamentarias andaluzas en los supuestos de embarazo o parto reciente (Comentario al artículo 86.2 del Reglamento del Parlamento andaluz)”, en AAVV (Coord. J. Cano Bueso), *El Parlamento de Andalucía..*, op. cit. p. 216. En el mismo sentido puede verse a AGUILÓ I LÚCIA L., “Los permisos parentales de diputadas y diputados”, AAVV., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Editores Varios, Madrid, 2002, p. 974.

(10) *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (BOPA)*, nº 131, de 26 de diciembre de 2012, p. 5.

Teniendo en cuenta esta advertencia, parece claro que no procederá la delegación del voto durante los tratamientos clínicos comunes o los procesos de rehabilitación y convalecencia(11), quedando justificado su uso, en cambio, en procesos oncológicos, accidentes graves y cirugía mayor.

2. *Alcance*

La delegación debe precisar qué margen de maniobra va a tener quien recibe la delegación, especialmente en lo que se refiere a la participación en los debates parlamentarios previos, así como en cuanto al sentido del voto a emitir.

Asimismo, habrá que determinar el alcance temporal de la delegación, a efectos de evitar que ésta pueda ser utilizada por un parlamentario de forma reiterada en el tiempo(12). Si el sentido del voto se va modelando a tenor de las circunstancias de cada momento, sería conveniente renovar la delegación cada vez que el representante delegado vote en una sesión(13).

La concesión de “delegaciones indefinidas” ha sido consentida por la propia Comisión del Estatuto de los Diputados, en uno de cuyos dictámenes puede leerse que “de persistir su situación de prolongada

(11) Por ello, resulta inadmisibile que se hayan concedido delegaciones de voto, por ejemplo, porque el diputado/a tenga concertada una cita o prueba médica (BOPA nº 88, de 13 de octubre de 2015, p. 40, nº 74, de 22 de septiembre de 2015, p. 50 y nº 106, de 9 de noviembre de 2015, p. 52).

(12) Se han aprobado delegaciones “durante todo el tiempo que pudiera imposibilitar dichas circunstancias el normal cumplimiento del ejercicio de las funciones derivadas del cargo” (BOPA nº 585, de 21 de diciembre de 2010, p.36 y nº 659, de 14 de abril de 2011, p.5). O “para todas las votaciones que se generen en las sesiones plenarias que se celebren desde el 16 de mayo hasta el 20 de julio de 2014” (BOPA nº 473, de 13 de junio de 2014, p. 66 y nº 48, de 31 de julio de 2015, p. 9).

(13) Esta situación ha sido prevista por el Reglamento de la Asamblea de Extremadura, modificado en marzo de 2015, en cuyo art. 142 se prevé una especie de limitación temporal de la delegación del voto en los siguientes términos: “Cuando concluya la cusa por la que han solicitado (los diputados, se entiende) la delegación de su voto, lo volverán a comunicar a la Mesa para que se revoque la misma”. En términos más explícitos aún, el art. 84.4 *in fine* del Reglamento del Parlamento de Galicia determina que “La delegación no se entenderá prorrogada tácitamente”.

enfermedad, para posteriores supuestos bastará con escrito de la interesada a la Mesa de la Cámara, que entenderá evacuado el dictamen favorable de esta Comisión, sin necesidad de reunión expresa de la misma, cuando previamente notificada la solicitud por los cauces reglamentarios no se manifieste indicación contraria con anterioridad a la sesión correspondiente del Pleno”(14).

En nuestra opinión, la delegación no debería extenderse en el tiempo más que lo estrictamente necesario, pese que el RPA permita la delegación durante un determinado período (enfermedad o incapacidad prolongada). De lo contrario se estaría propiciando la sustitución del mandato representativo por el mandato de partido, habida cuenta que “los votos delegados y su sentido quedarían en manos de la disciplina del jefe del grupo parlamentario correspondiente”(15).

La delegación debe servir, por tanto, para paliar ausencias puntuales, debiéndose articular otros mecanismos en los casos de ausencias prolongadas, tales como la sustitución del parlamentario ausente por el siguiente candidato del mismo sexo que figura en la lista electoral.

3. *Procedimiento*

El art. 85.5º RPA dispone que en los casos de paternidad o maternidad, el procedimiento es reglado y no cabe apreciación alguna por la Mesa del Parlamento, que se limitará a verificar el supuesto de hecho y a conceder la delegación. En cuanto a los requisitos formales, la delegación debe hacerse por escrito dirigido a dicho órgano, en el que constará el nombre del parlamentario delegado, los debates y votaciones a los que se extiende y la duración.

El art. 85.6º del RPA, por su parte, en casos de enfermedad o incapacidad prolongada, concede un importante margen de apreciación al Parlamento dado que tras la recepción de la propuesta por la Mesa ésta deberá elaborar unos criterios generales para determinar los supuestos

(14) BOPA nº 105, de 15 de noviembre de 2012, p. 12; nº 131, de 26 de diciembre de 2012, p. 5 y nº 315, de 17 de octubre de 2013, p. 24.

(15) DE MIGUEL BÁRCENA J., “El camino hacia la normalización política en el País Vasco”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 9, 2010, p. 12.

de la delegación, y será el Pleno quien se pronuncie, previo dictamen de la Comisión del Estatuto de los Diputados, sobre las circunstancias que concurren en cada caso.

A raíz de esta previsión, y teniendo en cuenta el “alto grado de permisibilidad” que había venido caracterizando la práctica parlamentaria de la delegación de voto, la presidencia de la Comisión del Estatuto de los Diputados trasladó un escrito, de 11 de febrero de 2016, a la Mesa del Parlamento de Andalucía en el que mostraba “su preocupación por la inexistencia de estos criterios generales para delimitar los supuestos que determinen la delegación del voto en los supuestos de enfermedad o incapacidad prolongada del diputado o diputada, sin los cuales le resulta en muchos casos difícil cumplir con el cometido que el Reglamento confiere a la Comisión (dictamen previo al acuerdo del Pleno), entendiendo que resultaría muy conveniente la aprobación de los mismos”.

Fruto de esta solicitud la Mesa del Parlamento de Andalucía, en sesión de 1 de junio de 2016, aprobó los criterios generales para delimitar los supuestos de enfermedad o incapacidad prolongada a los efectos de la delegación del voto(16), limitándose a decir que “se entenderá por enfermedad o incapacidad prolongada aquella cuyo proceso de duración estimado no sea en ningún caso inferior a 30 días naturales” y que “podrá delegar el voto el diputado o diputada que se encuentre hospitalizado los días de celebración de sesión del Pleno del Parlamento”.

El Acuerdo adoptado por la Mesa, aparte de ser extemporáneo, tras siete años de vigencia de la delegación de voto, viene a reconocer que dicha figura ha sido utilizada e interpretada de manera poco rigurosa y formalista, para lo cual exige lacónicamente que el parlamentario delegante “aporte el documento médico oficial donde se determine expresamente, en el momento de su expedición, la duración estimada de su proceso de enfermedad o incapacidad”(17); al objeto de evitar

(16) *BOPA* n° 242, de 6 de junio de 2016.

(17) Como ejemplo de la aplicación del Acuerdo adoptado por la Mesa del Parlamento de Andalucía puede verse el *BOPA* n° 410, de 23 de febrero de 2017, p. 90, en el que se afirma que “la Comisión (del Estatuto de los Diputados) ha procedido al examen de la

las delegaciones de voto en casos de enfermedad “cuya naturaleza y características son suficientemente conocidas”(18) o a través de la simple manifestación del propio parlamentario convaleciente o de algún compañero de grupo parlamentario(19).

III. TEORÍA DE LA DELEGACIÓN DEL VOTO EN EL ÁMBITO LOCAL

En este apartado se pretende llevar a cabo una aproximación teórica de la figura de la delegación del voto en el ámbito local, dado que el análisis de la práctica generada en este ámbito desbordaría, debido a la dispersión normativa y geográfica, el objeto del presente trabajo.

Pese a que el art. 99.5 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, afirma que el voto de los concejales es personal e indelegable, la delegación de voto en el ámbito local ha sido regulada por el art. 86.4 de la Ley 11/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley de Administración Local de Navarra, así como por el art. 25.6 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi(20).

prescripción médica que se acompaña al citado escrito de solicitud y, siguiendo el criterio establecido en el Acuerdo de la Mesa del Parlamento de 1 de junio de 2016, sobre los criterios generales para delimitar los supuestos de enfermedad o incapacidad prolongada a los efectos de la delegación de voto –proceso estimado en ningún caso inferior a 30 días naturales, ha adoptado por unanimidad el siguiente acuerdo: no apreciar que concurren en el caso las circunstancias previstas en el art. 85.6 del RPA (...)”. Esta resolución marca un punto de inflexión al terminar con una tendencia permisiva a la hora de conceder delegaciones de voto por baja médica. De hecho, curiosamente desde junio de 2016 las solicitudes de delegación de voto se han visto reducidas drásticamente por este motivo (Vid. *BOPA* nº 417, de 7 de marzo de 2017, p. 41).

(18) *BOPA* nº 538, de 11 de octubre de 2010, p. 26.

(19) *BOPA* nº 97, de 5 de noviembre de 2010; nº 311, de 11 de octubre de 2013, y nº 229, de 24 de mayo de 2013.

(20) Sobre el alcance de la ley local a la hora de regular esta materia puede verse, aunque referido al voto telemático de los concejales, el trabajo de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ J.L., “El voto presencial versus voto electrónico de los miembros de las Corporaciones Locales. La asistencia virtual a los órganos colegiados locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 22, 2009. Sobre este tema destacamos la Proposición de Ley, presentada por el Grupo parlamentario socialista, para la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, para permitir el voto telemático de los concejales en Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales, en supuestos de baja por

1. *Supuestos*

Con anterioridad a su reforma, la Ley 6/1990, de la Administración Local de Navarra, establecía tres supuestos: a) El art. 32.4 b) hablaba de la sustitución del alcalde en los casos de “ausencia o enfermedad”; b) El art. 38 hacía referencia a que los presidentes de los concejos deben designar a un vocal que lo sustituya en casos de “ausencia o enfermedad”; y c) Finalmente, el art. 79 de la mencionada ley disponía que los ayuntamientos no pueden constituirse “sin la presencia del Presidente y del secretario, o quienes legalmente les sustituyan”.

El nuevo art. 86.4 de la Ley 11/2013 regula la delegación del voto de los concejales, a través del respectivo Reglamento orgánico municipal, en los siguientes casos: maternidad (seis semanas siguientes al parto), embarazo de riesgo (debidamente certificado por el médico responsable), hospitalización y enfermedad grave (debidamente acreditadas).

Lo más relevante de esta regulación es que no sólo prevé los supuestos que pueden dar lugar a la delegación de voto, sino que determina cuando no procederá dicha figura: paternidad, lactancia o embarazo en sí, dado que estos supuestos no impiden el ejercicio de los deberes derivados del cargo representativo.

2. *Alcance*

En cuanto al alcance de la delegación, posee una triple perspectiva:

a) Orgánica (letra d): “el voto delegado sólo será posible en las sesiones plenarias, nunca en comisiones o sesiones de trabajo o en otras circunstancias que requiera votación”. Por su parte, el art. 25.6 de la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi, sí que establece la posibilidad de que la delegación pueda extenderse también a “las comisiones que tengan por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del pleno”.

maternidad, paternidad, embarazo y enfermedad grave (Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, nº 128-1, de 2 de junio de 2017).

Es cierto que el pleno es el órgano que representa la voluntad de la corporación municipal, pero también lo es que la forma de trabajo de estas instituciones demanda la posibilidad de delegar el voto en las comisiones o sesiones que requieran una votación o decisión; máxime cuando la participación en las comisiones es un requisito previo a la participación y votación plenaria. De hecho, la normativa local vasca conecta estos dos aspectos: sólo cabrá la delegación en aquellas comisiones preparatorias de los actos que deba debatir el pleno de la corporación local.

b) Cuantitativa (letra f): “el número de votos delegados no podrá superar, bajo ninguna circunstancia, la mitad del total de concejales miembros de la corporación” (quórum de constitución). Por su parte, la letra e) dispone que “ningún concejal podrá ostentar más de un voto delegado”, lo que refrenda que la delegación posee un carácter excepcional, personal e indelegable a su vez.

El art. 25.6 de la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi, posibilitaría además la delegación tanto en el portavoz del grupo como en cualquier otro concejal, sea del propio grupo municipal o de otro distinto, a efectos de que la delegación pueda ejercitarse por concejales no adscritos o integrados en grupos políticos municipales unipersonales.

c) Temporal (letra g): “el período de delegación del voto no podrá ser, en ningún caso, superior a un año”. Pasado este período, cabe interpretar, se tendría que proceder a la sustitución del representante delegante por el siguiente candidato del mismo sexo en la correspondiente lista electoral. De cualquier manera, el plazo de un año se nos antoja excesivamente amplio, dada la intensidad y la densidad de la agenda política de una corporación. La delegación se caracteriza por su excepcionalidad, lo cual significa que debe servir para resolver la imposibilidad puntual o temporal del concejal ausente.

3. *Procedimiento*

El art. 86 c) establece el procedimiento y los requisitos de la delegación en los siguientes términos: “la acreditación de la baja

médica se efectuará mediante la presentación del correspondiente certificado médico firmado y con indicación del número de colegiado, en el que constará la gravedad de la enfermedad que se padece”. A ello habría que unir la necesidad de que exista una prescripción médica que recomiende al concejal guardar reposo absoluto, dado que de otra forma no habría inconveniente alguno para que pudiera desplazarse al consistorio y cumplir con el ejercicio de sus obligaciones democráticas.

IV. CONCLUSIÓN

La “teórica finalidad” de procurar la conciliación entre la vida personal-familiar y laboral de los representantes políticos que encierra la delegación de voto también puede alcanzarse con la flexibilidad que conlleva el ejercicio del propio cargo representativo.

Si a esto unimos que la voluntad institucional de los parlamentos autonómicos y ayuntamientos se exterioriza a través del acuerdo personalizado de todos y cada uno de los representantes políticos, la delegación de voto debería ser considerada una quiebra en la “continuidad” del mandato representativo, sobre todo si se hace un uso desviado y desproporcionado de la misma.

LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES (DE LIBERTAD^(*)) POR LAS PRIMERAS DECLARACIONES MODERNAS DE DERECHOS.

ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA^(**)

- SUMARIO: 1. LAS DECLARACIONES ANGLOSAJONAS DE DERECHOS.
- 1.1. EL PROCESO INGLÉS DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS.
 - 1.2. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS NORTEAMERICANAS.
2. LAS DECLARACIONES EUROPEAS; POR TODAS, LA DECLARACIÓN FRANCESA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 26 DE AGOSTO DE 1789.
- 2.1. LA DECLARACIÓN Y SU CONCEPCIÓN ACERCA DEL CARÁCTER PREESTATAL DE LOS DERECHOS NATURALES Y UNIVERSALES DEL HOMBRE.
 - 2.2. EL “LEGICENTRISMO” EVIDENCIADO POR LA DECLARACIÓN, Y SUS REPERCUSIONES MÁS NOTORIAS.

(*) Por todos, escribiré Herbert KRÜGER para referirse a los derechos de libertad, definiéndolos como aquellos referidos al “ámbito de la vida del ser humano en que el Estado no puede decidir nada, ya que este, en ese marco, conforme a la propia naturaleza de las cosas (...), nada puede decidir o (...), incluso, nada debería decidir”, citado por Friedrich Müller, *La positividad de los Derechos Fundamentales. Cuestiones para una Dogmática práctica de los Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, p. 78, nota núm. 59.

(**) Becario de investigación. Doctor en Derecho por la Universidad de Cantabria.

Resumen.— Las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa se cimentaron precisamente sobre la idea de los emergentes Derechos Fundamentales innatos e inalienables del hombre; su *ubi consistam*: naturales, universales, inviolables y preestatales. Estos Derechos, fundamentalmente en la Europa continental, no se emplean inicialmente en la acepción técnico-jurídica de derechos subjetivos dentro de un orden jurídico, sino como derechos que se encuentran en un plano diferente al nivel del derecho positivo y le presuponen. Compartiendo básicamente la misma visión del mundo, se piensa en los tres ámbitos como *ethos* de los Derechos conforme a la visión moderna del hombre, en una exigencia ideal desde la perspectiva iusnaturalista presente pues en las mismas raíces del constitucionalismo, en un imperativo de estimativa o axiología jurídica, esto es, apoyando la *ratio* (y su primacía sobre la *voluntas*) en un juicio de valor intrínsecamente fundado sobre presupuestos propiamente morales, como concluyera estimando Ronald Dworkin; la novedad de la relación Derecho-moral de las sociedades modernas que lleva a la prioridad de los Derechos sobre la Sociedad misma.

Abstract.— The English, American, and French Revolutions were founded precisely on the idea of man's emerging innate and inalienable fundamental rights; *ubi consistam*: natural, universal, inviolable and pre-state. These rights, fundamentally in continental Europe, are not initially used in the technical-legal sense of subjective rights within a legal order, but as rights that are on a different plane to the level of positive law and presuppose. Basically sharing the same view of the world, we think of the three spheres as *ethos* of Rights according to the modern vision of man, in an ideal demand in naturalistic perspective present in the same roots of constitutionalism, in an imperative of estimation or axiology (and its primacy over *voluntas*) in a value judgment intrinsically based on properly moral presuppositions,

as Ronald Dworkin concluded; the novelty of the moral-law relationship of modern societies that leads to Priority of the Rights over the Society itself.

Palabras clave: Declaraciones de derechos, Derechos Fundamentales, Derechos naturales, Constitución, Ley, Teoría constitucional.

Keywords: Declarations of rights, Fundamental rights, Natural Rights, Constitution, Law, Constitutional theory

1. LAS DECLARACIONES ANGLOSAJONAS DE DERECHOS.

1.1. *El proceso inglés de reconocimiento de los Derechos.*

Al margen del discurrir histórico previo, el proceso inglés de reconocimiento de Derechos de la persona, tiene su hito verdadero histórico, naturalmente, con ocasión del influjo de la Revolución Gloriosa (*Glorious Revolution*, 1688) muy respaldada por las ideas pactistas de John MILTON (partidario del tiranicidio universal) uno de los portavoces de los *levellers*, y seguida del *Bill of Rights* (1689) que aporta nuevos y quizá los primeros Derechos Fundamentales; aunque inicialmente fuera planteada la declaración más bien como defensiva de las libertades existentes adquiridas durante un proceso evolutivo de considerable continuidad. Precedido asimismo el *Bill* como estuvo de una serie de textos, entre los más representativos: la *Magna Charta Libertatum seu concordia Inter regem Johanem et Varones pro concesione libertatum* (1215)(1), con su referencia a los *liber homines* y a las *libertates, iura et concesiones* de los *homines in regno nostro*(2); la *Charta confirmationis*

(1) Subraya la historiografía británica (al menos parte) la influencia en los defensores de la Carta Magna del *Tractus de Legibus et Consuetudinibus Angliae*, debido a Ranulfo DE GLANVILLE, y aparecido hacia 1190.

(2) No obstante, centrándose en el artículo 39 de la Carta Magna (protección frente a las detenciones arbitrarias y la persecución vía penal, pero para ciertos estratos sociales o ciudadanos *optimo iure*), arrancada por lo barones a Juan Sin Tierra más que concedida por este, como insiste Klaus STERN, tan solo consiste en una “*ständische-korporative Freiheits-gewährleistung*” de los barones, tendente a recortar el poder del rey y respondiendo a una lógica dualista, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Band. III/1, C.H. Beck Verlag, München, 1988, pp. 62 y ss, y 79 y ss. Insiste acerca de la idea de contrato, muy presente en y aplicable a la Magna Carta, Hans-Peter SCHNEIDER, “Die Funktion der Verfassung”, en *Einführung in das öffentliche Recht*, edición de Dieter Grimm, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1985, pp. 4-5, especialmente. La Carta

regis Edwardi I (1227)(3), recuerdo y confirmación de la anterior, y no firmada por Eduardo I sino apócrifa según Manuel GARCÍA-PELAYO; de las *Provisions of Oxford* (1258); las *Provisions of Westminster* (1259); del parcialmente vigente *Statute of Marlborough* (1267); del *Statutum de Tallagio non concedendo* (1297), referido a las exacciones y tributos exigidos sin el consentimiento del reino; la *Petition of Rights* (1628)(4); del *Agreement of the People* (1647, Convenio del Pueblo in-

fue realmente un acuerdo con voluntad de futuro entre la Iglesia y el Estado, los barones y el rey, plasmada en 63 artículos, escrita y jurada a la orilla del río Támesis (en el prado de *Runnymede*, e inicialmente fueren hechas cuatro copias, con muy leves variaciones), cuyo artículo primero hace referencia a la libertad de la Iglesia cristiana respecto de la autoridad secular del rey, según el estudio de 1759 realizado por William BLACKSTONE (1723-1780), quien escribiera cuatro volúmenes de comentarios sobre las Leyes de Inglaterra entre 1765 y 1769, y en 1759 publicó asimismo *The Great Charter and the Charter of the Forest* [La Gran Carta y la Carta del Bosque], obra donde por primera vez aplicó el método de análisis comparativo que diera a conocer el monje Jean Mabillon, según documenta al respecto Marc BLOCH, *The Historian's Craft*, Manchester University Press, Manchester, 1954, pp. 81 y ss. Solo tras el 11 de septiembre de 1217, cuando fueron acordados los artículos de paz que pusieron fin a la Guerra Civil, Enrique III concedió una nueva Carta y también incluyó novedosos fueros del bosque. La Carta del Bosque extendía, ampliaba o corregía artículos de la Gran Carta, y por ello, ambos textos serían publicados como documento conjunto en 1225. Según el citado Blackstone, la Carta del Bosque original, y todos los registros auténticos que había de ella, se habían perdido. Su propia publicación parte de un original hallado en la catedral de Durham, cuyo sello verde estaba aún intacto, conforme nos dice el autor.

Interpretaciones más entusiastas de la Carta Magna, caso de Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale: (Lo stato democratico moderno)*, Vol. I Jovene Editore, Milano, 1949, han defendido que, con todo, reconocía la existencia en el Estado de leyes y derechos concernientes a los ciudadanos que debían ser respetados también por el rey, porque, de ser violados por este, ello hacía cesar la obligación de la fidelidad a cargo de los súbditos, y tal incumplimiento les facultaba para oponerse a la ilegítima voluntad regia.

(3) La Carta Magna fue varias veces confirmada, pero esta es la considerada más significativa. Dos años antes había sido confirmada por Enrique III, y de tal confirmación es destacada la fórmula empleada al efecto: “*spontanea et bona voluntate nostra*”.

(4) Formulada inicialmente por Edward COOKE (al parecer respaldada su conformación inicial sobre manera para el concepto de razón propio del *common law*, en buena medida, por la obra de Henry DE BRATTON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, aparecida hacia 1250, e influida a su vez esta por Glanvill-e, paradójicamente el supremo asesor jurídico de Enrique III), quien mantuviera respecto de la Carta Magna su “carácter” de una compañera, una igual (*fellow*) que nunca tendría soberano, para con posterioridad escribir: “no hay ley que justifique la tortura en esta tierra”. Aunque fuera destituido por su defensa del derecho común como *fundamental law* frente a la *equity* de la corona y al atropello de las viejas libertades y garantías inglesas, al alimentar ya una idea clara de individualización de los derechos fundamentales, como *Chief Justice of the Common Pleas* [Juez del Tribunal Con-

clusivo de un *Bill* de Derechos y echado abajo por el *Rump Parliament*); del *Instrument of Goverment* (1654)(5); de la *Declaration of Rights*

suetudinario, el Tribunal tercero del país), siendo confinado a la Torre de Londres (1621), en 1628 solicitaron nuevamente su ayuda para expresar la voz del Parlamento en la redacción de la *Petition of Rights*. Tomando como fuentes la Gran Carta inglesa de las Libertades (*the Great Charter of the Liberties*), las costumbres, las leyes *terrae* y los estatutos reales autorizados por el Parlamento, y apelando, entre otros documentos de la tradición jurídica anglosajona, a la *Carta Magna* y al *Statutum de Tallagio non Concedendo*, plasmaría la superioridad del Derecho común (*common law*, apasionadamente defendido por él) ante la Ley del Parlamento y por supuesto frente al poder del rey, idea que habría de esperar su triunfo definitivo hasta las revoluciones coloniales, y se daría la mano con la penetración del pensamiento de Hugo Grocio en las islas. Una vez aceptada por Carlos I (como bien se recuerda, posteriormente decapitado en 1649) no antes de varias vicisitudes, reivindicaba y reafirmaba principios tradicionales consolidados, algunos previamente simbolizados por la Carta Magna y viejos *Statutes*, sobre todo garantías judiciales, procesales y policíacas frente a los abusos y opresiones de la autoridad, especialmente contra las peticiones hechas al pueblo para los préstamos de dinero al rey (Edward Coke, un claro representante de la clase media comercial, respetaba sin embargo enormemente la concepción medieval del Derecho, y en noviembre de 1608 ya había espetado directamente a Jacobo I: “el *common law* protege al rey”, ante lo que este le respondió muy enojado, “esta afirmación constituye traición”, pues “el rey protege al Derecho, no el Derecho al rey”). Y consagra, pues, el no establecimiento de tributos o gravámenes sin el consentimiento del Parlamento, principio cuya violación supondría un atentado contra el derecho de propiedad (derecho inalienable fuera de la autorización del Parlamento), la supresión de la ley marcial, la prohibición de detener y juzgar a alguien fuera de los casos previstos por la ley: “mediante el debido proceso legal”, de modo que ningún hombre, cualquiera fuera su estado o condición, pudiera ser detenido o encarcelado, ni ser expulsado de sus tierras, o privado de sus derechos o de sus posesiones, ni puesto fuera de la ley o desterrado, ni privado de su posición de cualquier otra forma, ni usar de la fuerza contra él, ni enviar a otros para que lo hagan, sino en virtud de juicio lícito de sus pares o con arreglo a la ley del reino, ni ser desheredado, sin permitírsele la defensa en un debido proceso legal. En fin, incorpora una garantía contra cualquier intento de restringir el derecho de propiedad (declarado derecho fundamental por la Cámara de los Comunes en 1610), y junto al mismo, también el de herencia. El poder debía estar limitado, pues, no solo por su organización orgánica (*checks and balances*), sino también por un núcleo indisponible de derechos históricos e inalienables cuya tutela correspondería al Poder judicial en su condición de garante del *common law* iusnaturalista, con lo cual, pasaba este a convertirse en su principal configurador, en cuanto serían concretados por medio de las sucesivas sentencias concretizantes de una realidad objetiva existente *a priori*. Ahora bien, los jueces determinaban sí el ámbito protector de esos derechos, pero con ello asimismo se erigen en los principales valedores de su garantía y de la apuntada indisponibilidad de los mismos a cargo de los poderes públicos; puede verse William Searle HOLDSWORTH, *History of English Law*, Vol. 6, Merthuen Published, London, 1925, pp 234 y ss.

(5) Estos dos últimos, bien es sabido, constituyeron intentos no logrados de dotar a Inglaterra de una Constitución escrita y jerárquicamente superior a la Ley, pero, a pesar

(1666); de la *Habeas–Corpus–Amendment–Act* (1679), proclamada por el Parlamento bajo Carlos V, cuyo título completo era “*An act for the better securing of the liberty of the subject, and for the prevention of imprisonments beyond the seas*”: una ley para mayor seguridad de la libertad del individuo y para la prevención de encarcelamientos en Ultramar, que reivindicaba, bajo castigo con severas sanciones para los jueces y los funcionarios policiales y penitenciarios, el derecho de los ciudadanos detenidos por cualquier motivo al objeto de que fueran puestos a disposición de Tribunal competente, dentro de un plazo no superior a 20 días, con la clara finalidad de poner límite a los arrestos y encarcelamientos arbitrarios y es donde por primera vez aparece el auténtico *pactum libertatis* así como el correspondiente concepto de garantía para los ingleses(6); de la *Indulgence Declaration* (1687); y de todo un conjunto normativo de naturaleza constitucional desde la vertiente material, “que convierte a Inglaterra en el primer Estado Liberal de Derecho, un Estado en el que ya podemos apreciar la separación «moderna» de poderes, el reconocimiento de la primacía de la ley y la garantía de espacios de libertad para los ciudadanos”(7). E incluso se ha

del fracaso, dejaron asimismo su huella, fundamentalmente el *Instrument of Government* de OLIVER Cromwell, mucho menos avanzado que el primero, donde se estableciera una dictadura militar provisional y temporal, si bien se esforzara en el intento de separar poder legislativo y ejecutivo, como bien muestra fundamentalmente su artículo XXIV.

(6) Julius HATSCHEK, si bien, la ruptura definitiva del pacto de vasallaje con el monarca desconocedor de ciertos Derechos, entiende es llevada a cabo a través del *Bill of Rights*, al reconocer los Derechos de los ingleses, y cuya infracción del contenido de las libertades era proscrita incluso para el rey, como bien demostró la Historia con Jacobo II, *Das Staatsrecht des vereinigten Königreich Grossbritannien und Irland*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1914, pp. 284 y ss. No obstante, la *Petition of Rights* (1628) impulsada como dijimos por Edward COKE, reconoce el derecho del Parlamento respecto a la autorización para la recaudación de impuestos; y el *Habeas–Corpus–Act* (1679) confirma el Derecho de protección frente a detenciones arbitrarias, imponiendo el apresamiento mediante orden escrita, y de no ser así, establece un plazo de veinte días para ser conducido ante el juez.

(7) Juan María BILBAO–Fernando REY–José Miguel VIDAL, *Lecciones de Derecho Constitucional* I, 2ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 82. Más ampliamente, puede verse Gerard STOURZH, “Grundrechte zwischen Common Law und Verfassung. Zur Entwicklung in England und den nordamerikanischen Kolonien im 17. Jahrhundert”, en *Grund und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund– und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, edición de Günter Birtsch, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1981, pp. 59 y ss.

matizado en superior medida, al señalar que la *Carta Magna* de 1215, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689, impuesto este por el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange como paso previo para permitirle suceder al rey Jacobo II, si bien aparecen como conquistas del pueblo frente al poder del rey, no lo hacen al modo de derechos inherentes a las personas, pues, ciertamente, lo que establecen son obligaciones para quien detenta el dominio sobre la Sociedad, con objeto de limitar las prerrogativas regias y proteger los derechos históricos. Propiamente no se produce a través de estos documentos un reconocimiento de Derechos de los individuos(8); y ello es verdad desde luego en su vertiente activa o libertad positiva, pero sí resulta cierto también que, mediante el último documento citado, el Parlamento pasa a dominar el escenario político, y los ciudadanos así como los parlamentarios elegidos por los miembros de la comunidad, van adquiriendo nuevos derechos y libertades individuales (libertad de expresión entre otros), además de limitar en superior medida los poderes regios. Ahora bien, asimismo puede entenderse que en 1689 se impone el principio de supremacía del Derecho, el conocido principio de la *Rule of law* sobre todos los órganos estatales y por encima de la totalidad de las personas públicas y privadas(9), aunque las *Acts* del Parlamento son establecidas aún por acuerdo entre el rey, luego su gobierno, y las dos cámaras parlamentarias, en tanto una vez adoptadas se imponen a todos, incluidos los parlamentarios y el monarca(10). Esta intención de supremacía del Derecho(11), aparece marcada en las disposiciones I y II

(8) Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 2003, p. 1.

(9) Según ha resumido Albert WENN DICEY, el *Rule of law* ha tenido, histórica y básicamente, un triple significado: 1º la absoluta supremacía o predominio del *regular law* (derecho ordinario) frente a la influencia del poder arbitrario; 2º la igualdad ante la Ley; 3º la formalización judicial de los derechos públicos, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8ª ed., MacMillan Published, London, 1915, pp. 183 y ss.

(10) Jacques CADART, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Tomo I, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979, p. 18. Esta intención de supremacía del Derecho, aparece marcada en las disposiciones I y II del *Bill of Rights*, al declarar ilegal “el pretendido poder de la autoridad real de suspender y dispensar las leyes”.

(11) Puestos a rastrear algo más antecedentes, podemos ir fácilmente hasta las Cortes (Curia) de León de 1188, donde es más probable, según el texto original de los *Decreta* auténticos de 1188, que los *cives* asistentes fueran *electis civibus ex singulis civitatibus*, y esto es lo importante no la cuestión de si fue o no la primera reunión “parlamentaria”,

del *Bill of Rights*, al declarar ilegal “el pretendido poder de la autoridad real de suspender y dispensar las leyes”. Se da con ello continuidad, de un lado, a una secular línea evolutiva jurídica de reglas tradicionales, algunas ya enunciadas por los textos normativos singulares vistos y datados de fechas muy diversas, ampliando y modificando algunas de esas reglas(12); aun cuando, de otra parte, no cabe silenciar que desde 1215 se había ido produciendo, más allá de esa aparente línea de continuidad aludida, una perceptible evolución constitucional en Gran Bretaña; evolución suave que proseguirá después(13).

Por cuanto hace a Horst DIPPEL, según nos expresa, entiende que la regulación de los derechos del Parlamento, “realizada en

cuestiones para las que remitimos a José María FERNÁNDEZ CATÓN, *La curia regia de León de 1188 y sus Decreta y Constitución*, Editorial Centro de Estudios e Investigación “San Isidoro”, León, 1993; tales *Decreta*, según parece, contienen ahora formalizados, entre otras materias, pactos y contratos entre señores y vasallos previamente impuestos en la realidad social de la época por encima de las leyes. Asimismo, las Cortes leonesas entendidas como órgano político legislativo y de fiscalización de la actuación regia, hasta llegarse a convertir a partir de ahí la mera regla jurídica del famoso *quod omnes tangit* en gran principio constitucional de Castilla, es destacado por Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de la Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 463 y ss.

Desde el punto de vista cronológico, matiza Rosa RIPOLLÉS SERRANO que las Cortes de León ciertamente son precedidas por las reuniones celebradas en Zaragoza de Cortes de la Corona Aragón, hacia 1164 o 1186, “Las Cortes Generales: tradición y modernidad, de las funciones tradicionales a la legitimación del Sistema Político”, en *Escritos en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución*, edición de María Isabel Álvarez Vélez, Editorial Universidad Pontificia de Comillas–ICADE, Madrid, 2004, p. 56. Porque, importa destacar que Manuel GARCÍA–PELAYO y ALONSO habla sin reparo alguno de derechos subjetivos al estudiar la Constitución estamental como la forma política de gobierno propia de la Baja Edad Media, y, según sostiene, la misma constituye el pacto de “concordia o acuerdo entre dos derechos subjetivos: por una parte, los del rey, y por otra, los privilegios de los señores feudales”, “La constitución estamental”, en *Revista de Estudios Políticos*, 1949, Vol. 24, pp. 105 y ss; es decir, hay concordia de o entre derechos y no aún sometimiento del rey a la Ley, cuya característica esencial del modelo, nos dice, era la distinción *rex y regnum*.

(12) Como documentos complementarios propios de la época que fueron incorporando nuevos derechos, suelen ser considerados fundamentalmente: la *Mutiny Act* (1689); la *Toleration Act* (1689); el *Act of Recognition* (1690); la *Triennial Act* (1694); o el *Act of Settlement* (1701).

(13) John James PARK, *The Dogmas of the Constitution*, B. Fellowes, Published, London, 1832, reproducción del original por la Harvard Law School Library, electrónica reproducción, Farmington Hills, Mich, Thomson Gale, 2004.

detrimento de los del monarca, no se prestaba, desde luego, a equívocos”; a su juicio, realmente, “más que una *Declaration of Rights*, era una Declaración de derechos del Parlamento lo que el monarca debía admitir”(14). Los Derechos ingleses se revelaban entonces, ante todo, como Derechos del Parlamento, y solo en un segundo momento aparecían a modo de Derechos individuales de libertad(15). De esta suerte, el proceso de construcción inglés de una Sociedad organizada sobre la base de “la libertad y a la propiedad data de la Revolución Gloriosa de 1668–1669”, larvado desde hacía más de treinta años y desarrollándose con continuidad de manera gradual, “lo que no excluye, como es obvio, momentos de crisis y relevantes transformaciones”(16). En ese sentido, introduce Walter BAGEHOT matizaciones, cuando al referir que Inglaterra había dispuesto del “*minimun* de una revolución” era debido a factores de diversa índole entre los que sobresale la oposición al absolutismo de la corona frente a cuyas prerrogativas enerva su oposición el *common law*, porque, realmente, se habían limitado a “cambiar legalmente de dinastía”, y la autoridad del Parlamento defensor del derecho común pasó a tener su fundamento mediante el concurso conjuntamente de “los que de ordinario estaban por la monarquía y de aquellos que estaban en contra de ella”, pero el “resultado fue de escaso valor durante largo tiempo”(17). Referido a la posición expresada por Pedro CRUZ VILLALÓN, le va a resultar obligado aceptar que a partir propiamente de los grandes documentos ingleses “del siglo XVII (*Petition of*

(14) Horst DIPPEL, *Constitutionalismo moderno*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 25.

(15) Por todos, en este sentido, Dieter GRIMM, “Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft”, recogido en *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1994, p. 79.

(16) Pietro COSTA, “Derechos”, en *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, edición de Maurizio Fioravanti, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 56. Un buen resumen sobre estas consecuencias durante la etapa histórica de “La Gloriosa”, puede seguirse en Nicola MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 143 y ss.

(17) Walter BAGEHOT, *La Constitución inglesa*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 240; e incluso, con carácter antecedente, introduce otra matización importante, cuando señala que la libertad era previa a la Magna Carta, al puntualizar que la misma “existía antes de esta Carta, y el derecho de votar los impuestos fue una consecuencia de ella y una prueba, pero no su fundamento”, *ibidem*, 238.

Right, Habeas Corpus Act, Bill of Rights) ya puede hablarse de unos derechos en el sentido moderno de la palabra, aunque bajo la forma de *common law* de los ingleses”(18); comenzando por el derecho de libertad religiosa (o una aproximación al mismo), porque después de las luchas provocadas a causa de la Reforma, es sancionado como el Derecho Fundamental y primero del hombre, y reconocido en cuanto tal en la Inglaterra del siglo XVII(19); aunque las cosas no fueran exactamente así para los católicos ni en estos documentos ni tampoco en el *Act of Settlement* (1701), cuyas restricciones para la subida al trono de los católicos están aún vigentes. Durante el siglo XVII, más bien a su final, si efectivamente en algún Estado podemos atisbar desde la perspectiva histórica algo próximo a la libertad religiosa real, sería Holanda, dónde los distintos credos religiosos lograron alcanzar un acuerdo de mínimos al objeto de no enfrentarse constantemente unos a otros, coexistiendo en un espíritu de tolerancias recíprocas que alcanzaba incluso a los practicantes de la religión judía; todo ello, como colofón de fuertes enfrentamientos religiosos previos. Más tarde, los colonos norteamericanos de la generación revolucionaria conocían precisamente lo ocurrido en Holanda, ahora bien, sus actos fueron ante todo el dictado de su propia experiencia como colonias británicas, y serían realmente los primeros en formalizar esta libertad, al margen de sus escaramuzas más o menos fuertes al respecto. Con todo, en la propia considerada Holanda, no es hasta la primera Asamblea nacional (5 de agosto de 1795) cuando se adopta la decisión de poner fin a los privilegios favorables a la Iglesia oficial(20).

(18) Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los Derechos fundamentales”, en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 30. En el mismo sentido, incluso con considerables inferiores dudas, Carsten DOERFERT, “Freiheitsschutz nach englischem Recht”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1997, pp. 255 y ss.

(19) Por todos, esta exégesis de la que discrepamos, incluso podemos verla en la obra del positivista Gerhard ANSCHÜTZ, quien sostuviera también que es el inicial reconocimiento de un derecho producido en la Revolución de las Colonias de Norteamérica, “Religionsfreiheit”, en *Öffentliches Recht der Gegenwart. Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Band II, edición de Gerhard Anschütz/Richard Thoma, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1932, pp. 675 y ss.

(20) Y la Constitución de 1798, bajo la inspiración ya de las ideas del iluminismo, postula el valor inequívoco de la religión, en cuanto manifiesta: “El reconocimiento respetuoso de un Ser Supremo, que gobierna, fortalece los vínculos de la Sociedad y se recomienda

1.2. *Las Declaraciones de Derechos norteamericanas.*

En el contexto histórico burgués–revolucionario y de asentamiento de un nuevo modelo de organización política, las Declaraciones norteamericanas, comenzando por la primera y más precisa, a saber, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, muy expresiva de las ideas agitadoras del nuevo tiempo y bajo la inicial preparación de George MASON, contemplaban el problema de los derechos y libertades en el marco de la relación individuo–Estado, dentro a su vez del contexto de una realidad social menos compleja que la francesa⁽²¹⁾; pero con un acentuado pluralismo y superior grado de agitación e intranquilidad social al del panorama casi idílico que a

vivamente a todo ciudadano”, extendiendo la libertad y la igualdad a todas las religiones, al manifestar que “Cada ciudadano tiene libertad de religión según sus propias convicciones. La Sociedad otorga, bajo este punto, a todos una seguridad y protección iguales, con tal que el orden público, establecido por la ley, no sea perturbado por su culto público”. Pero, realmente, viene entendiéndose que el salto cualitativo de la fundamentalización y constitucionalización de la libertad religiosa, tiene lugar por primera vez en Norteamérica, siendo preciso tener a la vista que buena parte de los puritanos perseguidos, calvinistas y congregacionalistas, buscaban precisamente en las colonias norteamericanas del nuevo mundo un espacio de libertad. Según observa Jónatas Eduardo MENDES MACHADO, en las vísperas de la revolución americana, la mayor parte de las colonias mantenía una religión oficial o una íntima relación substancial entre los planos político y religioso, jurídico y moral, más todavía, se observaba un discurso teológico–político exclusivista, que protegía y sustentaba la confesión dominante, y al mismo tiempo proseguían discriminados los católicos, judíos y grupos puritanos minoritarios. Frente a ello, una importante alteración en el plano de los principios estructurantes de la Comunidad política se produjo a partir de la Constitución Americana de 1787, más concretamente al establecerse luego dos cláusulas sobre la religión que sobrepasaban con mucho la mera tolerancia. La primera garantizando el derecho a libertad religiosa, y, la segunda, consagrando el principio de separación de las confesiones religiosas del Estado: *Free exercise clause* y *establishment clause*, respectivamente, lo que constituye parte del contenido de la primera enmienda. Respecto a la eficacia de ambas, solo fueron ganando gradualmente operatividad, ante la ausencia inicial de una interpretación unánime e inequívoca y por la posición de los Estados federalistas que unían lo religioso a lo político. A luz de estas afirmaciones, el principio de la separación constituía una norma de competencia negativa, colocando ciertas situaciones de facto y de derecho, fuera del alcance de la intervención estatal; ideas extraídas de la obra del autor, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

(21) Según explica Maurizio FIORAVANTI, en la tradición constitucional americana se funden el principio historicista de derivación británica y el principio individualista–contractualista modelado por las ideas revolucionarias, *Appunti di storia delle costituzioni*

veces se nos dibuja. Desestabilización social más acusada sobre todo a partir de 1765, con la aprobación en marzo de ese año de la *Stamp Act* (o Ley sobre el impuesto del sello), luego rechazada por las colonias en la Convención de New York, debido a la que fuera considerada incompetencia del Parlamento inglés al objeto de imponer impuestos sin autorización de las asambleas coloniales.

Centrándonos más específicamente sobre las Declaraciones norteamericanas de Derechos, claramente recogieron las mismas los calificados Derechos naturales, inviolables, inalienables e imprescriptibles del ciudadano, según las concepciones difundidas entre los constituyentes. Más o menos resultaban estas reconducibles a las teorías del iusnaturalismo individualista de John LOCKE y sobre todo de Willian PEN –“*great and primary Rights*”–, pero asimismo con muy notables influencias entre otros de Samuel PUFENDORF y Christian WOLFF(22), partiendo de la premisa de su no entendimiento como derechos puestos por el constituyente sino simplemente declarados a través del mismo. Y dibujarían solemnemente a su través la fisonomía y esencialidad político-social de las inmediatas constituciones que promovieran y dieran lugar al inicio de un nuevo régimen político de carácter liberal-democrático, favorecido ello por el mayor grado de homogeneidad e integración social(23).

moderne. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1991, pp. 74-75.

(22) Roman SCHNUR, *Die Erhlärung der Menschen- und Bürgerrechte*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Verlag, Darmstadt, 1964, pp. 39 y ss, aunque asimismo registraremos otras influencias. Al haber citado por vez primera a Christian WOLFF, es importante destacar que sus monumentales obras, entre las que seguramente sobresalen *Jus naturae scientifica pertractatum* (1744), e *Institutionis juris naturae et gentium* (1750), traen causa de aportaciones teóricas debidas a Gottfried Wilhelm VON LEIBNIZ (1646-1716), desarrolla-las luego más sistemáticamente por el primero. Cuajan así las ideas de Leibniz acerca de los derechos innatos e inalienables del ser “hombre”, en la distinción entre el derecho “con-natural” o “innato” (*ius connatum*), según Wolff, todo derecho emanación de la naturaleza del hombre, de su concepto y de su esencia, y la totalidad de los derechos fundamentados en una determinación accidental, de carácter estos azaroso y mutable, denominados derechos adquiridos o contractuales (*iura contracta*).

(23) Para la integración social como condición de establecimiento de la democracia, por todos Friedrich MÜLLER, “Qual o grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por uma democracia”, en Direitos Humanos, *Globalização Econômica e Integração Regional*, edición de Flávia Piovesan, Max Limonad Editora, São Paulo, 2002, pp. 567 y ss.

Según la síntesis de las concepciones filosófico-políticas inspiradoras, los Derechos fueron entendidos como racionales y primarios del individuo(24), vale decir, de carácter natural, innato, absoluto y eterno; la sociedad política, únicamente les presta reconocimiento y protección. Eran, *prima facie*, espacios de inmunidad y libertad considerados “naturales”; dicho con otras palabras, pertenecientes a un Derecho de naturaleza independiente del puesto por los hombres, y al efecto, superiores y supra-ordenados(25), entendidos cual “*basis and foundation of Government*” por el Preámbulo de la *Virginia Declaration of Rights* de 1776. Desde luego, la pretensión de la Declaración de Virginia expuso estos referenciados ideales, expresándose a la par tanto de forma un tanto mítica como al mismo tiempo racional, según ha venido a confirmar el devenir de los tiempos, aspecto en el que se ha porfiado suficientemente y, por razones de coherencia, es improcedente ahora detenernos más sobre ello(26).

(24) Expresión clásica de John LOCKE, quien en su *Two Treatises of Government* enumera como derechos primarios y reservados, ante los que había de detenerse la voluntad común (pacto), a la *liberty* y a la *property*, entendida esta en sentido amplio, al comprender la propiedad como derecho natural irrenunciable, vale decir, la facultad de disponer de la libertad de ser propietario de su propia persona y la libertad de actuación, así como de sus bienes (luego añadiría el derecho a la vida). A partir de estos dos derechos, en su forma de entendimiento por el Derecho natural inglés, se apoyaría la teoría económica liberal desarrollada por la escuela francesa de los fisiócratas (la existente ley natural del mercado, que de no haber intervención del poder funcionaría a la perfección, teorizada por su fundador François Quesnay en 1758, siendo además los primeros en utilizar el método científico para realizar sus análisis), en el intento de trazar firmemente la órbita del poder y su relación con la libertad. Vale decir, el magno problema político intemporal, expresado por todos al efecto a cargo de Hermann HELLER, y su insatisfacción frente a la ingenua fórmula kantiana que creyera encontrar la solución definitiva aupando al Derecho como conjunto de disposiciones limitativas de la libertad, a través de cuya observancia se produciría la coexistencia armónica, y respecto de cuyas trasgresiones debía estar atento el Estado, *Las ideas políticas contemporáneas*, Editorial Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1930. Luego influirían las posiciones de la precitada escuela en Jean Jacques Rousseau, a muchas de cuyas ideas diera el ginebrino la vuelta; y serían combatidas fuertemente por Alexander Hamilton, por medio de su anatema frente a la idea de impuestos y renta sobre la tierra.

(25) Conforme Nicola MATTEUCCI precisa e insiste, la Revolución Americana confía a la misma Constitución, colocada por encima de la clase política (la cual es destituable), la tutela de los derechos individuales de libertad y participación, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino Società Editrice, Bolonia, 1987, *passim*.

(26) Para el sentido específico de la cuestión aludida en el texto, remitimos a la esclarecedora exposición de Winfried BRUGGER, “Stufen der Begründung von Menschenre-

Atendido sea su carácter antiestatalista e individualista, pues, los Derechos del hombre no fueron concebidos como un mero añadido, sino en cuanto Derechos naturales e innatos referidos al individuo habida cuenta su condición de ciudadano inserto en una comunidad, un aspecto a subrayar. En este sentido se manifiesta Christian STARCK, quien considera que ello inclusive viene mostrado en sus mismas expresiones lingüísticas, pues “los representantes del buen pueblo de Virginia reunidos en asamblea conjunta y libre declaran los derechos que les pertenecen a ellos y a sus descendientes, señalándolos también como la base del gobierno (1776). El pueblo de los Estados Unidos estatuye su Constitución, entre otras cosas, para establecer la justicia, asegurar la paz interior, promover el bienestar general y proteger para sí mismo y sus descendientes los beneficios de la libertad (1787)”(27).

Siguiendo esta línea de principios, los representantes del Buen Pueblo de Virginia dicen de sí mismos estar reunidos en una “Convención plena y libre, como derechos que les pertenecen a ellos y a su posteridad como la base y el fundamento de su gobierno”. A su vez,

chten”, en *Der Staat*, Band. 31, 1992, pp. 19 y ss, especialmente aquí, pp. 24 y ss; pone el autor de relieve, cómo la mítica Declaración fue capaz de aunar la idea de universalidad de los Derechos humanos, de una parte, y la particularista asertividad de reivindicaciones de culturas individuales, de otra, algo que nos debería servir de ejemplo actualmente en cuanto modelo adaptativo, para lograr una sociedad mundial de Derechos humanos, partiendo de la resistencia de lo común a todas las culturas, que sería delimitado por lo razonablemente posible en todas ellas como “necesario”, o, dicho de otro modo, lo que resultaría imprudente negar también por la totalidad; y lo considera factible, tal como se ha demostrado para la funcionabilidad de los sistemas económicos, políticos, científicos... hábitos de consumo, compatible con el respeto de estándares éticos y morales e incluso estéticos, considerados como estilos de vida más finos para el comportamiento diario, por comunidades o áreas sociales más pequeñas. Igualmente, nos permitimos la remisión por todos a Ernst CASSIRER, al ser uno de los autores, de entre los conocidos por nosotros, más insistentes respecto de que una misma idea es susceptible de ser formulada de forma mítica y de forma racional, e incluso sostuvo que ambas formulaciones pueden ser aunadas por medio de una única expresión, como puso de manifiesto en su obra póstuma (Enst Cassirer falleció en abril de 1945, en New York), *The Myth of the State*, Yale University Press, New Haven, 1946.

(27) Christian STARCK, *Jurisdicción constitucional y Derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, p. 235. En el mismo sentido, pero con carácter más general, a través de la recomposición de los sistemas jurídicos partiendo del individuo, de su poder y de su voluntad, expone Marcel WALINE que toda *Déclaration des droits de l'Homme*, tiene un acusado marchamo individualista-funcional, *L'individualisme et le Droit*, Domat Montchrétien Éditions, Paris, 1945, pp. 375 y ss.

el artículo primero de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia refleja tales ideas de los derechos naturales y universales del hombre claro, desde postulados iusnaturalistas(28), y cristianos(29). El pueblo conserva sus derechos, como se ha indicado, pese a su entrada en el estado de Sociedad, al establecer con rotundidad y términos expresivamente categóricos: “Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y poseen ciertos derechos inherentes, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden por pacto alguno privar o desposeer a su posteridad, a saber: el disfrute de la vida y de la libertad, junto con los medios de adquirir y poseer la propiedad, así como el derecho a la búsqueda y logro de la felicidad y la seguridad”. La Declaración, al igual que sucede con el resto de sus homólogas norteamericanas, requiere distinguir

(28) Quizá las ideas iusnaturalistas tienen una de sus fundamentales vías de penetración a través de los escritos de John P. WISE, quien estaba a su vez muy influido por el citado Samuel Pufendorf, al que declara tener como fuente principal y guía para el tratamiento del Derecho natural, asunto del que se ocupa el primero en su principal obra *A Vindication of the Government of New-England Churches*. Conforme teoriza, en el estado de naturaleza el hombre es libre, estando solo sujeto a sí mismo, y precisamente entra a formar parte de la comunidad con el fin de mejor proteger su libertad e igualdad natural. A este pacto de unión le sigue el pacto de sujeción, establecido con quienes les es conferida la soberanía en calidad de depositarios, los cuales se obligan a la tutela de la paz y del bienestar común, y, de otro lado, como contrapartida, los individuos adquieren la obligación de obedecerlos fielmente si su gobierno es conforme a las leyes. Asimismo, ha sido destacado el conocimiento de las ideas iusnatural-racionalistas de Jean Jacques BURLAMAQUI, a través de la recepción hecha por James WILSON. Respecto de los ideales democráticos referidos a la afirmación de la libertad individual y los límites de la autoridad de los gobernantes, insistiría particularmente Jonathan MAYHEW (*Observations on the charter and conducted of the Society for the Propagation of the Gospel in Foreign Parts*). Por su parte, John WINTHROP también deslizaría como parte de su doctrina que “ningún bienestar puede fundarse sino sobre el consentimiento”, en tanto “los estados nacen de la aceptación voluntaria por parte de los ciudadanos de las normas y leyes dirigidas al bienestar común”, y “los hombres no pueden estar sujetos a ninguna norma sino de conformidad con su voluntad y por el contrato”, *A Model of Christian Charity* (1630), según documenta Francis BREMER, *John Winthrop: America's Forgotten Founder*, Oxford University Press, New York, 2003, y el propio Bremer valora cómo el autor describía lo que debiera ser el modelo de sociedad puritana, derivando gran parte de sus ideas propiamente de una exégesis extraída del Sermón de la Montaña.

(29) La posición teórica del iusnaturalismo racionalista, como bien mantiene Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “con influencia cristiana, ha sido asumida por las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII en Norteamérica”, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 2; si bien, desde 1643 era reconocido para la Colonia el credo anglicano con prohibición de todos los demás.

entre lo contenido “de «fundamentalización» o «iusnaturalización» y lo que en ellas mismas hay de «constitucionalización»”, pues sus hermanas francesas únicamente van a compartir con las mismas “el momento de la «iusnaturalización», pero no así –al menos de forma lograda– el de la «constitucionalización»”(30); cuando, propiamente, no se mostró tensión alguna entre Derecho Natural y Derecho positivo. Y el matiz diferenciador de la Declaración virginiana respecto de las predecesoras, indiquemos previo a continuar con este último aspecto suscitado, radicaba en su carácter por primera vez limitador del poder estatal, mientras las anteriores (desde el emblemático 1620, destacando con luz propia el Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts de diciembre de 1641 o *Massachusetts Body of Liberties*(31)) perseguían esencialmente la reducción de los poderes del soberano a fin de esquivar para los súbditos de la colonia algunos o varios tipos de arbitrariedad y, consecuentemente, lograr la protección de sus libertades correspondientes, al amparo también del derecho tradicional inglés, que poco a poco iría perdiendo relevancia. De cualquier modo, recordemos que la idea del pacto (fundacional), el *Covenant* o *Compact* como fundamento de la organización social y política de la comunidad, incluso precede temporalmente al desembarco de los primeros puritanos en las costas norteamericanas(32).

(30) Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los Derechos...”, *loc. cit.*, p. 33.

(31) Su fundamental importancia estriba en que hay ya un cuasi-reconocimiento de la libertad religiosa, y presta importante atención a los derechos de las minorías. Libertad religiosa en cuyo reconocimiento se avanzará mediante el *Acta de Tolerancia de Maryland*, de 21 de abril de 1649.

(32) El día once del mes de noviembre de 1620, a bordo del barco que les transportara, los llamados Padres Peregrinos (*Pilgrim Fathers*), estipularon el *Mayflower Compact*, así bautizado por ser el nombre de la nave a bordo de la cual navegaban por el Atlántico cerca de *Cape Cod* donde se firmara, y regitivo luego de la colonia de *Plymouth* (en recuerdo del puerto inglés del que partieran, y después se unirían en 1691 a la colonia de *Massachusetts*): “En el nombre de Dios, Amén (...) Los presentes, solemne y mutuamente, en la presencia de Dios y unos con los otros, constituimos Convenio y nos unimos en un civil Cuerpo Político para nuestro mayor orden y preservación y fomento de los fines antedichos; y por virtud de esto establecemos y aprobamos, constituimos y formamos, tales justas e iguales Leyes, Ordenanzas, Actas, Constituciones y Oficios, de tiempo en tiempo, según sea considerado muy propio y conveniente para el General bienestar de la Colonia; a la cual prometemos toda sumisión y obediencia”. A partir de aquí, se han hecho muchas interpretaciones del texto. Últimamente, en la propia historiografía norteamericana, va prevaleciendo la com-

La Colonia de *Massachusetts*, poblada por anglicanos, no introduce el reconocimiento de la libertad religiosa hasta el artículo 16 de la Declaración; la tolerancia religiosa para los credos cristianos había hecho aparición previamente en sentido propio, por medio un texto jurídico, a través del Edicto de Nantes (13 de abril de 1598), que recogiera la pretensión del rey Enrique de Francia, a fin de poner término a los conflictos religiosos, proponiendo fuera el Estado el encargado

presión acerca de que la idea subyacente de Pacto de la Gracia establecido, estaba teniendo en cuenta el pasaje de la Biblia mediante el que se nos refiere el pacto de Dios con Abraham (*Libro del Génesis XVII*): el fundamento de la autoridad se remonta a Dios, algo que aquí parece indiscutible punto de partida. De este modo, a través del Pacto de Gracia, la voluntad de Dios actúa por medio de la de los hombres, a quienes corresponde entonces la construcción voluntaria de la Sociedad y confían el ejercicio de poder a los gobernantes del que estos son depositarios. El Pacto de Gracia, trasferido al ámbito político, legitima la voluntad de los hombres, porque constituye a esta en el instrumento de Dios para su actuación. A la postre, el Pacto de Gracia como fundamento del Contrato social norteamericano, acentúa un perfil de este sensiblemente distinto del construido por las teorías contractualistas mayoritarias propias del iusnaturalismo europeo: arrancando casi imperceptiblemente de una premisa teocrática, se opera su deslizamiento hacia una idea democrática de la Sociedad y del poder, reconociendo así el principio de igualdad y el sufragio universal. De este modo, como sostuviera Pedro DE VEGA GARCÍA, concorde co la tradición puritana, la fundación de las congregaciones religiosas libres se hacía consensuadamente a través de un contrato firmado por todos los asociados, mediante el cual establecían las reglas del culto y elegían un pastor, y, de igual modo, los colonos norteamericanos de algunas colonias creyeron que, de idéntica forma, podían constituir y organizar libremente la Comunidad política por medio de un pacto fundacional similar que adquiriría el carácter de verdadero pacto social, *La reforma de la Constitución y la Problemática del Poder Constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, p. 31. Observaciones similares le harían concluir a Carl SCHMITT: “El derecho al error religioso, se ha transformado en fundamento del Derecho Constitucional”. De entre los referidos *Convenants*, han adquirido asimismo relevancia histórica importante las *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), la *Newport Declaration* (1641), el *Frame of Government of New Haven* (1643), o el *Frame of Government of Pennsylvania* (1682) muy influido por la ideas religiosas y políticas del cuáquero inglés William PENN y mediatamente por las de James HARRINGTON (*Oceana*), además del citado *Massachusetts Body of Liberties* (1641). Dentro del modelo las *Charters* otorgadas por la Corona inglesa a un propietario singular, primero llamadas de Compañía y luego Reales, además del otorgamiento de la concesión, a pesar de su carácter privado, habitualmente incluían una serie de reglas para la administración de la colonia. La teoría del pacto social tomó cuerpo fundamentalmente en sentido propio a partir de la obra de Thomas HOOKER, nítidamente expuesta en su *Surrey of the sume of Church discipline* (1648), donde subrayaría principalmente la importancia del individuo, y teniendo sus ideas mucho menos acogida en las colonias del Sur por ser muy inferiormente proclives a las ideas democráticas, en cuanto conservadoras de la tradición anglicana y realista.

de garantizar la convivencia pacífica entre todas las religiones, pero con limitaciones prácticas aún evidentes para la religión reformada.

Ahondando a partir de las ideas expuestas anteriormente, la especial trascendencia de la Declaración de Virginia, que tanto debiera asimismo a la teorización sobre el *Common Sense* (1776) por Thomas PAINE —el inglés de aldeano de *Theford*— sobre la bondad y beneficios de la separación de las colonias(33), no proviene tan solo de la circunstancia de ser una de las primeras aportaciones al constitucionalismo moderno, mantiene Horst DIPPEL, más bien lo hace “del hecho de que en él están asimismo enunciados sus principios

(33) Thomas PAINE, *Collected Writings: Common Sense / The Crisis / Rights of Man / The Age of Reason / Pimples, Articles, and Peters*, edición de Eric Foner, Library of America, Nueva York, 1995, pp. 17, 33-34, 43; entre otras, sin poder olvidar su *Bloudy tenent of persecution for cause of conscience* (1644). La expresión *Common Sense* ha recibido en inglés un doble significado: sentido común y sentido de lo común, y fue un documento impreso en enero de 1776, siendo divulgado por la totalidad de las colonias que, después de dos años de autogobierno, se hallaban en trances de dificultad e incertidumbre, teniendo como fundamental objetivo conformar las conciencias del hombre común habitante de las colonias, al objeto de empujarlas hacia la independencia como dictaba el sentido común y la razón. Abogaba por la libertad de conciencia con apoyo en las Sagradas Escrituras y la formación de un Gobierno civil bajo el consentimiento contractual del pueblo, carente de jurisdicción en asuntos eclesiásticos. El primer documento denominado *Crisis*, aparecería en enero de 1777, y en él se hablaría por vez primera de “Los Estados Unidos de América”, llamados a sonar “tanto en el mundo y en la historia, como el reino de Gran Bretaña”. El autor, como es sabido, mostraba su considerable desprecio por la Constitución no escrita inglesa (en contraposición en buena medida a la veneración que la practicara Edmund BURKE, debido a la circunstancia de basarse en la evolución natural de los hechos y el desarrollo constante y progresivo de los Derechos), y tenía asimismo un sentimiento negativo respecto de la Carta Magna, por entenderla un despreciable documento feudal; sin embargo, a pesar de su antihistoricismo, rememoraba elogiosamente los fueros aragoneses (el Privilegio General y el Privilegio de la Unión, concedidos por el rey y limitativos de su autoridad, con remisión a las libertades de la tierra, y los Fueros de Sobrarbe), y el juramento prestado por sus reyes: “Nosotros, que valemus tanto como vos, os hacemos Rey, y Señor, con tal que nos guardéis nuestros fueros y libertades, y si no, no”. Su obra más madura *Los derechos del hombre* (*Rights of Man*) ahora en castellano, Editorial Orbis, Barcelona, 1954, aparecida su primera parte en 1791 y la segunda en 1792, en clara polémica con la obra *Reflexiones sobre la Revolución francesa* (1790) de Edmund Burke, con el objetivo de aclarar la percepción del pueblo inglés acerca de la Revolución francesa, y en la que distingue entre derechos del hombre por completo inalienables y derechos cuya custodia encomienda el individuo a la Sociedad, auténtica necesidad pues de la vida humana, toda vez por su carácter serán imposible de garantizarse por el solo individuo.

básicos, cuya legitimidad jamás se ha cuestionado a lo largo de los dos últimos siglos. Es decir, la soberanía del pueblo, los principios universales, los derechos del hombre, el gobierno representativo, la Constitución como ley suprema, la separación de poderes, la imparcialidad del poder judicial, el gobierno limitado y el derecho del pueblo a enmendar y revisar la Constitución. Estos diez principios fundamentales del constitucionalismo moderno están presentes en la Declaración de Derechos de Virginia, y, a lo largo de más de doscientos años, ninguna de las constituciones que han pretendido seguir los mismos han osado contradecir abiertamente ni siquiera uno solo de ellos, aunque también es verdad que no siempre los han incorporado en su integridad”(34).

Justamente por las razones apuntadas, la capital relevancia de la Declaración de Derechos de Virginia estriba, desde esta perspectiva, en haber sido la pionera a la hora de establecer específicos “conceptos y valores que más adelante se verían reflejados en las constituciones de los demás estados e incluso en la Constitución federal de 1787 y en sus primeras enmiendas, y, por extensión, en la mayoría de las constituciones modernas de los estados occidentales”. Por consiguiente, es preciso reconocer a los representantes del Buen Pueblo de Virginia, el hecho haber sido los primeros en orden a mostrarnos el valor acerca de “cómo establecer un gobierno basado en la soberanía del pueblo y constituido estrictamente para el beneficio común”(35); solo formalmente, porque desde la vertiente sustancial es preciso esperar a la muy similar Declaración de Pensilvania y, más específicamente, a la Constitución de este Estado inspirada en la propia Declaración(36).

(34) Horst DIPPEL, *Constitucionalismo moderno ...*, op. cit., p. 186.

(35) Luis GRAU, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Editorial Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011, pp. 45-47.

(36) Para una mínima comparación de textos, el inicio de la Constitución de septiembre de 1776, es el siguiente: “Considerando que todo gobierno debe instituirse y mantenerse para seguridad y protección de la Comunidad como tal y para posibilitar que los individuos que la componen puedan disfrutar sus Derechos naturales y las demás bendiciones que el Autor de la existencia ha concedido al hombre; y que cuando estos grandes fines de gobierno no se consiguen, el pueblo tiene un Derecho, con el consentimiento general, a cambiarlo y a tomar las medidas que considere necesarias para fomentar su seguridad y felicidad. Y considerando que hasta ahora los habitantes de esta Comunidad han reconocido su fidelidad

Y, asimismo, entendemos que también debe atribuírseles el mérito de mostrarnos la senda por la que discurrirían los Derechos Fundamentales, en sentido general, viniendo a ser reflejados mediante un texto dotado de positividad(37). Por consiguiente, conforme van arreciando los vientos de independencia, había calado entre los colonos la idea de unas normas supraleales, con apoyo en las cuales así como en los derechos naturales que contienen, les legitima para oponerse a los impuestos exigidos por la metrópoli. Combinaban sus derechos con los postulados teóricos de Edward COKE, quien dedujera un principio general de la Constitución inglesa, de conformidad con el cual, la exigencia de nuevos tributos debía ser aprobada por los representantes de quienes fueran a soportarlos, y, así las cosas, no estaban obligados los colonos a sufragar los aprobados por el Parlamento inglés donde carecían de representación(38). De ahí deriva su fuerte oposición a la *Stamp Act* (1765), reflejada en la *Resolutions of the Stamp Act Congress*, redactada por las colonias ese mismo año durante el Congreso de New York, rechazando el impuesto, aun cuando reconocen todavía su sujeción al Rey, al Gobierno y al Parlamento inglés, pero reivindicando al mismo tiempo sus derechos y libertades inherentes e iguales a los del resto de súbditos de la Corona.

En sintonía con las ideas reproducidas hasta ahora, merece recordarse que, la resolución de 2 de julio de 1776 del Congreso de Filadelfia, sería seguida dos días más tarde por la ruptura con la

al rey de Gran Bretaña únicamente a cambio de protección; y que dicho rey no solo ha retirado su protección sino que ha iniciado, y aún la lleva a cabo con total venganza, la más cruel e injusta guerra contra ellos, utilizando para tal no solo las tropas de Gran Bretaña sino mercenarios extranjeros, salvajes y esclavos, con la manifiesta intención de reducirlos a una total y abyecta sumisión a la despótica dominación del Parlamento Británico, además de muchos otros actos de tiranía (que se han explicado con más detalle en la Declaración del Congreso, por lo cual queda disuelta y finalizada toda fidelidad y lealtad feudal a dicho rey y a sus sucesores, todo el poder y autoridad procedente de él ha terminado en esta Colonia”; acerca de la radicalidad democrática de la Constitución de Pensylvania, puede verse José ACOSTA SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 79-83.

(37) Bodo PIEROTH, “Grundlegend zur Geschichte der Menschenrechte”, en *Juristische Ausbildung*, 1984, p. 571.

(38) Manuel GARCÍA-PELAYO y ALONSO, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 328-329.

metrópoli mediante la *Declaration of Independence* de 4 julio de 1776, cuyo contenido fuera sugerido por Thomas JEFFERSON, pero a partir de la premisa atinente a que los Derechos naturales del hombre pertenecen a todos como principios *a priori* derivados de la razón y el consentimiento, ante lo cual debían ser garantizados en cuanto constituyen los Derechos Fundamentales del pueblo norteamericano. La idea de estipular legislativamente los Derechos naturales inalienables e inviolables no fue de origen político sino religioso, según Georg JELLINEK expuso, para quien, “Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado de su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de la libertad de las creencias, y cuyo nombre recuerdan los americanos aún hoy con veneración” (39), por ello, los redactores de la Declaración, a fin de justificar la ruptura con la metrópoli, en lugar de apelar a los principios constitucionales ingleses, a sus garantías y derechos individuales históricos, más concretamente, “al *common law*, a los derechos de los súbditos británicos o a las franquicias de la Constitución inglesa”, exclusivamente lo hacen “a las leyes naturales y de Dios”, y a través de la Declaración, por primera vez, la “legitimidad jurídico-política racionalista hace entrada total y franca en la Historia”(40). Estableciendo al efecto los siguientes fundamentos, expresados como recogemos: “Nos consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han nacido iguales, y que han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales deben colocarse en primer lugar la vida, la libertad y la persecución de la felicidad. Que los Gobiernos han sido instituidos entre los hombres para asegurar estos derechos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en principios, y a organizar sus poderes en

(39) Georg JELLINEK, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna*, traducción y edición de Adolfo Posada, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, 1908, p. 169.

(40) Manuel GARCÍA-PELAYO y ALONSO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 331.

aquella forma que a su juicio mejor garantice su seguridad y su felicidad”(41). En consecuencia, no se esgrime una legitimación con apoyo “en normas concretas del derecho británico o de cualquier otro derecho positivo”, se apela a un “plano superior”, esto es, “«al juicio de un mundo imparcial» a quien se dirigen con la esperanza de que tal alto tribunal dictará una sentencia favorable a las colonias”(42).

Así pues, según da cuenta la Declaración, siguiendo la mejor tradición calvinista (específicamente puritana) de los Derechos naturales inalienables pertenecientes a todos, incompatibles con los derechos tradicionales, son originariamente otorgados por Dios, en tanto la tarea del gobierno creado por los hombres, tiene por objetivo garantizarlos y defenderlos(43). El preámbulo de la Declaración dice también, a su inicio como hemos dicho hace unas líneas, que el fundamento de la Nación norteamericana viene constituido por “las leyes de la naturaleza y del Dios de esa naturaleza”, frase tomada deliberadamente de los elegantes y sobrios escritos del sajón William BLACKSTONE (*Commentaries On The Laws Of England*)(44); pues bien, “Las leyes de la naturaleza”, reflejan la voluntad de Dios, revelada por Él en el mundo natural, esto es, “Las leyes de Dios en la naturaleza”, referidas a la voluntad de Dios revelada por medio de las Sagradas Escrituras. Y el segundo párrafo de la Declaración, mediante las frases: “todos los hombres son creados iguales” y “dotados por su Creador de

(41) Entre otros autores, destaca Louis HENKIN la enorme trascendencia que han tenido y siguen teniendo las ideas de Thomas JEFFERSON, como verdadero crisol a efectos de la interpretación judicial de los Derechos Fundamentales de la Constitución norteamericana, *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990, especialmente p. 83 y ss. El mismo Thomas JEFFERSON a la hora de defender la *Declaration of Independence*, manifestaría: “*I have little doubt that the whole country will soon be rallied to the unity of our Creator; and, I hope, to the pure doctrines of Jesús alzo*”.

(42) Manuel JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA, *Los regímenes políticos contemporáneos*, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pp. 406-407.

(43) Subraya esta diferencia Mark C. TAYLOR, *Después de Dios. La religión y las redes de la ciencia, el arte, las finanzas y la política*, Editorial Ciruela, Madrid, 2011, p. 115, entre otros momentos.

(44) Así documentado por Stanley Nader KATZ, en la *Oxford International Encyclopedia of Legal History*, editada bajo su dirección, Oxford University Press, Oxford, 2009, de donde hemos tomada esta y otras referencias e interpretaciones históricas reflejadas en el texto.

ciertos derechos inalienables”, pone de relieve incuestionablemente que los fundadores creían en la versión bíblica del origen del hombre y muestra con superior claridad su afianzamiento en el Libro del Génesis. Para terminar invocando en su lucha por la libertad y la independencia exclusivamente al “Juez Supremo del mundo”, bajo cuyo nombre conducirán a su pueblo, de nuevo a la imagen de como Moisés dirigiera al pueblo de Israel hacia la libertad; no había, pues, rebelión alguna, sino cumplimiento del mandato divino de gobernar conforme a la Ley de Dios⁽⁴⁵⁾. El origen de la comunidad política es, pues, un pacto, mediante el que esta (sus componentes) decide libre, racional y voluntariamente organizarse política y jurídicamente. Las colonias se convierten por esta vía en Estados independientes y reconocen los Derechos naturales, inalienables e inherentes al hombre, incluido los Derechos a la titularidad y ejercicio de los derechos políticos, a los que tanta relevancia otorgara Thomas Jefferson. Los Derechos sancionados por la Declaraciones americanas, sostuvo Felice BATTAGLIA, no son debidos por el individuo al Estado, sino correspondiente a su propia esencia humana, inviolable e inalienable, frente a las leyes inglesas ignorantes de todo esto, pues no hacen referencia alguna a un derecho eterno y natural, sino que invocan como su presupuesto el derecho nacional e histórico; el subrayado

(45) Expresiones e ideas aportadas por Samuel RUTHERFORD, pastor presbiteriano escocés del siglo XVII, quien apoyó su obra constantemente en el Antiguo Testamento, y por medio de su extensa *Lex Red – The Law and the Prince* (1644), rechazó con ardor el postulado de que el rey de Inglaterra gobernara por Derecho divino, sosteniendo contrariamente el principio del gobierno legal aplicable a los reyes de la totalidad de naciones, idea que el autor deriva directamente del Antiguo Testamento, concretamente, de la promesa hecha por Dios de un rey legal vinculado al pacto con el pueblo de Israel; y, desde luego, muestra conocer a su vez *Vindica contra Tiranos. Del poder legítimo del príncipe sobre el pueblo y el pueblo sobre el príncipe* (Basilea, 1579), de Stephens JUNIUS BRUTUS (¿Philippe Dulosis–Moray?), ahora en Editorial Tecnos, Madrid, 2008, y muy probablemente, casi seguro, era asimismo conocedor de la obra *De regem et regis institution* (1599), de Juan DE MARIANA. Importantes pinceladas de la comparativa entre estas dos obras, pueden encontrarse en Harold E. BRAUN, *Juan de Mariana and Eral Modern Spines Política Thought*, Ashgate, Aldershot, 2007, donde el autor ajusta muy bien las posiciones del propio Juan de Mariana, a quien de modo justificado se le ha atribuido específicamente la condición de última voz de unas tradiciones contractualistas medievales a punto de fenecer, así como de su condición de divulgador del principio de la Ley por encima del rey, pero olvidando más o menos deliberadamente, algo obvio, que la guía fundamental para sus construcciones es otra vez el Antiguo Testamento.

carácter de las Declaraciones americanas las aproxima en cambio a la Declaración francesa de 1789(46).

Existe, sin embargo, una diferencia capital entre la Declaración de Independencia americana y la Carta Magna, explicable por el tiempo histórico–concreto de elaboración y el carácter genético de uno y otro texto, o, en fin, el contexto socio-político al que iban dirigidos. El propósito de la Declaración, entre otros, fue justificar los poderes del Estado en relación con la guerra, la paz, las alianzas y el comercio; la finalidad de la Carta Magna era restringir los poderes del soberano. En cuanto a la Constitución de 1787, no incluyó precisamente en los momentos iniciales una expresa Declaración de Derechos, pero lo hizo el 15 de diciembre de 1791 mediante las Diez primeras Enmiendas incorporadas a la versión original, que arrancaran del texto de doce presentado por James MADISON al Congreso (aprobadas por este el 3 de junio, y luego ratificadas por los Estados integrantes), ante la presión de los Estados independientes que se negaban a subscribir la federación si no eran protegidos los Derechos Fundamentales; de este modo, concluiría consolidándose un documento conocido como el *The Bill of Rights* norteamericano(47). Y ese espíritu pactista sería básicamente asumido por la Convención de Filadelfia, como bien reflejara el propio presidente de la misma George WASHINGTON, a la vista de las realidades políticas de la época: “Los amigos más cálidos y los mejores defensores de la Constitución no afirman que está libre de imperfecciones; pero las encontraron inevitables, y son sensatos al sostener que, si de ellas se derivara algún mal, debería buscarse el remedio”.

Con todo, a pesar de lo expresado hasta ahora, hemos visto la introducción en determinadas ocasiones (abundantes) de un matiz no siempre compartido, cual es nuestro caso. Nos referimos a la afirmación de que las Declaraciones de Derechos americanas, a pesar de

(46) Felice BATTAGLIA, *La Carte dei diritti (dalla Magna Charta alla Carta di San Francesco)*, 2ª ed., edición a cargo de Felice Battaglia, Sansoni, Editore, Firenze, 1946.

(47) El borrador original de la *Declaración de Independencia* escrito por Thomas JEFFERSON en junio de 1776, se conserva como una *Carta de Libertades*, junto con la *Constitución de Estados Unidos* y la *Declaración de Derechos*, en la Rotonda de los Archivos Nacionales de Washington DC, inaugurada por Harry S. Truman en diciembre de 1952.

“su revestimiento iusnaturalista, son estrictamente derecho positivo, emanado de una Convención producto de la soberanía popular y sometidas, en lo que a su subsistencia se refiere, a la misma voluntad popular expresada a través de su adecuada delegación”(48). Pues bien, entendemos a contrario, que según la estructura constitucional norteamericana finalmente dispuesta y luego respetuosamente seguida en perspectiva histórica, el Poder legislativo ordinario encontraba un sólido fundamento a su capacidad de crear Derecho en el marco de las Libertades constitucionales reconocidas, y un fundamento tanto más eficaz y penetrante cuanto superior eran justiciables esas Libertades, esto es, cuanto más nítidamente fuesen esclarecidas las concretas posiciones subjetivas y existía un órgano judicial capaz de tutelarlas incluso frente al Poder legislativo(49). En efecto, al finalizar el siglo XVIII, las Colonias inglesas de Norteamérica pasan a su autoconstitución en Estados soberanos, y la estructura constitucional que iban adoptando repetida por las prosiguientes, a fin de establecer un mecanismo de seguridad infranqueable, constaba de dos partes diferenciadas, aunque claramente procuraran su interconexión práctica: la primera, constituida por la pertinente Declaración de Derechos del ciudadano, habitualmente denominada *Bill of Rights*, que inspiran luego la redacción en 1791 de las diez primeras enmiendas a la Constitución de 1787, ante la omisión inicial por esta de referencia explícita a las libertades públicas y sus garantías pertenecientes al ciudadano norteamericano; y, la segunda, integrada al hilo de un esquema de organización del poder, normalmente apelada como *Form or Frame of Government*. La relación entre las dos partes fue siempre considerada de carácter jerárquicamente funcional, en el sentido de que la organización del gobierno aparecía como un instrumento técnico con el fin de garantizar la tutela de los derechos individuales consignados a través de las Cartas de Derechos que tenían la naturaleza arriba descrita, y definían la posición del individuo por conexión al poder

(48) Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de...”, *loc. cit. en op. cit.*, p. 37.

(49) Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Vol. I, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 1974, pp. 67 y ss; asimismo, en términos semejantes apunta Bodo PIEROTH, “Grundlegend zur Geschichte...”, *loc. cit. en op. cit.*, pp. 568 y ss.

estatal limitado(50). Pero, esencialmente, la primera se nutre de un *higher law* que arranca del *ius naturae* medieval y coloca en lugar privilegiado el principio de la primacía del Derecho, situándolo por encima del Legislador ordinario, constituyendo los Derechos Fundamentales el citado *higher law* de esos sistemas jurídicos creados; recoge esta concepción el artículo 6 de la Constitución Federal, al disponer, “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado”. Tal enunciado había tenido su primer precedente escrito en el preámbulo de la Constitución de *Massachusetts* de 1780, cuyo texto, por demás, reflejara emblemáticamente la concepción pactista del movimiento constitucional a la que hemos aludido: “El fin de la institución, mantenimiento y administración de un gobierno es asegurar la existencia del cuerpo político para protegerlo y facilitar a los individuos que lo componen el poder de disfrutar, con seguridad y tranquilidad, sus derechos naturales y las bendiciones de la vida. Y cuando estos grandes objetivos no se alcanzan, el pueblo tiene un derecho a cambiar el gobierno y a tomar las medidas necesarias para su seguridad, prosperidad y felicidad. El cuerpo político está formado por una asociación voluntaria de individuos. Es un pacto social por el que todo el pueblo pacta con cada ciudadano, y cada ciudadano con todo el pueblo, que, para el bien común, todos se gobernarán mediante ciertas leyes. Es la obligación del pueblo, por tanto, al elaborar un Constitución de Gobierno, estipular una forma equitativa de hacer leyes así como una interpretación imparcial y su precisa ejecución, para que todo hombre, en todo momento, encuentre su seguridad en ellas. Por tanto nosotros, el pueblo de *Massachusetts*, reconociendo con corazones agradecidos la bondad del Gran Legislador del Universo al darnos, en el camino de su providencia, una oportunidad pausada y pacíficamente, sin fraude, violencia ni sorpresa, de llegar unos con otros a un pacto original, explícito y solemne, y de elaborar una nueva Constitución de Gobierno Civil para nosotros y para nuestra descendencia”.

(50) Un excelente estudio acerca del origen, significado y evolución de este aspecto considerado en el texto, referido a la Primera Enmienda, lo ha realizado David YASSKY, “Eras of the First Amendment”, en *Columbia Law Review*, Vol. 91, núm. 7, 1991, pp. 16 y ss.

Con lo cual, al elaborarse sobre las precitadas bases la Constitución federal, como hemos dicho, se da la vuelta al principio absolutista continental referido a la supremacía del poder y su carácter de ilimitable por el Derecho(51). Por eso, cuando Mauro CAPPELLETTI hace referencia al modelo de control de constitucionalidad propio del sistema estadounidense, alberga pocas dudas acerca de que tiene desde su temprano nacimiento impronta iusnaturalista, y no dice que se fundamenta en el Derecho positivo (se traduce en), la misma idea que llevó a entender la Constitución como Ley Superior y tabla de valores; traduciéndose en un sistema de jurisdicción constitucional fuertemente basado sobre la tutela de los derechos subjetivos (algo poco considerado en la moderna reconstrucción europea de estos), y modalidad respecto de la cual, el control de constitucionalidad de o sobre la Ley, ocurre *per incidens*, durante el transcurso de procedimientos judiciales que implican de modo concreto los derechos subjetivos de las partes, en los cuales las razones del Legislador, a la hora de la verdad, no hallan algún espacio de representación(52). No obstante, aun cuando muchos de los padres constituyentes de 1787 deseaban individualmente que los tribunales asumieran un control constitucional sobre la legislación, dejaron abierta la cuestión de modo intencionado, guardándose de expresar que la Constitución federal reflejara de forma explícita tal posibilidad con el fin de evitar un eventual fracaso de la misma(53). Sin embargo, pronto se adquiere la convicción de que pueden ser anuladas por el juez las leyes infractoras de los Derechos Fundamentales, algo que no ocurría en Inglaterra, cuyos *Bills* son creación del Legislador ordinario, a quien se le reconoce disponer de facultad para su transformación, y se trata de un planteamiento que propulsara con insistencia Thomas JEFFERSON para las Colonias, esta vez sin éxito. Y es que, con más o menos imperfecciones, en Norteamérica se afirma el principio de soberanía popular desde el inicio, con superposición de la voluntad del

(51) Antonio REPOSO–Mario PATRONO, *La Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1988, *passim*.

(52) Mauro CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1968; conclusiones muy similares a las que llegara en su memoria de habilitación Winfried BRUGGER, plasmada ahora en *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1987, a la que remitimos *in toto*.

(53) Edouard LAMBERT, *El gobierno de los jueces*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 21.

pueblo a la de todos los poderes constituidos, incluido naturalmente el Legislativo. La Constitución como *We the people*, adquiere su condición de norma suprema ordenadora de los poderes de la comunidad política, a partir de esta legitimidad democrático-sustancial de origen. Y a esta concepción material de legitimidad se adicionaría luego el elemento formal, consagrándose asimismo la conocida tesis de la supralegalidad constitucional en cuanto “Ley de leyes”. De este modo, la Ley estaba imposibilitada para disponer del contenido de los Derechos y Libertades, pues era la Constitución la que se colocaba por encima de todo poder, y en ella se contenían los Derechos naturales, respecto de los cuales, el pueblo, titular de los mismos, no había hecho renuncia, ante lo que se configura una formalización del pacto social diferente de la continental. La Novena Enmienda, al hacer expresa referencia a los Derechos conservados por el pueblo, es una buena prueba de lo que terminamos de decir: “*The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage other rights retained by the People*”. Los Derechos, para expresarlo con Gustavo ZAGREBELSKY, constituían un patrimonio subjetivo existente por sí mismo de modo evidente y superior al derecho legislado, el cual debía ser resguardado frente a potenciales violaciones(54). Por eso estuvo en condiciones de teorizar en febrero de 1803 John MARSHALL, al examinar la legalidad de la *Judiciary Act* de 1789 en el caso *Marbury versus Madison*: “La cuestión de si una Ley incompatible con la Constitución puede convertirse en Ley de la Nación, es una cuestión de gran interés para los Estados Unidos; pero, felizmente, no es de dificultad proporcional a su interés. Solo resulta necesario establecer ciertos principios que, se supone, han sido bien y largamente establecidos para decidirla (...) o la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella, o, (...) la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una Ley ordinaria (...) La Constitución escrita ha sido considerada siempre como Ley Fundamental y Superior de la Nación y consecuentemente la teoría de los gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo (...) Los poderes del Congreso están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita (...) y/o la Constitución

(54) Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. LEY, DERECHOS Y JUSTICIA*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, *op. cit.*, p. 54.

es la Ley Suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y del modo, como sucede con cualquiera de ellas, puede reformarse al efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una Ley contraria a la Constitución no es Ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder judicial es decidir qué es ley". La Constitución es "la Ley Suprema y Soberana de la Nación y un acto incompatible con su normativa es nulo", por lo tanto, "Si, por lo tanto, las Cámaras tienen que observar la Constitución y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, es la Constitución, y no esa ley ordinaria, la norma que debe regir el caso al cual ambas se aplican (...) "Si una Ley está en oposición a la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución, son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso"; y, atendiendo a "La lógica preeminencia de la Constitución: si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso al que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas"(55). A partir de estos razonamientos, institucionalizaría el

(55) Con todo, bien ha observado Gregorio CÁMARA VILLAR, el "origen político de la jurisdicción constitucional", pues la construcción del famoso juez norteamericano, tenía "como trasfondo y explicación la situación política y, como motor, la firme decisión del genial *Chief Justice* de conseguir cimentar sólidamente los pilares constitucionales de una nación surgente para hacerla efectiva; y para lo cual, como es bien conocido, afrontó cuando la ocasión se produjo, bajo los cánones de la argumentación jurídica, los problemas de gobierno de la federación que no habían podido ser previstos por los *founding fathers*", *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 15. José ACOSTA SÁNCHEZ destaca que el Consejo de Censores contemplado por el artículo 47 de la Constitución de Pennsylvania de 1776 (abolido en 1789), constituyó "la positivización del primer control orgánico de constitucionalidad de las leyes, más democrático que la posterior *judicial review*", *Formación de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 81.

El antecedente de la construcción norteamericana suele situarse, como es sabido, en el fallo del juez Edward COKE referido al *Bonham's case* (1610), a cuyo efecto elaborara la teoría del *Fundamental law* o Derecho superior de los ingleses, vinculado a los valores de equidad y de justicia e incluso comprensivo del Derecho natural; la cual inspiraría más tarde la teoría de los cuatro fundamentos de OLIVER CROMWELL, constitutivos de un Derecho fundamental más alto y situado por encima del Parlamento y del Derecho producido a cargo

control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review of legislation*), declarando la nulidad de la Sección 13 de la precitada *Judiciary Act* por entrar en contradicción con lo dispuesto por el artículo 3, Sección II de la Constitución. Pues bien, según BOYCE, la genial intervención de John Marshall, logró vencer todo tipo de hielos y resistencias, de tal modo que, al finalizar su trabajo como presidente del Tribunal Supremo (1835), podía contemplarse la regulación con plenitud de la materia casacional por inconstitucionalidad de las leyes, sin estar dicho control expresamente previsto ni por la Constitución ni por disposición alguna dictada al particular por el Legislador(56). Ahora bien, cauteloso, el Tribunal Supremo no volvería a declarar la inconstitucionalidad de una Ley federal hasta 1857, con ocasión de hacerlo a través de la tristemente célebre *Dred Scott versus Sandford Decision*, considerada uno de los más significativos detonantes de la Guerra de Civil iniciada en 1861, y, a través de la cual, el *Chief Justice* Roger B. TANEY negara la posibilidad de que las personas de raza negra pudieran ser consideradas ciudadanos, declarando la nulidad de la Ley Federal de 1820 que prohibiera la esclavitud en las tierras que, una vez adquirida mediante compra la Louisiana, habían pasado a ser de dominio público.

de este. La fundamental aportación teórica provenía de los escritos de HAMILTON y MADISON recogidos en *El Federalista*, donde se propugna una vinculación más fuerte de los jueces a la Constitución que la mantenida ante la Ley, y la defensa de los derechos de las minorías frente a los eventuales abusos de las mayorías; sin embargo, la obra, valedora de un Gobierno fuerte, fue en general perjudicial para los Derechos constitucionales. Adicionalmente, el Preámbulo de la Constitución incorporó expresamente la idea de que el Pueblo era quien estatúa la Constitución, cuyo artículo sexto la define como el “supremo Derecho del país”, y son varios los topoi a lo largo del texto alusivos a su naturaleza de norma fundamental, además de incorporar el principio de rigidez constitucional; en fin, la Primera Enmienda, dispuso la imposibilidad para el Congreso de aprobar leyes atentatorias contra los Derechos constitucionales.

(56) El Poder judicial se establecería en Norteamérica, resume Alexis DE TOCQUEVILLE, a modo de “contrapeso y barrera al poder legislativo (...) El juez americano se parece, por tanto, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político que estos no tienen. Su poder, conforma la más terrible barrera contra los excesos de la legislatura (...) La causa está en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundar sus decisiones en la Constitución más que sobre las leyes. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que le parezcan inconstitucionales”, *De la démocratie en Amérique* (1835), Garnier–Flammarion, Éditions, Paris, 1981, Tomo I, pp. 71 y ss.

2. LAS DECLARACIONES EUROPEAS; POR TODAS, LA DECLARACIÓN FRANCESA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 26 DE AGOSTO DE 1789.

2.1. *La Declaración y su concepción acerca del carácter preestatal de los Derechos naturales y universales del Hombre.*

Las Declaraciones europeas, evidentemente también revolucionarias, nacen del empeño en atribuir naturaleza legislativa a las teorías iusnaturalistas y antiabsolutistas sobre la limitación del poder estatal así como a los Derechos naturales, inalienables y sagrados de los ciudadanos, considerados universales e imprescriptibles.

Su apelación a un Derecho natural en la vertiente iusrracionalista, decía reconocer igualdad de libertad a todos los sujetos, pues, de pretender el respeto en la mayor medida posible del estado originario del hombre regido por ese aludido Derecho, ello debería forzosamente abocar a una posición de absoluta igualdad en derechos de todos los seres humanos. Porque todos provenían de una situación originaria, anterior a la constitución de la comunidad política, caracterizada por el apellidado estado de naturaleza, en el cual, carentes los individuos de vínculo social alguno, estaban todos ellos en la misma posición de igualdad, y, como lógica consecuencia, eran asimismo en su totalidad titulares de idénticos derechos de carácter absoluto otorgados por la Naturaleza a los efectos de la autorrealización personal individual⁽⁵⁷⁾. De este modo, los Derechos Humanos (derivación del Derecho natural) pasan a ser concebidos ahora de todos los hombres y con independencia de referirse a específicos ordenamientos positivos (por eso haría referencia Maximilien François DE ROBESPIERRE, al hecho de tratarse de la Constitución de todos los pueblos), cuya naturaleza es la condición inherente que se pretende marque la condición de *status*

(57) Winfried BRUGGER, "The Image of the Person in the Human Rights Concept", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, núm. 3, 1996, pp. 594 y ss, donde se destaca por el autor el aporte que supone una imagen de persona humana con la que todos se puedan identificar en importante medida, bajo la pretensión de superar las tensiones provocadas como consecuencia de reivindicar la universalidad y la particularidad; y esa imagen facilita un enfoque integral y holista que, en su contemplación con la concepción de Derechos Humanos, añade una idea de base emocional de compromiso con los mismos, y permite a las personas que se reconozcan en esa imagen y aprecien sus características humanas y sus iguales derechos comunes.

titular de los mismos: el hombre es en su condición de tal, poseedor de una serie de Derechos inherentes a su naturaleza, los cuales de ninguna manera admiten ser desconocidos, sean o no reconocidos por el ordenamiento jurídico, y eran constitutivos de los Derechos individuales (civiles y políticos); contrastando claramente con la tradición británica que proclama los derechos correspondientes a los ciudadanos ingleses, invocando el precedente de la *lex terrae*. Ello se apoya sobre las ideas filosófico-políticas impuestas ya durante el siglo XVIII, lo que constata un reconocido avance en la consolidación de los Derechos del ser humano, al trascender al ciudadano nacional francés, mostrado inequívocamente por su vocación universalista e intemporal evidenciada desde su propio título que, como decimos, pretende hacer referencia a todo ser humano en cuanto portador de derechos inalienables e inviolables. Y cuenta para ella, desde luego, las Declaraciones previas norteamericanas, como no sin contestación bien mostrara Georg JELLINEK, parcialmente comprensible esta, si bien, a nuestro juicio, debía haber incidido más el autor en la diferente concepción de pacto fraguada; a buen seguro de inferior cohesión, con todo, porque el contexto sociopolítico era diferente. Tampoco era un contexto socio-político el americano tan fácil como deslizamos alegremente con frecuencia, porque existió el conflicto tanto externo como interno, llegando a su grado máximo en Pennsylvania. Colonia en la cual se desencadenaron, como en ninguna otra, “tan agudamente los antagonismos raciales, políticos y económicos”, y de igual modo, “en ninguna otra parte la clase dirigente se opuso tanto al cambio o al pacto, y en ninguna otra la revolución fue tan completa”(58).

Los Derechos corresponden por consiguiente al hombre en el estado de naturaleza (son derechos de la humanidad), siendo precedentes, pues, al Estado y a la Comunidad política, y concerniendo al poder político su genuino respeto y garantía jurídica, lo cual constituye la expresión de una idea típicamente iluminista, encontrando su traducción más elocuente en el movimiento alentador del fenómeno de nueva naturaleza que se va a concretar a través del movimiento

(58) Merrill JENSEN, citado por José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 78.

constituyente desplegado(59). Ahora bien, importa matizar, en el sentido que una vez celebrado el pacto social entre los individuos libres en el estado de naturaleza, ello implica renunciaciones y cambios de entidad. Constituidos la Sociedad y el Estado, es a este a quien corresponde la garantía de los derechos de todos los residenciados sin embargo en la esfera social, cuyo contenido ha sido ahora alterado, pero no su fundamentación última, al pasar los derechos de cada individuo a estar limitados por los de los restantes; e incluso cambian de denominación, toda vez se abandona el concepto de naturales y vienen a ser conocidos con el nombre de derechos individuales o civiles, pertenecientes al ciudadano. Nos encontremos así luego, conforme a las tesis liberales, con los derechos individuales frente al Estado, consistentes en libertades negativas e impeditivas de intromisión en sus ámbitos de garantía, y los derechos ciudadanos a participar en el ejercicio y dirección del poder estatal, que tienen el carácter de libertades positivas, de titularidad restringida y creados por el propio derecho positivo (pensados teóricamente al servicio de los primeros). No obstante, se ha matizado entre nosotros, al señalar que el triunfo del individuo en la Declaración de 1789, verdaderamente supuso el “del *homo juridicus* inventado por el pensamiento moderno. Pero, al mismo tiempo, los constituyentes conceden una gran importancia al vínculo social, tal como se pone de manifiesto en el art. 4, del que se puede deducir que la idea de libertad en sociedad complementa la otra idea de libertad personal. El individualismo revolucionario se desmarca así de la imagen distorsionada que de él proyectarán posteriormente los detractores de la Revolución”(60); en lo que supone a nuestro modo de ver una cierta desatención de la evolución sufrida en el seno del propio liberalismo por aquellos no tan hostiles al proceso revolucionario. Y un poco más adelante, si bien se descarta la oposición para el individualismo liberal de 1789 entre el individuo y la sociedad, de inmediato admite la existencia de “una jerarquía en virtud de la cual no se rechaza la colectividad, pero no se le reconocen

(59) Por todos, puede verse al efecto Simone GOYARD-FABRE, *Les Principes Philosophiques du Droit Politique Moderne*, Presses Universitaires de France, Éditions, Paris, 1997, *passim*.

(60) María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 125.

finés, pues la sociedad (pensada como una suma de individualidades) siempre ha de estar al servicio del individuo”(61). De este modo, viene a ser considerado por ejemplo Norberto BOBBIO, uno de los autores que mejor ha explicado la concepción individualista de la Sociedad, “común a la doctrina de los derechos humanos y de las tesis contractualistas, como aquella «de acuerdo con la cual primero está el individuo con sus intereses y necesidades, que toman la forma de derechos en virtud de una hipotética ley de naturaleza y luego la sociedad, y no al contrario, como sostiene el organicismo en todas sus formas»”(62).

Podemos así advertir que la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, redactada a partir del proyecto-borrador debido a Marie-Joseph-Paul LAFAYETTE (antes marqués de La Fayette, y luego *le Héros des Deux Mondes*), da por supuesto el concepto de ciudadano. Sin embargo, la gran parte de los derechos y libertades recogidos por la Declaración son atribuidos expresamente al hombre y no al ciudadano; a este último tan solo hacen referencia el artículo sexto, al otorgarle la facultad de concurrir personalmente o por medio de sus representantes a la formación de las leyes y en el desempeño de toda clase de dignidades y empleos públicos; el decimotercero para imponerle la obligación del pago de tributos; y finalmente en el decimocuarto, con objeto de

(61) María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado...*, op. cit., p. 128.

(62) María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado...*, op. cit., p. 129. Por añadidura, aunque ahora no nos vamos a detener en ello, Rudolf SMEND, entendía que los Derechos Fundamentales constituían el factor esencial de integración constitucional sustancial con carácter general, requeridos, pues, de una “interpretación distinta de su contenido material”, y al tiempo se opone tenazmente a la concepción tradicional predominante técnico-jurídica de la época y al entendimiento correspondiente de los mismos como derechos que no significaban a la postre algo distinto que el principio de legalidad administrativa, resumiendo asimismo la carga negativa de la definitoria del “burgués” mayoritariamente “seguida”, al poner en “la boca de quizá la mayoría de los alemanes” el significado del “*bourgeois*”, como “el egoísta calculador y cicatero de la era capitalista, incapaz de cualquier acto heroico o valeroso, imposibilitado para percibir la belleza y los valores espirituales; el hombre, en definitiva, del pasado, del que no se puede esperar nada para la construcción de un mundo nuevo y más dinámico”, en definitiva, un individuo pasivo “Ciudadano y burgués en el derecho político alemán”, en *Constitución y derecho constitucional*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 251

concederle el derecho de intervenir en la votación de los impuestos. Asimismo, se continúa un Estado nacional previo; con lo cual, en oposición a lo realizado por las Colonias inglesas de Norteamérica, resaltamos la constitución de un Estado sobre renovados fundamentos. Aunque Carl SCHMITT fuera en su juicio aún más radical, al expresar que la Revolución francesa trajo como consecuencia la toma por un pueblo “en sus manos, con plena conciencia, su propio destino”, y la adopción de una decisión libre “sobre el modo y forma de su existencia política”(63). Desde la apelación a los cánones de la razón y dignidad de la persona humana, ese novedoso Estado apoya ahora su fundamentación a partir de la concepción clásica de los Derechos Fundamentales, en su consideración por substancia y función como límites al poder estatal, o más propiamente fundamentos de legitimidad del nuevo poder(64); naciendo, pues, o cambiando de naturaleza, con la clara vocación de obligar “no solo al Legislador sino también a la propia Constitución”(65).

Con independencia lo previo de lo ocurrido luego en la realidad política propia de la experiencia histórica, en la que ha sido perfectamente posible detectar graves disparidades de facto relativas al compromiso y verificación de las aludidas premisas(66). Ahora

(63) Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 126.

(64) Hanna ARENDT, citada por María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado...*, op. cit., p. 127.

(65) Luis VILLACORTA MANCEBO, “Igualdad y Estado Liberal: Perspectiva de un desencuentro”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 61, 2004, p. 25, y la bibliografía allí citada.

(66) Según enfatiza Walter LEISNER, la condena recaía en el ejercicio arbitrario del poder y no iba únicamente dirigida contra este en sí mismo considerado, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1960, pp. 22 y ss. No obstante lo anterior, destaca asimismo el autor reseñado que la Declaración Francesa consideraba al individuo como una entidad aislada y no en su faceta de miembro encuadrado dentro la comunidad, de ahí su singular preocupación por remarcar la independencia jurídica individual, a fin de preservar ese aislamiento *ibidem*, pp. 25-26. Y, en similares términos, destaca Roberto L. BLANCO VALDÉS, que la Revolución Francesa y las que la siguieron en aquel momento histórico, se alzaron contra el despotismo y la arbitrariedad monárquica, frente al Estado absoluto y la Sociedad estamental que estaba en sus cimientos, y se llevarían a cabo esgrimiendo la implantación de parlamentos representativos así como el reconocimiento de los Derechos de las personas, *La construcción de la Libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Editorial Alianza Editorial, Madrid, 2010. Efectivamente, así fue entendido para nuestro Estado desde la monumental obra sobre el primer liberalis-

bien, tal como ha precisado por ejemplo Giorgio LOMBARDI, el movimiento revolucionario francés nace, más que ante una exigencia limitativa de los poderes públicos, como un antagonista frente a los privilegios, y, además, se endereza sobre todo contra determinadas formas de estructura social. También matiza el autor en la dirección de que el privilegio a combatir por las Declaraciones de Derechos revolucionarias, no era un privilegio derivado del ejercicio del poder privado, sino la traducción económico– social de privilegios jurídicos, y es forzoso comprender también su derivado de naturaleza iuspublicista, concentrado mediante la formalización de principios antiabsolutistas y antirrestauradores(67). Es este el sentido, expresaría Lorenz VON STEIN, en el que la Declaración de Derechos era expresiva de la nueva ley fundamental social de la Nación(68).

Realmente, los Derechos Fundamentales finalmente plasmados en estos documentos, responden al menos formalmente a similar *ratio* que la expresada por las Declaraciones americanas, por cuanto reconocen los Derechos naturales del hombre como fin de toda institución política(69), que debe limitarse a respetarlos(70), pretendiendo sus autores a través de

mo español a cargo de José María QUIPO DE LLANO y RUÍZ DE SARABIA (Conde de Toreno), aparecida en cinco volúmenes, publicados entre 1835-1837, con el título de *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España, por el conde de Toreno*, Editorial Imprenta de Tomás Jordán, Madrid, 1835-1837, donde defiende su autor que la Constitución de 1812 fue fruto aún del movimiento revolucionario de 1808, teniendo como finalidad esencial derrocar el poder arbitrario del monarca, mediante el afianzamiento de los sentimientos y ansias de libertad e independencia de los españoles, al establecer asimismo los pilares que condujeran a una ordenación social nueva, con superación para ello de todas las trabas y dificultades que suponían la diversidad de usos y costumbres diseminados por el conjunto de la Nación.

(67) Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Vol. I, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1970, pp. 55-57.

(68) Lorenz VON STEIN, *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der französischen Revolution bis zum Jahre 1830*, Otto Wigand Verlag, Leipzig, 1855, p. 214.

(69) Insiste acerca de la idea del carácter de Derechos naturales del ser humano el Preámbulo de la Constitución de 1791 y su Prólogo, así como el artículo 3 de la Declaración de 21 de junio 1793, en el bien entendido sentido que los Derechos comprendidos en la *Déclaration de 1789*, fueron luego repetidos, con pequeñas variaciones, por las Declaraciones y Constituciones sucesivas, Lucien JAUME, *Les Déclarations des Droits de l'Homme: Du débat 1789–1793 au Préambule de 1946*, Grupe Flammarion Éditions, Paris, 1989, *passim*.

(70) Las Declaraciones de ambos lados del Atlántico “respondían a la misma idea central”, por lo tanto, no es “una diferente concepción de los derechos en donde está el

los mismos y su filosofía liberadora, la cristalización de un reconstructivo plan “moral, social y político, un proceso de liberación humana”(71). Según entienden los propios revolucionarios, los Derechos ni podían ni debían ser regulados, porque no eran creados sino “declarados”, toda vez se encuentran ahí “desde siempre como acervo ineliminable de la naturaleza humana, y la tarea de la asamblea revolucionaria solo consiste en sustraerlos de la humillación y del olvido al que el pasado y el despotismo los había condenado”(72). Estos Derechos naturales del hombre, preexistentes al Estado, tenían por destinatario al género humano, otorgaban soporte al *status* negativo del individuo –libertades negativas o espacios inexpugnables sustraídos a la acción del Estado–, y protegen substancialmente a su titular mediante una delimitación exhaustiva con la pretensión de constituir barreras infranqueables frente a la actividad estatal, de tal modo que, considerados desde la perspectiva del poder público, “representaban limitaciones de actuar, y, en relación a los particulares, pretensiones de omisión”(73); si bien siempre, considerando han perdido su carácter de ilimitados, como ya dijimos.

origen de la divergente evolución constitucional de los mismos en los Estados Unidos y en Europa”, más bien, la divergencia, “va a estar en una diferente fundamentación del poder”, donde apreciamos una cierta contradicción parcial, porque el poder en Norteamérica sí se fundamentó claramente en los Derechos superpuestos al mismo, Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed.; revisada y puesta al día por Manuel CARRASCO DURÁN, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 185. Así, y por esta vez, compartimos más bien la posición de Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del constitucionalismo liberal*, Editorial Alianza Editorial, Madrid, 1994, donde incide acerca de la importancia de la garantía de los Derechos como esencia del contrato, algo que los colonos realmente llevaron a la práctica, porque tenían diferente concepción respecto del significado de los Derechos; o, cuando menos, dispusieron de mejor oportunidad para mostrarlo.

(71) Javier DE LUCAS MARTÍN, “Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del Code de Napoleón”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. VI, 1989, p. 131.

(72) Pietro COSTA, “Derechos”, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 52. La ausencia de una Declaración de Derechos antepuesta a nuestra Constitución de 1812, es explicada por Ángela FIGUERUELO BURRIEZA en clave histórica, pues valora fue debido fundamentalmente a no proseguir dando pábulo a las frecuentes acusaciones que se vertían acerca del afrancesamiento de los constituyentes, pero por su amplio articulado hallamos dispersos algunos derechos individuales consustanciales al primer liberalismo, “La Constitución de Cádiz en el trienio medieval”, en *Letras jurídicas*, núm. 27, 2013, p. 112.

(73) Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 183.

La doble referencia al hombre y al ciudadano fue entusiastamente comprendida dándole un sentido unitario, porque, de facto, es la misma persona a la que, atendiendo a su naturaleza, le corresponden ciertos derechos propios del Estado de naturaleza pre y supra estatales, y, dado su carácter de ciudadano, concretos derechos dentro de la Comunidad política, operantes como fundamentos de legitimidad del poder estatal y a respetar por este. Una idea, la de legitimidad del poder, que tanto se buscara a través de la teoría del contrato social, y tan presente estuviera en la obra de autores como LOCKE, KANT o ROUSSEAU(74), por referirnos a algunos de los de mayor resonancia. No obstante, la contraposición frente al Antiguo Régimen comporta la desestimación de todo planteamiento historicista, porque el pasado consideraron era rechazable en bloque, sin que cupiera valorizar, ni siquiera, una mínima parte del mismo(75). Los “derechos individuales” eran los derechos morales de los que disponían los hombres no por cierta relación especial con otros hombres, tampoco por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres: siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, pues todos los hombres tenían un título igual a ellos(76). Se conforma así, de acuerdo al pensamiento político liberal, una sólida versión subjetivo-individual de los Derechos, para cuya vivencia era entendido que la actividad política constituía una amenaza de la libertad individual, naturalmente de quien disponía de la mismas, en todo caso, por lo que realmente era una situación

(74) Rainer WAHL, “Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts”, en *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internalisierung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2003, pp. 346 y ss. Acerca del carácter mítico-instrumental del contrato social, así como respecto de su función legitimadora del Derecho, pueden verse las “desmitificadoras” y esclarecedoras páginas dedicadas a la cuestión por Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1992, pp. 169 y ss, especialmente 186 y ss.

(75) La idea de preestatalidad de los Derechos naturales individuales está claramente contenida en los dos primeros artículos de la Declaración, como bien recuerda Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 61.

(76) Carlos SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 417.

encubierta bajo el disfraz legitimador del discurso referido al bien común, lo que se iba a garantizar mediante el desarrollo de un proceso político competitivo entre intereses particulares.

En importante cualidad política, la Declaración muestra evidente discontinuidad con la etapa pretérita y, por lo referente al plano jurídico, el despliegue de las preocupaciones, intereses y anhelos de la burguesía(77); pero, sobre todo, era una revolución social, por lo que no podemos aislar en modo alguno ambos momentos, conformadores por demás de un único contexto(78). Con todo, varios autores

(77) Christian STARCK, *Jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, p. 235; con parecidos términos argumenta Dieter GRIMM, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 87.

(78) Para Lorenz VON STEIN, toda revolución verdadera era una revolución social, y, en tal sentido, la Revolución Francesa había sido también una auténtica revolución social, por haber desplegado muy importantes consecuencias para las relaciones sociales, *Der Begriff der Gesellschaft...*, *op. cit.*, p. 97, entre otros momentos; y en el acto revolucionario de 1789, la Sociedad nueva en gestación, frente a la Sociedad vieja incapaz de apereibir y conducir su propia transformación, se había apoderado del Estado, lo que simbolizaba perfectamente el acto de transformación de los Estados Generales en Asamblea Nacional, *ibidem*, pp. 193 y ss.

Referido por ejemplo a nuestro Estado, según recuerda Miguel REVENGA SÁNCHEZ, el Decreto aprobado el 24 de septiembre de 1810 por las Cortes Generales y Extraordinarias reunidas en la Isla de León, evidenciaba eran las propias Cortes “quienes se investían a sí mismas de atributos para desarrollar una tarea”, utilizando “un lenguaje de ruptura con el pasado que prefigura el porvenir y convierte la tarea constituyente en algo así como la ejecución de un designio. De soberanía de la Nación española representada «por los diputados que componen este congreso» habla el Decreto de 1810, que los declara, además, «legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias»”; pero, también rememora que procederían “luego a reconocer, proclamar y jurar fidelidad, como legítimo, al rey”, y dejarían así “sentadas las bases de funcionamiento de un sistema con arreglo al principio de la división de poderes”, “Las Constituciones de 1812 y 1978: una comparación”, en *Revista de Historiografía editada por el Instituto de Historiografía Julio Caro Baroja*, Año XI, núm. 21, 2014, p. 202. Destaca asimismo esta pretensión de tránsito del Antiguo Régimen al “nuevo sistema representativo”, como pretensión de la Constitución de 1812, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, si bien, considera que fue en el trienio liberal cuando surge la consciencia de estar ante la situación de un texto demasiado avanzado para efectuar ese tránsito de forma regular, y ello debido fundamentalmente a la estructura social española, unido a la falta de un sentimiento constitucional equilibrado que no llegó a cuajar, así como la fuerte división dentro del seno del liberalismo español entre exaltados y moderados, y, por si todo ello fuera poco, desde el exterior acechaba el recelo de diversas naciones europeas, “La Constitución de Cádiz...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 105-106. Antonio TORRES DEL MORAL subraya la posición mutuamente excluyente entre absolutistas y liberales, sin posibilidad

han insistido prevalentemente en su carácter político como auténtica plataforma revolucionaria, sin propiamente valor normativo, ante lo cual no puede afirmarse que se constituyeron los Derechos enunciados en auténticos derechos subjetivos constitucional o jurídicamente garantizados(79).

Adicionalmente, contribuyeron poderosamente a su impulso argumentos tipo intelectual, pues la revolución se mantuvo “desde sus inicios bajo el dominio de una ideología”, y tal componente ideológico “contribuyó decisivamente a los pasos dados en su desarrollo ulterior”(80). De esta suerte, y debido a tales motivaciones, el acuerdo implicaría la consignación a través de “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que

alguna de consenso, así como la división de estos últimos en dos facciones, resultando más fuertes los radicales en la restauración del trienio liberal, pero eran “doceañistas irreductibles” con los que poco se podía hacer, *Constitucionalismo Histórico español*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 52. De cualquier modo, al margen de las primeras constituciones francesas precedidas por las Declaraciones de derechos, dos de nuestras constituciones decimonónicas, como son la de 1812 y la de 1869, si bien la primera desordenadamente, compiten con cualquier otra europea de la época referente a la amplitud de los Derechos reconocidos, e incluso la superan, hasta la fecha de la Constitución de Weimar de 1919.

(79) Insistiría en este aspecto de no haber sido una Declaración de auténticos Derechos, por carecer de formulación de verdaderas reglas jurídicas que colocaran a los ciudadanos en situación de hacerlos valer frente a los tribunales, Raymon CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Vol. II, Sirey, Paris, 1922, p. 582. Asimismo, para otro constitucionalista clásico de la época, como es Adhémar ESMEIN, las Declaraciones de Derechos “ne sont pas des articles de lois précis et exécutoires”, sino pura y simplemente “des déclarations des principes” que tienen por objeto proclamar los principales “axiomes dégagés par les philosophes et les publicistes”, como fundamentos de una organización política justa y racional; en consecuencia, solo mediante la intermediación de las “garanties des droits”, incorporadas en el cuerpo mismo de las constituciones, se transformarían en “véritables lois positives et obligatoires”, *Eléments de droit constitutionnel française et comparé*, Tomo I, Sirey Éditions, Paris, 1921, pp. 553 y 558.

(80) Ernst CASSIRER, “La idea de la constitución republicana (1928)”, ahora en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 40, 2009, p. 157.

esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; con objeto de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, al ser susceptibles de comparación a cada instante como finalidad de toda institución política, sean más respetados; con objeto de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas ahora en principios simples e incontestables, tiendan siempre a la preservación de la Constitución y a la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano”. Reproducido ello, antes de proseguir, no encontramos la razón por la cual, a modo de ejemplo, Costantino MORTATI (desde luego tenía fama de buen dialéctico y escritor) ha logrado convencer a un gran constitucionalista actual como es Gustavo ZAGREBELSKY, para que el último pueda afirmar: esa doble dinámica, constitucionalización de la política y politización de la Constitución y del Derecho, precisamente, nos revela el punto esencial de los principales problemas del Derecho Constitucional moderno; porque, o bien no había Derecho Constitucional antiguo (en cuyo caso, tampoco habrá Derecho Constitucional moderno, solo habrá Derecho Constitucional), o bien, cómo han logrado los autores citados, liberar al Derecho Constitucional antiguo de esas denunciadas amenazas cernidas, también ciertamente, sobre el Derecho Constitucional moderno(81); cuando menos, entendemos que nuestra impugnación es válida para el Derecho Constitucional europeo.

Así las cosas, una vez finalizado el Preámbulo con el enunciado de que era la Asamblea nacional la encargada de reconocer y declarar los Derechos, “en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios”, el artículo primero de la Declaración proclama el principio de igualdad, al expresar: los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derechos, en tanto las distinciones sociales no pueden estar fundadas más que sobre la utilidad común. Y el importante artículo segundo

(81) Además, es el único momento que encontramos, desde nuestro modesto juicio, discordante con todo lo dicho por el autor a lo largo la introducción a la obra de Mortati, un escrito en el que pueden leerse afirmaciones tan testimoniales, como por ejemplo: “*La costituzione è opera di quanti hanno vinto una battaglia, della «parte» vincente*”, “*Premessa*”, en *La Costituzioni in senso materiale*, de Costantino Mortati, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. XXX.

recoge la siguiente idea: “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme*”, a saber, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; para, seguidamente, proclamar por medio del artículo tercero que es la Nación la auténtica soberana (soberanía nacional): ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella (de la Nación)(82). En fin, el artículo cuarto, introduce la idea de limitación (renuncia) del contenido de los derechos antes señalada, al definir la libertad como algo consistente en la facultad de “hacer todo lo que no perjudica a los demás”, y estableciendo como únicos límites al ejercicio de “los derechos naturales de cada hombre”, aquellos encargados de asegurar “a los demás miembros de la Sociedad el goce de esos mismos derechos”, que se concretarán por medio de la Ley. Partiendo de estos mimbres, a la vez que parando mientes sobre la experiencia absolutista, aún reciente para la memoria revolucionaria, los poderes públicos, y en primer lugar la Administración, eran considerados, expresa Guillermo ESCOBAR ROCA, “el peligro natural para la libertad de los ciudadanos; de ahí que la superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento fuera considerada una garantía insuficiente”, por lo tanto, “el Estado constitucional conoce, al menos desde mediados del siglo XIX, una institución destinada a conjurar el peligro de un poder reglamentario vulnerador de los derechos: la reserva de ley”(83).

(82) El artículo primero, Título III, de la Constitución de 1791, establecería: “1. La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo, puede atribuirse su ejercicio. 2. La Nación, de la que emanan todos los Poderes, no puede ejercerlos más que por delegación (...)”.

(83) Guillermo ESCOBAR ROCA, “Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)”, en *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Editorial Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 565. En el mismo sentido, la consideración de la reserva de Ley en esta concreta época histórica como reserva de intervención en la libertad y en la propiedad que deben apoyarse sobre un fundamento legal, Luis VILLACORTA MANCEBO, *Reserva de Ley y Constitución*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994, pp. 48-53. Fundamentalmente en el constitucionalismo de legitimación dual, conforme al cual, la libertad jurídicamente garantizada coincidía con el ámbito de la reserva de Ley, y, de este modo, los Derechos configuraban el campo de actuación abierto a las intervenciones administrativas. Precisamente por esta razón, Rainer WAHL nos participa que los documentos constitucionales alemanes del siglo XIX hacían referencia reiterativamente a los “derechos de los súbditos”, “*Rechtliche Wirkungen und Funktionen der...*”, *loc. cit. en op. cit.*, pp. 349 y ss.

Por ello, conforme al explícito decir de Hermann HELLER, la primera reivindicación trasladada por el liberalismo al terreno de la lucha política, fue la conquista de “la legalidad de la Administración”, pues, obviamente, esperar “la «seguridad de la libertad legal» de manos del monarca y de sus órganos, hubiera exigido una confianza sobrehumana, pronto desilusionada, por parte de los súbditos”(84). Vistas las cosas de esta manera, el poder público era estimado el enemigo potencial de las recién conquistadas libertades liberales, surgiendo a partir de semejante temor la idea de lograr la propia autolimitación del Estado, un mal necesario(85); consecuentemente necesitado de ser sometido a control en beneficio de la libertad propia de la Sociedad civil, esto es, a favor de los individuos en sí mismos considerados(86). De acuerdo al sentido expresado, para los revolucionarios franceses “la libertad consiste en el poder hacer todo lo que no perjudique a los demás; y, de esta forma, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos destinados a asegurar a los restantes miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos

(84) Hermann HELLER, *Las ideas políticas...*, op. cit., p. 106.

(85) El Estado como mal necesario y la Sociedad en cuanto ente benéfico, fueron ideas teorizadas con fuerza por Thomas PAINE. No obstante, como ya se dijo, autores de la categoría de Walter LEISNER, han matizado que, realmente, se condena y establecen precauciones frente a un uso arbitrario del poder, pero el anatema no es extensivo al poder en sí mismo considerado, de quien son conscientes era necesario servirse instrumentalmente para preservar el “modelo”, *Grundrechte und...*, op. cit., pp. 23 y ss. En cuanto a Raúl MORODO LEONCIO lo ha resumido como sigue: “En un principio, regeneración excluye revolución, es decir, sería la expresión de una actitud reformista, con el objetivo claro de evitar un deslizamiento hacia radicalizaciones —que, sin embargo, serán inevitables—, pero que, en las fases pre-revolucionarias, por algunos, se intentaba excluir. Starovinski, con su habitual perspicacia, dirá, en este sentido, que «en 1789 pocos hablaban de abolir todo para emprender una reconstrucción total» (Bamave) sobre términos enteramente nuevos: las palabras más frecuentes eran *regeneración* y *restauración*. No se quiere innovar, sino reencontrar el origen olvidado». Renovar sin romper. La tradición renovada implicaría, en este orden de cosas, la no eliminación de la institución monárquica, que podría adoptarse y reformarse: en definitiva, una monarquía regenerada como monarquía constitucional. Pero, al mismo tiempo, el término regeneración va por otro camino: la regeneración como resultado de un previo proceso revolucionario: regenerar es establecer un «hombre nuevo», una «sociedad nueva», “Reformismos y regeneracionismo: el contexto ideológico y político de la Constitución de Bayona”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 83, 1994, p. 31; con mayor detalle *Las Constituciones de Bayona (1808) y Cádiz (1812). Dos ocasiones frustradas*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2011, *passim*.

(86) Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 41.

derechos. Límites que solo pueden establecerse por medio de una ley” (artículo cuarto de la Declaración). De todos modos, es también conocida la frase célebre de Rudolf VON GNEIST, cuando afirmara que las Declaraciones continentales fueron algo muy similar a un artículo de fe de la Sociedad (*Glaubensartikel der heutigen Gesellschaft*), y ello, desde su experiencia respecto de que los tribunales alemanes a la hora de aplicar los Derechos Fundamentales observaron su disolución progresiva en el antiguo principio de juridicidad de la Administración, traduciéndose así los derechos del hombre en un único principio, la libertad personal frente a la coacción ilegal (*Grundrecht auf Freiheit von ungesetzlichem Ztvang*)(87).

2.2. El “legicentrismo” evidenciado por la Declaración, y sus repercusiones más notorias.

En lógica correspondencia con lo reseñado, y mediante una fórmula nítidamente liberal-individualista presuntiva de la libertad, el artículo quinto de la Declaración Francesa mantiene: “todo lo que no está prohibido por la ley, no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordena”. Así, el artículo sexto da continuidad a la idea, y, por su parte, define a la Ley como “la expresión de la voluntad general”, es decir, como instrumento jurídico al que “todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación, personalmente o por medio de sus representantes”. Con lo cual, la Ley debe ser igual para todos, proteja o castigue, y siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, resultan admisibles al conjunto de las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos(88).

(87) Rudolf VON GNEIST, *Die nationale Rechtsidee von den Ständen und das preussische Dreiklassenwahlssystem: eine sozial-historische Studie*, Springer Verlag, 1894, pp. 115 y 184.

(88) A pesar de tal enunciado, finalmente la Declaración Francesa deja sin recoger la filosofía expresada como objetivo central del pensamiento de Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social* [1ª ed., 1762], ahora en *Oeuvres complètes*, Vol. III, Gallimard, Éditions, Paris, 1964; de modo que estamos, en puridad, ante dos reinos diferentes de la Ley, aun cuando lleven el mismo nombre. En ambos casos, hay coincidencia respecto de que la nueva noción de Ley, a partir de la cual comienza para el autor el orden jurídico positivo, se encuentra enteramente fundada sobre la razón humana y la correspondiente concepción

Más allá de lo apuntado *ut supra*, el artículo decimoséptimo califica

sustancialmente idealista, reflejo de un Derecho natural domeñado por la conciencia de cada individuo: la soberanía es indivisible, no puede hacerse por cuerpos, e inalienable, porque no se delega. Pero, mientras para el ginebrino esa voluntad general al ser conformada por todos los ciudadanos siempre iba a ser recta a la búsqueda de la utilidad pública, habida cuenta su entusiasmo con la democracia directa, la genuina democracia a su parecer (recordemos la pretensión de hacer de todo individuo un *citoyen* en lugar de un *sujet*, participe de la voluntad colectiva y elemento para su formación, sobre el ejercicio de dos polos: la libertad y la igualdad), la Asamblea Nacional vendría a operar por el contrario mediante la *fiction représentative*, ante el triunfo de esta forma de democracia apoyada en la soberanía nacional, con Emmanuel SIEYÉS como mayor baluarte de la misma, y la consiguiente clara derrota de las tesis revolucionarias más radicales; hasta llegar luego a su expresión más alta mediante la concepción de Asamblea propia de los jacobinos, investida de todos los poderes que corresponden al pueblo, en lugar del cual actúa como representante del mismo. Sobre este asunto, Adhémar ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814. Révolution, Consulat et Empire*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Éditions, Paris, 1911, pp. 774 y ss; y también Georges BURDEAU, “Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français”, en *Archives de philosophie du droit*, núms. 1-2, 1939, pp. 10 y ss. Era la imposición de la oscura idea de la soberanía nacional en cuanto concepto expresivo de una soberanía de la Sociedad; como lo explicara luego Lorenz VON STEIN, la máscara bajo la que se escondía una Sociedad dividida, contradictoria, con lo que la contradicción estaba ahí enquistada, *Der Begriff der Gesellschaft...*, *op. cit.*, pp. 248 y ss.

Entre nosotros, José Antonio PORTERO MOLINA trae con frecuencia oportunamente a colación a Hans Kelsen, y la denuncia hecha por este de la ficción representativa caracterizadora del Estado Democrático, a modo de ejemplo, “Sobre la representación política”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pp. 61 y ss; y, claro está, ni se plantea el calificativo a emplear para el modelo de representación propio del Estado Liberal; atinadamente, no lo considera necesario. Una de las obras de Han KELSEN, de las por nosotros conocidas, entre las que con más frecuencia se denuncia la ficción propia de la representación, es *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J. B. C. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1920. Siguiendo esta línea de principios, para sintetizarlo con Carlos DE CABO MARTÍN, a partir de esa filosofía finalmente inspiradora del texto revolucionario globalmente valorado, puede evidenciarse que la voluntad general de Rousseau sería “vaciada de todo contenido real transformándose en algo puramente formal”, *Contra el Consenso – Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 1997, p. 95. Ello finalmente se tradujo en la exacerbación del individualismo, de la salvaguarda de la libertad individual, descuidando el aspecto de los fines racionales del hombre, equilibrio que sí lograron las revoluciones norteamericanas. Sin embargo, algo más optimista respecto de la valoración acerca de la influencia roussoniana, muestra ser Hasso HOFMANN, pero dando un poco por supuesta cierta posición e influencia roussoniana, en este caso y frente a lo habitual en él, sin argumentar excesivamente con fuerza, “Rousseau Gesetzgeber oder: Rousseau in der europäischen Verfassungsgeschichte”, en *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit – Freun-*

a la propiedad como “derecho sagrado e inviolable”, del que nadie puede verse privado “sino en el caso de necesidad pública, legalmente fijada que lo exija con evidencia y a condición de una previa indemnización justa”. Estas ideas, nacidas del Derecho natural europeo, sin perjuicio de que su inmediato modelo constitucional fueran los *Bill of Rights* norteamericanos, denotan la falsedad de pretender ver en ellas “algo específicamente francés”, concluiría Hermann HELLER, por tratarse de concepciones comunes a uno y a otro lado del Atlántico, pero la tierra en la que germinaron no era la misma(89).

Corolario de todo lo afirmado hasta ahora, puede entenderse normal que las ideas aquí expresadas hayan conducido al empleo con acierto por un autor como Stéphane RIALS, la caracterizadora expresión de “*légitimisme*”, ante la omnipresencia de la Ley a lo largo del texto de la Declaración; una locución que luego ha calado en sede doctrinal, al objeto de singularizar el emplazamiento privilegiado del que se adueñaría esta fuente del Derecho para la trama ideológica jurídico-revolucionaria(90). En todo caso, tal y como han señalado, entre otra

desgabe für Bernhard Schlinck zum 70. Geburtstag, edición de Jakob Nolte / Ralf Poscher / Henner Wolter, C.F. Müller Verlag, 2014, Heidelberg, pp. 99 y ss.

De cualquier modo, una relectura del Contrato social roussoniano, permite incluso apreciar el empleo en el mismo de dos tipos de “mayorías”; una primera, y a la que casi siempre se refiere, constituida por la suma de voluntades libres, individuales, iguales y soberanas que integran la voluntad general soberana inalienable, formándose una comunidad a la que aparentemente el individuo hace entrega de sus derechos originarios, voluntad numérica unánime (aquí está su tendón de Aquiles, pues es la adicción de los yo individuales y no síntesis o idea, sino mero agregado), conforma la voluntad de la formación social originaria de la *civitas* mediante pacto, y exalta, por lo tanto, el valor del individuo, quien, no obstante, se reserva ciertos derechos naturales e innatos; y una voluntad mayoritaria para los demás casos, que no puede identificarse con la voluntad de los demás, contraviene su postulado de la indivisibilidad de la soberanía, por la expresión del ginebrino en contradicción consigo mismo, y alzando una perspectiva pluralista frente a su tradicional supraindividualismo del “cuerpo moral”. En todo caso, su concepto de soberanía popular, fue objeto de otra “traición” no menor a manos de los revolucionarios. Por todos, Augusto BARBERA ha puesto de relieve que el constitucionalismo francés fundió desde sus inicios el principio roussoniano de soberanía popular con la tradición estatista heredada del absolutismo, “Introduzione”, en *Le basi filosofiche del costituzionalismo: lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, edición de Augusto Barbera / Gianfrancesco Zanetti, Laterza Editore, Roma-Bari, 1997, pp. 3 y ss.

(89) Hermann HELLER, *Las ideas políticas...*, op. cit., p. 98.

(90) Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette Littératures, Éditions, Paris, 1988, p. 156. En los mismos términos, aunque más explícito

abundante literatura jurídica, “Duguit y Orlando, (...) los constituyentes de 1791 se contradecían a sí mismos al declarar, por una parte, a los tres poderes iguales e independientes, y, por la otra, al subordinar el Ejecutivo y el Judicial al Poder Legislativo”(91). Producto de la ideas del iluminismo acerca de la luz arrojada por la discusión pública y de la fuerte reticencia francesa hacia el poder judicial (la Constitución de 1791 establecería su carácter temporal y la elección popular de los mismos) lo cual supuso incluso el no sometimiento de la administración a su propio control (autocontrol de esta), concluye con una situación sensiblemente diferente a la norteamericana, desconfiada esta frente a la Ley en cuanto riesgo para los Derechos, ante lo que consagra la inequívoca supremacía jurídica de la Constitución. No obstante, aun cuando quedara en algo retórico, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791 también pretendió reflejar esa posición de Derecho más alto propia de la Constitución, al enunciar el rechazo para toda Ley de reconocer compromiso alguno contrario a la Constitución, y dispuso en el Título I, como una de sus “disposiciones garantizadas por la Constitución”, la imposibilidad para el Poder legislativo de “hacer leyes que mermen y dificulten el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución; pero como la libertad no consiste más que en poder hacer todo aquello que no dañe a los derechos de los demás, ni a la seguridad pública, la ley puede establecer penas contra los actos que, atacando bien la seguridad pública o los derechos de los demás, fueran perjudiciales para la Sociedad”.

aún, Marcel GAUCHET, “Droits de l’Homme”, en *Dictionnaire critique de la Révolution française, Chapitre 4, Idées*, directores François Furet / Mona Ozouf, Champs Flammarion, Éditions, edición de 1992, p. 121, y, de manera particular, p. 131. Y del Estado de Derecho francés y europeo durante el siglo XIX como Estado legislativo (*législateur; Gesetzgebungss-taat*), hablará Carl SCHMITT desde las primeras páginas de su *Legalität und Legitimität*, 1ª ed., Duncker & Humblot Verlag, München-Leipzig (1932), ahora en Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1987, donde explica, con su habitual agudeza y capacidad de síntesis, la crisis política y jurídica liberal del siglo XIX, cuyos postulados teóricos estuvieron empeñados en proyectar el mundo político como un seminario ideal, y el mercado un lugar de intercambios libres, con lo cual, el concepto de Estado y su realidad no fueron una autoridad clara y definida, siendo así dependiente de la política cuando debiera haber sucedido a la inversa; llegadas las crisis, el Estado no estaba nunca en situación de resolverla y debía requerir de otros para que le sacaran del atolladero, idas estas últimas que aparecen mejor desarrolladas en otras obras del autor.

(91) Carlos DE CABO MARTÍN, *Contra el Consenso...*, op. cit., p. 57.

A partir de las más arriba consideradas premisas, surge el Estado Liberal, a saber, un modelo de Estado que, fundamentado en el contrato social y respetuoso con el orden natural, se revela plenamente acorde para la defensa de los intereses de la clase burguesa, encargada de “dispensar derechos” de acuerdo con su interés, del que se teorizara ser el de la propia Sociedad; la Revolución no fue así un acto contranatura, contrahistórico, sino la consecuencia de la propia evolución histórica. Consiguientemente, según hemos reflejado, estamos ante la forja un nuevo modelo de Estado que, inicialmente, se erigió como el vehículo de la salvaguarda de las Libertades individuales ante su principal amenaza, esto es, el propio poder público en tanto contemplado como adversario de aquellas, traducándose mediante la idea de que el Derecho vincula positivamente a los órganos del Estado; de manera particular a la Administración. Estimarían desde el inicio que la última solo puede hacer aquello expresamente permitido a través de las leyes elaboradas por los representantes de la burguesía en la Asamblea, y a las que asimismo debía inexorablemente quedar sujeto el Poder Ejecutivo. La Ley, como verdadera norma jurídica vinculante de modo negativo para los particulares, se pasa a entender, en favor de los cuales opera “justamente lo contrario: el principio de autonomía, mientras no se traspasara el límite de la ley”(92); convirtiéndose de este modo la figura jurídica en un auténtico instrumento de lucha para la defensa de los intereses de la burguesía(93), y toda vez no se lograra cambiar el espíritu de la Nación consagrando una organización del Poder judicial de acuerdo con los “designios” de la clase revolucionaria(94).

Con arreglo a lo cual hemos previamente reseñado, frente a la estructura del Estado absoluto de los privilegios propio de la Sociedad estamental del *Ancien Régime*, se reivindicaban en la época de la Revolución Francesa los Derechos naturales e imprescriptibles del

(92) Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 28.

(93) Así, Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución...*, op. cit., especialmente, pp. 207 y ss.

(94) Algo considerado necesario como exclamara el destacado diputado Nicolás BERGASSE ante la Asamblea Nacional constituyente francesa, por todos los que pretendieran cambiar el espíritu de las naciones, citado por Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución...*, op. cit., p. 274.

hombre a fin de que sirvan de fundamento del nuevo poder, claramente consonante la idea con el principio de que la soberanía reside esencialmente en la Nación; de esta forma, ningún cuerpo o individuo podía ejercitar una autoridad distinta de las emanadas expresamente de la misma(95). Asistimos entonces, por consiguiente, a la transformación de la organización del poder, proceso del que germina el Estado Liberal de Derecho, u ordenación racionalmente construida y pautada a través de la legalidad formal(96), donde la Ley fundamenta el acto público y limita el acto privado en pro de la garantía de los Derechos del hombre(97). Ciertamente, la Ley había de decretar por medio de los representantes electos cuáles eran los límites de la libertad a aceptar por cada individuo en “interés de la libertad igual”, lo que trajo como correlato su carácter instrumental, y que de esta manera, pudiese aparecer como *expression de la volonté générale*. De forma correlativa, percibía el Estado su “programa de actuación de la ley aprobada por el parlamento”, de suerte tal que únicamente “podía actuar dentro de la esfera protegida por los derechos fundamentales basándose en una autorización legal”(98). Bastante más desprendido de la concepción iusnaturalista se mostró nuestro constitucionalismo patrio, beligerante desde su punto de partida con la concepción de los Derechos como supremos y previos a la Ley. A tal propósito, son elocuentes las frases de Antonio ALCALÁ GALIANO, que vamos a reproducir: “Al hablar de ciertos derechos abstractos considerados

(95) Para comprender el verdadero significado de la Declaración, es preciso naturalmente apercibirnos bien del momento histórico y ambiente social en el que es fraguada, y respecto del hecho de presentarse como efectivamente revolucionaria en clara antítesis con *L'ancien régime* y su sistema social jerarquizado por estratos, en cuyo ámbito las distintas funciones sociales venían sustancialmente determinadas por el nacimiento y la pertenencia a una concreta categoría social; y ahí precisamente incide Walter LEISNER, por haber encontrado la base específica ya referida acerca de la dirección del combate, esto es, frente a los abusos y arbitrariedades cometidos en el ejercicio del poder, sin alcanzar a una crítica frontal y descalificadora de la existencia de este último, además de que, recuerda, en Europa continental siempre quedaron resabios o rescoldos historicistas, *Grundrechte und...*, *op. cit.*, pp. 22 y ss, y 27-29; unas páginas, las últimas reseñadas y en algún otro momento, donde destaca el autor la gran ficción que supuso en la práctica la reiteradamente teorizada conformidad de los Derechos Fundamentales a la Ley.

(96) José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2007, p. 49.

(97) Christian STARCK, *Jurisdicción constitucional...*, *op. ci.*, pp. 249 y ss.

(98) Dieter GRIMM, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 60.

por algunos como naturales o imprescriptibles en los hombres declararé muchos de ellos falsos a mi entender, impugné otros como mal explicados y peligrosos, insinué que no hay otros derechos políticos que los nacidos de la misma sociedad, ya formada, y de las leyes, y condene tales máximas abstractas y vagas como pésima base para sentar en ella la fábrica de las constituciones”(99).

En el marco de coordenadas descrito, los Derechos Fundamentales producían eficacia jurídica a través de la Ley(100), y el Estado Liberal de Derecho hacía su presentación por medio de un modelo de Estado Legislativo, afirmándose a sí mismo mediante la instrumentalización del principio de legalidad formal como metanorma(101). Ahora bien, aunque la Ley efectivamente “lo podía todo”, resulta obligado conocer y hacerse cargo del patrón “de «homogeneidad social» que presuponía el Estado Liberal”, en el bien entendido sentido, que esa homogeneidad simplemente quedaba reducida a quienes participaban y eran genuinos titulares de los derechos reconocidos(102); especialmente del derecho de propiedad privada que, como sustituta de la antigua propiedad feudal, se constituye en el pilar básico para la construcción del nuevo orden económico. Algo que no ocurre a partir de un único acto histórico, sino a través de un proceso más o menos homogéneo e intermitente, según los distintos Estados, pero acompañado siempre por una intensa actividad

(99) Antonio ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de Derecho político* (Imprenta de D.I. Boix, 1843), Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 279.

(100) Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 21. Por su parte, Maurice HAURIU, en su *Précis élémentaire de Droit Constitutionnel* (edición de 1933), escribiría: “un derecho individual para el que no se haya hecho una ley orgánica no puede ser ejercido de forma lícita, incluso en el supuesto de que el principio se encontrase inscrito en las declaraciones de derechos o en la constitución”, citado por Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 186-187.

(101) Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 24.

(102) Luis VILLACORTA MANCEBO, “Igualdad y Estado Liberal...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, 2004, p. 33. Y, no debemos olvidar, el jarro de agua fría que un decenio después de la Revolución Francesa vertiera Immanuel KANT sobre el género humano de la época, *Reflexionen zur Anthropologie* (1798), cuando señalara se hallaban “en una minoría de edad civil. Somos juzgados por leyes que no somos capaces de conocer enteramente y por libros que no entendemos (...) Esto nos ha situado en una condición de minoría de edad tal que, si cesara toda coacción, seríamos incapaces de gobernarnos (...) No tenemos la facultad de juzgar por nosotros mismos. En vez de una conciencia natural tenemos una artificial y nos guiamos por el juicio de los instruidos; en lugar de costumbre y virtud tenemos mera observancia”.

legislativa(103). Con todo, y avanzando a partir de esta línea de ideas, es destacado igualmente por Pedro CRUZ VILLALÓN, que los derechos individuales comenzaban y acababan en Europa durante el siglo XIX con el principio de legalidad, lo que es insuficiente para poder hablar, con carácter general, de verdaderos Derechos Fundamentales(104).

No obstante lo anterior, vamos a procurar realizar alguna suave matización, en el sentido de que, durante el proceso revolucionario, la expresión “*tous les citoyens égaux devant la loi*”, de manera paradójica, reivindicaba un concepto eminentemente material de Ley como presupuesto de la libertad; algo que se deja ver, entre otros, por un autor tan clásico como Alexis DE TOCQUEVILLE, constituyendo no solo uno de los horizontes a alcanzar por la esperanza, sino también uno de los pilares esenciales sobre los que se cimentó el movimiento. Es más, dicho postulado aparece expresamente recogido por el artículo primero de la Declaración Francesa(105), a partir del acogimiento de premisas de cuño iusnaturalista claramente subrayadas en la obra de MONTESQUIEU, donde concretamente viene a decir: “*dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité: mais ils n'y sauraient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par les lois*”(106). Sencillamente, los avatares sufridos en la conformación evolutiva de dicho principio, debido a la concepción teórica subyacente acerca del mismo, y por la imposición en última instancia de su versión más individualista y de carácter formal, así como las causas de esa cristalización, están bien descritos en diversas obras, y pueden verse, por ejemplo, acudiendo a las aportaciones de Pierre DANEY, Stéphane CAPORAL o Georges VEDEL(107).

(103) Por lo referido a nuestro Estado, la historiografía suele coincidir al señalar que el Decreto de 6 de agosto de 1811, debido a las propias Cortes de Cádiz, constituye el punto cero de inicio de ese proceso.

(104) Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 38-39; de la excepción producida en Suiza a partir de 1874, da cuenta asimismo en *ibidem*, p. 43.

(105) Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique...*, *op. cit.*, Tomo I, p. 66, Tomo II, pp. 122-123.

(106) Charles-Louis DE SECONDAT, SEÑOR DE LA BRÈDE y BARÓN DE MONTESQUIEU, *De L'Esprit des lois*, Tomo I, Garnier-Flammarion Éditions, Paris, 1979, Livre VIII, Chapitre III, pp. 245-246.

(107) Pierre DANEY, *Le principe d'égalité*, Imprimerie René Samié, Éditions, Bordeaux, 1927, esencialmente pp. 11 y ss; Stéphane CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité dans*

Dentro del marco de estas condiciones, el Estado Liberal de Derecho del siglo XIX, redujo su aspiración a la igualdad formal ante la Ley, favoreciendo las expectativas de la Sociedad burguesa de la época, con apoyo, justamente, en la concepción labrada por Immanuel KANT sobre la misma, quien supuso para el Estado Liberal racional a decir de algunos el “más grande de sus representantes”(108); cuyas ideas concebían la constitución del Estado mediante el contrato celebrado entre individuos autónomos con la finalidad exclusiva de asegurar su situación jurídica(109), y que terminaría por ganar decisivamente la batalla a la concepción material de la igualdad jurídica, la cual vino a encontrar quizá como máximo exponente y uno de sus principales defensores a Johann–Gottlieb FICHTE(110); a pesar de que fuera la igualdad material el motor originario de la transformación de los “*États généraux*” en “*Assemblée nationale constituante*” y condujera a la abolición de los privilegios durante la histórica sesión de la memorable noche 4 de agosto de 1789(111). En base a lo expresado desde estas últimas líneas, durante el siglo XIX, concluirá al efecto Hermann HELLER, que con el término Estado de Derecho se denominaría “a aquella forma de gobierno en la que la esfera de poder de los órganos del Estado respecto al ciudadano, está de algún modo delimitada por medio de un precepto jurídico formal, independientemente de que del mismo derive una mayor desigualdad y sujeción”(112). En fin, toda vez el individuo ha renunciado a su soberanía natural al establecerse el contrato social como condición necesaria para la celebración de este, reservaría, no obstante, ciertos derechos inviolables e inalienables frente al poder

le droit public de la Révolution française (1789-1799), Éditeur Economica–Presses Universitaires d’Aix–Marseille, Aix–en–Provence, 1995, fundamentalmente pp. 14 y ss; Georges VEDEL, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française Éditions, Paris, 1990, singularmente pp. 171 y ss.

(108) Por todos Hermann HELLER, *Las ideas Políticas...*, *op. cit.*, p. 99.

(109) *Ibidem*, p. 99.

(110) Hermann HELLER, *Las ideas Políticas...*, *op. cit.*, p. 73.

(111) Bien documentado todo ello por Patrick KESSEL, esto es, cómo después se escamotea aquel espíritu, *La nuit du 4 août 1789*, Arthaud Éditions, Paris, 1969. No obstante, con la Constitución de 24 de junio de 1793, la igualdad pasa a ocupar el primer rango de los derechos civiles que se proclaman y han de garantizarse.

(112) Hermann HELLER, *Las ideas Políticas...*, *op. cit.*, p. 88.

estatal, los calificados por los tratadistas del Derecho natural, como naturales, innatos y eternos del hombre(113).

Y sobre estas bases apostaría con fuerza Wilhelm VON HUMBOLDT (1767-1835), gran valedor de la concepción individualista liberal del Estado y de la libertad del individuo, quien arrancando de la vertiente optimista del Derecho natural clásico y depositando extrema confianza en la naturaleza humana, dibuja como ideal el correspondiente al de una organización de poder garante de la seguridad por medio de su legislación y actuación sobre presupuestos contractualistas, bajo la cual, cada individuo vive en una Sociedad formada previamente al Estado (a la que reconoce como derechos inviolables la libertad personal, la propiedad y la conciencia, negando de paso que la organización estatal constituya un fin en sí mismo sino un medio a fin de garantizar la subsistencia del individuo). Muy poco proclive a planteamientos revolucionarios, sí estima de suma conveniencia la eliminación de la burocracia y el intervencionismo de su época, y considera preferible potenciar de modo progresivo la iniciativa del individuo, quien con arreglo a su energía, podría desenvolverse por sí mismo, conforme a su voluntad, a la búsqueda de la propia felicidad, desarrollando al máximo sus facultades activas, sus capacidades; planteamientos donde es posible para este aspecto observar cierta influencia de Johann-Gottlieb Fichte y el impulso por la acción, a la realidad como anhelo del yo ideal (que ha de ser *realiter*: determinado y determinante a la vez) de este, que se concilia a su vez con la idealidad. La mejor manera de maduración y perfeccionamiento de la libertad humana es por medio del ejercicio de la libertad misma, impulsada a cargo de cada individuo limitando al máximo a tal fin la actividad estatal social, teorización basada en la razón y no en la experiencia. Lo que en él crezca proviene de sí mismo, de su idealidad sentida y reflexionada por su propia espontaneidad, no se le puede dar mediante injerencias desde fuera, será ciertamente una perfección de sí, y a tal efecto es preciso limitar la acción del Estado con el fin de evitar su inmiscuimiento marismático de corte uniforme y lograr el mayor margen de libertad para el individuo, preservando así el

(113) Hermann HELLER, *Las ideas Políticas...*, op. cit., p. 99.

proceso de formación del hombre(114); la misión encargada al Estado radica en garantizar los Derechos individuales (*Rechtszweck*) y la defensa frente a ataques extranjeros. De este modo, vemos confluir de conformidad con la doctrina individualista del Estado Liberal, tres principios: el de la libertad, el de la seguridad, y el del derecho como conjunto de condiciones que permiten la coexistencia de las libertades individuales y la seguridad.

(114) Wilhelm VON HUMBOLDT, en castellano *Límites de la acción del Estado*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988; y, desde luego, su *Ideen zu einem Versuch die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, parcialmente publicado en 1792, y completo por la Verlag Eduard Trenwendt, Breslau, 1851. El Derecho Constitucional liberal-burgués de la época, dirá Joseph H. KAISER, y piensa específicamente en nuestro autor, fue la teorización idónea para ayudar a la sujeción del poder de dominio de la organización con apoyo en los postulados de la separación de poderes y sumisión a la Ley parlamentaria, a modo de escudos protectores de los individuos y de la Sociedad, “Prolegomena zu einer Rechtslehre von Staat und Gesellschaft”, en *Freiburger dies Universitatis*, núm. 4, 1955-56, pp. 13 y ss.

ALGUNOS PROBLEMAS EN LA ARTICULACIÓN JURÍDICA DE LOS SISTEMAS ELECTORALES AUTONÓMICOS

CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER(*)

SUMARIO : I. INTRODUCCIÓN. II. LAS FUENTES NORMATIVAS DE LOS SISTEMAS ELECTORALES AUTONÓMICOS Y SU RELATIVA HOMOGENEIDAD. III. LA PROBLEMÁTICA DEL PRORRATEO DE ESCAÑOS ESTÁTICO Y LAS FLUCTUACIONES DEMOGRÁFICAS. A). Los modelos de prorrateo de escaños en los sistemas electorales autonómicos. B). El prorrateo de escaños de Islas Baleares y la STC 45/1992. C). El antiguo prorrateo de escaños de Castilla-La Mancha y la posible inconstitucionalidad sobrevenida por inactividad legislativa. D). El prorrateo de escaños en Canarias. IV. LA RIGIDEZ DE LAS LEYES ELECTORALES AUTONÓMICAS. V. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

(*) Investigador predoctoral. Universidad Autónoma de Madrid

Palabras clave: Sistemas electorales; Comunidades Autónomas; Prorrateo de escaños; Rigidez normativa.

I. INTRODUCCIÓN

En los estudios electorales en España el sistema electoral del Congreso de los Diputados es, con mucho, el que ha recibido una mayor atención. Aunque en menor medida, también existen diversos trabajos que se han ocupado de los elementos de los sistemas electorales autonómicos y sus rendimientos de forma comparada⁽¹⁾. Sin embargo, resulta inédita hasta la fecha una investigación que acometa un análisis sistemático de los problemas de articulación jurídica de los sistemas electorales autonómicos. Y ello a pesar de que existen problemas de diversa índole que, incluso, plantean problemas desde la óptica jurídico-constitucional.

El estudio sobre los sistemas electorales autonómicos y sus problemas se antoja especialmente relevante en la actualidad, debido a la importante cantidad de Asambleas legislativas autonómicas que han iniciado procesos de reforma de sus sistemas electorales. En la Región de Murcia se produjo una reforma electoral a comienzos de la actual legislatura; y en regiones como la Comunidad Valenciana, Andalucía, Canarias o el Principado de Asturias, la reforma se encuentra en tramitación parlamentaria o en fases anteriores de estudio. Algo que también sucede en el ámbito nacional, como evidencia la constitución

(1) Véase, entre otros, PALLARÉS (1998); HERNÁNDEZ BRAVO (1999); LÁZARO (2000); GAVARA (2007); PRESNO (2007); ÁLVAREZ CONDE (2009); GÁLVEZ (2009); OLIVER (2011); CALVET (2017).

el pasado 10 de mayo de 2017 de una Subcomisión para la reforma electoral en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Es por ello un buen momento para arrojar algo de luz sobre esta cuestión que, en comparación con otros aspectos más sustantivos del Derecho electoral autonómico, suele pasar desapercibida.

El trabajo seguirá la siguiente estructura. Tras esta introducción, se expondrá cuáles son las fuentes normativas que configuran los sistemas electorales autonómicos y se explicará los orígenes de los mismos, así como su relativa homogeneidad. En segundo lugar, se abordará la problemática del prorrateo de escaños *rígido* o *estático* y la jurisprudencia constitucional al respecto. En tercer lugar, se tratará la cuestión de la rigidez para la aprobación y reforma de las leyes electorales autonómicas, que se ha intensificado en la última oleada de reforma estatutarias. Por último, se formulará algunas recomendaciones para mejorar y clarificar la articulación de los sistemas electorales autonómicos y su inserción en el ordenamiento jurídico.

II. LAS FUENTES NORMATIVAS DE LOS SISTEMAS ELECTORALES AUTONÓMICOS Y SU RELATIVA HOMOGENEIDAD

Con carácter preliminar, resulta conveniente delimitar qué se entiende por sistema electoral en este trabajo. De entrada, quedan al margen todas aquellas cuestiones relacionadas con el régimen electoral en sentido amplio, como pueden ser, entre otras, aquellas que tienen que ver con la regulación del derecho de sufragio activo y pasivo, la financiación electoral, la campaña electoral, la Administración electoral, el escrutinio, los recursos electorales, etc. Por tanto, al hablar del sistema electoral se estará haciendo referencia al conjunto de reglas que integran lo que cabe calificar como *sistema electoral en sentido estricto*, esto es, todos los elementos que intervienen en el proceso de traducción de votos en escaños y cómo éstos se reparten entre los partidos contendientes: número de escaños en el parlamento, la delimitación, número y tamaño de las circunscripciones, el tipo de prorrateo de escaños, la fórmula electoral, la barrera electoral y la forma de la candidatura⁽²⁾.

(2) MONTERO Y RIERA (2009).

Una vez precisado a qué nos referimos cuando hablamos de sistemas electorales, debe advertirse que para identificar los componentes de cada uno de los sistemas electorales autonómicos, hay que atender a la combinación del Estatuto de Autonomía y la ley electoral en cada Comunidad. Y es que en la Constitución Española el único precepto que hace referencia a los sistemas electorales autonómicos es el artículo 152.1, cuyo tenor literal establece que las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151 CE contarían con “una Asamblea legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio”.

A este respecto, cabe apuntar que se suscitó un interesante debate doctrinal acerca de si el sistema electoral de las Comunidades Autónomas constituidas por la vía lenta (artículo 143 CE) también debían seguir necesariamente las directrices del artículo 152.1 CE siguiendo un “principio de homogeneidad constitucional, propio de los Estados compuestos como el español”(3); o si, por el contrario, debían disponer de plena libertad al respecto(4). Finalmente, y pese al tenor literal del referido artículo, el Tribunal Constitucional, en la STC 225/1998, de 25 de noviembre, acabó respaldando la tesis de quienes sostenían que las previsiones del artículo 152.1 se proyectaban sobre los Estatutos de Autonomía de todas las Comunidades Autónomas, con independencia de su respectiva vía de acceso a la autonomía(5). Jurisprudencia que se ha visto confirmada recientemente en las SSTC 19/2011, de 3 de marzo, 197/2014, de 4 de diciembre y 15/2015, de 5 de febrero(6).

(3) Véase, HERNÁNDEZ BRAVO (1999). El posicionamiento a favor de la vigencia expansiva del artículo 152.1 CE se encuentra por primera vez en Trujillo (1981).

(4) Esta es la posición que mantiene, entre otros, Garrorena (2008).

(5) En la STC 225/1998, el Magistrado Pedro Cruz Villalón formuló un Voto Particular discrepante en el que defendía una interpretación literal del precepto, y en el que criticaba la postura mayoritaria del Tribunal consistente en extender la aplicación del artículo 152.1 CE a todas las Comunidades Autónomas.

(6) Para un análisis más detallado de estas dos últimas sentencias, véase Garrote (2015).

Ahora bien, más allá de lo dispuesto en la Constitución, las Comunidades Autónomas deben respetar las normas estatales que desarrollan los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo reconocidos en el artículo 23.1 y 23.2 CE. Ello nos conduce a analizar el papel que desempeña en este ámbito la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG, en adelante), pues un buen número de preceptos son de aplicación directa a los procesos electorales autonómicos. Así, el artículo 1.2 LOREG establece la aplicación de lo dispuesto en su Disposición Adicional Primera a las elecciones a las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Concretamente, el apartado segundo de la citada Disposición Adicional enumera una lista de 116 artículos pertenecientes al Título I, que afectan a cuestiones tan variadas como las siguientes: el derecho de sufragio activo y pasivo; la organización de las Juntas Electorales; la configuración del censo; los requisitos de la convocatoria de elecciones; la regulación de la presentación de candidaturas; los recursos contra la proclamación de candidaturas; la campaña electoral y la distribución de espacios de propaganda electoral en medios de comunicación de titularidad pública; regulación sobre papeletas y sobres electorales; el voto por correspondencia; el escrutinio en las mesas electorales y el general; el control jurisdiccional de las elecciones; los gastos y subenciones electorales; delitos e infracciones electorales, etc. Todos estos factores han conducido a que el procedimiento electoral de las Comunidades Autónomas responda a un modelo prácticamente uniforme y reproductivo(7).

Esta amplia lista de preceptos de la LOREG supone que el alcance de las competencias del Estado en materia electoral sea bastante amplio y, por consiguiente, que el de las Comunidades Autónomas se haya visto estrechado considerablemente. Un importante sector de la doctrina ha criticado esta situación, por entender que la regulación estatal abarca tantas cuestiones y, además, con tanta minuciosidad, que se estaría extralimitando al laminar la competencia que legítimamente corresponde a las Comunidades Autónomas a la hora de regular sus propios procesos electorales(8). Y es que, en buena lid, los únicos artículos de la LOREG que deberían aplicarse de forma obligatoria a

(7) Véase ARNALDO (2004).

(8) Véase, entre otros muchos, GAVARA (2007); PRESNO (2007); OLIVER (2011).

las elecciones autonómicas serían aquellos que contienen el desarrollo de los elementos esenciales del derecho de sufragio (artículo 81 CE en relación con el 23 CE) o las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho de sufragio (artículo 149.1.1ª CE)(9).

Siendo cierto lo anterior, y pese a la extensión y exhaustividad de esta legislación de carácter básico y aplicación directa en las Comunidades Autónomas, lo cierto es que los aspectos relativos al sistema electoral en sentido estricto siguen quedando en manos de las Comunidades Autónomas. Con estos mimbres, las Comunidades disponían, en principio, de un espacio de libertad considerable para configurar los elementos básicos de sus respectivos sistemas electorales, dentro del respeto a los mandatos constitucionales de proporcionalidad y aseguramiento de la representación de las diversas zonas del territorio (artículo 152.1 CE). De modo que, excepto establecer sistemas electorales mayoritarios, las Comunidades Autónomas han tenido un amplio margen de maniobra para decidir el tamaño de sus parlamentos, la delimitación territorial de las circunscripciones, la magnitud de los distritos, el tipo de prorrateo de escaños, la fórmula electoral concreta, la existencia y cuantía de las barreras electorales, o la forma de la candidatura.

Sin embargo, los *Acuerdos Autonómicos de 1981*(10), pactados entre el Gobierno de la UCD y el PSOE, hicieron que los territorios que aún se encontraban envueltos en el proceso de acceso a la autonomía convergieran en esta materia. Así, pese al virtual espacio de actuación, la innovación ha brillado por su ausencia y se ha impuesto el mimetismo(11). De hecho, una buena parte de la normativa electoral autonómica se limita a repetir la regulación de la LOREG, cuando no se remite simplemente a sus artículos(12). En definitiva, y como ha señalado Juan Carlos Gavara, “el régimen electoral español se caracte-

(9) OLIVER (2011: 63).

(10) Acuerdos Autonómicos firmados por el Gobierno de la nación y el Partido Socialista Obrero Español el 31 de julio de 1981, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981.

(11) PALLARÉS (1998).

(12) TORRES DEL MORAL (2009: 221).

riza por la permanencia y continuidad desde los inicios de la transición política, hasta el punto que los elementos básicos del sistema electoral no han sido modificados, en relación con las reglas generales que se han remitido de forma mimética a las leyes electorales autonómicas, es decir, se ha ido produciendo una homogeneidad de regulaciones y criterios desde un punto de vista práctico”(13). De hecho, basta echar un vistazo a las leyes autonómicas aprobadas entre 1985 y 1987 para observar un mismo patrón normativo, con una estructuración y redacción similar en sus contenidos(14).

En este punto, merece la pena hacer una breve mención a la práctica de algunas leyes electorales autonómicas de repetir preceptos enteros de la LOREG, algunos de ellos incluso de carácter básico. El ejemplo por antonomasia sería el de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento Vasco que es, con mucho, la ley electoral autonómica más extensa, con 154 artículos (algunos de ellos verdaderamente extensos y subdivididos en varios apartados)(15). La longitud de esta ley se explica, entre otros factores, por la reproducción de decenas de artículos de la LOREG.

Pues bien, esta práctica de reproducir normas estatales por leyes autonómicas adolece de una “deficiente y peligrosa técnica legislativa” que genera “inseguridad jurídica y confusión normativa” (STC 154/1989, FJ 6; 62/1991, FJ 4 b); 146/1993, FJ 6). Lo que resulta aun más grave en los supuestos en los que las leyes electorales autonómicas reproducen legislación básica. Según ha afirmado el propio Tribunal Constitucional, la repetición es una práctica que “al utilizarse por órganos legislativos distintos, con ámbitos de competencia distintos, está inevitablemente llamada a engendrar tarde o temprano una innecesaria complicación normativa cuando no confusión e inseguridad (STC 10/1982, FJ 8). Así, el Tribunal Constitucional ha diferenciado dos posibles supuestos de reproducción de normas estatales por leyes autonómicas, utilizando como criterio para su delimitación la titularidad de la competencia sobre la materia(16). El primer supuesto

(13) GAVARA (2007: 20).

(14) SIERRA (2017: 43).

(15) PRESNO (2007: 135); OLIVER (2011: 89).

(16) LATORRE (2015: 112).

se produce en los casos en los que la ley autonómica regula una materia en la que la Comunidad Autónoma carece de competencias. El segundo supuesto se produce cuando una ley autonómica afecta a una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. Mientras que el primer supuesto es siempre inconstitucional por vulnerar abiertamente el sistema constitucional de distribución de competencias, en el segundo de ellos “habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto” (STC 341/2005, FJ 9). En cualquier caso, esta práctica debe evitarse, siendo preferible, como ha defendido el propio Tribunal Constitucional en algunas de sus sentencias, la remisión a la ley estatal (STC 147/1993, FJ 4).

Retomando la cuestión de la escasa creatividad de los legisladores autonómicos en materia electoral, una buena muestra de esta situación la encontramos en la utilización de la fórmula D’Hondt –aun sin nombrarla expresamente– en todos los sistemas electorales autonómicos, así como de las listas cerradas y bloqueadas (ver Tabla 1). Con todo, es posible hacer algunas precisiones que matizan la conclusión anterior. A pesar de que, efectivamente, existen elementos que se reiteran en todos los sistemas autonómicos, existe cierta variación en otros. Aunque la regla general es la utilización de la provincia como circunscripción –al igual que ocurre en los sistemas electorales del Congreso y el Senado–, existen cuatro Comunidades Autónomas que se han inclinado por un tipo de circunscripción de base territorial distinta a la provincial. Por un lado, Canarias e Islas Baleares han optado por la utilización de la isla como circunscripción. Por su parte, el Principado de Asturias –y la Región de Murcia hasta 2015(17)–, han decidido fraccionar sus territorios en varios distritos electorales, rompiendo la tendencia asumida por el resto de Comunidades pe-

(17) Los artículos 13-15 de la Ley 14/2015, de 28 de julio, de reforma de la Ley 2/1987, de 24 de febrero, Electoral de la Región de Murcia, han modificado el sistema electoral murciano, estableciendo, entre otras novedades, una circunscripción electoral única que engloba a todos los electores de la Región de Murcia. Se adopta así el criterio más común en las comunidades autónomas peninsulares uniprovinciales (Cantabria, Navarra, La Rioja y Madrid), dejando como la única comunidad exótica en este sentido al Principado de Asturias. Para analizar las vicisitudes de la reciente reforma de 2015, véase la monografía publicada recientemente por SIERRA (2017).

ninsulares uniprovinciales, consistente en adoptar la provincia como circunscripción.

También existen diferencias en el modo en que se realiza el prorrateo de escaños entre circunscripciones. Mientras que en algunas Comunidades el reparto de diputados entre distritos se hace combinando un doble criterio, territorial y demográfico (se otorga un número inicial de escaños a cada circunscripción y el resto se distribuyen en función del peso poblacional de cada territorio), en otras se hace un reparto fijo de escaños predeterminado de antemano. Volveremos sobre este punto en el siguiente apartado.

Asimismo, existe cierta disparidad en lo referente a las barreras electorales. Algunas Comunidades Autónomas establecen el umbral legal en el 3 por ciento, siguiendo la estela del sistema electoral del Congreso de los Diputados. Otras, sin embargo, se han inclinado por el 5 por ciento, tal y como sucede en las elecciones locales. Por último, encontramos el caso extremo de Canarias, donde se establece un doble umbral electoral alternativo del 6 por ciento a nivel autonómico y del 30 por ciento a nivel insular.

En definitiva, lo que se trata de poner de relieve con estos ejemplos es que, tras la aparente uniformidad existente entre los elementos nucleares de los distintos sistemas electorales autonómicos, existen también ciertas diferencias, algunas de ellas muy significativas por cómo condicionan la conversión de votos en escaños y, en consecuencia, por cómo afectan al comportamiento de electores y partidos (Tabla 1).

III. LA PROBLEMÁTICA DEL PRORRATEO DE ESCAÑOS ESTÁTICO Y LAS FLUCTUACIONES DEMOGRÁFICAS

A) *Los modelos de prorrateo de escaños en los sistemas electorales autonómicos*

Una vez delimitadas las circunscripciones, debe repartirse entre ellas los escaños, en una operación que se conoce comunmente como prorrateo de escaños. En principio, el criterio más razonable sería hacerlo de acuerdo con la población existente en cada una de ellas,

para así otorgar al voto de todos los ciudadanos un peso igual, o al menos similar, y cumplir con el principio de igualdad de sufragio (artículo 68.1 CE).

Ahora bien, como antes comentábamos, uno de los mandatos del artículo 152.1 CE consiste en que los sistemas electorales autonómicos aseguren “la representación de las diversas zonas del territorio”. Se trata evidentemente de un concepto jurídico indeterminado que, por tanto, admite configuraciones diferentes. Así lo han entendido los legisladores autonómicos en la práctica.

Entre las Comunidades que tienen su territorio dividido en varias circunscripciones, un primer grupo combina tanto factores geográficos como poblacionales. Poseen un modelo de prorrateo de escaños que podemos calificar como *dinámico*, pues la manera de proceder al reparto de escaños es similar a la utilizada por el artículo 68.2 CE para el Congreso de los Diputados: se asigna un mínimo inicial de escaños a cada circunscripción con independencia de la población que resida en ellas, y el resto de escaños hasta completar el total del Parlamento se reparte atendiendo a la población de derecho de cada circunscripción. Como es lógico, ese mínimo inicial de escaños genera desigualdad en el valor del voto. Las Comunidades han establecido mínimos iniciales muy diferentes. En Murcia era de un escaño (art. 4.2 de su anterior Ley electoral); en el Principado de Asturias es de dos escaños (art. 12 de su Ley electoral); de tres en Castilla y León (art. 21.2 de su Estatuto de Autonomía) y en Castilla-La Mancha (art. 16.2 de su actual Ley electoral); de ocho en Andalucía (art. 17.2 de su Ley electoral); de diez en Galicia (art. 9.2 de su Ley electoral); de trece en Aragón (art. 13.2 de su Ley electoral) y de veinte en la Comunidad Valenciana (art. 24 de su Estatuto de Autonomía) y Extremadura (art. 18.2 de su Ley electoral). Esta forma de prorratear los escaños tiene la virtud de ir ajustando el reparto de diputados autonómicos entre las distintas circunscripciones según las fluctuaciones demográficas. De este modo, el número de escaños asignados a cada circunscripción puede variar entre procesos electorales.

Por otro lado, encontramos un segundo grupo de Comunidades que a la hora de interpretar el mandato de *asegurar las diversas*

zonas del territorio se ha inclinado por un modelo de prorrateo de escaños que cabría calificar de *rígido* o *estático*. Así, algunas Comunidades prescinden por completo del criterio demográfico a la hora de efectuar el reparto de escaños entre circunscripciones. En Canarias, Islas Baleares y País Vasco, sus Estatutos de Autonomía o leyes electorales establecen un número fijo de escaños para cada circunscripción; ese número es también permanente, y no admite revisión pese a la existencia de fluctuaciones poblacionales. El reparto de escaños tiende así a sobrerrepresentar a las zonas menos pobladas, infrarrepresentando como contrapartida a las circunscripciones donde existen grandes núcleos urbanos. Este tipo de reparto de escaños plantea serios problemas desde el punto de vista de la igualdad del sufragio. Además, puede llegar a darse la paradoja de que, dentro de un mismo sistema electoral, a una circunscripción con más población y electores que otra, le corresponda, sin embargo, menos escaños. Esto ha sucedido en Castilla-La Mancha durante algún tiempo (entre Cuenca y Guadalajara) y sigue ocurriendo en la actualidad en Islas Baleares (entre Menorca e Ibiza) y Canarias (entre La Palma y Fuerteventura). Veamos estos casos con cierto detenimiento.

B) *El prorrateo de escaños de Islas Baleares y la STC 45/1992*

El artículo 12.2 de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares realiza el siguiente reparto de escaños entre las distintas islas del archipiélago: 33 diputados corresponden a Mallorca; 13 a Menorca; 12 a Ibiza; y 1 a Formentera. Se trata de un reparto de escaños fijo, esto es, que no se actualiza conforme a los cambios demográficos experimentados por las distintas islas. Pues bien, lo que ha ocurrido en todas las elecciones celebradas bajo la vigencia de la ley electoral en cuestión es que la población de Ibiza ha sido superior a la de Menorca y, sin embargo, a esta última circunscripción se le ha otorgado un escaño más que a aquélla. Y ello a pesar de que ya en 1986 –año de aprobación de la ley– Ibiza tenía una población superior a la de Menorca, circunstancia que ha ido acrecentándose de manera considerable con el paso del tiempo. Según las cifras de población que ofrece el Instituto Nacional de Estadística (INE), a 1 de julio de 2016 –última fecha disponible–, la isla de Ibiza contaba con 148.262 habitantes, mientras que la de

Menorca solo con 93.851, lo cual supone una diferencia de 54.411 personas.

En la STC 45/1992, de 2 de abril, el Alto Tribunal tuvo que dirimir precisamente la constitucionalidad de la distribución de escaños efectuada por la ley electoral balear, valorando si este reparto de escaños suponía una discriminación que vulneraba el artículo 14 CE en relación con el artículo 23.2 CE, esto es, la igualdad de condiciones en el acceso al cargo representativo. Tras exponer un resumen de su jurisprudencia en relación a la proporcionalidad de los sistemas electorales, el Tribunal llegó al convencimiento de que en el reparto de escaños entre Menorca e Ibiza no existía una “situación de manifiesta y arbitraria desproporción en el ejercicio del derecho de sufragio entre los ciudadanos de ambas Islas que legitimara la intervención del Tribunal en uno de los aspectos centrales del sistema electoral que compete definir al legislador, como es el de determinar el número de escaños de cada circunscripción” (STC 45/1992, FJ 5). Es preciso señalar que a fecha de 1 de enero del 1991, año en que se celebraron las últimas elecciones autonómicas antes de que se dictase la STC 45/1992, Ibiza tenía 65.014 habitantes, mientras que Menorca tenía 60.056; es decir, la diferencia entre las dos islas era de tan sólo 4.958 personas.

Además, el Tribunal añadió un argumento adicional para sostener la constitucionalidad del reparto de escaños: “el legislador autonómico Balear se vio enfrentado, a la hora de regular los criterios de distribución de escaños entre las distintas Islas, no sólo con la necesidad de conciliar los criterios de proporcionalidad y adecuada representación de cada una de ellas, sino también con el hecho de que los parlamentarios a elegir constituirían no sólo el Parlamento Balear, sino también los diferentes Consejos Insulares, órganos de gobierno y administración de las respectivas Islas”. Con ello, el Tribunal se refiere a la organización administrativa que hacía el artículo 18.2 del Estatuto balear, que establecía la existencia de tres Consejos Insulares, formados por las islas –o agrupaciones de islas– de Mallorca, Menorca e Ibiza-Formentera.

De esta forma, aunque el número de circunscripciones electorales eran cuatro, esta distribución de escaños “tendría una explicación razonable y no discriminatoria en el hecho de que también a efectos de este cómputo se debe considerar la unidad entre Ibiza y Formentera que forman un único Consejo Insular, unidad por otra parte consagrada por el propio art. 69 de la Constitución, de forma que primero el legislador estatutario y más adelante el ordinario han preferido establecer una igualdad de representación entre los Consejos Insulares de Menorca y de Ibiza-Formentera, aun al coste de consagrar una mínima diferencia de representación entre las Islas de Menorca e Ibiza, en modo alguno ni desproporcionada, por su alcance, ni arbitraria, porque con ello se asegura la “adecuada representación” de la Isla de Formentera” (STC 45/1992, FJ 5).

Sin embargo, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, la situación habría cambiado de forma sustancial, puesto que conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de dicho Estatuto y en la Ley balear 7/2009, electoral de los Consejos Insulares, estos órganos de gobierno se eligen ahora por sufragio universal y directo en comicios diferenciados de los autonómicos. Esta nueva situación, a juicio de Joan Oliver, habría desencadenado la inconstitucionalidad sobrevenida del reparto de escaños del sistema electoral balear⁽¹⁸⁾. Máxime si se tiene presente que la diferencia de población entre las islas en discordia ascendía a 4.958 personas en el momento en que se dictó la STC 45/1992, mientras que en la actualidad la descompensación poblacional existente supera las 54.000 personas, sin que por ello se haya alterado la distribución de escaños.

Más allá de compartir la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida defendida por Joan Oliver, derivada, de un lado, de la alteración del sistema de elección de los Consejos Insulares operada por la reforma estatutaria de 2007 y, de otro, del incremento de las disparidades poblacionales entre Menorca e Ibiza, conviene exponer con nitidez la doctrina sentada en la STC 45/1992. En efecto, el Tribunal Constitucional puede llegar a considerar inconstitucional

(18) Véase OLIVER (2011: 261-264).

aquella distribución de escaños que genere una desproporción entre el número de habitantes de cada circunscripción respecto del número de escaños otorgados a la misma. Ahora bien —y esto es lo realmente relevante—, dicha desproporción debe ser simultáneamente manifiesta (esto es, de una entidad notable) y arbitraria (es decir, sin que exista un criterio razonable u objetivo que la justifique). Por consiguiente, sólo pueden reputarse inconstitucionales aquellos repartos de escaños entre circunscripciones electorales que carezcan de una justificación razonable y que, además, sean de dimensiones considerables.

C) El antiguo prorrateo de escaños de Castilla-La Mancha y la posible inconstitucionalidad sobrevenida por inactividad legislativa

El sistema electoral de Castilla-La Mancha es probablemente el que mayor número de conflictos ha ocasionado y el que más pronunciamientos ha obligado a realizar al Tribunal Constitucional. Esta situación se ha agravado en los últimos años, a raíz de las sucesivas modificaciones electorales que tanto el PSOE como el PP han acometido en solitario, y bajo acusaciones recíprocas de manipulación electoral(19). Tres fueron las reformas electorales en las dos anteriores legislaturas (2007-2011 y 2011-2015). Y es que los dos partidos tradicionalmente predominantes en la región no han tenido reparos en judicializar el conflicto siempre que han tenido la ocasión. Ello ha contribuido a que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado sobre la constitucionalidad del régimen electoral de Castilla-La Mancha hasta en cinco ocasiones en los últimos nueve años(20). En cualquier caso, y más allá de la controversia política generada, hay una resolución del Tribunal que aquí merece ser destacada: el Auto del Tribunal Constitucional 240/2008, de 22 de julio (en adelante, ATC 240/2008).

En el ATC 240/2008, el Alto Tribunal inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de

(19) Para un análisis de las recientes reformas electorales en Castilla-La Mancha, véase Fernández Esquer (2016a). Para un análisis más detenido de la reforma electoral de 2014 y sus efectos, véase Fernández Esquer (2016b).

(20) ATC 240/2008; STC 19/2011; STC 197/2014; STC 214/2014; y STC 15/2015.

lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sin llegar a entrar en el fondo de la cuestión. El TSJ castellano-manchego cuestionaba la constitucionalidad del reparto de escaños realizado por el artículo 16.2 de la hoy derogada Ley electoral de Castilla-La Mancha, por una posible vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE.

Hay que tener presente que con anterioridad a la reforma electoral llevada a cabo en 2007, existía una descompensación en la distribución de escaños entre provincias en relación a su población, debido precisamente a que el prorrateo de escaños seguía el modelo *estático* al que hemos hecho referencia. A la circunscripción de Toledo le correspondían 11 escaños; los mismos que a Ciudad Real, pese a tener aquella 109.000 habitantes más que esta última. Por otra parte, a Guadalajara se le asignaban 7 escaños, uno menos que a la provincia de Cuenca, a pesar de que aquella había superado a ésta última en número de habitantes.

Así las cosas, el Tribunal señaló que “las distorsiones de la proporcionalidad originadas por el mero paso del tiempo y la evolución de los flujos poblacionales no siempre podrán ser corregidas de manera inmediata por el legislador”. A lo que añadió que “del mandato constitucional de proporcionalidad no se desprende una exigencia de revisión constante de las variaciones en la población para adaptar a ellas las normas legales sobre distribución provincial de escaños”. Ahora bien, a continuación el Tribunal matizaría su anterior afirmación, señalando algo que enlazaba con la doctrina esbozada en la STC 45/1992, referida al sistema electoral balear: “una prolongada inacción del legislador, consintiendo durante períodos excesivos alteraciones significativas que desvirtúen la proporcionalidad de la atribución de escaños, puede llegar a provocar la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma que establezca la distribución” (ATC 240/2008, FJ 2).

De esta forma, el Tribunal estaría abriendo la puerta a que en determinadas circunstancias –desproporción simultáneamente “manifiesta” y “arbitraria” (STC 45/1992, FJ 5)–, y cuando la inactividad del legislador sea patente, quepa la posibilidad de realizar un control

de constitucionalidad sobre la proporcionalidad de la distribución de escaños entre las circunscripciones.

En relación con el artículo 23.2 CE, el Tribunal había afirmado que el mandato de igualdad en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, además de tener “una dimensión preferentemente reaccional y subjetiva, como derecho a la igualdad en la legalidad”, también presenta una “dimensión objetiva, como derecho frente al legislador”. Por eso, cuando el artículo 152.1 CE contiene la “exigencia de representación proporcional como garantía objetiva del ordenamiento electoral, la proyecta sobre el contenido del derecho mediante la vinculación del legislador a ese mandato” (STC 225/1998, FJ 4; ATC 240/2008, FJ 2). De este modo, y asumiendo que la representación proporcional tiene como objetivo “atribuir a cada partido o formación electoral un mandato en relación con su fuerza numérica”, las distorsiones en el principio de proporcionalidad “se plasman necesariamente en diferencias de trato entre las candidaturas de las diferentes circunscripciones” (ATC 240/2008, FJ 2).

Cabe apuntar que la Ley castellanomanchega 12/2007, de reforma electoral, así como las sucesivas modificaciones electorales que se han producido en Castilla-La Mancha, subsanaron las disfunciones en la distribución de escaños, acercando el reparto de representantes de cada circunscripción a la realidad demográfica de las provincias manchegas. Por tanto, el legislador autonómico solventó ese problema.

En cualquier caso, la idea que debe extraerse de esta jurisprudencia en relación con el artículo 152.1 CE, es que su exigencia de proporcionalidad se proyecta sobre el derecho de sufragio pasivo (artículo 23.2 CE). Por consiguiente, los repartos de escaños que rompan con una lógica distributiva en atención a la población de las distintas circunscripciones, pueden llegar a producir una desigualdad del trato entre los candidatos de las distintas formaciones políticas lesiva del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 CE. Sin embargo, ni en el caso del sistema electoral balear ni tampoco en el de Castilla-La Mancha, la desproporción había sido, a juicio del Tribunal Constitucional, simultáneamente “manifiesta” y “arbitraria”.

D) *El prorrateo de escaños en Canarias*

A la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 45/1992 y el ATC 240/2008, el caso canario plantea también problemas en relación a su prorrateo de escaños. Concretamente, desde que la circunscripción de Fuerteventura rebasase en población a la de La Palma, en Canarias sucede algo similar a lo que sigue ocurriendo en Baleares y a lo que sucedía hasta la reforma electoral de 2007 en Castilla-La Mancha: que una circunscripción –Fuerteventura– con más población que otra –La Palma– tiene atribuidos menos escaños. Así, en los comicios autonómicos celebrados en el año 2007, la población en Fuerteventura era de 94.386 habitantes, frente a los 85.993 de La Palma. Esta circunstancia ha continuado agravándose. Según las cifras demográficas que ofrece el INE a 1 de julio de 2016, la población de Fuerteventura ha aumentado hasta las 113.617 personas, mientras que la población de La Palma se cifra en 82.954, lo cual representa una diferencia de 30.663 personas.

Por todo ello, conviene traer a colación lo dicho por el Tribunal Constitucional a este respecto en los dos casos en los que ha tenido la oportunidad de pronunciarse en situaciones sustancialmente idénticas. Como se dijo al exponer la STC 45/1992, es posible extraer la conclusión de que el Tribunal considera inconstitucional aquella distribución de escaños que genere una desproporción que sea simultáneamente “arbitraria” y “manifiesta”. Esta es precisamente la situación en la que se encuentra en la actualidad el sistema electoral canario. La desproporción es “manifiesta”, puesto que las diferencias de población entre Fuerteventura y La Palma van en aumento, situándose en la actualidad en 30.663 personas. Más aun si se tiene en cuenta las diferencias que existían entre las circunscripciones en discordia cuando el Tribunal Constitucional enjuició la distribución de escaños que realizaban las legislaciones electorales de las Islas Baleares y Castilla-La Mancha y que en ninguno de los dos casos encontró el Tribunal desmesuradas. En el caso balear, el 1 de enero del 1991, año en que se celebraron las últimas elecciones autonómicas antes de la STC 45/1992, la diferencia entre Ibiza y Menorca era de 4.958 personas. Por lo que respecta a Castilla-La Mancha, el 1 de enero de 2007, año en que se celebraron

los últimos comicios autonómicos antes del ATC 240/2008, la diferencia entre Guadalajara era de 13.944 personas.

Por otra parte, dicha desproporción también es “arbitraria”, puesto que no parece haber una motivación objetiva o razonable que justifique esa distribución de escaños tan distorsionada. En el caso balear, como se vio, el Tribunal explicaba el reparto de escaños haciendo referencia al sistema de elección de los Consejos Insulares, que se componían, cada uno de ellos, por los diputados autonómicos elegidos en cada isla para el Parlamento balear. En concreto, se justificaba el reparto de escaños por el propósito de respetar una igualdad de representación entre los Consejos Insulares de Menorca e Ibiza-Formentera que, aunque constituían dos circunscripciones distintas, les correspondía un Consejo insular a cada cual.

Pues bien, no puede decirse lo mismo de los Cabildos Insulares canarios –Tenerife, La Palma, La Gomera, El Hierro, Gran Canaria, Fuerteventura y Lanzarote–, puesto que la forma de elección de sus Consejeros es sustancialmente distinta: se eligen por sufragio universal y directo, en virtud del artículo 201 de la LOREG. No cabe, pues, emplear la misma argumentación que se esgrimió en la STC 45/1992 para el sistema electoral balear, porque el sistema de elección de los Cabildos canarios no es indirecto, tal y como sí ocurría en Baleares antes de la reforma estatutaria de 2007.

Tampoco parece aceptable en términos jurídico-constitucionales la tradicional justificación del reparto de escaños entre circunscripciones, basada en la búsqueda de equilibrios entre los territorios canarios, como reflejo de las rivalidades históricas entre las distintas islas del archipiélago. Esta distribución de escaños tiene mucho que ver con el momento histórico en el que se elaboró el Estatuto de Autonomía de Canarias y con el conflicto histórico entre islas, conocido como *pleito insular*(21). Como se ha señalado, y a fin de lograr un consenso, se estableció el reparto de escaños denominado *triple paridad*(22).

(21) Sobre el sistema electoral canario y sus problemas jurídico-constitucionales, véase López Aguilar (1997), Álvarez Gil (2015), Navarro Méndez (2015) Fernández Esquer y Montero (2016) y Carballo (2017).

(22) La triple paridad consiste en el siguiente equilibrio en el reparto de escaños entre circunscripciones insulares: 1) Que las dos provincias canarias –Las Palmas y Santa

Sin embargo, lo realmente importante desde la óptica jurídico-constitucional es que el argumento de la *triple paridad*, con independencia de su razonabilidad y de su pertinencia en la actualidad, se encuadra en una lógica estrictamente política. Es decir, se basa en unos razonamientos que hunden sus raíces en unas circunstancias históricas concretas, que responden a una determinada concepción sociopolítica, pero que, sin embargo, no encuentran sustento jurídico alguno en los preceptos de la Constitución o del Estatuto de Autonomía de Canarias. Es por ello por lo que, cualquier alusión a la *triple paridad* como forma de justificar la desproporción en la distribución de escaños entre las circunscripciones, solo puede calificarse como insuficiente, irrazonable y “arbitraria”.

En síntesis, al existir, de un lado, una manifiesta desproporción entre el número de habitantes de Fuerteventura y La Palma y el número de escaños otorgados a las mismas y, por otro lado, al no existir un criterio objetivo y razonable amparado por la Constitución, el reparto de escaños establecido por el primer apartado de la Disposición Transitoria primera del Estatuto de Autonomía de Canarias podría ser considerado inconstitucional, por producir una desigualdad de trato entre los candidatos de las distintas islas que vulneraría su ejercicio del derecho de sufragio pasivo en condiciones de igualdad (artículos 23.2 y 14 CE).

IV. LA RIGIDEZ DE LAS LEYES ELECTORALES AUTONÓMICAS

En otro orden de cosas, cabe destacar que buena parte de los Estatutos de Autonomía exigieron desde el inicio mayorías cualificadas para la aprobación de sus respectivas leyes electorales autonómicas. Ese fue el caso de ocho Comunidades Autónomas (Principado de Asturias, Islas Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, La Rioja, Comunidad Foral de Navarra y Comunidad Valenciana), a las que cabría añadir a Cataluña y Galicia, cuyos Reglamentos parlamentarios

Cruz de Tenerife– aporten el mismo número de diputados (30 cada provincia); 2) Que Gran Canaria y Tenerife –islas que comparten capitalidad–también elijan el mismo número de representantes (15 cada isla); 3) Que las islas periféricas o no capitalinas –Lanzarote, Fuerteventura, La Palma, La Gomera y El Hierro– elijan el mismo número de diputados que las dos islas centrales o capitalinas –Gran Canaria y Tenerife– (30 cada grupo de islas).

establecieron la necesidad de la mayoría absoluta para aprobar las *leyes de desarrollo básico*, entre las que se encontraría la ley electoral.

En este punto, algunos autores han censurado la técnica por la que los Reglamentos parlamentarios exigen una mayoría reforzada para modificar determinadas leyes(23). Y es que ello afecta a las reglas básicas de la teoría de fuentes del Derecho. No en vano, sólo el Estatuto es *fuerza de las fuentes* para el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de que se trate y, por tanto, solo a él le corresponde fijar las condiciones de creación de normas y establecer los tipos normativos(24).

También es criticable la exigencia de mayorías cualificadas contenidas en disposiciones transitorias de Estatutos y no, como debería ser, en el propio articulado del mismo, tal y como ocurre en Canarias y Castilla-La Mancha. Se trata de una práctica que adolece de una mala técnica legislativa, puesto que la referencia a la ley electoral autonómica y a la mayoría requerida para aprobarla no tiene vocación de transitoriedad(25).

Dejando al margen estas cuestiones, lo cierto es que en un principio el número de Comunidades en las que se requería una mayoría cualificada para modificar la ley electoral ascendía a diez. Sin embargo, la oleada de reformas estatutarias iniciadas en 2006 con los llamados Estatutos de Autonomía “de segunda generación” vino a reforzar esta tendencia. Concretamente, hasta seis reformas han endurecido las mayorías requeridas para llevar a cabo la modificación de la ley electoral(26). Por tanto, del total de diecisiete Comunidades, son ya doce las que establecen una mayoría cualificada para reformar la ley electoral. Tras un análisis sistemático de los Estatutos de Autonomía

(23) Véase, GARRORENA (2007: 17-20) y OLIVER (2011: 76-78).

(24) GARRORENA (2007: 19).

(25) Véase GARRORENA (2007: 36-37) y OLIVER (2011: 76).

(26) Las dos comunidades autónomas que se han incorporado al grupo de las que exigen una mayoría cualificada son Andalucía y Aragón, que han pasado de la mayoría simple a la mayoría absoluta. Entre las que ya exigían mayorías cualificadas, Extremadura ha pasado de la mayoría absoluta a los tres quintos; Islas Baleares y Cataluña han pasado de la mayoría absoluta a los dos tercios; y, por último, la Comunidad Valenciana ha pasado de exigir una mayoría de tres quintos a una de dos tercios.

vigentes, es posible identificar cuatro grupos de Comunidades en función de la mayoría requerida para modificar su sistema electoral: mayoría simple, mayoría absoluta, mayoría de tres quintos y mayoría de dos tercios (Tabla 2).

TABLA 2. MAYORÍA EXIGIDA PARA MODIFICAR LA LEY ELECTORAL RESPECTIVA EN LA ACTUALIDAD

Tipo de mayoría	Comunidades Autónomas y preceptos
Mayoría simple (5)	Cantabria Castilla y León Comunidad de Madrid País Vasco Región de Murcia
Mayoría Absoluta (6)	Andalucía (Art. 105.1 Estatuto) Asturias (Art. 25.2 Estatuto) Aragón (Art. 37.6 Estatuto) Castilla-La Mancha (Disp. Trans.1ª Estatuto) Galicia (Art. 127.1 Reglamento del Parlamento) Navarra (Art. 15.2 en relación con art. 20.2 Estatuto)
Tres quintos (1)	Extremadura (Art. 17.4 Estatuto)
Dos tercios (5)	Canarias (Disp. Trans.1ª Estatuto, punto 2, Estatuto) Cataluña (Art. 56.2 Estatuto) Comunidad Valenciana (Art. 24 Estatuto) Islas Baleares (Art. 41.4 Estatuto) La Rioja (Art. 17.1 Estatuto)

Fuente: Elaboración propia

En estas doce Comunidades cuyo Estatuto ha exigido una mayoría cualificada se ha optado, aun en diferente grado, por la denominada *democracia del consenso* frente a la llamada *democracia mayoritaria* o, lo que es lo mismo, por el principio del consenso frente al principio de las mayorías(27).

En relación a esta práctica estatutaria, debe reconocerse que el Tribunal Constitucional ha declarado su constitucionalidad en las SSTC 179/1989 y 225/1998. En este sentido, y pese a la extensión,

(27) OLIVER (2011: 73).

vale la pena reproducir un fragmento del fundamento jurídico séptimo de la STC 179/1989, de 2 de noviembre, en la que el Tribunal afirma lo siguiente:

[...] el carácter democrático del Estado Español que proclama el art. 1 de la Constitución implica que ha de ser el principio de las mayorías el que regule la actuación de los órganos parlamentarios (estatales o autonómicos) en el proceso de toma de decisiones; pero ello no implica que tal mayoría haya de ser forzosamente la mayoría simple. Aun cuando efectivamente sea esta la norma generalmente seguida en los procedimientos parlamentarios, no cabe excluir que en algunos de ellos, en aras de obtener un mayor consenso, para proteger más eficazmente los derechos e intereses de las minorías, o con otro objeto razonable, se exijan mayorías cualificadas [...]. No puede, por tanto, reputarse inconstitucional, en principio, por vulneración de lo dispuesto en el art. 1.1 C.E., la exigencia de una mayoría cualificada en determinados procedimientos parlamentarios de las Asambleas de las Comunidades Autónomas [...]. (STC 179/1989, FJ 7).

Ahora bien, aunque la corrección jurídico-constitucional de esta técnica haya sido admitida por el máximo intérprete de la Constitución, la generalización y agravación de las mayorías requeridas para reformar las leyes electorales autonómicas es, a mi modo de ver, una práctica cuestionable. Me sumo en este punto a la posición de quienes defienden que el Estatuto de Autonomía, como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, es el vehículo jurídico idóneo para incorporar todas aquellas cuestiones a las que se quiera revestir de una mayor protección o cuyo contenido se quiera proteger frente a la mayoría simple⁽²⁸⁾. Incluidos, claro está, los elementos nucleares de los sistemas electorales. Y es que no parece razonable exigir para la aprobación de una ley electoral autonómica una mayoría superior a la absoluta, y mucho menos exigir, como sucede en algunos casos, mayorías superiores a las requeridas para iniciar las propias reformas estatutarias.

(28) Para un análisis pormenorizado de esta cuestión, véase Garrorena (2007).

Lo que con argumentos razonables señalan quienes mantienen una posición contraria, es que la rigidez de las leyes electorales, al dificultar la reforma de las mismas si no las respalda una importante mayoría parlamentaria, dota de estabilidad a los sistemas electorales territoriales. Una estabilidad que va más allá de la voluntad de las fuerzas políticas que coyunturalmente tienen la mayoría parlamentaria(29).

No obstante, como advierte Miguel Ángel Presno, las mayorías cualificadas encierran lo que el autor denomina la “trampa del consenso”, esto es, que el alto grado de acuerdo requerido entre los grupos parlamentarios para acometer dichas reformas electorales supone que no prosperen aquellas que pongan en riesgo el futuro político de los partidos implicados(30). Esto contribuiría a reforzar aun más una de las conclusiones más repetidas por los estudios electorales realizados desde la disciplina de la Ciencia Política: aquellos partidos con capacidad para modificar las reglas electorales son, en principio, los principales interesados en que ese cambio no acontezca, por el simple hecho de haber llegado a esa posición gracias a esas mismas reglas(31). De ahí que las reformas de los sistemas electorales sean un suceso infrecuente en perspectiva comparada.

Por tanto, no tiene mucho sentido defender la rigidez de las leyes electorales esgrimiendo la conveniencia de estabilizar los elementos centrales del sistema electoral y de sustraerlos así al juego habitual de las mayorías, cuando, en realidad, el Estatuto de Autonomía puede convertir en derecho reforzado los componentes principales del sistema electoral correspondiente. Es decir, la rigidez como técnica para la estabilidad normativa y para la defensa de las minorías, carece de toda justificación en la ley electoral, dado que esos objetivos ya se cumplen en el Estatuto, la norma en la que tiene sentido que el principio de las mayorías ceda al mayor valor de otros bienes(32).

(29) Sostienen esta postura, entre otros, GAVARA (2007: 23) y OLIVER (2011: 78-82).

(30) PRESNO (2007: 142).

(31) Véase Katz (2005).

(32) GARRORENA (2007: 41).

Y aunque es cierto que un sistema electoral puede ser manipulado de forma espuria por una mayoría coyuntural si la ley electoral no tiene cierto grado de rigidez; también lo es que determinadas fuerzas políticas pueden aprovechar la exigencia de una mayoría muy cualificada (de dos tercios, por ejemplo) para bloquear sistemáticamente una reforma que no les conviene.

Esto es precisamente lo que sucede en dos Comunidades Autónomas, Cataluña y Canarias, que, tras más de treinta y cinco años disfrutando de autonomía política, han sido incapaces de dotarse de una ley electoral que contenga los elementos de su sistema electoral.

En el caso de Canarias, sí existe una ley electoral: la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de Elecciones al Parlamento de Canarias. Ahora bien, a diferencia de las restantes leyes electorales autonómicas, en esta norma no encontramos disposiciones relativas al sistema electoral en sentido estricto. Los elementos centrales del sistema electoral canario (como el prorrateo de escaños que consagra la *triple paridad* o la doble barrera electoral) se contienen en la Disposición Transitoria primera del Estatuto de Autonomía, habiendo transcurrido más de tres décadas sin que se apruebe una ley electoral que sustituya esta regulación “provisional”(33).

Como indica Juan Hernández Bravo, “por definición, las Disposiciones Transitorias de cualquier norma jurídica regulan institutos y situaciones de transición y sustantivamente coyunturales, es decir, sometidas a término, lo que no parece ser el caso; sobre todo si tenemos en cuenta la mayoría cualificada establecida para poder acometer una eventual reforma del sistema”(34). En efecto, resulta cuando menos llamativo que se imponga un quórum cualificado de dos tercios del Parlamento canario para sustituir lo dispuesto en dicha disposición transitoria, mientras que para iniciar y ratificar la reforma del propio Estatuto de Autonomía del que forma parte la disposición en cuestión, baste con la mayoría absoluta.

(33) Sobre la permanencia de la Disposición Transitoria primera del Estatuto de Autonomía de Canarias, véase LÓPEZ AGUILAR (1997).

(34) HERNÁNDEZ BRAVO (1999: 176).

En el momento de escribir estas líneas, el debate sobre la reforma de las reglas electorales canarias se encuentra abierto simultáneamente tanto en Parlamento de Canarias como en las Cortes Generales. En la Asamblea legislativa canaria se encuentra en marcha una Comisión de Estudio “sobre la reforma del sistema electoral canario”, en la que han comparecido un nutrido grupo de expertos en la materia. Además, en el Congreso de los Diputados se encuentra en tramitación una propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía que incorpora, entre otras cuestiones, modificaciones del régimen electoral(35).

El caso catalán es también ciertamente llamativo, pues se trata de la única de las diecisiete Comunidades Autónomas que carece de ley electoral propia(36). Su régimen electoral se contiene en la Disposición Transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía catalán de 1979, que ha mantenido su vigencia en virtud de la disposición Transitoria segunda del Estatuto de Autonomía de 2006. En lo no regulado en dicha disposición, se aplica de forma subsidiaria la legislación estatal, es decir, la LOREG.

Los intentos de redactar una ley electoral catalana han sido múltiples, pero tan intensos como infructuosos. La ocasión en que quizás estuvo más cercana la aprobación de una ley electoral fue en la VIII legislatura del Parlamento de Cataluña, donde se constituyó una Comisión de expertos independientes que elaboró un sólido informe. En dicho informe se realizaba una propuesta de sistema electoral que conjugaba la proporcionalidad con una adecuada representación de las diversas zonas del territorio (empleando las veguerías como circunscripciones electorales)(37). Sin embargo, a principios de 2009, la Ponencia en el *Parlament* fracasó, debido a que los partidos fueron incapaces de ponerse de acuerdo en el modelo de distribución de escaños. Mientras que las fuerzas políticas nacionalistas, CiU y ERC,

(35) Entre otras novedades, se prevé una rebaja de las barreras electorales y la posibilidad de establecer una circunscripción adicional de carácter autonómico. Además, se contempla la disminución de la mayoría exigida para la reforma del sistema electoral, reduciéndose de dos tercios a tres quintos.

(36) Sobre el sistema electoral empleado para las elecciones al Parlamento de Cataluña y la problemática de su ley electoral *non nata*, véase, entre otros trabajos, Bosch (1995), VV AA (2002), LAGO Y MONTERO (2004), y Magre (2005).

(37) Colomer *et al* (2007).

eran partidarias de preservar la sobrerrepresentación de los territorios menos poblados, el resto de partidos entre los que se encontraban el PSC, PP e ICV, eran favorables a una mayor proporcionalidad.

En la actualidad, se encuentra en tramitación parlamentaria una proposición de ley para la aprobación de una ley electoral catalana, cuyo proponente es el Grupo parlamentario de Catalunya Sí que es Pot. Aunque la iniciativa superó el debate de totalidad, no tiene visos de que vaya a salir adelante en la presente legislatura.

En suma, y como señala en la directriz número 40 de las *Directrices de técnica normativa* contenidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, “el objetivo de estas disposiciones es facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación”. Es, pues, un deber de los legisladores catalán y canario aprobar una nueva normativa electoral que sustituya la que continúa rigiendo en la actualidad, tras varias décadas de *permanente transitoriedad*. Algo a lo que lamentablemente no ayudan las mayorías cualificadas de dos tercios exigidas por sus respectivos Estatutos de Autonomía.

V. CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones realizadas en los distintos apartados del trabajo, se formularán algunas recomendaciones para mejorar las normas que articulan los sistemas electorales autonómicos.

En primer lugar, y en relación con la distribución de escaños entre las circunscripciones, es preferible emplear un prorrateo de escaños *dinámico* en lugar de uno *estático*. Este último modelo de prorrateo es problemático, pues, al asignar un número fijo de escaños a cada circunscripción, plantea problemas desde la perspectiva de la igualdad del sufragio; y, además, puede producir la paradoja de que, en un mismo sistema electoral, una circunscripción con más población que otra tenga atribuidos menos escaños. Este problema se sigue dando en los sistemas electorales autonómicos canario y balear, lo cual, tal y como se ha argumentado, podría ser motivo de inconstitucionalidad sobrevenida atendiendo a la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En consecuencia, es recomendable que las leyes electorales

que no pertenecen aún al modelo de *prorratio dinámico* evolucionen hacia dicho modelo, pues, al combinar una parte de escaños fija con otra variable en función de la población, permite ir ajustando el reparto de diputados a las fluctuaciones demográficas acontecidas entre procesos electorales.

En segundo lugar, debería evitarse la rigidez para la reforma de las leyes electorales autonómicas. En la actualidad son doce las Comunidades Autónomas que establecen una mayoría superior a la simple. Como se ha argumentado, es el Estatuto de Autonomía –y no la ley electoral– la norma adecuada para incorporar aquellos elementos del sistema electoral que se quieran sustraer del juego habitual de las mayorías ordinarias. La ley electoral es una norma que incluye numerosos aspectos técnicos y procedimentales que aconsejan cierta flexibilidad y, por tanto, no es razonable exigir una mayoría superior a la absoluta para su reforma, y menos aun mayorías superiores a las requeridas para las propias reformas estatutarias.

Por último, tras más de treinta y cinco años de provisionalidad, los legisladores catalán y canario deberían sustituir de una vez por todas sus respectivos sistemas electorales, ubicados en sendas disposiciones transitorias de sus Estatutos de Autonomía. Las mayorías cualificadas de dos tercios exigidas para ello refuerzan la recomendación anterior, y explican en buena medida por qué el sistema electoral canario se encuentra en una disposición transitoria y por qué Cataluña es la única Comunidad que aún carece de una ley electoral propia.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, E. (2009). Los sistemas estatutarios y los sistemas electorales autonómicos. *Revista de Derecho Político*, 75-76, 457-485.
- ÁLVAREZ GIL, R. (2015). *El principio de proporcionalidad en el sistema electoral autonómico canario*. Madrid: Aranzadi.
- ARNALDO, E. (2004). El procedimiento electoral de las Comunidades Autónomas: un modelo prácticamente uniforme y reproductivo. *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23, 295-315.
- BOSCH, A. (1995). *El sistema electoral. Una proposta per al Parlament de Catalunya*. Barcelona: Fundació Jaume Bofill.

- CALVET, J. (2017). ¿Qué sistemas electorales prefieren los partidos? El caso de los parlamentos regionales en España (1977-1983). *Revista de Estudios Políticos*, 175, 67-110.
- CARBALLO, P. (2017). Una breve reflexión sobre la idea de democracia y representatividad (a propósito de la problemática representatividad en el Parlamento de Canarias). *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 13, 161-171.
- COLOMER, J., Bosch, A., Botella, J., Magre, J., Reniu, J. y Sauret, J. (2007). Participació, representació, transparència. Informe per a la Llei electoral de Catalunya. Disponible en: <http://www.gencat.cat/governacio-ap/pub/sum/dep/Lleielectoral.pdf>
- FERNÁNDEZ ESQUER, C. (2016a). Las sucesivas reformas del sistema electoral castellano-manchego: argumentos esgrimidos, motivaciones silenciadas. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 34, 69-94.
- FERNÁNDEZ ESQUER, C. (2016b). La reforma del sistema electoral de Castilla-La Mancha de 2014. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 11, 76-85.
- FERNÁNDEZ ESQUER, C. Y MONTERO, J. R. (2016). El sistema electoral canario: representación desproporcional y desigualdad del voto. En G. Pérez y V. Mujica (coords.). Textos para la reforma del sistema electoral canario. Gran Canaria: Universidad de las Palmas de Gran Canaria.
- GÁLVEZ, L. (dir.). (2009). *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARCÍA AÑÓN, J., Pino, R., Oñate, P., Martín Cubas, J., Pavía, J. M., García Mahamut, R., Lleó, I., Moreno Vázquez, M., y Serra, V. (2016). Informe del Observatorio para el estudio de diversos aspectos relacionados con la normativa electoral valenciana. *Drets. Revista valenciana de reformes democràtiques*, 1, 3-54.
- GARRORENA, Á. (2007). Reforma y rigidez de la ley electoral en las comunidades autónomas. *Revista General de Derecho Constitucional*, 4, 1-44.
- GARRORENA, Á. (2008). Tribunal Constitucional y sistema electoral de las Comunidades Autónomas. Una desafortunada jurisprudencia. *Revista española de derecho constitucional*, 83, 243-275.
- GARROTE, M. (2015). El control de constitucionalidad del sistema electoral de las Cortes de Castilla-La Mancha: a propósito de las SSTC 197/2014 y 15/2015. *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, 279-300.
- GAVARA, J. C. (2007). *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HERNÁNDEZ BRAVO, J. (1999). Los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas en la Constitución. *Anales de la Facultad de Derecho*, 16, 161-184.

- KATZ, R. (2005). Why are there so Many (or so Few) Electoral Reforms?. En M. Gallagher y P. Mitchell (eds.). *The Politics of Electoral Systems*. Oxford: Oxford University Press.
- LAGO, I. y Montero, J. R. (2004). Más votos y menos escaños: el impacto del sistema electoral en las elecciones autonómicas catalanas de 2003. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 105, 11-42.
- LÁZARO, A. (2000). Proporcionalidad, territorialidad e igualdad en los sistemas electorales autonómicos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59, 219-242.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (1997). Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral autonómico canario. (La «insostenible permanencia» de una Disposición transitoria). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51, 95-140.
- MAGRE, F. (2005). Reflexions entorn del sistema electoral del Parlament de Catalunya: efectes, propostes i límits. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 1, 163-188.
- MONTERO, J. R. y Riera, P. (2009). Anexo II: Informe sobre la reforma del sistema electoral. En F. Rubio Llorente y P. Biglino Campos (eds.). *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NAVARRO MÉNDEZ, J. I. (2015). Las elecciones al Parlamento de Canarias de 24 de mayo de 2015: ¿hallegado (por fin) el momento de la reforma del sistema electoral canario?. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 10, 99-109.
- OLIVER, J. (2011). *Los sistemas electorales autonómicos*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- PALLARÉS, F. (1998). Los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas. Aspectos institucionales. En J. Montabes (ed.). *El sistema electoral a debate. Veinte años de rendimientos del sistema electoral español*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas/Parlamento de Andalucía.
- PRESNO, M. (2007). “Nuevos Estatutos de Autonomía con viejos sistemas electorales”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 5, 101-146.
- SIERRA, J. (2017). *El sistema electoral de la Región de Murcia: balance (1983-2015) y perspectivas*. Madrid: Dykinson.
- TORRES DEL MORAL, A. (2009). Sistemas electorales y sistemas de partidos en las elecciones autonómicas. En L. Gálvez (dir.). *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas: revisión y mejora* (pp. 205-256). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

TRUJILLO, G. (1981). El Estado y las Comunidades Autónoma ante la exigencia constitucional de voto igual. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, 9-56.

VV. AA. (2002). *Reflexions al voltant de la Llei electoral catalana*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals.

ANEXO

TABLA I. ELEMENTOS DE LOS SISTEMAS ELECTORALES DE LAS DIECISIETE COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA ACTUALIDAD

Comu- nidad Autónoma	Sistema electoral	Fórmula electoral	Tamaño del Parla- mento	Tipo y nú- mero de circuns- cripciones	Criterios para el prorratio de escaños	Barrera electoral	Tipo de listas
<i>Andalucía</i>	Proporcional	D'Hondt	109	Provincial (8)	Territorial (8) y demográ- fico	3% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>Aragón</i>	Proporcional	D'Hondt	67	Provincial (3)	Territorial (13) y demográ- fico	3% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>Canarias</i>	Proporcional	D'Hondt	60	Insular (7)	Territorial	6% autonó- mico o 30% insular	Cerradas y bloqueadas
<i>Cantabria</i>	Proporcional	D'Hondt	35	Provincial (1)	-	5% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>Castilla y León</i>	Proporcional	D'Hondt	84	Provincial (9)	Territorial (3) y demográ- fico	3% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>Castilla-La Mancha</i>	Proporcional	D'Hondt	33	Provincial (5)	Territorial (3) y demográ- fico	3% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>Cataluña</i>	Proporcional	D'Hondt	135	Provincial (4)	Territorial	3% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>Comunidad de Madrid</i>	Proporcional	D'Hondt	129	Provincial (1)	-	5% provincial	Cerradas y bloqueadas

Comu- nidad Autónoma	Sistema electoral	Fórmula electoral	Tamaño del Parla- mento	Tipo y nú- mero de circuns- cripciones	Criterios para el prorrato de escaños	Barrera electoral	Tipo de listas
<i>Comunidad Valenciana</i>	Proporcional	D'Hondt	99	Provincial (3)	Territorial (20) y demográ- fico	5% autonómico	Cerradas y bloqueadas
<i>Extrema- dura</i>	Proporcional	D'Hondt	65	Provincial (2)	Territorial (20) y demográ- fico	5% provincial o autonómico	Cerradas y bloqueadas
<i>Galicia</i>	Proporcional	D'Hondt	75	Provincial (4)	Territorial (10) y demográ- fico	5% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>Islas Baleares</i>	Proporcional	D'Hondt	59	Insular (4)	Territorial	5% insular	Cerradas y bloqueadas
<i>La Rioja</i>	Proporcional	D'Hondt	33	Provincial (1)	-	5% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>Navarra</i>	Proporcional	D'Hondt	50	Provincial (1)	-	3% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>País Vasco</i>	Proporcional	D'Hondt	75	Provincial (3)	Territorial	3% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>Principado de Asturias</i>	Proporcional	D'Hondt	45	Infrapro- vincial (3)	Territorial (2) y demográ- fico	3% provincial	Cerradas y bloqueadas
<i>Región de Murcia</i>	Proporcional	D'Hondt	45	Provincial (1)	-	3% provincial	Cerradas y bloqueadas

Fuente: Elaboración propia

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
III
Informes y Dictámenes

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
IV
Derecho Comparado

CONSTITUCION DE JAPÓN(*)

MARIANO DARANAS PELÁEZ(**)

(*) Introducción y traducción de la versión oficial inglesa

(**) Letrado de las Cortes Generales

I. INTRODUCCION: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ORDEN DE LA EXPOSICIÓN.

A) *Antecedentes*

Al socaire de la llamada Revolución *Meiji* (1868-1912) o Revolución de las Luces (también de la Paz Iluminada) en el último tercio del siglo XIX y primeros años del XX, se promulgó en el Imperio del Sol Naciente su primer texto constitucional, la Constitución de 1889(1), que establecía un curioso híbrido de monarquía autoritaria y de monarquía parlamentaria, basado respectivamente en los modelos alemán y británico. En teoría el Emperador ("Hijo del Sol"), revestido de una dignidad casi divina, era el Jefe soberano del Estado, pero en realidad el poder se ejercía por un Primer Ministro elegido por un Parlamento bicameral, la Dieta, y asistido por un Gabinete, cuyos componentes, los ministros, por lo demás, no eran forzosamente elegidos, como tampoco el propio Primer Ministro, entre los miembros de la Dieta. De hecho el poder perteneció siempre directa o indirectamente a una élite militarista estrechamente relacionada con los grandes grupos industriales, las *zaibatsu* (cuya traducción más aproximada sería "holdings").

El 26 de julio de 1945, siendo ya inminente la derrota militar de Japón, los tres jefes de Estado o gobierno de las potencias "aliadas"

(1) *Nota del traductor* (en lo sucesivo, *N.del trad.*).– Aprobada el 11 de febrero de dicho año no entró en vigor hasta el 29 de noviembre del año siguiente, 1990.

(ESTADOS UNIDOS, UNIÓN SOVIÉTICA y REINO UNIDO) aprobaron la Declaración de Potsdam, que estipulaba entre otros puntos:

“El Gobierno japonés eliminará toda clase de obstáculos a la recuperación y consolidación de las aspiraciones democráticas del pueblo japonés”. Según el artículo 10º, se establecerían las “libertades de expresión, religión y pensamiento, así como el respeto a los derechos humanos”.

Ocupado el país por los ejércitos estadounidenses tras la rendición incondicional de agosto del mismo año, empezaron enseguida los trabajos de redacción de un nuevo texto constitucional bajo la supervisión y censura del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas (SCAP en inglés) General Douglas McARTHUR, y después de casi un año y medio de propuestas del nuevo Gobierno nipón y vetos y contrapropuestas de la autoridad de ocupación, se llegó a un proyecto definitivo que era oficialmente obra de ministros y altos funcionarios nacionales, pero que recogía en lo fundamental las líneas impuestas por los Estados Unidos. Bien es verdad que por consuelo simbólico a un pueblo abatido y humillado por la derrota y la ocupación, el SCAP (que previamente había obligado al Emperador a renunciar a su título de “Hijo del Sol”) consintió que el texto se presentara formalmente no como ordenamiento *ex novo*, sino como reforma de la Constitución Imperial originaria (ver art. 73).

El 10 de abril de 1946 se celebraron elecciones a la Cámara de Representantes de la “Novena Dieta Imperial”, en las que por primera vez votaban las mujeres, y el 20 de junio el Emperador HIRO-HITO sometió el nuevo texto a la Dieta.

Aprobada sucesivamente por las Cámaras de los Pares y de los Representantes, la nueva Constitución (“Constitución de la Paz”, *Sengo-Kenpo*) fue sancionada por el Emperador del 3 de noviembre de 1946 y entró en vigor a los seis meses, el 3 de mayo de 1947. Desde entonces no ha sido reformada, a pesar de varios intentos en los años cincuenta y también en el nuevo siglo XXI de diversos movimientos conservadores y nacionalistas que pretendían hacerla “más japonesa”, intentos frustrados por la resuelta oposición de los

partidos centristas y de izquierdas que siempre han sumado más del tercio de los componentes de la Dieta. Estamos, pues, ante uno de los pocos textos fundamentales contemporáneos que no han sufrido variación alguna en más de medio siglo de vigencia.

B) *Orden de la exposición*

Conforme a nuestro método habitual haremos en primer lugar una descripción por así decir formal del texto, sin perjuicio de subrayar algunos aspectos de su estructura que nos parecen originales desde una perspectiva de derecho comparado.

En segundo lugar procederemos a un resumen sistemático del contenido, dedicando especial atención a un punto que ha suscitado (y sigue suscitando) preocupación en los medios políticos en los últimos tiempos, a saber la necesidad de reinterpretar el artículo 9º, que prohíbe la existencia de fuerzas militares a la luz de los cambios geopolíticos acaecidos desde la Segunda Guerra Mundial en el Extremo Oriente asiático.

Por último haremos un breve comentario a modo de conclusión.

II. RESUMEN Y COMENTARIO FORMAL Y MATERIAL.

A) *Orden y estructura.*

Señalemos ante todo que se trata de un texto relativamente breve (sólo 103 artículos, de los cuales los tres últimos son “disposiciones adicionales” de contenido fundamentalmente transitorio), sobre todo si se le compara con las Constituciones de otros Estados de Extremo Oriente(2).

(2) *N. del trad.*— Por ejemplo, la de la India (a más larga del mundo, con gran diferencia) cuenta nada menos que 395 artículos, 12 anexos y 2 Apéndices; La de China, 130 arts.; la de Malasia o Federación Malaya, 183 arts. y 2 Anexos; la de Corea del Norte, 166 arts.; la de Corea del Sur, 130 arts. y 6 Disposiciones Ejecutivas; la de Filipinas, 131 arts.; la de Australia, 128 arts. y la de Vietnam, 120 arts. Sólo la de Indonesia, con algo más de 40 artículos y 3 Disposiciones Transitorias, es más breve que la nipona.

Un segundo punto que suscita inmediatamente la atención es que inmediatamente después de un Preámbulo más bien breve, el texto, en vez de exponer la declaración de derechos y libertades que ocupa el primer lugar de la parte dispositiva en casi todas las normas fundamentales, dedica el Capítulo I (8 artículos) a la figura del Emperador como Jefe del Estado⁽³⁾.

La segunda peculiaridad, de mención inexcusable, es que a continuación se inserta un Capítulo II, con un solo artículo, el 9º, que, titulado “Renuncia a la guerra”, constituye políticamente hablando la disposición más singular de todo el texto, por cuanto prohíbe no sólo el recurso a la guerra y el uso de la fuerza como medio de solución de conflictos internacionales, sino también el mantenimiento de fuerzas de tierra, mar o aire. Señalemos desde el punto de vista formal que es excepcional un capítulo con un artículo único de índole política separado del resto de los preceptos de esta clase que suelen figurar juntos en las primeras páginas de los textos fundamentales.

La tercera y última singularidad reside en la ubicación como Capítulo X (“De la ley suprema”), casi al final del texto, de tres preceptos (arts. 97-99) de carácter declarativo y genérico acerca de la supremacía de la Constitución sobre cualesquiera otras normas y su efecto vinculante para el propio Emperador y los poderes del Estado y sobre la inviolabilidad de los derechos y libertades fundamentales, preceptos todos ellos, especialmente el relativo a derechos y libertades, que habrían podido (incluso debido a nuestro parecer) figurar en los capítulos iniciales.

En lo demás los constituyentes nipones se han ajustado al orden o estructura convencional: el Capítulo III, el más extenso de todos (arts. 10-30), enumera los “derechos y deberes del pueblo”; el IV, segundo en extensión (arts. 41-64), establece en un solo epígrafe un Parlamento bicameral (la Dieta) compuesto de una Cámara de Representantes (Cámara baja) y de una Cámara de Consejeros (Cámara alta; el V (arts. 65-75) regula el Consejo de Ministros, con especial

(3) *N. del trad.*— De las Constituciones escritas hoy vigentes sólo cabe citar como caso análogo la francesa de 1958 (V República), Título II, “Del Presidente de la República”, arts. 5-19).

atención a la figura del Primer Ministro; el VI (arts. 76-82) regula el Poder Judicial; el VII (arts. 83– 91) la “Hacienda Pública”; el VIII (arts. 92-95) la “Administración Local”; el X, en un artículo único (el 96), el procedimiento de reforma constitucional; el citado X, “De la ley suprema” (arts. 97-99), y finalmente el XI, “Disposiciones adicionales” (arts. 100-103), que por su contenido bien habrían podido titularse Disposiciones transitorias.

Señalemos una última peculiaridad formal: el texto no contiene disposición derogatoria expresa de la Constitución de 1889, si bien es verdad que el Preámbulo contiene, como enseguida veremos, una derogación no por implícita menos efectiva.

B) *Resumen del contenido*

-1) Descripción del conjunto

-a) Principios fundamentales.

-1º) Profesión de fe democrática. En el presente caso sería más apropiado quizá hablar de una auténtica conversión en un sentido casi teológico, que se refleja en el breve pero enfático preámbulo, con su proclama de rendida adhesión no sólo al principio de soberanía popular, sino también a “los altos ideales que dominan las relaciones humanas,... confiando en la justicia y la buena fe de todos los pueblos de la tierra amantes de la paz”. La misma fórmula (claramente inspirada en el modelo de la Constitución americana) “Nos, el pueblo japonés”, que encabeza tres de los párrafos introductorios, ilustra la concepción del pueblo como base y fundamento exclusivo de toda autoridad y como “principio universal de la humanidad en que se funda esta Constitución”. Acto seguido se rechazan y revocan todas las Constituciones y demás normas jurídicas que no sean compatibles con la que ahora se establece. En resumen los representantes del pueblo hacen de la democracia una auténtica religión secular que viene a sustituir radicalmente a una concepción tradicional de índole semiteológica. El nuevo planteamiento se concreta en el capítulo de derechos y libertades (art. 13), que afirma en términos claramente inspirados en el modelo americano el derecho de todo ciudadano

“a la vida, a la libertad y a la busca de la felicidad” (*the pursuit of happiness*).

-2º) Corolario: desacralización de la Jefatura del Estado. El Emperador ya no es una emanación terrenal del Dios sintoísta, sino una figura estrictamente institucional, si bien se le define, en términos que no utilizan las Constituciones democráticas(4), como “símbolo del Estado y de la unidad del pueblo” (añadiendo, eso sí, “de cuya voluntad soberana” —es decir la del pueblo— “deriva su magistratura”).

Las consecuencias institucionales aparecen en los arts. 3º y 4º. El primero dispone que todos los actos del Emperador requieren el consejo y la aprobación del Gobierno, y el segundo prohíbe expresamente al Emperador intervenir en los asuntos del Estado fuera de los casos previstos en la Constitución y le priva de “poderes de gobierno”. Es en derecho comparado la definición más ilustrativa, por no decir el paradigma, de la monarquía constitucional, en la que “El Rey reina, pero no gobierna”.

Este capítulo inicial, después de enumerar, como la mayoría de las constituciones monárquicas, una serie de actos cuya firma compete al Jefe del Estado, pero siempre con el refrendo colectivo del Gobierno, termina prohibiendo a toda la Casa Real dar o recibir bien alguno o conceder dádivas sin autorización desde la Dieta.

Señalemos antes de pasar al punto siguiente que a raíz del anuncio del Emperador AKIHITO (hijo y sucesor de HIROHITO) de 83 años de edad y salud quebrantada de que deseaba abdicar del trono, (agosto de 2016) supuesto que no preveían ni la Constitución ni la citada Ley de la Casa Imperial (ni tampoco los textos fundamentales anteriores), se ha dictado la Ley de 7 de enero de 2017, por la que se autoriza al actual Emperador (pero sólo a él) a abdicar del trono, si bien en la fecha que determine (en un plazo máximo de tres años) el

(4) *N. del trad.*— La única Constitución monárquica con una fórmula análoga (que no idéntica) es la española actual que define al Rey (art. 56.1.) como “Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia...”, pero sin llegar a calificarlo como símbolo del pueblo mismo.

Gobierno de la nación. No hay aún anuncio oficial, pero se cree que la abdicación tendrá lugar en diciembre de 2018 coincidiendo con el 85º cumpleaños de Akihito.

-b) Parte dogmática: derechos y libertades (Cap. II)

Llama en primer lugar la atención, el enunciado mismo del capítulo. No dice, en efecto “derechos y libertades” simplemente, como tantos otros textos fundamentales, o “derechos y libertades fundamentales”, sino que especifica “derechos y libertades *del pueblo*”, fórmula inspirada también en la terminología constitucional norteamericana. Con este título más bien enfático se procura manifestamente reiterar la declaración de fe democrática del Preámbulo. Los primeros preceptos del capítulo realzan y confirman el planteamiento declarando en términos poco usuales que los derechos y libertades “se transfieren a la generación presente y a las venideras como derechos eternos e inviolables” (En cierto modo la fórmula prefigura el art. 1º, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, que reconoce en nombre del pueblo alemán “los derechos inviolables e inalienables del hombre y los declara “vinculantes” para los tres poderes del Estado, legislativo ejecutivo y judicial).

En términos generales el contenido del capítulo, es decir la lista de derechos y libertades, responde al que podríamos llamar modelo constitucional de la segunda postguerra mundial, por lo que no vamos a entrar en su descripción pormenorizada.

Se aprecian, sin embargo, tanto en los términos como, más aun, en la sustancia varias particularidades que en su mayoría responden a la preocupación de eliminar o suprimir determinados rasgos tradicionales es, así como por evitar la posibilidad de abuso de los poderes del Estado, especialmente del judicial. A continuación los enumeramos por orden de importancia y descendiendo de general a lo particular:

-1º) Abolición de los títulos de nobleza y prohibición de conceder privilegio alguno con motivo de honores o condecoraciones (art.14). Es un precepto claramente inspirado en la Constitución de los Estados Unidos;

-2º) Neutralidad religiosa del Estado (art. 20). No sólo se proclama la libertad de religión, sino que se prohíbe que las organizaciones religiosas reciban privilegios o ejerzan autoridad política. Japón ha abandonado, pues, el shintoísmo como religión oficialista;

– 3º) Corolario: prohibición de enseñanza: derecho de religiosa en los centros docentes del Estado y sus órganos (mismo art. 14, *in fine*). Sobre este punto, *vide infra* –4) De la Hacienda Pública;

-4º) derecho de los ciudadanos no sólo a elegir a sus gobernantes, sino también a revocarlos (art. 15). Se trata en efecto de la figura del *recall*, que hoy se practica en diversos Estados de los que componen los Estados Unidos no así al nivel federal);

-5º) derecho de todo ciudadano no sólo a desplazarse al extranjero, sino también a renunciar a su nacionalidad (art. 22 *in fine*), derecho que pocos textos constitucionales reconocen expresamente;

-6º) reconocimiento de la “igualdad esencial de los sexos” en materia de elección de cónyuge, matrimonio, propiedad, herencia, elección de domicilio, matrimonio y familia (art.24) y

-7º) enumeración pormenorizada de las garantías procesales y materiales del procesado (arts. 37 y 38). No sólo se reconocen, en efecto, los mismos derechos y garantías elementales que enumera la inmensa mayoría de los textos constitucionales, sino que se añaden algunos que normalmente son materia de las leyes de enjuiciamiento criminal: por ejemplo, el derecho del acusado (art. 37) a instar la comparecencia de testigos a su favor, “con cargo al erario público”, y la prohibición de dictar condena cuando la única prueba sea la confesión del acusado (art. 38 *in fine*).

– c) Parte orgánica: Poderes, órganos y funciones del Estado

-1) Poder Legislativo. Igual que en la Constitución *Meiji*, el Parlamento, que conserva su nombre tradicional de Dieta, se compone de dos Cámaras, la de Representantes (Cámara baja) y la de Consejeros (Cámara alta), ambas elegidas por sufragio universal directo (uno de los pocos puntos en que los constituyentes de 1946 lograron imponer

su criterio al del SCAP, que pretendía imponer la Cámara única). Se dejan a la ley ordinaria el modo de elección y la composición de una y otra Cámara, así como la determinación de los distritos electorales y el sistema electoral.

Expongamos a título de información adicional los grandes rasgos del régimen electoral. En virtud de la ley electoral vigente la Cámara de Representantes cuenta 475 (cuatrocientos setenta y cinco) diputados, de los que 295 (doscientos noventa y cinco) son elegidos por mayoría simple en otros tantos distritos uninominales y los restantes 180 por representación proporcional (RP), variante D'HONDT, en 11 grandes circunscripciones de escala regional, formadas agrupando prefecturas (*vide infra* Administración Local), entre listas de circunscripción. Para ser candidato se ha de tener 25 años de edad.

La Cámara de Consejeros se compone de 242 (doscientos cuarenta y dos) miembros, de los que se eligen 146 (ciento cuarenta y seis) por voto único no transferible (*single non-transferable vote*, SNTV) en cada una de las 47 prefecturas del país y los 96 restantes por RP entre listas nacionales de candidatos. Aquí la edad mínima obligatoria para ser candidato es 30 años.

De modo análogo, pues, a las elecciones al *Bundestag* alemán, en las elecciones a cada Cámara japonesa el elector emite dos votos: uno para un candidato unipersonal y otro para la lista respectiva de circunscripción (Cámara baja) o de prefectura (Cámara alta).

Señalemos que el Tribunal Supremo ha desarrollado desde los años setenta y sobre todo a partir de las reformas electorales de 1986 y 1993 una jurisprudencia coherente en materia de demarcación de distritos o circunscripciones para una u otra Cámara, en el sentido de declarar inconstitucionales las diferencias espectaculares de peso relativo, es decir de proporción electores/escaños, entre distritos o circunscripciones. Así, se ha considerado inaceptable una proporción de 2,30:1 entre dos circunscripciones limítrofes. El fundamento de derecho invariablemente invocado por el Tribunal es que una diferencia desproporcionada de peso electoral desvirtúa, cuando menos indirectamente el principio de toda democracia un hombre un voto.

No obstante, en ninguno de estos casos de inconstitucionalidad se ha invalidado el acta de los electos, sino que la Dieta ha rectificado o corregido, según las indicaciones de la sentencia, la distribución de los escaños entre las prefecturas.

Conforme a una tradición que ya en los años cuarenta empezaba a ser sustituida por una fórmula judicialista, es decir por la atribución a los tribunales (o, en su caso, al Tribunal Constitucional) del examen y solución de los recursos electorales, el texto encomienda a las propias Cámaras el examen de “los conflictos sobre capacidad de sus miembros”, si bien establece que para privar de su escaño a un miembro se requiere acuerdo de dos tercios, como mínimo, de los miembros presentes (disposición que, sin embargo, no supone, como veremos en seguida, una seguridad efectiva contra arbitrariedades del o de los grupos mayoritarios contra diputados o consejeros independientes o de grupos minoritarios).

Las Cámaras sólo pueden deliberar si está presente la mitad como mínimo de sus miembros y toman sus acuerdos por mayoría de los presentes (salvo disposición en contrario), con voto de calidad del Presidente en caso de empate.

La Dieta celebra anualmente, como mínimo, un período ordinario de sesiones, si bien el Consejo de Ministros puede decidir y una cuarta parte de los miembros de una de las dos Cámaras pedir, que se convoque un período extraordinario.

Nos encontramos ante un ejemplo clásico de bicameralismo desigual, es decir, de predominio de la Cámara baja (como, por lo demás, en casi todos los ordenamientos constitucionales). En efecto, disuelta la Cámara de Representantes, bien por expiración de la legislatura, bien por acuerdo del Gabinete (*vide infra*, el Poder Ejecutivo), queda automáticamente disuelta la de Consejeros, si bien podrá el propio Gabinete, “en tiempo de emergencia nacional”, convocar en sesión extraordinaria.

Ahora bien, es en las funciones legislativa y de control del Gobierno, como en casi todos los textos constitucionales, donde se proclama la preeminencia de la Cámara de Representantes. En el primer punto

es ésta la que tiene la última palabra, pues todo proyecto de ley sobre el cual la de Consejeros apruebe un texto diferente se convierte en ley si la de Representantes lo aprueba por mayoría de dos tercios de los diputados presentes.

En el aspecto hacendístico, de nuevo como en casi todos los ordenamientos nacionales, es en la Cámara Baja donde debe presentarse en primer lugar el proyecto de Presupuestos del Estado y también aquí prevalece en caso de discrepancia el acuerdo que ella adopte si no se llega a una conciliación, y la misma regla rige para la “aprobación preventiva...de los tratados internacionales”.

En cuanto a la función de control la Cámara alta no tiene prácticamente facultad alguna.

Citemos finalmente como particularidad de derecho comparado la posibilidad de que la Dieta instituya un tribunal de destitución (*impeachment*) formado por miembros de las dos Cámaras para juzgar a jueces contra los que se hayan iniciado actuaciones (se sobreentiende que judiciales) dirigidas a su cese.

-2) Poder Ejecutivo

Con una fórmula lapidaria, también parcialmente inspirada en el modelo norteamericano, el texto japonés dice: “El Poder Ejecutivo reside en (*is vested in*) reside en el Gabinete”. Éste se compone del Primer Ministro, nombrado por el Emperador a propuesta de la Dieta, que lo designa entre sus miembros “antes de toda deliberación sobre cualesquiera otros asuntos” y de “los demás Ministros de Estado que determine la ley”, y que son nombrados por el propio Primer Ministro, sin más condición que la de elegir a la mayoría entre los miembros de la Dieta.

Hasta aquí nada nuevo, ya que el texto no hace más que adoptar la práctica habitual de las democracias parlamentaristas, sobre todo en lo que se refiere a la preeminencia del Primer Ministro. Más aun, nuevamente de acuerdo con la tendencia ya entonces avanzada al “presidencialismo del Primer Ministro”, se dispone que el Gabinete dimite colectivamente si queda vacante el cargo de Primer Ministro.

Ahora bien debemos consignar varias peculiaridades, dos de fondo y dos de procedimiento. ¡

El primer rasgo diferencial, a nuestro juicio el más significativo, es que todos los miembros del Gabinete deben ser civiles. De este modo se consagra por así decir la renuncia a toda posibilidad de participación directa del estamento militar en el gobierno de la nación.

El segundo rasgo, si bien no tan sustantivo como formal, es que se dispone expresamente que la mayoría de los ministros deben ser escogidos entre miembros de la Dieta, con lo que se reconoce también la práctica usual de las democracias parlamentarias. Lo que sí es nuevo, repetimos, es que se establezca expresamente de modo preceptivo.

En cuanto a las peculiaridades de forma, la primera es que la Dieta debe designar al Primer Ministro “antes de toda deliberación sobre cualesquiera otros asuntos”, y la segunda es que, si en caso de discrepancia entre las Cámaras no se pudiera llegar a un acuerdo ni siquiera convocando una comisión conjunta *ad hoc* o si la de Consejeros no hace designación alguna en un plazo de diez días después de haberla efectuado la de Representantes, valdrá como definitivo el acuerdo de ésta.

Por lo demás se adopta el mecanismo convencional de exigencia de responsabilidad al Ejecutivo, con las figuras de aprobación de moción de censura o de negativa de la confianza por la Cámara baja (sin intervención de la Cámara alta), con la única particularidad de que en ambos supuestos el Gabinete dispone de un plazo máximo de diez días para disolver la Cámara de Representantes, so pena de tener que dimitir en bloque.

Última peculiaridad, puramente procesal pero de innegable significación política: se exige el consentimiento del Primer Ministro para que los ministros puedan, mientras desempeñen el cargo, ser sometidos a enjuiciamiento criminal.

-3) Poder Judicial.

El texto prevé dos niveles, el Tribunal Supremo y los “tribunales inferiores que se establezcan por ley”. Se prohíben, por lo demás, los tribunales de excepción, así como la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos o departamentos del Poder Ejecutivo.

El Tribunal Supremo es objeto de una regulación pormenorizada cuyos elementos principales procedemos a enunciar.

Señalemos en primer lugar, como detalle revelador, al menos desde un punto de vista formal, que uno de los artículos iniciales, del texto constitucional, al 6º, dispone que el Jefe del Estado designa al “Magistrado Jefe” (es decir el Presidente) del Tribunal Supremo a propuesta del Gabinete. Es muy singular, en efecto, por no decir excepcional, que se prevea el modo de nombramiento del Presidente del máximo órgano jurisdiccional en el primer capítulo de la ley fundamental y no, como es el caso general, en el capítulo dedicado al Poder Judicial. Los demás componentes, cuyo número se determina por ley ordinaria, son designados por el Gabinete.

La segunda nota, ésta de carácter sustantivo, es que se dota al Tribunal Supremo, amén de la facultad de aprobar sus propias normas de procedimiento (como, por lo demás, en todos los ordenamientos nacionales), de otras que en la mayoría de los sistemas constitucionales se confieren al Poder Ejecutivo o a otro órgano judicial superior de función reguladora y disciplinaria creado por varias Constituciones de la segunda postguerra mundial (p. ej. Italia y Francia con su Consejo Superior de la Magistratura y más recientemente España con el Consejo General del Poder Judicial) o bien, dentro de su margen respectivo de autonomía, a los estamentos profesionales relacionados con la administración de justicia. Enumeramos a continuación estas facultades por orden de mayor a menor importancia constitucional (según nuestro criterio):

-primera, por imitación directa del modelo estadounidense, facultad de resolver sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos u otros actos oficiales;

-segunda, velar, como queda dicho, por la regularidad de ciertos aspectos del régimen electoral, muy especialmente la equidad en la

demarcación de las circunscripciones, mejor dicho en su peo relativo (relación electores/escaños):

-tercera, proponer al Gabinete el nombramiento de los jueces de todos los tribunales inferiores;

-cuarta, sumisión de los “acusadores públicos” (es decir del Ministerio Fiscal) a la “potestad reglamentaria” del Tribunal Supremo;

-quinta, aprobar las normas de régimen interior de los tribunales inferiores, si bien con posibilidad de delegarles esta función, y

-sexta, regular el estatuto de la abogacía.

El tercer rasgo digno de atención es que los magistrados del Tribunal Supremo se someten a revisión del electorado en las elecciones siguientes a la Cámara de Representantes y de nuevo en las primeras elecciones a dicha Cámara transcurridos diez años y así sucesivamente. Si la mayoría de los votantes se pronuncia por la destitución, el magistrado queda separado del cargo. Estamos ante la importación, permítasenos la expresión, de la figura del *recall* de los cargos públicos, frecuentemente aplicada en varios Estados de los Estados Unidos.

No deja finalmente de ser digno de nota que los jueces de todos los tribunales inferiores sean nombrados por un período fijo, diez años, sin posibilidad de nuevo nombramiento.

-4) Hacienda Pública

Nada nuevo en las líneas fundamentales, que en este punto siguen los principios universalmente reconocidos en el derecho constitucional: necesidad de ley aprobada por el Parlamento para establecer, suprimir o modificar impuestos; exigencia de una ley anual de Presupuestos Generales del Estado; necesidad también de autorización por la Dieta de todo gasto u obligación no previsto en los Presupuestos y finalmente rendición anual de cuentas a la Dieta, previa auditoría a cargo de una Junta Censora de Cuenta.

Existe, por lo demás, en este Capítulo VII un precepto que es consecuencia e ilustración del principio de no confesionalidad del Estado: se prohíbe en efecto (art. 89) destinar recursos públicos para uso, beneficio o mantenimiento de instituciones o asociaciones religiosas ni para entidades caritativas, educativas o benéficas que no estén sujetas a supervisión de las autoridades. En otras palabras se prohíbe toda subvención a centros docentes privados de orientación religiosa.

-5) Administración Local

Nada esencialmente nuevo tampoco en este capítulo (el VIII). Los constituyentes se han limitado, en efecto, a establecer el principio de autonomía local y a disponer que las entidades locales tendrán sus propias asambleas deliberantes y que sus altos cargos ejecutivos serán elegidos por sufragio popular. Señalemos, no obstante, un precepto original, que responde manifiestamente a la preocupación de evitar que el poder central imponga a una entidad en particular cargas, obligaciones o normas abusivas o discriminatorias. Se prohíbe, en efecto a la Dieta (art. 95) aprobar leyes especiales destinadas a una sola entidad sin el consentimiento de la mayoría de sus electores.

Aunque el texto fundamental no especifique los tipos o niveles de entidades locales, nos permitimos citarlos brevemente. Son básicamente dos, las prefecturas, equivalentes a nuestras provincias, y los municipios, unas y otros con sus asambleas elegidas por sufragio popular y los municipios (éstos últimos subdivididos en ciudades de régimen especial –“ciudades designadas”-, concretamente las de 500.000 –medio millón– de habitantes; ciudades de régimen general, que deben contar como mínimo 50.000 –cincuenta mil– habitantes, poblaciones y aldeas.

Las prefecturas son 47, de las que 43 son de rango o régimen normal, una, Tokyo, tiene categoría de “Metrópoli”; otras 2, Osaka y Kyoto, son “urbes” y finalmente la isla de Hokkaido constituye un “circuito”. En cuanto a los núcleos urbanos, en enero de 1915 eran 20 las “ciudades designadas”, 770 las ciudades, 745 las poblaciones y 183 las aldeas.

-6) Reforma de la Constitución

Se prevé un método mixto de intervención parlamentaria y decisión popular. La Dieta propone, en efecto, la o las enmiendas con el voto favorable de dos tercios como mínimo de los miembros de cada una de las Cámaras y la propuesta debe ser ratificada por el pueblo, bien en *referendum* convocado con este fin o bien en las elecciones que la propia Dieta especifique.

Como queda señalado (*vide supra*, Antecedentes, *in fine*), se han hecho sin éxito alguno numerosos intentos de reforma. Mencionemos, sin embargo, si bien no parece que vaya a tener mejor fortuna, la propuesta de enmienda formulada en 2012 por el Primer Ministro Shinzo ABE (que sigue actualmente al frente del Gobierno), según la cual la reforma sería aprobada por el voto mayoritario de cada Cámara y sometida luego a ratificación popular, en la que bastaría la mayoría favorable de los votos válidos para que la propuesta quedase ratificada.

-7) Examen especial del artículo 9º sobre renuncia a la guerra y prohibición de fuerzas militares.

A) Antecedentes

Ya hemos señalado (I, B, *in fine*, y en particular II, A) que el artículo citado contiene dos párrafos con sendos preceptos: en el primero se renuncia categóricamente a la guerra como medio de solución de conflictos internacionales, y en el segundo se prohíbe no menos categóricamente, sin excepción alguna, el “mantenimiento de fuerzas de tierra, mar y aire”, así como el de “potencial bélico de otra clase” y se deniega asimismo al Estado el derecho de beligerancia. El primer párrafo, que tiene, por lo demás, antecedentes en derecho comparado (p.dej. la Constitución española republicana de 1931, art. 6º, y la actual Constitución italiana, art. 46), no tiene, pues, especial interés para nuestro estudio, por lo que abordamos directamente el segundo, que, como ya advertimos, sí supone una auténtica singularidad jurídico-política.

Durante los trabajos preparatorios de la Constitución, el general Douglas McARTHUR, en su calidad de jefe del citado Mando Aliado

(SCAP), impuso, con la colaboración decidida, dicho sea incidentalmente, del Primer Ministro Kijuro SHIDEHARA, la inclusión de una cláusula terminantemente prohibitiva del mantenimiento no ya de fuerzas armadas, sino de cualesquiera instalaciones o equipamientos militares, y así lo aprobó la Dieta al dar su conformidad al texto final. Se esperaba de este modo de evitar toda posibilidad de rearme y con él toda veleidad belicista o expansionista.

Sin embargo la victoria del comunismo en China en 1949 y el estallido subsiguiente de la guerra entre Corea del Norte comunista y la del Sur democrática, (al menos formalmente), trastocaron totalmente el equilibrio de fuerzas en el Extremo Oriente, obligando a los Estados Unidos a intervenir militarmente en apoyo de Corea del Sur con tropas constituidas en su mayor parte (al menos inicialmente) por las propias fuerzas de ocupación del Japón. Consciente de la desprotección de un país totalmente desmilitarizado, Mc ARTHUR ordenó la creación de una Policía Nacional de Reserva (*National Police Reserve*, NPR) de unos 75.000 (setenta y cinco mil) hombres encargada no sólo de mantener el orden, sino también de repeler cualquier invasión exterior. Para evitar todo indicio o apariencia de infracción del texto constitucional, del material y el equipo mismos recibieron nombres estrictamente civiles (p.ej. “vehículos especiales” en lugar de carros de combate).

Pero esta medida hizo estallar en la sociedad japonesa un conflicto latente desde la derrota de 1945 entre adversarios irreductibles del restablecimiento de fuerzas militares y, por lo tanto de toda reforma constitucional que lo autorizara, es decir de la supresión o flexibilización siquiera del artículo 9º, y en el lado opuesto, partidarios, con matices diversos, de derogar el precepto y proceder al rearme progresivo de la nación para que pudiera defenderse por sus propios medios en caso de agresión exterior. Al cabo de casi setenta años las posiciones siguen política y dialécticamente enfrentadas, con los partidos o movimientos conservadores o liberales a favor del rearme y en contra los de signo socialista o comunista, así como los pacifistas de toda índole, especialmente la minoría budista Sin embargo, como resumimos a continuación, han ido ganando terreno los partidarios del rearme con una política gradual y sistemática de refuerzo de la

capacidad defensiva del país, aunque no han logrado (como también veremos) acabar con el tabú constitucional del pacifismo de Estado(5).

B) Evolución

En 1952 se creó, como organismo supervisor de la NPR bajo la autoridad directa del Primer Ministro, una Agencia Nacional de Seguridad, que sólo dos años más tarde, en 1954, se transformó en Agencia de Defensa de Japón, hoy oficialmente el Ministerio de Defensa, mientras que la NPR se convertía en las Fuerzas de Autodefensa de Japón (*Japan Self-Defense Forces*, JSDF, más comúnmente SDF), que hoy en día son un ejército *de facto*,² dotado de un apreciable potencial defensivo, especialmente la Marina. El Tribunal Supremo, por su parte, ha declarado la constitucionalidad (o, si se prefiere, la no inconstitucionalidad) de las fuerzas de autodefensa en varias sentencias, especialmente la del caso *Sunakawa* en 1959, la cual declaró además la legalidad del Tratado de Seguridad entre Japón y los EE.UU (San Francisco, septiembre de 1951). Éste fue, por lo demás, modificado sustancialmente en 1960, a punto de cumplirse el período de vigencia de diez años inicialmente previsto, para remediar a favor de Japón el desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes. En todas las sentencias el argumento básico ha sido el derecho fundamental y elemental de todo Estado a defenderse de toda agresión. Señalemos además que el Partido Socialista, que siempre había declarado en sus largos años de oposición la inconstitucionalidad absoluta de las SDF, cambió de postura al formar un gobierno de coalición con el Partido Liberal Demócrata (LDP), reconociendo a las SDF como una estructura en principio constitucional (con lo que sólo queda el Partido Comunista, entre las fuerzas políticamente organizadas, como oponente radical a toda organización de autodefensa).

Desde los años ochenta, los sucesivos Gobiernos (casi siempre el LDP, a veces su gran oponente el Partido Demócrata, DP) han ido aumentando en un 5% anual el gasto militar, y si bien se han atenido

(5) *N. del trad.*— Ver como ejemplo reciente de los debates académicos sobre el derecho a la “autodefensa colectiva” el resumen del simposio moderado por el profesor Takashi KURAMOCHI, de la Universidad de Nanzan el 6 de diciembre de 2014, publicado por la Nanzan Review of American Studies, vol. 37 (2015) 93-100.

formalmente a la directriz del 1% del gasto total como límite máximo en esta clase de gastos, han esquivado a menudo esta cortapisa calificando como no militares determinadas actividades o sectores que guardan relación con el armamento y el material militar y en las que se han hecho inversiones considerables.

Mientras tanto, el aumento, por un lado, de la tensión política entre Corea del Norte y Corea del Sur y sobre todo los Estados Unidos, con el peligro consiguiente para Japón, y el conflicto con China, por otro lado, sobre determinados archipiélagos, han inducido en los últimos años al Gabinete Liberal Demócrata a reinterpretar, por así decir, el artículo 9º, después de varios intentos infructuosos de promover su derogación, a los que siempre se había opuesto su socio de gobierno el *Komeito*, formación pacifista de ideología budista. Y así llegamos al punto culminante y probablemente definitivo de la evolución que hemos resumido, a saber la

C) Resolución del Gabinete de 1º de julio de 2014 sobre “elaboración de una legislación de seguridad sin fisuras para asegurar la supervivencia de Japón y la protección del pueblo”.

Se trata de un documento más bien extenso, que contiene, por una parte una auténtica declaración de principios como justificación de las intenciones del Gobierno en materia de seguridad y defensa, y por otra, la descripción en sendos apartados de los tres supuestos hipotéticos en los que Japón podría verse obligado a “hacer uso de la fuerza”, con la especificación de las medidas aplicables en cada uno de esos supuestos.

El primer apartado aboga por una legislación que permita al Gobierno actuar en los casos de “zonas grises”, es decir los de “violaciones que no constituyan agresión armada” contra el territorio nacional. En este punto el documento preconiza, por una parte, medidas legales de coordinación entre la Policía Nacional, la Guardia de Costas y las SDF para repeler agresiones “no armadas” (no se dice cuáles ni se dan ejemplos) y por otra, que se autorice a las SDF a hacer un “uso de las armas” en la medida estrictamente necesaria para proteger el armamento y material de las fuerzas armadas de los Estados Unidos

que estén colaborando en un momento dado con las SDF en actividades para la defensa del Japón (incluyendo ejercicios conjuntos) y previa petición o consentimiento de los Estados Unidos.

El segundo apartado sugiere, y ésta es una novedad sustancial, ampliar legislativa (y territorialmente) el ámbito de actividad de las SDF, hasta ahora limitado a operaciones de “apoyo”, como el suministro de carburantes, en “zonas de retaguardia” o en “zonas libres de combate”. Concretamente se propone sustituir este último concepto por la noción de “zonas donde no tenga lugar combate alguno”, lo que permitiría a las SDF efectuar suministros y transportes a zonas donde en principio no podían actuar (es decir a zonas potencialmente conflictivas). Todo esto, sin embargo, con dos reservas: primera, que la actividad de apoyo no se “integre” (es decir no se combine) en ningún momento con el uso de la fuerza por ejércitos o fuerzas extranjeras, y segunda, como corolario, que el apoyo cese o se suspenda inmediatamente si, por cambios en la situación, la zona se convierte en un “escenario en el que se estén efectivamente librando combates”.

El tercer apartado es el que supone el cambio más significativo. Se declara en efecto que “no sólo en caso de ataque armado contra Japón, sino también cuando se cometa una agresión armada contra un país extranjero con el que Japón tenga estrecha relación, y con el resultado de que se vea amenazada la supervivencia de Japón... y no habiendo otros medios disponibles de repeler el ataque, se debe interpretar que la Constitución autoriza el uso de la fuerza en el grado estrictamente necesario como medida de autodefensa....”.

Se explica a continuación que el “uso de la fuerza” debe hacerse con observancia del derecho internacional, pero se añade que hay que interpretar “separadamente” este fundamento jurídico y la Constitución. Se reconoce que en determinadas circunstancias el “uso de la fuerza” permitido según la Constitución “está basado, a la luz del derecho internacional, en el derecho de autodefensa colectiva”. Pero se reduce inmediatamente el alcance de la afirmación puntualizando que si bien este uso de la fuerza incluye los casos de ataque en armas contra un país extranjero, la Constitución “sólo lo permite... como medida de autodefensa inevitable para la supervivencia de Japón....”.

En otras palabras se abre la vía a una intervención limitada de auto-defensa colectiva.

Se anuncia que el Gabinete se propone presentar a la Dieta los proyectos legislativos necesarios, en los que se incluirá como condición *sine qua non* la necesidad de aprobación previa por la Dieta para tofo “uso de la fuerza” en caso de agresión “no contra Japón, sino contra un país extranjero...”.

Es manifiesto a lo largo del documento el difícil y a menudo embarazoso esfuerzo del Gabinete por legitimar una interpretación restrictiva del artículo 9º que permita al Estado nipón dar cumplimiento a unos crecientes compromisos militares derivados no sólo de la Carta de las Naciones Unidas a la que hace referencia la Declaración, sino también de los tratados de ayuda y cooperación mutua suscritos a lo largo de décadas de tensión política y de peligro de guerra en el Extremo Oriente.

Lo que antecede no significa, por supuesto, contra lo que dicen algunos, que el artículo 9º haya perdido su eficacia, como lo prueban precisamente las reservas y cautelas con que la Declaración trata de justificar los casos posibles de intervención de las SDF en el exterior. El precepto sigue operando, si no como impedimento, sí al menos como freno de la política de rearme lenta, pero sostenida, que se está desarrollando desde comienzos del presente siglo XXI. En resumen, el artículo 9º ya no rige del todo, pero sigue estando ahí.

Llegados a este punto, pasamos a formular unas

III. CONCLUSIONES

Primera.— Estamos ante una Constitución de contenido revolucionario, que rompe política e ideológicamente con el pasado imperial, como podía ser menos en las circunstancias en que se redactó.

Segunda.— Sin embargo, se ha adoptado en lo posible un tono discreto y moderado. No se deroga, por ejemplo, expresamente la Constitución anterior, al contrario de la totalidad de los textos constitucionales, ni se formulan condenas concretas y categóricas del

régimen que había gobernado el país durante más de medio siglo. En una palabra, *fortiter in re, sed suaviter in modo*.

Tercera.— El texto en su conjunto (empezando por el propio Preámbulo) resulta relativamente breve, evitando largas descripciones o enumeraciones (con excepción, quizá, de los preceptos sobre garantías procesales), en lo cual parece reflejarse el pragmatismo inspirador del modelo constitucional americano. Como decía nuestro Baltasar GRACIÁN, “más valen quintaesencias que fárragos”.

Cuarta.— Por todo lo expuesto no debe extrañarnos que el texto de 1946 no haya sido enmendado una sola vez en sus setenta años de vigencia.

CONSTITUCION DE JAPON de 3 de noviembre de 1946(6)

NOS, EL PUEBLO JAPONÉS, actuando por conducto de nuestros representantes debidamente elegidos a la Dieta Nacional,

DECIDIDOS a asegurarnos a nosotros y a nuestra posteridad los frutos de una cooperación pacífica con todas las naciones y los beneficios de la libertad en nuestra patria, y

RESUELTOS a que con la acción del Gobierno nunca jamás caigan sobre nosotros los horrores de la guerra,

PROCLAMAMOS que el poder soberano reside en el pueblo y aprobamos resueltamente la presente Constitución. El Gobierno es un depósito sagrado de la confianza del pueblo, su autoridad deriva del pueblo y sus beneficios son para provecho del pueblo. Este es un principio universal de la humanidad en el que se funda esta Constitución.

(6) *Nota del aut.*— Entró en vigor el 3 de mayo de 1947, exactamente a los seis meses de su promulgación.

Rechazamos y revocamos en consecuencia todas las Constituciones, leyes, reglamentos y ordenanzas que no sean compatibles con ella.

NOS, EL PUEBLO JAPONES, deseamos que haya paz para siempre y somos plenamente conscientes de los altos ideales que dominan las relaciones humanas y estamos decididos a preservar nuestra seguridad y existencia confiando en la justicia y la buena fe de todos los pueblos de la tierra amantes de la paz. Deseamos asimismo ocupar un puesto eminente en una sociedad internacional resuelta a preservar la paz y a erradicar para siempre en todo el mundo la tiranía y la esclavitud, la opresión y la intolerancia, y reconocemos que todos los pueblos del mundo tienen derecho a vivir en paz, libres del temor y de la necesidad.

CREEMOS que ninguna nación es responsable por sí sola, pero que las reglas de la moral política son de validez universal y que obedecerlas es obligación de todas las naciones deseosas de mantener su soberanía y de justificar sus relaciones soberanas con las demás naciones.

NOS, el pueblo japonés, empeñamos nuestro honor en el cumplimiento de estos altos ideales y propósitos con todos nuestros recursos.

CAPITULO I

DEL EMPERADOR

Artículo 1º

El Emperador es el símbolo del Estado y de la unidad del pueblo, de cuya voluntad soberana deriva su magistratura.

Artículo 2º

El Trono Imperial es de orden dinástico y sucesorio conforme a la Ley de la Casa Imperial aprobada por la Dieta(7).

(7) *Nota del traductor* (en lo sucesivo *N. del trad.*).— Se aprobó en efecto por la Dieta el 16 de enero de 1947 la Ley de la Casa Imperial, que derogó la del mismo título de 1889 y que regula en 37 artículos (la anterior contaba 62) el orden de sucesión al trono, la com-

Artículo 3º

Todos los actos del Emperador requieren el consejo y la aprobación del Consejo de Ministros, que asume la responsabilidad por ello.

Artículo 4º

El Emperador sólo realizará en asuntos de Estado los actos previstos en la presente Constitución y no tendrá poderes de gobierno.

Podrá el Emperador sus actos en asuntos de Estado del modo que se disponga por ley.

Artículo 5º

Si se estableciere una Regencia conforme a lo previsto en la Ley de la Familia Real(8), el Regente actuará en asuntos de Estado en nombre del Emperador, y se aplicará en este caso el primer párrafo del artículo precedente.

Artículo 6º

El Emperador nombra al Primer Ministro a propuesta de la Dieta. Nombra asimismo al Magistrado Jefe del Tribunal Supremo a propuesta del Gabinete.

Artículo 7º

El Emperador realiza en los asuntos de Estado, con el consejo y aprobación del Gabinete y en nombre del pueblo, los actos siguientes:

- promulgación de enmiendas a la Constitución, como de las leyes, los decretos del Gabinete y los tratados;
- convocatoria de la Dieta;
- disolución de la Cámara de Diputados;

posición de la Casa o Familia Imperial, los supuestos y el órgano de regencia y que debía entrar en vigor –y efectivamente entró– simultáneamente a la propia Constitución, es decir el 3 de mayo del mismo año. Fue modificada en puntos de menor cuantía en mayo de 1949. La mujer no puede reinar ni transmitir derecho, si bien en los últimos tiempos empieza a abrirse paso una campaña de igualación con los miembros varones de la Casa Real.

(8) *N del trad.*– La Ley de la Familia Real prevé dos supuestos (art. XXIX) de regencia : la minoría de edad del Emperador y la incapacidad permanente del Emperador para gobernar en persona.

- convocatoria de elecciones generales a la Dieta;
- certificación del nombramiento y revocación de los Ministros de Estado y demás altos cargos especificados por la ley, así como la acreditación de los embajadores y los ministros;
- proclamación de amnistías generales y especiales, conmutaciones de penas, indultos y restitución de derechos;
- otorgamiento de títulos honoríficos;
- certificación de los instrumentos de ratificación de tratados y de los demás documentos diplomáticos que especifique la ley;
- recepción de las credenciales de embajadores y ministros plenipotenciarios extranjero, y
- ceremonias oficiales.

Artículo 8º

No podrá la Casa Real dar ni recibir bien alguno ni conceder dádivas sin autorización de la Dieta.

CAPÍTULO II

RENUNCIA A LA GUERRA

Artículo 9º

Movido de una sincera aspiración a una paz internacional basada en la justicia y el orden, el pueblo japonés renuncia para siempre a la guerra como derecho soberano de la nación y a la amenaza o uso de la fuerza como medio de resolución de conflictos internacionales

Para asegurar el cumplimiento del objetivo fijado en el párrafo antecedente no se mantendrán fuerzas de tierra, mar o aire ni potencial bélico de otra clase. No se reconoce tampoco el derecho de beligerancia del Estado.

CAPITULO III

DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL PUEBLO

Artículo 10

Se determinarán por la ley los requisitos para ostentar la nacionalidad japonesa.

Artículo 11.

No podrá el pueblo ser estorbado en el goce de ninguno de los derechos humanos fundamentales, que con la garantía de la Constitución se transfieren a la generación presente y a las venideras como derechos eternos e inviolables.

Artículo 12

Los derechos y libertades garantizados por la presente Constitución se mantienen por el esfuerzo constante del pueblo, su abstención de abusar de ellos y su responsabilidad de ejercerlos para el bien común.

Artículo 13

Todo ciudadano debe ser respetado como persona y su derecho a la vida, a la libertad y la busca de la felicidad merece, en lo que no interfiera con el bien público, el primer lugar en la legislación y los demás asuntos de Estado.

Artículo 14

Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, sin discriminación de raza, credo, sexo, rango social u orígenes familiares en las relaciones políticas, económicas o sociales.

No se reconocen los títulos de nobleza ni a sus portadores como titulares.

No llevará aparejado privilegio alguno el otorgamiento de honores, condecoraciones u otras distinciones. Ninguna distinción tendrá validez tras la muerte de su titular actual o de quien la reciba en el futuro.

Artículo 15

El pueblo tiene el derecho inalienable de elegir a los cargos públicos y el de revocarlos.

Todos los cargos públicos están al servicio de la comunidad en su conjunto y no al de grupo alguno de ella.

Se garantiza a todos los adultos el derecho de sufragio para la elección de cargos públicos, sin que se pueda violar el secreto del voto en elección alguna. El elector no responde ni públicamente ni a título privado de la elección efectuada.

Artículo 16

Todos tienen derecho de petición pacífica para la indemnización de daños y perjuicios, la destitución de cargos públicos, la aprobación, modificación o derogación de leyes, y nadie podrá sufrir discriminación por apoyar petición alguna.

Artículo 17

Todos tienen derecho, en los términos que establezca la ley, a obtener reparación del Estado o de cualquier ente público por los daños que hayan sufrido a consecuencia de actos ilegales del titular de un cargo público.

Artículo 18

Nadie puede ser sometido a servidumbre de ningún tipo. Quedan prohibidos los trabajos forzados, salvo en cumplimiento de pena impuesta por delito.

Artículo 19

Es inviolable la libertad de pensamiento y de conciencia.

Artículo 20

Se garantiza a todos la libertad religiosa. Ninguna organización religiosa podrá recibir privilegios del Estado ni ejercer autoridad política.

Nadie puede ser obligado a participar en actos, celebraciones, ritos o prácticas religiosas.

El Estado y sus órganos se abstendrán de impartir toda educación religiosa y de realizar otras actividades religiosas.

Artículo 21

Se garantizan la libertad de reunión y de asociación, así como las de palabra, prensa y demás formas de expresión.

No se podrá establecer la censura ni violar el secreto de los medios de comunicación.

Artículo 22

Toda persona es libre de elegir y de cambiar su lugar de residencia, así como de elegir su ocupación en la medida en que no interfiera en el bien común.

Es sagrada la libertad de toda persona de desplazarse al extranjero, así como la de renunciar a su nacionalidad.

Artículo 23

Se garantiza la libertad de enseñanza.

Artículo 24

El matrimonio se funda en el consentimiento mutuo de ambos sexos y se mantiene por la cooperación mutua y sobre la base de igualdad de derechos entre marido y mujer.

Las leyes que regulen la elección de cónyuge, los derechos de propiedad, la herencia, la elección de domicilio, el divorcio y lo relativo al matrimonio y la familia, tendrán por fundamento la dignidad individual y la igualdad esencial de los sexos.

Artículo 25

Todos tienen derecho a un nivel decoroso de bienestar y de vida cultural.

El Estado se esforzará en todos los ámbitos de la vida en promover y, ampliar el bienestar y la seguridad social y la salud pública.

Artículo 26

Todos tienen derecho a recibir la misma educación según sus aptitudes, en los términos que disponga la ley.

Todos están obligados a procurar que los hijos y hijas a su cargo reciban la enseñanza ordinaria establecida por la ley. Dicha enseñanza será gratuita.

Artículo 27

Todos tienen el derecho y el deber de trabajar.

Se establecerán por ley las normas básicas en materia de salarios, horario laboral, descanso y demás condiciones de trabajo. Se prohíbe la explotación de la infancia.

Artículo 28

Se garantiza el derecho de los trabajadores a organizarse y a la negociación y la acción colectivas.

Artículo 29

Es inviolable el derecho de propiedad y de poseer.

El derecho de propiedad se definirá por ley de acuerdo con el bien común.

Se podrá expropiar la propiedad privada para uso público previo pago de una indemnización justa.

Artículo 30

Los ciudadanos estarán sometidos a tributación del modo que disponga la ley.

Artículo 31

Nadie puede ser privado de su vida ni de su libertad ni se podrá ninguna otra sanción penal sino por el procedimiento establecido en la ley.

Artículo 32

No se negará a nadie el derecho de dirigirse a los tribunales.

Artículo 33

Nadie puede ser detenido salvo en virtud de orden del juez competente que especifique el delito imputado, excepto en caso de flagrante delito.

Artículo 34

Nadie puede ser detenido ni arrestado sin haber sido informado previamente de los cargos contra él o sin que se le haya dado acceso inmediato a un abogado. Nadie podrá tampoco ser mantenido en prisión sin causa justificada y si así lo solicita el propio interesado se sustanciará inmediatamente la causa ante un tribunal en una audiencia pública, a la que asistirán aquél y su abogado.

Artículo 35

No se podrá atentar al derecho de cualquier persona a la seguridad de su hogar, documentos y otros objetos contra entradas, registros incautaciones sino en virtud de mandamiento judicial expedido con causa justificada con descripción exacta del lugar objeto de registro y de los objetos incautables, o salvo lo dispuesto en el artículo 33.

Sólo se procederá a la entrada o incautación en virtud de mandamiento separado expedido por el juez competente.

Artículo 36

Se prohíbe absolutamente toda tortura o trato cruel infligido por funcionarios públicos.

Artículo 37

Todo acusado en un procedimiento penal tiene derecho a un juicio público y rápido ante un tribunal imparcial.

Podrá el acusado interrogar sin restricciones a todos los testigos, así como instar la comparecencia obligatoria de testigos a su favor, con cargo al erario público.

Gozará asimismo en todo momento de la asistencia de un abogado competente, que le será asignado de oficio por el Estado si no puede designarlo por sus propios medios.

Artículo 38

Nadie puede ser obligado a testificar contra sí mismo.

No se admitirá como prueba la confesión hecha bajo coacción, tortura o amenaza o tras un período largo de arresto o detención.

Nadie puede ser condenado ni castigado en casos en que la única prueba de cargo sea su propia confesión.

Artículo 39

Nadie podrá ser declarado penalmente responsable por acto alguno que era lícito en el momento de cometerse o del que ya haya sido absuelto, ni ser juzgado de nuevo por los mismos hechos.

Artículo 40

Toda persona que sea absuelta después de haber sido detenida o mantenida en prisión podrá reclamar indemnización al Estado del modo que disponga la ley.

CAPÍTULO IV

DE LA DIETA

Artículo 41

La Dieta es el órgano supremo de poder en el Estado y su único órgano legislativo.

Artículo 42

La Dieta se compone de dos Cámaras, Cámara de Representantes y Cámara de Consejeros.

Artículo 43

Ambas Cámaras se componen de miembros electivos que representan a todo el pueblo.

Se establecerá por ley el número de miembros de cada una.

Artículo 44

Se determinarán por ley los requisitos para ser miembro o elector de una u otra Cámara, sin discriminación por raza, credo, sexo, rango social, orígenes familiares, educación, propiedades o ingresos.

Artículo 45

El mandato de los miembros de la Cámara de Representantes será de cuatro años. Podrá, sin embargo, cesar antes de cumplirse el tiempo total, en caso de disolución de la Cámara.

Artículo 46

El mandato de la Cámara de Consejeros será de seis años. Se procederá, sin embargo, a elegir a la mitad de los miembros cada tres años.

Artículo 47

Se determinarán por ley los distritos electorales, el sistema electoral y demás materias relativas al modo de elección de los miembros de una y otra Cámara.

Artículo 48

Nadie puede pertenecer simultáneamente a las dos Cámaras.

Artículo 49

Los miembros de una y otra Cámara recibirán una indemnización anual adecuada con cargo al Tesoro Público conforme a lo dispuesto por la ley.

Artículo 50

Salvo en los casos que determine la ley, los miembros de una y otra Cámara no podrán ser detenidos estando la Dieta en período de sesiones. Todo miembro detenido antes de abrirse el período de sesiones será puesto en libertad, a requerimiento de la Cámara, por la duración del período.

Artículo 51

No responderán los miembros de una u otra Cámara por sus palabras, debates o votos dentro de ella.

Artículo 52

Se convocará anualmente como mínimo un período ordinario anual de sesiones de la Dieta.

Artículo 53

El Gabinete podrá acordar la convocatoria de períodos extraordinarios de sesiones en la Dieta. Deberá proceder a la convocatoria si así lo pide una cuarta parte como mínimo del total de miembros de una de las dos Cámaras.

Artículo 54

Disuelta la Cámara de Representantes, se procederá a elecciones generales dentro de los cuarenta (40) días de la disolución. La Dieta será convocada dentro de lo treinta (30) días desde la fecha de las elecciones.

Estando disuelta la Cámara de Representantes, queda clausurada durante este lapso la de Consejeros.

Podrá, sin embargo, el Gabinete convocar en tiempo de emergencia nacional una sesión extraordinaria en la Cámara de Consejeros.

Las medidas que se adopten en dicho período extraordinario serán de naturaleza provisional y quedarán anuladas y sin efecto, a menos que las apruebe la Cámara de Representantes dentro de los diez (10) días desde la apertura del nuevo período de sesiones de la Dieta.

Artículo 55

Cada Cámara examinará los conflictos sobre capacidad de sus miembros. Para privar de su escaño a un miembro se requiere, sin embargo, un acuerdo aprobado por mayoría de dos tercios, como mínimo, de los miembros presentes.

Artículo 56

No se debatirá asunto alguno en una u otra Cámara si no está presente la mitad como mínimo de sus miembros.

Los asuntos se deciden en cada Cámara por mayoría de los presentes, salvo disposición en otro sentido de esta Constitución. En caso de empate decidirá el voto de quien presida la sesión.

Artículo 57

Serán públicas las deliberaciones en una y otra Cámara. Se podrá, sin embargo, celebrar sesión secreta previo acuerdo de una mayoría de dos tercios como mínimo de los miembros presentes.

Cada Cámara levantará acta de sus actuaciones. El acta se publicará y será objeto de difusión general, excepto la parte de las deliberaciones desarrolladas en sesión secreta que se considere necesario mantener en secreto.

A instancias de una quinta parte como mínimo de los miembros se hará constar en acta el voto de cada miembro sobre un asunto determinado.

Artículo 58

Cada Cámara elige a su Presidente y demás cargos.

Cada Cámara aprobará su Reglamento en materia de sesiones, procedimiento y orden interno, y podrá sancionar a sus miembros por comportamiento impropio. Para expulsar a un miembro se requiere, sin embargo, acuerdo favorable de una mayoría de dos tercios como mínimo de los miembros presentes.

Artículo 59

Todo proyecto de ley se convierte en ley una vez aprobado por ambas Cámaras, salvo que la Constitución disponga otra cosa.

El proyecto de ley aprobado por la Cámara de Representantes sobre el cual la de Consejeros adopte acuerdo diferente del de la primera, se convierte en ley si es aprobado por la de Representantes por segunda vez con una mayoría de dos tercios como mínimo de los miembros presentes.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide a la Cámara de Representantes convocar una comisión conjunta de ambas Cámaras, del modo que se disponga por ley.

Si la Cámara de Consejeros no adopta acuerdo definitivo dentro de los sesenta (60) días desde la recepción de un proyecto de ley aprobado por la de Representantes, exceptuados los períodos de clausura de las sesiones, podrá la Cámara de Representantes interpretar la omisión por la de Consejeros como rechazo del proyecto por ésta.

Artículo 60

Los Presupuestos se presentarán en primer lugar a la Cámara de Representantes. Si en su examen la Cámara de Consejeros adopta acuerdo distinto del de la de Representantes y no se pudiere alcanzar un acuerdo ni siquiera por medio de una comisión mixta de una y otra, en los términos dispuestos por la ley, o, si la Cámara de Consejeros no adopta acuerdo definitivo dentro de los 30 (treinta) días, excluido el periodo de clausura de las sesiones, desde la recepción de los Presupuestos aprobados por la Cámara de Representantes, el acuerdo que adopte ésta última se considera como el definitivo de la Dieta.

Artículo 61

Se aplicará igualmente el segundo párrafo del artículo precedente a la aprobación preceptiva por la Dieta de los tratados internacionales.

Artículo 62

Cada una de las Cámaras podrá realizar investigaciones sobre asuntos de gobierno y requerir la comparecencia y declaración de testigos y la presentación de documentos.

Artículo 63

Podrán el Primer Ministro y los demás ministros de Estado comparecer en cualquier momento ante una u otra Cámara para expresarse sobre los proyectos de ley, sean o no miembros de la Cámara. Deberán hacerlo si es requerida su presencia para contestar preguntas o dar explicaciones.

Artículo 64

La Dieta instituirá un tribunal de destitución formado por miembros de las dos Cámaras para procesar a jueces contra quienes se hayan incoado acciones para su cese.

Se regulará por la ley el procedimiento de destitución.

CAPITULO V

DEL GABINETE

Artículo 65

El Poder Ejecutivo reside en el Gabinete.

Artículo 66

El Gabinete se compone del Primer Ministro, que lo preside, y de los demás ministros de Estado que determine la ley.

El Primer Ministro y los demás ministros de Estado deben ser civiles.

El Gabinete responde colectivamente ante la Dieta en el ejercicio del Poder Ejecutivo.

Artículo 67

El Primer Ministro será designado por acuerdo de la Dieta entre sus miembros, antes de toda deliberación sobre cualesquiera otros asuntos. Si, en caso de discrepancia entre la Cámara de Representantes y la de Consejeros, no se pudiere llegar a un acuerdo ni siquiera por medio de una comisión conjunta de ambas Cámaras establecida conforme a lo previsto por la ley, o si la Cámara de Consejeros, en un lapso de diez (10) días, salvo en período de clausura de las Cámaras, no ha hecho designación alguna después de haberla efectuado la de Representantes, el acuerdo de ésta valdrá como acuerdo definitivo de la Dieta.

Artículo 68

El Primer Ministro designa a los ministros de Estado. Deberá, sin embargo, elegir a la mayoría entre los miembros de la Dieta. Podrá

el Primer Ministro separar a los ministros de Estado en cualquier momento que estime oportuno.

Artículo 69

Si la Cámara de Representantes aprueba una moción de censura o rechaza una moción de confianza, el Gabinete dimite colectivamente, a menos que se disuelva la Cámara de Representantes en un plazo de diez (10) días.

Artículo 70

El Gabinete dimitirá colectivamente si queda vacante el cargo de Primer Ministro o a la primera convocatoria de la Dieta consecutiva a elecciones generales a la Cámara de Representantes.

Artículo 71

En los casos de los dos artículos precedentes permanecerá en funciones el Gabinete hasta la designación de nuevo Primer Ministro.

Artículo 72

El Primer Ministro, en representación del Gabinete, presenta los proyectos de ley a la Dieta, informa a esta de los asuntos nacionales de carácter general y las relaciones exteriores y ejerce el control y supervisión de los departamentos de la Administración Pública.

Artículo 73

El Gabinete desempeña las siguientes funciones, además de otras de orden administrativo y general:

- ejecutar fielmente las leyes y dirigir los asuntos del Estado;
- gestionar los asuntos exteriores;
- concertar los tratados, para lo que deberá obtener, según las circunstancias, la aprobación anterior o posterior de la Dieta;
- dirigir la función pública conforme a las normas establecidas por la ley;
- elaborar los Presupuestos Generales y presentarlos a la Dieta;
- aprobar sus propios reglamentos en ejecución de lo dispuesto en la Constitución y en las leyes. No podrán, sin embargo, los

reglamentos contener precepto alguno de índole penal, a menos que lo autorice la ley correspondiente;

- decretar las amnistias generales o especiales, la conmutación de penas, los indultos y la restitución de derechos”.

Artículo 74

Toda ley o decreto llevará la firma del ministro de Estado competente, con el refrendo del Primer Ministro.

Artículo 75

No podrán los ministros de Estado, mientras desempeñen el cargo, ser sometidos a procedimiento judicial sin el consentimiento del Primer Ministro, sin perjuicio del derecho a pedir que se incoen actuaciones.

CAPÍTULO VI

DEL PODER JUDICIAL

Artículo 76

Todo el Poder Judicial reside en el Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que se establezcan por ley.

No se establecerán tribunales de excepción ni se conferirán poderes judiciales a órgano o departamento alguno del Poder Ejecutivo.

Los jueces resolverán independientemente según su conciencia, sin más límites que la Constitución y las leyes.

Artículo 77

Queda investido el Tribunal Supremo con la potestad de aprobar sus propias normas de procedimiento y usos judiciales, así como el estatuto de la abogacía, el régimen interior de los tribunales y la administración de justicia. Los acusadores públicos están asimismo sometidos a la potestad reglamentaria del Tribunal Supremo. Este podrá delegar en los tribunales inferiores la competencia para aprobar sus propias reglas procesales.

Artículo 78

No podrán los jueces ser separados sino en virtud de juicio público de destitución (*public impeachment*), a menos que sean declarados física o mentalmente incapaces para el desempeño de su función. No se podrá entablar procedimiento administrativo contra jueces por órganos o departamentos del Poder Ejecutivo.

Artículo 79

El Tribunal Supremo se compone de un Presidente y del número de magistrados que se determine por ley, todos ellos, excepto el Presidente, designados por el Consejo de Ministros.

Los nombramientos de los magistrados del Tribunal Supremo serán objeto de revisión por el pueblo en las elecciones generales siguientes a la Cámara de Representantes y objeto de nuevo examen en las primeras elecciones generales a dicha Cámara transcurridos diez (10) años, y se procederá del mismo modo en lo sucesivo.

En los casos del párrafo precedente, si la mayoría de los votantes se pronuncia por la destitución, el magistrado queda separado del cargo.

Se regulará por ley lo relativo a la revisión.

Los magistrados del Tribunal Supremo se jubilarán al cumplir la edad que determine la ley.

Dichos magistrados percibirán periódicamente la indemnización adecuada que se fije por ley y cuyo importe no podrá ser reducido mientras desempeñen el cargo.

Artículo 80

Los jueces de los tribunales inferiores son nombrados por el Consejo de Ministros de una lista de personas propuestas por el Tribunal Supremo y desempeñarán el cargo por un período de diez (10) años, con posibilidad de nuevo nombramiento, a reserva en todo caso de la jubilación obligatoria a la edad fijada por la ley.

Los jueces de los tribunales inferiores percibirán periódicamente la indemnización adecuada que se fije por ley y cuyo importe no podrá ser reducido mientras desempeñen el cargo.

Artículo 81

El Tribunal Supremo es el tribunal de última instancia, con la facultad de resolver sobre la constitucionalidad de toda ley, decreto, reglamento o acto oficial.

Artículo 82

Los procesos se desarrollarán y las sentencias se dictarán en público.

Si un tribunal decreta que la audiencia pública podría atentar al orden o a la moral pública, se podrá celebrar el juicio a puerta cerrada. Serán siempre públicos, no obstante, los juicios por delitos políticos, los que afecten a la prensa o los casos en que resulten implicados los derechos del pueblo garantizados en el Capítulo III de esta Constitución.

CAPÍTULO VII

DE LA HACIENDA PÚBLICA

Artículo 83

Se ejercerá del modo que la Dieta disponga el poder de administrar la Hacienda Pública.

Artículo 84

No se podrán establecer nuevos impuestos ni modificar los existentes sino por ley o en las condiciones que la ley determine.

Artículo 85

No se podrán efectuar gastos ni contraer el Estado ninguna obligación sino con autorización de la Dieta.

Artículo 86

El Gabinete elaborará y someterá a examen y decisión de la Dieta los Presupuestos Generales para cada ejercicio anual.

Artículo 87

Con el fin de hacer frente a insuficiencias imprevistas de los Presupuestos Generales, se podrá autorizar por la Dieta un fondo de reserva, del que dispondrá el Consejo de Ministros bajo su responsabilidad.

El Gabinete deberá solicitar la aprobación subsiguiente de la Dieta para todo pago que se efectúe con cargo al fondo de reserva.

Artículo 88

Todos los bienes de la Casa Imperial pertenecen al Estado y todos los gastos de la Casa Imperial serán objeto de consignación por la Dieta en los Presupuestos Generales.

Artículo 89

No se gastarán ni se destinarán recursos públicos ni bienes de otra clase para uso, beneficio o mantenimiento de institución o asociación religiosa alguna ni para entidades caritativas, educativas o benéficas que no estén sujetas a supervisión de las autoridades.

Artículo 90

Las cuentas definitivas de gastos e ingresos del Estado serán objeto de censura anual por una Junta Auditora y se someterán por el Gabinete a la Dieta, junto con el informe de auditoría, durante el ejercicio anual inmediatamente posterior al período examinado.

Se establecerán por la ley la organización y las competencias de la Junta Auditora.

Artículo 91

El Consejo de Ministros informará a la Dieta periódicamente y por lo menos una vez al año sobre el estado de la Hacienda Pública.

CAPÍTULO VIII

DE LA ADMINISTRACION LOCAL

Artículo 92

Se establecerán por ley, conforme al principio de autonomía local, las normas de organización y funcionamiento de las entidades locales.

Artículo 93

Las entidades locales establecerán sus propias asambleas deliberantes conforme a la ley.

Se elegirán por sufragio popular en el territorio respectivo los altos cargos ejecutivos de todas las entidades locales, los miembros de sus asambleas y los demás cargos que especifique la ley.

Artículo 94

Podrán los entes locales gestionar sus bienes, sus asuntos y su administración y aprobar sus propias ordenanzas en el marco general de la ley.

Artículo 95

No podrá aprobar la Dieta ninguna ley especial aplicable únicamente a determinada entidad local sin el consentimiento de la mayoría de los electores de la entidad, manifestado del modo que disponga la ley.

CAPÍTULO IX

DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo 96

Las enmiendas a la presente Constitución serán propuestas por la Dieta con el voto favorable de dos tercios como mínimo de los miembros de cada Cámara y sometidas a ratificación por el pueblo, bien en *referendum* convocado con este fin o bien en las elecciones que la propia Dieta especifique.

CAPITULO X

DE LA LEY SUPREMA

Artículo 97

Los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza al pueblo japonés son el fruto de una larga lucha de los hombres por su libertad, han sobrevivido a numerosas y difíciles pruebas de permanencia y han sido conferidos a la presente generación y a las generaciones venideras como depósito inviolable que se ha de guardar para siempre.

Artículo 98

La presente Constitución es la ley suprema de la Nación. Carecerá de validez y efecto toda ley, reglamento, rescripto imperial u otros actos de gobierno o parte alguna de ellos que se oponga a lo dispuesto en lo dispuesto en ella.

Artículo 99

El Emperador o el Regente, así como los ministros de Estado, miembros de la Dieta, jueces y demás autoridades, están obligados a observar y guardar la presente Constitución.

CAPÍTULO XI

DISPOSICIONES ADICIONALES

Artículo 100

La presente Constitución entrará en vigor el día en que expire el lapso de seis meses desde su promulgación.

Se podrán, sin embargo, aprobar antes del día fijado en el párrafo anterior las leyes necesarias para dar cumplimiento a la Constitución, para la elección de los miembros de la Cámara de Consejeros y para el procedimiento de convocatoria de la Dieta y demás medidas preparatorias para la aplicación de la Constitución.

Artículo 101

De no constituirse la Cámara de Consejeros antes de la fecha de entrada en vigor de la presente Constitución, la Cámara de Representantes funcionará como Dieta hasta que quede constituida la de Consejeros.

Artículo 102

Será de tres años el mandato de la mitad de los miembros de la Cámara de Consejeros en la primera legislatura de la presente Constitución. Se determinarán por ley los miembros incluidos en esta categoría.

Artículo 103

No perderán automáticamente su cargo en virtud de esta Constitución, a menos que la ley disponga otra cosa, los ministros de Estado, miembros de la Cámara de Representantes y jueces en funciones en la fecha de entrada en vigor de esta Constitución, ni titulares de otros cargos que ocupen puestos correspondientes a los reconocidos por la Constitución. Cesarán, sin embargo, en el momento en que se elijan o nombren sucesores en virtud de lo dispuesto en la presente Constitución.

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
V
Documentación

DIARIOS DE SESIONES Y DOCUMENTOS AUDIOVISUALES EN LA WEB: COEXISTENCIA Y COMPLEMENTARIEDAD

MARINA CUETO APARICIO(*)

(*) *Archivera-Bibliotecaria de las Cortes Generales*

I. INTRODUCCIÓN

La imagen tradicional del Parlamento está asociada a la publicidad de sus debates a través de los Diarios de Sesiones. Si hacemos un poco de historia(1), a principios del siglo XIX la transcripción de los debates en sede parlamentaria fue una reacción para contrarrestar el poder de la prensa de la época con los denominados “artículos de Cortes”, más tarde crónicas parlamentarias y que dejaba el decoro del parlamentario y de la Cámara a merced de la prensa ante la opinión pública, bien es verdad que una opinión pública muy diferente a la existente en la sociedad actual. En cualquier caso, constituyen una herramienta fundamental de una incipiente comunicación del Parlamento con la sociedad coetánea.

La responsabilidad de este trabajo ha recaído siempre en un cuerpo de funcionarios existente desde las Cortes de Cádiz(2), el hoy Cuerpo de Redactores, Taquígrafos y Estenotipistas de las Cortes Generales. La importancia de este trabajo queda también reflejado en la incorporación de la expresión “con luz y taquígrafos” al lenguaje utilizado

(1) Fernando DURÁN LÓPEZ: *Prensa y Parlamentarismo en Cádiz en el primer año de las Cortes: El Conciso (septiembre de 1810-agosto de 1811)*. [<http://argonauta.imageson.org/document97.html>, consultado el 14/06/2017].

Véase además, María Luisa ALGUACIL PRIETO, Mateo MACIA y María del Rosario MARTÍNEZ-CAÑAVATE: *El Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Madrid, Congreso de los Diputados, (1810-1977) Madrid, 1996, pp. 24-25.

(2) Cabe señalar el excelente trabajo de Javier Núñez Hidalgo: *Historia del Cuerpo de Radactores, Taquígrafos y Etenotipistas de las Cortes Generales: 1810-2012*, Congreso de los Diputados 2012. Véase además su intervención en la Mesa redonda *Desafíos profesionales del taquígrafo en el siglo XXI*, IV Congreso de Taquigrafía parlamentaria y judicial celebrado en Valparaíso, Chile los días 6, 7 y 8 de octubre de 2006.

todavía en las intervenciones de sus señorías desde el escaño, cuando quieren dejar constancia de algún acontecimiento relevante. Es más, es una expresión muy utilizada en el lenguaje periodístico también. El Diario de Sesiones ha constituido por tanto, el documento que da fe de lo que había acontecido en la sesión. Los Diarios de Sesiones siempre han estado disponibles en las bibliotecas tanto del Congreso de los Diputados como del Senado para su consulta por parte de historiadores e investigadores de toda clase, y constituía el único instrumento de acceso a lo debatido en la sesión parlamentaria. La primera tecnología que se utilizó para su consulta fue el microfilm, que podemos considerar como la tecnología precursora de la digitalización.

A partir del año 1977, el audio quedó incorporado como nuevo soporte tecnológico. La grabación en audio de las sesiones parlamentarias se utilizó en paralelo a la elaboración de los Diarios de Sesiones. Incluso en el caso de la mayor parte de las sesiones de Comisión celebradas en la Legislatura Constituyente (julio 1977-1978) la existencia del audio de la sesión, junto con las actas elaboradas por los letrados adscritos y firmadas por el Presidente y el Secretario de la Comisión constituyen los únicos soportes de información de dichas sesiones, ya que a las sesiones de Comisión no asistían taquígrafos. La colección de audios ha permanecido custodiada en el Archivo del Senado, y podía ser consultada por los investigadores, en su caso. En el año 2007, y ante la obsolescencia del soporte utilizado, el Archivo convocó un concurso para la digitalización de más de 19.000 horas de cintas de audio y vídeo que abarcaban desde el inicio de la Legislatura Constituyente en el año 1977 hasta parte de la VII Legislatura(3). El proceso de digitalización comprendía toda una serie de actuaciones de conversión al formato digital, así como la creación de una base de datos que recogiera los campos siguientes, homologados con el sistema de gestión de datos parlamentarios: Legislatura, órgano, sesión, orador, minutado de la intervención (inicial y final).

Desde hace ya varios años, la documentación audiovisual en los Parlamentos supone un instrumento fundamental para dar a conocer el trabajo que se realiza en sede parlamentaria. Ha venido a complementar

(3) BOCG, Senado, Serie I: Boletín General, núm. 753, de 20 de julio de 2007, página 6. <http://www.senado.es/legis8/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0753.PDF> [consultado el 14/06/2017].

los tradicionales instrumentos de publicidad parlamentaria que han sido los boletines oficiales y los diarios de sesiones. Y más en concreto respecto a estos últimos, hoy podemos afirmar que los soportes audiovisuales (vídeo y audio) no solamente conviven junto con el soporte impreso en las páginas web parlamentarias, sino que suponen una transformación de la comunicación entre el Parlamento y la sociedad.

Junto con las posibilidades tecnológicas ofrecidas por las TIC para la composición, ingesta y publicación de los vídeos y el audio de las sesiones parlamentarias, sin lugar a dudas, las webs parlamentarias son en la actualidad el mejor soporte para conseguir el objetivo de transparencia parlamentaria.

Este artículo es una reflexión sobre las posibilidades que nos ofrecen las TIC en la difusión a través de las páginas web parlamentarias. Supone un replanteamiento del papel de los instrumentos de publicidad parlamentaria (Diarios de Sesiones), de la relación de los parlamentos con los medios de comunicación, y finalmente, la documentación audiovisual como otro ámbito de actuación en expansión para los gestores de la documentación en el Parlamento.

Por parte de los taquígrafos, estenotipistas y redactores, los requisitos de accesibilidad de las webs parlamentarias deberían suponer una revisión y una ampliación de sus funciones con respecto a sus funciones actuales, asumiendo que la web institucional parlamentaria es un ámbito nuevo de difusión de su actividad.

II. LA PÁGINA WEB DEL SENADO(4)

El Senado, al igual que el Congreso de los Diputados, lanzó su página web institucional en el año 1997.

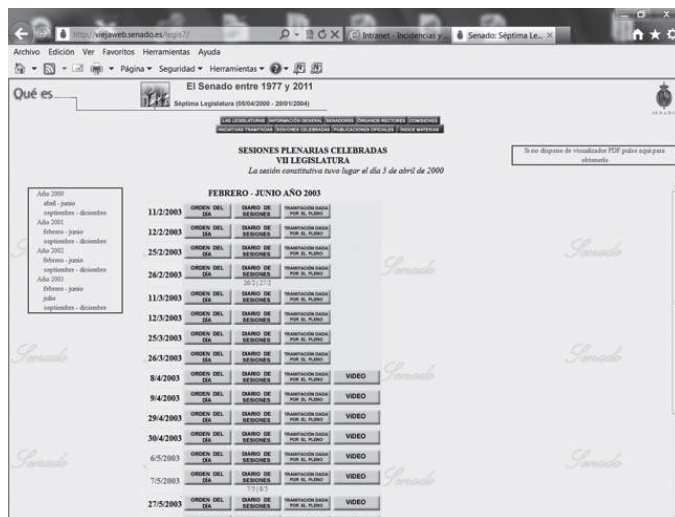
(4) José Angel, ALONSO LÓPEZ: “La nueva página web del Senado” *Parlamentos abiertos: Tecnología y redes para la democracia*. Rafael Rubio Núñez (Coord.) págs. 211-234, Cuadernos del Congreso de los Diputados número 9: http://www.congreso.es/backoffice_doc/parlamentos_abiertos.pdf [consultado el 14/06/2017]

Ángela, PÉREZ SAMPERIO: “La nueva web del Senado”, págs.26-40 *XVII Reunión Anual del Grupo Español de la Sección de Archivos Archiveros Parlamentarios y de Partidos Políticos del Consejo Internacional de Archivos (SPP-ICA)*, Mérida 13 y 14 de junio de 2013. <https://drive.google.com/file/d/0BwBdzhNE1PIbU1JqYnZYc21rX1E/view> [consultado el 14/06/2017).

En el año 2001, se inicia el proyecto de digitalización de las publicaciones oficiales de las Cortes Generales dentro de un proyecto conjunto con el Congreso de los Diputados con el objetivo de incorporar las publicaciones oficiales a las páginas web de ambas cámaras. En la arquitectura de la información de dicha versión, la colección de publicaciones oficiales se incorporó en un apartado específico dentro de cada Legislatura, en el apartado: El Senado entre 1977 y 2011.

1. *Periodo 2003-2010*

Podemos señalar con gran satisfacción, que el Senado fue una cámara pionera en la incorporación de contenidos audiovisuales. La catalogación en directo de las sesiones plenarias se inició en el año 2003, casi al final de la VII Legislatura, y el primer pleno que se catalogó en soporte vídeo fue el del 8 de abril. La herramienta tecnológica que se utilizó fue el gestor de archivo audiovisual TARSYS suministrado por la empresa Tedial. En ese momento, el Senado disponía de una página web institucional desde el año 1997 y el resultado de ese trabajo quedó plasmado en una visualización que agrupaba, bajo cada sesión plenaria, acceso a los siguientes documentos: Orden del Día, Diario de Sesiones, Tramitación dada por el Pleno de los diferentes asuntos tramitados, a los que se incorporó el vídeo como documento audiovisual:



Incorporación del vídeo en la primera web del Senado

Una de las características fundamentales del sistema⁽⁵⁾ desde sus inicios es su profunda integración con el sistema de gestión de iniciativas parlamentarias de la Cámara (Gelabert), por un lado, y su inserción en la página web del Senado para su consulta.

2. *La actual web del Senado*

La puesta en marcha, el 12 de noviembre de 2012, de la nueva página web del Senado permitió sentar las bases para difundir los contenidos audiovisuales en abierto.

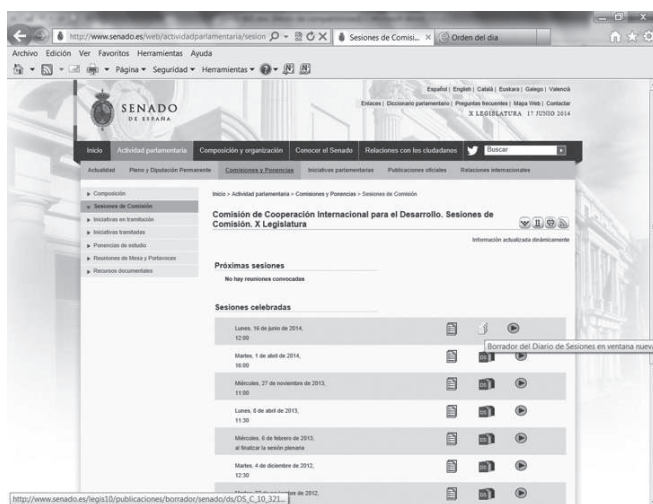
La X Legislatura iniciada el 13 de diciembre de 2012, tras las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011 ha sido la primera legislatura en la que se han podido seguir las sesiones parlamentarias, sean de pleno como de comisiones en directo, en un apartado diseñado para ello titulado: El Senado en directo.

Pero además, la catalogación de las sesiones permite recuperar la información generada en los vídeos a través de la consulta por sesión, por órgano, por iniciativa y por orador, en el caso de los senadores, directamente en su ficha personal.

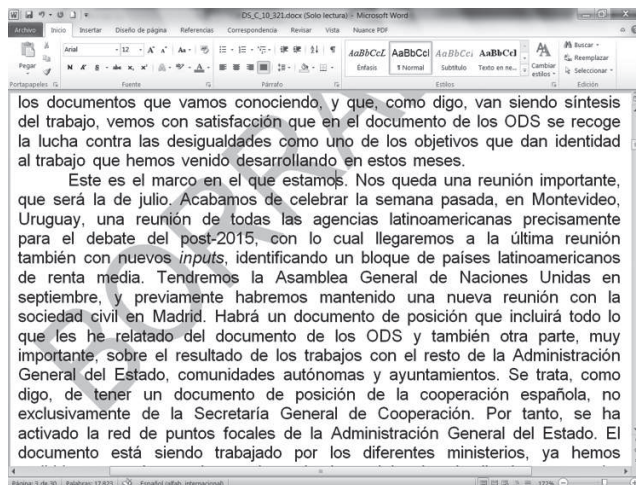
Existe otra realidad en la esfera parlamentaria: a través de las páginas web y sobre todo, de un cambio en la mentalidad de preservación de la memoria de la cámara, toda la documentación audiovisual que existe en las cámaras y que permanece en sus archivos en soportes que deben ser cambiados de acuerdo con las nuevas tendencias tecnológicas y están saliendo a la luz como patrimonio documental. Es el llamado “archivo oral” parlamentario. De esta manera, la incorporación de esta documentación audiovisual conservada en los archivos parlamentarios podrá estar a disposición del público en general, tal y como ha sucedido en otros ámbitos de la cultura. Es lo que denominamos los contenidos parlamentarios.

(5) Descri tas en la Comunicación presentada por José Ángel ALONSO LÓPEZ: Sistema de gestión del archivo de imagen y sonido del Senado, TECNIMAP Murcia 2004 [consultado el 14/06/2017].

Debemos además establecer, como señalan los propios taquígrafos, que el Diario de Sesiones como documento/publicación es mucho más que una mera transcripción de lo dicho en sede parlamentaria, ya que es transformar un discurso oral en escrito, que se traduce en la propia organización interna del Cuerpo, que distingue a los taquígrafos de los redactores, éstos últimos se dedican más específicamente a tareas de corrección gramatical y lingüística.



Convivencia borrador-Diario de Sesiones



Ejemplo de borrador

3. *Visualización de contenidos: la página de votaciones en las sesiones plenarias*(6)

En enero de 2015, el Senado presentó una visualización de las votaciones en las sesiones plenarias en la web institucional. Las votaciones siempre han tenido reflejo en los Diarios de Sesiones, pero las posibilidades que ofrece la web de transparentar la información que subyace de una votación, es decir, de ofrecer los datos que se derivan de ese acto que se concreta en una sesión plenaria son infinitas.



Visualización de una página de votaciones



Vídeo de la votación

(6) Ana María GONZÁLEZ SOLER, Marina CUETO APARICIO: Transparencia en las votaciones del Senado, <http://sesiondecontrol.com/actualidad/nacional/transparencia-en-las-votaciones-del-senado/>, enero 2015 [consultado el 14/06/2017]

III. TRANSPARENCIA Y ACCESIBILIDAD EN LA WEB

1. *La Declaración de Transparencia Parlamentaria*

Desde el año 2012, el ámbito parlamentario posee un instrumento programático, la Declaración sobre la Transparencia Parlamentaria apoyada por 76 organizaciones procedentes de 56 países. Este documento recoge un compromiso por la promoción de una cultura de transparencia, partiendo del postulado básico de que la información parlamentaria es de propiedad pública. Se trata de un punto clave de la Declaración, que considera que dicha información no pertenece a las instituciones sino a los ciudadanos y por este motivo se debe poner a su disposición, para que éstos la reutilicen y la vuelvan a publicar.

El punto 21 establece que “el Parlamento deberá crear, mantener y publicar registros accesibles de sus actuaciones plenarios en forma de grabaciones audio o vídeo, presentando online en un lugar permanente, como así también una transcripción escrita de las mismas”; el punto 30 a su vez, señala que se proporcionarán transmisiones en vivo (*streaming*) y bajo demanda para ofrecer a los ciudadanos el acceso en tiempo real y bajo demanda a los procedimientos parlamentarios a través de la radio, televisión e Internet⁽⁷⁾.

2. *El principio de accesibilidad*

Estas prescripciones se encuentran íntimamente relacionadas con la mejora e implementación de la accesibilidad de las páginas web parlamentarias, en concreto en lo que respecta al material audiovisual (vídeo) tanto en directo como en diferido.

Las normas de aplicación en materia de accesibilidad web se encuentran definidas en:

- WCAG 2.0 definidas por el grupo de trabajo permanente Web Accessibility Initiative (WAI) del Consorcio para la World Wide

(7) <http://openingparliament.s3.amazonaws.com/docs/declaration/1.0/spanish.pdf> [consultado el 14/06/2017].

Web (W3C) para su nivel Doble-A. (Ver **Condiciones de Uso** de la página web del Senado)

- La Norma UNE 139803:2004, que establece los diferentes criterios de accesibilidad en aplicación del art. 5 del Real Decreto 1494/2007 de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social :

Artículo 5. Criterios de accesibilidad aplicables a las páginas de internet de las administraciones públicas o con financiación pública.

1. La información disponible en las páginas de internet de las administraciones públicas deberá ser accesible a las personas mayores y personas con discapacidad, con un nivel mínimo de accesibilidad que cumpla las prioridades 1 y 2 de la Norma UNE 139803:2004.

De forma resumida y dentro del ámbito de aplicación de esta normativa, los 7 requisitos para los contenidos multimedia(8) son:

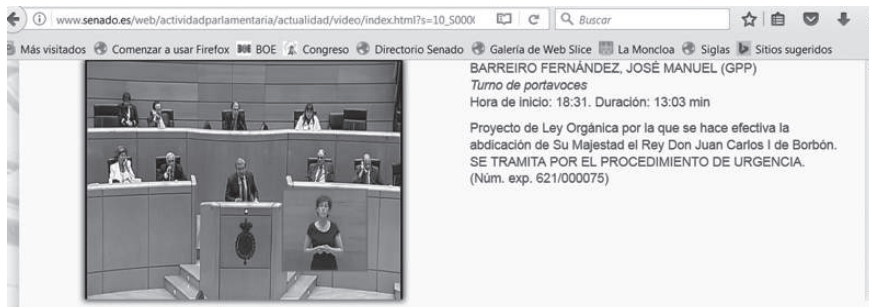
- Posibilidad de operar con el reproductor mediante teclado
- Proporcionar diferentes formatos dependiendo del dispositivo
- Evitar el empleo de destellos y parpadeos
- Contraste visual de la página para su lectura en alto contraste
- Directo: Subtitulado
- Diferido: texto alternativo a la imagen (si no hay subtitulado)
- Audiodescripción.

De estos siete puntos, los cuatro primeros han sido implementados gracias al cambio de tecnología producido en 2014 con la emisión en formato H264(9). Siguen estando pendientes los siguientes referidos al subtitulado, el texto alternativo y la audiodescripción. Se han realizado diversas pruebas, como la utilización del lenguaje de signos en la sesión plenaria del Senado de 17 de junio 2014, en la que se aprobó

(8) Se define como contenidos multimedia aquella tecnología que permite integrar texto, número, gráficos, imágenes fijas o en movimiento, sonidos para presentar o comunicar información.

(9) Sistema basado en codec propietario que permite la emisión en formato digital multidispositivo (tablets, smartphones, televisores y escritorio)

el Proyecto de Ley Orgánica por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón.



Visualización de intervención con lenguaje de signos

Respecto del subtítulado, se han realizado sesiones en prueba, como la realizada en el Congreso de los Diputados con ocasión del debate y votación de la moción de censura en junio 2017.



Visualización de intervención con subtítulado

IV. EL DIARIO DE SESIONES

El Diario de Sesiones es una publicación final elaborada por el Cuerpo de Taquígrafos-Estenotipistas de las Cámaras, que está formado funcionalmente por dos perfiles: el Taquígrafo – Estenotipista (TE) y el Redactor (R).

1. *Actual proceso de elaboración del DS*

- Transcripción

El proceso empieza *in situ* en el hemiciclo o en la sala donde se celebra la sesión. Se recoge la literalidad de los discursos bajo la forma de una transcripción –a través de estenotipia, taquigrafía y notas– mediante un sistema de turnos de 5 minutos en el pleno y de 10 en comisión en el caso de los TE, y de un mínimo de media hora en el caso de las R.

- Borrador

En el despacho, se procede a la elaboración del borrador, que ya recoge correcciones gramaticales, ortográficas y de redacción, así como comprobación de datos. Evidentemente, en esta fase especialmente existe la presión de ofrecer un primer borrador en el menor tiempo posible para subirlo a la intranet. El borrador es un documento en formato Word resultante de unir los turnos de los TE que se va subiendo a la Intranet a lo largo de la sesión. En cualquier caso, el primer borrador de todas las sesiones queda en la Intranet en el mismo día de la celebración de la sesión.

Cada R revisa los turnos de los TE que han estado con ella en la sesión para elaborar el documento que será enviado tanto a la web (en forma de transcripción) como a la imprenta, en forma de DS. Previamente, las R se encargan de ir subiendo, en este caso a la web, el segundo borrador, completo y por asuntos, lo que exige incorporación de marcas y otras intervenciones en el documento.

- Remisión a la imprenta

En jefatura se procede a una revisión del borrador y, en el caso del DS del pleno, a la elaboración del sumario. En el caso del Senado, en esta fase se procede a la integración de los textos transcritos por los intérpretes de las lenguas cooficiales.

Una vez completo el documento, se envía a la imprenta a través del tramitador, igualmente utilizado para el intercambio con los intérpretes y las subidas a la web.

- Publicación en web

- El borrador como documento en formato Word tanto en la página de la sesión correspondiente, como en la Sección Publicaciones Oficiales. Senado y desaparece como documento en el momento que la web recibe el Diario de Sesiones.
- Publicación oficial (digital) en la página web de la institución, en las secciones correspondientes al órgano correspondiente y en la Sección “Publicaciones Oficiales”, en diferentes formatos: pdf (el que corresponde a una publicación oficial), y en xml y e-pub, formatos de datos abiertos.

En la actualidad, el resultado final en la web incorpora dos fases del proceso: el segundo borrador en N versiones, elaborado por las R, y el DS, estando el borrador indefectiblemente asociado al DS.

La propuesta que se introduce en este artículo es introducir la transcripción en el resultado final en la web, incorporando las tres fases del proceso: Transcripción asociada a cada intervención en formato html, el Borrador (en N versiones) y DS, estando el Borrador indefectiblemente asociado al DS.

De esta manera, el procedimiento supone una variación respecto de la unión de los turnos, que deberá tener en cuenta las dos finalidades de la transcripción: por un lado, con el sistema de marcas, unir las transcripciones de acuerdo con el criterio de intervención; por otro lado, la elaboración del borrador del DS.

2. *Transcripción y Accesibilidad*

Estos tres documentos: transcripción, borrador y Diarios de Sesiones deben ser considerados y utilizados, cada uno de ellos con una finalidad diferente, en la estrategia de comunicación de la Cámara en relación con la actividad parlamentaria.

• Transcripción

La transcripción puede ser utilizada como soporte complementario al vídeo cumpliendo de esta manera con el requisito de accesibilidad. Es la herramienta más inmediata y directa para comunicar lo que sucede, casi en tiempo real (ya que se dispone de ella en poco tiempo después de producirse la sesión).

Se debe establecer una plantilla para la utilización por parte de los TE de la información necesaria (puntos del OD, relación de oradores previstos...) y que se conoce con anterioridad. La integración de la página web con la gestión de la catalogación del vídeo con la gestión de las sesiones parlamentarias, en particular las sesiones plenarias a través de Gelabert posibilita el acceso a la información previa al inicio de la sesión.

En este sentido, la implantación de la transcripción como herramienta de accesibilidad en la página web mostraría el detalle de cada intervención con el vídeo, el audio y la transcripción correspondiente.



19:37 MONTILLA AGUILERA, JOSÉ (GPS)
Turno de portavoces

Moción por la que el Senado manifiesta su compromiso en defensa de la unidad de España y la igualdad de todos los españoles.
(Núm. exp. 662/000016)

Transcripción (Inicio a F)

GRACIAS, MONTILLA AGUILERA, JOSÉ

El señor MONTILLA AGUILERA, muchas gracias, señor presidente.

Señor presidente del Gobierno, la principal preocupación de los ciudadanos del conjunto de España tiene relación con la situación económica. La lucha contra la crisis económica y, singularmente, contra el paro contra las medidas de los diferentes Gobiernos y del conjunto de las administraciones públicas. En este campo no le negaré al Gobierno que usted preside las iniciativas políticas planteadas mediante reformas, aunque hayamos tenido más discrepancias que coincidencias en el contenido y el objeto de las mismas.

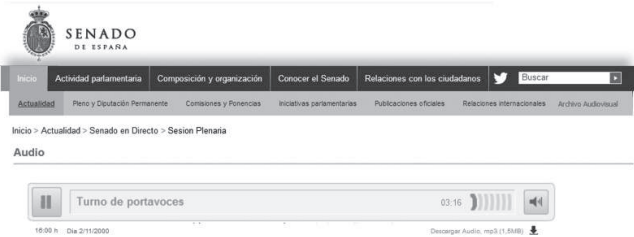
Pero en otro gran problema existente hoy, si queremos ser sinceros, es el territorio; es fundamentalmente la situación de Cataluña en relación con el resto de España. Es una situación preocupante, no es su Gobierno quien por su ausencia. Más allá de la defensa de la Constitución y del Estado de derecho, que yo también suscribo, además de expresar ocasionalmente preocupación, el Gobierno y usted como presidente han actuado ignorando o minimizando el problema existente.

Señor presidente, ¿qué iniciativas políticas desarrollará usted y el Gobierno que preside para abordar este problema?

El señor PRESIDENTE: Muchas gracias, senador Montilla.

Señor presidente del Gobierno, tiene la palabra.

Vídeo de una intervención con transcripción incorporada



SENADO DE ESPAÑA

Inicio Actividad parlamentaria Composición y organización Conocer el Senado Relaciones con los ciudadanos

Actualidad Pleno y Diputación Permanente Comisiones y Ponencias Iniciativas parlamentarias Publicaciones oficiales Relaciones internacionales Archivo Audiovisual

Inicio > Actualidad > Senado en Directo > Sesión Plenaria

Audio

Turno de portavoces

03:16

15:00 h. Día 2/11/2000

Descargar Audio: mp3 (1.5 MB)

6.214

2.1. Pregunta sobre la intención del Gobierno acerca de la implantación en Vitoria Gasteiz de la nueva Oficina Judicial y Fiscal. (Núm. exp. 680/000580)

El señor MONTILLA AGUILERA: Muchas gracias, señor presidente.

Señor presidente del Gobierno, la principal preocupación de los ciudadanos del conjunto de España tiene relación con la situación económica. La lucha contra la crisis económica y, singularmente, contra el paro contra las medidas de los diferentes Gobiernos y del conjunto de las administraciones públicas. En este campo no le negaré al Gobierno que usted preside las iniciativas políticas planteadas mediante reformas, aunque hayamos tenido más discrepancias que coincidencias en el contenido y el objeto de las mismas.

Pero en otro gran problema existente hoy, si queremos ser sinceros, es el territorio; es fundamentalmente la situación de Cataluña en relación con el resto de España. Es una situación preocupante, no es su Gobierno quien por su ausencia. Más allá de la defensa de la Constitución y del Estado de derecho, que yo también suscribo, además de expresar ocasionalmente preocupación, el Gobierno y usted como presidente han actuado ignorando o minimizando el problema existente.

Señor presidente, ¿qué iniciativas políticas desarrollará usted y el Gobierno que preside para abordar este problema?

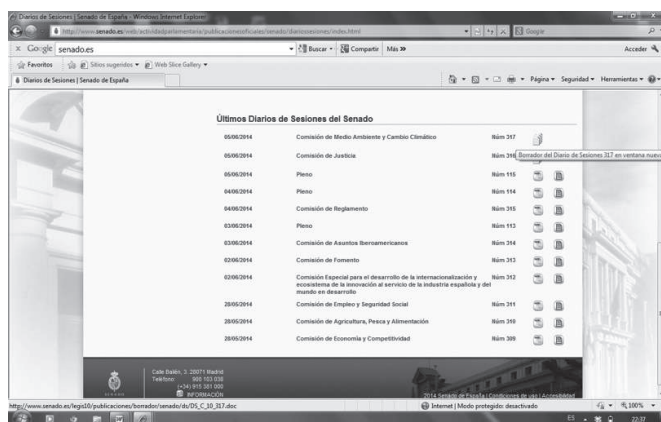
El señor PRESIDENTE: Muchas gracias, senador Montilla.

Señor presidente del Gobierno, tiene la palabra.

Audio de una intervención con transcripción incorporada

- Borrador

Es el primer documento redactado de lo que acontece en cada sesión. Responde también a la actualidad informativa, poniendo a las pocas horas de acontecer, un documento más elaborado de lo sucedido, algo demandado por los diferentes espectadores de la vida parlamentaria que utilizan la página web para obtener de forma rápida la información que necesitan convirtiéndose en usuarios de ésta.



Visualización en la página web

- Diario de Sesiones

La Sección “Publicaciones Oficiales”: Diarios de Sesiones.Senado permite realizar el seguimiento del proceso antes analizado, al publicarse el borrador del Diario de Sesiones como documento anterior al Diario de Sesiones.

Todo ello sin perjuicio de que, gracias a la hipertextualidad de la web, se pueda llegar a los documentos a través de links desde cualquier otra sección o página del sitio web de la Institución, además de en los buscadores.

El actual proceso de configuración de la página web institucional como motor de la transparencia parlamentaria utilizando sus extraordinarias posibilidades tecnológicas está generando nuevas posibilidades de visualización del trabajo especializado que genera la actividad parlamentaria.

V. CONCLUSIONES

La evolución de estos dos siglos de publicidad parlamentaria puede ser resumida en el paso del “luz y taquígrafos” al “luz, taquígrafos y vídeo en la web”.

Como ha señalado Rafa Rubio(10) en muchas ocasiones, las webs han supuesto la posibilidad casi infinita de incorporar contenidos y son un elemento fundamental para cumplir el requisito de transparencia parlamentaria. Pero la acumulación de información sin que esté accesible, organizada y contextualizada provoca desasosiego. La puesta en valor del trabajo tradicionalmente realizado por los taquígrafos en sede parlamentaria para generar contenidos accesibles, permitiendo una complementariedad entre los diferentes soportes debe convertirse en un objetivo del cuerpo.

La web como instrumento de comunicación de la Cámara supone: institucionalización del trabajo ejercido por el parlamentario individual; respecto de los medios de comunicación inmediatez y fuente de información; por último y no menos importante, una oportunidad de cambio en las tareas para el conjunto de la administración parlamentaria.

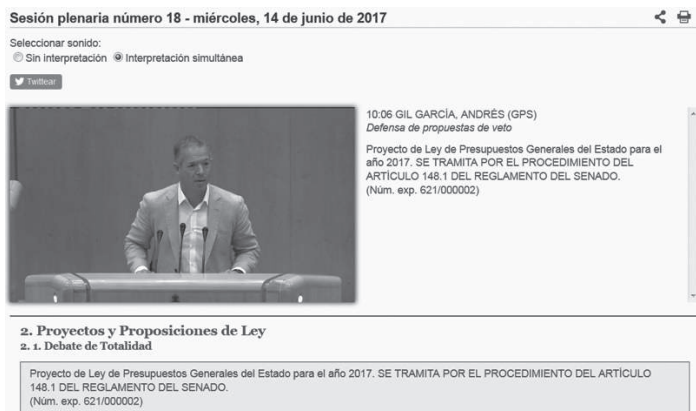
1. *Parlamentarios*



Información sobre una intervención en el Pleno en Twitter

Los parlamentarios demandan cada vez más que su trabajo esté reflejado en la web. Si bien es cierto que disponen de medios tecnológicos diversos y de las redes sociales para comunicarse con la ciudadanía, también demandan de las cámaras el plus institucional que la web parlamentaria les ofrece.

(10) RUBIO, Rafa: La comunicación online de los Parlamentos, <https://compolitica.com/la-comunicacion-online-de-los-parlamentos/> febrero 2013 [consultado el 14/06/2017].



Información recogida en la página web del Senado

2. Medios de comunicación

La difusión a través de la web debe cambiar la relación existente hoy respecto de los medios de comunicación: hay que pasar de las relaciones con los medios a que las cámaras sean autosuficientes en su tarea de comunicar con el ciudadano. Tecnológicamente tienen los medios y también desde el punto de vista institucional: igual por esta vía se podría reparar la desafección que con respecto a la institución parlamentaria tienen la ciudadanía y la sociedad.

En el caso concreto de los contenidos audiovisuales, es imprescindible que cada cámara sea consciente de que es dueña de sus vídeos, con lo que actúa como depositario de ellos, y de esta manera establecer una relación de colaboración desde el punto de vista de la gestión documental con los archivos y centros de documentación de los medios de comunicación. Además del papel fundamental del periodista acreditado como fuente directa de la información en sede parlamentaria debemos distinguir esa figura de la labor que desde los centros de documentación de las televisiones realizan.

Para los medios audiovisuales, es fundamental que los parlamentos, como instituciones creadoras y generadoras de información audiovisual de interés de actualidad política tengan su información completa y accesible. Destaco en este sentido que todo esfuerzo en el vaciado

del vídeo y su vinculación con una transcripción es fundamental para que el medio seleccione el trozo de vídeo(11).

Existe una diferencia fundamental en la selección de la documentación audiovisual: los Parlamentos, como instituciones generadoras de documentos audiovisuales parlamentarios tienen la obligación, siempre que lo permitan los medios tecnológicos y de acuerdo con las mejoras que aporta la tecnología desde el punto de vista técnico, de almacenar y difundir toda su documentación. Tal y como ha señalado Manuel Alba, exsecretario general del Congreso de los Diputados “los medios de comunicación sólo ponen de manifiesto una pequeña parte de todo el trabajo realizado por la Cámara. Ellos sólo se centran en lo que está en las noticias, que a menudo no refleja lo que la Cámara, sobre una base objetiva, considera como más importante”(12). Por tanto, no debe existir una selección previa, la tarea fundamental por lo tanto está en que este material esté a disposición de otros actores en el mundo audiovisual, como son las televisiones.

3. *La administración parlamentaria*

Las páginas web parlamentarias son el canal principal para la transparencia activa del Parlamento como institución generadora de contenidos, documentos y debates. Las TIC han supuesto inmediatez en la transmisión de la información dentro de las cámaras entre los distintos departamentos de la administración parlamentaria que gestionan el conjunto de la información, lo que ha provocado un proceso de cambio que está afectando a la mayoría del personal.

Para el Cuerpo de TE la integración de su trabajo en perspectiva “accesibilidad en la web” es muy positiva, ya que permite configurar su especialización como una participación activa en materia de transparencia. En el año 2011, el DS se adaptó a otra realidad presente en

(11) Reflexiones desarrolladas por Eugenio López de Quintana, Jefe del Departamento de Documentación de ATRESMEDIA en la reunión celebrada por la Red Parlamentaria en noviembre 2013.

(12) Manuel ALBA NAVARRO: “Is it possible for Parliaments to have an efficient institutional communication policy?” Quito (Ecuador) 2013 <http://www.asgp.co/es/node/30539#> [consultado el 14/06/2017].

el Senado: la incorporación de intérpretes de las diferentes lenguas cooficiales (catalán, gallego, vasco y valenciano) a las sesiones plenarios en el debate de un tipo de iniciativas: las mociones.

La incorporación del concepto de transparencia parlamentaria ha supuesto más de lo que puede percibirse en una primera aproximación de la realidad parlamentaria: la transparencia parlamentaria supone comunicar la documentación parlamentaria.

Dentro de los parlamentos, se está produciendo una evolución en las funciones de gestión documental, que ha pasado de estar focalizada en los recursos documentales y bibliográficos externos a la gestión transversal del conjunto de documentos generados por la actividad parlamentaria.

La documentación audiovisual se está perfilando como otro ámbito de actuación en expansión para los gestores de la documentación en el Parlamento.

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
VI
Recensiones

GÓMEZ BRAVO, JOSÉ MANUEL (DIR.). *UNA MIRADA VALIENTE. HOMENAJE A FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE*. EDICIONES POLIFEMO. MADRID, 2016, 382 PÁGS.

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA(*)

(*) Letrado de las Cortes Generales. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

Un “ser horizonte”, como califica a Francisco Tomás y Valiente el director de esta obra, reúne a un grupo de compañeros, discípulos, amigos, admiradores y representantes institucionales para invocar su legado, para rememorar al jurista, al académico, al intelectual, al Magistrado, al observador, aguado y profundo, en su libro de memorias y recuerdos (“A orillas del Estado”) que siempre invocó la razón y la tolerancia como instrumentos imprescindibles para edificar nuestra nación española.

De la autobiografía intelectual y política de Tomás y Valiente, ya reproducida en las Obras completas editadas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, me quedo con su invocación y sus vivencias de la época de Catedrático de Historia del Derecho de Salamanca y, como destacan sus comentaristas, con su rechazo del marxismo como sistema teórico y del comunismo como proyección práctica que le lleva a la defensa de mi sociedad donde cada hombre sea más libre, donde haya más igualdad: igual libertad.

“Los otros” dos autores de este libro, son un grupo selecto de personas que se acercan al personaje en “una mirada valiente”; el primer historiador del Derecho que presidió el Tribunal Constitucional. A los adjetivos digamos generalistas, Álvarez Junco añade el de “coherente”, porque siempre sirvió y se inspiró “en una misma idea: el principio de legalidad como base de la convivencia. Contra todo extremismo, contra toda locura” (página 37). No lejos de esta idea, María Emilia Casas Baamonde reivindica la “racionalidad” en su labor interpretativa en el Tribunal Constitucional recordando las

propias palabras del homenajeado: “Con la razón jurídica hemos procurado interpretar nuestra Constitución, conscientes de que la razón técnica no puede actuar vaciada de toda carga valorativa, pues el Derecho no es forma neutra sino una estructura racional de la libertad” (página 41).

El historiador que se hace constitucionalista es el hilo conductor de la espléndida colaboración de Pedro Cruz Villalón, también como la anterior ex-Presidente del Tribunal Constitucional, quien destaca la idea que amparo de la “resistencia constitucional”, que aborda Tomás y Valiente desde la perspectiva del binomio Constitución-tiempo. Contraponiendo duración a resistencia, capacidad de la Constitución para durar, no cediendo, sino resistiendo, capacidad para reafirmar su identidad a través del tiempo, durando así en el sentido más auténtico de la palabra (página 69).

Elías Díaz, compañero en la Universidad Autónoma de Madrid en la cátedra de Filosofía del Derecho, recuerda las últimas palabras de Tomás y Valiente “tenemos que hablar”, al teléfono, décimas de segundos antes de que un terrorista de la banda criminal ETA le asesinara en su despacho aquella mañana del 14 de febrero de 1996, hace ahora veinte años. El hombre de principios y de paz, defensor de la lucha contra al terrorismo desde las exigencias y potencialidades del Estado de Derecho (página 77) vió segada irracionalmente su vida.

A recuerdos vivos en sus corazones responden las contribuciones de Eduardo Doménech sobre la estancia de “Paco Tomás” en la Universidad de La Laguna, de la periodista Concha García Campoy compartiendo un programa en Televisión Española sobre la exigencia de responsabilidades a las Juntas Militares argentinas (nos recuerda también que “adoraba el fútbol el cine y a Charo López que fue alumna suya”), del Magistrado Fernando Ledesma sobre su paso por el Consejo de Estado, de Álvaro Gil-Robles sobre la relación intensa entre el Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional (“cuantas veces nos vimos discretamente para reflexionar sobre los múltiples problemas de relación interinstitucional”), de sus compañeros de la Universidad Autónoma de Madrid José María Sanz, Virgilio Zapatero, Raúl Villar, de sus hijos Miguel y Paco, de Gregorio Peces-Barba,

de Francisco Rubio Llorente (que nos dejó hace unos meses) que le define como “intelectual público”, de Benjamín González, sobre la “etapa salmantina, de Alfonso Guerra sobre la confluencia del intelectual con el compromiso político, de Manuel Jiménez de Parga (antes de fallecer en 2014 escribió sus líneas), de Ángel Juanes Peces, de Juan José Laborda, de Eduardo Madina, todos ellos rememorando el vil asesinato de un protagonista de la paz. Tras su retrato académico, Pedro González-Trevijano se aproxima al hombre serio y reflexivo, irónico, austero y poco dado al barroco, a lo abigarrado y superfluo “en busca incesante de la esencia última y principal de las cosas”.

No puedo dejar de ocultar mi admiración apasionada por el extraordinario novelista que es Antonio Muñoz Molina. Es un privilegio contar aquí con sus letras. No cabe reproducir entero su escrito, pero dejemos dos muestras: “Tomás y Valiente, frente a los denostadores del Estado, lo defendió como el ancho espacio de lo público, como el instrumento para la salvaguarda de los derechos de la ciudadanía y para ese impulso de justicia e igualdad sin el cual no se sostiene la democracia. También enseñó, con su trabajo, con su comportamiento, con sus artículos de prensa, que las leyes son las formas que adoptó el acuerdo mayoritario de los ciudadanos, no los límites opresores de la libertad sino la garantía de su ejercicio”; “Tomás y Valiente también nos enseñó y nos dio el ejemplo de que en la democracia el cumplimiento de los deberes es tan necesario y sagrado como el ejercicio de los derechos”. Y es que, como escribe Benigno Pendás “como todos los maestros, Paco Tomás estaba muy lejos de cualquier dogmatismo y sectarismo”. Como el propio homenajeado decía en su Autobiografía “la verdad es un proceso acumulativo de verdades. Debemos aprender con modestia y relatividad a no perseguir la verdad única y total, sino verdades parciales, tal vez transitorias o pasajeras, quizás contradictorias, no por ello infecundas”.

En la misma línea Francisco Pérez de los Cobos, su heredero en la actualidad en la Presidencia del Tribunal Constitucional, afirma que Francisco Tomás “es, sobre todo, el (ejemplo) de alguien que no renunció nunca a hacer uso público de la propia razón”, ejemplo de equilibrio y responsabilidad que puso al servicio, como recuerdan Rodríguez Bereijo y Rodríguez-Piñero, anteriores Presidentes del

Tribunal, de la racionalización de la estructura y funcionamiento del Estado en su función como Juez constitucional.

La segunda parte del libro acoge los discursos pronunciados con ocasión de la entrega de los premios por la defensa de las libertades y los derechos fundamentados concedido por la Fundación Instituto Cultura del Sur en memoria de Francisco Tomás y Valiente, entre otros de Felipe González, de Juan Luis Cebrián o de Ángel Gabilondo. Y la tercera –tras un extraordinario introito sobre su obra incompleta, inconclusa, frustrada por el pistolero que descargó su odio contra él y por ende contra el Estado constitucional que había contribuido a asentar– recoge algunos textos de Francisco Tomás y Valiente: algunos discursos, algunos artículos como al que lleva por título “La resistencia constitucional y los valores” en donde señala, tras dejar sentada la rigidez de que se dotó a la Constitución del 78, que “El resultado será la duración prolongada y sin reformas, o al menos, sin necesidad de llevar a cabo reformas por el procedimiento agravado. Dado que las reformas o son imposibles o son poco menos que traumáticas, la resistencia como capacidad para asumir mutaciones sin desvirtuarse, parece una cualidad”. Siempre estará viva la figura de los hombres grandes, a los que nunca debemos dejar en el olvido pues su legado debe permanecer para enseñanza de generaciones. En una sociedad tan desmemoriada como la nuestra (o con la memoria selectiva mal ordenada), en una sociedad tan particularista que lleva a conocer sólo los ríos del entorno inmediato, en una sociedad que de pronto amanece intentado abrogar la Constitución de la concordia y la libertad, es imprescindible seguir reivindicando la figura del intelectual que fue (y seguirá siendo) Francisco Tomás y Valiente. Que su obra, como su figura, y su ejemplo, permanezcan vivos para siempre.

GARRIDO LÓPEZ, CARLOS y SÁENZ ROYO, EVA: *LA REFORMA DEL ESTADO DE PARTIDOS*, 162 PÁGS, Ed. Marcial Pons 2016. Colección Teoría constitucional y Derecho.

MARÍA ROSA RIPOLLÉS SERRANO(*)

(*) Letrada de las Cortes Generales, profesora de Derecho Constitucional.

Eva Sáenz Royo y Carlos Garrido López, ambos profesores de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza, coordinan la edición de una publicación colectiva sobre “La reforma del Estado de partidos”, editada en 2016 por Marcial Pons en la colección “Teoría Constitucional y Derecho”. Esta obra recoge las intervenciones de una Jornada académica celebrada en la Universidad de Zaragoza, con apoyo de las Fundaciones Fernando el Católico y Giménez Abad, con participación de Profesores de distintas generaciones y procedencia geográfica y académica, coincidentes en la reflexión sobre uno de los temas de nuestro tiempo constitucional: los partidos políticos, sujetos todopoderosos de la sociedad democrática, “porque la democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un Estado de partidos”, expresión clásica de Kelsen en *Esencia y valor de la democracia*.

Necesidad constitucional y politológica de los partidos que no excluye la constatación crítica de su escasa regulación legal, la difícil democracia interna en los partidos, las tentaciones de la financiación meta legal, la primacía de la lealtad sobre la competencia, y la tendencia oligárquica que ya destacaron los clásicos del análisis partidista desde comienzos del siglo XX, así como su vis expansiva —“constante labor de colonización de aquellas instituciones que no deberían jamás estar bajo el dominio directo o indirecto de las organizaciones partidistas”, como se dice en la introducción de la obra, en relación con órganos constitucionales, instituciones de garantía y control, o incluso los órganos reguladores “que por su propia naturaleza deben ser ajenos a la dinámica partidista” y ajenos también a ese “perverso sistema de cuotas utilizado por los partidos para designar

a los integrantes de la mayoría de las instituciones...quebrantamiento encubierto de las normas constitucionales que regulan la composición de los órganos y los requisitos de sus miembros”.

Desde este pórtico muy crítico se abre la reflexión de Roberto L. Blanco Valdés, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago, experto en estas materias, con relevantes publicaciones sobre la misma, que parte de la idea Kelseniana sobre la esencialidad de los partidos en el Estado democrático, y, asimismo, de sus desviaciones desde la negativa concepción *partidocrática* que el Profesor Blanco vincula a fenómenos tales como la financiación irregular, la corrupción político-administrativa, la discutible selección de las élites partidistas, muy vinculada, —sostiene el Prof. Blanco— a la “profesionalización de la propia política como actividad” como aspectos que constituyen una de las caras de la moneda cuyo reverso es la desafección ciudadana y, se podría añadir, la eclosión de nuevas formas políticas no exactamente partidistas —al menos en sus orígenes— sino a modo de conglomerados socio-políticos o instrumentos de agrupación de intereses sobre un común denominador político.

La comunicación electrónica a través de Internet y las redes sociales, la repercusión de la grave crisis económica a partir de 2008, el abandono de los partidos tradicionales, “partidos dinosaurios” —en militancia y voto— por populismos de todo color y grupos en las fronteras del propio sistema, en fin, “la libertad de los novísimos” asentada sobre la participación electrónica y el rechazo de los sujetos tradicionales, aderezado con gotas de expresión anti sistema, “podrían acabar por afectar no solo a la calidad de la democracia sino a la propia supervivencia tal y como la hemos conocido tras el final de la segunda guerra mundial”, como indica el Prof. Blanco, reflexión que extiende al mismo sistema de partidos políticos asentado desde las elecciones tras la transición. Lo cierto es que, como se señala en esta obra, la crisis partidista se relaciona con el consiguiente proceso de desafección política, con su correlato de caída de la participación electoral, la caída en la afiliación y “la quiebra de la persistencia electoral de un significativo número de los partidos que vertebraron durante años el funcionamiento de algunas de las mas solidas democracias

européas” (Blanco), y paralelamente la emergencia de movimientos sociales y fuerzas populistas de diferente signo.

En su análisis el Prof. Blanco aborda una materia tan delicada en el plano teórico, como real en el práctico: la paradoja partidista de que “la democracia interna de un partido resulta ser en la realidad de los hechos directamente proporcional a sus fracasos en las urnas e inversamente proporcional al éxito que tenga a la hora de repartir los cargos que la toma del poder lleva asociada”. Aserto que ejemplifica con numerosos ejemplos.

En su aportación a este debate incide el Prof. Blanco en la grave causa que subyace en algunos de los mas preocupantes problemas partidistas: la profesionalización de la política, la tendencia a la continuidad cuyo precio puede ser evitar la competencia y la discusión de capacidades con el consiguiente deterioro de calidad y de subversión del interés general por el particularista. Finaliza Roberto Blanco sin ánimo propositivo, con su pluma brillante, recordando algunas medidas ya planteadas en el pasado como elecciones primarias, limitación de mandatos y severo régimen de incompatibilidades, para concluir que la verdadera solución del problema está en la “suspensión de la incredulidad” (Coleridge), o, en otros términos, el retorno a las creencias y la fe en el sistema.

En la primera parte de la obra, sobre la democracia en los partidos y su necesaria regulación legal, escriben José A Gómez Yáñez, consultor político y profesor de sociología en la Universidad Carlos III; Emilio Pajares Montolio de la misma Universidad; y Mercedes Iglesias Báñez, profesora de la Universidad de Salamanca.

Gómez Yáñez reflexiona sobre el abordaje normativo de los partidos políticos desde la ignorancia o la regulación tangencial de las Constituciones” cuando, como dijera García Pelayo, “...la voluntad del partido o partidos mayoritarios se identifica con la voluntad general”. La realidad, no obstante, demuestra cómo tras y en las instituciones los partidos constituyen los hilos de la trama, como son también híbridos entre sociedad civil e instituciones en equilibrio variable entre ambos, cómo, en suma, el binomio Gobierno-oposición es una

ficción por la complejidad de la gestión gubernamental y el papel limitado de los recursos organizativos de los partidos en la oposición cuya funcionalidad esencial es elaborar un discurso alternativo, mas que descender al detalle “en realidad, afirma Pajares, los partidos al pasar a la oposición, suelen adoptar una actitud de “gobierno a la espera”, meciéndose en el complaciente recuerdo de su gestión de gobierno, ...es a la segunda derrota cuando asumen su situación (y) emprenden reorganizaciones internas (Khol en Alemania) ...o actualizan su discurso...para buscar nuevas complicidades sociales (Thatcher en Reino Unido)”.

Gomez Yáñez repasa la evolución de la teoría politológica sobre partidos políticos (Duverger, Sartori, Nohlen, Kirchheimer, Panebianco, Katz y Mair), y concluye que, al igual que en el campo del derecho Constitucional, tampoco la teoría política ha conseguido configurar una teoría consistente sobre el funcionamiento del Estado de partidos, de éstos como instrumento de elaboración de políticas y selección de políticos y sobre la articulación de las organizaciones partidarias con las decisiones del Estado u otros niveles políticos. La consecuencia, (precisa Gomez Yáñez) es que una parte del proceso político está entre tinieblas. Pero: qué funciones desempeñan los partidos políticos en el Estado de partidos? Y a ello responde que captar e interpretar las prioridades del país y las demandas de la opinión pública traduciéndolas en programas políticos, seleccionar líderes para las distintas instituciones, seleccionar candidatos a cargos selectivos y cuadros para su organización, presentar candidatos para órganos o agencias públicas, captación de programas de lobbies y grupos de presión para incorporarlos en sus programas, designación de altos cargos de las administraciones públicas al no existir, como en Reino Unido una separación rígida entre administración y política .

Gómez Yáñez analiza las diferentes olas de la regulación legal partidista en Europa— en los 60 o comienzos de los 70, caso de Alemania con la legislación mas prolija, Austria o Finlandia; una segunda oleada con la regulación de las nuevas democracias de los 70, España, o Portugal; y una tercera con la normativa de las nuevas democracias de la Europa del este. En el caso español destaca como hay una regulación mas estricta de la financiación que de la organiza-

ción y estructura partidista, siendo llamativo que haya una regulación mas exhaustiva de la ilegalización y disolución que de su estructura y funcionamiento democrático. Tras repasar la naturaleza jurídica de los partidos como asociaciones, de vida mas desregulada que otras muchas asociaciones con bastante menos trascendencia pública. Asociaciones que, vinculado a la especialización profesional de la política, presentan algunos fenómenos de “cartelización” como son la tendencia a la *oligarquización*, la “condensación en el vértice del poder interno”, el deseo de evitar debates internos, la estabilización ideológica, el recurso a órganos alternativos –tipo conferencias, o convenciones etc., la reserva de las decisiones que afectan a selección de personal, o la discrecionalidad para repartir incentivos.

El autor analiza el papel de las “primarias” y su significado distinto –elección del máximo dirigente partidista o de los cabezas de listas–, con un interesante análisis de las primarias en diferentes partidos españoles y en otros países europeos, para concluir que la democracia interna en los partidos, “permite adaptarse a entornos cambiantes e impulsa una selección natural de los mas aptos a través de la competición entre ellos”, con su consiguiente correlato de conexión con las bases sociales, mejorar la calidad de las decisiones y el propio liderazgo social, creando un clima de vigilancia difusa entre los cargos públicos e internos y manteniendo a modo de reserva las posiciones minoritarias, siendo no solo un requerimiento constitucional, sino una necesidad de supervivencia partidista y un mecanismo de adaptabilidad, que no consiste en soluciones mágicas o medidas superficiales, tipo limitación de mandatos o listas abiertas y desbloqueadas, pues los partidos –afirma– son organizaciones muy complejas, y las medidas democratizadoras habrían de perseguir protegerlos de sus dinámicas internas y reconciliar la realidad con la letra de la Constitución, en asuntos tales como la periodicidad de los congresos, la elección abierta de delegados, la elección a cargos públicos por afiliados o votantes, o la previsión en los Reglamentos parlamentarios de la elección en los grupos de candidatos para cargos públicos, con constancia en acta.

Precisamente también sobre las primarias escribe el Prof. Emilio Pajares Montolío, de la Universidad Carlos III, cuyo punto de partida

es la constatación de la nula regulación de la formación de candidaturas, lo que otorga un amplio margen de decisión a los partidos, factor este que, junto al proceso de centralización en la elaboración de candidaturas, no están lejos del proceso de desafección ciudadana con los partidos. Por el contrario el recurso a las primarias goza de apoyo mayoritario popular, si bien, matiza, no es oro todo lo que reluce en las primarias pues también pueden favorecer divisiones internas en los partidos o incluso, señala Pajares, “convertir a los partidos en una mera plataforma para la concurrencia de candidaturas personales”.

La preferencia sociológica por las primarias no excluye el planteamiento de diversas cuestiones sobre el modo y forma de realización y control respecto de las elecciones primarias o mejor aún intrapartidistas, partiendo de una aproximación general desde dos posibles modelos (Saíz Arnaíz): intervencionista, las normas regulan el cauce de esta clase de participación-, o asociacionista –cada partido como especie del genero asociación, decide cómo llevarlo a cabo. Sostiene Pajares que el establecimiento de normas básicas sobre la organización de las primarias no lesionaría la libertad asociativa de los partidos, siempre que, como ha precisado García Roca, se hiciera en términos razonables. Ahora bien, determinada la opción normativa, queda abierta la clase de norma que debiera abordar esta cuestión que, Pajares, reconduce o bien a la LOPP o bien a la LOREG, todo ello desde los pronunciamientos del TC sobre el alcance del mandato constitucional de democracia interna compatible con variedad de modelos, lo que otorga un amplio margen de configuración al legislador, siempre que se respeten los principios de auto-organización y participación (STC 56/1995). A partir de ahí hay autores que se inclinan por la primera opción – recoger en la legislación partidista que los estatutos regulen un procedimiento de selección de candidatos (Pérez-Moneo, o Garrido)–, o hacerlo desde la normativa electoral, como parte de la selección de cargos no partidistas, sino titulares de una “actividad con proyección exterior” (Biglino, Salazar, o el mismo Pajares).

Ahora bien la opción por prever las primarias en la normativa electoral pone sobre la mesa otras cuestiones previas, tales como si ello supone que formarían parte del régimen electoral general, y si

tendrían el ámbito de aplicación generalista que la LOREG prevé como aplicable en toda clase de elecciones, tal y como –añado– establece la Disposición adicional Primera de la LOREG respecto del Título I, puesto que hablamos de “disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal directo”, pero, atención porque de ser así, esta dicción literal excluiría de la regulación de primarias la candidatura a la presidencia del Gobierno que, como es notorio, no es un cargo de elección directa por sufragio universal directo, sino por el Congreso de los Diputados.

Añádase a ello, señala Pajares, otras materias pendientes como son: quién elige, esto es primarias cerradas a militantes o abiertas; a quién se elige, es decir a todos los integrantes de una candidatura o a los números uno y en su virtud eventuales candidatos a los mas relevantes cargos públicos; amén de asuntos procedimentales como pueden ser el censo, avales, la convocatoria, el procedimiento electoral, campaña, financiación, votación, escrutinio, garantías internas, en fin el control jurisdiccional del procedimiento, asunto no baladí y sobre el que Pajares plantea los antecedentes –la situación actual no permite la reclamación ante las JE, ni el recurso contencioso administrativo, ni el amparo electoral (STC 68/1987), sino el recurso ante el orden jurisdiccional civil (art 8.2 d) LOPP y 249.1.2ª de la LEC 1/2000), esto es el juicio ordinario sobre protección de derechos fundamentales, tal y como se recoge en STS/ Sala de lo civil, 3861/2014, además de la propia reclamación ante los órganos del partido, conforme a los estatutos.

Todo lo cual se podría abordar mediante la previsión legal de las primarias, sea en la legislación de partidos, o en la electoral (Satrústegui o Virgala), si bien, finaliza Pajares, no falta algún autor (Giménez Gluck) que propone como instrumento promocional de las primarias que los partidos que no las celebren resulten privados de “acceder a determinados instrumentos de financiación pública, en lugar de al acceso a los procesos electorales”; o quien propugna la articulación del control jurisdiccional de primarias en dos momentos distintos: el momento partidista civil y un segundo el momento electoral con ocasión de la proclamación de candidaturas, por las JE, o su anulación por los tribunales, si bien destaca Pajares que ello podría implicar

dotar de carácter permanente a las JE provinciales, autonómicas o locales, pues la JEC es hoy por hoy la única permanente. A ello habría que objetar que no parece la mejor solución resolver un problema creando otro mas grave y, sin duda, la administración electoral tal y como esta regulada y operativa es un modelo de eficacia, ajuste a Derecho y costes mas que proporcionales, razones de peso para no modificar la actual estructura y organización .

Mercedes Iglesias profesora de la USAL escribe sobre la financiación de partidos en España: modelo y antimodelo. La autora de este capítulo parte de la idea de que nuestro Estado democrático es un Estado de partidos del tipo “partido cártel” con fuerte penetración en el Estado, que, desde los orígenes de la restauración democrática, en 1977, buscó la estabilidad y la creación de un sistema estable de partidos, lo que influyó en el modelo de financiación básicamente público y de desconfianza a la financiación privada, patente en la prohibición de las donaciones de personas jurídicas de la ley orgánica de Control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos – LO 3/2015 – que modifica las LO 8/2007, 6/2002, 2/1982. Es, señala la profesora Iglesias, un modelo cerrado que “premia la representatividad de los partidos frente a otras funciones expresivas o deliberativas”; y es, además, un modelo fragmentado o discontinuo de financiación –uno electoral y otro de financiación ordinaria; uno propiamente de los partidos y otro de las fundaciones o asociaciones vinculadas a los partidos– lo que, precisa, complica la tarea de fiscalización del Tribunal de Cuentas. A ello se añade que es un modelo de “autocompensación”, mediante una legislación que permitía mantener en manos de los partidos un alto nivel de recursos con un peculiar sistema respecto de las deudas contraídas con entidades de crédito, con renegociaciones holgadas, subvenciones públicas ordinarias etc.; y es, en fin, un modelo reactivo y casuístico pues incluso la Ley 3/2015 se plantea no como una reflexión seria y general sobre el modelo de financiación, sino como un mecanismo de regeneración democrática y lucha contra la corrupción. Todo lo cual lleva a la autora a la conclusión de que el sistema de financiación partidista en España es un antimodelo, a pesar de las reformas del 12 y del 15, si bien, se echan en falta argumentos que sostengan esta rotunda afirmación.

La profesora Iglesias aborda igualmente el régimen de donaciones que, afirma, ha mejorado tras la reforma de 2015, en aspectos como la regulación del cauce de recepción, devolución de donaciones indebidas, prohibición de donaciones ordinarias de personas jurídicas etc., y apunta un dato a considerar como es que de los informes del tribunal de Cuentas se desprende que “las donaciones privadas no están condicionadas, como a menudo se argumenta, por la ideología política”.

Otra cuestión relevante en la financiación partidista como son los créditos bancarios como clásica y muy importante fuente de financiación de los partidos políticos, y que “mediante operaciones de condonación o de renegociación de la deuda se han transformado en donaciones encubiertas”(Presno Linera) han mejorado también con la nueva normativa de la LO 3/2015, que prohíbe la condonación y define el propio concepto de tal condonación, incluyendo la renegociación por debajo de los intereses de mercado.

Por lo que atañe a las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos y receptoras de donaciones que propician un trasvase de recursos, la reforma de 2007 ya supuso un avance al regularlas y, muy especialmente, la de 2012 al contemplar la fiscalización de aquellas vinculadas a partidos con representación parlamentaria, requisito que desaparece en la reforma de 2015 que abarca a todas, determina y concreta los criterios de vinculación partidista, obliga a la inscripción registral en el registro de partidos políticos, como requisito para concurrir a subvenciones, su regularidad contable es objeto de fiscalización del tribunal de Cuentas, y prohíbe directa o indirectamente aceptar donaciones de organismos, entidades o empresas públicas.

La autora aborda el control del ámbito municipal “territorio donde los partidos obtienen mas recursos” y paralelamente donde el control y fiscalización es menor (por ejemplo en el informe 2013 aportaron contabilidad 11 de las 32 formaciones). Esta situación fue parcialmente paliada con el Plan de Contabilidad 2013 y, especialmente, con la LO 3/2015 que obliga a la información pública de las obligaciones contables de las cuentas anuales consolidadas de ámbito nacional, autonómico y provincial (no directamente local) .

Sobre la eficacia del control del Tribunal de Cuentas recoge Iglesias la ya tradicional crítica al perfil político de los consejeros, exceso de trabajo y carencia de medios, así como la ineficacia de sus sanciones, si bien, puntualiza que la reforma de 2012 y mas aun la de 2015 amplía las funciones de control del Tribunal a las fundaciones y asociaciones, reconoce competencia reglamentaria organizativa, controla las cuentas de los partidos que reciban una subvención, y abarca la legalidad y regularidad de sus cuentas; si bien persiste la ineficacia del control interno partidista y se añade el control parlamentario mediante la regulación de la figura del “Responsable de la gestión económico-financiera del partido”, profesional, inelegible e incompatible que presentara las cuentas anuales ante el tribunal y a través del cual la Comisión Mixta para el tribunal de Cuentas puede llevar a cabo el control parlamentario económico financiero partidista.

La ley de 2015 incorpora la obligación de colaboración (con información, documentación etc.,) de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas con el tribunal; y el deber de publicar los partidos en sus páginas web las cuentas, créditos, entidad concedente, importe, plazo de amortización, subvenciones obtenidas, donaciones y legados superiores a 50.000 euros e identidad del donante o legatario, balance y cuentas de fundaciones y asociaciones, publicidad de la contratación, y mejora el régimen sancionador en lo atinente al principio de tipicidad de infracciones y sanciones y efectividad de las sanciones –ejecutivas antes del libramiento de la subvención– o requerimiento de ingreso en el tesoro del importe de la sanción.

Finaliza el artículo con un llamamiento de la autora a un verdadero sistema mixto de financiación pública/privada, con mejor regulación de las donaciones, sin exclusión de las privadas de personas jurídicas, pero sí con mayor transparencia e información; regular mejor los créditos bancarios; disminuir la fragmentación del sistema de financiación electoral y ordinaria, y de partidos y fundaciones o asociaciones, que pueden llevar a la elusión normativa; y reforzar el control interno y el externo del Tribunal de Cuentas, la respuesta está, finaliza citando a Cascajo Castro en hallar esa dosis de control que al tiempo asegure el funcionamiento del sistema.

Un veterano Profesor, catedrático de Derecho Constitucional de la Coruña, como es José Antonio Portero Molina participa en esta obra con un trabajo sobre “La crisis del Estado de partidos e instrumentación de las instituciones”, que parte de una afirmación tan rotunda como exacta: –“no tengo noticia de una sola democracia sin partido”, y desde esta afirmación analiza la célebre reflexión de Tripple sobre las relaciones entre Constitución y partidos para concluir en la moderna regulación partidista en Derecho comparado y en dos clásicos sobre la necesidad partidista: Borrego, en el XIX español y, obviamente, Kelsen, en el XX. Este punto de partida clásico lleva al Profesor Portero a la reflexión sobre las actuales críticas al Estado de partidos, cuyos hitos van desde la primavera de 2011 y la eclosión del movimiento de los indignados, a lomos de la crisis económica, el desencanto de buen número de jóvenes con expectativas frustradas, los escándalos relacionados con corrupción o la actuación de las denominadas “élites extractivas”, hasta el : –¡no nos representan!–, afirmación que rechaza porque, guste o no, en una democracia representativa los parlamentarios sí representan a la ciudadanía, en cuanto elegidos en unas elecciones libres, periódicas, y competitivas; lo que no excluye que algunos postulados clásicos del dogma liberal hayan mutado –por ejemplo la conversión del mandato representativo de los parlamentarios individuales en el mandato prácticamente imperativo de los partidos, o la ley como expresión de la voluntad general, devenida en decisión entre sedes y por acuerdo de los dirigentes, fenómenos que inciden en la crisis del lenguaje de la democracia representativa y, por el contrario, la exaltación de la democracia directa “con pleno, permanente e igualitario protagonismo ciudadano, una democracia deliberativa y participativa hasta en los asuntos menores, una *odocracia* o gobierno de la muchedumbre, de las masas ligadas a las redes sociales, en las que, obviamente, los partidos son sujetos bajo sospecha”.

Este agudo diagnóstico se acompaña de una reflexión: siendo los partidos esenciales en la democracia contemporánea, al margen de la cual solo caben modelos autoritarios, una de dos, o los movimientos de indignados sobreviven temporalmente unos años, o se transforman en partidos políticos con su organización jerarquizada, liderazgo

definido y fuerte, aparato de comunicación y propaganda, financiación estable y voluntad de poder.

El otro elemento de reflexión al que se refiere el profesor Portero afecta a la instrumentación de las instituciones por los partidos en España, reflexión que parte de algunas ideas esenciales como son: la idea de que el problema no reside en que los partidos monopolicen los parlamentos y demás órganos representativos y de gobierno, sino que surge cuando los partidos sobrepasan el legítimo espacio de la política y entran en otros espacios estatales que deberían permanecer neutrales; o el repaso de la historia constitucional española hasta llegar al sistema de la Constitución de 1978 “nuestra primera experiencia constitucional fructífera y duradera, al estilo europeo, porque esquivó muchos puntos conflictivos”; o la conveniencia de no incurrir en excesos cuando se hace la crítica partidista pues puede llegar a conclusiones inexactas e injustas con las instituciones e incurrir en el desprestigio y la sospecha permanente. “está bien ser tan exigentes, pero sin caer en la autoflagelación”, dirá como colofón el profesor Portero.

Markus González Beilfuss, profesor de la Universidad de Barcelona es autor del capítulo titulado “La injerencia de los partidos políticos en el tribunal Constitucional”, en cuya introducción parte del desgaste institucional causado por el retraso injustificado de las renovaciones parciales del TC, básicamente las parlamentarias, no así las que corresponden al Gobierno y al CGPJ, (5 meses en 1992, 10 meses en 1998, mas de 46 en 2010, mas de 29 en 2012, como ha señalado Borrajo Iniesta) para después precisar la diferente naturaleza de TC y partidos políticos; el primero un órgano constitucional de base no representativa, garante de la Constitución desde una competencia jurisdiccional concentrada, y los segundos como instrumentos de participación política pero que no son ni órganos del Estado ni titulares formales del poder político, diferencia conceptual que da lugar a líneas paralelas, y por ello no convergentes, en la designación, nombramientos, legitimación y objeto de los procedimientos ante el Tribunal.

Ahora bien esta inexistencia de puntos de contacto entre TC y partidos políticos, no impide una práctica en la que la incidencia de

los partidos en el máximo intérprete de la Constitución es notoria y preocupante: En efecto, desde la aprobación por consenso entre los partidos de la ley orgánica del Tribunal –L.O. 2/1979– hasta la actualidad en 2017, ha habido ocho reformas parciales, cinco con consenso partidista –L.O. 8/1984; 6/1988; 1/2000; 8/2010; y 12/2015; y tres sin ello –L.O. 4/1985 que suprimió el Recurso previo de Inconstitucionalidad; L.O. 6/2007, prórroga de la Presidencia hasta que se produjera la renovación parcial; y L.O. 15/2015, mecanismo de garantía de ejecución de las Resoluciones del TC.

Lo cierto es, afirma González Beilfuss, que la crisis de legitimidad deriva en buena medida de la actuación de los partidos con ocasión del nombramiento de los Magistrados caracterizada por la opacidad y el secretismo y, técnicamente por: la propuesta de diferentes órganos constitucionales; el predominio parlamentario en la propuesta de la mayoría de magistrados –ocho de doce–; la mayoría cualificada de 3/5 que reclama consenso pues, de lo contrario opera a modo de veto; el mandato largo de nueve años de los magistrados; la renovación por tercios cada tres años; y los requisitos para los candidatos a magistrados. Algo confusa resulta la referencia a que la “designación parlamentaria de los magistrados no estuvo formalmente regulada hasta la Resolución de la Presidencia del Congreso (RPC) de 25 de mayo de 2000 y la Reforma del RS del año 2000”, que no se corresponde exactamente con la realidad, puesto que la regulación de las propuestas de designación de magistrados estaban contempladas en el Art 204 del RCD, siendo lo que contempla la RPC citada el procedimiento ante la Comisión Consultiva de Nombramientos que crea la citada resolución, órgano consultivo parlamentario sobre cuya actuación en exceso liviana el profesor se muestra crítico.

Todo ello resulta, como recoge el profesor González Beilfuss, muy mediatizado por el sistema de cuotas y por la “voluntad política de elegir a una determinada persona”, en cuyo perfil predominan los magistrados procedentes de la academia, si bien con una cierta tendencia a la baja por el incremento del número de magistrados procedentes de la carrera judicial; no hay en nuestro sistema una vinculación al menos indirecta entre el órgano constitucional proponente y el perfil profesional de los candidatos a magistrados; como tampoco un

buscado y marcado perfil exclusivamente jurídico sino que, recoge González Beilfuss, de los sesenta magistrados eméritos actuales hay 2 ex ministros, un presidente de CC AA, 2 senadores y un candidato a senador, dos magistrados ex altos cargos gubernamentales, y, en fin, militantes de partido político, todo lo cual no es formalmente incompatible.

Cuestión distinta es la posible incidencia de los partidos en el funcionamiento del TC, respecto de lo cual afirma González Beilfuss que " En términos generales, el Alto Tribunal ha hecho frente a dicho peligro con considerable sentido institucional", quizás con alguna matización respecto de las denominadas sentencias interpretativas; o determinadas filtraciones; o el manejo del tiempo, aspecto este último sobre el que el profesor González Beilfuss apuesta por soluciones semejantes a la del Tribunal federal alemán que establece la previsión sobre la agenda y el momento de deliberación de determinadas cuestiones.

Francisco Sosa Wagner, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de León escribe sobre "Jueces e independencia. Propuestas de reforma del CGPJ y del Tribunal Constitucional" que comienza con una revisión sobre los vaivenes históricos de las relaciones Ejecutivo-Judicial desde el bien intencionado pero escasamente dotado sexenio –la ley de 1870 modificada ya en la Restauración por la Ley adicional de 1882–, al avance que supuso la incorporación de las pruebas públicas de ingreso en la judicatura de Canalejas en 1889 y la creación de la Junta organizadora del Poder Judicial por Primo de Rivera, sustituida en 1926 por un Consejo Judicial, hasta la II República (ley de 8 de octubre de 1932, modificada el 10 de junio de 1936, sustituido por nueva ley de julio de 1936) que reprodujo el modelo de la restauración con algunos retoques, como la gran relevancia del Presidente del TS (designado por el Presidente de la República a propuesta de una asamblea de parlamentarios con representantes de la judicatura y de la abogacía) con importantes facultades en materia de iniciativa normativa y organizativa. Durante el franquismo, destaca Sosa Wagner, como en los inicios se llevaron a cabo las denominadas "oposiciones patrióticas" que reservaban el 50% de las plazas de empleo público convocadas a ex combatientes,

y atribuían la idoneidad o *placet* para los puestos mas relevantes al Consejo Judicial creado en 1952, amén de que la designación de los mas importantes puestos judiciales se designaban por el jefe del estado a propuesta de terna del Consejo del Reino.

Por lo que atañe al sistema de la Constitución de 1978, el modelo es, sobre el papel, impecable: pruebas públicas, independencia, ascenso reglado, especialización objetiva. Luego, se pregunta el Profesor Sosa Wagner: –por qué hablamos de politización de la justicia?. Y responde:– porque en determinados nombramientos se participa de la sustancia política, a través del CGPJ –reglamento del CGPJ 1/2010– que permite la discrecionalidad, si bien requiere motivación, porque el CGPJ, precisa Sosa, es reflejo “como en un espejo bien bruñado de las imágenes de quienes han dominado la escena española los últimos cuarenta años...”, los partidos hegemónicos.

Ciertamente en los últimos tiempos se ha avanzado en los requisitos de motivación, así desde la STS de 27 de noviembre de 2007 que rechazaba “...que la decisión sobre la cobertura de una plaza vacante devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control”; o la STS de 11 de noviembre de 2014 que incidía en que “la motivación cuando se trata de cubrir plazas en el TS debe referirse sustancial y preponderantemente a méritos vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional o a aquellas otras que sean materialmente asimilables a ella...de modo que a través de ellas quede acreditada la solvencia y la excelencia en el ejercicio de aquella función ...experiencia y calidad jurisdiccional que lo habiliten para dirigir con *autoritas* el tribunal que preside...”.

Solución a este problema, según el profesor Sosa Wagner, una vez acreditada la competencia y demás requisitos y efectuada la comparecencia parlamentaria: el sistema de sorteo.

Por lo que atañe al Tribunal Constitucional, Sosa Wagner, nos dice cómo este órgano nació vinculado a la politización, por su cercanía a Kelsen, cuyas simpatías socialdemócratas eran conocidas por todo el mundo. Incluso –sostiene– el Tribunal alemán de Karlsruhe, lugar jurídico de culto, de gran prestigio, ha estado integrado por miembros

de procedencia política (lo que ejemplifica con diversos magistrados de procedencia política variopinta desde 1952 a 2000, así de la CDU, el 28,5% de los jueces, o 34,2% del SPD, o 3,4% liberales. Siendo paradigmático que Herzog, presidente del Tribunal, hubiera sido varias veces ministro y, tras su etapa en el Tribunal, presidente de la República federal alemana), aunque nadie le ha negado nunca esa naturaleza de “política constitucional” (H Prantl) así querida por la Constitución alemana.

El profesor Sosa Wagner se inclina como fórmula para evitar la politización en España, por un sistema basado en la convocatoria pública, comprobación exhaustiva pública de requisitos y condiciones por una Comisión parlamentaria mixta, confección por este órgano de la lista definitiva y comparecencia parlamentaria rigurosa de quienes se hubieran presentado y posterior sorteo, amén de un riguroso sistema de incompatibilidades, y prohibición de ocupar posteriormente cargos políticos o acudir al sector privado, reservando para los magistrados eméritos el Consejo de Estado. Propuesta que finaliza con dos reflexiones adicionales: incrementar a 25 años la experiencia jurídica y reflexionar sobre el traslado del TC fuera de Madrid “libres del aliento político que aunque bien intencionado, sostiene Sosa, suele ser codicioso”.

El último estudio –“órganos reguladores en España: entre la independencia y el partidismo”– es obra del Profesor de la Universidad autónoma de Barcelona, Josu de Miguel Bárcena quien, desde la cita de Esteve Pardo en su obra sobre el Estado garante como nueva institucionalización y abordaje de las fórmulas entre lo público y lo privado, resalta la aparición de los “órganos reguladores o autoridades independientes, como instituciones neutrales entre Estado-sociedad para controlar que la regulación pública es cumplida en el contexto de la competencia entre intereses privados”.

Así han ido apareciendo, nos dice De Miguel, instituciones independientes con el objetivo de defender los derechos fundamentales, caso de las administraciones electorales, las agencias de protección de datos, la liberalización de servicios en red, o el control del sistema financiero etc., a los que el Estado traslada la toma de decisiones en

ámbitos especializados donde la incertidumbre técnica, la eficacia y la rapidez y estabilidad, hacen imposible una aproximación política tradicional, o el proceso político clásico.

Pues bien, advierte De Miguel, uno de los problemas de estas nuevas entidades es que sean “capturadas” por intereses privados, cuando lo esencial es que estén al margen de tales y despolitizadas o, lo que es lo mismo, “que las motivaciones político partidistas no pueden estar presentes en el *ethos* de unas instituciones que aspiran a llevar a cabo sus tareas de manera independiente para alcanzar una cierta neutralidad que legitime su propia existencia”.

Destaca De Miguel como, además, la generalización de órganos reguladores tiene que ver con exigencias europeas de “institucionalizar la liberalización de servicios públicos”, y no es ajena al nacimiento de estos reguladores cierta desconfianza hacia los partidos.

Para garantizar el buen funcionamiento de los órganos reguladores es menester que estén dotados de autonomía financiera (que la mayor parte de sus recursos provengan de los PGE), orgánica (creación por ley y no por reglamento), funcional (prohibir que se puedan dar órdenes e instrucciones de otros poderes públicos y privados), personal (sus componentes sean elegidos por razones curriculares e imparciales), y no sometidas a control político.

En España, señala de Miguel, el Gobierno en 2013 decidió fusionar la mayor parte de reguladores en un supervisor único con afectación a diversos sectores tales como competencia, energético, telecomunicaciones, postal, aeroportuario, ferroviario, audiovisual, mediante la L. 3/2013 de creación de la Comisión nacional de los mercados y la competencia, los miembros de este gran regulador se eligen por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del MEC, y tras la correspondiente comparecencia parlamentaria (que deberá versar sobre la capacidad de los candidatos y proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado) la comisión por mayoría absoluta puede vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de 1 mes. Parlamentarización que, al igual que sucede con la AIREF (creada LO 6/2013), señala De Miguel, “es positiva desde el

punto de vista de la legitimidad democrática”. Refuerza este perfil “profesional” de los integrantes del regulador que solo puedan cesar por causas tasadas vinculadas a incompatibilidades, incapacidad sobrevenida, condena por delito doloso o grave incumplimiento.

A este respecto recuerda De Miguel como del recurso por causa alegada de nulidad de dos miembros de la antigua CMT ha derivado una cuestión prejudicial del TS ante el TJUE en la que, entre otras cosas, el TS planteaba si es compatible con el derecho comunitario la fusión completa de reguladores en una única autoridad independiente (Auto TS 5896/2015 de 3 de julio. Sala CA. Sección 3ª), a lo que el TJUE en S C-424/2015, ha señalado que tal fusión no es contraria a la directiva 2009/140/CE).

Respecto de la intervención de los partidos políticos en estas cuestiones señala De Miguel que en la práctica éstos han venido designando a los miembros de los órganos constitucionales mediante el llamado sistema de cuotas, ahora bien la situación es distinta en relación con las autoridades independientes pues los partidos en relación a ellas han actuado “de forma mas discrecional que arbitraria” se puede afirmar —dice De Miguel— que “la mayor parte de las personas elegidas para los órganos reguladores no son incompetentes sino inidóneas” (Pauner Chulvi). Lo cual lleva al autor a sugerir la *constitucionalización* de esta materia, como así se efectuó en el caso alemán “con el objetivo de formalizar una constitución económica en la que el control de los precios y la masa monetaria, quedaran al margen de la lucha partidista, es un modelo de éxito que debería hacer reflexionar a la doctrina y a la clase política”. O, alternativamente, (Alfaro) reformar el sistema de nombramientos de los reguladores, mediante un proceso competitivo (incluso con anuncios en la prensa internacional) efectuado por empresas especializadas y controlado por una comisión, por ejemplo, de expresidentes de tales organismos, proceso del que saldrían los candidatos a designar por Gobierno o por las Cortes.

Como se desprende de lo reseñado estamos ante un libro denso, complejo, sugerente, variado, y que, en general, desde una buena teoría, aborda asuntos relacionados con problemas reales y actuales de la España de la segunda década del siglo XXI.

Comparación y tradición constitucional. Discurso de investidura como doctor honoris causa por la Universidad Complutense de Madrid. Giuseppe de Vergottini.

TRADUCCIÓN: PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

LAUDATIO: D. JAVIER GARCÍA ROCA

Algunas consideraciones sobre el artículo 136 de la Constitución. Análisis particular del informe que debe remitir el Tribunal de Cuentas anualmente a las Cortes

JOSÉ JOAQUÍN GARCÍA-PANDO MOSQUERA

MARÍA DEL VALLE FERNÁNDEZ JIMÉNEZ

Potestad legislativa y evaluación ex post de la normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación inteligente

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN

