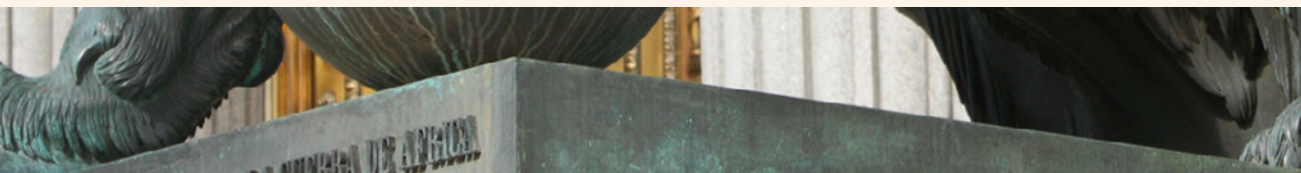




INSTITUCIONES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, CONVERSACIONES

**Contribución a la cultura cívica
de la institucionalidad democrática**

Andrés Betancor Rodríguez
Coordinador



INSTITUCIONES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DERECHO, CONVERSACIONES
CONTRIBUCIÓN A LA CULTURA CÍVICA
DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

INSTITUCIONES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, CONVERSACIONES CONTRIBUCIÓN A LA CULTURA CÍVICA DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

Andrés Betancor Rodríguez,
Coordinador

Sebastián Albella Amigo
María Isabel Álvarez Vélez
Manuel Aragón Reyes
Benito Arruñada

Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa

Pilar Canedo Arrillaga

Manuel Conthe Gutiérrez

Alfonso Cuenca Miranda

Francesc de Carreras Serra

María José de la Fuente y de la Calle

Eva Desdentado Daroca

Germán Fernández Farreres

Javier García de Enterría

Pablo García Manzano

Fernando Irurzun Montero

Antonio Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz

Ana Gemma López Martín

Iñigo Méndez de Vigo y Montojo

Vicente J. Montes Gan

Juan Mora-Sanguinetti

Francisco Pérez de los Cobos Orihuela

Amadeo Petitbò Juan

Encarna Roca Frías

Jorge Rodríguez-Zapata

Ángel Rojo Fernández-Rio

Santiago Soldevilla Fragoso

Juan José Solozábal Echavarría

Primera edición: abril de 2024.

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

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © De los contenidos, sus autores.
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Fundación Rafael del Pino para esta edición.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-24-105-X (edición en papel)
144-24-106-5 (edición en línea, PDF)
144-24-107-0 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-2977-4

Depósito legal: M-9579-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
PRESENTACIÓN de María del Pino y Calvo-Sotelo	13
PRÓLOGO de Santiago Muñoz Machado.....	15
INTRODUCCIÓN, por Andrés Betancor	25
AUTORES	43
UNIÓN EUROPEA	45
Europa y sus instituciones, <i>por Iñigo Méndez de Vigo y Montojo</i>	45
Problemas institucionales de la Unión Europea desde la perspectiva constitucional española, <i>por Manuel Aragón Reyes</i>	51
Valores de la Unión Europea, el corazón institucional de la Unión, <i>por Andrés Betancor</i>	55
¿Ha habido un exceso regulador por parte de las instituciones europeas?, <i>por Juan S. Mora-Sanguinetti</i>	59
PILARES BÁSICOS DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA....	63
CORONA.....	63
La Corona, <i>por Manuel Aragón Reyes</i>	63
El valor simbólico de la Monarquía en nuestra Constitución, <i>por</i> <i>Jorge Rodríguez-Zapata</i>	71
Importancia de la figura del Monarca en nuestro Estado constitucio- nal, <i>por María Isabel Álvarez Vélez</i>	75

	Páginas
Una concepción republicano-funcionarial de la Monarquía Parlamentaria, <i>por Manuel Conthe Gutiérrez</i>	79
La nueva Corona de la vieja Monarquía, <i>por Andrés Betancor</i>	85
La inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción del Jefe del Estado desde el Derecho internacional, <i>por Ana Gemma López Martín</i>	89
DEMOCRACIA	93
El principio democrático en la Constitución española, <i>por Francesc de Carreras</i>	93
Sobre algunos retos claves de nuestro sistema democrático, <i>por Eva Desdentado Daroca</i>	101
Sobre el principio democrático y sus amenazas, <i>por María Isabel Álvarez Vélez</i>	107
Partitocracia-populismo: Escila y Caribdis del principio democrático, <i>por Alfonso Cuenca Miranda</i>	111
Nuevo <i>demos</i> de la antigua democracia: tribuno y plebe, <i>por Andrés Betancor</i>	115
Occam, las naciones y los pueblos, <i>por Manuel Conthe Gutiérrez</i>	119
Observaciones al texto de M. Conthe sobre el principio democrático, <i>por Manuel Aragón Reyes</i>	125
Principio democrático: las «armas» de los «nuevos enemigos internos», <i>por Fernando Irurzun Montoro</i>	129
LEY	133
I. CRISIS	133
La Ley, <i>por Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa</i>	133
La ley de nuestro tiempo y su futuro, <i>por Germán Fernández Farreras</i>	141
Nueva cultura legislativa, <i>por Eva Desdentado Daroca</i>	145
Apuntes sobre la ley: desde el Decreto-ley a la racionalidad del legisla- dor, <i>por Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade</i>	149
Crisis de la Ley y crisis del Estado democrático de Derecho, <i>por Andrés Betancor</i>	155
II. MALA CALIDAD	159
Las malas leyes, <i>por Ángel Rojo</i>	159
Las leyes cosméticas y sus efectos económicos, <i>por Javier García de Enterría</i>	167

III. LEGISLACIÓN NEGOCIADA E INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN	169
Potestad legislativa y diálogo social: el fenómeno de la legislación negociada, <i>por Francisco Pérez de los Cobos Orihuel</i>	169
La Administración como legisladora, una imperfección útil, <i>por Manuel Conthe Gutiérrez</i>	177
Sobre la importancia de los cuadros directivos de la Administración en relación con la elaboración de las leyes, <i>por Sebastián Albella Amigo</i>	179
JUSTICIA Y CONTROL	181
I. INDEPENDENCIA	181
Juez independiente e independencia judicial, <i>por Jorge Rodríguez-Zapata</i>	181
La independencia judicial como sentimiento y su conflicto con la tradición jurídico-positiva, <i>por Andrés Betancor</i>	189
Independencia frente a partitocracia en la justicia española, <i>por Juan S. Mora-Sanguinetti</i>	193
Independencia judicial y designación de magistrados constitucionales (un apunte sobre el vigente sistema de designación y su necesaria reforma), <i>por Germán Fernández Farreres</i>	197
II. CALIDAD	201
La medición de la calidad de la justicia, <i>por Juan S. Mora-Sanguinetti</i> ...	201
Exceso de recursos judiciales y déficit de tutela, <i>por Eva Desdentado Daroca</i>	213
III. PLURALIDAD Y COORDINACIÓN	217
Pluralismo jurisdiccional: grandeza y desventaja de la justicia europea, <i>por Santiago Soldevila Frago</i>	217
Pluralismo legal en el contexto de la dinámica expansiva de la Unión Europea, <i>por Andrés Betancor</i>	225
IV. CONTROL	229
El control judicial de la Administración: un apunte sobre algunas cuestiones problemáticas, <i>por Germán Fernández Farreres</i>	229
Diez tesis sobre la discrecionalidad, <i>por Andrés Betancor</i>	237
La fiscalización de la actividad económico-financiera pública como salvaguarda constitucional, <i>por María José de la Fuente y de la Calle</i>	243

	Páginas
ESTADO AUTONÓMICO	251
Estado autonómico, <i>por Juan José Solozábal</i>	251
Nación, soberanía, federalismo, lenguas, <i>por Manuel Aragón Reyes</i> .	259
Sobre la indefinición constitucional y la necesaria reconsideración racional de la distribución de competencias, <i>por Eva Desdentado Daroca</i>	263
Sobre la alta inspección del Estado, la competencia de control del cumplimiento por la Administración autonómica de la legislación del Estado, <i>por Andrés Betancor</i>	267
PROPIEDAD, EMPRESA Y MERCADO. SEGURIDAD JURÍDICA	271
I. PROPIEDAD	271
Función social de la propiedad, <i>por Encarna Roca Trías</i>	271
Contenido esencial y función social de la propiedad privada, <i>por Manuel Aragón Reyes</i>	279
Algunas consideraciones a propósito del derecho de propiedad, su función social y el contenido esencial del derecho como límite a la ley, <i>por Germán Fernández Farreres</i>	283
II. EMPRESA	287
Sociedades mercantiles e intereses públicos, <i>por Javier García de Enterría</i>	287
III. MERCADO E INTERVENCIÓN PÚBLICA.....	295
Defensa de la competencia: propuestas de reforma, <i>por Pilar Canedo y Amadeo Petitbò</i>	295
Modelo constitucional económico e intervención estatal en la econo- mía, <i>por Manuel Aragón Reyes</i>	305
El regulador independiente de los mercados, el caso del supervisor del mercado de valores, <i>por Sebastián Albella Amigo</i>	309
IV. SEGURIDAD JURÍDICA	317
La demanda económica de seguridad jurídica, <i>por Benito Arruñada</i> .	317
Sobre la seguridad jurídica, <i>por Fernando Irurzun Montoro</i>	325
INSTITUCIONES Y SU CRISIS	329
I. CRISIS	329
Una mirada a la historia constitucional española: ¿crisis crónica o estalli- dos ocasionales?, <i>por Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz</i>	329

	Páginas
Regeneración, populismo y miedo, <i>por Andrés Betancor</i>	337
Mercadotecnia y crisis política, <i>por Francisco Pérez de los Cobos</i>	343
El riesgo institucional de reinventar la función pública, <i>por Vicente J. Montes Gan</i>	347
II. INSTITUCIONES.....	353
Sobre las instituciones, qué son y por qué son importantes, <i>por Andrés Betancor</i>	353
Las instituciones importan: un enfoque desde la economía, <i>por Vicente J. Montes Gan</i>	359
Derecho fundamental y garantía institucional, <i>por Juan José Solozábal Echavarría</i>	363

PRESENTACIÓN

María del Pino y Calvo-Sotelo

Las instituciones son pilares fundamentales de las sociedades democráticas. Son las reglas de juego y su relevancia reside en su aptitud para contribuir positivamente a que las personas y las organizaciones alcancen sus objetivos de acuerdo con sus preferencias. También pueden ser estorbos. En consecuencia, puede sostenerse que sin instituciones eficientes el crecimiento económico, la cohesión y la armonía sociales no alcanzan resultados óptimos.

Entre las instituciones que contribuyen al crecimiento económico y al bienestar de los ciudadanos destaca la seguridad jurídica como máxima que debe dirigir el quehacer del conjunto del sistema judicial y de los órganos reguladores. La correcta actuación de las instituciones exige un absoluto respeto a la Ley y debe excluir la coerción y la arbitrariedad dado su impacto negativo en la utilización eficiente de los recursos y en la felicidad de las personas. El ordenamiento jurídico debe amparar la Libertad individual y política con el único límite de que la conducta de unos no perjudique a los demás, al respeto a las ideas y creencias individuales, a la igualdad ante la Ley y a la defensa de la propiedad privada.

Como subrayó Rafael del Pino Moreno, mi padre y el Fundador de la Fundación que lleva su nombre, en su Discurso de investidura como Doctor *Honoris Causa* de la Universidad de Castilla-La Mancha: «Sabemos que el hombre fue creado libre. Libre para tomar sus decisiones, libre para elegir su camino, libre para actuar en cada momento, libre para creer, para amar, para trabajar». Y añadía: «La democracia estaría incompleta sin un sistema de economía de mercado en el que todos los ciudadanos tengan libertad para perseguir sus sueños, sean éstos cuales sean». En otras palabras, en las democracias modernas, la Libertad y la economía de mercado exigen, para su buen funcionamiento, unas instituciones eficaces, aceptadas y respetadas por el conjunto de la sociedad; es decir, por los políticos y por los ciudadanos.

La obra que el lector tiene en sus manos responde a un proyecto colectivo de intercambio de ideas entre especialistas de primer nivel en el campo del Derecho, con la Constitución española y el Estado de Derecho como referencias principales. Ha sido el resultado de múltiples encuentros monográficos y discusiones individuales y colectivas presididos por el fecundo conocimiento del asunto examinado. Todos ellos guiados por el objetivo de arrojar luz sobre la conducta de nuestras instituciones, sus debilidades y, también, sus fortalezas. El resultado es un libro excelente, de indudable calidad y trascendencia y de lectura obligada en estos momentos de desorientación, donde el lector encontrará multitud de ideas acerca de un amplio número de instituciones complementadas con las oportunas sugerencias acerca de cómo contribuir a mejorar el rigor y eficacia de sus actuaciones y decisiones.

Los autores del libro, como demuestran los resultados alcanzados tras los correspondientes debates, son expertos de primer nivel en sus campos respectivos. Se trata de personas de probada solvencia intelectual que cuentan con un amplio caudal de conocimientos debidamente acreditados. Todos ellos cuentan con una dilatada experiencia en el trabajo y el estudio del ordenamiento jurídico y de las instituciones.

El proyecto que ha dado lugar a esta obra fue acogido con entusiasmo por la Fundación Rafael del Pino pues encajaba perfectamente con sus principios inspiradores entre los que destacan su vocación de servicio a la sociedad y la defensa de la libertad y de los intereses generales. En este punto es justo dar las gracias al profesor Andrés Betancor, inspirador del proyecto y su gestor principal, por su dedicación y organización de los debates. Merced a su ánimo y capacidad de dirección hoy disponemos de un excelente libro sobre las instituciones en España. Asimismo, quiero agradecer el esfuerzo de todos los participantes en las distintas reuniones. Sus contribuciones han sido decisivas para que el resultado alcanzado haya registrado la categoría de magistral, como las mejores obras sobre análisis jurídico de las instituciones. La Fundación se siente satisfecha por el resultado alcanzado y, en consecuencia, ha acogido con satisfacción la continuidad del proyecto.

Todo ello ha tenido como objetivo principal nuestro deseo de contribuir a una España mejor.

MARÍA DEL PINO
Presidenta. Fundación Rafael del Pino

PRÓLOGO

He aquí un libro colectivo que repasa el estado de las instituciones de gobierno en todos los estratos posibles, desde el gobierno del mundo a las garantías frente a una multa de tráfico. Lo hace en términos generales, como se puede suponer, pero descendiendo a detalles de miniaturista cuando el argumento lo precisa. Incluye los materiales reelaborados de un seminario anual, dirigido por el profesor Andrés Betancor, en el que han participado muy notables juristas presentando ponencias e interviniendo en los debates.

Pertenece esta obra a un género que se ha enriquecido durante los dos o tres últimos años con aportaciones de intelectuales preocupados por la deriva del Estado. Son exposiciones críticas, que parten siempre del asombro por decisiones y políticas poco meditadas o incompatibles con los valores constitucionales, que conducen a escenarios de deterioro de las instituciones, entendido este como una desviación forzada del diseño a que responde su organización y de las reglas a que debe atenerse su funcionamiento. Implican, por tanto, su empleo o aprovechamiento utilitario para objetivos de coyuntura que terminan afectando a su fiabilidad y credibilidad.

A menudo estos efectos se producen también por omisión, o por indolencia, o por imposibilidad de alcanzar acuerdos políticos con los que afrontar el deterioro a que me refiero. Pongamos como ejemplo máximo la incapacidad de los partidos políticos para acordar algunas reformas necesarias de la Constitución. O, bajando de escala, para remediar algunas políticas ineficientes o inadecuadas, como ocurre con la educación, el aprendizaje de la lengua y las humanidades, o la mejora de la cultura en materia de medio ambiente.

El terreno en el que esta obra se ha introducido es, como advertirá un lector mínimamente atento, feracísimo.

Han desaparecido, desde finales del siglo xx, las líneas de separación entre el orden jurídico mundial, el regional europeo y los ordenamientos de cada uno de los Estados y, en consecuencia, la complejidad de las interrelaciones normativas ha crecido. Hasta hace no muchos años las relaciones entre los Estados se ajustaban a un patrón que implicaba el respeto a la soberanía propia y a la jurisdicción doméstica respectiva, negando cualquier derecho de interferencia a los demás. Este modelo se implantó en Europa desde la Paz de Westfalia, que puso fin a la Guerra de los Treinta Años. En el modelo Westfalia, los sujetos del derecho internacional son exclusivamente los Estados, mientras que los individuos desarrollan un papel pasivo y secundario. No existe un legislador internacional que pueda dictar normas con efectos ejecutivos inmediatos, y la soberanía de los Estados y su igualdad jurídica son principios absolutos e incondicionados, de modo que cualquiera de ellos tiene derecho a recurrir a la guerra o a medidas coercitivas para ejecutar sus propios derechos o proteger sus intereses. Los ilícitos internacionales son un hecho privado entre Estados, que deben resolverse entre el autor del ilícito y el afectado por él.

Estos principios, sostenidos a lo largo de tres siglos, se rompieron con las guerras mundiales del siglo xx, de las que emergió otro modelo: el de la Naciones Unidas, con la Carta de 1946 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. La comunidad internacional sigue compuesta por una tupida red de Estados, pero también de individuos, que se consideran igualmente sujetos de relaciones internacionales. Derechos como el de autodeterminación de los pueblos, continuamente invocado, con o sin ningún fundamento, por unidades territoriales infraestatales donde habitan comunidades que aspiran a la separación del Estado; o, desde la perspectiva de las Naciones Unidas, y con arreglo al artículo 27 de su Carta, el derecho a la intervención directa en los Estados que no garantizan los derechos o no aseguran un gobierno democrático. El incremento de la interrelación de las políticas a escala global afecta también de modo determinante a la economía y a los derechos individuales.

Esta evolución del papel del Derecho Internacional mundial ha hecho renacer el interés por los estudios sobre el cosmopolitismo jurídico, que tiene su más clásica expresión en el ensayo de Immanuel Kant sobre la paz perpetua (*Zum ewigen Frieden*), donde se plantea la posibilidad de un derecho cosmopolita (*Weltbürgerrecht*), aplicable a la humanidad entera. Ese postulado, que Kant considera compatible con la soberanía de los Estados, fue seguido, a principios del siglo xx, por un par de propuestas bien articuladas de Hans Kelsen, en sus estudios sobre «El problema de la soberanía y el Derecho Internacional» y en *Peace through law*. Teoriza sobre un estado federal mundial dotado de un parlamento con competencias para aprobar leyes universales,

e instancias judiciales internacionales que resuelvan las controversias mediante el Derecho.

El cosmopolitismo jurídico ha tenido desarrollos teóricos de mucho interés, desde finales del siglo xx en las obras de Norberto Bobbio, Jürgen Habermas, Richard Falk, David Held, Antonio Cassese o Danilo Zolo, entre otros. Todos ellos reflexionan sobre las posibilidades y límites con que puede organizarse un gobierno cosmopolita sostenido sobre los mismos principios y valores que los que se han aplicado al gobierno del Estado en las modernas constituciones del siglo xx. Es la renombrada *domestic analogy*, que casi todos ven necesario matizar mucho si se pretende aplicar a escala global.

Los juristas tienden a ser bastante menos especulativos en estos graves asuntos y se mantienen en el limitado dominio de las instituciones del Estado que les toca interpretar y defender. En casi todos los Estados los juristas, teóricos y prácticos, se rigen por un localismo bastante lejano a la idea de la emergencia de un orden mundial. Siendo la Constitución la mayor expresión de la soberanía nacional, el ordenamiento constitucional debería estar exento frente a cualquier otro poder externo, tanto en el periodo constituyente o como consecuencia indirecta de normas infraconstitucionales o de interpretaciones de los tribunales.

Algunos politólogos y sociólogos han celebrado el acierto de las proposiciones mantenidas por D. Rodrik, a la vista de los déficits de democracia que genera la globalización. Se trata de su ya famoso *trilema*, que ofrece tres opciones para resolver las deficiencias: a) restringir la democracia para ajustarla al mercado; b) restringir la globalización para que la democracia recobre toda su fuerza, c) globalizar la democracia restringiendo los derechos de soberanía del Estado nación.

El *trilema* adolece de falta de definición en cuanto al sujeto político al que se dirige, que ni puede ser, por razones obvias, el mismo para las tres opciones, ni existe siquiera, en el caso de que las decisiones sean de carácter global. De todas maneras, estamos en un terreno especulativo en el que lo que queda de innegable es el incremento de la interrelación entre los sistemas jurídicos global, regional y nacional; el imposible aislamiento del ordenamiento de los Estados, como siglos atrás, y la necesidad de aceptar las influencias de otros valores y normas externos al soberano.

En Estados Unidos esta cuestión ha sido objeto de un debate interesante entre dos jueces del Tribunal Supremo, Scalia y Breyer. El primero sostuvo que el uso por el Tribunal Supremo de Derecho extranjero solo sería legítimo si se aplica al *original understanding of the Constitution*, es decir, para tratar de comprender lo que quisieron decir sus redactores al recoger una determina-

da prescripción. Con esta finalidad podría tener relevancia, por ejemplo, el derecho inglés. Pero no le parece lícito ir más allá de ese límite. No se puede cambiar la Constitución utilizando cruces culturales a la búsqueda de mejores formas de protección de los derechos. La Constitución estableció cómo podía ser cambiada y no apeló a aquella fórmula que, además, permitiría incorporar las discusiones y debates de las élites culturales en perjuicio de la voluntad del pueblo. S. Breyer ha mantenido un punto de vista distinto, expuesto por extenso en su libro *The Court and the World* (2015), donde demuestra que las constituciones tienen iguales puntos de vista y aplican técnicas intercambiables en lo referente a la protección de los derechos.

Los ordenamientos supranacionales se caracterizan, de modo natural, por inspirarse en las diferentes culturas jurídicas que aspiran a abarcar: se componen de materiales procedentes de los sistemas jurídicos de los Estados comprendidos en su ámbito de eficacia. Como resulta que, por su propia naturaleza y finalidad, son varios los Estados implicados, será normal que predominen principios y técnicas procedentes de la tradición de algún Estado concreto más que de otros. En el Derecho de la Unión Europea, los tratados constitutivos y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión suelen decir, en relación con algunas instituciones, que han tenido en cuenta el mínimo común denominador, o las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros. Pero esto no siempre es posible y, en tal caso, o se crea una solución propia o se adopta la establecida en algún Estado miembro en concreto.

No se puede negar que ese esfuerzo se tenga siempre presente, pero sus resultados son irregulares. Dependiendo las instituciones que se consideren, se reconocerán o no, en España, sus similitudes con otras arraigadas en nuestra experiencia. Es habitual que esta coincidencia no sea perfecta y, en tal caso, se originan tensiones y problemas de ajuste, transitorios o no, porque las instituciones o técnicas jurídicas nuevas se perciben como cuerpos extraños a los que resulta difícil dar acomodo.

En todos los Estados europeos sigue causando una cierta preocupación la naturaleza de la Unión: no es un Estado federal soberano cuyos poderes se basan en una Constitución, sino una asociación de Estados, regidos por un paquete de tratados internacionales. Sin embargo, las decisiones que adoptan sus instituciones tienen fuerza inmediata de obligar y se aplican con preferencia a cualquier norma o decisión contraria de los Estados. Las razones que

justifican esta articulación del poder supranacional europeo y los poderes de los Estados han sido explicados razonablemente por la jurisprudencia y la doctrina, pero son continuas las perplejidades que sigue suscitando. Para superarlas, se habla con frecuencia de la Constitución europea como norma formada por el conjunto de los tratados; es, por tanto, una Constitución de última generación caracterizada por ser diacrónica, diatópica (sus diferentes piezas normativas se han aprobado en lugares europeos diversos y no en una sola sede, como ocurría con la Constitución tradicional) y multitextual, y no de un solo cuerpo escrito enterizo y sistematizado. Pero, por más que se fuerce el parangón, siempre quedan, al menos, dos flancos abiertos: el primero resulta de que los Estados, como declaran repetidamente las sentencias de sus tribunales constitucionales, no han aceptado nunca la creación de una Unión Europea dotada de soberanía, que solo ellos han retenido. El segundo, que la Unión carece del requisito de la perdurabilidad, que tanta importancia ha mostrado con ocasión del Brexit: la asociación es libre y cualquier miembro puede abandonarla; esta decisión es impensable, sin embargo, en una organización basada en una Constitución.

Siendo esta la situación constitucional de la Unión, los tribunales internos están siempre luchando por definir los límites que la soberanía de los Estados impone a las decisiones europeas. A mi modo de ver, la ocasión en que se ha hecho con más precisión ha sido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su Sentencia relativa al Tratado de Lisboa. En esta decisión, después de advertir que la Ley Fundamental de Bonn permite una amplia transferencia de derechos de soberanía en favor de la Unión Europea, fija cinco dominios en los que considera que radica el núcleo resistente de la soberanía de los Estados. Se trata de las instituciones y valores que expresan la capacidad de un Estado constitucional para «regirse a sí mismo de forma democrática»: 1, las decisiones sobre el Derecho penal, formal y material; 2, la capacidad para disponer del monopolio de la fuerza; 3, las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos y gastos públicos; 4, la conformación de las condiciones de vida de un Estado social; 5, las decisiones culturales especialmente relevantes, por ejemplo sobre derecho de familia, el sistema escolar y educativo o sobre las relaciones con las comunidades religiosas.

¿Por qué estos y no otros poderes? La respuesta del Tribunal fue simple: *es war immer so*, siempre ha sido así. No se hable más: el último tribunal que resuelve controversias complejas es el que tiene razón.

Salvo que se sobrepasen esos límites, el Derecho de la Unión Europea, sea primario o derivado, tiene fuerza para aplicarse con preferencia al de los

Estados miembros y para desplazar cualquier otra regulación estatal concurrente que se le oponga.

Esta mecánica ha permitido que los ordenamientos estatales, y desde luego el nuestro, reciban una gran cantidad de principios y fórmulas regulatorias nuevas, algunas muy lejanas a nuestra tradición y otras incluíbles en un mínimo común denominador del que forman parte nuestras instituciones. Esta penetración del derecho supranacional en el interno es masiva. Hace años solía decirse por la jurisprudencia comunitaria que la normativa europea siempre respeta el principio de autonomía institucional de los Estados, que se concreta sobre todo en asuntos de organización y procedimiento, pero cada vez es menos firme esa reserva porque la expansión del Derecho de la Unión ha experimentado una clara tendencia a superar esos límites, a pesar de que la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales sigue repitiendo que la Unión no ha recibido competencias generales, sino atribuciones específicas, que tienen que justificarse en cada caso.

No es pertinente dedicar espacio en este prólogo a relacionar las incontables novedades que ha traído al Derecho español nuestra incorporación a la Unión Europea. La Constitución habilitó, en su artículo 93, una traslación de poderes correspondientes a la soberanía estatal, y de ahí han emergido sucesos de gran calado: la Constitución misma ha aceptado un sistema jurídico con fuerza para desplazar algunas de sus prescripciones; se ha aprobado una nueva declaración de derechos fundamentales, la Carta europea de 2000, que opera como estándar mínimo obligatorio de protección; existen normas renovadas sobre la responsabilidad del legislador y de los poderes administrativos; se ha generalizado el empleo de la regulación, que reúne un conjunto de técnicas de ordenación de sectores económicos, que no se utilizaba en los Estados continentales europeos de la misma forma, planteando problemas serios de seguridad y control; los jueces y tribunales, garantes finales de la aplicación del Derecho de la Unión, se han debido acostumbrar a las exigencias del principio de primacía, que tiene características desconocidas en el Derecho interno, etc.

El conjunto de tantas innovaciones importantes apareció en España cuando estaba empezando a desarrollarse la Constitución de 1978, que había programado la sustitución de un Estado autoritario por otro inspirado en el principio democrático y el cambio de una centralización secular por una fuerte descentralización equiparable, por el desplazamiento territorial del poder, a los modelos federales europeos más caracterizados. Así es que el Estado ha sido

afectado simultáneamente por la globalización, la europeización y la descentralización política más severa.

Hacía falta mucha suerte y políticos muy hábiles para conducir ese proceso. Y de todo hemos tenido.

En este libro que prologo se estudia la Constitución y sus aplicaciones, más que los asuntos globales y europeos que sirven de contexto. Desfilan los temas principales, en general y con detalle; los problemas últimos y los enquistados desde hace años. Dejaré aparte dos básicos que se han convertido en recurrentes: el primero es la reforma de la Constitución, ahora que ha cumplido 45 años y que se ha desarrollado una práctica muy extensa que ha permitido diagnosticar, con pocos márgenes de error, sus principales defectos. Hay aspectos de la regulación de la Corona (las discriminaciones por razón del sexo en la sucesión y en el estatus del esposo de la reina; la neutralidad del rey en el artículo 99 sobre proposición de candidato a la Presidencia del Gobierno) que deben ser reformados; normas sobre derechos fundamentales (a la salud, a la vivienda) que deben ser retocadas; prescripciones en materia de organización territorial del Estado, que han cumplido el efecto regulatorio que pretendían porque era transitorio (artículos 137 e inmediatos siguientes), y otras disposiciones que deben ser repensadas en profundidad (artículos 149, 150...); las atribuciones del Tribunal Constitucional, etc. El segundo aspecto es el de la organización de la justicia y los problemas generales de funcionamiento y procedimientos de actuación, que han dado lugar al injusto drama de que los ciudadanos estimen que la Justicia es el menos fiable de los poderes del Estado.

Me centro en comentar, de la amplia oferta que este libro contiene, algunos aspectos de la producción legislativa seguidos de otros, no muy lejanos, concernientes a la nueva crisis de la organización territorial del Estado.

Una de las respuestas más habituales de los juristas, cuando se les pregunta por los problemas de la producción normativa, es la queja contra la sucesión vertiginosa de las normas (en otros tiempos se llamó a este fenómeno «motorización legislativa», pero es evidente que la expresión ha quedado anticuada), el extremo abuso por los gobiernos de la aprobación de normas con valor de ley (decretos leyes) y la extrema dificultad de transitar por un ordenamiento que se renueva cada día con la publicación inmisericorde de 17 diarios oficiales de las Comunidades Autónomas, el *Boletín Oficial del Estado* y los diarios de las instituciones europeas. El problema de seguridad jurídica y cla-

ridad es enorme por estas y otras razones. Pero suele dejarse atrás que tampoco funcionan bien algunos principios esenciales que son primarios y anteriores a esa gran acumulación.

Creo que la peor fuente de los males está en la pésima comprensión de los principios de competencia, prevalencia y desplazamiento de las normas. El principio de competencia tiene una plasmación efectiva del máximo nivel en el artículo 149 de la Constitución. En él, que cuenta con una sola lista, se acumulan las competencias exclusivas del Estado, un buen número de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, competencias legislativas compartidas, competencias de ejecución exclusivas y compartidas, y competencias concurrentes, por no citar nada más que los supuestos más corrientes. No es posible que la legislación sea clara partiendo de un reparto tan complejo. Pero lo peor es que aún lo ha complicado más la jurisprudencia constitucional, a base de extremarse en la deferencia al legislador, al establecer doctrinas tan curiosas como la que sostiene que una competencia declarada exclusiva expresamente en la Constitución no es exclusiva si un Estatuto de Autonomía atribuye competencia exclusiva sobre la misma materia a una Comunidad Autónoma. Lo extraordinario de esta doctrina es que considera que el efecto de que un Estatuto prescriba lo que he dicho no es que el precepto correspondiente sea nulo, sino que tiene el increíble efecto de modificar la Constitución.

A partir de este planteamiento, todas las relaciones internormativas funcionan peor aún: el principio de primacía no implica, como es común en casi todos los sistemas federales y, desde luego, en la relación entre las normas europeas y las internas, el desplazamiento de las normas en contradicción con la que goza de primacía, sino que es posible su mantenimiento sin que exista obligación, a cargo del poder del que procede, de anularla o derogarla.

El efecto de la defectuosa aplicación de los elementales principios mencionados es que, en nuestro ordenamiento jurídico, se acumulan en muchos sectores normas estatales y autonómicas que regulan la misma materia, no de un modo complementario, sino a título principal: leyes autonómicas de procedimiento administrativo, códigos civiles completos, leyes de régimen local, sin que les falte detalle, etc. No es necesario añadir las regulaciones administrativas sectoriales, en las que la regulación repetitiva y de aluvión es proverbial.

El otro gran asunto actual es el reto del separatismo. A la reclamación independentista catalana se ha sumado, en la actual legislatura, la propuesta del Partido Nacionalista Vasco de revisar el sistema estatutario para implantar otro de clara raíz confederal.

Estamos de regreso, una vez más, a la cuestión de la soberanía de las nacionalidades históricas, al supuesto derecho a la autodeterminación y, even-

tualmente, a la independencia del Estado español tras la eventual celebración de un referéndum en el que la acuerde la mayoría de los ciudadanos del territorio interesado. Ninguna de esas pretensiones cabe en la Constitución. En particular, un referéndum de autodeterminación no es posible ni siquiera modificándola, como he sostenido en otras ocasiones: el soberano no puede decidir sobre su propia liquidación porque es una decisión absurda. De modo que el artículo 2 de la Constitución española debería ser defendido sin equívocos, y el modelo de organización territorial también, porque no tiene más alternativa posible para un Estado viejo, que mejorar su federalización.

Sin embargo, hay que llamar la atención sobre una nueva vía, que se ha abierto poco a poco, para la separación del Estado. Resulta esta brecha, que en otro lugar denominé «cuarta vía», de la no utilización de ninguno de los instrumentos jurídicos que la Constitución pone a disposición del Estado para evitar la deslealtad con la ley fundamental y el incumplimiento de la legislación ordinaria o el no acatamiento de las sentencias de los tribunales, cuando afectan a cuestiones contrarias a las políticas nacionalistas. Despeja este camino, también, la necesidad del apoyo de los partidos nacionalistas para retener el poder del Estado. Lo ensancha el hecho de que se hayan creado ordenamientos jurídicos autonómicos que no precisan ningún complemento de la legislación estatal, que queda ordinariamente desplazada. Y lo allana, en fin, la circunstancia de que toda la gestión política y administrativa en el territorio corresponda a la Comunidad Autónoma, de la que se ha hecho desaparecer toda la organización periférica del Estado.

Todas las disertaciones y debates incluidos en este libro ofrecerán al lector sugerencias interesantes sobre los males que padecen nuestras instituciones y cómo arreglarlos, si es que fuera posible. Añado, por mi parte, la felicitación más calurosa a los participantes en el seminario, al profesor Betancor, que ha mantenido la curiosidad y la tensión intelectual necesarias, a la Fundación Rafael del Pino, que ha ofrecido sus instalaciones y servicios para propiciar su desarrollo, y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado por acoger en sus colecciones los textos resultantes.

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Día de Reyes de 2024

INTRODUCCIÓN

Andrés Betancor

Las instituciones son importantes; y si son las del Estado democrático de Derecho, aún más. Y, sin embargo, sufren de un mal que las devora: la ignorancia. Son conocidas, pero son desatendidas; hay una notable y creciente falta de voluntad de conocerlas y, por consiguiente, de conservarlas, cual patrimonio, para su transmisión a las generaciones futuras, incluso, en mejores condiciones en las que fueron recibidas. Para conservarlas hay que honrarlas; valorarlas.

Este es un libro sobre las instituciones del Estado democrático de Derecho que hace honor a su importancia. Es un libro de reflexión, pero siguiendo un método, casi, socrático: el de la conversación. Los textos, para facilitarla, están sujetos a unas restricciones de extensión, para centrarse en lo esencial, lo relevante, lo importante. Y cada ponencia, fruto de la conversación, se acompaña de las aportaciones escritas que se han considerado oportunas. Ahora bien, sólo puede haber conversación en el entorno adecuado, esencialmente, el de la libertad. El creado por la Fundación Rafael del Pino, con su Presidenta a la cabeza, María del Pino, y su Director, Vicente Montes, que lo hizo posible. Quiero expresar, en nombre de todos los participantes, nuestro agradecimiento. La Fundación, una vez más, demuestra su compromiso con España y su institucionalidad democrática.

Nos hemos reunido académicos y juristas para dialogar sobre las instituciones del Estado democrático de Derecho, alrededor de tres cuestiones esenciales que les atañen: importancia, amenazas y reformas. Ahora, las ponencias y las aportaciones que han suscitado se reúnen en el presente libro ¹. Me

¹ Las sesiones cuyas ponencias y aportaciones se recogen en el presente libro se celebraron desde el 21 de octubre de 2021 hasta el 22 de junio de 2023.

gustaría destacar el compromiso de los autores con el interés general. En el contexto general de descrédito de lo público podría sonar entre pretensioso y falaz. Basta la lectura de este libro para comprobar que no es cierto. Todos los intervinientes, tanto los que han realizado aportaciones escritas como aquellos que participaron oralmente en las distintas sesiones, hacen gala de este compromiso, así como el de difundir, más allá de las fronteras tradicionales del Derecho, la importancia de las instituciones.

La Historia, salvo para los optimistas irredentos, no es un progreso lineal ascendente; también caben los retrocesos. Es posible que estemos asistiendo a uno de ellos, bajo el impulso del *demós*, de la soberanía popular, de la soberanía parlamentaria..., el del triunfo de la mayoría; se olvida que la democracia constitucional se asienta sobre la auto-consciencia del poder soberano de la necesidad de límites para evitar caer en la tiranía. Todas las instituciones contra-mayoritarias, comenzando con la Constitución, son alteradas, modificadas o, incluso, desconocidas, para hacer realidad el triunfo de la mayoría parlamentaria, que no es ni la mayoría de los representados. Un poder sin límite, por mucho que pueda estar llevado en brazos de los dioses más benevolentes, sigue siendo un poder y, como tal, tendente a sumar más poder, según acredita la Historia, hasta el absoluto. El poder tiende a corromper, decía Lord Acton, y el poder absoluto corrompe absolutamente, sentenciaba. Los límites constitucionales, en definitiva, las instituciones del Estado democrático de Derecho son las que pretenden evitar, precisamente, la realización de ese mal ínsito en el poder que denunciaba John Emerich Edward Dalberg-Acton, a fines del siglo XIX. La Historia ha confirmado, hasta la extenuación, este aserto. Y la ignorancia amenaza con encaminarnos a mostrarnos, con todo el rigor, la importancia de esta lección.

El libro recoge ponencias y aportaciones. Mientras que aquellas desarrollan cierta opinión sobre las cuestiones más fundamentales de la institución correspondiente, las aportaciones son textos más breves sobre alguna cuestión de interés igualmente relativa a la institución correspondiente. El objetivo es el de plasmar el «diálogo» que en el seno del seminario se produjo. Está organizado, comenzando por la Unión Europea, continuando con los pilares básicos de la institucionalidad democrática (Corona y Democracia), siguiendo por la ley, la justicia, el Estado autonómico, la propiedad y la empresa, así como la seguridad jurídica, hasta culminar con el análisis de las instituciones, en tanto que tales, así como la crisis que les acecha. Inmediatamente se echan en falta algunas otras. No es un proyecto concluido; continúa su desarrollo y seguirán alumbrando nuevas publicaciones.

A continuación, quiero exponer algunas reflexiones que, a mi juicio, suscitan las ponencias. Porque, junto con las aportaciones, hacen pensar; creo que es un indicio sobresaliente de su calidad. Son trabajos de personas de extraordinaria valía y experiencia que hablan de lo que saben. Ofrezco, por lo tanto, en esta introducción un comentario personal, haciendo honor a la vocación de sus autores y del objetivo de este libro.

El *primer bloque* de ponencias y aportaciones se refiere a la *Unión Europea*, encabezado por un trabajo de Iñigo Méndez de Vigo. La Unión se ha edificado sobre la tensión institucional entre los intereses comunes y los de las naciones. El esquema organizativo diseñado por Monnet entrega aquellos a unos órganos como son la Comisión y el Tribunal de Justicia, y establece un mecanismo para su resolución: el Derecho, que es el principal instrumento de acción de la Unión. Es razonable que la expansión de la unidad, impulsada por la asunción de nuevas competencias por la Unión, genere tirantezas con los Estados hasta alcanzar, como hemos visto con el Brexit, arrebatos nacionalistas. No es un accidente el que la Unión sea una de las dianas preferidas de los ataques del populismo; es una de sus señas de identidad; y, en particular, la Comisión, por su naturaleza y sus funciones, pero, sobre todo, por su vocación europeísta. La única manera de provocar el descarrilamiento del proyecto europeo es precisamente, acabando con la institución que representa el interés superior de lo común; el motor principal de la organización internacional. Se hace imprescindible mantener el equilibrio institucional que ha hecho posible el éxito de la Unión, pero también incrementar la vinculación de los ciudadanos. Si, como decía Monnet, nada se puede hacer sin las personas, nada subsiste sin las instituciones, reivindicando la importancia de éstas, también es verdad, como hemos podido comprobar, que las instituciones se deterioran cuando los ciudadanos las «abandonan», las ignoran. Como afirmó certeramente Salvador de Madariaga, y así lo recoge Méndez de Vigo, «Europa no será una realidad hasta que lo sea en la conciencia de sus ciudadanos». Es la conciencia la que sostendrá a las instituciones, porque son reglas de y para la vida; las de la vida según una manera compartida de vivirla, en libertad, en igualdad y en seguridad. Si así son «vivas», ninguna amenaza hará descarrilar a la Unión, que continuará progresando en libertad para bien de los europeos.

El *segundo bloque* es el relativo a la *Corona*, que cuenta con una ponencia de Manuel Aragón. Es una institución clave por lo que es (Jefatura del Estado) y por lo que representa (unidad y continuidad del Estado), en la que confluye la legitimidad histórica, con la funcional. Aporta a la estabilidad y funcionalidad del Estado democrático de Derecho un elemento esencial, máxime, en el momento presente: una instancia de autoridad, que no de poder, con

capacidad de influencia al margen de la política. La neutralidad de la Corona es singularmente relevante en el momento presente, cuando la expansión de la política, a lomos del populismo de todos los partidos, travestida en partitocracia, amenaza con colonizar férreamente todos los ámbitos institucionales. Como señala Aragón, «nuestra Monarquía parlamentaria es, como la experiencia ha acreditado, una de las instituciones fundamentales de nuestro sistema político, no sólo para coadyuvar a que la Constitución, y por ello la democracia constitucional, conserven su vigencia, sino también y principalmente, para garantizar la continuidad de la comunidad política llamada España.»

El *tercer bloque* está dedicado a la *democracia*, con una ponencia de Francesc de Carreras. La democracia o es constitucional, o no lo es. Esto quiere decir que el poder del pueblo, su soberanía, alumbró a la Constitución para auto-someterse; es la máxima expresión de la democracia, y, como tal, del poder soberano de la nación que, de manera auto-consciente, decide, ante el vértigo de su propio poder, limitarse. Es lo que los populismos de todos los partidos renuncian a entender: que la máxima expresión de la democracia, del poder soberano del pueblo, consiste en asumir límites, para no hacer aquello que horrorizaría a cualquier pueblo de ciudadanos libres e iguales. El Estado es constituido con esa «tara», expresión de la democracia (soberana) y fuente de la democracia (constitucional). A partir de esta clave de bóveda, como expone De Carreras, se sostiene la democracia en España sobre cuatro pilares: el Estado de Derecho, la representación, la división de poderes y el pluralismo político. Sin embargo, la democracia sufre de «degeneración». Fruto de la partitocracia y del populismo, la democracia está amenazada. Como afirma De Carreras, «los enemigos de la democracia se valen del mal funcionamiento de nuestras propias instituciones para ir derribando poco a poco, desde su interior mismo y de forma sigilosa, las instituciones políticas». Frente a este diagnóstico, sólo vale «robustecer el funcionamiento de nuestras instituciones retornando a las ideas originarias del Estado de derecho, la democracia representativa, la división de poderes y el pluralismo, adaptándolas y, sobre todo, aplicándolas a las necesidades del mundo actual».

El *cuarto bloque* está dedicado a la *Ley* que, por su importancia, está estructurado en tres partes, que son otros tantos temas de interés: la de la crisis, la de la calidad y, por último, la de la participación de los agentes sociales en su elaboración. El Estado democrático de Derecho es un Estado, esencialmente, legislador. La ley es el principal vehículo de producción normativa, porque es el medio de manifestación de la voluntad del legislador que está integrado, a su vez, por los representantes del pueblo, titular de la soberanía. Por lo tanto, la ley es la expresión normativa de la voluntad de los representantes del pue-

blo, lo que vendría a explicar, en última instancia, su superioridad puesto que, como dispone la Constitución, a ella están «sometidos» tanto el Ejecutivo (art. 103 CE), como el Poder judicial (art. 117 CE).

En un Estado legislativo, la primera cuestión a afrontar es la de la crisis de la ley. La ponencia de Ignacio Astarloa la expone poniendo de manifiesto que la crisis tiene dos vertientes, por un lado, la creciente renuncia del legislador a ser y actuar como tal, o sea, a producir leyes que expresan la ordenación tendencialmente racional de actividades y sectores con el ánimo, en última instancia, de servir al interés general (según resulta de un proceso de negociación entre concepciones, expresivas del pluralismo político e ideológico, encarnadas por los representantes en el Parlamento). Y, por otro, la asunción, en paralelo a aquella renuncia, por el Ejecutivo de la función legislativa mediante el Decreto-ley, que ha abandonado el ámbito de lo extraordinario para, cada vez más, desenvolverse en el de lo ordinario. El espacio funcional dejado por el Legislativo es ocupado por el Ejecutivo. Las supuestas razones técnicas que lo justificarían son de consistencia muy débil porque la reforma del procedimiento legislativo podría permitir su atención, o, incluso, mediante la reconfiguración del contenido y la función de la ley para centrarse en la ordenación de lo básico, permitiendo al Ejecutivo el desarrollo correspondiente. Incluso, estamos observando cómo el Ejecutivo utiliza al legislativo para sortear los controles impuestos por los rigores del procedimiento de elaboración de los proyectos de ley. Así pues, utilización ordinaria del Decreto-ley y, cuando conviene una ley formal, se acude a la proposición de ley, en definitiva, se utilizan torticeramente los mecanismos constitucionales para liberar al Ejecutivo de los límites constitucionales.

Es lógico que, en este contexto, la *calidad de la ley* se resienta y mucho. Cuando ha dejado de ser la máxima expresión de la racionalidad, la razón formalizada en una norma, y se ha convertido en puro decisionismo e, incluso, arbitrario, la calidad es irrelevante. Sin embargo, la calidad es importante por sus implicaciones, especialmente, respecto a la seguridad jurídica y, por consiguiente, a la libertad, sin olvidar que una mala ley es la que impone unas cargas desproporcionadas e injustificadas. Es más, se podría decir que una mala ley es la que no atiende a la función institucional que le corresponde que, en última instancia, es la de dispensar orden a las relaciones humanas al ofrecer una solución a los conflictos según criterios tendencialmente de razonabilidad y mantenerla en el tiempo ofreciendo seguridad sobre la base de la previsibilidad. Esto significa, en cuanto a su contenido, que no es el fruto de la arbitrariedad; que está, en nuestro ordenamiento jurídico, constitucionalmente prohibida. Y, en cuanto a la forma, que es clara, rigurosa, coherente, sin discrepancias

y sin lagunas. Y, por último, esa ley, que responde a las coordenadas indicadas, se integra, de manera coherente, con el resto del ordenamiento jurídico, sin caer en contradicción alguna.

En la ponencia de Ángel Rojo se analizan las causas de las malas leyes, y se ofrece una clasificación de las mismas. Las buenas leyes exigen de buenos legisladores; y no hay mejor legislador que aquel que reconoce que no tiene por qué saberlo todo y menos con el nivel de exigencia que precisa una ley; los proyectos deben venir convenientemente asesorados por órganos, como la Comisión General de Codificación, a la que se refiere Rojo. Las malas leyes lo son, según la clasificación de Rojo, tanto en origen, como por razones sobrevenidas. Son malas de origen porque los malos legisladores no atienden a las exigencias básicas de la calidad; y lo son por razones, porque las circunstancias, imprevisibles, pueden condenar a la ley a la inutilidad: nuevas circunstancias pueden provocar que, incluso, lo que era excelente devenga en inadecuado. En definitiva, como afirma Rojo, un mandato implícito del valor Justicia (art. 1.1. CE) debe ser el de la permanente adecuación de las leyes. «El ordenamiento jurídico tiene que estar permanentemente *en refacción* como lo está la sociedad misma.» Dada las consecuencias perniciosas de las malas leyes es imprescindible un continuo proceso de revisión para garantizar, en última instancia, la racionalidad de las leyes, o sea, la atención a la prohibición de la arbitrariedad.

La denominada *legislación negociada*, objeto de la ponencia de Francisco Pérez de los Cobos, nos muestra el doble rostro de la participación de las organizaciones sociales en la elaboración de normas legales. Por un lado, refuerza la legitimidad y la estabilidad de las normas, pero, por otro, instrumentaliza el Parlamento, que es materialmente obligado a ejercer su función legislativa al dictado de agentes sociales que, además, carecen de representación política. Es indudable que estos agentes, las organizaciones sindicales y empresariales, tienen la tarea, constitucionalmente atribuida, de contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales (art. 7 CE), que atienden negociando con el poder público, en particular, el Ejecutivo, las normas reguladoras de las relaciones laborales. Así lo han venido haciendo desde el mismo momento de la puesta en pie de nuestro orden constitucional. Sin embargo, en un exceso, lo acordado ha sido, en numerosas ocasiones, sustraído de la función legislativa al imponer la fórmula del Decreto-ley como vehículo de materialización normativa. No sólo el Senado queda excluido, sino que el Congreso queda reducido a cámara de asentimiento. Por lo tanto, la bondad de los objetivos ha justificado la expansión de los poderes de los agentes sociales hasta el extremo de romper el esquema ordinario de funcionamiento de los poderes del Estado.

La gran cuestión, sobre la que se interroga Pérez de los Cobos, es el cómo «institucionalizar» la participación de los agentes sociales, pero respetando el orden constitucional. A tal fin, propone «revitalizar al Consejo Económico y Social, institucionalizar definitivamente el diálogo social en su seno y clarificar, desde la transparencia y la seguridad jurídica, la participación de los agentes sociales en los procesos de producción normativa, respetando la potestad legislativa del Parlamento.» Sólo así se conseguiría insertar el diálogo social en el procedimiento legislativo conforme a las coordenadas establecidas en la Constitución. La positividad del propósito no puede servir de justificación al atropello de la división de poderes y de la asignación, en régimen de monopolio, de la función legislativa a las Cámaras, y aún más intolerable que queden reducidas a meras «asentidoras» de lo que se ha acordado, sin posibilidad de modificación. En ningún caso, aquellos que son constitucionalmente agentes sociales pueden convertirse y actuar como representantes políticos. Otra muestra más de la crisis de la ley.

El *quinto bloque* está dedicado a la *Justicia y al control* de la Administración. La clave de bóveda de la arquitectura constitucional de la Justicia es, sin duda, la de la independencia, tanto la del Poder, como la del juez que lo encarna. Sobre estas importantes cuestiones se extiende la ponencia de Jorge Rodríguez Zapata. La importancia está asociada al Estado de Derecho; no puede haber un Estado sometido al Derecho sin un poder como el judicial y el de unos jueces independientes que tienen como función velar por la sujeción y el cumplimiento de la ley, sancionando y castigando sus incumplimientos, así como la de dispensar la tutela de los derechos fundamentales. Si el Derecho es el instrumento esencial de lucha contra la arbitrariedad y contra el atropello a los derechos, es imprescindible un poder que se encargue de la garantía de su efectividad porque, en caso contrario, sería pura palabrería, inútil, engañosa y perjudicial, en última instancia, para la convivencia social y su principal exigencia: la paz.

Cuando hablamos de la independencia del poder judicial nos referimos a su separación, en el contexto de la división de poderes, de los otros dos, pero, al mismo tiempo, paradójicamente, para quedar, funcionalmente, sometido al imperio de la ley. Se combinan una independencia orgánica, con una dependencia (sometimiento) funcional a la ley, y sólo a la ley. Ahora bien, esta combinación sólo es posible si la ley permite el juicio ponderado de los jueces para la aplicación, en cada caso concreto, de las reglas de la ley, considerando las circunstancias del caso para atender, precisamente, a la Justicia como valor al que se refiere la Constitución (art. 1.1 CE). A su vez, la independencia del juez depende de un estatuto jurídico, con derechos y obligaciones, que le permita, tanto obje-

tiva como subjetivamente, estar y sentirse liberado de cualquier obligación distinta o ajena a la única que articula su función: decir lo que es Derecho en el caso concreto según resulta, como expone Rodríguez Zapata, de «una evaluación honesta de lo que se le ha presentado en forma contradictoria.» Esto quiere decir, en términos del artículo 117.1 CE, que los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial son independientes, inamovibles, responsables y están sometidos únicamente al imperio de la Ley.

La independencia del poder judicial y de los jueces se está viendo amenazada. Rodríguez Zapata enumera algunas de las amenazas: la falta de respeto a las resoluciones judiciales, las filtraciones de los sumarios, la situación del CGPJ, tanto en relación con la elección de sus vocales, como la privación de poderes de nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo, pero también la proliferación de los jueces interinos y la pasarela que permite el paso de la judicatura a la política, y de vuelta de esta a aquella. En definitiva, una vez más, la combinación de la politización partidocrática con la incompetencia compromete al Poder judicial y su importante función constitucional de garantía de la Ley y de los derechos de los ciudadanos. En el fondo, podríamos interpretar que cuanto más comprometida esté esta labor, más relevancia tendrá el nudo poder, el poder liberado de las reglas legales, entendidas al modo constitucional, o sea, reglas generales, abstractas y racionales (no arbitrarias), y más dependiente del decisionismo político.

La *calidad* es un atributo esencial de la Justicia que cumple con la función social y jurídica que le corresponde, según la delimitación constitucional y legal correspondiente. La calidad se mide por dos elementos esenciales: la rapidez y la previsibilidad que, a su vez, no sólo dependen de los jueces, sino también de la organización del sistema judicial, así como de las normas que la regulan. Si el juez pone voz a la ley, en numerosas ocasiones no es sencillo cuando tiene una calidad deficiente. El proceso como ámbito en el que la norma se aplica en atención a las circunstancias del caso, después de una evaluación honesta de lo que se ha presentado, está directamente condicionado por la calidad de la norma. Una norma irrazonable, en cuanto al fondo y técnicamente defectuosa, en cuanto a la forma, complica el ejercicio de la función jurisdiccional. Es uno de los aspectos tratado en la ponencia de Juan Mora-Sanguinetti.

La situación de la Justicia en España es, desde el punto de vista de los datos que miden la lentitud, el coste o la «predictibilidad» de los sistemas judiciales en distintos países (tomando como referencia el orden civil), «media» a nivel internacional, al mismo tiempo que es uno de los tres países más litigiosos, lo que inevitablemente ha de provocar congestión. Porque un sistema

que está en la media no puede satisfacer una necesidad que está en los niveles máximos. Esta situación no es extraña al grado elevado de la complejidad de las normas que se han de aplicar. Como señala Mora-Sanguinetti, la mayor complejidad en cuanto al volumen de normas y a su complejidad relacional tiene incidencia en la eficacia y en la eficiencia del sistema judicial. Y todas estas circunstancias tienen un efecto relevante en cuanto a los derechos de los ciudadanos, en particular en el ámbito económico. Es el caso, por ejemplo, comentado por Mora-Sanguinetti, de lo que sucede en el mercado inmobiliario: si se lograra reducir en un punto la congestión judicial, Madrid ganaría 3.400 viviendas en alquiler y Barcelona 3.100; o en el número de empresas y de emprendedores (un incremento de la tasa de entrada de emprendedores de entre un 5% y un 7%). Todos estos datos y más apuntan en una dirección relevante: un sistema judicial eficaz y eficiente tiene unas consecuencias económicas importantes. No sólo mejoraría la protección de los derechos y la seguridad jurídica, sino que además contribuiría al progreso general de la Nación. No es, por lo tanto, una cuestión secundaria.

La calidad de la Justicia está relacionada con la complejidad en el desempeño de su función constitucional. Santiago Soldevila trata, en su ponencia, de un factor que ha reduplicado esa complejidad: el *pluralismo jurisdiccional*. La irrupción del Derecho de la Unión y de una de sus más relevantes características: su primacía respecto de cualquier otra norma que emane de los Estados miembros tiene como lógica consecuencia que el Tribunal encargado de velar por dicha preeminencia disfrute, también, de una preeminencia respecto de los Tribunales nacionales que deberán sujetarse a su interpretación. Se rompe así con algunas reglas esenciales de la organización judicial nacional, por ejemplo, que el Tribunal Supremo es la última instancia o que el Tribunal Constitucional, igualmente, lo es en relación con sus respectivos ámbitos de atribuciones. Porque estos tribunales deberán sujetarse a lo que decida el Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) en relación con la aplicación del Derecho de la Unión. Y para multiplicar, aún más, la complejidad, el pronunciamiento del TJUE puede venir motivado por cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales inferiores que deberán aplicar lo decidido por el TJUE, incluso, en contra de la doctrina jurisprudencial y constitucional de los correspondientes tribunales españoles superiores. Por lo tanto, se rompe la ordenación nacional de los tribunales. Se ha producido, como afirma Soldevila, «una auténtica mutación constitucional que, en realidad, ha privado al TC de su condición de supremo intérprete de la Constitución, pues la misma queda mediatizada por la intervención del TJUE cuando interpreta el Derecho de la Unión cada vez más unido al Derecho Nacional.» No es tanto una alteración de la posición y de la

función en el general contexto institucional diseñado y regulado por la Constitución cuanto de la Constitución misma, de ahí la mutación constitucional a la que se refiere Soldevila. Este «choque» exige a todos los protagonistas prudencia porque ni se puede hurtar al Derecho de la Unión ni al TJUE de la primacía que les corresponde, ni «atropellar» las competencias nacionales porque podría provocar un efecto indeseable: alimentar el nacionalismo antieuropeísta que amenaza con extenderse. Y la prudencia siempre está asociada con la formación y el conocimiento. Cuando cada uno sabe qué es lo que puede hacer y qué es lo que se espera, probablemente, el conflicto bajará en intensidad para evitar consecuencias perniciosas para todos, las cuales comprometerían el avance del proyecto europeo.

Una de las más importantes funciones de la justicia es la del *control de la Administración*. A esta cuestión se refiere la ponencia de Germán Fernández Farreres. El punto de partida de la ponencia no puede ser otro que la rotunda afirmación de que el sistema de justicia contencioso-administrativa vigente es suficiente y adecuado para dar cumplimiento a la exigencia constitucional; hemos alcanzado, después de una larga evolución una «jurisdicción contencioso-administrativa plena», como afirmara Eduardo García de Enterría. Ahora bien, esto no quita para que podamos apreciar, como hace Fernández Farreres, aspectos a mejorar como la legitimación para recurrir los actos del poder, la ejecución de sentencias, y la discrecionalidad. En estos ámbitos, la Administración sigue disfrutando de unas ventajas, reconocidas por la práctica jurisdiccional, que comprometen la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos. Es importante destacar que los tribunales, con la interpretación adecuada, podrían salvar estos escollos profundizando la tutela. Se demuestra, una vez más, que no basta con el cambio legislativo. Unos tribunales comprometidos con la plenitud de la tutela harían, incluso, innecesarios aquel cambio. Nada impide, desde el punto de vista de la vigente legislación, que, por ejemplo, los tribunales sean más coherentes con la naturaleza y función de la legitimación, para permitir el acceso al control judicial de ciertas decisiones relevantes. No deja de ser paradójico el que cuanto más importante es la decisión de la Administración, en términos sociales, políticos y económicos, es mayor la probabilidad de que el Tribunal haga una interpretación rigorista de la legitimación para excluirla del control. Es el caso de la impugnación de los indultos. Una interpretación formalista del requisito de la legitimación se está convirtiendo en una barrera que excluye el control, permitiendo la impunidad. El Tribunal no puede hacer renuncia al ejercicio de su función por muy complejo, en términos políticos, que sea el asunto, y aún menos sirviéndose de un requi-

sito formal para, en su vaguedad, erigirse en la barrera tras la que se protege la arbitrariedad del poder.

María José de la Fuente desarrolla una ponencia sobre la *fiscalización de la actividad económico-financiera pública*. Es una vertiente del control del poder público, en este caso, en relación con los fondos públicos. De la Fuente nos habla de la garantía constitucional que representa la fiscalización que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas. Esta consiste, como dispone el artículo 9 de la Ley orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, en verificar el sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género. Esta verificación va desde la fiscalización del cumplimiento normativo hasta la de la gestión operativa. Se plasma en informes que han de «contribuir a la mejora de la gestión pública», a la par que ofrecen, nos dice De la Fuente, «un valioso soporte técnico al Parlamento para el desarrollo de su función de control político y para el impulso del proceso de creación o modificación de las normas de organización y gestión pública y para identificar y erradicar zonas de impunidad». Más relevante, sin duda, son los efectos que se despliegan en el terreno cívico; porque, como escribe De la Fuente, «los informes facilitan un conocimiento preciso a los ciudadanos y contribuyen a crear en ellos un espíritu constructivamente crítico que demande la buena gestión de sus recursos en la actuación de las instituciones.» En definitiva, la información, contrastada, es la fuente esencial para fundar la confianza de los ciudadanos en los gestores públicos, pieza esencial para el correcto funcionamiento del Estado democrático de Derecho.

Ahora bien, todas estas «bondades» se basan en una exigencia orgánica y funcional de la entidad encargada de la fiscalización: la independencia del órgano fiscalizador, la del Tribunal de Cuentas. Aunque, se podría mejorar en aspectos relativos a la designación por el parlamento para recalcar el cumplimiento de los principios de profesionalidad y de especialización de los vocales. Porque, la independencia del órgano se sostiene en la de sus miembros y éstos sólo en su capacidad para generar una opinión propia en relación con la función que se lleva a cabo. No se puede ser independiente sino se cuenta con capacidad para desplegar un criterio propio. Los miembros elegidos deben actuar con independencia y objetividad, mediante el ejercicio técnico, legal y leal de sus funciones, lo que exige, como digo, conocimientos adecuados y suficientes para el desempeño de sus cometidos.

El *sexto bloque* es el relativo al *Estado autonómico*. Contamos con la ponencia de Juan José Solozábal. El sistema autonómico es la forma que hemos encontrado de dar respuesta al problema territorial de larga data en nues-

tra historia mediante un «modelo integrador». Como afirma Solozábal, «el significado político del Estado autonómico no se agota considerando exclusivamente sus manifestaciones institucionales sino apreciando su rendimiento integrador: el sistema autonómico es el tratamiento institucional para un Estado con tensiones nacionalistas en su seno.» Esta mezcla entre el rigor técnico y la necesidad histórica y, por lo tanto, política, muy difícilmente puede ofrecer un resultado óptimo, ni desde el punto de vista técnico, ni tampoco político. Las dos exigencias se han podido neutralizar e, incluso, la necesidad política ha terminado doblegando al rigor técnico dando lugar a un resultado incoherente, disfuncional e insuficiente. Ahora bien, es el que nos ha permitido avanzar, aun cuando, en el momento presente, este avance se nos antoja problemático. Sin embargo, nada se puede achacar a la organización territorial alumbrada por la Constitución. Es más, probablemente estos 40 años de «paz territorial» son un éxito de la organización constitucional. Cualquier otra, habría explotado con anterioridad, porque el problema político que subyace, que se intenta reconducir desde el año 1978 ofreciendo la fórmula integradora, es el de la fuerza centrífuga de los nacionalismos territoriales que nunca encontrará un límite que la pueda contener, ni reconducir. Es una fuerza expansiva alimentada durante años, que busca los resquicios del Estado para seguir ampliándose. Cualquier punto de debilidad será aprovechado para su subsiguiente expansión, en un proceso que nunca culminará a su satisfacción porque sólo se saciará haciendo realidad su desiderátum final cual es el de la independencia.

La esencia del sistema autonómico se articula, como expone Solozábal, sobre tres características: la de la doble institucionalidad, la común y la territorial, que se organiza mediante el reparto competencial; la del reparto articulado sobre las categorías bases (estatales) y desarrollo (autonómico); y la de la instancia jurisdiccional de resolución de los conflictos, exclusivamente jurídicos, según criterios jurídicos, por un tribunal como es el Tribunal Constitucional. Ahora bien, en estos tres ámbitos observamos una tensión que amenaza quebrar el sistema.

La dualidad institucional es, por un lado, observada por muchos ciudadanos como una carga injustificada, desproporcionada y onerosa, fuente de crítica a la política y a los políticos, al mismo tiempo que el nacionalismo territorial alimenta la expansión de las instituciones autonómicas como si de un Estado propio se tratase. El reparto competencial articulado sobre el juego bases-desarrollo se interpreta con extraordinaria flexibilidad, no sólo en general, sino en los ámbitos en los que se aplica, como sucede, por ejemplo, en el de la economía, en el que el vago título constitucional estatal se ha convertido

en un macrotítulo con proyección en todos los ámbitos, áreas y actividades. Y, por último, las controversias ya no son exclusivamente jurídicas para su resolución jurídica por un tribunal jurídico (o jurisdiccional). El componente identitario está alterando la naturaleza del conflicto, lo que provoca la inadecuación del mecanismo de resolución. En definitiva, todas estas características han saltado por los aires cuando se ha producido la subversión del orden constitucional, en palabras del Tribunal Supremo, que justificó la aplicación de las medidas del artículo 155 de la Constitución ante la desobediencia de las instituciones de la Generalitat de Cataluña en octubre del año 2017. El sistema autonómico está en crisis; en muy grave crisis.

No sería aconsejable que el progreso institucional de España, en relación con su organización territorial, se inspirase en el objetivo de la «conllevaranza» con el nacionalismo territorial, porque contagiaría a todas las nacionalidades y regiones la lógica centrífuga, que no es acorde ni con su historia ni con sus necesidades, ni tampoco con sus conveniencias. Se podrían plantear reformas constitucionales sobre las que existe un aquilatado consenso. A este respecto, Solozábal propone la reforma del título preliminar para acoger más francamente el pluralismo territorial, lo que podría incluir desde la expresa definición del Estado como federal, hasta el inventario completo de las Comunidades ya constituidas; la reforma de la distribución de competencias, con una única lista, cerrada con la cláusula residual derivada del principio de subsidiariedad; y la del Senado, más como «cámara gubernamentalizada pero no gubernamental». Sin embargo, tampoco se puede olvidar el refuerzo de los mecanismos de coordinación y de cooperación para que la integración, que es la clave política del sistema autonómico, sea aún más real y no meramente hipotética.

El *séptimo bloque* está dedicado a *la propiedad, la empresa y el mercado*. En cuanto a la propiedad, se incluye la ponencia de Encarna Roca sobre la *función social de la propiedad*. El derecho de propiedad es tan antiguo como la sociedad misma. Como lo estableciera Hobbes, el Estado existe precisamente para proteger ese derecho que preserva la proyección de la persona a las cosas que son «suyas» fruto, usualmente, de su labor y trabajo. El «yo» y lo «mío» se confunden desde el mismo surgimiento de la sociabilidad. Es el ámbito del «egoísmo», del individuo, de su individualidad. Soy lo que soy porque tengo, y ese tener debe ser protegido porque es el «yo», es lo mío. La evolución del derecho de propiedad, como el de la sociabilidad, está inspirada por el control y la limitación del «egoísmo», del interés individual, bajo la égida de la necesidad y de la conveniencia colectivas. No sólo porque un mínimo de justicia y de solidaridad así lo exigen, sino porque esa individualidad, su pro-

tección, impone cargas a los demás necesarias, por ejemplo, para garantizar la seguridad.

Es lógico que la evolución se haya dirigido a la intensificación de las exigencias sociales, del interés general, en sentido general, sobre la propiedad. Si en la formulación clásica, como nos recuerda Roca, era el derecho a hacer con la cosa «lo que se quiera», una suerte de derecho absoluto, su curso posterior estuvo inspirado en la creciente incidencia del interés general. El primer paso, inmediato, ya con el orden liberal burgués nacido de la Revolución francesa, fue con el reconocimiento de que cabía la privación de la propiedad, cuando una ley apreciase la «necesidad pública» (art. 17 Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). El siguiente paso se dio «dentro» del mismo derecho de propiedad; ya no se trata de privar a su dueño de la cosa, sino de configurarlo, darle forma en coherencia con el bien común, el interés general o la utilidad pública, para lo que se acude a la definición de «obligaciones» que debía soportar el propietario, dando lugar a la «función social» (art. 42 Constitución republicana de 1931). Y, por último, la vigente Constitución española que dispone en el artículo 33 CE, que «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia» y «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». Por lo tanto, la función social «delimita» el contenido del derecho. Se culmina la completa y total «interiorización» del interés general en el contenido del derecho de propiedad.

Sin embargo, este proceso ha alcanzado un grado tan elevado de intensificación que hace dudar, en algunos casos, de la subsistencia de la «utilidad privada», reducida a la mera titularidad formal, porque las facultades y el consiguiente aprovechamiento están tan constreñidos que es dudoso que pueda existir un beneficio privado, aplastado o subyugado por el peso de la «utilidad pública». Se hace necesario recomponer los equilibrios de las utilidades, pública y privada, para que la propiedad sea, como todos los demás, un derecho fundamental que permita a una persona disfrutar de un ámbito de libertad y su proyección en relación con lo «mío», sometiéndose, lógicamente, a las restricciones que resulten adecuadas y proporcionadas al interés general. Porque, en última instancia, la propiedad sigue siendo un derecho, con las consiguientes consecuencias en el plano de la individualidad protegida constitucionalmente (art. 10.1 CE), que no puede ser eliminada o desconocida, lo que incluye, lógicamente, el contenido esencial que deberá ser respetado (art. 53.1 CE).

Sobre la *empresa* y la intensificación, también en el ámbito de la libertad, en este caso, de la libertad de empresa, del interés público, constituye el contenido de la ponencia de Javier García de Enterría. Nos pone ante el ejemplo de cómo el «buenismo» político puede conducir a la alteración de las reglas

esenciales de la institución de la empresa, sin reparar en que podrían adoptarse otras medidas, iguales o más eficaces, sin provocar este resultado realmente pernicioso a medio y largo plazo. No hay duda de que los objetivos de la sostenibilidad lo son, también, de las empresas, como deben serlo de cualquiera de nosotros, precisamente, para contribuir a asegurar a las generaciones futuras, al menos, la misma calidad de vida de la que disfrutamos. Ahora bien, la cuestión es cómo convertir, en clave jurídica, esta responsabilidad social en otra de naturaleza jurídica, o sea, en un deber, cuyo incumplimiento diera lugar al surgimiento de las consecuencias jurídicas que correspondiesen. El camino seguido por la Unión Europea es el de la «diligencia debida» de los administradores². Estos deben actuar con la diligencia exigible en relación con la protección ambiental y los derechos humanos. Nada se puede discutir respecto de la persecución de tales objetivos. Sin embargo, que se conviertan en motivo del cuidado exigible a los administradores, sí que plantea problemas, como expone García de Enterría. Por un lado, porque no está nada claro en qué consiste dicha diligencia, o sea, qué es exigible a los administradores en relación con tales objetivos, máxime cuando no se coordinan, al menos, fácilmente, con el otro objetivo rector de la diligencia de los administradores: la maximización del valor para los accionistas. Y, por otro, porque no se especifican las consecuencias del incumplimiento de la diligencia.

Son considerables los problemas de coordinación de los intereses de los accionistas y los que se denominan como los *stakeholders*, o sea, los sujetos (indeterminados) que pueden verse afectados por las decisiones o las acciones de la empresa. Por un lado, porque aquellos buscan una maximización que para estos otros no es relevante, e, incluso, puede ser perjudicial. En tal escenario de tensiones e, incluso, enfrentamiento, el administrador es arrastrado a convertirse en un gestor de conflictos, cuando su función es la de dirigir una sociedad maximizando el valor para sus accionistas. Y, por otro, porque los intereses de los *stakeholders* son tan indeterminados como inconcretos los límites subjetivos de los que forman parte de tal grupo.

Y, en cuanto a las consecuencias, la propuesta de Directiva de la UE establece que los Estados impondrán sanciones y exigirán responsabilidades civiles por los eventuales daños. La tipificación de las conductas y la determina-

² La Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 [Bruselas, 23.2.2022 COM(2022) 71 final]. Tras las negociaciones posteriores, el 14 de diciembre de 2023, el Consejo y el Parlamento Europeo han alcanzado un acuerdo provisional con respecto a la Directiva. Habrá que esperar a cómo se concreta el acuerdo alcanzado para que la Directiva sea aprobada definitivamente.

ción del acto dañino, así como la responsabilidad en la producción del mismo, suscita enormes dudas jurídicas que alientan la inseguridad. En definitiva, unos loables objetivos se convierten en obligaciones que pesan sobre los administradores que entran, potencialmente, en pugna con las demás que se les imponen en relación, específicamente, con los accionistas. Como concluye García de Enterría, «se trata en definitiva de un debate en gran medida hueco y retórico, que tiene más que ver –en mi opinión– con una cuestión de imagen pública y de legitimación social que de verdadero cambio en la estrategia y principios de actuación de las sociedades mercantiles.»

El *mercado* es la institución central de nuestro sistema económico. Hay una estrecha correspondencia entre Estado democrático de Derecho y mercado. Si aquel se basa en el reconocimiento y garantía de libertades, entre las que se incluye la de empresa, esta libertad encuentra en el mercado su ámbito de ejercicio. Su protección es también la de la libertad de empresa y, en última instancia, la de la propiedad. Sobre el mercado y, en particular, su defensa, se incluye la ponencia de Pilar Canedo y Amadeo Petitbò. El mercado cumple su importante función social, generadora de prosperidad individual y colectiva, si es mercado, o sea, si existe una competencia efectiva. Sin embargo, esa competencia debe ser objeto de protección porque, como sucede en todos los ámbitos de la vida donde hay ganadores y perdedores que interactúan de manera dinámica, entre sí y con otros actores, existe la tendencia a que, o bien se abuse, o bien se pacte, para garantizar el éxito o repartirlo. Se necesita de una autoridad pública que preserve el interés general, o sea, la función del mercado; una autoridad de protección del mercado: las autoridades de defensa de la competencia. Canedo y Petitbò proponen las reformas que hay que emprender para que esas autoridades puedan seguir desplegando sus importantes cometidos, máxime cuando el mercado ha cambiado por la irrupción de nuevos actores y nuevas técnicas. Porque, como concluyen, «deben someterse a revisión tomando en consideración las nuevas formas de los mercados, el aspecto dinámico de los mismos y las posibilidades abiertas por la aplicación de la Econometría, los instrumentos de la Inteligencia Artificial, el Aprendizaje automático y la utilización de los datos masivos que permiten iluminar espacios oscuros que no pueden ser conocidos con la debida precisión mediante el uso exclusivo del Derecho.»

Sobre el *regulador independiente del mercado* contamos con la ponencia de Sebastián Albella, en particular, como entidad de supervisión de los mercados, como es la CNMV. Las claves de su institucionalidad son la independencia y la especialización. Sólo sobre estos dos pilares, este tipo de entidades pueden ejercer sus competencias de supervisión para que mercados,

como el bursátil, sea mercado, nada más, o sea, que funcione de manera eficiente, sin distorsiones derivadas del incumplimiento de las normas o de cualquier otra conducta injustamente ventajista. En última instancia, se trata de garantizar la *seguridad jurídica*, condición indispensable, como la califica Benito Arruñada, para que el mercado pueda atender a su función. En su ponencia se enumeran los posibles vicios que, a su juicio, afectan al Derecho que comprometen la seguridad que debe dispensar, lo que es particularmente extremo en la presente situación de España.

El *séptimo y último bloque* está dedicado a las *instituciones* desde dos perspectivas, la histórica y la formal o general. En cuanto a la primera, Antonio Jiménez-Blanco afirma que «en el inconsciente colectivo español anida una contradicción insalvable: alegría de vivir (y gracia), pero profundísimo pesimismo, hijo de la concepción griega del fatalismo (y su cara B, el estoicismo). «Los vientos de la historia» soplan en contra nuestra. En cada uno de nosotros anida un Esquilo. Y hoy se percibe en la sociedad, que es lo más importante (y menos tranquilizador de todo).» En el fondo, precisamente porque se tiene una visión pesimista de la vida, se quiere disfrutar al máximo de la misma cuando no es aciaga, sino generosa. Se disfruta de la alegría porque se considera efímera: disfrutemos hoy y ahora porque mañana, probablemente, no lo podamos hacer. En este contexto, la historia de España está marcada por los éxitos, pero, al mismo tiempo, como compensación, por los fracasos o, peor, por los temores a los fracasos. En ese torrente de emociones y de sentimientos, las instituciones, asentadas, como es lógico, sobre los hombros de los ciudadanos, tienen una limitada capacidad de control; no pueden resistir el empuje de la historia misma, en todas sus contradicciones, en todos sus conflictos que son los que nos acucian, aun cuando los compartamos con otros países. En nuestro caso, la tensión centro-periferia que es, en realidad, el impulso, consolidado por el peso de la Historia, de una fuerza centrífuga del nacionalismo territorial, es la que amenaza fuertemente con hacer quebrar el edificio de nuestra institucionalidad democrática, como hemos visto y seguimos viendo, de otra manera, que continúa. Es lógico que esa continuidad, esa repetición de los desafíos, de los errores y de las tragedias, alimenta el fatalismo que sostiene el pesimismo pero que, a diferencia de otros lugares, sirve de explicación de la alegría de vivir, como si fuese ese momento de descanso entre tanta pena. Hemos disfrutado de momentos de alegría, ahora nos toca la expiación. Las instituciones despliegan su cometido, pero cuando o son ignoradas o son desobedecidas, o las dos cosas, poco o nada pueden hacer para controlar ese demonio que vive entre nosotros. Ese hombre, fatalista, pero alegre, debe comprender que el equilibrio sólo lo puede encontrar en el respeto a las instituciones porque son las que nos

garantizan la estabilidad imprescindible para disfrutar de la vida en libertad. Si a nadie les importa, aún menos les importará a todos aquellos que quieren disfrutar de su arbitrariedad. Si no se valora la libertad, por aquel que la goza, el que no tiene intención de apreciarla, menos lo hará.

Y, en cuanto a la segunda, contamos con la ponencia de la que soy el autor, a la que me remito. Sólo quisiera destacar el objetivo de ampliar la visión institucional, usualmente estrecha, en el mundo del Derecho. Las *instituciones* son las reglas que fundan y regulan la organización jurídico-política del momento, en nuestro caso, la del Estado democrático de Derecho, de ahí que usualmente se formalizan en los textos jurídicos de máxima relevancia: las Constituciones; así lo hacen según las coordenadas ideológicas, políticas e históricas que definen el cómo queremos convivir, en la actualidad, son las de paz, libertad, igualdad y justicia. A partir de la Constitución, se alumbran otras reglas instituyentes y regulativas de agencias (o entidades), de figuras y de cosas, según la clasificación de MacCormick, que estructuran nuestra vida. Cuando hablamos de instituciones del Estado democrático de Derecho podemos incluir, desde los poderes del Estado, hasta el contrato, la propiedad y la empresa, porque todos son el fruto de reglas configuradas en el contexto constitucional. Que se pueda apreciar, en muchos casos, una importante continuidad histórica, que se remonta a los romanos e, incluso, más atrás, no impide que sean consideradas como instituciones de dicho Estado, como el compartir el 99 por 100 de la carga genética con los chimpancés no nos convierte en monos, ni es, por consiguiente, un obstáculo para que nos consideremos humanos.

Esta ponencia se completa con la aportación de Vicente Montes que destaca la importancia, desde la visión económica, de las instituciones porque, como subraya, tienen un «carácter determinante para el desarrollo económico de disponer de sólidas instituciones formales o informales que regulen el comportamiento de las personas en la sociedad y conformen un marco institucional incentivador de la actividad económica».

En definitiva, este es el resumen, según mi propia reflexión, del libro que hoy entregamos como fruto de nuestro compromiso de contribuir, en la medida de nuestras posibilidades, al reforzamiento de la cultura cívica de la institucionalidad democrática. Si no les importan las instituciones a los ciudadanos, cae el Estado democrático de Derecho, y cuando esto se produzca, probablemente, será demasiado tarde. Si nos importa la libertad, si nos importa «nuestra» libertad, debemos proteger las instituciones que la hacen posible. En caso contrario, se está socavando el edificio de nuestra convivencia en libertad, igualdad y justicia.

AUTORES

ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ

**Catedrático de Derecho administrativo, Universidad Pompeu Fabra.
Coordinador**

SEBASTIÁN ALBELLA AMIGO

Abogado del Estado, Ex Presidente de la CNMV

MARÍA ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ

Profesora Propia de Derecho constitucional, Universidad Pontificia Comillas ICADE

MANUEL ARAGÓN REYES

Catedrático de Derecho constitucional, Magistrado emérito del Tribunal Constitucional

BENITO ARRUÑADA

Catedrático de Organización de Empresas, Universidad Pompeu Fabra, BSE y FEDEA.

IGNACIO ASTARLOA HUARTE-MENDICOA

Letrado de las Cortes.

PILAR CANEDO ARRILLAGA

Profesora de Derecho, Universidad de Deusto, Ex Consejera de la CNMC.

MANUEL CONTHE GUTIÉRREZ

Economista del Estado, Ex Presidente de la CNMV

ALFONSO CUENCA MIRANDA

Profesor Doctor Universidad Pontificia Comillas ICADE, Letrado de las Cortes Generales.

FRANCESC DE CARRERAS SERRA

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona.

MARÍA JOSÉ DE LA FUENTE Y DE LA CALLE

Letrada del Tribunal de Cuentas, Ex Presidenta del Tribunal de Cuentas.

EVA DESDENTADO DAROCA

Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Alcalá de Henares.

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

Catedrático de Derecho administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA

Catedrático de Derecho mercantil, abogado.

PABLO GARCÍA MANZANO

Letrado del Consejo de Estado, abogado.

FERNANDO IRURZUN MONTERO

Abogado del Estado, abogado.

ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ

Catedrático de Derecho administrativo, Universidad Politécnica de Madrid.

ANA GEMMA LÓPEZ MARTÍN

Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad Complutense de Madrid.

IÑIGO MÉNDEZ DE VIGO Y MONTOJO

Exministro, Letrado de las Cortes.

VICENTE J. MONTES GAN

Técnico Comercial y Economista del Estado, director de la Fundación Rafael del Pino.

JUAN S. MORA-SANGUINETTI

Economista, Banco de España

FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad Complutense de Madrid.

AMADEO PETITBÒ JUAN

Catedrático de Economía, Ex Presidente de la Comisión de Defensa de la Competencia.

ENCARNA ROCA FRÍAS

*Catedrática de Derecho Civil, Magistrada emérita del Tribunal Constitucional,
Ex Vicepresidenta del Tribunal Constitucional.*

JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA

*Letrado del Consejo de Estado, Magistrado emérito del Tribunal Constitucional,
Ex Magistrado del Tribunal Supremo.*

ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO,

Catedrático de Derecho mercantil, Universidad Autónoma de Madrid.

SANTIAGO SOLDEVILA FRAGOSO

Magistrado de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo, Audiencia Nacional.

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

Catedrático de Derecho constitucional, Universidad Autónoma de Madrid.

UNIÓN EUROPEA

Europa y sus instituciones

Iñigo Méndez de Vigo y Montojo

«Los hombres pasan, pero las instituciones quedan.» Esta frase de Jean Monnet expresa con nitidez la importancia que el inspirador de las entonces Comunidades europeas otorgaba a la permanencia y solidificación de las instituciones y al modo de relacionarse entre ellas o, lo que es lo mismo, a lo que conocemos desde entonces como *método comunitario*.

Monnet, que había desempeñado el cargo de secretario general adjunto de la Sociedad de Naciones entre 1919 y 1923, imputaba a la prevalencia de los intereses nacionales sobre los comunes el fracaso de aquella y su consiguiente impotencia para impedir el desencadenamiento de la segunda Gran Guerra.

De ahí su convicción y su tesón para hacer realidad el «Plus jamais ça» en los estertores de la gran derrota de Europa en 1945. Hombre de reflexión y de influencia más que protagonista, a Monnet debemos el actual esquema institucional de la Unión Europea. Y si Montesquieu buscaba con su formulación de la separación de poderes «Créer une disposition des choses telle que le pouvoir freine le pouvoir», otro francés ideó dos siglos más tarde *un virtuoso triángulo institucional con el objetivo de que* «los intereses de todos prevalezcan sobre los intereses nacionales».

El método Monnet, proclamado en la conocida como Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950, encontró su plasmación jurídica en el primero de los tratados constitutivos, el de la CECA en 1951, al que seguirían los de la CEE y EURATOM en 1957.

La idea original de Monnet consistía en *atribuir todo el poder de la gestión de la Comunidad del carbón y del acero a una Alta Autoridad de carácter*

supranacional, formada por personas independientes, encargada primero de definir y luego de ejecutar el interés de todos o interés comunitario. Pero los seis gobiernos signatarios aguaron aquella iniciativa y la reformularon en la manera en la que ha llegado hasta nuestros días: la Comisión (nombre que adoptó aquella primitiva Alta Autoridad) propone; los gobiernos nacionales de los Estados signatarios de los tratados agrupados en un Consejo de Ministros conjuntamente con los representantes populares elegidos en el marco de los Estados miembros y reunidos en un Parlamento deciden; una vez tomada la decisión con arreglo a este procedimiento, la Comisión ejecuta. Finalmente, un Tribunal de Justicia europeo vela por la legalidad del proceso y resuelve las controversias.

Este esquema, vigente al menos desde el tratado de Bruselas de 1965, ha sobrevivido, con mutaciones a las que luego me referiré, más de medio siglo y es, a juicio de quien suscribe, *la causa principal del éxito de la Unión Europea.*

De ahí la pertinencia de analizar sus amenazas.

Antes de entrar en su repercusión sobre las instituciones, quiero hacer unas consideraciones para enmarcar la situación. La primera se refiera a la *dificultad conceptual para encajar el sistema institucional de la UE en las tipologías clásicas de la división o separación de poderes que caracterizan a nuestras democracias nacionales.* De ahí la necesidad de hacer pedagogía para explicar su razón de ser y facilitar su comprensión.

La segunda dificultad afecta al concepto de soberanía: se escucha hablar de trasladar o transferir la soberanía, compartir soberanía o ejercer conjuntamente la soberanía y otros similares. Una advertencia: el énfasis que pongamos en estas u otras acepciones no es casual pues afecta al modelo de distribución del poder entre los Estados miembros, que son los titulares originarios de las competencias, y las instituciones de la Unión que están llamadas a ejercerlas una vez que les han sido atribuidas.

El hecho de la pervivencia del modelo de competencias de atribución frente al catálogo de competencias en el debate en torno al tratado constitucional durante los años 2002-2003 ha facilitado la flexibilidad frente a la claridad, pero también ha dado lugar a un *incremento de los conflictos competenciales,* con la consiguiente carga de trabajo suplementario a la Comisión y al Tribunal de Justicia.

En esta última consideración iba implícita la influencia de la revolución numérica, pues un edificio constitucional construido hace sesenta años para albergar a seis familias cobija hoy a veintisiete. A ese aumento de gran calado únense las diferentes peripecias históricas de todos esos países y nos apercibiremos de la hercúlea dificultad de la acomodación.

Finalmente, en estos últimos años hemos experimentado un hecho sin precedentes. Me refiero al *abandono voluntario de la Unión por parte de un Estado miembro*. Las dificultades de la empresa en sí y las consecuencias de todo tipo que estamos padeciendo no han hecho emerger una cautela necesaria a la hora de enarbolar alegremente la posibilidad de hacer uso de la facultad de retirada de la Unión, reconocida en el artículo 50 del Tratado, sino todo lo contrario y el sufijo «exit» se utiliza con una desconcertante frivolidad.

Hechas estas reflexiones de carácter general sobre los cambios que ha experimentado la Unión en estos últimos tiempos y sus vicisitudes, quiero concentrarme en su traslado e influencia al triángulo institucional.

La primera y principal atañe a la *desnaturalización de la Comisión*, el elemento más original de la concepción monnetiana. Los riesgos más preocupantes radican, a mi juicio, en el *intento de eliminar «de iure» su monopolio de la iniciativa legislativa a través de reconocerle dicha facultad al Parlamento europeo o «de facto» debido a la emergencia del Consejo europeo como impulsor de propuestas de carácter legislativo*.

Otra amenaza que gravita sobre la Comisión es el intento de *reducirla a un mero secretariado técnico del Consejo y sometido a éste*. Toda la propaganda relativa a los «unelected bureaucrats», tan habitual en los eurófobos de todo pelaje, persigue ese objetivo.

Durante la crisis económica y financiera del euro, el Consejo europeo jugó un papel de gran protagonismo que limitó el de la Comisión y redujo de forma considerable el rol de los consejos sectoriales y, especialmente, el del consejo de asuntos generales.

Si la Comisión constituye el elemento más original de la concepción monnetiana ello es así porque le corresponden dos funciones capitales y donde su papel es insustituible. Me quiero referir, en primer lugar, a su *legitimidad para definir el interés general por encima de los intereses particulares o nacionales*. En su concepción original, los comisarios se desligaban por completo de sus respectivos gobiernos nacionales para garantizar tanto su objetividad como su imparcialidad. En los debates en torno al tratado constitucional quisimos dar un paso más en esa desvinculación y propusimos un sistema en el que se rompía con la fórmula «un comisario por Estado miembro.»

O por falta de pedagogía o de convicción, la idea fue el precio a pagar por el segundo referéndum en Irlanda y, en consecuencia, posteriormente abandonada. En aquellos días era titular de una cátedra Jean Monnet en la facultad de derecho de la Universidad Complutense y me gustaba testar las propuestas que se debatían en la Convención con mis alumnos. Pues bien, cuando defendía la

ruptura del principio «un comisario por Estado miembro», encontraba pocos adeptos en favor de la tesis.

El segundo papel fundamental de la Comisión radica en su *función de guardiana de los tratados*. Cuando salí por primera vez a lo que entonces denominábamos el extranjero, advertí con mis ojos de niño y mis escasos conocimientos lo que he denominado en alguna ocasión «la anomalía española». Me refiero a la ausencia de nuestro país en lo que constituye la más hermosa aventura del siglo pasado.

Pues bien, la razón de esa anomalía estribaba y estriba en la necesidad del respeto a las libertades fundamentales y al Estado de derecho. Sólo las democracias respetuosas con los derechos fundamentales y las libertades públicas pueden aspirar a formar parte de los Estados miembros de la Unión.

Esas condiciones democráticas que estableció la declaración de Copenhague en 1992 requieren un seguimiento; la Unión es una comunidad de Derecho y el respeto a las reglas democráticas es un factor consustancial a la Unión. De ahí que los tratados hayan proclamado y fortalecido el papel de la Comisión en el cumplimiento de los compromisos democráticos contraídos por parte de todos los gobiernos. De ahí el deber de vigilancia que compete a la Comisión que puede acarrear incluso sanciones de carácter grave en caso de no avenirse el gobierno incumplidor a acatar los mandatos de la Comisión.

Esta labor de la Comisión es tanto más importante en tiempos como los que nos ha tocado vivir donde el populismo aboga por no respetar las reglas del juego que nos hemos dado entre todos y por la ruptura de las más elementales reglas de la convivencia. Por todo lo dicho, la regla ignaciana que propugna no hacer mudanza en tiempos de tribulación puede reformularse de la siguiente forma en el ámbito europeo: en tiempo de tribulación, confiad en la Comisión.

En cuanto al *Parlamento europeo*, ésta es la institución cuyos poderes más han aumentado en este medio siglo donde ha pasado de ser una Asamblea de segundo grado con competencias consultivas a convertirse en un Parlamento elegido por sufragio universal y *colegislador con el Consejo*. Igualmente, ha acrecentado de manera muy notable sus *poderes de control político*, en especial, respecto a la Comisión.

Todo lo expuesto hasta aquí, de forma obligadamente esquemática, puede condensarse en el *riesgo cierto de alteración en el equilibrio institucional que resultaba de la arquitectura monnetiana*.

De ahí que dedique este último apartado a aventurar lo que podemos y debemos hacer. Vaya por delante el punto de partida que voy a defender y que ya he

manifestado con anterioridad: pretendo *preservar el modelo institucional –el triángulo monnetiano– porque me parece la clave del éxito de la Unión.*

Con frecuencia se alude en política a la máxima *lampedusiana* según la cual «Todo tiene que cambiar para que todo siga igual.»

Confieso que nunca le he encontrado demasiado sentido a la misma porque creo que si todo cambia, es muy improbable que todo vuelva a ser igual. Les propongo, por ello, otra de cosecha propia, aparentemente menos ambiciosa pero más realista: «Cambiemos algo para que las cosas vuelvan a ser lo que nunca debieron dejar de ser».

Con la vista puesta en ese objetivo, algo que no gustará a los adanistas, propongo:

1. Preservar la paz, garantizar la democracia, las libertades y el bienestar deben ser los *objetivos* de la Unión europea.

2. Si quiere jugar en el tablero geopolítico mundial, tan diferente al de hace cinco décadas, la Unión debe ser una *potencia*. La consecuencia de ese propósito es la dedicación de medios, tiempo y esfuerzo a la política exterior y de seguridad.

3. Hay que evitar concebir esperanzas respecto a una posible *revisión de los tratados*. Fundamentalmente porque me parece imposible acometerla en las actuales circunstancias. Por un lado, y a diferencia de la Declaración de Laeken que enmarcó el tratado constitucional, hoy no existe un terreno común sobre el contenido de la reforma.

Las conclusiones de la conferencia sobre el futuro de Europa no me parecen concluyentes. Como los informes del Consejo y de la Comisión han puesto de manifiesto, la mayor parte de sus propuestas pueden llevarse a cabo *a droit constant* y otras pocas no reúnen el consenso necesario para su adopción. Además, el requisito de la unanimidad que rige para la adopción de una revisión integral, lo imposibilita *de facto*.

4. Por otro lado, la revisión simplificada del artículo 48.6 y 7 posibilitaría una *revisión limitada* si fuera necesaria en un momento determinado.

5. Hay que *utilizar el Derecho derivado*, que permite el ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión de forma rápida, sencilla y, sobre todo, eficaz. Las medidas sanitarias adoptadas a propuesta de la Comisión durante la pandemia, así como las relativas al programa Next Generation son buena muestra de cuanto afirmo.

6. Propongo *preservar el monopolio de iniciativa legislativa en manos de la Comisión*. Igualmente acrecentar el rol del Alto Representante como Vicepresidente de la Comisión pues se ha producido un desplazamiento de esa

figura hacia el Consejo que desconoce la naturaleza de su papel como «doble sombrero».

7. El Consejo europeo debe concentrarse en su *función de impulsor político*, especialmente en el ámbito exterior, pero sin competencias legislativas; los Consejos de ministros sectoriales deben fortalecer su labor legislativa y el Consejo de Asuntos Generales, su muy importante función de coordinación y última instancia decisoria para la búsqueda de acuerdos, descargando de ello al Consejo europeo.

8. El Parlamento europeo debe convertirse en la *pieza básica para explicar las ventajas de la Unión y el «European way of life»*. Ello excluye la extendida práctica de atribuirse todas las ventajas y residenciar en la inexistente Bruselas todas las decisiones impopulares. La próxima Presidencia francesa quiere hacer de la pertenencia a Europa su *leit-motif*. He aquí un buen momento para iniciar esta tarea.

Y concluyo: al principio de este texto, dejé la frase de Monnet a medias. Proseguía así: «Nada se puede hacer sin las personas, nada subsiste sin las instituciones».

La firme voluntad, la tenacidad en el *compromiso de los europeos* con «la patria de nuestra elección» es indispensable para llevar a buen puerto la nave de la Unión en las procelosas aguas de este nuevo milenio. Porque como afirmó certeramente Salvador de Madariaga «Europa no será una realidad hasta que lo sea en la conciencia de sus ciudadanos».

Ésa es la gran tarea pendiente que tenemos los dirigentes políticos: *explicar las cosas, convencer de su bondad a nuestros conciudadanos, propiciar avances consensuados*. Es tiempo de firmeza y solidez en las convicciones y valentía para hacer frente a los aventureros de la nada. Frente a los cantos de sirena, el verso de Juan Ramón: «No le toques ya más, que así es la rosa.»

Problemas institucionales de la Unión Europea desde la perspectiva constitucional española

Manuel Aragón Reyes

Comparto por completo lo expuesto en la ponencia, que me parece excelente por su *claridad y finura*. Felicito, de verdad, a su autor, que tiene bien acreditados su experiencia y conocimientos sobre la materia.

Estoy de acuerdo en la necesidad de *no trasladar el modelo conceptual clásico de las formas de Estado para comprender la singularidad estructural y funcional de la Unión Europea*, que ni es un Estado federal ni tampoco un Estado confederal. Del primero le separa la subsistencia de Estados que no han perdido su «identidad política y constitucional» en el seno de la Unión. Del segundo le separa la atribución a la Unión de amplias competencias exclusivas para hacer posible la existencia de unidad de dirección y acción de los órganos europeos, sin la cual la Unión ni sería una comunidad política ni una comunidad de Derecho, cuyo ordenamiento prevalece sobre el de los Estados miembros.

Para entender la singularidad de la Unión no basta, pues, con el «espíritu de geometría», sino que es necesario acudir también al «espíritu de finura», como sucede con todas las formas complejas. Esta fértil distinción de Pascal resulta siempre muy recomendable.

Coincido también con los problemas que derivan de *un esquema de competencias de atribución de la Unión, que se ha flexibilizado en su desarrollo y que ha recibido una interpretación expansiva por obra del TJUE, lo que ha producido enfrentamientos entre algunos Estados y la Unión* (o entre los tribunales constitucionales de algunos Estados y el TJUE; por ejemplo, en Alemania y, más recientemente y de modo más radical, en Polonia). Aunque no debe olvidarse que incluso en los Estados federales clásicos (por ejemplo, en

los EE.UU.) el esquema de competencias federales de mera atribución ha hecho necesaria una interpretación expansiva de las competencias federales (a través de los poderes implícitos, por ejemplo) para que la unidad de acción federal quede asegurada en una situación, como la presente, en la que las instancias centrales han de acometer decisiones para las que precisan de competencias que exceden de las literalmente atribuidas. Este es un problema que debe encontrar una adecuada solución, clara y equilibrada.

Estoy de acuerdo en que *debe fortalecerse el poder (y protagonismo) de la Comisión, reconociéndosele el monopolio de la iniciativa legislativa o, en todo caso, la preferencia de esa iniciativa*. Además, el método del «trílogo» o «triálogo» en la adopción de decisiones normativas creo que está teniendo más inconvenientes que ventajas, por lo cual debiera de pensarse en su modificación.

Otro problema de la Unión es la *multiplicidad excesiva de normas del Derecho derivado*, un verdadero «magma» a veces inconexo y a veces también con defectos técnicos que afectan a la claridad de las normas y a la accesibilidad a ellas por parte de los aplicadores del Derecho y los ciudadanos. Creo que se hace necesaria una *mayor contención normativa y, sobre todo, una cierta «codificación» (aclaración y armonización)* del casi inmanejable y amplísimo conjunto que forma el Derecho derivado de la Unión.

Coincido en que ha de potenciarse a la Unión convirtiéndola en *una auténtica protagonista en el concierto internacional*. Para ello aumentar su capacidad en materia de defensa resulta necesario, pero no suficiente, puesto que para jugar como una gran potencia se precisa también de la base de *una comunidad política homogénea y consciente de su fortaleza social e institucional*. Aquí, la diversidad cultural e histórica de algunos países que integran la Unión (después de sus últimas ampliaciones), así como una defectuosa comprensión del significado actual de la soberanía, pueden ser obstáculos para el logro de aquel objetivo.

Creo necesaria *una mejor y más amplia formalización constitucional de la pertenencia de España a la Unión Europea* (hasta ahora basada en la precariedad del art. 93 CE). Así como una *mejor interiorización* por parte de nuestro Tribunal Constitucional del Derecho de la Unión en la resolución de los conflictos constitucionales internos (en materia de derechos y de distribución territorial de competencias, principalmente). Lo que requiere, de un lado, que el Tribunal Constitucional dé un paso adelante *abandonando su vieja doctrina de que el Derecho de la Unión es, para él, un asunto de mera legalidad*. Y de otro, y no es contradictorio con lo anterior, que dé un paso atrás *evitando sustituir al TJUE en su competencia exclusiva de intérprete supremo del Derecho*

de la Unión, lo que nuestro Tribunal ha hecho, desafortunadamente, a mi juicio, en su STC 37/2019 sobre el bono social, y que ha recibido una educada respuesta por parte de la STJUE de 14-10-2021 en la que recuerda que es él el único intérprete autorizado para decidir cuándo se dan las condiciones para el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Por último, creo que el debate sobre las «identidades nacionales» y la «identidad europea», que fue vivo en el inmediato pasado (y que enfrentó a determinados tribunales constitucionales con el Tribunal de Justicia de la Unión), hay que darlo hoy por superado, o al menos, por haber perdido en parte su anterior intensidad. Hoy, después de lo previsto en el artículo 2 del Tratado de Lisboa y de lo aclarado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, en el sentido de que el principio democrático, el Estado de Derecho, los derechos fundamentales, etc., que caracterizan (o deben caracterizar) a los sistemas constitucionales de los Estados miembros, son también principios que caracterizan al propio Derecho de la Unión, ya es menos fácil diferenciar la «identidad constitucional de los Estados» con la «identidad constitucional de la Unión Europea». Por ello, *la contravención de tales principios no sólo supone una contravención de las Constituciones de los Estados, sino también de la «Constitución Europea»*, que, aunque no se la denomine así formalmente (la Unión no es un Estado federal), desempeña la misma función de una Constitución (un Derecho supremo integrado por un conjunto de disposiciones jurídicas que prevalecen, no sólo sobre los Derechos de los Estados miembros, sino también sobre el Derecho derivado de la propia Unión).

Para España, la integración en la Unión no sólo ha supuesto *un éxito para el desarrollo social, político y económico de España, sino también una garantía frente a posibles apartamientos circunstanciales de la Constitución por mayorías políticas poco respetuosas con los principios del Estado democrático y de Derecho*. Es cierto que el mantenimiento del sistema constitucional democrático y la corrección de cualquier erosión de las instituciones es responsabilidad interna, llevada a cabo por unos ciudadanos vigilantes de cualquier desviación por parte de políticos o de ocasionales ocupantes del poder, pero también lo es que *la pertenencia a la Unión nos dota de una afortunada garantía externa que no cabe desdeñar*.

Valores de la Unión Europea, el corazón institucional de la Unión

Andrés Betancor

La llamada a los valores es una constante en el TUE. Desde el Preámbulo, pasando por el artículo 2¹, que los consagra como el fundamento de la Unión, continuando con su identificación como eje central de su relación con el resto del mundo (art. 3), e, incluso, como la finalidad del «marco institucional» de la Unión (art. 13), hasta desembocar en el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que hace una glosa de extraordinaria relevancia respecto de qué es lo que significan:

«Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un *porvenir pacífico basado en valores comunes.*»
«Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la *Unión está fundada* sobre los *valores indivisibles y universales* de la *dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad*, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.»

El Tratado no sólo reconoce que la Unión se fundamenta en unos valores, como proclama el artículo 2, sino que, por un lado, su respeto y promoción es un requisito, el *único requisito esencial*, para solicitar el ingreso en la Unión (art. 49) y que, por otro, su violación, la de los valores, no de cualquier otra disposición, por parte de un Estado, desencadenaría el mecanismo de *castigo*

¹ «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres»

consistente en la suspensión de determinados derechos, incluido el derecho de voto en el Consejo (art. 7).

El Tribunal de Justicia es sensible a esta importancia. Es significativo que, si utilizamos el buscador de jurisprudencia, el TJUE ha acudido, en la motivación de sus sentencias, a, en particular, el valor «Estado de Derecho» del artículo 2 del TUE en treinta y ocho ocasiones², pero sólo desde el año 2015³. Hay que recordar que el TUE entró en vigor en el año 2009. Si excluimos las sentencias en materia de relaciones exteriores⁴, veintisiete son las sentencias de interés de las que veinticinco, significativamente, se han dictado a partir del año 2018. Si afinamos aún más, son diez las sentencias de referencia, o sea, las que integran el cuerpo doctrinal citado de manera reiterada por el propio Tribunal. De esas diez, todas ellas sobre la independencia judicial (art. 19 TUE), siete son asuntos relacionados con la legislación polaca. ¿Qué es lo que ha sucedido? La llegada de los populismos a los gobiernos de Polonia y Hungría, en particular, y la amenaza a la más importante institución contra-mayoritaria como es la del poder judicial independiente.

Los valores, sí, los valores fundantes de la Unión, son un ariete esencialísimo contra el populismo. Y lo son porque definen el corazón de las instituciones que sirven para organizar nuestra convivencia como sociedades democráticas. Me parece esencial lo que se expresa, como ya he dicho, en el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, cuando se proclama que la toma de conciencia de que los Estados comparten un «patrimonio espiritual y moral» común conduce a reconocer que la Unión está, por un lado, «fundada» sobre los «valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad» y, por otro, se «basa» en los «principios de la democracia y el Estado de Derecho», que «sitúa a la persona en el centro de su actuación.»

Está refiriéndose la Carta, como todos reconocemos, a los valores de la Ilustración, que lo son del liberalismo, y también del Estado primero de Derecho y muy posteriormente democrático (aunque no plenamente democrático hasta fechas muy recientes en términos históricos). La proclamación en el texto constitucional de que la persona es el «centro» de la Unión, de su «marco institucional» implica el reconocimiento y la protección de sus atributos: dig-

² Hasta diciembre del año 2021.

³ Precisamente, en relación con un asunto de política exterior: Sentencia 10/12/2015 (ECLI: EU: T:2015:953), asunto T-512/12 Front Polisario/Consejo. Es la primera de un grupo total de diez sentencias en las que se incluye el valor «Estado de Derecho» en asuntos relativos a las relaciones exteriores/política exterior de la Unión.

⁴ Sobre el total, diecisiete son las sentencias en materia de relaciones exteriores, lo que reduce las sentencias de interés a veintiuna.

nidad, libertad, igualdad y solidaridad. A partir de aquí, se establecen unas reglas constitucionales dirigidas a su amparo, la de la persona y sus cualidades. El Estado democrático de Derecho es un «invento» genial para la salvaguardia de la persona y de sus «adjetivos», aquellos, sin los cuales, no sería persona.

La centralidad fundante de los valores tiene una virtud relevante, no sólo en la argumentación jurídica, como hace el Tribunal de Justicia cuando se enfrenta al desafío del populismo iliberal, sino también político («discursivo»). Porque los valores formalizados son (deben ser) la expresión quintaesencial de lo que los ciudadanos aprecian en relación con la organización de la convivencia de una «sociedad aspiracional» (Nussbaum). Los ciudadanos se identifican, sienten y se emocionan con los valores, síntesis expresiva de lo que «valoran»; porque los valores formales han de serlo, también, porque lo son del sentir del individuo; la expresión de lo que valoran.

Olvidamos que las personas tienen sentimientos y emociones. Son seres sintientes, precisamente, lo que se le está reconociendo a los animales para permitirles el disfrute ya no de derechos, pero sí de garantías jurídicas. Esos sentimientos se construyen alrededor de lo que se valora. Porque nos sentimos dignos, libres, iguales y solidarios; nos sentimos personas, ciudadanos. Definen nuestra situación en el contexto institucional del Estado democrático de Derecho, así como nuestras funciones (expresadas como derechos fundamentales). Nos sentimos y lo somos: el ser sintiente como base de la institucionalidad. Se alza como criterio para valorar las instituciones y la confianza que suscitan. Es el «retorno» que, a modo de impresiones, sentimientos y valoraciones, recibimos de las instituciones.

No es una elucubración y aún menos inútil, cuando el propio Tribunal de Justicia, al examinar si unas disposiciones nacionales son conforme a los Tratados, en lo relativo al respeto a la independencia judicial, exigencia implícita en el artículo 19 TUE, acude a los sentimientos de los ciudadanos. Así, el Tribunal ha decantado un parámetro para examinar la conformidad al Derecho de la Unión, en particular, las exigencias del artículo 2 TUE, en relación con algunas de sus concreciones, como la de la tutela judicial (art. 19 TUE), que es el relativo a las «dudas legítimas» o las «apariencias»: el Derecho nacional no puede incluir disposiciones que puedan «generar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables» (en cuanto a la impermeabilidad de los jueces frente a influencias directas o indirectas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y su neutralidad con respecto a los intereses en litigio) y dar lugar a una «falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de esos jueces» susceptible de menoscabar la «confianza» que la Administración de Justicia «debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho»

(STJUE de 2 de marzo de 2021, asunto C-824/18; STJUE de 20 de abril de 2021, asunto C-896/19). No es una cuestión de forma, sino de valoración subjetiva de las formas.

Confianza viene de confiar y esta tiene como primer significado, según el Diccionario de la Lengua Española, «encargar o poner al cuidado de alguien algún negocio u otra cosa»; y como segundo: «depositar en alguien, sin más seguridad que la buena fe y la opinión que de él se tiene, la hacienda, el secreto o cualquier otra cosa.» Solo se tiene la «seguridad» de que ese encargo o tarea que se atribuye (deposita) a otro se va a atender y, además, de manera correcta, conforme a las expectativas, en virtud de nuestra buena fe y de la opinión que poseemos del encargado. La «seguridad» en nuestras instituciones se basa en que «creemos» en ellas; porque creemos, y sentimos, que se asientan sobre unos valores que reconocemos como fundantes (y fundamentales) de la organización de la convivencia que son los que nos reconocen como personas dignas, libres, iguales y solidarias. No podemos confiar en un sistema institucional que niega nuestra esencialidad. Confiamos en las instituciones porque creemos, sentimos y estimamos que respetan, protegen y garantizan unos valores, en los términos del Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales, que son «indivisibles y universales». Esta creencia (en el carácter fundante y fundamental de ciertos valores) es la fuente última de la confianza en las instituciones; la que nos hace esperar, de manera razonable, que ejercerán sus funciones sin traicionar (seguridad y esperanza) los parámetros de valor que, por su importancia, son constituyentes (de las instituciones) como formalizan los textos constitucionales. Es la «fe» y el reconocimiento de que las instituciones tienen un alma, la de los valores «indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad», la que construye la confianza. Es la que, en última instancia, las «legitima» para desplegar la función pública correspondiente. Es la legitimidad basada en los valores, porque son los que constituyen el corazón de nuestras instituciones; que deben preservar, a riesgo de generar impresiones, sentimientos y valoraciones deslegitimadoras que hipotecan su funcionamiento.

No nos puede resultar extraño, en coherencia con lo expuesto, que los valores sea el terreno en el que se está desarrollando el debate, no sólo político, sino también jurídico, contra el populismo que es, precisamente, iliberal, o sea, sin valores, sin los del liberalismo, los de la ilustración, los del Estado democrático de Derecho, los de la Unión.

¿Ha habido un exceso regulador por parte de las instituciones europeas? ¹

Juan S. Mora-Sanguinetti

«REGULACIÓN» Y «BREXIT»

Uno de los argumentos de los «brexiteers», es decir, los ciudadanos e instituciones que apoyaban la salida («Brexit») del Reino Unido de la Unión Europea (UE), fue que, según ellos, la Unión Europea regulaba de forma excesiva y minuciosa, con un ímpetu interventor, la realidad social y económica del

¹ Agradezco los comentarios a esta aportación, así como la organización del libro, a Andrés Betancor. Estoy agradecido a la Fundación Rafael del Pino por la invitación a participar en el seminario «Hablemos de instituciones». Las opiniones expresadas son personales y no deben ser atribuidas ni al Banco de España, ni a la Banque de France ni al Eurosistema. Contacto: Juan S. Mora-Sanguinetti. Banque de France - Eurosysteme (Direction Générale des statistiques des études et de l'international, 39 Rue Croix des Petits Champs - 75001, Paris - Francia) y Banco de España - Eurosistema (Dirección General de Economía y Estadística, Alcalá, 48 - 28014, Madrid - España). Correo electrónico: juansmora@gmail.com.

Las referencias bibliográficas de este trabajo son las siguientes:

HELPMAN, E. (Ed.). (2008). *Institutions and economic performance*. Cambridge: Harvard University Press.

MORA-SANGUINETTI, J. S. (2019). «La «complejidad» de la regulación española ¿Cómo medirla? ¿Qué impacto económico tiene?». *Revista ICE* n.º 907 (Marzo-Abril 2019). 147-162.

MORA-SANGUINETTI, J. S. (2022). «La factura de la injusticia. Sistema judicial, economía y prosperidad en España». Tecnos. Madrid.

MORA-SANGUINETTI, J. S. y R. PÉREZ-VALLS (2021). «How does regulatory complexity affect business demography? Evidence from Spain». *European Journal of Law & Economics*. 51, 203-242.

MORA-SANGUINETTI, J. S., y S. SALVADOR-MORA (2016). El impacto económico de la actividad normativa. Los riesgos de la «gran convergencia». *Revista de Economía Industrial* (vol. 398, pp. 117-128).

NORTH, D. C. (1981). Institutions, transaction costs and economic growth. *Economic Enquiry*, 25(3), 419-428.

NORTH, D. C. (1990). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press.

NORTH, D. C. (1999). Understanding the process of economic change. *Occasional Paper* 106, IEA (Institute of Economic Affairs).

VALLÉS-JIMÉNEZ, J., y ZÁRATE-MARCO, A. (2006). Reflexiones en torno al debate del impacto económico de la regulación y los procesos institucionales para su reforma. *Tribuna de Economía, Revista ICE*, 829, 205-233.

Reino Unido y que esto era indeseable. Véase, a modo de ejemplo: *Too much EU interference?*². Un documental tratando este tema alcanzó, de hecho, cientos de miles de descargas³. Ya sea por este, o por otros argumentos, la opción de salida obtuvo el apoyo mayoritario de los votantes en el referéndum convocado para decidir la permanencia del Reino Unido en la UE del día 23 de junio de 2016.

Esta discusión permite ahondar en el análisis de uno de los pilares institucionales básicos: la normativa o, utilizando un término anglosajón (y menos preciso en español), la «regulación». En la siguiente sección se proporcionan algunos argumentos a favor y en contra de la regulación. En la última sección se proporcionan algunos datos sólidos sobre si el «exceso» regulador de la UE fue real o no.

LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN. SUS VENTAJAS Y SUS INCONVENIENTES

Si bien no hay evidencia de que exista desarrollo económico sin normativa, existe un gran debate sobre si el exceso de ella puede ser contraproducente. En este debate, tanto juristas como economistas aportan diferentes matices que parece útil reseñar.

La regulación de un mercado concreto o de un problema social podría ser positiva en tanto que, desde el punto de vista del análisis económico, reduce los «costes de transacción» y proporciona información relevante a los ciudadanos y a las empresas [véanse, entre otros, Mora-Sanguinetti y Salvador-Mora (2016); Mora-Sanguinetti y Pérez-Valls (2021)]. En otras palabras, la normativa proporciona guías de comportamiento a los ciudadanos y a las empresas ante distintos problemas e incertidumbres, lo que les permite negociar y entenderse mejor. Con esta explicación estoy utilizando un lenguaje compatible con las palabras del premio Nobel de economía, Douglass North. Estas funciones pueden ser especialmente interesantes en escenarios muy complejos, como los de los países en procesos de integración, en que la normativa internacional (la de la UE) podría sustituir o guiar las normas de muchos países diversos (Vallés and Zárata 2006) hacia una mayor compatibilidad.

² <https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2016/01/28/too-much-eu-interference-a-look-at-the-areas-where-critics-say-the-single-market-overreaches-itself/>

³ <https://journals.openedition.org/rfcb/1319>

En contra de esta visión, la regulación podría no estar bien diseñada y sus errores o imprecisiones llevarían a malentendidos a los ciudadanos y a las empresas. Es necesario recordar que las normas provienen de un proceso político que puede reflejar los mismos problemas que se encuentran en la sociedad. Incluso, en el caso ideal de que una normativa estuviera óptimamente redactada en el pasado, puede pasar a ser anticuada o desadaptada respecto de las condiciones sociales y económicas del momento, convirtiéndose en un obstáculo. Sobre los problemas y las desadaptaciones producidos por la normativa, pueden consultarse North (1981, 1990 y 1999) o Helpman (2008).

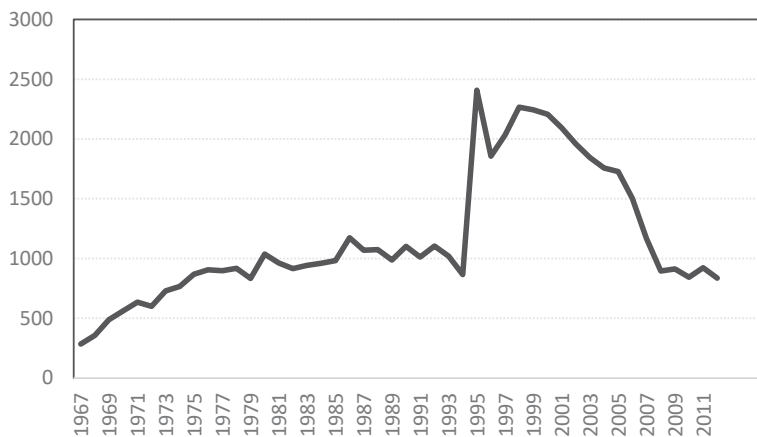
Uno de los motivos concretos por el que la normativa puede ser difícil de utilizar por parte de los ciudadanos o las empresas es que sea demasiado «compleja». El concepto de «complejidad» en este contexto hace referencia a las características formales de un cuerpo normativo: su volumen y minuciosidad, la frecuencia de aprobación, el número de administraciones que aprueban normativa (y su estructura territorial), su estructura de red (es decir, las conexiones que hacen unas normas respecto de otras) o su posible falta de calidad lingüística.

Un exceso de normativa podría hacer difícil su seguimiento por parte de los ciudadanos, llevándoles a incumplirla, a exponerse a sanciones y a sufrir litigiosidad [véase Mora-Sanguinetti (2019 y 2022)]. Estas preocupaciones parecen compatibles con la mencionada al inicio de esta aportación al respecto de los «brexiteers» sobre que la regulación podría ser excesiva o exuberante. Pero ¿es esto realmente así en el caso de la normativa proveniente de la UE? Es necesario realizar un análisis con datos.

MIDIENDO (CON DATOS) LA NORMATIVA EUROPEA

El gráfico 1 muestra el cómputo de los nuevos reglamentos y las nuevas directivas aprobados por las instituciones de la UE tras 1967. Podemos observar que, efectivamente, existió una gran cantidad de normas nuevas entre 1995 y 2005. Sin embargo, pasado ese período se produjo una gran reducción en la nueva regulación. La «normalización» de la aprobación normativa de las instituciones europeas es, por tanto, significativamente anterior al referéndum del Brexit (2016), restando fuerza al argumento de algunos «brexiteers».

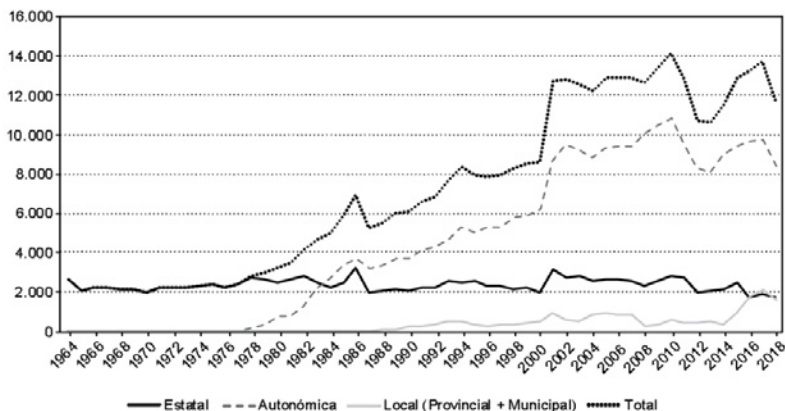
Gráfico 1. Suma de los nuevos reglamentos y las nuevas directivas de la UE (1967-2012)



Fuente: Toshkov, D. (n.d.) «55 years of EU Legislation», Online presentation. Disponible en: <http://www.dimiter.eu/Eurlex.html>

La reducción de la aprobación de normativa en la UE no necesariamente va de la mano de lo que está ocurriendo en otros marcos normativos. Por ejemplo, si cuantificamos la realidad del caso español (véase el gráfico 2), la aprobación de nuevas normas ha seguido creciendo tras 2005 y no parecen existir signos de cambio en los años más recientes.

Gráfico 2. Número de nuevas normas aprobadas en España



Fuente: Mora-Sanguinetti (2019).

PILARES BÁSICOS DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

CORONA

La Corona

Manuel Aragón Reyes

EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA MONARQUÍA: CORONA Y MONARQUÍA PARLAMENTARIA

La Corona, como institución, y la monarquía parlamentaria como forma política del Estado a través de la cual la Corona se proyecta, son, sin duda, piezas absolutamente claves para el sostenimiento y desarrollo de nuestro sistema constitucional democrático; así lo entendieron muy bien los constituyentes de 1978. Porque, de un lado, la Corona, además de asegurar la regular sucesión en la Jefatura del Estado, dotando de estabilidad y permanencia al Estado mismo, aporta a la legitimación racional del poder (en nuestra Constitución democrática, la voluntad popular) la legitimación histórica consustancial con la Monarquía, que enlaza el pasado con el presente y éste con el porvenir y, por ello, tiene especial capacidad de simbolizar también la unidad y permanencia de la nación española.

La experiencia de la Monarquía en otros países europeos prueba la validez y eficacia de esas funciones de la Corona. Y la experiencia española de los últimos cuarenta y seis años lo confirma, puesto que, además de contribuir muy notablemente al afianzamiento de nuestras instituciones y al desarrollo de nuestras relaciones internacionales, fue la Monarquía una institución decisiva para lograr el tránsito pacífico de la dictadura a la democracia, así como para

sostener a nuestra democracia y a nuestra nación cuando, en febrero de 1981 y en octubre de 2017, una y otra se pusieron en muy grave riesgo.

La forma de Monarquía parlamentaria amplía de manera sustancial aquellas funciones de la Corona, en cuanto que, de un lado, concilia el principio democrático con el principio monárquico, dado que el Monarca parlamentario no posee poder político propio (que lo ostentan los órganos estatales emanados, directa o indirectamente, de la voluntad popular) y, de otro, asegura la neutralidad de la jefatura del Estado, poniéndola al margen de la contienda entre partidos e introduciendo un elemento de equilibrio muy necesario para misma democracia. Como dijo muy bien Max Weber, «un monarca parlamentario, pese a su falta de poder, delimita formalmente las ansias de éste por parte de los políticos». Y ello, porque no teniendo «competencias» de libre ejercicio, tiene, sin embargo, capacidad de «influencia» derivada de los clásicos «derechos» de un Monarca parlamentario de «advertir», «animar» y «ser consultado en los asuntos públicos». El Rey parlamentario no tiene *potestas*, pero sí *auctoritas* y, en virtud de esta última, ejercida con prudencia, es capaz de «moderar el funcionamiento regular de las instituciones», como dice el art. 56.1 de la Constitución. En definitiva, en la Monarquía parlamentaria, como se dijo en una conocida frase, «el Rey hace más de lo que parece hacer».

Por otra parte, el Monarca, al ser una figura neutral que sólo ha de estar el servicio de los intereses generales, puede desplegar una extraordinaria capacidad de integración política, social y territorial que contribuye decisivamente al logro de una convivencia regular y pacífica entre todos los ciudadanos y entre todas las comunidades humanas que los cobijan en el seno de la patria común.

Por último, la unión entre Monarquía y democracia representada por la Monarquía parlamentaria se ha mostrado como una fórmula capaz de contribuir de manera notable al desarrollo de la dignidad personal y del bienestar general, como lo muestra que hoy sean los países con Monarquías parlamentarias los que disfrutan de un mayor grado de libertades, de democracia y de progreso social, según lo acreditan los índices internacionales más solventes en la materia. Me parecen incuestionable, pues, las ventajas que la Monarquía parlamentaria aporta a la España actual.

EL DEBATE SOBRE LA MONARQUÍA

En los últimos tiempos se detectan en España determinadas corrientes de opinión que, en unos casos, en el legítimo ejercicio de la libertad ideológica,

se muestran contrarias a la Monarquía apelando a la República o, en otros, sin llegar a ese extremo, y en ejercicio de la libertad de crítica, pretenden modificar el estatuto constitucional del Rey. A mi juicio, y dada la muy mayoritaria aceptación social de nuestra Monarquía parlamentaria y de su actual titular, la primera corriente no supone un grave riesgo, por ahora, para la pervivencia de la Institución. Mayor riesgo deriva, creo, de la corriente segunda, en cuanto que, aun no significando una impugnación frontal de la Monarquía, puede originar una auténtica desnaturalización de la misma propiciando así (aunque fuera inadvertidamente) su futura desaparición, al despojarla de algunas de las características y funciones que la dotan de valor y eficacia en nuestro sistema institucional.

Me parece que hoy, además, existe un tercer peligro para nuestra Monarquía que no debemos desdeñar: las actuaciones de determinados responsables políticos que no están en consonancia con su deber constitucional de respeto y lealtad al Rey, pese a que ese deber es consustancial a los cargos públicos que desempeñan y así además lo expresaron solemnemente en la toma de posesión de los mismos. Aquí ya no estamos en presencia del ejercicio legítimo de la libertad ideológica, o de la crítica jurídica (aunque ésta careciera de sólido fundamento), sino de una reprochable conducta de deslealtad constitucional.

Ante los que proponen la supresión de la Monarquía y la instalación de la República sólo puedo aducir, frente a sus razones (perfectamente defendibles) la más: creo que la conservación de nuestra Monarquía parlamentaria es la mejor solución para la paz, la democracia y el progreso social de los españoles. Esta convicción no sólo es teórica, sino también práctica, como nuestra historia de los últimos cuarenta y seis años demuestra. Además, y desde el punto de vista del análisis puramente intelectual, no creo que a las instituciones políticas, y en especial a las constitucionales, quepa comprenderlas cabalmente apelando sólo al *esprit de géometrie*, sino también, y necesariamente, al *esprit de finesse*, como tampoco cabe sustentar su funcionamiento sólo en las normas jurídicas, sino también en las formas simbólicas. A diferencia de lo que sucede con los fenómenos físicos, aquella distinción de Pascal nos recuerda la obligación de aunar «rigor» y «sutileza» en el recto análisis de los fenómenos políticos y sociales.

En lo que se refiere a las propuestas de reforma de nuestra Monarquía, creo que dos son las principales. Una de carácter general, respecto al estatuto del Rey y a las funciones de la Corona. Y otra de carácter concreto, relativa a dos únicos asuntos: la eliminación de la desigualdad entre la mujer y el hombre a la hora de suceder en la Corona y la eliminación, o reducción, de la inviolabilidad regia. Conviene tratarlas por separado.

Pero antes deseo efectuar una consideración que sirve para todas ellas: la de que estando reservada a la Constitución la regulación de la Corona no cabe que dichas reformas se hagan por ley. La única posibilidad de reformar los preceptos del Título II de la Constitución es acudiendo al procedimiento de reforma previsto en el artículo 168 de la misma, donde claramente se contiene aquella reserva. Reserva que tiene todo su sentido, ya que la posición fundamental de la Corona obliga a que su regulación provenga de la democracia de consenso (en este caso del máximo consenso previsto en el art. 168 CE) y no de la democracia de mayoría. Sobre esto después volveré.

En consecuencia, lo que ha de analizarse no es validez de una reforma constitucional para reformar el estatuto del Rey o las funciones de la Corona, cosa, en nuestro ordenamiento, perfectamente posible en términos jurídicos, sino la oportunidad de la misma. Según mi opinión, tal reforma sólo sería plausible para eliminar la preferencia del varón sobre la mujer en el caso de concurrencia en el mismo grado del orden de sucesión en la Corona. La actual regulación prevista en el artículo 57.1 CE no incurre, por supuesto, en inconstitucionalidad, como a veces, con ignorancia jurídica se ha sostenido, ya que el principio general de igualdad del artículo 14 CE está excepcionado en este caso por la propia Constitución, pero sí que no se corresponde con el legítimo estándar social y político de nuestra época. De todos modos, esa reforma no es urgente, ya que la naturaleza le ha dado, por fortuna, en el caso de la sucesión de nuestro Rey actual, una perfecta solución.

Para todo lo demás, una reforma constitucional la considero tan inoportuna como peligrosa, porque significaría reabrir una discusión institucional, política y social sobre la Monarquía que quedó muy bien zanjada en el proceso constituyente. Además, hay un punto concreto de esa reforma que estimo de una extraordinaria gravedad: el intento de eliminar o reducir la inviolabilidad del Rey. La Constitución es clara en esto: «la persona del Rey es inviolable». Eliminar la inviolabilidad regia mediante una reforma constitucional supondría, sencillamente, desfigurar por completo a la Monarquía, ya que se trata de un elemento esencial de esa forma política. No en vano está recogida en las Constituciones de todas las Monarquías parlamentarias europeas. Y no es sólo un privilegio del Monarca, sino que lleva aneja una obligación: el contrapeso de la inviolabilidad es el deber de ejemplaridad del Rey y la carga de abdicar cuando esa ejemplaridad no se cumple. Apelando a la vieja distinción escolástica cabe decir que el Rey no está sometido al Derecho por la vis coactiva, pero sí está sujeto al Derecho por la vis directiva.

También supondría una desvirtuación de la Monarquía eliminar la inviolabilidad para los actos privados del Monarca. De un lado, porque para los

actos constitucionales del Monarca, que son «actos debidos» en cuanto que son previamente adoptados por otros órganos del Estado, la responsabilidad del Rey está salvada por la del refrendante y, de otro, porque la inviolabilidad es «de la persona» del Rey y no de su condición de titular de la Jefatura del Estado. Por ello, en todas las Monarquías europeas la inviolabilidad del Monarca significa que «no podrá ser sometido a juicio por los tribunales». El único caso, el de Suecia, en el que, pese a que en su Constitución existe esa misma expresión, hay debate doctrinal acerca de la responsabilidad ante la justicia por los actos privados, la doctrina mayoritaria se inclina porque ello únicamente suceda después de una posible abdicación.

En cuanto a las pretensiones que algunos sostienen sobre la necesidad de una ley general de la Corona que complete los preceptos del Título II CE, mi opinión es enteramente contraria. Primero porque la materia goza de reserva de Constitución. Segundo, porque no caben leyes meramente interpretativas de los preceptos constitucionales, como ha sostenido correctamente nuestro Tribunal Constitucional. Tercero, porque la única ley prevista en el Título II CE (y única permitida, por lo que acabo de decir) no es una ley general, sino una ley singular, o más exactamente una ley orgánica-acto para resolver los supuestos concretos de «abdicaciones y renunciaciones o cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión en la Corona» (art. 57.5 CE). No caben, pues leyes generales sobre la Corona, ni ordinarias, por supuesto, ni orgánicas dada, además, la interpretación restrictiva que a la reserva de ley orgánica ha dado, correctamente, el Tribunal Constitucional.

La complementación (cuando fuere necesario) de lo dispuesto en la Constitución sobre la Corona y la Monarquía parlamentaria puede lograrse perfectamente, bien mediante los reglamentos parlamentarios (incluido el aún no existente de las Cortes Generales) para la regulación de los actos del Rey en el parlamento, bien por reglamentos del Gobierno (como se ha hecho hasta ahora, con la debida colaboración y consentimiento de la Casa del Rey, como debe ser) para los asuntos meramente formales de la Corona que caen en la órbita del poder ejecutivo, o bien mediante las reglas y directrices emanadas de la propia Casa del Rey relativas a la gestión y control de los ingresos y gastos y a la transparencia y buen gobierno de la propia Casa. En lo demás, para resolver lagunas que en el Título II CE pudieran existir, los instrumentos adecuados son los principios generales (comunes en las Monarquías parlamentarias) y la costumbre. El estatuto del Rey y las funciones de la Corona no pueden dejarse en manos de las cambiantes mayorías parlamentarias.

RIESGO PARA LA MONARQUÍA DERIVADO DE UN DEFECTUOSO PARLAMENTARISMO

Dicho todo lo anterior, no puedo ocultar una especial preocupación: la que me embarga ante la decadencia de nuestro sistema parlamentario de gobierno, porque supone, a mi juicio, el mayor riesgo actual para la propia Monarquía.

Asistimos, desde el año 2016, a un declive de nuestro sistema parlamentario, que se ha agudizado gravemente en la actualidad. Es cierto que algunos defectos ya venían de atrás, como el de la conversión de nuestro parlamentarismo de presidente del Gobierno en una práctica de parlamentarismo presidencialista mediante la cual el Gobierno como órgano dejaba de tener relevancia propia, absorbido por la persona de su presidente que, al mismo tiempo, se presenta más como presidente de la nación que como mero presidente del poder ejecutivo, aparentando una especie de jefatura del Estado que no le corresponde a él, sino al Rey. Esta práctica, poco a poco acentuada desde 1982, no perturbó gravemente, de todos modos, la estructura y el funcionamiento del Estado.

A partir de 2016 aquella anomalía adquirió mayor extensión y gravedad hasta desfigurar, por completo, nuestro parlamentarismo constitucional. Las consecuencias de ese proceso son bien conocidas: extrema polarización política; ausencia del espíritu de pacto entre los dos grandes partidos; radicalización de los discursos parlamentarios y, al mismo tiempo, debilitamiento extremo del propio parlamento como institución que, en lugar de ser la pieza esencial del sistema, ha pasado a ser un mero receptor y confirmador de las políticas gubernamentales, como lo muestran la práctica desaparición de la función de control y de la potestad legislativa parlamentaria, convirtiéndose el Gobierno en el auténtico legislador a través de un uso extraordinariamente abusivo de los decretos-leyes, que han pasado a ser un modo ordinario de legislar. Además, el «presidencialismo» se ha exacerbado.

Todo ello se ha producido como consecuencia del franco apartamiento, por los agentes políticos y los partidos, del espíritu que anima nuestro modelo constitucional que, como el alemán, del que trae origen, es el de un parlamentarismo racionalizado que debe conducir a gobiernos estables y con suficiente mayoría parlamentaria (ya sea de un partido o de una coalición de partidos) que apoyen un claro, detallado y coherente programa de gobierno, de manera que tanto la investidura del presidente del gobierno como la moción de censura, han de ser, necesariamente, «constructivas», que es todo lo contrario de lo que en España, desde 2016, está sucediendo.

Nuestra forma parlamentaria de gobierno está, y no exagero, en una situación de franca decadencia. Muchos factores han contribuido a ello. Entre otros, un gobierno de coalición en minoría, de composición política muy hete-

rogénea y que incluye a una parte cuyas pretensiones chocan en ciertas ocasiones con el deber de lealtad a las instituciones constitucionales, gobierno necesitado, además, del apoyo en las Cortes de otros partidos que, como antes dije, no tienen como objetivo último proteger la estabilidad del sistema, sino destruirlo, exigiendo siempre contraprestaciones favorables a sus propios intereses en detrimento de los intereses generales.

Aunque la causa de aquella decadencia es más profunda aún, puesto que incluye no sólo al gobierno, sino también al principal partido de la oposición. Me refiero a la desafortunada introducción de las primarias en la organización interna de los partidos políticos, que ha conducido a un indudable cesarismo del secretario general o presidente del partido, con infracción, creo, del espíritu del artículo 6 de la Constitución, que cuando impone el funcionamiento democrático de los partidos se está refiriendo a un tipo específico de democracia, la democracia constitucional, representativa y con frenos y contrapesos, contraria a la democracia plebiscitaria que deriva de las primarias.

A lo que se une la concepción, común en el gobierno y la oposición, de la función de los partidos como entidades que pretenden fagocitar a la totalidad de las instituciones del Estado, repartiéndose por cuotas la designación de órganos constitucionales, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas y los organismos reguladores de los mercados.

No es ese el sistema que la Constitución ha previsto. La erosión (más bien, franca desvirtuación) de nuestra forma parlamentaria de gobierno puede tener, además, graves efectos para nuestra Monarquía, puesto que al ser una Monarquía parlamentaria (y no podría ser de otra manera, ya que es la única forma en que democracia y Monarquía no entren en contradicción) su correcta funcionalidad requiere que también el parlamentarismo funcione correctamente, evitando así, de un lado, que el Rey vea difuminada sus funciones y, de otro, en el polo opuesto, que el Rey (por la ausencia de pactos entre los partidos sostenedores del sistema) se vea compelido a hacer lo que, constitucionalmente, no debe hacer (resolver crisis en la investidura de presidentes del Gobierno, por ejemplo, que es algo que los partidos, responsablemente, debieran de resolver por ellos mismos).

En la Monarquía parlamentaria, Monarquía y parlamentarismo están indisolublemente unidos, de manera que el mal funcionamiento de cualquiera de esos dos elementos origina unas consecuencias indeseables para ambos. Ese es, me parece, como ya advertí más atrás, un riesgo evidente que hoy sufrimos en nuestro sistema institucional.

CONCLUSIONES

Para poner fin a esta ponencia quiero resaltar una característica, o mejor una exigencia, que me parece tan obvia como fundamental: la unión inescindible entre la Corona y la Constitución. En la Monarquía parlamentaria por la Constitución se reina, guardando la Constitución el Rey se mantiene, y en España, muy especialmente, guardando a la Monarquía también se mantiene la Constitución.

Nuestra Monarquía parlamentaria es, como la experiencia ha acreditado, una de las instituciones fundamentales de nuestro sistema político, no sólo para coadyuvar a que la Constitución, y por ello la democracia constitucional, conserven su vigencia, sino también y principalmente, para garantizar la continuidad de la comunidad política llamada España. De ahí que la defensa de nuestra Monarquía parlamentaria sea hoy, a mi juicio, una obligación de los políticos y las instituciones, pero también de todos los juristas comprometidos con la conservación de España como Nación y del sistema de organización del poder que ella misma, soberanamente, se ha dado.

El valor simbólico de la Monarquía en nuestra Constitución

Jorge Rodríguez-Zapata

La Monarquía parlamentaria es la forma política del Estado español, según proclamación del artículo 1.3 CE que quiero destacar. La hace después de que, en el artículo 1.2, la Norma Fundamental residence la soberanía nacional en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado, y de que, en el artículo 1.1, haya constituido España en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

La definición del artículo 1.3 CE supone que, además de la esencial representación analítica de las Cortes Generales, el constituyente configura al Rey como *representación sintética del Estado*, que lo resume simbólicamente en su unidad y permanencia. Da verdadero sentido al citado artículo 1.3 el artículo 168 CE, cuando considera *revisión total de la Constitución* cualquier reforma parcial que afecte, en algo, al Título II de la misma, que regula la Corona, o al Título Preliminar, que contiene esa definición de la Monarquía parlamentaria como forma política del Estado

La Monarquía parlamentaria queda así protegida con la máxima garantía que conoce un Estado de Derecho; la misma con la que se protegen los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos y los principios básicos de la soberanía popular y del Estado social y democrático de Derecho: *Simul stabunt aut simul cadent*.

Por eso la Corona es *algo más que una mera configuración contingente de un Jefe de Estado vitalicio*, que transmite el oficio en forma hereditaria. La Monarquía Parlamentaria es la forma política del Estado (artículo 1.3 CE) por lo que tocar, por ejemplo, la inviolabilidad del Rey supone una revisión total de la Constitución.

Como hay en la Constitución un monismo democrático del poder y no existe en la CE un principio monárquico por el que el Rey coexista, en forma dual, con el principio democrático, que se encarna en las Cortes Generales, nuestro constituyente se ha visto obligado a *realzar el valor simbólico* de la Jefatura del Estado de nuestra Monarquía parlamentaria, que no constitucional, como una de las «dignified parts» de la Constitución, en expresión insuperable de Bagehot.

Nuestro constituyente emplea una *doble forma de lenguaje* al tratar la Jefatura del Estado. Afirma, por una parte, que el Rey es el *Jefe del Estado*, para lo que emplea un concepto para la aprehensión intelectual de su contenido. Pero, al mismo tiempo, declara que el Rey es *símbolo* de la unidad y permanencia del Estado, para lo que recurre al método simbólico como método de la percepción sentimental o irracional del conocimiento. El artículo 56.1 CE no prescribe o manda que el Rey sea símbolo, sino que lo *describe* como tal, asumiendo que esa condición es la adecuada para la Monarquía, que nos permite aprehender su *verdadera naturaleza y significado*, en el que la forma monárquica de la Jefatura del Estado *supera a la forma de Jefatura del Estado republicana*.

Así lo expresó un jurista muy poco sospechoso de contaminaciones extrajurídicas como Hans Kelsen. En sus «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre» del año 1923 dijo que el Jefe del Estado en las Monarquías constitucionales es como el dios Jano, porque tiene una *dimensión extraestatal* junto a su apariencia o cara legal. Es imposible, decía Kelsen, dar una definición de esa forma de Jefatura del Estado si se olvida esa doble condición. El Rey tiene un indudable *valor estético* para el Estado, pero también un *valor ético*. Cuando el artículo 56.1 CE declara que el Rey arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones no está ante una prescripción normativa sino ante una *descripción* que resume los principios y valores que hacen que el Rey sirva de Jefe de Estado como guía para el correcto funcionamiento del Estado. Por ejemplo, en los mensajes al pueblo español de 23 de febrero de 1981 y de 3 de octubre de 2017.

Un ejemplo reciente y muy expresivo de este valor extraestatal o no jurídico de la figura de un Rey tradicional se encuentra en la coronación del Rey Carlos III de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el pasado 6 de mayo de 2023. En esa ceremonia, que se ha afirmado como adaptada a los tiempos modernos, se ha mantenido nada menos que la unción de la persona física del Rey con los santos óleos.

La afirmación de que el Rey es el símbolo de la unidad y permanencia del Estado apela a su condición de *factor de integración y resumen* del Estado y de la sociedad confiere sentido *sintético* a todo el Estado como Estado Total

(*Gesammtstaat*), es decir al Estado y las Comunidades Autónomas, pero el Rey es también *representación sintética del Estado y de la sociedad*. El Rey sirve para *dar sentido* a la unidad de España en su dimensión histórica. La monarquía apela a la Historia de la que la dinastía es resultado (art. 57.1 CE). Por eso el mismo artículo 56.1 señala que el Rey asume la más alta representación de España en las relaciones internacionales especialmente con las naciones de su comunidad histórica.

Esta dimensión iusinternacional es también *descriptiva* de una *norma generalmente reconocida en la Comunidad internacional*, por la que se considera que todos los Jefes de Estado gozan del *ius raepresentationis omnimodae* con independencia de que la Constitución interna lo reconozca o no y de que sean Reyes o Presidentes de República. Los Jefes de Estado tienen reconocida una *especial prerrogativa de inviolabilidad* (inviolabilidad personal, inmunidad fiscal, libertad absoluta de acción, inmunidad de la jurisdicción civil y penal) que no les protege a ellos como personas sino al Estado, como un derecho personalísimo y simbólico de éste. El Derecho internacional protege al Jefe del Estado como símbolo del propio Estado, al igual que se protege a su himno, su escudo o su bandera. Y no solo en sus actos sino también ante reclamaciones de Derecho privado, como muestra la práctica internacional.

La supuesta inferioridad conceptual de la Monarquía frente a la perfección de la República se ve frecuentemente en la irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey frente a la responsabilidad del Jefe de Estado republicano. Pero, como afirmó Ernest Renan, el valor esencial de la Monarquía no está al alcance de cualquier inteligencia media.

El correlato de la consagración de la inviolabilidad del Rey es la consiguiente abdicación de la Corona en caso de un desempeño irregular. En Gran Bretaña, en 1926, Sir Stanley Baldwin dispuso la abdicación del Rey Eduardo VIII mucho antes de que sus *unconventional relations* con la señora Simpson ofrecieran una excusa para ello, sin necesidad de informar al Parlamento ni siquiera a todo el Gabinete de esta renuncia. Los motivos de su abdicación han quedado, desde entonces en el campo donde deben estar, que es el de los historiadores.

Los llamamientos automáticos a la Jefatura del Estado en la Monarquía ofrecen *seguridad y estabilidad política*, por encima de lo que ocurre en las Repúblicas. La facilidad con la que en la Historia se han conseguido las abdicaciones regias (por ejemplo, la de la Reina Juliana de Holanda en 1980) sirve de correctivo a los posibles fallos del sistema con los mismos resultados a los que se producen, sin salir de Europa, con los precedentes propios de una República, como ha demostrado en Italia el caso Leone. Esos precedentes tienen

su espejo en las vicisitudes del caso Watergate en Estados Unidos. A la postre, se saldó también con la irresponsabilidad del Presidente Richard Nixon. Como declaró su sucesor Gerald Ford en su concesión de perdón, de 8 de septiembre de 1974 someter a enjuiciamiento a un Presidente de los Estados Unidos prolongaría durante más de un año un debate muy penoso del que la Nación se estaba recuperando y significaría persistir durante ese tiempo en dividir al pueblo norteamericano.

Exigir responsabilidades a un Jefe del Estado, sea o no Rey, es siempre tarea *arriesgada por el carácter simbólico de la institución monárquica* que, junto al refrendo, justifica *–tamquam umbra–* la inviolabilidad. No es ocioso recordar que Carl Schmitt comparó la justicia política diciendo que se sitúa entre la justicia ordinaria, por la que se juzga al ciudadano ordinario, y la justicia revolucionaria que termina con un enjuiciamiento por fusil.

Importancia de la figura del Monarca en nuestro Estado constitucional

María Isabel Álvarez Vélez

A la magnífica ponencia del Prof. Aragón, sin ánimo de exhaustividad y, por supuesto, simplemente con intención de reflexionar, realizo alguna aportación breve.

En primer lugar, no cabe duda de la relevancia que ha tenido la Monarquía desde la aprobación de la Constitución. Desde el punto de vista del Derecho constitucional lo adecuado, al referirse a la Jefatura de Estado en España, es que el término «parlamentaria», acompañe siempre al de «Monarquía» como se señala en el artículo 1. Con ese marco inicial, la regulación constitucional de la Corona, en el Título II, responde al *deseo constituyente de establecer una monarquía racionalizada con poderes tasados*, que en ningún caso ensombreciera los principios de democracia, libertad e igualdad que tenían que presidir la Constitución.

En segundo lugar, las funciones del Jefe del Estado en una Monarquía, del Rey, y las del Jefe del Estado en una República parlamentaria, el Presidente, son *similares*, de tal manera que en un Estado democrático de Derecho pocos contrastes podemos encontrar. *Son diferentes en su legitimación y representación, así como en lo que se refiere al papel, simbólico y de permanencia*, sobre los que algunos autores consideran más eficaz el de la Corona que el del Presidente de la República. Durante años hemos desglosado y estudiado las funciones del Rey correspondientes a la consideración del Rey como símbolo, como moderador y como árbitro.

La Constitución establece una *colaboración de poderes*, en la que cada órgano constitucional goza de unas facultades concretas, formándose un entramado de relaciones jurídico-constitucionales, que aseguran la colaboración

entre órganos, y la garantía de los principios inspiradores del texto. El Jefe del Estado goza también de las facultades que la Constitución ha previsto, y su expansión podría invadir las facultades de otros órganos. No obstante, pueden entreverse algunas capacidades que, en determinadas circunstancias podrían otorgar al Rey un margen para una *verdadera función arbitral*. Por antonomasia esta posibilidad parece desprenderse del artículo 99.1 CE, debate que se ha suscitado recientemente.

La cuestión consiste en *delimitar la libertad del Rey para decidir el candidato a la Presidencia*, que deberá someterse al procedimiento establecido en los apartados siguientes del mismo artículo 99, para obtener la confianza del Congreso de los Diputados. La libertad del monarca está limitada por la proporción de fuerzas representadas en la Cámara, ya que la obligación del Rey consiste en presentar un candidato que cuente con la confianza de la Cámara, o con mayores expectativas de obtenerla. Sujeto a la Constitución, como el resto de los poderes públicos, debe respetar el derecho al desempeño de cargos públicos, conforme al artículo 23.1 de la Constitución. En este sentido podría apuntarse, con extremas cautelas, que, si bien el Rey no puede expresar su opinión en público, ni puede imponerla, si podría hacerla saber en privado. De hecho, en las consultas que ha de mantener con los representantes de las fuerzas políticas parlamentarias, está implícito un intercambio de pareceres sobre asuntos públicos. De hecho, no sería fácil que el Rey cumpliera eficazmente esta función que la Constitución le encarga si no conoce en profundidad los programas y la actividad de las fuerzas políticas. Por otro lado, la propia Constitución reconoce que el Jefe de Estado ha de estar informado, puesto que dispone en el artículo 62 que «corresponde al Rey [...] g) ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno».

Además, frente a los cambios políticos y las tensiones sociales, *el Rey simboliza la permanencia del Estado, el orden y el entramado de relaciones jurídico-políticas que mantiene la estabilidad del Estado*, más allá de los vaivenes políticos que protagonizan los partidos en legítima lucha por el ejercicio del poder. En este ámbito, la Monarquía aporta la seguridad del orden sucesorio, que asegura en lo posible la continuidad de la institución, aun cuando el titular de la Corona sea menor de edad. *Una institución apartada de la política activa y de la inestabilidad de los cambios*, a la que no afecta el desprestigio, o prestigio, de la clase política y el desgaste de los Gobiernos. Debido al principio de la irresponsabilidad, el Rey no asume la responsabilidad de sus actos, porque no responden a su voluntad, sino a la de otros órganos, pero, como Jefe de Estado asume la «más alta representación del Estado en las relaciones inter-

nacionales». Porque *el Estado permanece, aunque la dinámica de la política conlleve cambios en la ideología imperante o en los propósitos de los programas de Gobierno.*

Arbitrar y moderar «el funcionamiento regular de las instituciones» se conforma como una solitaria expresión, en el artículo 56.1 CE, que debe interpretarse en relación con otros preceptos constitucionales. La función moderadora del Rey suele referirse a la colaboración del Jefe del Estado con otros poderes. El Rey carece de poderes propios, o dicho más exactamente, no puede innovar, por sí mismo, el ordenamiento ni producir, por su sola voluntad, actos jurídicos estatales de aplicación de ese ordenamiento. De modo que las atribuciones que el artículo 62 CE otorga al Rey están referidas a la actuación de otros órganos. Funciones que exigen para su plenitud la acción del Jefe del Estado, que vincula su potestad a la del otro órgano constitucional con poder decisorio, formando así un acto complejo. Así, el Rey sanciona, promulga y manda publicar las leyes aprobadas por las Cortes Generales, nombra a los Ministros a propuesta del Presidente, expide los decretos aprobados por el Consejo de Ministros y en su nombre se imparte justicia.

En tercer lugar, en lo relativo a la reforma constitucional que afecte al Título II de la Constitución no parece viable, ni previsible que a corto plazo se vaya a realizar. Sin embargo, *sí creo preocupante que en el sentir popular esté cuajando la idea de que democracia-república es el único binomio aceptable y que democracia-monarquía es un binomio incierto y obsoleto, propio de otros tiempos.* Y aunque esto, como indico, no conlleve un cambio a corto plazo, sí puede menoscabar la afección a una institución, que ha sido y es fundamental en nuestro Estado, que es claramente una monarquía parlamentaria al uso y que es sin ninguna duda un Estado democrático.

En cuarto y último lugar, una breve pincelada acerca de la inviolabilidad de la persona del Rey. Como ha señalado el Prof. Aragón el instituto de la inviolabilidad forma parte desde sus orígenes del estatuto jurídico fundamental de la Monarquía como institución. Existe, eso sí, debate sobre esta cuestión.

El Tribunal Constitucional ha declarado, aunque en mi opinión con términos poco afortunados y confusos, que la inviolabilidad regia es un «privilegio de naturaleza sustantiva» (STC 98/2019, de 17 de julio, FJ 3 b). Bien es cierto que, en esta misma Sentencia, el Tribunal señala que «el Rey, como Jefe del Estado, goza de una especial dignidad, pero no se sitúa jerárquicamente por encima de las instituciones, ni figura investido de potestades propias de supremacía para dictar decisiones vinculantes que se impongan a los poderes del Estado. Dispone de capacidad para promover o para perfeccionar iniciativas jurídicas, [...] pero no tiene posibilidad de adoptar por sí decisiones de

poder o realizar los actos necesarios para su ejecución» (FJ 3 a). Creo que *reconocer la inviolabilidad como privilegio, como una ventaja, en definitiva, no aporta claridad al debate.*

Por su parte el Consejo de Estado, ha indicado que la irresponsabilidad del Rey proclamada en el artículo 56.3 CE «juega tan sólo en el ámbito interno, pero no en el internacional» (Dictamen 1374/1999, de 22 de julio). Siendo el Rey, tal y como señala el artículo 56.1 CE, «símbolo de la unidad y permanencia del Estado», es *complejo disgregar su persona del cargo público* que ostenta, lo que sí parece viable con los Jefes de Estado republicanos, por lo que tiene sentido que, en éstas, la inviolabilidad se circunscriba exclusivamente a los actos institucionales de aquéllos y que se amplíe para los Jefes de Estado en las monarquías.

Como ha señalado Torres del Moral «estamos ante una delicada institución jurídica que se bate en retirada y a la que se le puede pronosticar un futuro desfavorable». Probablemente el debate más encendido que hay hasta ahora sobre la monarquía, trata sobre el triple rasgo de su estatuto jurídico: irresponsabilidad, inviolabilidad y fuero. No obstante, creo que *no debemos olvidar lo relevante que ha sido para la implantación de nuestro Estado constitucional la figura del Monarca y el importante papel simbólico y de representación que sigue desempeñando.*

Una concepción republicano-funcionarial de la Monarquía Parlamentaria

Manuel Conthe Gutiérrez

Comparto bastantes de las ideas esenciales sobre la Corona que defiende en este mismo libro Manuel Aragón. Entre ellas, destacaría las siguientes:

En primer lugar, la Corona garantiza la neutralidad (política) de la jefatura del Estado, poniéndola al margen de la contienda entre partidos e introduciendo un elemento de equilibrio muy necesario para la misma democracia.

En segundo lugar, el Rey parlamentario no tiene *potestas*, pero sí *au-toritas* y, en virtud de esta última, ejercida con prudencia, es capaz de moderar el funcionamiento regular de las instituciones (art. 56.1 CE).

Y, en tercer lugar, una reforma constitucional de la Corona no es urgente y, en la actualidad, sería «tan inoportuna como peligrosa». Y «para resolver lagunas que en el Título II CE pudieran existir, los instrumentos adecuados son los principios generales (comunes en las Monarquías parlamentarias) y la costumbre».

Pero mi apoyo a la Monarquía Parlamentaria en España se sostiene en una concepción muy distinta a la suya, que resumiría en las siguientes ideas:

En primer lugar, la Monarquía Parlamentaria es radicalmente distinta a la Monarquía histórica, tiene su fundamento exclusivo en la Constitución (no en ninguna «legitimidad histórica») y puede concebirse como una «República Coronada» (o, aun mejor, «República Racionalizada»).

Es cierto que la Constitución describió a Don Juan Carlos I de Borbón como «legítimo heredero de la dinastía histórica». Pero eso puede interpretarse como un mero adorno, fruto del sensato deseo político de los padres de nuestra Constitución de hacer el experimento de la Transición con «gaseosa»

—es decir, apelando a la continuidad histórica— y de poner sordina a que a Don Juan Carlos lo había elegido Franco.

A ese mismo objetivo de dar una imagen de continuidad histórica obedece el nombre del actual rey, «Felipe VI», lo que sugiere que es sucesor, distante, de «Felipe V».

A mi juicio, sin embargo, entre la Monarquía histórica y la actual Monarquía parlamentaria hay diferencias tan esenciales que no creo que resulte útil apelar a «legitimidades históricas» ni destacar la continuidad entre ambas modalidades de monarquía. Quienes ponen tanto énfasis en la legitimidad y continuidad histórica y dinástica de los Borbones dan a la actual institución monárquica un aire anticuado, propio de otras épocas predemocráticas, y, sin pretenderlo, dan pábulo al republicanismo. Por eso, yo siempre me refiero y referiré al actual Rey como «Don Felipe», no como «Felipe VI».

En segundo lugar, el Rey o la Reina (en sentido propio, no la mera consorte del Rey) deben concebirse como el más alto funcionario del Estado, cuyo reclutamiento se ajusta al principio hereditario porque este sistema, en la práctica, por un lado, garantiza la plena neutralidad política de la jefatura del Estado, que no precisa el apoyo electoral o parlamentario de ningún partido o grupo político para acceder al cargo y hace que la Corona no pueda ser una más de las instituciones del Estado «fagocitada» por los partidos políticos. Ese carácter «inexpugnable» de la institución monárquica frente al deseo de los partidos políticos de que ese puesto lo ocupe una persona afín, subordinada a ellos, explica la espontánea hostilidad hacia la Corona de quienes sucumben al «fundamentalismo democrático» (esto es, la convicción de que en un sistema democrático cuantos más cargos sean electivos, mejor)¹.

Y, por otro, asegura un largo período de formación del futuro jefe de Estado, para el desempeño de un cargo que, por sus funciones regladas, no exige particulares aptitudes, sino tan solo una sólida formación y experiencia práctica.

Es cierto que para el reclutamiento de los miembros de otros órganos o instituciones que deben ser independientes de los partidos políticos pueden imaginarse otros mecanismos distintos al sucesorio, como el sorteo, un sistema que se remonta a Grecia, se sigue empleando en la selección de miembros de jurados y de interventores electorales, y yo he propuesto que se aplique a la elección de los jueces llamados a ser vocales del Consejo General

¹ Sobre este concepto, puede verse «El virus del fundamentalismo democrático», disponible en <https://www.expansion.com/blogs/conthe/2020/12/08/el-virus-del-fundamentalismo-democratico.html>

del Poder Judicial. Pero tales sistemas son inimaginables para elegir al jefe de Estado: el principio hereditario es la única alternativa práctica a la fórmula republicana.

En tercer lugar, el Rey, como jefe de Estado, puede concebirse como una «Autoridad Política Independiente», por analogía con el concepto de las «Autoridades Administrativas Independientes» (Banco de España, CNMV...).

En efecto, su fundamento conceptual es muy similar al de, por ejemplo, la independencia de los bancos centrales o de la supervisión de los mercados de valores: en una economía próspera y una sociedad abierta hay ciertas funciones (política monetaria, supervisión de los mercados de valores, impartición de justicia, moderación de los conflictos entre las instituciones del Estado...) que hay que sacarlas del ámbito de la política y encomendárselas a un órgano no electivo, evitando el «fundamentalismo electoral». Por parecido motivo, los árbitros y mediadores deben ser siempre independientes de las partes.

En cuarto lugar, como corolario de esa visión, debemos suprimir o limitar al máximo el concepto jurídico de «Familia Real», sin perjuicio de que las revistas del corazón sigan atentas a la «familia del Rey»: la Corona debe limitarse al Rey y a su directo sucesor (*designate* –como se califica en Estados Unidos al futuro presidente, entre su elección en noviembre y su toma de posesión en enero–). El resto de sus familiares (consortes, hijos, yernos, nueras...) deben tener un nulo papel institucional –como señala, respecto a la Reina, el artículo 58 de la Constitución– y como ocurre con los parientes de, digamos, los presidentes del Gobierno, magistrados del Tribunal Supremo o gobernador del Banco de España.

De igual forma, debiéramos proscribir la abominable expresión «derechos dinásticos»: el acceso a la Jefatura del Estado como rey o reina debe verse, cuando llega el momento, como un deber, no como un «derecho», como a quien le designan para ser miembro de un jurado popular o interventor en una mesa electoral.

En quinto lugar, como corolario adicional, nada impediría que el cargo de jefe de Estado –es decir, de Rey o Reina– dejara de tener carácter vitalicio, y pudiera asentarse la costumbre de que el Rey abdicara tras cumplir, digamos, los ochenta u ochenta y cinco años. No solo en otras monarquías europeas, sino en una institución tan apegada históricamente al carácter vitalicio del cargo, como el Papado; Benedicto XVI renunció voluntariamente por razones de edad.

En sexto y último lugar, la Constitución Española fue hija de su tiempo y al regular la Corona incorporó vestigios de etapas pretéritas, incongruentes con otros valores modernos que la propia Constitución consagró. Entre ellos estuvieron, por un lado, desde luego, la preferencia del hombre sobre la mujer en el orden sucesorio (art. 57.1).

Y, por otro, la inviolabilidad del Rey, un vestigio de la Monarquía histórica y de sus raíces divinas que atenta gratuitamente contra el principio de igualdad ante la Ley. El Rey debe quedar protegido, desde luego, por el refrendo gubernamental en el desempeño de sus funciones, y por un reforzado aforamiento en sus actos personales.

Pero al igual que, afortunadamente, los curas pederastas ya van a la cárcel (durante muchos años también ellos fueron considerados, *de facto*, «inviolables»), un hipotético «Rey delincuente» debiera también ir a la cárcel, incluso por actos delictivos cometidos durante su mandato.

Por eso, discrepo de la afirmación de que «eliminar la inviolabilidad regia mediante una reforma constitucional supondría, sencillamente, desfigurar por completo a la Monarquía, ya que se trata de un elemento esencial de esa forma política». ¿Por qué?

Como ya he expuesto con anterioridad, debe rechazarse vigorosamente la idea de que la Monarquía Parlamentaria es una idea «antigua» o «anti-democrática» y subrayarse –como hace Manuel Aragón– que muchos de los países más prósperos de la Unión Europea son monarquías (Dinamarca, Suecia, Holanda...).

Ahora bien, tampoco hay que caer en excesos panglossianos sobre la institución y afirmar que: «es la mejor solución para la paz, la democracia y el progreso social de los españoles»; la Monarquía parlamentaria es esencial para «garantizar la continuidad de la comunidad política llamada España»; o, por último, la Monarquía española se ha mostrado «como una fórmula capaz de contribuir de forma notable al desarrollo de la dignidad personal y del bienestar general». Esta frase confunde correlación con causalidad: ¿no se han desarrollado igual la dignidad y el bienestar general en repúblicas como Alemania, Francia, Italia o Portugal?

En mi opinión, los halagos excesivos hacia la Monarquía parlamentaria y a la Corona, y la falta de reconocimiento de alguna de sus debilidades conceptuales, lejos de fortalecer la institución pueden debilitarla e impedir que cuente con el apoyo sociológico de ciudadanos socialdemócratas y de centro izquierda.

En un mundo ideal, todos debiéramos ser republicanos. Pero en el mundo real en que vivimos en España, la Monarquía parlamentaria tiene más ventajas que inconvenientes: es una «imperfección útil»².

Mi defensa de la Monarquía parlamentaria es muy distinta (e incluso, en algunos aspectos, antagónica) a la que hace en este mismo libro Manuel Aragón, pero, a mi juicio, puede resultar complementaria: a unos ciudadanos les atraerá más la concepción «histórico-simbólica»; a otros, tal vez, mi concepción «republicano-funcionarial».

² Como explico también en otro capítulo de este libro, desarrollé el concepto de «imperfecciones útiles» en «Teoría de las imperfecciones útiles», disponible en <https://www.expansion.com/blogs/conthe/2008/06/03/31-teoria-de-las-imperfecciones-utiles.html>

La nueva Corona de la vieja Monarquía

Andrés Betancor

El artículo 56 CE dispone, como es sabido, que «El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.»

El precepto especifica las funciones del órgano constitucional, las de la Jefatura del Estado, que recae, en coherencia con la naturaleza monárquica de la forma política del Estado español como monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE), en el Rey. Jefe del Estado y Rey se identifican, tan es así que no se vuelve a hablar de aquél en la Constitución y sólo, en cambio, de la Corona (nueve veces) y del Rey (cuarenta y dos veces).

Las funciones se distinguen de las competencias (que se enumeran en el artículo 62 CE, cuando detalla lo que «corresponde» al Rey). Las funciones, entendidas como las tareas que el órgano ha de desplegar en relación con el fin o finalidad que se ha de alcanzar, pero sin estar constreñidas a competencia o facultad alguna, son las que especifica el artículo 56 CE, o sea, las siguientes: (1) función *simbólica*: símbolo de la unidad y permanencia del Estado español; (2) función *arbitral*: arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones del Estado; y (3) función de *representación*: asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica. No es un listado cerrado porque otras funciones le pueden ser atribuidas al Rey por obra de la Constitución y de las leyes. Es significativo, en el contexto de una monarquía parlamentaria, que el legislador puede ampliar las fun-

ciones del Rey, no así reducirlas porque estaría, lógicamente, afectando a la garantía constitucional.

Son las funciones del Rey-Jefe del Estado (Corona): símbolo del Estado, árbitro del Estado y representante del Estado. No son, por lo tanto, funciones muy distintas de las que cualquier otro Jefe del Estado lleva a cabo. La gran diferencia, a mi juicio, es el carácter reforzado de la neutralidad político-electoral del Rey.

Un Estado constituido como social y democrático de Derecho, que sirve a los valores enumerados en el artículo 1 de la Constitución, y organizado territorialmente conforme al derecho a la autonomía del artículo 2, sin menoscabo a su unidad, sufre, como los acontecimientos han confirmado, de tensiones centrífugas muy pronunciadas que precisan de su compensación con instituciones de «anclaje» que las modere/corrija como es la del Rey-Jefe del Estado. El «anclaje» que aporta la Corona se ve fortalecido, además, mediante el reforzamiento de la legitimación derivada, entre otras, de la exclusión de la contienda político-electoral. El famoso «poder moderador, preservador y neutro» al que se refería B. Constant.

La fortaleza de la Corona radica en su *auctoritas*, pero lo es, también, de su debilidad. Alcanzarla es extraordinariamente difícil, pero, en cambio, gastarla, consumirla o perderla, muy fácil. Porque está al albur de la opinión pública. Se produce la paradoja de que es una autoridad neutral político-electoralmente, no sometida a elección, pero sí al refrendo diario, ahora multiplicado por la exhibición permanente, el control exhaustivo y el comentario constante de la «multitud»; lo que era una ventaja (no sometimiento al cuerpo electoral), se convierte en una desventaja al caer presa de la masa (E. Canetti).

Mientras la Corona se beneficiaba del secretismo, el halo de misterio redoblabla su *auctoritas*. Ese tiempo ha pasado. Ahora, nada escapa al escrutinio público; las nuevas luces que se proyectan sobre la institución muestran los defectos, incluso, los más nimios, de las personas que la encarnan. La «transparencia» exige una multiplicada responsabilidad, casi monacal, de los reyes. Es un tiempo difícil para ser Rey, pero en el que la Corona es imprescindible. Hoy más que nunca la necesitamos, pero lo que se les exige a los reyes es casi heroico. No puede haber ni sombra de duda sobre su comportamiento. Es excesivo, incluso, para cualquiera de nosotros.

La nueva Corona, la de los nuevos tiempos, tiene una fecha representativa: la del día 3 de octubre de 2017. Es la del mensaje de Su Majestad el Rey dirigido a la Nación con ocasión de los acontecimientos vividos en Cataluña en aquellas fechas.

Un mensaje que vale la pena estudiar. La primera cuestión que surge es si el Rey puede dirigirlo a la Nación. En tanto que Jefe del Estado que, como he señalado, despliega las tres funciones indicadas, que lo simboliza, lo arbitra y lo representa, puede y debe hacerlo. Porque los acontecimientos de octubre de 2017 supusieron una amenaza al Estado que el Rey, en tanto que lo simboliza, lo arbitra y lo representa, puede y debe promover su preservación.

La segunda cuestión, es el propio contenido del mensaje. Tiene una estructura muy clara: (1) la calificación de los hechos acontecidos en Cataluña; (2) la llamada al aseguramiento del orden constitucional; (3) los mensajes a los ciudadanos; y (4) los compromisos de la Corona.

El punto de partida, esencial, es la certera calificación de los hechos. La descripción no puede ser más correcta. El Rey afirma, con rotundidad, que las autoridades de la Generalitat de Cataluña se han situado «de una manera clara y rotunda, ... totalmente al margen del Derecho y de la democracia»; se han situado fuera del Derecho y de la democracia, y lo han hecho de una manera que el Rey adorna con tres adjetivos: clara, rotunda y total.

Para afrontar esta «salida» del orden constitucional, y, por consiguiente, restablecerlo mediante la reincorporación de las autoridades a dicho orden, el Rey dirige una «llamada» a «los legítimos poderes del Estado» y unos «mensajes» a los ciudadanos. Pone en juego las funciones que la Constitución le asigna.

Por un lado, el Rey hace una «llamada» a «los legítimos poderes del Estado» a «asegurar el orden constitucional y el normal funcionamiento de las instituciones, la vigencia del Estado de Derecho y el autogobierno de Cataluña, basado en la Constitución y en su Estatuto de Autonomía». Es una apelación a la «responsabilidad» de todos los legítimos poderes del Estado para «asegurar» el orden constitucional.

El Rey despliega su función de árbitro y moderador del Estado. Porque el árbitro no es sólo el que actúa o interviene en un conflicto entre partes o en una competición deportiva. El Diccionario de la Lengua incluye otro significado que, además, es el primero: «idear o disponer los medios, medidas o recursos necesarios para un fin». En esta condición arbitral, el Rey, en tanto que Jefe del Estado, idea o dispone de los medios, medidas o recursos del Estado para «asegurar» el orden constitucional mediante una «llamada» o apelación a todas las autoridades para que ejerzan, estos sí, sus competencias, para hacerlo efectivo. No necesita de nada más.

Y, por otro, el Rey lanza unos mensajes dirigidos a los ciudadanos distinguiendo entre catalanes (la necesidad del respeto a la ley porque «sin ese respeto no hay convivencia democrática posible en paz y libertad»; apoyo y solidaridad; y «garantía absoluta de nuestro Estado de Derecho en la defensa de su

libertad y de sus derechos»), y el «conjunto de los españoles», que «viven con desasosiego y tristeza estos acontecimientos», a los que les transmite «un mensaje de tranquilidad, de confianza y, también, de esperanza.»

El Rey, a las autoridades del Estado, apela, y a los ciudadanos, les transmite, en última instancia, seguridad y esperanza: la «garantía absoluta de nuestro Estado de Derecho»; y el estado de ánimo que permite presentar como alcanzable lo que se desea, que no es otra cosa que «convivir en paz y en libertad»; la «España mejor que todos deseamos».

La Corona puede hacerlo; puede dirigirse, en tanto que árbitro, a los poderes del Estado y, en tanto que símbolo, a los ciudadanos; árbitro del Estado y símbolo del Estado para la movilización del Estado y para la confianza y la esperanza de los ciudadanos para afrontar el desafío de las autoridades de la Generalitat y conseguir que vuelvan al Derecho y a la democracia.

Y, por último, concluye con un recordatorio («subrayar una vez más»): «el firme compromiso de la Corona con la Constitución y con la democracia, mi entrega al entendimiento y la concordia entre españoles, y mi compromiso como Rey con la unidad y la permanencia de España.» Estos tres planos, ya presentes en la Constitución (art. 56 CE), de manifestación del compromiso de la Corona, de la persona y del Rey, vienen a reforzar, en su amplitud, el que tienen con la misma Constitución. Merece destacarse el de la persona que se «entrega» a hacer algo, como es el entendimiento y la concordia entre españoles. Es algo personal.

La Corona, definida en este importante discurso, se presenta ejerciendo sus importantes funciones constitucionales, cuya eficacia es proporcional a la *auctoritas* del Rey; desde la Constitución a más allá de la Constitución para hacer realidad la Constitución, bajo el foco intenso de la luz social. Ya no es como la antigua, protegida por el secreto, el misterio, y el anonimato, sino que, incluso, asume un compromiso personal que es, además, el más humano, conectado con sentimientos como los de entendimiento y la concordia con los demás. El camino de la *auctoritas* en el mundo «transparente» lleva a «humanizar» la Corona para lo bueno (la fortalece), pero también, para lo malo (la debilita). Porque empatizar exige una responsabilidad reduplicada, también, en lo personal o preferiblemente, en lo personal. Se les pide a los reyes que sean, al mismo tiempo, humanos y más que humanos. Algo muy difícil o, incluso, imposible.

La inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción del Jefe del Estado desde el Derecho internacional

Ana Gemma López Martín

Suscribo las consideraciones expuestas por nuestro ponente, Manuel Aragón. No obstante, quisiera apuntar unas reflexiones en relación con la *inviolabilidad del Rey*.

Como es lógico, nuestro ponente realiza una valoración desde la óptica del Derecho interno español y, en concreto, de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la Constitución.

Una institución, la de la inviolabilidad, que es una herencia histórica perpetuada hasta el día de hoy y que debemos tener en cuenta que afecta, no solo a las monarquías, sino también a las repúblicas. Por ejemplo, el artículo 90 de la Constitución italiana comienza diciendo que «el presidente de la República no será responsable de los actos realizados en ejercicio de sus funciones».

Sin embargo, creo que al afrontar el debate en relación con este privilegio no debemos perder de vista *la regulación que se hace al respecto en el ordenamiento jurídico internacional*. Y ello, en la medida en que *esta normativa también es Derecho interno español*, por lo que, si se aborda una regulación más detallada al respecto, no debería separarse de la regulación internacional.

Vaya por delante que en el *Derecho internacional* este privilegio de la inviolabilidad a que alude nuestra Constitución se regula bajo la terminología de *inmunidad de jurisdicción*. De esta forma, resulta que inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción son dos privilegios unidos pero diferentes, los cuales, por otra parte, amparan a distintos órganos del Estado en el exterior. Tal es el caso, además del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Asuntos Exteriores –que gozan de tales privilegios ante cualquier Estado extranjero–, así como de los órganos de la Administración exterior (agentes diplomá-

ticos y funcionarios consulares), que solo disfrutaban de estas prerrogativas ante el Estado ante el que están acreditados.

La *inviolabilidad personal* viene referida a que *la persona no puede ser detenida, arrestada, retenida, registrada, cacheada, ni sometida a cualquier otra medida coercitiva por parte de las autoridades del Estado en el que se encuentre*. Además, impone obligaciones materiales al Estado receptor, pues debe proteger el honor y la dignidad del Jefe de Estado extranjero que se encuentre en su territorio, tratándolo con el debido respeto y evitando cualquier ataque contra su persona.

Mientras que la *inmunidad impide a los jueces y tribunales extranjeros instruir ninguna causa criminal contra esa persona*, por mucho que los indicios y las pruebas determinen su participación en la comisión de algún delito y aunque dicha implicación resulte flagrante. Un Estado hace efectiva dicha inmunidad absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado u órgano del Estado extranjero, en su caso. Se entenderá incoado un proceso si es mencionado como parte en el mismo o bien el proceso tiende a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese Estado u órgano en cuestión. A estos efectos, deberá velar por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad (art. 6 de la *Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* de 2 de diciembre de 2004).

De esta forma, aunque la inviolabilidad se refiere más a cuestiones de intrusión y la inmunidad se aplica a asuntos jurisdiccionales, ambas se superponen y la segunda sería corolario de la primera. Esta distinción está recogida en los artículos 21 y 22 de nuestra Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros de 2015.

Por lo que se refiere a la *inmunidad de jurisdicción* de que goza un Jefe de Estado, las normas internacionales que lo regulan son consuetudinarias. Sobre su codificación está trabajando la Comisión de Derecho Internacional desde 2007 elaborando un *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*.

Según estas normas internacionales, la *inmunidad de jurisdicción* del Jefe del Estado tiene una doble proyección. Por un lado, *personal*, pero también la tiene *funcional* –con un mayor alcance que la personal–. El *fundamento* de la misma en ambos casos –derivado en primera instancia del principio de soberanía estatal–, es el *debido ejercicio de sus funciones de representación del Estado, así como, la reciprocidad*. Pues se entiende que un Jefe de Estado no podría ejercer su función con imparcialidad, neutralidad e independencia si estuviera sujeto a coacciones, amenazas, o a medidas policiales o judiciales

instadas por cualquier persona en territorio nacional o fuera de él. Es la *transcendencia de su función* lo que se protege en el Derecho internacional, y, en mi opinión, también en el Derecho interno; y no, realmente, su persona, ni su carácter real o republicano, ni la diversidad de competencias entre Jefes de Estado. Así lo ha expresado la Corte Internacional de Justicia, en su fallo de 14 de febrero de 2002, en el caso relativo al *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica) –más conocido como caso Yerodia–, manifestando que *estas inmunidades no están acordadas para su ventaja personal, sino para permitirle cumplir libremente sus funciones por cuenta del Estado que representa*.

La llamada *inmunidad funcional* o por razón de la materia, cubre *los actos llevados a cabo por el Jefe del Estado que tengan carácter oficial y realizados en nombre del Estado al que se representa*. Esta inmunidad se define por la naturaleza de los actos realizados, y no por la condición personal de los agentes estatales que los llevan a cabo. Como hemos indicado, *solo cubre los actos de carácter oficial y, por tanto, no se extiende a los actos privados*. Además, debido a que la inmunidad funcional se encuentra ligada al acto oficial y no a la persona, *no tiene límite temporal*, por lo que se mantiene aún después de que se haya dejado el cargo.

Por lo que se refiere a la *inmunidad personal*, otorga *protección al Jefe del Estado frente a los tribunales nacionales extranjeros en relación con todos los actos, tanto de carácter oficial como de naturaleza privada, realizados durante el desempeño del cargo* que puedan impedir al Jefe de Estado el desarrollo efectivo de sus funciones. Esto se produce cuando, por ejemplo, son arrestados en otro Estado como consecuencia de una acusación penal (como ocurrió en el citado caso Yerodia en relación con el Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Congo). Pero no si, por ejemplo, es llamado a testificar pues este es un acto que no le impide desarrollar sus funciones; como sucedió en el asunto de *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* de 2008, en el que un tribunal francés envió una notificación invitando a testificar al presidente de la República de Djibuti en relación con la muerte de uno de sus asesores.

La inmunidad personal es *absoluta*, por lo que no hay excepción por lo que se refiere a los tribunales internos. Cuestión distinta es la de los Tribunales Internacionales, como la *Corte Penal Internacional*, pues, en este caso, la inmunidad cae y no puede ser invocada, aunque se trate de Jefes de Estado en activo (art. 27 Estatuto CPI). El ejemplo más reciente lo encontramos en la orden de detención emitida el 17 de marzo de 2023 por la CPI contra el presidente de Rusia, Vladimir Putin, como presunto responsable de crímenes de

guerra por la deportación y el traslado ilegal de niños de las zonas ocupadas de Ucrania a la Federación Rusa.

Pero, mientras la inmunidad material es permanente y no termina con el cese de funciones, la *inmunidad personal es temporal, finalizando en el momento en que se deja el cargo*. Esto significa que, una vez que un Jefe del Estado ya no lo es, puede ser juzgado por un tribunal interno extranjero por todo delito cometido, después, antes o durante el desempeño del mismo; salvo por los actos de carácter oficial que siguen amparados por la inmunidad funcional. Esto es lo que legitimó, en su día, las investigaciones penales contra el Rey emérito que se llevaron a cabo en Suiza por presuntos delitos fiscales cometidos cuando era Jefe del Estado español. Y lo que legitimó, igualmente, la admisión a trámite de la demanda por acoso, difamación y vigilancia ilegal –desde junio de 2014 hasta el verano de 2020– interpuesta en diciembre de 2021 por Corinna Larsen contra Juan Carlos I (finalmente desestimada en octubre de 2023).

Esta regulación internacional relativa a la inmunidad de jurisdicción del Jefe del Estado que hemos expuesto brevemente ha quedado plasmada íntegramente en los artículos 22 a 29 de nuestra *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros*.

De esta forma, considero que cualquier desarrollo normativo en torno a la inviolabilidad del Rey debería hacerse *en consonancia con las normas internacionales en la materia* (así como, con nuestra propia Ley Orgánica de 16/2015 que regula la inmunidad de los Jefes de Estado extranjeros en España). Tal y como ocurre con otros países de nuestro entorno, como Francia o Italia.

DEMOCRACIA

El principio democrático en la Constitución española

Francesc de Carreras

Esta ponencia trata de reflexionar sobre la proyección del principio democrático en las instituciones del Estado. Sin embargo, no pretende centrarse en el detalle de sus actuales problemas, lo cual sería un objetivo imposible, si no, simplemente, establecer sus rasgos estructurales básicos y señalar algunas tendencias actuales que la podrían desnaturalizar. Por último, como consecuencia de lo anterior, indicaremos algunas inconcretas líneas de análisis para proceder, en su caso, a las modificaciones pertinentes que mejoren su funcionamiento y eviten el acoso al que está siendo sometida nuestra democracia constitucional.

EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO: RASGOS ESTRUCTURALES

Con carácter general, entendemos por Estado un poder político que gobierna la población de un territorio mediante mandatos vinculantes en forma de normas jurídicas. En un Estado democrático la soberanía reside en el pueblo y es ese pueblo quien, directa o indirectamente, la ejerce. Por soberanía entendemos aquel poder originario (no derivado de otro) y supremo (no sometido a otro) al que están sujetos los ciudadanos, así como los demás poderes del Estado. Por pueblo entendemos el conjunto de individuos de un Estado titulares de derechos y deberes. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico al que están sometidas todas las demás normas y poderes, así como los ciudadanos.

En una democracia constitucional –como es nuestro caso– estos poderes se despliegan en dos planos: en el plano del poder constituyente originario, cuya finalidad única consiste en elaborar y aprobar una Constitución; y, en el plano de los poderes constituidos, es decir, las instituciones y órganos del Estado establecidos en la Constitución y encargados de desarrollar y aplicar el resto del ordenamiento jurídico (normas generales, actos singulares de los poderes públicos y sentencias) de acuerdo con los poderes discrecionales de sus órganos en el ámbito de sus respectivas competencias. Hay que destacar que entre estos poderes constituidos debe incluirse el de reforma de la Constitución, siempre latente porque la soberanía sigue residiendo en el pueblo.

De otra parte, en una democracia constitucional el Estado no es un fin en sí mismo sino, simplemente, un instrumento para alcanzar su verdadero objetivo: la garantía de los derechos de los ciudadanos basados en los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político. Sólo es legítima la actividad de los órganos del Estado si va dirigida a este fin, de acuerdo con el contenido sustantivo y los límites que establece la Constitución.

Desde estas premisas, podemos establecer, a modo de simple recordatorio, los cuatro rasgos básicos de una democracia constitucional que especialmente nos interesan:

En primer lugar, los principios del *Estado de derecho* son la principal garantía de los derechos y valores constitucionales. El Estado no sólo está limitado por el Derecho, sino que únicamente puede ejercer el poder mediante normas jurídicas aprobadas de acuerdo con las competencias de cada uno de los órganos que lo componen y mediante los procedimientos legalmente establecidos. Este es el sentido actual del Estado democrático de derecho que, además, sólo se justifica porque tiene como único objetivo la garantía de la autonomía de las personas individuales, es decir, su libertad, asegurando que esta libertad sea igual para todos. De este modo, libertad e igualdad son los elementos materiales del Estado que tienen su reflejo en las normas jurídicas, poniendo así de relieve que el Estado y el derecho son, desde este punto de vista, dos vertientes de una misma institución.

En segundo lugar, la *democracia representativa* es un elemento inescindible de la democracia liberal. No sólo es la proyección del clásico principio de gobierno por consentimiento sino el mejor modo de proteger la igual autonomía individual de los ciudadanos. Los políticos son –o deberían ser– los especialistas en la cosa pública, con una preparación específica y acreditada para desarrollar las tareas de gobierno, obviamente siempre elegidos y controlados –directa o indirectamente– por los ciudadanos. El vínculo que une a ciudadanos y gobernantes es el de la confianza, lo cual da lugar a la responsa-

bilidad política dentro del marco jurídico vigente que nunca puede ser vulnerado. Las instituciones de democracia directa –referéndums e iniciativas legislativas, entre otras– pueden ser, en su caso, complementarias de la democracia representativa.

En tercer lugar, según los clásicos, la *división de poderes* es el guardián imprescindible de la libertad individual para preservarnos de los excesos del Estado, lo cual implica que los poderes –constituyente y constituidos– deben mantenerse separados y controlados entre sí. A su vez, tras un proceso regulado por las leyes, sus decisiones deben ser reconducidas a un acuerdo final que garantice la unidad del Estado. Todo poder, por tanto, es limitado, y deben establecerse procedimientos para que en su ejercicio ninguno de ellos rebase las competencias que la Constitución y las leyes les asignan. Además de la separación, los controles mutuos (políticos, jurídicos y sociales) son elementos fundamentales de todo Estado democrático.

En cuarto y último lugar, el *pluralismo político* es un principio jurídicamente prescriptivo (no sólo descriptivo, aunque también lo sea) derivado del hecho que una sociedad no sólo está formada por individuos sino también por grupos de naturaleza diversa (políticos, sociales, ideológicos, culturales, etc.) que deben ser protegidos y estimulados para que tengan ocasión de confrontar sus distintos intereses, ideas y posiciones. Sin el libre debate entre estos grupos –en los que, a nuestros efectos, cabe destacar los partidos políticos– no existiría una verdadera democracia ya que la deliberación racional, basada en argumentos, es un elemento constitutivo de la misma. Ello implica, además, que si bien el Gobierno debe ser expresión de las mayorías reflejadas en las cámaras electivas, a su vez las leyes deben garantizar el respeto a las minorías para que hagan oír su voz, sean escuchadas y tengan la opción, a través de procesos electorales, de llegar a tener la condición de mayorías.

LAS AMENAZAS A LA DEMOCRACIA

El deficiente funcionamiento de un sistema democrático suele ser debido a la *degeneración* de los principios estructurales antes mencionados. Esta degeneración suele ser lenta, para muchos imperceptible, pero si no se corrige a tiempo, a la larga se convierte en *devastadora*: de una democracia robusta y bien fundamentada se pasa a una *apariencia* de democracia, una fachada engañosa tras la cual se esconden unas instituciones y unas normas que funcionan de forma *muy distinta a lo que prescriben las leyes e impiden*

preservar lo que es fundamental: el Estado como un conjunto instrumental orgánico y normativo cuya finalidad única es garantizar la igual libertad de las personas.

A nuestro modo de ver, la democracia española actual está desde hace unos años *desviándose* por esta pendiente degenerativa porque se enfrenta a dos grandes desafíos, relacionados entre sí, que erosionan las instituciones democráticas y pueden conducir, o ya están en ello, a su progresiva destrucción. Estos desafíos, desde nuestro punto de vista, son los siguientes: la partitocracia y el populismo, este último en sus más variadas formas entre las que cabe incluir, de forma notoria, el nacionalismo identitario. No se trata aquí de hacer un estudio acabado sobre las mismas sino, simplemente, explicar de manera sucinta cómo ambos desafíos corrompen la democracia en su conjunto porque fomenta la vulneración de algunos o todos los principios antes enunciados: el Estado de derecho, la democracia representativa, la división de poderes y el pluralismo.

LA PARTITOCRACIA

Las democracias liberales son democracias de partidos y, como se ha dicho tantas veces, *sin partidos políticos no hay democracia*. Pero la partitocracia tiene un sentido distinto a la simple existencia de partidos y lo que significa es el acuerdo entre los partidos mayoritarios en su ámbito respectivo (estatal, autonómico y local) para *controlar instituciones independientes que no responden a la lógica partidista*, sino que basan su legitimidad en la calidad técnica y la neutralidad política de sus miembros que deben ser designados por razones de mérito y capacidad.

Cuando la designación de estos cargos no representativos, aunque muy relevantes en los asuntos públicos, es influida o ejercida directamente por los partidos, sin tener en cuenta la capacidad técnica y la neutralidad política del nombrado, éstos desbordan sus funciones constitucionales, vulneran las leyes y no respetan el principio de división de poderes.

Se da entonces la paradoja de que *los controlados designan a los controladores*, es decir, se invierte la lógica de la neutralidad política y calidad técnica para entrar en otra lógica, la de subordinar los expertos a los políticos. Así, los partidos no sólo escapan al principio de división de poderes, sino que, en realidad, instauran un *sistema sin controles al objeto de concentrar en ellos todo el poder*. De un poder dividido se tiende a un *poder concentrado*, lo contrario de lo que debe suceder en un sistema democrático.

Algunos ejemplos.

a) Es creciente el número de empleados públicos que son designados libremente como cargos de confianza, así como interinos «a perpetuidad», en detrimento de los funcionarios de carrera que han accedido a su plaza tras pruebas regladas, públicas y competitivas para que un tribunal compruebe sus méritos y conocimientos. Así, las Administraciones Públicas dejan de suponer un freno a la actividad de los cargos públicos de naturaleza política para pasar a ser sus servidores.

b) La designación de los órganos, independientes por su propia naturaleza, que ejercen funciones de control: Tribunal Constitucional, defensores del pueblo, tribunales de cuentas, secretarios e interventores, consejos consultivos jurídicos, económicos y sociales.

c) Las Administraciones independientes y, en particular, los organismos reguladores, no escapan tampoco a la posibilidad de ser condicionados por los partidos.

Puede decirse como conclusión que en la práctica los partidos han «colonizado» al Estado. Lo resume bien Alejandro Nieto: «la colonización se hace efectiva mediante la ocupación [por parte de los partidos] de los instrumentos más operativos de acción social: la Administración Pública en primer término y luego los medios de comunicación social, la educación y la cultura, el sector público económico y, por descontado, sus organismos de control».

EL POPULISMO

En la actualidad, el populismo suele surgir y crecer como reacción a la partitocracia. De ello deducen los populistas que los partidos son un mal, perverten la democracia como verdadero gobierno del pueblo porque sólo representan intereses parciales de este pueblo, los intereses de las élites, y sólo quien represente a todo el pueblo –los populistas– puede defenderlo. De ahí se desprende que el mal está en las normas que configuran el Estado de derecho, la democracia representativa, el pluralismo político (especialmente los partidos) y los controles a los que obliga la división de poderes.

Los presupuestos y los principales métodos utilizados por los populistas son los siguientes:

a) El populismo no es una ideología sino una estrategia para alcanzar el poder. Caben muchas ideologías, de derechas y de izquierdas, dentro del populismo. Añadir también que tienen tintes populistas no sólo los partidos califi-

cados como tales (en España, Podemos, Vox y las formaciones nacionalistas) sino también en los demás partidos que en ciertos momentos utilizan esta estrategia para obtener un concreto rédito electoral.

b) El populismo establece diagnósticos simples (por ejemplo, la división de la sociedad entre pueblo y élites), soluciones comprensibles por sencillas pero erróneas porque son técnicamente inconsistentes. La demagogia es su gran arma de combate.

c) Los populistas creen en la unidad de intereses de «todo el pueblo», del pueblo en su conjunto, que no es plural sino homogéneo, a excepción de las élites, una fracción muy pequeña de la población. La tarea de los populistas es dar conciencia al pueblo de la identidad de sus intereses. Ello conduce a que el pueblo sea gobernado por un sólo partido y, tendencialmente, en el extremo, por un líder: una persona buena, honrada y justa que sepa interpretar los intereses del pueblo y servirle lealmente porque, en realidad, no consideran tanto que pertenece al pueblo sino que es «el mismo pueblo», su voluntad es la «voluntad del pueblo», es decir, no lo representa sino que lo encarna. Democracia schmittiana de identidad en sentido puro. Las instituciones quedan marginadas, son un simple escenario, lo importante son las personas, los líderes ocupan el lugar de los parlamentos, casi una vuelta a la monarquía anterior a la Revolución francesa.

d) Los populistas consideran que la democracia representativa es muy imperfecta, está condicionada por los intereses siempre parciales que representan los partidos. El ideal, por tanto, es la democracia directa, las decisiones son más democráticas si se adoptan mediante referéndums que por las instituciones propias de la democracia representativa.

El nacionalismo identitario, en muchos casos, va asociado al populismo, es una concreción del mismo para alcanzar y mantenerse en el poder. A las vulneraciones de los principios democráticos que hemos señalado para los populismos, se añade en estos casos la imposición de una determinada identidad colectiva, en este caso una identidad nacional basada en la lengua, la raza, la historia o el carácter y modo de ser de las personas que limita o suprime la libertad individual garantizada por los derechos fundamentales, precisamente el objetivo, como hemos dicho, de las normas e instituciones de los Estados democráticos.

CONSIDERACIONES FINALES

En un país de la Europa occidental, como es el caso de España, los ataques a la democracia no se llevan ahora a cabo oponiendo modelos autoritarios o totalitarios, como sucedió en el siglo pasado, sino que *los enemigos de la*

democracia se valen del mal funcionamiento de nuestras propias instituciones para ir derribando poco a poco, desde su interior mismo y de forma sigilosa, las instituciones políticas. La desafección a la política y el desprestigio de los políticos por causa de la partitocracia, las soluciones simples a cuestiones complejas que caracterizan al populismo, son aquello que *debemos combatir antes de que los enemigos de la democracia aprovechen el mal funcionamiento de las instituciones para deteriorarla, corroerla y, al fin, destruirla.*

En efecto, estos nuevos enemigos internos de la democracia utilizan métodos peligrosos, por sutiles, que solo pueden ser derrotados *si robustecemos el funcionamiento de nuestras instituciones retornando a las ideas originarias del Estado de derecho, la democracia representativa, la división de poderes y el pluralismo, adaptándolas y, sobre todo, aplicándolas a las necesidades del mundo actual.*

Esta ponencia tiene un hilo conductor, quizás demasiado implícito, que señala al *mal funcionamiento de los partidos como el elemento principal que explica el actual desgaste de las instituciones democráticas.* Esta es, desde mi punto de vista, la causa *causarum* de estos problemas que nos preocupan. De ahí derivan otros defectos de nuestro sistema institucional democrático: los déficits de representatividad de las cámaras, la mala calidad técnica de los gobernantes, la politización y coste excesivo de las Administraciones públicas, la confusión legislativa, la sumisión del parlamento al gobierno, el clientelismo y las malas prácticas que conducen a la corrupción, entre otros muchos defectos a estudiar. Esta ponencia ha pretendido sólo establecer un marco en el que puedan encuadrarse los problemas institucionales que nos acucian.

Probablemente habrá que proponer algunos cambios constitucionales y legales, pero las *simples reformas jurídicas no resolverán el problema*, también debemos *abordar una transformación social y cultural en profundidad.* En este línea de actuación hay que afrontar cambios en el sistema educativo, es necesaria una mayor igualdad social e introducir reformas en la regulación de los medios de comunicación, tan afectados por el cambio tecnológico y tan influyentes para garantizar una opinión pública libre, base de toda democracia sólida. En definitiva, tengo fundadas esperanzas de que las reflexiones compartidas contribuirán a aclarar muchas de las dudas que ahora tenemos acerca de esta *grave crisis institucional.*

Sobre algunos retos claves de nuestro sistema democrático

Eva Desdentado Daroca

He leído con gran interés la ponencia y estoy de acuerdo con el análisis en prácticamente todos sus puntos. Por tanto, las líneas que siguen no responden a una diferente percepción sobre las cuestiones centrales que nos ha planteado su autor, sino al deseo de ofrecer algunas reflexiones adicionales que giran en torno a tres aspectos muy concretos, que quizás sean reconducibles a uno solo, como veremos.

En primer lugar, el *populismo* es, sin duda, uno de los principales problemas de nuestro sistema democrático, pero me pregunto si más que una causa o amenaza, no es más bien *un síntoma o consecuencia*. *El populismo propugna soluciones fáciles y erróneas*, pero quizás *no siempre yerra en el diagnóstico*. Puede que *no le falte razón cuando apunta a la separación, a la brecha creciente, entre el pueblo y los que toman las decisiones*. Si la clase política no se guía por el sentido de Estado y el servicio a los intereses generales, sino que busca perpetuarse en el poder y repartirse sus prebendas; si la toma de decisiones cada vez se aleja más del pueblo e incluso puede resultar contraria a sus decisiones soberanas; si los problemas que preocupan al ciudadano de a pie en su día a día tienen dificultades para acceder a la agenda de la clase política, cabe preguntarse *en qué queda el principio democrático*.

Algunos filósofos contemporáneos importantes han llamado la atención y compartido su inquietud sobre la *deriva* «postdemocrática» de los sistemas políticos occidentales, sobre el alejamiento del poder del «demos», sobre la posible «máscara democrática de la oligarquía» (Canfora, Zagrebelsky); en definitiva, preocupa la eventual transformación de nuestras democracias en *velos que ocultan la toma de decisiones por una oligarquía* compuesta por una clase política depredadora (depredadora de las instituciones, de las Adminis-

traciones, en la búsqueda del poder en sí mismo), unos poderes económicos cada vez más globales y unos grupos de presión que persiguen sus intereses a expensas del bien común.

Si esto fuera así, se estaría *usurpando el poder* que, según el principio democrático, corresponde a todos, al pueblo, y nuestros procedimientos e instituciones se estarían viendo vaciadas o vampirizadas en beneficio de los intereses de unos pocos, arrumbando los intereses generales. Puede que la situación real no sea tan dramática y que el fenómeno no anegue todo el modelo, pero también es cierto que *se pueden atisbar tendencias en esa dirección y frente a las que conviene estar alerta para introducir correcciones*.

En segundo lugar, en cuanto a la «colonización» de las *Administraciones independientes* se precisan matices o correcciones. *No creo que esa «colonización» sea sencilla en el caso de estas Administraciones, dado el intenso sistema de garantías de su independencia* (alta especialización y experiencia como requisito de nombramiento, mandatos extensos, causas tasadas de cese...), aunque cabría introducir matices dado el carácter heterogéneo de estos entes.

Son, en todo caso, un *fenómeno extraordinariamente interesante y controvertido precisamente desde la perspectiva del principio democrático*. Estas Administraciones suponen una «huida del modelo clásico de Administración» y han surgido como consecuencia de la desconfianza respecto a las instituciones gubernamentales e incluso respecto al propio sistema democrático. Aparecen como un intento de *corregir tanto los posibles abusos del poder político que dirige a las Administraciones públicas clásicas, como los fallos de la democracia* (la toma de decisiones condicionada por el momento electoral).

Las Administraciones independientes no son, por tanto, expresión del principio democrático; son *instrumentos de neutralización política y de corrección de la «miopía democrática»*, como dice Feldstein (miopía especialmente evidente en materia económica). En definitiva, estos entes pueden considerarse, como hacen los norteamericanos, como una *nueva pieza en el principio de división de poderes*, como una mejora del «checks and balances»; pero también pueden lógicamente analizarse como un fenómeno tecnocrático que merma la democracia, que no encuentra fácil encaje constitucional –salvo en el caso de las Universidades–, y que aleja o incluso hurta la toma de decisión del pueblo. Vistas desde el principio democrático, la pregunta ineludible es: ¿hasta dónde puede llevarse este nuevo fenómeno? ¿Cuándo deja de ser un reequilibrio del poder y pasa a convertirse en un vaciamiento de la democracia, en una huida de la responsabilidad política de los Gobiernos, en un sistema de

«cuasi-tutelaje» –como dijo Dahl–, en el que la toma de las principales decisiones se desliga del pueblo?

Y, en tercer lugar, el deterioro de *nuestro modelo constitucional de función pública*, concebido para evitar el «spoils system», para asegurar la objetividad en la satisfacción de los intereses generales, para garantizar la continuidad del funcionamiento de los servicios públicos y también para actuar de contrapeso y control de la clase política.

Además de la creciente y, frecuentemente injustificada, laboralización del personal de las Administraciones Públicas, recientemente hemos asistido a dos tipos de situaciones controvertidas en cuyo núcleo está la pretensión de consolidación o estabilización de un personal que no ha pasado el filtro de acceso a la función pública, eludiendo los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público y el derecho fundamental a la igualdad en ese acceso (art. 23.2 CE o 14 CE, en el caso del personal laboral).

Me refiero a los problemas que han planteado las *remunicipalizaciones* y el *abuso de la contratación temporal* en el seno de las Administraciones públicas.

En efecto, por un lado, se ha planteado que, en aplicación de la Directiva 2001/23/CE –objeto de una interpretación que la considera aplicable a las Administraciones y organismos públicos–, hay que entender que, en las remunicipalizaciones, cuando revierte la unidad productiva a la extinción de la contrata, se produce una sucesión de empresas con las consecuencias previstas en el artículo 44 ET (Estatuto de los Trabajadores), es decir, la continuidad de los trabajadores en la relación laboral con el nuevo empresario (la Administración) que se subroga en la posición del anterior empleador (el contratista o concesionario). Se obvia que *la reversión concesional es una institución distinta y que, cuando la Administración decide volver a la gestión directa, ello no puede equipararse a la adquisición voluntaria de una empresa por otra en el mercado* (con todas las consecuencias legales de subrogación en trabajadores y deudas). La reversión de la unidad productiva ya amortizada es una consecuencia lógica y normal de la extinción concesional y que *carece de sentido que lleve aparejada la subrogación de la Administración en el personal elegido libremente por el contratista o que haya de quedarse con sus deudas, cuando ya fue retribuido por la realización de la contrata*.

Esta solución resulta *inadmisible desde la perspectiva de los principios constitucionales y derechos fundamentales relativos al acceso al empleo público*, pero la interpretación de la Directiva lo obvia y el legislador estatal en la Ley de Contratos del Sector Público parece claudicar (art. 130.3), aunque

no quede claro hasta qué punto, puesto que no regula el alcance y efectos de la subrogación. Esa indefinición ha sido suficiente para que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo haya encontrado en el precepto respaldo para dar un paso más. La Sala –en su Sentencia 270/2022, de 28 de enero (dictada en unificación de doctrina)– ha descartado la aplicación de la figura del indefinido no fijo –que con todos sus problemas, al menos buscaba un compromiso entre las reglas laborales y las constitucionales y administrativas– para afirmar sin ambages que *el contratado indefinido de la empresa privada concesionaria pasa, como efecto de la remunicipalización (cuando esta comporta traspaso de unidad productiva), como personal de la Administración con ese mismo carácter indefinido sin necesidad de pasar por procedimiento selectivo alguno.*

¿En qué quedan, entonces, nuestros valores, principios y derechos constitucionales, que son manifestación soberana del pueblo? Conviene reiterar, además, que toda esta controvertida evolución viene impulsada por la interpretación expansiva de una norma comunitaria, pese a que nuestro país no ha hecho cesión alguna de competencias en relación con los derechos fundamentales o con el modelo constitucional de empleo público.

Por otro lado, el *abuso de la temporalidad* por parte de las Administraciones públicas –vicio sin duda inadmisibles, cuando deberían actuar como un empleador modélico, ya que operan con puestos y dineros públicos– se ha encontrado con las dificultades que plantea *otra interpretación expansiva de una Directiva*. Se trata esta vez de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, que, por cierto, recoge –aspecto no menor– un acuerdo social entre organizaciones interprofesionales [CES (Confederación Europea de Sindicatos), UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria Europea) y CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública)]. El ámbito de la Directiva se ha expandido jurisprudencialmente al empleo público y ha planteado la necesaria adopción de sanciones por abuso de la temporalidad que, de nuevo, no pueden trasladarse fácilmente a las Administraciones públicas. El embrollo ha llevado a la reciente Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que prevé *procesos de estabilización del personal temporal, de constitucionalidad más que discutible, en los que la valoración de los méritos por experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate, alcanza el 40%* y la oposición (que, por cierto, no existe para la estabilización del personal temporal de larga duración que se canaliza a través de un mero concurso de méritos) *no tiene carácter eliminatorio.*

Desde su atalaya constitucional, el principio democrático nos inquiera: ¿quién debe decidir? ¿Quién está decidiendo realmente? ¿Para qué? ¿En aras de qué intereses? ¿Cómo se pueden volver a vincular las decisiones fundamentales al «demos» y al bien común? ¿Qué nuevas piezas o correcciones hay que introducir? Parece que *el modelo anda en busca de autor*.

Sobre el principio democrático y sus amenazas

María Isabel Álvarez Vélez

IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Desde las primeras líneas del texto constitucional los constituyentes expresaron, tal como puso de manifiesto en su magnífica exposición el Prof. Francesc de Carreras, cuál era el *objetivo fundamental* que perseguían: *conformar España como un Estado democrático*, con todo el bagaje de participación ciudadana y control del poder público que ello conlleva.

Apuntado previamente en el Preámbulo constitucional, el Estado así conformado se desgrana en el resto del articulado, regulando los distintos aspectos del sistema al que el propio constituyente queda obligado. Así, la Jefatura de Estado monárquica se racionaliza en el Título II de la Constitución, en aras de asegurar el estatuto del Rey –sus funciones, atribuciones y obligaciones–, conforme a las exigencias del principio democrático que configura, en último término, el núcleo constitucional. Una Monarquía caracterizada como *parlamentaria* no sólo como declaración formal o simbólica, sino porque el Parlamento constituye el centro del sistema político, institución que por antonomasia goza de la legitimidad democrática y con cuya confianza ha de contar el Gobierno en todo momento.

Se establece así una *democracia avanzada* y, por ello, deudora no sólo del respeto a los derechos individuales y libertades públicas de los ciudadanos, sino orientada a una profundización en la garantía del Estado social. La democracia que configura el texto constitucional español responde, en consecuencia, a las exigencias que el constituyente introdujo en el primero de los artículos del texto, al definir a España como Estado social y como Estado democrático. Articulándose

ambas manifestaciones en el concepto de Estado de Derecho, que al asegurar la sujeción de los poderes públicos y de los ciudadanos a la Constitución y la ley, garantiza la existencia de instrumentos jurídicos que implementen los principios constitucionales, así como la actuación de los medios coercitivos del Estado en el caso de vulneración de los derechos y las libertades públicas.

Por todo ello, la democracia que configura la Constitución española no debe entenderse como unos principios o unos derechos que forman parte de la Constitución o que ocupan una parte de la Constitución. Por el contrario, *el principio democrático inspira todo el texto constitucional, es la guía que debe orientar su interpretación y, a la vez, es el objetivo último de la propia Constitución*. En el ámbito de la participación mediante representantes, fundamento de la democracia, se alza, especialmente brillante, el derecho al voto, derecho que se ejerce en el ámbito de un determinado sistema electoral. Porque indudablemente, si hubiera que elegir un hecho que determine la condición democrática de un sistema político, serían las elecciones. En palabras de Giovanni Sartori «la prueba democrática es la prueba electoral». Prueba electoral en la que aparecen los grandes protagonistas del Estado democrático, y que protagonizan también el proceso electoral: los partidos políticos.

AMENAZAS AL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Siendo la democracia, sin duda alguna, el mejor sistema ha mostrado también sus deficiencias y hoy se encuentra en franca crisis, recibiendo ataques desde muy diversos frentes populismos, nacionalismos y autoritarismos. Presión que ha llegado incluso a cuestionar en nuestra Europa el valor de la Unión, de sus instituciones y de su ordenamiento. En España hemos tenido desde los inicios ataques continuos. En un primer momento, el terrorismo y el inmovilismo. Recientemente el auge del secesionismo catalán y de los partidos populistas, unido a la crisis por la pandemia están suponiendo un reto al sistema constitucional.

Entre todos estos motivos, no hay duda de que es un peligro *el poder excesivo que están asumiendo los partidos políticos*, como bien ha señalado De Carreras. La teoría del mandato representativo supone que el diputado representa a la Nación en su totalidad, y no al grupo que lo ha elegido. Por tanto, los diputados no están sujetos al mandato imperativo: los electores los eligen, pero no les dan instrucciones. Así, la configuración actual de nuestras Cortes Generales en las que son esenciales la integración de los parlamentarios en grupos identificados con partidos políticos o al menos con formacio-

nes políticas que se han presentado a unas elecciones, nos induce a tratar la *prohibición del mandato imperativo de una manera cauta*. Nuestra Constitución en su artículo 67.2, así lo establece, y, ante esta prohibición, surge la lógica pregunta acerca de si la disciplina de voto que vincula a los parlamentarios al grupo que pertenecen, no es una nueva forma de mandato que supone una infracción del precepto constitucional.

La democracia no sólo es fundamento de la legitimidad del orden constitucional, sino también principio de *legitimación del ejercicio del poder político*. Así, el sistema democrático debe caracterizarse por un grado real y organizado de acceso de todos los ciudadanos al sistema político, maximizando la participación ciudadana en los asuntos públicos. Los ciudadanos deben ser actores y autores del ordenamiento jurídico.

Desde el presupuesto de que la democracia representativa constituye un elemento necesario del actual Estado democrático, se ha pasado con demasiada frecuencia a una *descalificación de la democracia directa* como imposible democracia de identidad y a una pérdida de la obligada concepción dialéctica entre el concepto de democracia como proceso de representación y la idea de la misma como optimización de la participación. El resultado es que se produce la aceptación acrítica y la desafección de un modelo interpretativo que tiende a reducir la naturaleza democrática del Estado a los procesos de legitimación de los órganos titulares del poder y a la consagración de la igualdad formal de derechos políticos, entendidos incluso, en su versión más reducida, como meros derechos de sufragio.

Así, muchas de las propuestas tendentes a articular una *mayor participación ciudadana* en los asuntos públicos caen en esa trampa perfeccionista que oculta políticamente lo poco meditado de las ideas y que acaba por convertir al ciudadano democrático, como ha señalado, el Prof. Cascajo en simple *cliente del mercado político monopolizado por los partidos*.

Y aquí estriba otra de las grandes amenazas para la democracia. *La falta de control y de limitación en la actividad del poder público*. El control parlamentario es lógica consecuencia de la existencia de una relación básica que liga de forma directa e inexcusable al Gobierno con el Parlamento en el régimen parlamentario. En esta línea la Constitución española de 1978 distribuye, entre distintos órganos de poder, las potestades constitucionales, estableciendo un equilibrio fundamentado, en último término, en la idea de balances y contrapesos. Un marco que requiere para el funcionamiento regular de las instituciones, tanto el cumplimiento de las competencias propias como el respeto al ejercicio de las funciones de los otros órganos, es decir, el sometimiento al reparto competencial establecido en la propia Constitución.

Pues bien, para que exista esa voluntad popular, es necesario que los *electores estén debidamente formados e informados*, de las cuestiones públicas, incluyendo los programas, y las posturas de los partidos y los candidatos, información sobre los asuntos de interés público, asuntos que interesan a los ciudadanos, así como las soluciones que ofrecen. De lo contrario, el valor de las elecciones sería nulo. Indudablemente es responsabilidad de los poderes públicos y también de los partidos la formación e información a los electores, función que alcanza su máxima expresión durante las campañas electorales.

El rol destinado a las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) *sería la mejora de la propia democracia representativa*, promoviendo la eliminación del déficit de información y reforzando el sistema político mediante un uso más eficiente del procesamiento de la información, así como incrementar sus niveles de transparencia.

Las redes sociales como vías de información lo son con frecuencia *de desinformación lo que puede minar a las democracias*. Especialmente preocupante lo es para las personas más jóvenes que tienden a no valorar la importancia de la democracia, pues es un sistema que no ofrece los rendimientos que esperan, incluso podría ser un tipo de sistema del que se podría prescindir buscando modelos alternativos en los que vean más rendimiento. La *desinformación* presenta graves riesgos, pues conlleva además la consecuente manipulación en la opinión pública. La velocidad a la que se difunden determinadas informaciones falsas, erróneas o incluso maliciosas hacia el sistema democrático constitucional supone una amenaza contra la que es muy difícil competir.

Las informaciones que se difunden a través de las redes actúan como elementos de radicalización, pues hemos visto con frecuencia cómo navegan por ella mensajes que bordean los límites de la Ley, que insultan a los adversarios... Nos encontramos así con gran cantidad de informaciones que menoscaban la democracia. *Recuperar la cultura democrática, el valor del consenso entre políticos y la importancia del respeto entre los ciudadanos es uno de los retos en mi opinión que tiene pendiente nuestro sistema democrático, maduro no cabe duda, pero tambaleante.*

Partitocracia-populismo: Escila y Caribdis del principio democrático

Alfonso Cuenca Miranda

La ponencia del profesor De Carreras plantea temas muy interesantes y, en el fondo, enlaza con las grandes cuestiones del derecho constitucional y la ciencia política de nuestros días. Más que de una «ponencia río», cabría hablar de una auténtica «ponencia océano».

La ponencia aborda dos grandes cuestiones íntimamente relacionadas (aunque con algún matiz, como luego se dirá) y que constituyen las principales amenazas para nuestros sistemas democráticos: la partitocracia y el populismo.

En primer término, por lo que respecta a la *partitocracia*, como mal casi endémico de las democracias contemporáneas y particularmente percutiente en nuestro país, debe indicarse que en España, si bien en un primer momento (el pacto constituyente de 1978) fue necesario afianzar un incipiente sistema de partidos, inexistente en cuarenta años de dictadura, para lo que se otorgó a los partidos facultades y una posición de privilegio incluso desconocida en otras latitudes, este reforzamiento o posición no tiene ya sentido en la actualidad, toda vez que el objetivo pretendido se ha alcanzado con creces. *Hoy por hoy, esa posición hegemónica, o, mejor dicho, monopolística de los partidos en la dinámica política española carece de justificación y ha de ser corregida.* Baste citar como ejemplo de dicha posición el hecho de que el Reglamento del Congreso de los Diputados, tras establecer que los diputados individualmente considerados podrán formular enmiendas a los proyectos y proposiciones de ley, señale, un «tanto» eufemísticamente, que el escrito de presentación de la enmienda deberá llevar la firma del portavoz del correspondiente grupo parlamentario «a los solos efectos de su conocimiento». Muchos otros ejemplos podrían citarse adicionalmente.

Frente a la situación descrita se ha propugnado en los últimos años impulsar medidas o instituciones de democracia directa o semidirecta. Reconociendo que podría aprovecharse más el potencial (en todo caso, más estrecho en España que en otros ordenamientos por decisión de nuestro constituyente) de los instrumentos de democracia semidirecta, sin embargo, tales mecanismos plantean *numerosas dudas, como sucede en el caso de los referéndums, fácilmente manipulables desde el poder*. Por otra parte, experiencias como la vivida en Chile en relación con la asamblea constituyente de participación ciudadana redoblan aún más las dudas expresadas. En nuestro país puede citarse al respecto los presupuestos participativos a nivel municipal o determinadas experiencias en grandes municipios por las que ínfimas proporciones del cuerpo electoral (que no llegan al 1%) que participan, en cuanto elementos más movilizados, se les confiere la representatividad de todo el conjunto social, con los peligros o, cuando menos, disfuncionalidades que ello conlleva.

Otros instrumentos o medidas correctoras de los males derivados de la partitocracia han sido propuestos, cabiendo mencionar, por ejemplo, el paso a un sistema mayoritario en distritos uninominales, con el fin de reforzar la vinculación entre representante y elector. Al margen de la difícil traslación de tales mecanismos a nuestro país, y de que sustancialmente no alterarían, frente a lo que suele decirse, la correlación de fuerzas en el parlamento, dicho paso requeriría una reforma constitucional que, *hic et nunc*, se antoja casi imposible. Otra medida de más fácil articulación, y seguramente también efectividad, sería el pasar a un sistema de listas abiertas (si bien la experiencia senatorial no es muy alentadora al respecto).

En cualquier caso, lo señalado enlaza con una cuestión fundamental sobre la que es necesaria una reflexión colectiva o social: *el modelo de representación o, en términos más vulgares, el modelo de político que queremos*. En este aspecto, hay que reconocer que en la mayor parte de las veces en la que el tema es abordado política o mediáticamente, o incluso a nivel ciudadano, se peca de una cierta *incoherencia*. De este modo, nos encontramos con que en numerosas ocasiones el hecho de que invariablemente impere una férrea disciplina de partido, votando en bloque los diputados sin la menor disidencia en cuestiones clave y controvertidas, ha producido mucha desilusión, cuando no descontento. Sin embargo, en otras ocasiones ante la disidencia en el voto de uno o varios parlamentarios se recrudecen las acusaciones de deslealtad (entre los propios votantes de la opción política) cuando no de transfuguismo. Así, pues, hemos de ponernos de acuerdo previamente sobre *qué modelo de «político» deseamos y ser consecuentes con la opción elegida* (como sucede, por ejemplo, en Reino Unido, en relación con la «libertad» del parlamentario:

piénsese en el fenómeno desconocido en España de los *backbenchers* como eventual grupo de disidencia con la línea oficial).

La otra gran amenaza a la que se enfrentan nuestras democracias es la de los *populismos, de uno u otro signo*. Cabría señalar, en primer término, que dicho fenómeno es consecuencia de la partitocracia, si bien su origen no puede achacarse en exclusiva a la misma. El Brexit, movimientos como el trumpismo o los chalecos amarillos, cinco estrellas o el 15M son manifestaciones de la *existencia de una parte de la población (más o menos significativa) que se siente perdedora del proceso de globalización, sentimiento justificado o no, pero que está ahí y que no cabe desconocer*. Rechazar el fenómeno sin más, sin realizar un diagnóstico certero de sus causas y, sobre todo, de los posibles remedios (incluida la disminución del sentimiento subjetivo de «perdedores») no es el mejor modo de afrontar la cuestión, cuando no la agrava, ante el crecimiento del aquél. Por citar un ejemplo, el dato de que la agenda política sea realizada en la mayor parte de las ocasiones de espaldas a los ciudadanos, sin querer abordar los problemas reales a los que deben enfrentarse (ocupando, por el contrario, tal espacio la loable causa, aunque no primordial, de los derechos de los animales, o la traslación del debate político a un pasado estérilmente revisitado) aumenta si cabe el sentimiento de orfandad que, con razón o sin ella, muchos sienten en los últimos años.

En conexión con lo indicado, no deja de ser en principio paradójico que *en los tiempos en que menos política hay (en términos ideológicos, y el traslado de la contienda política por parte de los partidos a los tribunales es buena muestra de ello) sea más aguda la polarización partidista*. Y este es un dato no exclusivo de nuestro país, y al que, hay que decir, también se han sumado fuerzas tradicionales que cabría suponer ajenas o desinteresadas en participar de la misma. Al respecto puede señalarse que en Estados Unidos el trumpismo no ha tenido como efecto la defensa y vindicación de las posiciones moderadas desde el bando demócrata, sino precisamente lo contrario, vislumbrándose en los últimos tiempos posiciones más o menos radicales en un significativo sector del partido del burro, ajenas, por lo demás, a su idiosincrasia histórica.

Por todo lo indicado, se hace necesario, y urgente, cabría añadir, la *recuperación de los compromisos o consensos fundacionales que dieron lugar a los sistemas políticos en que vivimos*. Es preciso elevarse por encima del titular de mañana, ante la gravedad del momento (o, sobre todo, del futuro al que nos encaminamos irremediabilmente si no se producen cambios), y recuperar la sensación de urgencia, de necesidad histórica, que presidió en su día la construcción de la arquitectura político-constitucional en los países occidentales tras el *match-ball* que supuso la II Guerra Mundial y los totalitarismos de

■ INSTITUCIONES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, CONVERSACIONES

entreguerras. Pero, es este un deber que no tiene como destinatario exclusivo, ni siquiera de modo principal, a la clase política. Esta, por más que se diga, no es sino reflejo de la sociedad en la que vive; por ello, es preciso *un ejercicio de reflexión colectiva (incluida autocrítica), un nuevo compromiso a alcanzar por el conjunto del cuerpo social ante lo mucho que nos jugamos.*

Nuevo *demos* de la antigua democracia: tribuno y plebe

Andrés Betancor

El corazón de la institución de la democracia es el de la *representación*. El representado, sin duda, es el pueblo, que es el que configura el *demos* que gobierna a través de sus representantes. A lo largo la historia el alcance del *demos* ha variado delimitado, fundamentalmente, por el sufragio; inicialmente, el censitario, luego el parcialmente universal (solo a los hombres), hasta el reconocimiento del derecho al sufragio a las mujeres. Sin embargo, para que la representación pueda funcionar y, por consiguiente, la democracia se precisa que el *demos* esté adornado de una cualidad esencial: la de ser elector. Puede parecer una obviedad, pero no lo es. Para que haya representantes, tiene que haber representados y para que los haya, tiene que haber electores, o sea, sujetos con voluntad, decisión y conocimiento para elegir.

La democracia se asienta, por lo tanto, sobre unos sujetos peculiares, los llamados electores, o sea, los ciudadanos, unos sujetos con plenitud de derechos que tienen voluntad y decisión de elegir para lo que cuentan con información adecuada, completa, objetiva y plural. En esta condición eligen a los representantes; a los que se consideran como los más apropiados para la gestión de los asuntos públicos, para gobernar, en términos genéricos, la nación. Así lo hacen en atención a dos criterios que no siempre se combinan convenientemente: por un lado, el criterio político-ideológico, fruto del pluralismo político que es esencial para la democracia. Y, por otro, el criterio racional según el cual los ciudadanos se guían por la utilidad, la maximización de su interés.

La democracia se asienta, así pues, sobre un ciudadano-elector que atiende a criterios político-ideológicos y racionales, según su conveniencia, por lo que, en términos genéricos, podríamos denominarlo como un sujeto racional, ideológicamente racional. Una consecuencia de este arquetipo sería la libertad

de la elección, que rechazaría que fuese el fruto de una vinculación o sometimiento a unos prejuicios políticos-ideológicos (sectarismo). Porque el ideológicamente racional no puede ser ideológicamente irracional. Sin embargo, sabemos que este arquetipo no se ajusta al ciudadano-elector real; aún menos, cuando entre el ciudadano-elector y el representante-elegido se establece una suerte de comunión basada en la confianza; la de que actuará como deba actuar para el bienestar colectivo, según lo interpreta el elector. La confianza es la fuente de la conexión entre elector y elegido; es el sentimiento que sirve de engrudo de la relación.

Es evidente que este arquetipo de ciudadano que sirve de presupuesto de la democracia, como decía, no se ajusta a la realidad. Es posible que nunca se haya dado, pero era una ficción que nos permitió construir un sistema institucional que operó como si de una democracia se tratase, haciendo realidad el mito fundacional del Estado democrático de Derecho. Sin embargo, ahora hemos llegado a una situación en la que la ficción ya no funciona. Ya es notable el desajuste en nuestras democracias reales entre el *demos* (mitológico) y la democracia (institucional). Es la causa de la perplejidad compartida por todos; de las denuncias de los problemas, las desviaciones, ... las enfermedades varias de la democracia. El *demos* se ha transformado de manera sustancial; es el que lucha por imponerse al «antigo».

El «nuevo *demos*», integrado, en lo que ahora nos interesa, como el «antigo», por el ciudadano-elector con voluntad, decisión y conocimiento para elegir a los representantes, se desenvuelve en un marco que es radicalmente distinto, delimitado por las redes sociales, la globalización, el deficiente funcionamiento del Estado como «máquina» de provisión de seguridad y riqueza, así como la crisis de la «fe» ideológica y política. El resultado es un *demos* que responde a unas características que paso a enumerar.

En *primer* lugar, es más «individuo» que nunca, al mismo tiempo que más gregario que en ningún otro momento de la historia de las democracias. Es uno de los frutos de las redes sociales. No somos capaces, porque todavía nos falta la perspectiva histórica, de evaluar la transcendencia que tienen las redes sociales en la configuración del «yo». Con WhatsApp (y sus grupos), Facebook, Instagram y Twitter estamos permanentemente conectados, permanentemente exhibidos y permanentemente enjuiciados. Nos mostramos sin pudor, al mismo tiempo que nos prestamos, en nuestra desnudez, en nuestra exhibición, a ser objeto del comentario del «otro», convirtiéndolo en «juez» de nuestras vidas: multiplicamos las conexiones, multiplicamos los jueces. La consecuencia es ambigua: es más fácil la conexión con la masa, por el cauce

de la entrega de nuestra intimidad, al mismo tiempo que la sometemos al juicio, también, del desconocido. Así sucede, incluso, al margen de nuestra voluntad. Tanta conexión, tanta exhibición y tanto juicio, multiplica nuestra soledad: la denominada crisis del «like». Nunca hemos estado más conectados, pero más solos.

En *segundo* lugar, nunca antes el *demos* ha disfrutado de tanta información. Es el más informado de toda la historia de la humanidad. Y, sin embargo, el océano de información lo ha convertido en un ser selectivamente ignorante: sólo consume la información que refuerza sus pre-juicios, lo que le conduce a ignorar la que los desautoriza, volviéndose más sectario; más violentamente sectario, incluso.

En *tercer* lugar, el *demos* ha perdido identidad (inclusiva). La identidad es un factor estructurante de nuestra personalidad. Somos parte de un grupo que nos aporta ciertos elementos que nos definen y hacen posible precisamente, nuestra integración. Somos seres sociales, como Aristóteles insistía. Una sociabilidad que nos identifica, incluso, en el «yo»; somos individuos-sociales; una combinación extraña entre el «yo», singular, específico y la sociabilidad; la suma entre el «yo-individuo» y el «yo-social» conectado a través de la identidad. Identidad que puede llegar hasta el paroxismo del racismo y del nacionalismo, cuando excluye a los que no la comparten; porque construye el «yo», tanto como «desconstruye» al «otro». Esta tendencia, que sobresale, en particular, en momentos de crisis, donde el miedo hace acto de presencia, sólo puede ser corregida mediante instituciones. Mediante la edificación de una identidad inclusiva, como es la del ciudadano del Estado democrático de Derecho.

Sin embargo, en el momento presente se está produciendo un fenómeno paradójico: el *demos* es más gregario, para ser más individuo (soledad), pero menos identitario; lo que podemos denominar como la individualidad sin identidad. La nación se diluye, se difumina. La nación más débil, la ciudadana, la que no se ha metastatizado en nación-autoritaria, sufre de los males de su debilidad. La globalización y sus impactos económicos, sociales y, también, políticos, ya nos hace dudar de qué somos. ¿Qué es ser español hoy?

En *cuarto* lugar, el *demos* está cada vez más enfadado, descreído, desconfiado y temeroso. La globalización, la crisis y el mal funcionamiento del Estado como proveedor de seguridad (en sentido amplio) son factores que, sumados, alientan la que podemos denominar como la crisis de la desigualdad y su consecuencia, en el ámbito que ahora nos interesa, la pérdida de la esperanza de que la prosperidad sigue un camino continuo y ascendente que permitirá a todos mejorar. Es la frustración de un sentimiento, profundo, de

que los hijos vivirán mejor que los padres, y no de la pensión de los abuelos. El *demos* se siente víctima de un engaño masivo que atribuye a las instituciones. Le habían prometido libertad y bienestar, y le entregan inseguridad y no-prosperidad (se ha roto el camino de la prosperidad). En momentos de miedo, nuestra tendencia natural es la búsqueda del amparo del grupo (tribu) y del líder. En definitiva, el *demos* se ha vuelto populista. Busca un líder que, en mitad del naufragio colectivo, le ofrezca soluciones simples, a la altura de sus necesidades, con independencia de que atenderlas sea complejo. Es irrelevante, quiere su solución; la suya. Entre el líder y el *demos* se crea un diálogo permanente que no necesita de intermediarios porque contaminan la pureza de la comunicación. El *demos* populista no quiere, porque no lo necesita, partido alguno, sólo movimientos políticos. Así se organizan aquellos que quieren representarlo.

Este *demos*, en ciernes, hace crujir las estructuras de la democracia, según la hemos concebido, porque la ficción sobre la que se organiza, la del ciudadano-elector con voluntad, decisión y conocimiento para elegir a los representantes según un criterio ideológicamente racional ya no funciona. La ficción ha caído. Estamos ante otro *demos* que compite con el antiguo. El que exige a las instituciones, por un lado, participación, como si las redes sociales fuesen el nuevo parlamento; que ya no se necesita a los partidos para la integración de intereses, sino a la democracia directa; y, por otro, ser atendido en aquello que realmente le importa, aquí y ahora; la urgencia de lo inmediato, la de la angustia del momento de confusión y de zozobra, el del miedo.

Es el *demos* el que alienta el populismo y no a la inversa, y la virtualización de la democracia, porque sólo el líder le comprende y le atiende. Abascal afirmaba, el pasado día 13 de febrero de 2022, al conocerse los resultados de las elecciones en Castilla y León, que quieren «ser los *tribunos de la España de provincias* y hacer que sus demandas entren en nuestra negociación, ya que la España interior ha sufrido mientras los separatistas vascos y catalanes se lo llevaban todo». La idea del tribuno de la plebe es una imagen potente y muy reveladora, no sólo del líder, sino del *demos*. Si el líder es tribuno, el *demos* es plebe. Ese es el nuevo *demos*, el que hace crujir las estructuras de la democracia según la hemos concebido.

Occam, las naciones y los pueblos

Manuel Conthe Gutiérrez

En el mundo de la Ciencia, una teoría que postula menos entidades, procesos o causas es mejor que una que postula más, siempre que la teoría más sencilla sea compatible con lo que observamos.

Esa regla se conoce como «navaja de Occam», en recuerdo del franciscano inglés del siglo XIII a quien en el siglo XVII un tratadista le atribuyó la frase de que «las entidades no deben multiplicarse sin necesidad», a pesar de que no aparece en ninguna de sus obras y sí esbozada antes en las de Santo Tomás de Aquino y de Duns Scoto, maestro de Occam (la «navaja de Occam» es, pues, un caso más de la «regla de la eponimia de Stigler», según la cual ninguna idea científica lleva el nombre de su verdadero descubridor).

Pues bien, en mi opinión, debemos aplicar la navaja de Occam –esto es, eliminar los conceptos innecesarios– no solo en la Ciencia, sino también en el Derecho constitucional, para que *la polisemia de términos innecesarios –como «nación» y «pueblo»– no provoquen estériles conflictos o debates.*

Por eso, me parece elogiable que, en su exposición sobre el principio democrático de la Constitución española, Francesc Carreras *prescinda del concepto de «nación»*: como enseguida expondré, el concepto de «nación» es *innecesario*, pues el *único concepto relevante hoy en día es el del «Estado»*. Por eso son tan estériles los debates sobre si España es una «nación», una «nación de naciones» o un Estado «plurinacional».

Nuestra Constitución muestra la elogiable parsimonia que exige la regla de Occam en el uso de los términos «nación» y «pueblo».

Así, utiliza la palabra «nación» solo dos veces, siempre con mayúscula y acompañada de «española»: en el Preámbulo y en el artículo 2 («La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española»), en el que

luego afirma que la Constitución «reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran».

Es también parca con la voz «pueblo», que en este caso utiliza en un doble sentido, en singular y plural: en el artículo 1.2, cuando señala que «la soberanía nacional reside en el pueblo español»; y en su Preámbulo, cuando dice proteger a «todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones».

Del *carácter proteico y ambiguo del término* «nación» se hizo eco en 2010 la injustamente denostada sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña, cuando en su Fundamento Jurídico 12 declaró constitucional la expresión «símbolos nacionales de Cataluña» con el siguiente argumento:

«De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa. Pero la nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional. Y en ese específico sentido la Constitución no conoce otra que la Nación española, con cuya mención arranca su preámbulo, en la que la Constitución se fundamenta (art. 2 CE) y con la que se cualifica expresamente la soberanía que, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (art. 1.2), se ha manifestado como voluntad constituyente en los preceptos positivos de la Constitución Española». Pero añade: «En cualquier contexto que no sea el jurídico-constitucional, la autorrepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural [tiene] plena cabida en el Ordenamiento democrático.»

La distinción entre la «Nación» (con mayúscula) o Estado soberano, por un lado, y las «nacionalidades» (o «naciones culturales»), por otro, resulta clara para cualquier lector de la Constitución.

Pero los nacionalismos periféricos siempre han jugado con la polisemia del término, con la habitual sinonimia en el lenguaje internacional entre «nación» y «Estado» (así, hablamos de Organización de las Naciones Unidas, no de los Estados Unidos) y con la arcaica formulación del «principio de las nacionalidades» que efectuó el presidente Wilson al término de la Primera Guerra Mundial, tras la disolución de los imperios austrohúngaro y otomano.

En esa equivocada interpretación nacionalista, basta con que una mayoría de los ciudadanos de ciertos territorios –¿cuáles? ¿quién determina el perímetro de ese *demos* originario capaz de imponer coactivamente, por mayoría, su deseo de independencia a sus miembros disidentes?– tengan o adquieran el sentimiento de constituir una «nación» o «pueblo» para que automáticamente adquieran soberanía internacional y derecho a constituirse en un nuevo Estado.

La polisemia del término «nación» también ha dado lugar a otra desdichada confusión: la de quienes, entremezclando sus dos sentidos, afirman que España es una «nación de naciones», ya que es una nación que alberga en su seno otras varias. En realidad, como veremos, lo que hay en España es una *mezcolanza de sentimientos nacionales*.

El concepto moderno de «nación» es una invención romántica de finales del siglo XVIII y principios del XIX, inspirada por un teólogo pietista, Johan Gotfried Herder, y un metafísico, Hegel.

Es cierto que, a la hora de delimitar el perímetro geográfico de los nuevos Estados —cuando todavía no existían, como en África hasta fecha reciente, o en la Europa de inicios del siglo XX, tras el derrumbe de los imperios otomano y austrohúngaro—, pudo tener sentido tener en cuenta la distribución geográfica de grupos con una cultura o lengua común, para favorecer a priori la *cohesión cultural de la ciudadanía del nuevo Estado* («principio de nacionalidades», de resultados bastante cuestionables).

Pero, *una vez configurado el mosaico moderno de los Estados reconocidos en Derecho Internacional, el concepto de «nación» es un término inútil que solo sirve como bandera de los populismos de signo identitario*, como señala Francesc Carreras.

Es cierto que el sentimiento nacional, como el religioso, suele ser un útil *instrumento de marketing político* para estimular la solidaridad entre los ciudadanos de un mismo Estado y su disposición a aceptar sacrificios (como pagar impuestos redistributivos o, en casos extremos, dar la vida por los demás). Pero los sentimientos nacionales tienen también *un lado siniestro y destructivo* que alimenta la xenofobia, las divisiones sociales, el victimismo y, en los casos más graves, las guerras.

Como ha escrito la historiadora francesa Anne-Marie Thiesse en *La creación de las identidades nacionales. Europa siglos XVIII-XX*, los impulsores de identidades nacionales utilizan siempre un «*check-list* identitario» que llama «*método Ikea*»: necesitan encontrar una lengua, remotos ancestros, héroes abnegados, costumbres tradicionales y malignos enemigos para amueblar ese anhelado «nosotros» que, como en los cuentos infantiles, nos distinga de «ellos». Por eso, si dejamos de lado sus ideas económicas, el nacionalismo español de Vox (que yo padecí en el colegio, por obra de un profesor falangista que nos daba Formación del Espíritu Nacional) sigue tan fielmente el «*método Ikea*» como el vasco o el catalán, y *apela igualmente a emociones tribales semejantes* (basta con sustituir, por ejemplo, a Agustina de Aragón por Rafael Casanova).

En mi opinión, además de desterrar del mundo jurídico-constitucional el innecesario concepto de «nación» –nos basta con el de «Estado», que está ya consagrado tanto en el Derecho interno como en el internacional–, en el ámbito político debemos dar a los sentimientos e identidades nacionales el mismo trato que a las creencias y sentimientos religiosos: su práctica y manifestación pública deben ser libres, pero esos sentimientos, por intensos que sean, *no otorgan ningún derecho político especial, ni pueden imponerse por mayoría a otros ciudadanos.*

Al igual que España es en la actualidad un país religiosamente plural –hay ciudadanos católicos, musulmanes, protestantes, judíos, sincretistas, agnósticos...– *también es plural en materia de sentimientos nacionales*, pues aunque muchos ciudadanos nos sintamos emocionalmente «españoles», otros se consideran exclusivamente catalanes o vascos, y tal vez algunos solo europeos o de otros países, o incluso apátridas. Al igual que los religiosos, *los sentimientos nacionales deben ser libres, pero tan irrelevantes jurídicamente como ellos.*

En Europa la reforma protestante del siglo XVI desembocó en dos siglos de guerras de religión, que al principio se intentaron evitar atribuyendo a las creencias religiosas efectos políticos, como establecía la máxima del *cuius regio, eius religio* («a tal rey, tal religión») que en la Paz de Augsburgo de 1555 pactaron el emperador Carlos V y los protestantes alemanes. Con los años, por fortuna, en Europa se admitió la libertad religiosa y el progresismo ilustrado logró la separación entre Estado y religión (lo que todavía no ocurre en muchos Estados musulmanes).

Los *nacionalismos son las religiones contemporáneas*. Por eso, me asombra que muchos partidos y políticos que se dicen «progresistas» no logren entender que los cultos nacionalistas no brotan de realidades objetivas, sino del cultivo de las emociones, los mitos, el adoctrinamiento, la imposición de las lenguas y el marketing político, y deben ser tratados por un Estado democrático moderno, como España, con respeto a las naciones culturales o «nacionalidades», pero sin dejar que carcoman su Constitución.

Si es aconsejable rechazar el concepto político de «nación» (y, cuando resulte imprescindible, limitarnos a hablar, como hace la Constitución, de «Nación española» o Estado español, y «nacionalidades» o «naciones culturales»), *también podemos prescindir del concepto de «pueblo»*. Con acierto, Francesc Carreras señala que «por pueblo entendemos el conjunto de individuos de un Estado que son titulares de derechos y deberes». Me parece una afirmación acertada, que pone el énfasis en el concepto de «Estado» y en los individuos o

ciudadanos que tienen reconocidos plenos derechos dentro de él (otros, los extranjeros residentes, tienen también reconocidos derechos, pero no plenos).

Mi conclusión es que, como el concepto de «pueblo» también encierra ambigüedades –y algunos pueden entenderlo como la dimensión subjetiva del concepto objetivo de «nación»–, *debemos prescindir de él y sustituirlo por el de «ciudadanía» o «ciudadanos», conceptos que son la contrapartida subjetiva del concepto objetivo de «Estado».*

En conclusión: la regla de la «navaja de Occam» aconsejaría desterrar de nuestro lenguaje político los términos «nación» y «pueblo», y sustituir «la Nación española» por «el Estado español» (o «España») y «pueblo español» por «los ciudadanos españoles».

Observaciones al texto de M. Conthe sobre el principio democrático

Manuel Aragón Reyes

El comentario de M. Conthe a la ponencia de F. de Carreras, por el que debo felicitarlo por el carácter provocativo de sus ideas, me preocupa, a su vez, por los inconvenientes con que tropiezan. Además de alterar muchas denominaciones e incluso categorías del Derecho internacional (su propio organismo mundial es de «Naciones Unidas»), *sustituir en Derecho Constitucional el término «nación» por el de «Estado» supone no solo arrumbar el concepto de «nacionalidad» para las personas, sino también negar la atribución de la soberanía a un ente popular colectivo* (salvo que el Estado sea totalitario en lugar de democrático, o que pensemos únicamente en la acción exterior del Estado, que ahí sí es soberano, pero no en su acción interior, en la que, si el Estado es democrático, no puede ser soberano). Ese ente colectivo sólo podría ser, entre nosotros, el conjunto de los españoles, esto es, el pueblo español en el que reside la soberanía (como expresa el art. 1.2 CE). Además, el abandono del término nación requeriría, en todo caso, *reformular la Constitución*, pues en ella no sólo se utiliza el término «nacionalidad» referido al estatuto personal (art. 11)¹, sino que también se califica de «nacional» la soberanía (art. 1.2 CE) y se proclama (en su Preámbulo) que la propia Constitución procede de la «Nación Española». Es cierto que de lo escrito por Conthe no se deriva que él proponga que el Estado se confunda con la sociedad a que debe servir, ni que el Estado absorba (como en la solución hobbesiana) la soberanía, es decir, la totalidad del poder, ni tampoco la inconsecuencia de que el poder constituyen-

¹ Abstracción hecha del término «nacionalidades», sólo predicable de las Comunidades Autónomas y, con ello, no soberanas.

te reside en el poder constituido. Reconoce, como es obvio, que la soberanía reside en el pueblo español (como dice muy bien el art. 1.2 CE).

Pero el problema se complica más aún si, como él apunta, se sustituyera el concepto de pueblo por el de «ciudadanía» o «ciudadanos», pues entonces el ente colectivo soberano tendría el riesgo de *difuminación* (¿ciudadanos vascos, catalanes, andaluces, etc.?), salvo que se precisara que eran los «ciudadanos españoles».

En realidad, *no veo las ventajas de esos cambios*, cuando tanto el término nación como el de pueblo, o incluso el de ciudadanos, pueden ser tergiversados por un uso identitario totalizador y siempre antidemocrático.

El Estado no puede separarse de la existencia de un grupo humano con rasgos comunes (históricos, culturales, etc.), esto es, de una comunidad, y no sólo de una sociedad, una comunidad que tiene vocación de permanencia porque en ella, simbólicamente, se proyectan el pasado, el presente y el futuro. *Esa comunidad, para nosotros, es España, una realidad humana que no puede basarse sólo en la pura demografía*. Una comunidad «nacional» amalgamada por esos rasgos y caracterizada porque *su voluntad presente la ejerce*, no un ente intemporal e inasible o una persona o un partido que «personifique» a esa comunidad, sino quienes realmente, en cada momento, la componen, esto es, por la sociedad en la que se proyecta la acción cotidiana, política y jurídica del Estado: *el pueblo español* que, como pueblo libre, está integrado por un *conjunto de personas que tienen reconocidos plenamente unos derechos fundamentales que el Estado no puede eliminar*. Nación y pueblo pueden, y creo que deben, concebirse como *realidades distinguibles*, y por ello España no se identifica por completo con el pueblo español. Aunque sólo el pueblo español es el que puede decidir, jurídicamente, en cada momento el destino de España. Ello ni es paradójico ni contradictorio, sino la consecuencia lógica de que España (aunque sea una comunidad nacional y no sólo una sociedad) está regida por una Constitución democrática.

Creo, pues, que cabe un *entendimiento democrático, y por ello constitucional, de nación, de pueblo y de Estado*, aunque siempre esos términos puedan ser (y lo han sido) tergiversados por ideas y movimientos totalitarios. También otros términos como «igualdad», «solidaridad», «imperio de la ley», «jerarquía», y muchos más, son y han sido susceptibles de apropiación indeseable, pero no por ello deberíamos abandonarlos. Lo que parece más hacedero es, creo, fortalecer el *cabal entendimiento constitucional de nación, pueblo y Estado*, precisamente para *evitar que los enemigos de la Constitución los usen indebidamente para destruirla*.

Justamente porque *no cabe separar (aunque sean distinguibles) Estado y nación, es por lo que no puede aceptarse, constitucionalmente, la existencia del Estado «plurinacional»* (ya que la soberanía es una, y por ello la nación también). Tampoco el Estado «confederal», que se sustenta de dicha pluralidad nacional. Más aún, si esto es cierto, a mi juicio, *de Constitutione lata*, también lo es, creo, *de Constitutione ferenda*, ya que no podría aceptarse una reforma constitucional que acabara con la unidad de la nación, que es un límite ontológico-constitucional a dicha reforma. *Sin unidad de la nación no puede existir, conceptualmente, Constitución.* Por ello, ni el derecho de autodeterminación de partes de la comunidad nacional está permitido por la Constitución, ni siquiera por una reforma constitucional podría introducirse, ya que no significaría un modificación de la Constitución, sino su destrucción.

Dicho lo anterior, y como suele suceder, las propuestas de Manuel Conthe, se pueda estar o no de acuerdo con ellas (que incluso pueden ser más acertadas que las nuestras), son siempre incitantes y, por eso, siempre fructíferas para hacernos pensar y no dejarnos llevar por los tópicos que, a veces por inercia, y sin discusión, se siguen manteniendo. Gracias, por contribuir a que (trastocando la frase tan conocida de la antigua universidad de Cervera) esté «lejos de nosotros la funesta manía de no pensar».

Principio democrático: las «armas» de los «nuevos enemigos internos»

Fernando Irurzun Montoro

En la ponencia del Profesor De Carreras se identifican acertadamente dos «nuevos enemigos internos» de la democracia: la partitocracia y el populismo.

Mi reflexión no se refiere tanto a los «enemigos» como a las «armas» o instrumentos que ambos utilizan. Ciertamente que unos –los partidos– y otros –los populistas– lo hacen en medida y estrategias diferentes, pero que lo son menos en tanto los partidos o sus líderes comienzan a transitar por la senda populista –por convicción o por mero cálculo electoral, que de todo hay en la viña del Señor–.

Quisiera llamar la atención sobre *los riesgos que la aplicación de la que se ha denominado «inteligencia artificial» o del uso masivo de datos («big data»)* puede tener para nuestras democracias. No digamos si a ello se une el uso malicioso de esas herramientas con las «noticias falseadas» sobre el que ha advertido entre nosotros Ignacio Astarloa. Desde mi punto de vista el riesgo existe en todo caso, incluso aunque quienes utilicen esas herramientas no las empleen para sembrar la desinformación y, por tanto, merece la debida reflexión.

Frente al principio democrático formal puede acabar imperando una *s sofisticada capacidad de influencia o manipulación sobre la voluntad o preferencias de los ciudadanos que no responda al razonar crítico y contrastado sobre ideas, fines y medios* que, al menos teóricamente, son la base del debate político democrático. Sí, ya sé que ese es sólo el ideal y que la realidad es imperfecta desde hace años, si no desde siempre. Pero hay que reconocer que *las nuevas tecnologías brindan una gran oportunidad para apartarse de ese ideal.*

Si uno de los pilares de nuestras democracias era una opinión pública informada a través de los medios de comunicación llamados a ser el perro de presa de los otros poderes, cabe preguntarse dónde encaja esa teoría con una

sociedad apegada mayoritariamente a los mensajes cortos, directos y ya «digeridos». Mensajes que son recibidos en aluvión constante y sin esfuerzo, no sólo por los jóvenes en las redes sociales sino hasta por el más anciano de nuestros mayores en su teléfono móvil a través de los «wasaps» de sus familiares y amigos.

LA APLICACIÓN DE TÉCNICAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL A ESE BOMBARDEO DE MENSAJES CONSTITUYE –EN MI OPINIÓN Y SIN QUE SUENE APOCALÍPTICO– EL ARMA IDÓNEA A DISPOSICIÓN DE LOS «NUEVOS ENEMIGOS INTERNOS»

Incluso la prensa, un medio que aparentemente requiere un esfuerzo mayor en la recepción y racionalización del mensaje, es hoy presa del mismo riesgo al abandonar la edición en papel y tener la necesidad de usar en las versiones digitales titulares llamativos que con frecuencia poco tienen que ver con el contenido de la información, pero que utilizan porque sólo de ese modo incrementan las entradas en sus noticias. Entradas que luego se transforman en número de teóricos «lectores» a efectos de ingresos publicitarios. ¿Cuántos de los que dicen leer el periódico sólo leen el titular y la entradilla?

Lo acontecido en el referéndum del Brexit, la dramática pantomima de los secesionistas catalanes, el fenómeno Trump o –no nos engañemos– las nuevas formas de propaganda electoral «personalizada» o sesgada que usan nuestros partidos políticos, incluidos los mayoritarios, o sus voceros en las redes sociales (suena más fino, «community managers») son una prueba –y sólo incipiente– de lo que intento describir.

Es evidente que *regular*, y sobre todo *hacer cumplir la regulación*, en un ámbito como éste no es tarea sencilla. La primera dificultad estriba en *cómo hacerlo posible sin más limitaciones a la libertad de expresión que las estrictamente imprescindibles*. Que ciertas limitaciones son posibles para defender la democracia lo dijo la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Animal Defenders*, en relación con los límites a la publicidad política en los medios audiovisuales británicos. Una prohibición legal que alcanzaba a la emisión de anuncios políticos en radio y televisión –públicas y privadas–, en cualquier tiempo y no sólo en los de elecciones, y no únicamente para los partidos políticos sino, como en el caso de los demandantes en Estrasburgo, a cualquier entidad. El TEDH consideró la medida legítima y proporcionada –con división entre los Jueces– para garantizar el debate político democrático frente a la mayor capacidad de acceso a los anuncios de quienes tienen mayor capacidad financiera. No sólo eso, sino que, frente a la

alternativa de que la restricción se imponga sólo a los partidos políticos o mediante un límite cuantitativo, el Tribunal razonará que de ese modo sería sencillo burlar la prohibición por los partidos, utilizando organizaciones paralelas, o replicándolas para respetar sólo formalmente el tope de gasto.

Otra difícil tarea es afrontar una *regulación nacional o europea en un mundo global, sin puertas para la transmisión de mensajes* (salvo en las dictaduras como China), y cómo hacerla mínimamente efectiva. ¿Bastará con un órgano de vigilancia que asegure la transparencia e informe de las fuentes, de su posible manipulación, y de quién está detrás? ¿Debemos prohibir a los partidos y sus satélites la propaganda en las redes sociales durante las campañas? ¿Contamos con instrumentos para aplicar esa normativa y disuadir al partido infractor de su uso? Ciertamente, no es fácil acertar con el instrumento. Tampoco ayuda nuestra experiencia nacional: las multas a nuestros políticos han frenado sólo en parte el uso de los espacios o cargos públicos para la propaganda electoral, dada su cuantía escasamente disuasoria. Soy de los que prefiere multiplicar la transparencia a las prohibiciones generales o la censura. Puestos a comenzar a andar el camino, comencemos, por ejemplo, por obligar a los partidos a comunicar a la Junta Electoral todas las identidades que usan en las redes sociales, a que se identifiquen como tales, o a que den a conocer públicamente las técnicas de selección de sus objetivos de propaganda electoral electrónica. Eso sí, castigemos con sanciones verdaderamente disuasorias, y no meramente económicas, a quienes incumplan estas obligaciones o las eludan de cualquier modo.

Sin duda, el reto es enorme y complejo, pero me parece que *la pasiva aceptación de las herramientas tecnológicas en este ámbito es un riesgo inasumible para la democracia*, al menos si la entendemos en los términos que hoy conocemos.

LEY

I. CRISIS

La Ley

Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa

LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SIGNIFICÓ LA CONSAGRACIÓN DE LA LEY COMO INSTRUMENTO CENTRAL DE LA CONVIVENCIA, COMO LÓGICO CORRELATO AL CAMBIO ROTUNDO OPERADO POR EL CONSTITUYENTE EN LAS ESTRUCTURAS DEL SISTEMA POLÍTICO

Todos los comentaristas coincidieron en su día en el impacto profundo de la Constitución en su apuesta por el Parlamento y por la ley, mediante el reforzamiento del Poder Legislativo frente al Poder Ejecutivo y la garantía de los principios de legalidad (arts. 9.3, 97, 103 y 106) y de reserva de ley (arts. 53 y 81, entre otros muchos). Se coincidió entonces en la acentuación de los poderes del Parlamento y se subrayó la subordinación irrestricta de los reglamentos del Gobierno a las leyes, frente al proyecto de doble reserva entre ley y reglamento que se contenía en el primer borrador del texto constitucional, de 5 de enero de 1978. Como escribió el profesor Predieri, el texto constitucional fue «ejemplar en su traducción a fórmulas jurídicas del sustrato político de nuestros días».

Así pues, la ley aprobada parlamentariamente era concebida como *instrumento central de la convivencia*. Una ley, además, llamativamente *plural*, porque la Constitución distinguió entre las leyes orgánicas (art. 81), las leyes ordinarias, las leyes de bases (arts. 82 a 85), las leyes de presupuestos (art. 134), las leyes nacidas de la iniciativa popular (art. 87.3) o regional (art. 87.2), las

leyes referendarias (v.gr. art. 151), los reglamentos parlamentarios como normas primarias con valor de ley (art. 72), los estatutos de autonomía (art. 147), las propias leyes autonómicas (art. 153.a) o los cuatro tipos de leyes recogidos en el artículo 150 CE: leyes marco, leyes de transferencia o de delegación, y las leyes de armonización.

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

TRANSCURRIDAS MÁS DE CUATRO DÉCADAS, EL PANORAMA DE LA LEY ES, SIN EMBARGO, PEOR QUE PREOCUPANTE. POR CAUSAS, ENTRE OTRAS, COMO LAS QUE SIGUEN

En el tiempo en que vivimos *el Parlamento tiene objetivamente muchas dificultades para ser el protagonista de la legislación*. Los asuntos son cada vez *más técnicos y más sofisticados*, hay que legislar atendiendo a las exigencias particulares de la economía, la técnica y la ciencia, las urgencias son cada vez mayores, al legislador le resulta cada vez más compleja la armonización de los intereses afectados por cada ley, el método de trabajo parlamentario, supuestamente deliberante y reflexivo genera una gran dificultad para seguir el ritmo de las necesidades a resolver, y las Cámaras no tienen a su disposición para acometer estos desafíos los inmensos medios de que dispone el Ejecutivo.

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

De hecho, no ha dejado de crecer esa categoría tremenda: las citadas leyes de medidas, cada vez más descarnadas, son hoy además innumerables leyes *ómnibus* ¡y decretos-leyes *ómnibus*! Normas que regulan en un mismo texto docenas de asuntos diversos. Que se aprueban, no ya como complemento anual de las

leyes de presupuestos, sino en cualquier momento. A mero título de ejemplos cabe citar la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que, tras incluir un alentador artículo 4.9 con reglas para hacer normas de calidad, se acompañó de sesenta disposiciones finales ¡que modificaron más de sesenta normas! O el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, un prodigio de noventa y un artículos y dieciocho disposiciones complementarias, estructurado, como los Códigos, en siete Libros, tres de los cuales se organizan a su vez en Títulos y Capítulos y regulador de una tacada de «bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes».

Por añadidura, está el factor político, que *impone cada vez más frecuentemente la voluntad sobre la ratio*. Lo facilita el tratamiento «flexible» de los procedimientos legislativos, utilizados desde la prioridad política de formar mayorías y sacar adelante decisiones con rapidez, sin preocupación por la calidad final de la ley. Se improvisa demasiado, se usa la dificultad de formar mayorías para introducir previsiones que contienen una cosa y su contraria, se dejan hasta última hora las transacciones finales, sin margen para una evaluación y adaptación técnica. Y, en definitiva, se prescinde si es preciso de cualquier «traba» técnica.

De hecho, la tramitación parlamentaria de las leyes se ha ido degradando progresivamente, acortando trámites y turnos en el procedimiento ordinario y haciendo un uso cada vez mayor de los procedimientos especiales que reducen el debate.

Es verdad que, desde 1978, *los Gobiernos han sido, en realidad, los que han legislado en el Parlamento a través de la mayoría*, con un claro dominio de la iniciativa legislativa, y haciendo valer su voluntad durante toda la tramitación de las leyes, hasta su aprobación final, a través de su mayoría en las Cámaras. Pero en los últimos años, todo ello *se ha agravado extraordinariamente*.

Desde 2008, por la sucesión de crisis (económica, política y sanitaria), vivimos instalados *en el dominio de la excepcionalidad y la primacía de los instrumentos de urgencia*. Excepcionalidad que ha ido engordando como bola de nieve y que parece haberse consolidado con la irreversibilidad de lo inevitable, aún después de haber cesado la crisis sanitaria.

Así, el decreto-ley no es ya el instrumento excepcional dibujado por la Constitución, a utilizar ante una «extraordinaria y urgente necesidad», sino un

auténtico *modo alternativo de legislar por el Gobierno, e incluso verdaderamente prioritario frente a la ley parlamentaria*. Pero el recurso habitual a la excepcionalidad y a la urgencia no se circunscribe tan solo al abuso de los decretos-leyes. Además de trastocarse muy seriamente la titularidad de la potestad legislativa, se está *desvirtuando el procedimiento para su ejercicio*, tanto en su fase de iniciativa, como en la tramitación parlamentaria, y se está *afectando el contenido mismo de la ley*, que cada vez es más formal y menos material, más una cáscara de multitud de objetos diversos que la norma supuestamente revestida de los caracteres de la generalidad, la abstracción, la estabilidad y la racionalidad.

A ello está contribuyendo no poco la *forma de plantear las iniciativas legislativas*, obviando los informes obligados (y también los convenientes) para la elaboración de los proyectos de ley por el Gobierno antes de su presentación en las Cortes. También la tendencia cada vez mayor a utilizar, no solo el procedimiento de aprobación de leyes por Comisión (que hace tiempo que se convirtió en lo ordinario), sino el extremo procedimiento de lectura única que, combinado con la declaración de urgencia y la reducción de plazos de enmiendas a días (e incluso a horas), permite aprobar textos de manera fulminante y con mínimo debate y reflexión. Además, resulta cada vez más frecuente la presentación por los partidos del Gobierno de *proposiciones de ley*, obviando los requisitos establecidos para los proyectos gubernamentales y a las que suele acompañar la declaración de urgencia e incluso la citada lectura única.

El proceso viene de lejos. Viene de haber «vulgarizado» *el recurso a la urgencia* como modo habitual de operar del Estado, casi como algo natural. Primero, porque, para los actores políticos, que ciertamente tienen que tomar decisiones en un mundo muy acelerado en el que casi todo, lo económico y muchas otras cosas, se nos van en urgencias, resulta muy socorrido usar instrumentos como el decreto-ley o la lectura única que permiten medidas con normas de rango legal casi con más facilidad que lo cuesta tramitar y aprobar un reglamento.

En segundo lugar, porque quien tenía que controlar que el Ejecutivo no se instalase en semejante escenario, tan confortable, pero tan alejado de lo que prescribe la Constitución, no lo ha hecho. *Ni el Parlamento, primero, ni el Tribunal Constitucional después.*

Y, en fin, porque cuando, además, el escenario político ha cambiado de tal forma que articular mayorías se ha convertido en una aventura de resultado incierto, la legislación de urgencia ha resultado la mejor medicina para los dolores de la política. El bálsamo que hace fácil superar las dificultades de la fragmentación. Como si a estas alturas, con la acumulación de tantas

crisis, no quedase otra posibilidad, para gobernar el país, que resignarnos a la excepcionalidad.

Pero instalarse de forma permanente en la excepcionalidad no solo está devaluando y deslegitimando la ley como instrumento de convivencia, sino que está teniendo además unos *efectos graves para nuestro sistema constitucional* a todos los niveles.

CON LA DEGRADACIÓN DE LA LEY SE ESTÁN DETERIORANDO TAMBIÉN PRINCIPIOS BÁSICOS DEL SISTEMA COMO EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO, LA DIVISIÓN DE PODERES, EL DEBATE PÚBLICO DE LAS NORMAS, LA CALIDAD DEL ORDENAMIENTO, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y, EN DEFINITIVA, LA LEGITIMIDAD MISMA DEL DERECHO COMO TÉCNICA DE ORGANIZACIÓN SOCIAL

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

Es razonable que en este tiempo en el que *hay más medidas que normas y más decisionismo que racionalismo codificado*, reflexionemos colectivamente sobre la distribución de la potestad normativa entre el Legislativo (la ley) y el Ejecutivo (el reglamento) para racionalizar formalmente la diferenciación entre las leyes generales y las leyes o normas de medidas, sin mezclarlas todas en un ómnibus. Pero eso es una cosa y otra *falsear lo que debe ser una ley hasta destruirla, prescindiendo de los requisitos que deben conformar la ley democrática y minando su legitimidad*: de los requisitos procedimentales, que requieren entre otras cosas deliberación pública, contraste plural y explicación pública de los motivos de cada norma en la sede de la representación; y de los requisitos materiales como la racionalidad, la seguridad, la calidad, y la interdicción de la arbitrariedad, que la CE ha establecido para asegurar a la ley su superioridad sobre las normas administrativas.

El Poder Ejecutivo no puede, institucionalmente, sin que se arruine la división de poderes y se desnaturalice la democracia, *suplantar al Parlamento*

y convertirse en legislador ordinario mediante el uso de una facultad de la que solo dispone para que se puedan resolver sin demora situaciones extraordinarias. Y menos aún, si cabe, con decretos que de una tacada modifican medio ordenamiento.

A su vez, el Poder Legislativo *no puede renunciar, sin que igualmente se desnaturalice la democracia, a ser el titular de la potestad legislativa, ni ejercerla rutinariamente mediante procedimientos legislativos tan simplificados y superficiales* como los que se han reseñado. No solo porque es en la sede de la representación nacional donde deben aprobarse las leyes; también y muy principalmente porque la *legitimidad democrática de la ley* se basa no solo en la mayoría que la aprueba, sino también y muy fundamentalmente en el *procedimiento parlamentario* para su elaboración, mediante el debate público, detenido, razonado, transparente y plural. Representación y deliberación, contraste de opiniones e intereses y participación democrática en el Parlamento, son elementos insustituibles para una institucionalidad democrática

Cuando vemos extenderse en la práctica la renuncia a los requisitos que deben conformar la ley o la sustitución de lo ordinario por el abuso de lo extraordinario, no es que se esté constatando el nacimiento de un nuevo concepto de ley o una ingeniosa renovación de los fundamentos de Estado de Derecho. Es que *no estamos respetando reglas muy básicas que constituyen el corazón del sistema*. Sabemos lo que es correcto, pero no ponemos los medios para que se cumpla.

EN CONCLUSIÓN, RESULTA INDISPENSABLE RESCATAR LOS FUNDAMENTOS Y DEVOLVER A LA LEY LA EXIGENCIA MATERIAL Y PROCEDIMENTAL CON LA QUE HA SIDO DIBUJADA CONSTITUCIONALMENTE EN NUESTRA DEMOCRACIA COMO INSTRUMENTO CENTRAL DE LA CONVIVENCIA

Para revertir la actual situación y salir de la cómoda inercia de hacer las normas de la manera que acaba de describirse, es indispensable el concurso de todas las instituciones. Apela al Gobierno y apela al Parlamento y a su autoestima como sujeto responsable de la legislación. También a los controladores y en particular al Tribunal Constitucional.

Concretamente, estimo indispensable, junto a un control efectivo de los decretos-leyes, una *modificación a fondo de la actual regulación del procedimiento legislativo*, que además de para hacer las leyes de manera cuidadosa y detenida, ha de servir para hacer públicos las motivaciones del legislador y los argumentos de cada grupo y para poner de relieve ante los electores la existencia de programas legislativos diferentes y alternativos. También, de acuerdo

con las exigencias de este tiempo, para fomentar la participación transparente de los ciudadanos y los sectores sociales en la elaboración de las normas.

De hecho, o el Parlamento asume la responsabilidad para que la ley pueda recuperarse como el gran instrumento de la convivencia que debe seguir siendo en este siglo XXI, o nadie lo sustituirá en esa tarea. *Si el Parlamento no cambia la dinámica actual, la ley se irá devaluando como un instrumento pobre, deslegitimado y progresivamente ineficaz, con lo que ello puede significar tanto para el Estado de Derecho, como para las Cortes como institución y para nuestra democracia parlamentaria.*

Obviamente ello requiere que los actores políticos hagan suyos estos propósitos, se ajusten a los fundamentos y asuman colectivamente el rigor en la elaboración de las leyes. No será sencillo porque la voluntad precisa para ello flaquea cuando, como es cada vez más frecuente, priman descarnadamente las urgencias políticas y los intereses partidistas. Pero es irrenunciable, porque, como dejó escrito Rubio Llorente «toda la arquitectura del Estado de Derecho bajo la cual seguimos o pretendemos seguir cobijados, está construida con unos materiales de los que no podemos prescindir sin arruinarla».

La ley de nuestro tiempo y su futuro

Germán Fernández Farreras

El ejercicio de la potestad legislativa, que el artículo 66 de la Constitución atribuye a las Cortes Generales como órgano del Estado representante del pueblo español, no atraviesa un buen momento. Desde hace ya unos cuantos años, la ley presenta, cada vez con más frecuencia, *características distintas –incluso, en no pocas ocasiones, antagónicas– a las que, según el concepto clásico, ha de reunir para poder ser reconocida como tal.*

La ley como norma superior del ordenamiento jurídico, que todo lo puede –de ahí su supremacía e imperio–, de carácter abstracto y general –al servicio de garantizar la igualdad–, que dota al mismo de certeza y seguridad jurídica, y que sólo a los representantes del pueblo corresponde dictar «poniendo así a la Ley por encima del hombre», por utilizar ahora la formulación roussoniana–, *se está resquebrajando a marchas forzadas.* Esa clásica concepción aún se mantiene en pie, sobre todo en los textos jurídicos que explican su significado y la función que cumple como pieza básica del Estado democrático de Derecho. Pero la práctica cada vez más se desliza por otros derroteros. Las descripciones de lo que realmente son en la actualidad muchas leyes –y no sólo entre nosotros– resulta del todo elocuente.

Hace ya quince años, Luciano Vandelli nos ilustró con una singular categorización de los diversos tipos de leyes tomando como referencia la experiencia italiana. Se sirvió para ello de conceptos propios de otras disciplinas, en especial de la psiquiatría, lo que le llevó a calificarlas como leyes «ciclotímicas», leyes «autistas», leyes «esquizofrénicas», leyes «obsesivas», leyes «ano-réxicas», leyes «placebo», y algunas otras más. Una categorización de leyes, también frecuentes en nuestro ordenamiento, que conviene no desconocer o silenciar. Igualmente se viene insistiendo repetidamente en la *creciente bana-*

lidad y en la incoherencia de tantas leyes, cuando no en su instrumentalización como medio de propaganda política y de mera simulación. De manera que la teoría general de la ley, la depuración conceptual de los diversos tipos de leyes –orgánicas, ordinarias, básicas y de desarrollo o complementarias, decretos leyes y decretos legislativos, etc.–, o las técnicas al servicio de la debida articulación de ese profuso conjunto normativo, por poner unos pocos ejemplos de los muchos que, sobre todo a profesores, pero también a jueces y tribunales y a quienes ante ellos actúan, tanto preocupan y ocupan, sólo depara una *visión parcial y limitada* de lo que en la actualidad es la ley y de los problemas que arrastra.

La transformación de la ley responde a diversas causas. Desde luego, no pocas son fruto sin más de indebidas prácticas, crecientemente *desdeñosas con todo lo jurídico* –con las reglas de juego establecidas, en suma–, que anteponen intereses políticos cortoplacistas o, más aun, espurios entendimientos de una «legitimación democrática» –equivalente sin más a ganar unas elecciones–, a cualesquiera otras exigencias, incluidas las de la razón.

Ante estas prácticas, tal vez se apele a que queda la defensa de los tribunales. Pero son un *valladar limitado y frágil*. Limitado y frágil porque cuando la acción político-legislativa se desvía por las razones dichas de los mandatos y límites constitucionales sin que ello tenga consecuencia política alguna, también se corre el serio riesgo de que, más pronto que tarde, las descalificaciones judiciales de esas desviaciones se lleguen a relativizar de tal modo que terminen por considerarse intrascendentes, simplemente irrelevantes. Y con ello, claro es, que lo termine siendo la propia función de la justicia. Al final, si el «riesgo» de una reprobación jurídica se infravalora y supedita al «interés» partidista del momento y, con ello, la política se sobrepone al Derecho –máxime si se sabe que ninguna trascendencia tendrá la ulterior declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad de la correspondiente norma–, *sólo el desalojo de esa abominable «cultura política» podrá poner remedio a la degradación de la ley y, en general, del sistema normativo*. La ley que gobierna a los hombres es a la postre obra de ellos mismos, y, por tanto, sólo sus propias acciones pueden poner coto a su deterioro y al de la democracia misma.

Pero no basta con quedarse en la patología. Los cambios que la ley está experimentando no sólo se deben a la praxis política que se ha impuesto. También traen causa de otros fenómenos. No hay lugar ahora, desde luego, ni tan siquiera a intentar una mera enumeración de cuáles son y, menos aún, a pretender apuntar cuáles deberían ser los reajustes de la ley a los deberían llevar. Pero sí destacaré uno que, a mi juicio, ocupa un lugar principal. Se trata del *imponente quantum normativo que genera el actual Estado* «regulador» debido a

que las actuales sociedades reclaman *cada vez más seguridad*, menores riesgos, más garantías y más derechos también. Y todo ello, como es natural, exige poner en circulación normas y más normas. Sólo así se explica que la normatividad esté cada vez más presente en nuestra vida; tanto que lo preside todo, hasta lo más nimio.

Ciertamente, no faltan lamentos ante tal fenómeno, pero las dinámicas sociales –presididas por continuas y crecientes reclamaciones de mayor seguridad y protección pública– y políticas –la de dar siempre imagen de que se atienden y se actúa, aunque sólo lo sea desde las páginas del periódico oficial– se autoalimentan de manera imparable. Baste recordar que la propia Unión Europea genera alrededor de mil reglamentos y como mínimo más de cuarenta directivas anuales –sean normas nuevas o modificaciones de las ya existentes–, lo que por sí sólo estimula a que los Estados no se queden a la zaga. No digamos ya cuando se trata de Estados como el nuestro, con diecisiete poderes legislativos añadidos al de las Cortes Generales y otros tantos Gobiernos y Administraciones con poder normativo. *La fruición normativa que nos inunda* ha acampado y se ha instalado en la conciencia social de tal manera que *ni siquiera las posiciones más liberales –no intervencionistas– que así se autoproclaman, logran escapar a la contradicción*. Los datos son concluyentes y al alcance de todos están. En suma, se regula mucho, infinitamente mucho más que hace cincuenta años o no digamos cien, y para nada se atisba que esa tendencia vaya a cambiar.

Pues bien, ¿puede el Parlamento digerir la ingente tarea legislativa que se le reclama? ¿Acaso cabe esperar que la ley pueda dar cumplida satisfacción a las necesidades normativas del Estado actual? ¿No habrá que repensar el papel y la función que le corresponde ante esa riada normativa que todo lo inunda? Me aventuraré a responder. *Es imposible seguir manteniendo que toda regulación ha de provenir de la ley en sentido estricto y que, por tanto, el Parlamento siempre ha de intervenir*. El recurso a reinterpretaciones que tratan de salvar la clásica configuración de la ley son intentos de mantener en pie una construcción teórica y conceptual que no permite ya explicar satisfactoriamente lo que sucede, ni posibilita dar respuesta coherente a las nuevas demandas. Por eso, y entre otras posibles cuestiones, *los postulados de la reserva de ley sin límite alguno y, por consiguiente, el carácter residual del poder normativo gubernamental –en fin, el afán de confiarlo todo a la regulación por medio de ley–, están necesitados de una profunda revisión*.

Hay que añadir que, por otra parte, cada vez más las regulaciones se caracterizan por un *componente técnico y especializado que no está al alcance del conocimiento y del debate parlamentario*. De manera que no es inusual

que la ley pase a ser una especie de *nihil obstat* de los textos que el Parlamento recibe para su aprobación. En este sentido, no estará de más recordar, además, que la jurisprudencia comunitaria ha llegado a avalar que, en determinados asuntos, la fijación de algunas reglas marcadamente técnicas, que conllevan, además, márgenes de apreciación inevitables –caso, por ejemplo, de las relativas a la concreción de los mercados relevantes y los criterios básicos de acceso a las redes de servicios públicos liberalizados–, sólo a las correspondientes autoridades administrativas independientes u organismos reguladores corresponde adoptarlas, sin que el legislador nacional pueda pretender reducir, ni menos aún eliminar, la competencia que las correspondientes directivas les atribuyen.

Hay que *reconsiderar, en definitiva, el alcance y extensión de la intervención del Parlamento en el ejercicio de la potestad legislativa antes que seguir manteniendo que todo está bajo el dominio de la ley. La inflación legislativa, al insistirse en que todo debe pasar por el Parlamento, termina coadyuvando a la propia degradación de la ley.* Y todo ello sin perjuicio de que la ley no siempre aporta mayores garantías, ni siquiera mayor legitimidad a las correspondientes regulaciones. La legitimidad de origen es necesaria, pero no basta. Frente a la defensa a ultranza de la concepción tradicional de la ley, que obliga a poner parches continuos a los descalabros que está experimentando, seguramente más fructífero sería tratar de *reajustarla a las nuevas exigencias y demandas sociales.* Sin olvidar que *el poder ejecutivo también goza de legitimidad democrática, siquiera sea indirecta.* Seguir concibiéndolo como un mero receptor de mandatos del legislador –degradado a ser un «obtuso receptor» de tales mandatos, dijo ya hace años M. Bullinger– resulta por completo *irreal e injustificado.*

Nueva cultura legislativa

Eva Desdentado Daroca

Coincido plenamente con el ponente en que es necesaria una nueva cultura de elaboración de las leyes y en que la ley debe recuperar su relevancia en el sistema de fuentes, pero me parece que ello solo será posible si se refuerza la conciencia sobre las *exigencias éticas en el ejercicio del poder*.

Nuestro sistema jurídico ha derivado hacia un *modelo de potestad normativa compartida* entre el legislador, el poder ejecutivo y los jueces. Creo que así es efectivamente y que es algo ineludible en un Estado como el actual, ampliamente interventor y regulador, en el que la ley, por mucho que mejoremos los procedimientos legislativos y los medios de las Cámaras, no tiene capacidad para regular todo en detalle. Por otro lado, tal cosa ni siquiera es posible en un Estado constitucional en el que los principios, los derechos y los valores constitucionales juegan un papel relevante que atribuye al ordenamiento jurídico un carácter irremediablemente dúctil, tal y como señaló, hace ya tiempo, Zagrebelsky. *La colaboración en la creación del Derecho es, pues, inevitable*, pero para que resulte positiva es esencial que *cada poder cumpla escrupulosamente con su función tanto en un sentido positivo (tomando las decisiones que le corresponden), como en un sentido negativo (eludiendo usurpar las funciones propias de los otros poderes o entorpeciendo su funcionamiento)*.

El legislador no puede regularlo todo, ciertamente, pero debe abordar la regulación de los problemas de la ciudadanía con seriedad, dotando de *verdadero contenido a las normas*, de tal forma que estas ofrezcan soluciones a los problemas y creen un marco de mínima seguridad jurídica, de predictibilidad.

Desgraciadamente con demasiada frecuencia nos encontramos con regulaciones «aparentes», que enuncian bellos principios y loables objetivos, pero que *no resuelven nada*, cayendo en una vacuidad que genera auténtico hastío en el aplicador del Derecho y desesperanza en la ciudadanía.

A la inanidad de la ley contribuye también otro tipo de regulación que parece ir más allá de los principios, pero recalca en el *abuso de conceptos jurídicos de altísimo grado de indeterminación* dando lugar a una *legalidad difusa* que engendra incertidumbre y desarrollos y aplicaciones contradictorios, fruto del deficiente marco normativo en el que el legislador ha obligado al poder ejecutivo y al judicial a desenvolverse, sin respeto por la labor que han de cumplir. Falta de consideración que también se produce cuando la *ley se utiliza para dictar actos o aprobar normas de contenido característicamente reglamentario*.

Por otro lado, la amenaza a la centralidad que corresponde a la ley no solo proviene de la complejidad creciente de la sociedad, de la falta de medios de las Cortes, de la lentitud de los procedimientos legislativos y del abuso del decreto-ley. Todas estas son amenazas graves, pero al menos son visibles.

Hay otras amenazas menos visibles, más soterradas, pero igualmente dañinas para la ley: el *activismo del poder ejecutivo y del judicial* obviando la posición que corresponde a la ley en el sistema de fuentes. Hay regulaciones legales claras distorsionadas o preteridas a través de desarrollos reglamentarios e incluso de aplicaciones concretas (actos administrativos) que son manifiesta y deliberadamente *contra legem*; que suplen al legislador y usurpan su función por el mero hecho de no estar de acuerdo con el contenido de la ley. Y ello, en ocasiones, tiene lugar sin que se corrija por los tribunales, cuando no son estos los que retuercen la interpretación de la ley hasta el punto de hacerle decir lo que no dice o lo contrario de lo que dispone. Es una amenaza más subrepticia y difícil de detectar, porque la ley sigue formalmente vigente, pero derrotada, disolviéndose, junto a su pérdida de eficacia, los derechos de los ciudadanos.

En definitiva, creo que el *legislador efectivamente tiene que asumir su función con compromiso dotando de un contenido real y efectivo a las leyes, y que el poder ejecutivo y el judicial deben respetar la posición central que corresponde a la ley en el ordenamiento jurídico*.

La ductilidad puede exigir *colaboración* entre poderes, pero no puede utilizarse para *romper las reglas del juego*; el principio estructural de división de poderes –ese principio que nuestro texto fundamental no recoge expresamente, pero que lo recorre de principio a fin–, *debe cumplirse con esmero*. De

lo contrario, surgen esos *poderes desregulados y salvajes* a los que hacía referencia Ferrajoli, que son síntoma de que el sistema ha entrado en un proceso de *crisis constitucional* en el que el imperio de la ley queda arrasado por un peligroso mundo sin reglas, basado en el decisionismo, y en el que, como ha advertido Laporta, el *individuo pierde su autonomía*, «incapaz de predecir su propio estatus jurídico y... entregado incondicionalmente al decisor»; es decir, *reducido a súbdito*.

Apuntes sobre la ley: desde el Decreto-ley a la racionalidad del legislador

Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade

Partiendo de la excelente ponencia de Ignacio Astarloa me limito a hacer tres reflexiones que, a mi juicio, completan de forma realista lo que la ley es hoy en el Derecho español y quizá también, por extensión, en los sistemas jurídicos de derecho continental.

LA NORMA ORDINARIA CON RANGO DE LEY EN NUESTRO ORDENAMIENTO ES HOY EL REAL DECRETO-LEY ¹

La fuente primaria Gobierno-mayoría de las Cortes Generales ha variado desde el momento en que no hay mayorías absolutas en el Congreso de los Diputados –como regla– tras las elecciones generales (al menos, los cinco últimos años). La fuerza social creadora del Derecho es, pues, exclusivamente el Gobierno, que prescinde conscientemente de apoyarse en las Cortes. El Parlamento, por lo general, no delibera proyectos de ley, convalida reales decretos-leyes. La alternativa negociadora verdaderamente trascendente bascula hacia la única posibilidad que abre o reabre una posibilidad de debate: la de la tramitación del real decreto-ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art. 86.3 CE).

¹ La afirmación se hace en relación con el ordenamiento jurídico estatal (reales decretos-leyes). Pero lo mismo podría decirse, con matices diferentes, respecto a la preponderancia de los decretos-leyes y su peso relativo en la producción legislativa de los ordenamientos autonómicos. Para una aproximación simplemente estadística a este fenómeno, cfr. lo que digo en el trabajo «La transposición de la Directiva de Distribución de Seguros y el Real Decreto-ley 3/2020 como norma permanente», en la *Revista Española de Seguros*, núm. 192/4, octubre-diciembre 2022, pp. 671 ss.

En mi corta pero intensa experiencia política, era objeto de negociación con toda frecuencia si las fuerzas parlamentarias acordaban la aprobación de un real decreto-ley «con tramitación posterior como proyecto de ley» o «sin ella»: un pacto que se observaba disciplinadamente en la práctica. Es más, en el actual sistema español, un Gobierno sin mayorías absolutas es propenso a considerar que la tramitación como proyectos de ley o de ley orgánica de normas que afectan a derechos y libertades (que escapan por ello de la regulación exprés del decreto-ley), es ciertamente un riesgo, no solo para el contenido normativo que desea aprobar como consecuencia de sus propias políticas, sino incluso de manejo de las agendas políticas.

EN EL CONCEPTO MISMO DE LEY HAY UN CAMBIO DE FONDO, DIFÍCILMENTE PERCEPTIBLE, PERO CON CONSECUENCIAS DE LARGO ALCANCE

Me refiero a la incidencia del *Common Law* especialmente, pero no únicamente, en las regulaciones de corte económico. Por un lado, la ley se considera como una regulación de base para combatir los fallos regulatorios de mercado. Las leyes son las encargadas de definir los objetivos estratégicos y de plasmar incluso los logros de la correspondiente política. Por otro lado, tales objetivos pretenden ser la base de una transformación social cuya consecución no se oculta, y que debe interiorizarse por los destinatarios de las normas y los afectados por las políticas en cuestión (*awareness*). Sobre las consecuencias últimas de este proceso en el plano sancionador, hoy bien visibles en la lamentable –a mi modo de ver– proliferación de delitos o infracciones de fobia, advirtió bien pronto en nuestro derecho Alejandro Nieto.

Una consecuencia frecuente de lo anterior es la reducción del papel de la ley, rigurosamente hablando (la emanada de las Cortes Generales), a meramente programático, siendo uno de los paradigmas de este modo de hacer la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. Las leyes contienen el *soft law*, mientras que los reales decretos-leyes se ocupan del *hard law*. La creación del derecho «serio» y de impacto económico se realiza por el Gobierno, sin tapujos, desde un principio hasta el final, o hasta donde termina su competencia y empieza la del regulador económico sectorial.

Esta es hoy una evidencia de hecho, que puede ser ejemplificada con lo sucedido en materia de legislación energética en la XIV Legislatura. La Ley de cambio climático y transición energética (Ley 7/2021) no es la norma más relevante aprobada en este campo. Los parlamentarios, por desgracia, han debido conformarse con aprobar una serie de planes y objetivos para los cuales a

menudo no era necesaria su participación. Tal es el caso del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima, cuya aprobación se preveía por real decreto del Consejo de Ministros y que, de forma transitoria, se ha hecho posible incluso convalidando la aprobación del mismo realizada por acuerdo del Consejo de Ministros. Entretanto las verdaderas reformas de calado se han llevado a cabo por tres reales decretos-leyes, entre otros muchos².

No entro aquí, deliberadamente, en la cuestión de la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad. Sí me detengo, en cambio, en una última consideración: a consecuencia de la progresiva normalización del decreto-ley como norma legal, a nadie se oculta que *el Parlamento queda seriamente debilitado, «ninguneado» o banalizado en su función. Y que las garantías de los ciudadanos quedan también profundamente minusvaloradas*. No solo la más importante –aunque muy abstracta– de que las decisiones sobre aspectos clave de la política se adopten por los representantes elegidos por ellos, sino las concretas garantías de procedimiento: a ser escuchados, directamente o por sus asociaciones representativas, a conocer y en su caso participar en la tramitación seguida, a poder valorar los impactos económicos y de otro tipo, así como las cargas, que la regulación implica, etc.

Todo esto, que no son solo garantías de *better regulation*, sino exigencias elementales de todo procedimiento normativo, incluyendo los legislativos en sus primeras fases, sencillamente desaparece con la «mágica» apelación a la extraordinaria y urgente necesidad. Este presupuesto lo puede todo e ignora casi por completo las exigencias procedimentales³.

En conclusión: si el decreto-ley se ha normalizado, si se considera usualmente apto para habilitar a las normas de rango reglamentario y si, además, se hace preciso revestirlo de algunas garantías que, en efecto, son capaces de mejorar la regulación, ¿qué es en la práctica sino *una ley ayuna de garantías?*

Siendo así y –va de suyo– manteniendo en sus límites estrictos la facultad constitucional del Gobierno para «dictar disposiciones legislativas provisiona-

² El Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural; el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica; y, últimamente, el polémico Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad.

³ También elude algunas garantías menos conocidas. A diferencia de los anteproyectos de ley y de los proyectos de real decreto, el real decreto-ley goza de una silenciosa inmunidad, incluso interministerial, pues su tramitación se lleva a cabo sin pasar por la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios.

les que tomarán la forma de Decretos-leyes» en caso de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 CE), *las opciones de reforma no son evidentes*.

Acaso podría preverse la tramitación de *un nuevo procedimiento legislativo (tanto en su fase gubernamental como en la parlamentaria) extraordinariamente recortado*, pero que, con todo, siempre sería mejor que un decreto-ley de increíble –y, en la práctica, infiscalizable– extraordinaria y urgente necesidad. Al menos en ciertos casos (p. ej. en el bloque de reales decretos-leyes que procedan pura y simplemente a incorporar con retraso Derecho de la UE; o en los de aquellos que procedan a adoptar «medidas» estructurales, que no sean tales medidas sino decisiones legislativas duraderas en un sector económico), podría existir una mínima tramitación previa (audiencia pública, que incluya ya una memoria completa y definitiva, en la web del ministerio correspondiente), una sola vuelta en Consejo de Ministros para aprobación (previo dictamen urgente del Consejo de Estado) y obligada tramitación por el procedimiento legislativo de urgencia. Estimo que no se perderían sino unos días más (quizás un mes) en el total de la tramitación. Las materias mencionadas –especialmente la transposición de Derecho de la Unión Europea– apenas son susceptibles de generar debate ni problemas de mayorías en las Cámaras (y, si lo hacen, mejor que tales diferencias se visualicen cuanto antes y no después, conduciendo a una convalidación frustrada). Y, lo que no es desdeñable, llamaríamos a las cosas por su nombre.

Con todo, los inconvenientes de esta reforma son también palpables. Tendríamos: (i) un procedimiento legislativo común; (ii) el uso (y abuso) de los decretos-leyes como cuasi leyes camufladas y escasamente controladas; y (iii) un procedimiento legislativo completo gubernamental-parlamentario, de necesidad «ordinaria y apremiante» (en lugar de «disposiciones legislativas provisionales justificadas en necesidad extraordinaria y urgente»), para cuya tramitación se contaría con *unas garantías mínimas, pero que superan en calidad y debate a las que actualmente se exigen a los decretos-leyes*.

No hace falta mucha perspicacia para aventurar que el problema se trasladaría, desde luego, inmediatamente al control. El Gobierno vería ampliado su menú legislativo a tres opciones y la última de ellas (aun cuando se le forzase a seguir esta vía, v. g., para la transposición de directivas) podría ser objeto de tanto «abuso» como la segunda. La justificación de una necesidad «ordinaria» para hacer textos legislativos ómnibus, mal tramitados y, finalmente, urgentemente aprobados por las Cortes no sería un bálsamo de fierabrás.

Pero si existiese la voluntad de seguir un procedimiento bien ideado y si a ello se uniera un cierto reforzamiento del control (dando a los recursos frente a las leyes –tramitadas bajo estos supuestos y con este procedimiento– una

prioridad y urgencia en su enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional⁴), podría explorarse esta vía como parte de un *replanteamiento integral del procedimiento de aprobación de normas con rango de ley*.

SOBRE LA EXIGENCIA DE RACIONALIDAD LEGISLATIVA

Nuestro sistema normativo exige racionalidad formal y, parafraseando a Martín Kriele, también necesita racionalidad material: conocer las razones por las que se hacen las normas. Estamos asimismo deseosos de un debate de calidad, se requieren legisladores de altura y ciudadanos de altura.

Dando un cierto vuelo al tema, la democracia se ha definido como el sistema en que ser persona no solo está permitido, sino que es exigido. La idea de María Zambrano («Persona y democracia») puede ser fecunda en muchas direcciones. Me arriesgo a apuntar una de ellas, que tiene que ver con *el lenguaje del legislador*.

Dice la citada autora que la democracia busca siempre una auténtica transformación del pueblo, en tanto que la demagogia o adulación del pueblo fija a este en un lugar del que no le permite moverse. La democracia se vale del lenguaje popular («el que habla “a lo pueblo” (...) se llena de autoridad, pues aquello que dice no es importante porque lo diga él, sino porque es así y está dicho así, desde antes»), la demagogia se centra en el lenguaje de la masa: «el lenguaje de la masa es todo lo contrario. Plagado de adjetivos de repertorio muy escaso; de adjetivos que se vuelcan a granel, siempre los mismos, sobre personas o acontecimientos. Pleno de interjecciones, pobre, con un verbo esquematizado. Y en él se pasa de la declaración contundente y pomposa que provoca la respuesta y al par no la permite, pues es un lenguaje por esencia agresivo, desafiante, dogmático».

Mucha de la legislación actual está, por desgracia, bajo este signo del *lenguaje de la masa*, que adula o censura sin más, sin comprender las razones por las que algo se hace. La ley auténtica es más semejante al lenguaje de la sabiduría popular que, en ocasiones, sabe callar y deja actuar en libertad.

⁴ En el debate sobre este tema, FERNANDO IRURZUN sugirió que el enjuiciamiento por el TC de la concurrencia del presupuesto de la «extraordinaria y urgente necesidad» siguiese, dentro del Tribunal y en la medida en que la LOTC lo permita, un trámite preferente. La prioridad y urgencia en la tramitación de recursos de inconstitucionalidad interpuestos (por este motivo) contra decretos-leyes conseguiría el beneficioso efecto de conocer cuanto antes si la norma en cuestión pasa el filtro y es o no constitucional.

Crisis de la Ley y crisis del Estado democrático de Derecho

Andrés Betancor

La importancia de la Ley, en el contexto de nuestro sistema jurídico-político (Estado), está asociada a dos coordenadas básicas: (1) la forma de exteriorización de su contenido normativo mediante reglas generales y abstractas que garantizan la igualdad ante la Ley, o sea, ante el Derecho; y (2) su productor, el Parlamento, Cámara que «representa al pueblo español» (art. 66), como dispone nuestra Constitución, fruto de que tanto Diputados como Senadores son «elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto» por los votantes. La suma de estos dos elementos son la base de la doble legitimidad de la que disfruta la Ley: la «racional» y la democrática. A estas ideas responde el concepto clásico (liberal) de la Ley, el plasmado, por ejemplo, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De sus diecisiete artículos, en nueve se habla, expresamente, de la Ley, y en todos los demás, está igualmente presente. A esa Ley era a la que se refería el pueblo francés cuando encabezaba la revolución. Sobre ese concepto seguimos edificando nuestro Estado democrático de Derecho.

Hoy, no se ajusta a la realidad. Las coordenadas de la razón y de la democracia conviven, total o parcialmente, con las de la sinrazón (o «razón alternativa») y la de la antidemocracia (o «democracia iliberal» como la del populismo). El contenido de la ley ya no busca ser la expresión de la razón; es secundario. Puede serlo de la «sin-razón», de la falta de razones y de la ausencia de racionalidad. Y la forma está a la zaga de esta renuncia ajustada a un contenido o «reglamentario» o decisorio, como si de una resolución o acto administrativo se tratase, en función de las necesidades de la política. Al dejar de ser la «forma» de la razón, se convierte en la de la conveniencia; deja de ser la de la razón, para ser la del puro poder.

La quiebra más importante se ha producido en relación con el productor, el Parlamento. Estamos asistiendo a un deterioro del papel del Parlamento, no sólo como cámara legislativa, sino también como cámara de debate político. Se está convirtiendo, como fácilmente se puede comprobar, en un gran escenario en el que los «actores» representan un papel llevado por el ánimo de captar la atención de los espectadores. Cuanto más histriónico, mejor. De tanto convertir el Parlamento en un teatro, al final, se convertirá en un teatro. Y el teatro no es el lugar más apropiado para elaborar y aprobar leyes, al contrario, casa mal con el espectáculo la exposición de razones con la finalidad de trenzar acuerdos que plasmen consensos los más amplios posibles.

La responsabilidad de esta transformación recae en los partidos, pero no sólo en los partidos. El espectáculo alimenta a toda una cadena de beneficiarios, en la que también ocupa su lugar los medios de comunicación, y ahora las redes sociales. Una cadena que finaliza y comienza en el ciudadano-espectador que asiste y participa del espectáculo de manera más o menos activa.

En el fondo, todas estas señales nos mandan una indicación de que estamos asistiendo a un cambio que afecta al Estado democrático de Derecho en el que se está poniendo en cuestión no sólo el carácter «legal» del Estado sino, aún más profundamente, el democrático, la democracia misma. La representación, pieza esencial, ha perdido sus contornos tradicionales; ya no sabemos para qué sirve, ni cómo funciona, ni si, incluso, más que un cambio se requiere su supresión por otras fórmulas alternativas. Esa es, en última instancia, la gran «aportación» del populismo y su manifestación más esencial: el caudillismo o cesarismo que está presente en todos los ámbitos. El populismo de la masa y el caudillismo del líder.

La Ley y el Parlamento necesitan de reformas, probablemente, en el contexto más general, de la redefinición del «nuevo» Estado democrático de Derecho, siempre y cuando el Estado siga siendo democrático de Derecho, sólo en tal caso, seguiremos requiriendo de la razón como de la democracia. Y que una y otra se plasmen en la Ley como vehículo de manifestación.

Puede ser que la razón se convierta en la de la Inteligencia Artificial; y la democracia en la del voto electrónico. Porque el ritual cuatrienal cada vez se respeta menos, y pierde sentido cuando los ciudadanos pueden manifestar su elección con más frecuencia. El voto electrónico lo podría hacer posible. La interacción e integración permanente con un dispositivo móvil, como es el teléfono, se puede convertir en un canal de manifestación, incluso continuo, de

nuestra voluntad en relación con las decisiones de trascendencia colectiva a la que somos llamados a posicionarnos.

Esta democracia no sólo será electrónica, sino que será, además, sentimental. Los sentimientos guiarán las decisiones; con el consabido riesgo de la manipulación mediante técnicas, muy experimentadas, de inducción de ciertas reacciones emocionales. La vulgarización de la elección también vulgarizará las razones de la elección. La Inteligencia Artificial delimitará la elección entre aquellas opciones que son las «razonables». Actuará como mecanismo de seguridad frente a nuestras propias equivocaciones. Votaremos en un entorno seguro, pero limitado. La democracia no se equivocará, a costa de dejar de ser democracia.

Frente a esta evolución, posible, las dos ideas más revolucionarias serían las de la reivindicación de la Razón y la de la Democracia, en general y, en particular, por lo que ahora nos interesa, la de la Ley como formalización de la razón democrática. Pero, incluso, en estas coordenadas «revolucionarias», ni la razón ni la democracia serían las de la revolución liberal.

La razón no es como la luz que marca el correcto camino; no es la «verdad»; no es el absoluto. Esa suerte de tiranía de la razón-única e imperativa, la razón-razón, ha desaparecido. Se trata de la razón-posible; las posibles entre las que cabe elegir, pero de manera racional y razonable. Una elección fundada. Es lo que debería facilitar las técnicas de la «better regulation»: la evaluación de impacto normativo, las memorias de análisis normativo y demás. Son instrumentos que no prescriben una única solución, sino varias, que tienen aspectos positivos y negativos, entre las que habrá que elegir, en virtud de la razón-conveniente, sólo así tendrá sentido la segunda idea: la Democracia.

La democracia tiene dos exigencias básicas: la participación y la representación. Y la participación exige conciencia y conocimiento. Aquí aparece el papel relevante del «agregador» y selector de informaciones, o sea, los medios de comunicación. Están perdiendo su sentido y función convirtiéndose en «opinadores» travestidos en información. Y es también relevante la cultura, la educación, así como el asociacionismo e, incluso, el «grupismo»; no sólo organizaciones sino también ámbitos, más o menos formales, en los que se puedan producir debates orientados a alcanzar consensos.

Y, por otro, la representación. Con todas las críticas que se vierten sobre los partidos, estos siguen siendo imprescindibles. Habrá que reformar los partidos, no sólo en lo relativo a la democracia interna, sino, sobre todo, al escrutinio por sus votantes. Los partidos deben rendir cuentas ante los ciudadanos, y, en menor medida, ante sus afiliados. Un problema central en todos los par-

tidos es la de que la representación se agota en sí misma. Los partidos son representantes de los representantes, no de los representados.

Así pues, la crisis de la Ley nos está advirtiendo de la crisis del Parlamento, y la crisis del Parlamento la del Estado democrático de Derecho porque se están poniendo en cuestión, y reconfigurando, las dos piezas esenciales sobre las que se organiza nuestro Estado: la razón y la democracia.

II. MALA CALIDAD

Las malas leyes

Ángel Rojo

La observación de la «realidad legislativa» española permite constatar la existencia de un *doble fenómeno*: de un lado, el *aumento desmesurado del número de leyes* y, de otro, la *pérdida de calidad* de las que se promulgan o de algunas de las normas que contienen. Ante este doble fenómeno es general el convencimiento de que hay que *legislar menos y mejor*.

La creciente pérdida de calidad de las leyes agrava el problema del número excesivo, no sólo porque destruye la (equivoca) idea de «ordenamiento jurídico», sino también porque, o bien afecta o puede *afectar a la seguridad jurídica*, o bien, sin excluir esa afectación real o potencial, supone un *coste añadido de aplicación y de interpretación*.

a) A los efectos que ahora interesa considerar, el señalado principio de *seguridad jurídica* (art. 9.3 CE) tiene una doble manifestación: la certeza del Derecho y la previsibilidad. El legislador, ha señalado el Tribunal Constitucional, «debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas» (STC 46/1990). Seguridad jurídica y confusión normativa se repelen. Como es esencial promover y buscar la certeza del Derecho, «no cabe subestimar la importancia» que, para esa certeza y, por consiguiente para la seguridad jurídica, tiene «el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas»: «una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la Justicia» (STC 150/1990). Pero —y esta otra afirmación diluye la impresión que podría producir la lectura

descontextualizada de las frases anteriores–, «el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa», no correspondiendo a la jurisdicción constitucional «pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes» (STC 53/2014).

Desde otro prisma, las leyes imperfectas suelen ser *aciccate para* algo muy similar a *la aplicación libre del Derecho*. Cada vez son más las «sentencias sorprendentes».

b) El *coste* añadido que tiene una norma legal defectuosa por confusa (por mala concepción, por mala sistemática o por mala redacción) o una norma defectuosa por incompleta (con las dificultades propias del recurso a la analogía) resulta difícilmente justificable en un Estado moderno. Además de las distorsiones que una ley deficiente puede producir en el mercado, es *muy elevado el dispendio de los medios públicos y privados que esa normativa comporta*. Al menos, en el ámbito del Derecho privado, existe una *relación directamente proporcional entre litigiosidad y deficiente calidad de las leyes*. A peor ley mayores controversias. Pero el coste no es medible, ni siquiera por aproximación, salvo que se analicen leyes breves en artículos (o, mejor, artículos concretos) y breves en periodo de vigencia.

El fenómeno de la falta de la calidad de las leyes es de tal intensidad que en los últimos años ha saltado por encima de las fronteras de los estudiosos de Derecho, hasta llegar a la opinión pública, a veces utilizado en los medios de comunicación como «arma arrojadiza» contra el Gobierno; ha terminado con convertirse en una «cuestión política», con los riesgos que esa politización comporta para un sereno análisis del problema y para una búsqueda adecuada de la solución.

Hablamos de falta de calidad cuando paradójicamente signo de nuestra época es *la preocupación de las Cortes Generales*¹ y *de los Gobiernos de la nación*² *por la calidad normativa*. Sin embargo, existe considerable *distancia entre propósito y realidad*. De un lado, las citadas leyes no son de aplicación cuando el Gobierno recurre al instrumento de los Reales Decretos-leyes (del que Gobiernos de distinto signo, han hecho y continúan haciendo uso desmedido y, con frecuencia, injustificado), o cuando una proposición de Ley de un

¹ Las Cortes aprobaron hace ya años la Ley 50/1997, de 29 de octubre, del Gobierno, que dedica un artículo al procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos (art. 26); y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, contiene un artículo dedicado a los «principios de buena regulación» (art. 129).

² El Gobierno, mediante Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, ha creado la Oficina de Coordinación y Calidad normativa, dependiente de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia. Además, la Resolución de 28 de julio de 2005 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia dio publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de ese mismo año (que tenía como antecedente otro de 18 de octubre de 1991), por el que se aprobaron las Directrices de técnica legislativa.

Grupo parlamentario se tramita como Proyecto de Ley. De otro, la Oficina se ocupa fundamentalmente de los aspectos formales y menos comprometidos, pasando desapercibidos las más de las veces muchos defectos graves de técnica legislativa.

LAS CAUSAS DE LAS «MALAS LEYES»

Con la simplificación que siempre supone utilizar una expresión polisémica, esa falta de calidad de las leyes ha generado la impresión de que vivimos en un Estado con muchas o con un elevado número de malas leyes. Pero ¿cuándo una ley es «mala»? *Una ley es mala cuando los principios o criterios en que se fundamenta no son o han dejado de ser los adecuados; cuando regula mal una determinada institución o un procedimiento; cuando la sistemática sea desacertada; cuando contenga lagunas, o cuando la técnica legislativa utilizada sea defectuosa. Pero también son malas las leyes inestables, las heterogéneas y las descoordinadas, además, por supuesto, de las innecesarias y de las excesivas.*

En todo caso, el juicio acerca de si una ley es buena o mala *debe estar desligado por completo de la ideología política o económica, de los postulados morales de cada cual y de las creencias religiosas* de quien realiza ese juicio. En otro caso, el resultado estará comprometido. El juicio debe ser exclusivamente técnico.

No es tarea sencilla identificar las causas concretas de ese acusado descenso de la calidad de las leyes. En relación con las leyes estatales, hay algunas, sin embargo –no sé si las principales– de las que procede hacer mención.

La primera, sin duda, la *infrautilización de la más que centenaria Comisión General de Codificación* (creada en 1843), algunas de cuyas Secciones (Derecho público, penal y procesal) no se reúnen o lo hacen esporádicamente o sin la adecuada continuidad. En rigor, sólo la Sección de Derecho civil y la Sección de Derecho mercantil puede decirse que están permanentemente activas. Sin la actividad desarrollada y el respeto generado por la Sección Segunda no se puede explicar, por ejemplo, la modernización (aún incompleta) de la legislación mercantil española del último medio siglo.

La segunda causa del descenso de la calidad de las leyes habría que encontrarla en la *falta de coordinación entre los distintos Ministerios*. No nos referimos a los problemas que son sustanciales a los Gobiernos de coalición; nos referimos a un problema más antiguo que se ha acentuado en años recientes: de

una parte, la «coacción» interministerial; y, de otra, la ausencia de una instancia superior (v.gr.: un vicepresidente político) con capacidad para y, aún más importante, con voluntad de resolver los eventuales conflictos, como sucedió en los primeros decenios de la instauración de la democracia. En realidad, esa «coacción ministerial» tiene una causa más profunda, que es fundamental tener en cuenta: cuando se encomienda a una comisión legislativa la elaboración de una determinada ley no es el Gobierno, a través del Ministerio de la Presidencia, quien realiza el encargo y quien fija los criterios a los que hay que atenerse, sino el Ministerio competente por razón de la materia, y no es infrecuente que el encargo sea «ciego», es decir, sin criterios concretos a seguir por los redactores. Siempre he considerado que los expertos deben ser los «sastres» de las leyes, pero las «medidas» –el cuerpo a vestir– deben proceder de los responsables políticos. En leyes exquisitamente técnicas –y son pocas–, esa «inversión» no tiene importancia, pero en todas las demás sí que la tiene. Por esta razón, cuando el texto prelegislativo elaborado se somete a la consideración de los distintos departamentos ministeriales es posible que algunas de las normas proyectadas susciten fuerte oposición, hasta el punto de que el progreso del anteproyecto de ley se condicione a la aceptación de determinadas normas que están en contradicción, total o parcial, con los postulados de los que han partido los redactores originarios. Se produce entonces una *situación de conflicto* que, o, al no existir esa instancia superior antes mencionada, se resuelve mediante «diplomacia» (casi nunca es posible si la redacción del texto originario no procede de un Ministerio políticamente «fuerte»: el de Justicia no lo es), o se resuelve mediante «acumulación» por rendición: normas nuevas (redactadas por manos experta o inexpertas) y, a veces, contradictorias, se introducen en el texto (con o sin modificación de la Exposición de Motivos), sin corregir otras que pueden perder sentido o tener efectos perversos.

MALAS LEYES ORIGINARIAS Y MALAS LEYES SOBREVENIDAS

Las malas leyes pueden clasificarse en dos grandes grupos: están, en primer lugar, *las leyes y las normas legales malas originariamente*, es decir, las leyes que se promulgan con cualquiera de los defectos señalados, y están, en segundo lugar, *las leyes y las normas legales devenidas malas*, esto es, buenas leyes en el momento en que fueron promulgadas que, por el cambio de las ideas o por la modificación de las circunstancias sociales y económicas, han dejado de serlo.

El territorio de las normas legales originariamente malas es, sin duda, el más poblado. En una selección discutible señalaré que ocupan una posición especial las *normas legales con imprevisión*, sea imprevisión de la falta de medios para poder ser aplicadas, sea imprevisión de los efectos colaterales que pueden producir.

Enunciar siquiera el apasionante tema de los *efectos colaterales* nos llevaría muy lejos. Sea suficiente el enunciado. Sucede siempre que el (pre)legislador inexperto o insensato opera como «aprendiz de brujo». Pero desgraciadamente también son muy frecuentes los casos en los que una norma legal no se puede aplicar por *falta de medios*, y esto resulta más llamativo: un legislador que quiere y no piensa. Un «ejemplo sangrante» es el de lo acontecido con el «arresto de fin de semana», que el Código Penal de 1995 introdujo en el catálogo de «penas menos graves» (art. 33.3, letra «i»). Desde el momento mismo de la promulgación del Código se pusieron de manifiesto las dificultades de la puesta en práctica de esta pena, como consecuencia, entre otros factores, de la indeterminación y de la preocupante falta de prevención de una infraestructura adecuada para la ejecución de la pena.

Legislar sin conocer o sin ponderar la situación de los centros penitenciarios constituía, cuando menos, una «imprudencia legal». Se intentó aminorar los efectos de esa falta de prevención mediante la combinación de los permisos de fin de semana con los arrestos de fin de semana; pero obviamente no fue adecuado ni suficiente. No fue adecuado porque los presos que salían esos fines de semana protestaron por el hecho de que, durante los permisos, ocuparan sus celdas y sus literas quienes por el mismo período ingresaban en la prisión; y no fue suficiente por el progresivo aumento de la imposición de este arresto, que, en la práctica de los Tribunales, comenzó a desplazar a la imposición de otras penas.

Pena breve (como máximo sólo podían imponerse veinticuatro fines de semana como arresto, salvo que la pena se impusiera como sustitutiva de otra privativa de libertad) con vida breve: cuando aún no habían transcurrido ocho años desde la entrada en vigor del Código Penal, la Ley orgánica 15/2003 la suprimió porque, según la Exposición de Motivos, la aplicación práctica de esta pena «no ha sido satisfactoria», sustituyéndola, según los casos, por la pena de prisión de corta duración –de tres meses en adelante en los delitos–, la de trabajo en beneficio de la comunidad o la de localización permanente, que se crea por esta Ley orgánica.

Al lado de las malas leyes originarias están las *malas leyes sobrevenidas*, aquellas que, como hemos señalado, mereciendo un juicio positivo en el momento en que fueron promulgadas, han sido *desbordadas por las nuevas ideas*

o por la evolución de la realidad política social o económica. Las leyes, como los individuos, a veces envejecen bien y otras envejecen mal; las leyes, como los individuos, a veces envejecen pronto y a veces envejecen pausadamente, poco a poco, y hay leyes que parecen no envejecer. Mientras que la mala vejez individual no tiene más trascendencia que en la esfera del sujeto que la sufra, la mala vejez legislativa puede tener efectos negativos y, en ocasiones, muy negativos. En algunas materias, los Tribunales pueden dulcificar las consecuencias de una norma legal envejecida recurriendo a la interpretación de esa norma en relación con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (art. 3.1 CC); pero existen límites normativos objetivos que el aplicador del Derecho no puede traspasar.

Entre otros muchos posibles ejemplos he seleccionado los dos siguientes:

a) La CE establece la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona (art. 57.1 CE), lo que no suscitaba especiales reparos (aunque algunos hubo) en el momento en el que se redactó, aprobó y promulgó la Constitución de 1978 o en los años siguientes. Sin embargo, es evidente que el valor superior de la igualdad (art. 1.1 CE) se ha intensificado en la conciencia de los ciudadanos hasta el punto de que hace difícilmente admisible la señalada preferencia. El problema podría solucionarse sin dificultad si la norma constitucional que establece esa preferencia pudiera reformarse conforme a las reglas generales de reforma constitucional (art. 167 CE), sea iniciativa del Gobierno, del Congreso o del Senado (art. 166 en relación con art. 87.1 CE). Pero cualquier revisión parcial que afecte al Título II, que es el relativo a la Corona (arts. 56 a 64 CE), está sometida a extremas reglas especiales (art. 168 CE). Ante los riesgos de inestabilidad institucional que podría tener en estos momentos la aplicación de estas reglas especiales, la obsesión de la mayor parte de los constituyentes de proteger la forma del Estado se ha vuelto ahora en contra lo que sería una reforma objetiva y razonable, anquilosando con efectos indeseables el régimen jurídico de la sucesión. Quede la duda de si estamos en presencia de una norma, la de la sucesión a la Corona, devenida inaceptable o si estamos en presencia de un conjunto de normas, las de la modificación del Título II, con defectos originarios.

b) Otro buen ejemplo de normas legales devenidas malas –y hasta injustas– puede encontrarse en la responsabilidad del heredero aceptante por las deudas del causante. Frente al sistema del Derecho civil común y del Derecho civil catalán, en otros Derechos autonómicos, el heredero sólo responde con los bienes del caudal relicto o por el valor de esos bienes. Este sistema de limitación de la responsabilidad rige en el Derecho navarro (Ley 318 de la Compila-

ción de derecho civil de Navarra), en el Derecho aragonés (arts. 355 y sigs. del Código de derecho foral de Aragón) y en el Derecho del País Vasco (art. 21.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco). En estos Derechos, el heredero o herederos del fallecido se beneficiarán de esa responsabilidad legal limitada. El acreedor que goce de título ejecutivo sólo podría exigir a los herederos aceptantes hasta ese concreto límite. En el Derecho común y en el catalán, por el contrario, al no existir esa limitación, o se repudia la herencia o se acepta a beneficio de inventario, con las dificultades que comporta la determinación del pasivo de la herencia y, por consiguiente, la realización del inventario, y, sobre todo, cuando se desconoce la existencia de acreedores.

Ese desconocimiento de la existencia de acreedores es muy frecuente. En primer lugar, está el desconocimiento de los *avales ocultos (o vergonzantes)*, es decir, prestados ante una entidad de crédito a favor de otro familiar y de un amigo y silenciados al cónyuge y a los hijos; y, en segundo lugar, está el desconocimiento del *ilícito* cometido por el fallecido que, antes de que prescriba la acción, puede ser exigido por el perjudicado a esos herederos. Las acciones de responsabilidad civil contra los profesionales fallecidos (arquitectos, ingenieros, médicos abogados, etc.) sitúan a dichos herederos ante una difícil defensa por desconocer las más de las veces los elementos esenciales para articularla, con el consiguiente riesgo de una sentencia condenatoria. Esas garantías y estas condenas pueden arruinar por completo la vida de los herederos aceptantes. Llegado es el momento de modificar el sistema legal.

LA REFACCIÓN LEGISLATIVA

En realidad, como *mandato implícito* del valor Justicia (art. 1.1. CE) está el de *permanente adecuación* de las leyes. El «ordenamiento jurídico» tiene que estar permanentemente *en refacción* como lo está la sociedad misma. La Base 27 de la Ley de Bases del Código civil de 1888 era consciente de ello cuando preveía reformas cada diez años del Código civil *non nato*, previsión que se plasmó en los artículos 1977 a 1979 de la primera edición de dicho Código, ahora disposiciones adicionales 1.^a y 3.^a: el Presidente del Tribunal Supremo y los de las entonces Audiencias Territoriales debían elevar al fin de cada año una Memoria al Ministerio de Justicia, señalando las deficiencias y las dudas que hubieran encontrado al aplicar el Código; el Ministerio trasladaba estas Memorias a la Comisión General de Codificación; y ésta, «atendiendo a los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro, y

de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», debía elevar al Gobierno cada diez años las reformas a introducir. El sistema se intentó poner en funcionamiento poco tiempo después de promulgado el Código, sin éxito alguno, hasta caer en el olvido más absoluto. Aunque inicialmente alguna Compilación foral copió la fórmula, tampoco tuvo éxito. Además, el modelo del Código no se extendió a otras leyes generales. Es ésta una tarea pendiente.

Las leyes cosméticas y sus efectos económicos

Javier García de Enterría

Dentro de la categoría de las «malas leyes», que cubre una amplia fenomenología, es tradicional incluir –y lamentarse de– las normas que prescinden de cualquier consideración o análisis económico mínimamente fundado de los efectos reales que puedan terminar comportando.

Se trata de un fenómeno de política legislativa plenamente conocido, en cuyo origen sin duda cabe identificar muy diversas causas. Hay ocasiones en que el legislador parece actuar como si dispusiera de facultades omnímodas y taumatúrgicas para moldear con su simple intervención la realidad regulada, como si la mera promulgación de la ley bastara para que la situación subyacente se acomodara mágicamente a los nuevos postulados legales. Muy a menudo también el legislador disciplina una determinada figura o institución atendiendo exclusivamente a su configuración existente, como si ésta conformara una realidad inmutable que fuera a mantenerse de manera indefinida, ignorando por completo que la misma se verá modificada de raíz por los operadores económicos precisamente como respuesta a la intervención legislativa. Otras veces la atención a las consecuencias económicas se ve preterida por consideraciones puramente ideológicas, que anteponen la afirmación de determinadas ideas o principios por encima de cualquier otra circunstancia y que a menudo distorsionan la percepción o comprensión objetiva de la realidad subyacente. El infierno legislativo, como en el famoso proverbio, también está empedrado de buenas intenciones.

Pero al margen de esta circunstancia, que podría atribuirse a la simple ingenuidad o incompetencia del legislador, me parece que últimamente asistimos a un fenómeno distinto, seguramente de mayor gravedad. Tiene que ver con *la creciente instrumentalización de las leyes y su utilización*

con fines puramente cosméticos o propagandísticos (las que han dado en denominarse «leyes de telediario»). No se promulgan con la aspiración sentida y legítima de regular y modelar una determinada realidad subyacente, con pretensiones más o menos fundadas de permanencia, sino con el fin exclusivo de poder emplearlas como un *instrumento más de confrontación y de confirmación ideológica dentro del debate político y mediático*. Y en estos casos los efectos económicos nocivos y contraproducentes que pueda traer la norma, no es que sean desconocidos por el legislador, sino que simplemente *se ignoran o silencian para no comprometer la verdadera finalidad perseguida*, que es la aprobación de la ley en sí como simple acto de afirmación política.

Este uso torticero de las leyes se ve facilitado por otra circunstancia: porque mientras que la promulgación de la ley ofrece una utilidad inmediata para defender el firme e inquebrantable compromiso del partido político de turno con los fines o bienes jurídicos de que se trate, *las consecuencias económicas perjudiciales no suelen ser inmediatas*, sino que se manifiestan por lo general al cabo de un cierto periodo de tiempo y de una forma incierta y difusa, lo que dificulta y distorsiona la percepción objetiva por los ciudadanos (perdón, por los electores) de la relación de causalidad existente entre dicha ley y las referidas consecuencias. Como cualquier realidad social o económica es sumamente compleja y se ve condicionada por muy diversas circunstancias, a menudo difíciles de discernir y de separar, esos efectos nocivos terminarán imputándose con el tiempo a factores de otro tipo, cuando no a los perversos intentos de los operadores económicos de combatir los fines seráficos que animaron al legislador.

No se trata pues de desconocer las consecuencias económicas de determinadas normas, sino de *ignorarlas u ocultarlas de forma deliberada al servicio de la confrontación política e ideológica*.

III. LEGISLACIÓN NEGOCIADA E INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Potestad legislativa y diálogo social: el fenómeno de la legislación negociada

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

DIÁLOGO SOCIAL

Uno de los elementos que caracterizan a las sociedades democráticas maduras es la existencia en ellas de *múltiples mecanismos de obtención del consenso social y político*, ninguno de los cuales un Gobierno que se precie ignora. El acentuado pluralismo que les es inherente se traduce, en efecto, en una multiplicidad de canales de representación, que, en mayor o menor medida, pueden contribuir a legitimar la acción de gobierno.

El llamado «diálogo social» debe ser situado en este contexto. El fenómeno es complejo y poliforme, pero *grosso modo* con el término aludimos a las prácticas de *consulta, negociación y acuerdo mediante las cuales los responsables políticos definen, con el concurso de los representantes de las organizaciones sindicales y empresariales, sus políticas sociolaborales*. Seguramente, estamos ante la máxima expresión del papel que la Constitución española, concretamente el artículo 7 de su Título Preliminar, reconoce a los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales: «contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios».

No parece necesario ponderar la importancia que el «diálogo social» ha tenido y tiene como *instrumento de legitimación política*, ni sus aportaciones a la *estabilidad económica y social del país*, que en no pocas ocasiones han

venido a suplir la falta de interlocución política. Tampoco creo preciso señalar que, con frecuencia, el desarrollo del mismo se produce en *tensión dialéctica con las instituciones* a las que la Constitución encomienda el protagonismo de la representación política y, señaladamente, con el Parlamento. Lo ocurrido entre nosotros durante la pandemia del Covid-19 ha sido, en este sentido, muy significativo, mientras que el Parlamento permanecía cerrado –cierre declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su ST 168/2021– o en «stand by», el Gobierno negociaba con los agentes sociales el impresionante paquete legislativo, casi todo él instrumentado a través de reales decretos-leyes, con el que fue afrontando la gravísima situación sanitaria, económica y social y su evolución...

Precisamente de esta tensión y de los supuestos en los que con más crudeza se manifiesta, que son aquellos en los que el diálogo social se traduce en una auténtica *legislación negociada*, es de lo que quisiera ocuparme en este breve texto.

LEGISLACIÓN NEGOCIADA

El fenómeno *no es nuevo, sino que jalona, con idas y venidas, la historia de nuestra legislación laboral* desde la Transición. En efecto, desde el Estatuto de los Trabajadores de 1980, cuyo Título III –nada más y nada menos que el relativo a la negociación colectiva y a los convenios colectivos– fue fruto de un acuerdo suscrito entre UGT y CEOE (Acuerdo Básico Interconfederal de 1979), hasta la reforma laboral del 2021 (RDL 32/20021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo), que como su Exposición de Motivos señala ha sido resultado de un «largo proceso negociador» entre el Gobierno y los agentes sociales –CCOO, UGT, CEOE y CEPYME–, la contribución del «diálogo social» al incesante proceso reformista de nuestro marco laboral ha sido muy relevante. Aún con las carencias a las que enseguida me referiré, en general las reformas laborales pactadas, en la medida en la que han contado para su implementación con la complicidad fundamental de los agentes sociales y, por ello, se han aplicado en un contexto de paz social, han dado buen resultado. Los propios negociadores no han sido, a veces, parcos en el autobombo.

Pero, como he apuntado, si este es el haz de la aportación del «diálogo social» al proceso reformista, también existe un envés que no puede desconocerse:

En primer lugar, desde el punto de vista de sus contenidos, las reformas laborales pactadas han sido siempre *reformas de entidad menor*, que han retocado y/o reformulado determinadas instituciones, pero sin llegar a alterar de manera sustancial los elementos estructurales del modelo legal. Cuando ha sido necesario acometer reformas de mayor alcance, cuando la situación ha requerido de la cirugía, el «diálogo social» se ha manifestado *inviabile*, circunstancia que el propio legislador no ha dejado de poner de relieve y lamentar.

En efecto, las dos reformas laborales de verdadera envergadura que ha experimentado nuestra legislación laboral desde el Estatuto de los Trabajadores de 1980, las que sin duda habría que calificar de estructurales, a saber, la reforma de 1994 y la del 2012, no fueron reformas pactadas. Es más, ambas generaron una fuerte contestación y, al menos en la primera hora de su aplicación, encontraron una dura oposición tanto por parte sindical como por sectores significativos de la judicatura.

A la vista de la ulterior evolución, no puede concluirse, sin embargo, por más que se repita el mantra de que las mejores reformas laborales son las pactadas, que aquellas reformas fueran un *fracaso*. Ambas respondieron adecuadamente a las necesidades del momento, sirvieron a la modernización de nuestro sistema de relaciones laborales y, como demuestra la consolidación en la Ley de sus contenidos básicos, acabaron por imponerse.

Por otra parte, vistas en su conjunto, las reformas laborales pactadas comparten como rasgo morfológico característico el de su *deficiente factura técnica*. Comoquiera que en su proceso de elaboración se reproducen los hábitos y vicios de la negociación colectiva –negociaciones interminables, compromisos semánticos y cierres abruptos de última hora–, se acaban aprobando textos semielaborados, difíciles de interpretar y aplicar. Paradigmática en este sentido ha resultado ser la última reforma laboral, que parece haber abierto un concurso entre los intérpretes sobre el número de modalidades contractuales que contempla, extremo este sobre el que ni siquiera hemos sido hasta el momento capaces de ponernos de acuerdo.

Y, en segundo lugar, es, sobre todo, de la otra faceta del envés de la que quisiera ocuparme: de la *formalización de las reformas pactadas y del menoscabo de la potestad legislativa de las Cortes generales que de la misma resulta*.

MENOSCABO DE LA POTESTAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES

Dos son las principales manifestaciones del menoscabo de la potestad legislativa de las Cortes Generales.

La primera es la *habitual utilización del Real Decreto-Ley (RDL) para instrumentarlas*, utilización que imponen los propios agentes sociales y que, además, normalmente se produce tras una larga negociación tripartita para el carnio del presupuesto habilitante –extraordinaria y urgente necesidad– constitucionalmente requerido.

En efecto, la práctica viene siendo la siguiente: se abren las negociaciones a través de la conformación de una mesa tripartita, durante varios meses se negocia intensa y discretamente, y de alcanzarse el acuerdo, forma parte del mismo el compromiso gubernamental de instrumentarlo a través de un RDL, en cuya exposición de motivos habitualmente, de una parte, se destaca el esfuerzo negocial realizado –de nuevo el autobombo– y, de otra, se afirma que concurre la situación de extraordinaria y urgente necesidad que justifica obviar el procedimiento legislativo. Buena prueba de lo que digo es lo ocurrido con la regulación de los «rider», es decir, con el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo («por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales»), cuyo texto –un solo artículo– se gestó durante un proceso de negociación que se prolongó durante un año largo y cuya Exposición de Motivos –casi cinco páginas de BOE– se explaya en resaltar el enorme esfuerzo de negociación realizado y en hallar las razones que avalarían la utilización de la norma urgente.

La segunda se produce tras el dictado del RDL y atañe a la posibilidad de su tramitación como proyecto de ley. Porque precisamente como una consecuencia ulterior del propio proceso negociador, *se exige bien que esta tramitación directamente se eluda, o bien que se banalice hasta el punto de producirse sin alterar mínimamente el texto pactado*.

Algunas de las últimas leyes negociadas constituyen, de nuevo, buenos ejemplo de lo que digo. EL RDL 32/2021, que recoge la última reforma laboral pactada, no ha sido objeto de tramitación parlamentaria como proyecto de ley, tras su muy accidentada convalidación, porque así lo exigieron los agentes sociales. Expresamente se opuso a la misma CEOE, cuyo presidente no solo exigió del Gobierno en sonadas declaraciones públicas que las Cortes «no tocan una coma del texto pactado», sino que amenazó con no volver a sentarse a negociar lo que quedaba de legislatura si tal cosa no ocurría. Por su parte, la tramitación parlamentaria del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, que ha dado lugar a la Ley 10/2021, de 9 de julio, del mismo nombre, constituye una muestra de máxima banalización del procedimiento legislativo. Pese a que, como desde el primer momento se encargó de advertir la

doctrina y la realidad ha evidenciado después, el texto del RDL presentaba múltiples aristas, su tramitación parlamentaria no sirvió más que para aumentar el importe de las sanciones previstas para las infracciones administrativas en el orden social, pues, a salvo esta adición, el resto del mismo resultó inalterado. La llamada «Ley rider» es también, de nuevo, ejemplo pertinente: el texto pactado –tampoco, por cierto, un dechado de técnica jurídica– fue objeto sí de tramitación parlamentaria, pero sin que de esta haya resultado la alteración de una de sus comas.

Sobre toda esta experiencia de participación política de los agentes sociales en el proceso legislativo sobrevuela un problema de calado y es el de la *capacidad representativa de los interlocutores sociales para ejercer estas funciones de representación política*. Ya se ha hecho alusión al artículo 7 de la Constitución que sin duda reconoce la capacidad representativa de estos actores en «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios», pero *una participación tan intensa en la producción legislativa que, además, redunde en menoscabo de la potestad legislativa de las Cortes, inmediatamente se traduce en un choque de legitimidades*. Se soslaya al Parlamento, titular de la soberanía nacional, para encomendar la elaboración material de las leyes a sujetos que, desde luego, no representan al conjunto de la ciudadanía y cuya representatividad remite a las leyes laborales.

SOBRE LA REPRESENTATIVIDAD DE LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Este tácito reenvío a las leyes reguladoras de nuestro sistema de relaciones laborales entronca con un problema de calado que aqueja al propio sistema: el de la *inexistencia de un mecanismo efectivo de medición de la representatividad de las organizaciones empresariales*. En efecto, mientras que para verificar y calibrar la representatividad de las organizaciones sindicales contamos con un mecanismo válido, tal es la celebración periódica de las llamadas elecciones sindicales, que son propiamente elecciones a representantes legales de los trabajadores en la empresa, sobre la base de cuyos resultados se cuantifica la representatividad de las distintas asociaciones sindicales, por lo que se refiere a la medición de la representatividad empresarial carecemos de un mecanismo análogo. Desde 1980, es decir, desde su redacción originaria, el Estatuto de los Trabajadores viene atribuyendo importantes funciones en materia de participación institucional y negociación colectiva a las organizaciones empresariales representativas, que por cierto han ido *in crescendo* en sus sucesivas reformas, sin que se haya establecido el mecanismo de verificación de su

representatividad que sería necesario, por más que no hayan faltado las habilitaciones legales que permitían haberlo hecho. La situación la ha descrito el Tribunal Constitucional en su ST 52/1992, cuyas afirmaciones siguen siendo válidas: nuestro ordenamiento «carece de un sistema de medición seguro de los porcentajes, relativos a empresas y trabajadores, habilitantes para gozar de la condición de organización empresarial más representativa».

Esta carencia no ha impedido el funcionamiento de nuestro sistema de negociación colectiva, pues nuestros tribunales laborales han aceptado el «mutuo reconocimiento», esto es, el reconocimiento recíproco de quienes negocian de su notoria capacidad representativa, como instrumento sustitutorio de verificación de la representatividad. Un mecanismo que la propia jurisprudencia ha reforzado reconociendo en favor del convenio colectivo negociado y publicado una presunción *iuris tantum* de representatividad de quienes lo han negociado, de modo que quienes pretenden impugnar la validez del convenio deben soportar la carga de la prueba tanto de su propia condición representativa como de la falta de representatividad de quienes negociaron (por todas, STS 29 de noviembre de 2010).

La repercusión de esta problemática sobre las experiencias de diálogo social resulta inevitable. También aquí vendría a ser el «mutuo reconocimiento», con todas las debilidades que presenta, el instrumento que sirve para constatar la representatividad de las organizaciones empresariales que se sientan en las mesas del diálogo social, en las que, como hemos visto, se llega a producir auténtica legislación negociada.

SOBRE LA INSERCIÓN DEL DIALOGO SOCIAL EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Sea como fuere, de lo expuesto hasta aquí, creo, se desprende que tenemos un problema institucional de primer orden sobre el que conviene debatir. Si la contribución del diálogo social al desarrollo de nuestro sistema democrático y a la configuración del sistema de relaciones laborales hacen del mismo una *institución imprescindible*, incluidas las experiencias de legislación negociada, ¿cómo debe llevarse a cabo la *inserción del mismo en el procedimiento legislativo*? ¿Debe el «diálogo social» también cuando da lugar a verdadera «legislación negociada» producirse en los términos informales en los que viene haciéndolo?, ¿hemos de aceptar con resignación el menoscabo de la función parlamentaria que deriva de los modos de actuación expuestos como contrapartida necesaria a la legitimación que el «diálogo social» procura?, ¿o hay que institucionalizar de alguna forma su presencia? Y, en tal caso, es decir, si se opta por la vía de la *institucionalización*,

¿cómo hacerlo?, ¿siguiendo la pauta de lo previsto en los artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para la Política Social de la Unión? Recuérdese que el primero de estos preceptos obliga a la Comisión europea a llevar a cabo una *doble consulta* a los interlocutores sociales europeos a la hora de emprender cualquier iniciativa legislativa en el ámbito de la política social: una sobre la *oportunidad* de la actuación y otra ulterior sobre el *contenido* de la propuesta. Y que, con ocasión de la segunda consulta, los interlocutores sociales pueden paralizar la iniciativa de la Comisión informándole de su voluntad de negociar un acuerdo, que, de alcanzarse, puede incorporarse a una Directiva.

Francia lo ha hecho así, al introducir en el artículo L 1 de su *Code du Travail* (Ley de 31 de enero de 2007), una previsión que sigue claramente la estela comunitaria, pero ni de la lectura detenida de su texto lábil (que obliga al Gobierno a consultar cualquier proyecto de reforma en materia laboral y a justificar en su caso la omisión de este trámite, previendo la posibilidad de que los interlocutores sociales entablen negociaciones sobre el proyecto que les ha sido consultado) ni de las noticias que llegan sobre su aplicación –está siendo, al parecer, ignorado– resulta una solución adecuada.

Yo sería partidario de explorar otras fórmulas, como la reforma del *Consejo Económico y Social* para residenciar en él el «diálogo social» y darle un mejor encaje en el proceso de producción normativa. Como es sabido, este órgano, conforme a su ley reguladora, tiene como primera función la de emitir con carácter preceptivo informe sobre los anteproyectos de ley, de reales decretos legislativos y reales decretos en materia socioeconómica y laboral (art. 7), pero su papel ha quedado muy desdibujado como consecuencia de que con demasiada frecuencia las reformas laborales se han instrumentado mediante reales decretos-leyes, soslayando su participación. Una reformulación de sus funciones podría cumplir una triple finalidad: *revitalizar al Consejo, institucionalizar definitivamente el «diálogo social» en su seno y clarificar, desde la transparencia y la seguridad jurídica, la participación de los agentes sociales en los procesos de producción normativa, respetando la potestad legislativa del Parlamento.*

La Administración como legisladora, una imperfección útil

Manuel Conthe Gutiérrez

Creo que las críticas al excesivo papel del Gobierno en la producción legislativa pecan de idealismo: no toma en cuenta que, mientras en España siga existiendo la gran diferencia de nivel de formación entre el diputado medio y los altos funcionarios que en los ministerios (y a veces en las autoridades administrativas independientes) redactan los proyectos de norma que acabarán teniendo rango de Ley, seguirá siendo infinitamente mejor que se «legisle» (es decir, que se redacten los proyectos) en el seno de la Administración, no en el Parlamento.

En mi opinión, la fórmula más aconsejable para conciliar el rigor técnico de las leyes con el ejercicio por el Parlamento de su función legislativa son las leyes de bases, las autorizaciones al Gobierno para refundir leyes y la posterior aprobación de la correspondiente ley mediante decretos legislativos. Las ventajas de ese procedimiento y los inconvenientes de que sean los propios parlamentarios los que «legislen» (es decir, redacten normas) puede ilustrarse con un precepto de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), el apartado 2 del artículo 529 bis, sobre diversidad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas.

Recordemos que el texto primitivo de la LSC fue aprobado en virtud del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y constituyó un texto coherente, bien redactado. Con posterioridad ha sido modificado en diversas ocasiones, entre ellas, en materia de gobierno corporativo, por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuyo proyecto fue preparado por el Ministerio de Economía a partir del texto elaborado por una comisión de expertos presidida por la entonces presidenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Elvira Rodríguez, en la que participaron varios insignes mercantilistas. La nueva

Ley 31/2014 introdujo múltiples reformas en la LSC, todas ellas sólidas y, en líneas generales, bien redactadas, entre las que estuvo la adición de un nuevo precepto, el ya citado 529 bis.2.

Pues bien, en las postrimerías de 2018, durante la tramitación de la que terminaría siendo la Ley 11/2018, de 28 de diciembre –que modificó el Código de Comercio, la LSC y la Ley de Auditoría de Cuentas–, los grupos parlamentarios, espoleados por el atractivo político del concepto de «diversidad», cobraron protagonismo, empuñaron la pluma y, mediante el apartado ocho del artículo segundo de esa ley, modificaron el artículo 529 bis de la LSC. La reforma incorporó la edad y la discapacidad como nuevos criterios de diversidad, y exigió que en los consejos exista una «presencia equilibrada» de hombres y mujeres. Por desgracia, además de la falta de rigor y confusión conceptual con la que entremezclan cuestiones distintas, el nuevo precepto incurre en errores ortográficos básicos que revelan la escasa formación de los diputados que lo aprobaron.¹

En el mundo real, tan alejado de la perfección, hay «imperfecciones» que pueden resultar útiles, pues anulan o mitigan otras todavía mayores. Se trata de las que, inspirándome en el Teorema del *Second Best* de los economistas, he llamado en otro lugar «imperfecciones útiles»². Entre ellas está el papel predominante de los órganos de la Administración en la redacción de las normas con rango de ley: puede verse, sin duda, como una imperfección en un régimen ideal de división de poderes; pero mitiga el peligro para la seguridad jurídica de que unas manos inexpertas, más atentas a las preocupaciones políticas del momento que al rigor de las normas jurídicas, aprueben verdaderos mamarrachos jurídicos.

¹ Una crítica más detallada del artículo 529 bis y de la crítica a su nueva redacción puede encontrarse en mi artículo «Diversidad de género y buen gobierno», disponible en <https://www.expansion.com/blogs/conthe/2019/02/24/diversidad-de-genero-y-buen-gobierno.html>

² Véase «Teoría de las imperfecciones útiles», disponible en <https://www.expansion.com/blogs/conthe/2008/06/03/31-teoria-de-las-imperfecciones-utiles.html>

Sobre la importancia de los cuadros directivos de la Administración en relación con la elaboración de las leyes

Sebastián Albella Amigo

Quisiera llamar la atención sobre la relación entre la calidad de la ley y la calidad y suficiencia de los cuadros de la Administración. También es importante el nivel profesional e intelectual de los parlamentarios, que evidentemente ha declinado, pero a mí, sobre todo, me gusta poner el acento en lo primero. Las leyes, en última instancia, las producen los equipos de los Ministerios.

Una estrategia de mejora de la calidad de las normas debería tener siempre como pieza clave medidas y políticas dirigidas a garantizar que el Estado, y en general las Administraciones Públicas, siguen contando con suficientes funcionarios de primer nivel. En definitiva, que siguen siendo capaces de atraer y retener durante un tiempo suficiente al menos a parte de los mejores.

Los grandes y prestigiosos cuerpos de funcionarios –Abogados del Estado, Técnicos Comerciales, Inspectores de Hacienda...– son un tesoro que hay que mimar por el bien de todos. Son un recurso de primerísimo nivel que, además, siempre ha acreditado lealtad impecable al gobierno de cada momento, con independencia de su signo. Hay que seguir confiando en ellos, aunque tenga sentido, sin duda, revisar los sistemas de selección, que son bastante anacrónicos. Precisamente, uno de los aspectos que podrían tenerse en cuenta en una reforma de dichos sistemas deberían ser las habilidades relacionadas con la producción de normas: «writing skills» en general, técnicas de redacción de normas, etc.

Pero, además, es necesario que las unidades de la Administración que producen normas estén suficientemente dotadas; que tengan capacidad para

producir buenos borradores y, después, para seguir inteligentemente su tramitación. He vivido experiencias bastante patéticas, incluidos casos de subdirectores-héroes, capaces de trabajar a la vez a duras penas en varias normas importantes y especialmente complejas, y casos en los que más de un grupo de interés ha conseguido introducir cambios contrarios al interés general o al impulso reformador en alguna ley induciendo la presentación de enmiendas en el Parlamento que han prosperado por una combinación de ignorancia de algún que otro parlamentario y de falta de capacidad de los equipos del correspondiente Ministerio para estar al quite.

JUSTICIA Y CONTROL

I. INDEPENDENCIA

Juez independiente e independencia judicial

Jorge Rodríguez-Zapata

LA INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA

La Justicia debe estar separada de todos los demás poderes del Estado y además esa separación debe constar constitucionalmente y en la práctica en forma ostensible. Una organización separada de la Justicia, lejana del poder político, no es algo accesorio o una simple anécdota, sino el presupuesto esencial para la existencia del modelo de convivencia civil humana que hoy se conoce como Estado de Derecho. Un poder judicial independiente es la garantía esencial de un ordenamiento democrático: sólo a través de él se garantizan los derechos de los ciudadanos (art. 24 CE) y se ofrece seguridad jurídica y las garantías imprescindibles para una convivencia democrática.

La organización de la Justicia es, tal vez, el aspecto más delicado en la configuración del Estado de Derecho. El ataque a la independencia de la Justicia es el signo seguro de la perversión del poder y del inicio de una dictadura.

La apreciación plástica de la Justicia como poder no resulta fácil, ya que se manifiesta como un *poder difuso*, repartido entre todos y cada uno de los miles de jueces que actúan en el sistema. Cada juez es independiente: la decisión de cada juez es, salvo recurso a un órgano jurisdiccional superior, *definitiva y soberana, decidiendo para siempre un conflicto*.

Esta resolución final de cada juez vendrá a consistir, según la doctrina francesa clásica, únicamente en *declarar para un caso concreto lo que ya había determinado en abstracto una ley*. Por ello cada juez y el Poder Judicial en su conjunto vendrían a tener una eficacia en cierta forma nula, en cuanto consistiría sólo en interpretar y aplicar la voluntad previa de una ley preexistente.

Además de cada juez, la Justicia como institución se organiza de forma muy similar en todos los Estados democráticos. Cualesquiera que sean las variantes accidentales, el rasgo esencial –no es redundante repetirlo– consiste en estructurarla y respetarla en forma *claramente separada o autónoma frente al Gobierno y al Poder Legislativo*: frente a todos los órganos del Estado que ostentan la función de dirección política

Una Justicia ágil e independiente es garantía de seguridad jurídica y una condición para la confianza en las instituciones.

¿QUÉ ES LA INDEPENDENCIA JUDICIAL?

El alemán es una lengua precisa cuando llama «poder de decir el Derecho» al que, según el artículo 92 de la GG alemana, se confía a los jueces. La función del juez es, también para Montesquieu, la función de ser «la boca que pronuncia las palabras de la Ley», lo que, *por la naturaleza misma de las cosas, conlleva la existencia de la independencia judicial*.

Fue Montesquieu quien expresó con nitidez la esencia de la independencia de la justicia en el Capítulo VI del libro VI del «Espíritu de las leyes». Distingue allí los ministros del Rey de sus tribunales y afirma que los primeros deben abordar y seguir los asuntos con una cierta pasión mientras que, por el contrario, la «sangre fría» y una «cierta indiferencia» sobre los asuntos que resuelven –«de sang froid et a qui toutes les affaires soient en quelque façon indifférentes»– es *necesaria para los tribunales de la judicatura*.

No nos separamos mucho hoy de esas ideas. Ciertamente es que la vocación de un juez está guiada por la *pasión de hacer justicia*, pero la estructura judicial exige –en las sociedades del *common law* y en las continentales– una situación de *lejanía frente a los asuntos litigiosos*. El juez es un servidor público, por lo que las partes no lo emplean ni le pagan; actúa a petición legítima de parte y, en todos los casos, ofrece a las partes la oportunidad de presentar sus alegatos y pruebas en la forma legal que prefieran. *El juez debe llegar a pronunciar para el caso las palabras del Derecho, en un juicio justo basado en una evaluación honesta de lo que se le ha presentado en forma contradic-*

toria. No puede ser sensible a otros factores y tentaciones que a las *pruebas* que se le presentan y su armonía con el sentido de las *leyes*.

La Comisión Venecia destaca hoy el respeto necesario a la tradición cultural de cada Estado miembro del Consejo de Europa y la dependencia obligada de su Constitución nacional en esta materia. Eso nos obliga a recordar el Poder judicial del Título VI de nuestra carta magna –el único poder nombrado como tal en la Constitución– y su artículo 117.1 cuando declara que los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial son *independientes, inamovibles, responsables y están sometidos únicamente al imperio de la Ley*. Por Ley se entiende vinculación judicial a la Ley y al Derecho (en el sentido correcto del artículo 20.2 de la GG alemana) y por ello, en suma, sometimiento de la judicatura al *sistema constitucional de fuentes, que incluye el Derecho de la Unión Europea* y una reserva obvia al Tribunal Constitucional y al papel que tiene atribuido.

Hemos conocido en nuestra generación la experiencia cercana en el centro y el este de Europa de las dificultades de la transición a una justicia independiente de los Estados de la época postsoviética, lo que, sin olvidar nuestra propia transición en 1978, nos ofrece datos ciertos para una interpretación clara de la independencia judicial, conforme a la jurisprudencia del TJUE y del TEDH.

La sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2022 ha rechazado la impugnación del Reglamento 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020, en vigor desde el 1 de enero de 2021. Conforme al artículo 3 a) de este Reglamento *poner en peligro la independencia de los jueces es indicio de vulneración de los principios esenciales del Estado de Derecho* a que se refiere el esencial artículo 2 del Tratado de la Unión Europea. El Preámbulo de ese mismo Reglamento señala, siguiendo las sentencias del TJUE de 24 de junio y 5 de noviembre de 2019 –(asuntos Comisión contra Polonia)– que la independencia presupone que el órgano judicial esté en condiciones de ejercer sus funciones con *plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación* respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia. Las garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de *reglas*, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de recusación y cese de sus miembros, que *deben permitir excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio*.

LUCES Y SOMBRAS EN NUESTRA INDEPENDENCIA JUDICIAL

El que se acaba de exponer es un *núcleo de certeza positiva de la independencia judicial*. Sin embargo, es de entender que abre el flanco a un *halo de incertidumbre*, con algunos aspectos que afectan especialmente a España.

En la interpretación del artículo 6.1 del CEDH, la jurisprudencia del TEDH subraya que es necesario que el Estado garantice que los juicios se realicen ante «tribunales independientes e imparciales» pero las garantías constitucionales de la independencia e imparcialidad del poder judicial *no bastan* si el Estado, a todos sus niveles, *no respeta la autoridad de los tribunales*. Ese respeto es un *prerrequisito indispensable para lograr que la ciudadanía confíe en la justicia* y, más ampliamente, en el Estado de derecho y debe verse reflejado en forma real en las *actitudes y prácticas administrativas* de todos los días.

Todas las autoridades *deben asegurar el respeto a las sentencias y a las resoluciones de los tribunales y su aplicación efectiva, aunque no las compartan*. ¿Pueden manifestarse con estrépito contra los tribunales que los investigan los partidos a que pertenecen los políticos afectados? ¿Cabe acusar de prevaricación al tribunal que ha condenado a políticos como responsables de delitos? ¿Es aceptable descalificar sentencias firmes y asegurar que no se van a ejecutar? ¿Se puede insultar lisa y llanamente a los jueces y Magistrados porque no aplican una ley en la forma que habían previsto los miembros del Gobierno que la había redactado en forma defectuosa?

De lege ferenda se debería evitar en forma drástica la *filtración torticera de noticias* obtenidas de sumarios en tramitación con fines políticos. Los *escándalos mediáticos* que afectan, en algún caso hasta su muerte, a personas de relevancia pública, las humillan y cercenan su presunción de inocencia, desprestigian a la judicatura, la fiscalía, los abogados de las partes y al mismo Estado que no remedia semejante situación. No ayudan a la imagen de seriedad y respeto que debe acompañar a la justicia en una sociedad democrática.

Hay que plantear la reforma del artículo 124.4 de la Constitución y eliminar un modelo obsoleto, en el que el *Fiscal General del Estado sigue siendo nombrado por el Gobierno*. Parece necesario que las carreras judicial y fiscal ostenten un *mismo nivel de independencia constitucional*, para garantizar no solo su *imparcialidad subjetiva sino la necesaria apariencia de imparcialidad*. Aunque sigan estando separadas (art. 301.4 LOPJ) sería deseable una *aproximación mayor entre las carreras judicial y fiscal* que posi-

bilite un trasvase fácil de los destinos de una carrera a otra. Una reforma del artículo 124.4 CE en ese sentido despejaría los recelos que hoy se ciernen sobre la progresiva atribución a la Carrera Fiscal de la instrucción de los procesos criminales.

Esa reforma constitucional podría coincidir con la de los artículos 122.2 y 122.3 CE respecto de la *composición y sistema de elección del controvertido Consejo General del Poder Judicial*, cuyo modelo de dirección y gobierno de la Justicia no logra superar la polémica desde 1985.

Si se integrase la representación de la Carrera fiscal en el seno del propio Consejo General del Poder Judicial, en sustitución del actual Consejo Fiscal, sería posible establecer *mecanismos paralelos de designación del presidente del Tribunal Supremo y del Fiscal General del Estado*, pero también facilitar un sistema de elección «entre sus pares» de parte de los vocales de ese Consejo General, en el sentido que auspicia la Comisión Venecia.

La crisis del sistema de partidos del año 2015 afectó a las posibilidades de renovación del CGPJ, porque desequilibró el reparto anterior del órgano por cuotas al aumentar el número de partidos entre los que había que repartir las mismas. Una vez rotas las negociaciones para la renovación del CGPJ en diciembre de 2018 los grupos de la mayoría parlamentaria que apoyaba al Gobierno intentaron suprimir el quórum de tres quintos del Congreso y del Senado para la elección parlamentaria de los vocales del CGPJ, sustituyéndolo por una mayoría adecuada al reparto en cuotas favorables a sus intereses. Se generó gran revuelo y una advertencia de la Unión Europea sobre el peligro para las reglas de funcionamiento democrático del poder judicial, que obligó a desistir de tal propósito.

Prospereó sin embargo la Ley orgánica 4/2021, de 29 de marzo, cuyo artículo 570 bis ha privado al Consejo General del Poder Judicial de su potestad peculiar y esencial de efectuar nombramientos mientras se encuentre en funciones por haber caducado su mandato. Esa reforma ha provocado una *situación muy grave* en el Tribunal Supremo, por imposibilidad de cubrir hasta una veintena de plazas vacantes y ha bloqueado nombramientos esenciales en todos los tribunales.

La potestad de hacer nombramientos fue devuelta parcialmente al CGPJ por la Ley orgánica 8/2022, de 27 de julio, pero solo en lo que se refiere a su potestad de nombrar dos magistrados del Tribunal Constitucional, que urgían entonces al Gobierno para que tomaran posesión otros dos magistrados ya nombrados por el propio Gobierno

El presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo dimitió en octubre del año 2022 con la intención plausible pero

fallida de desbloquear la renovación del CGPJ. Los restantes vocales se enfrentaron entre sí, recurrieron en vía contenciosa los pormenores de la presidencia interina y se dividieron en grupos denominados conservador y progresista, que se reunían por separado, en forma que trascendía a la opinión pública.

EL CGPJ logró efectuar los dos nombramientos al Tribunal Constitucional que le correspondían en diciembre de 2022, lo que supuso el desistimiento en un intento extravagante de rebajar el quórum de tres quintos de los miembros del Pleno del CGPJ establecido para nombrar esos magistrados (art. 599.1.1.ª LOPJ) y alterar, de paso, los poderes del propio Tribunal Constitucional mediante enmiendas presentadas en un procedimiento parlamentario de urgencia que el Tribunal Constitucional suspendió cautelarmente en una resolución sobresaliente (ATC 177/2022, de 19 de diciembre) que evitó el estropicio. Se desistió a la postre de un procedimiento parlamentario que habría provocado una crisis constitucional y en la propia Unión Europea de consecuencias impredecibles.

La situación del Consejo General del Poder Judicial tras estos avatares aboca a *una reforma que logre situarlo en el lugar que constitucionalmente le corresponde*.

Nuestro modelo constitucional, conforme al artículo 122.1 CE, es el de *jueces y magistrados de carrera* que se seleccionan por oposición y forman un cuerpo único. Ese modelo garantiza el cuádruple baremo que inspira la jurisprudencia del TEDH sobre forma de nombramiento, duración de mandato e inamovilidad, garantía contra presiones externas y apariencia de independencia que hace confiar a una sociedad democrática en la judicatura. Existen algunas zonas de incertidumbre.

Más del 15% de las resoluciones judiciales proceden de magistrados suplentes y jueces sustitutos, nombrados entre licenciados en Derecho con diversos méritos. La *justicia interina* se autoriza en el artículo 298.2 de la LOPJ y no es contraria a la Constitución (ATC 456/2006, de 19 de diciembre) pero *no encaja con el modelo profesional* de justicia del artículo 122.1 CE. El número desmedido de jueces y magistrados sustitutos –hoy más de 1.000, que representan un 20 % de toda la carrera judicial– exigiría una respuesta legislativa, aunque la cuestión no parece haber ocupado la atención de los sucesivos Consejos Generales del Poder Judicial.

En el *Estado de partidos el juez debe ser independiente de ellos*. Esa exigencia, que también dimana de la jurisprudencia del TEDH, se ha visto disminuida en España desde una serie de reformas de la LOPJ que se inician en la Ley orgánica 12/2011, de 22 de septiembre y se agravan con posteriori-

dad. *Fomentan hoy el paso de la judicatura a la política* sin posposición o merma alguna en la carrera judicial de los nombrados para cualquier cargo político. Incluso se facilita que el juez o magistrado que concurre a elecciones y fracasa en el intento se reincorpore de inmediato. La LOPJ solo exige, en forma candorosa, que el afectado se abstenga en los asuntos en los que haya intervenido en su actividad política o que pueda ser recusado si no lo hace [sic en artículo 351 f) *in fine* LOPJ]. Olvida el legislador que, desde lord Hewart, un *juez no solo debe ser imparcial, también debe parecerlo*.

La independencia judicial como sentimiento y su conflicto con la tradición jurídico-positiva

Andrés Betancor

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha ido consolidando una doctrina¹ sobre la independencia judicial que se articula sobre tres pilares: 1) el valor Estado de Derecho como valor fundante de la Unión (art. 2 Tratado de la Unión Europea, TUE); 2) el derecho a la tutela judicial efectiva como uno de los derechos, no sólo reconocido, sino como pilar del sistema judicial de la Unión y de sus Estados (art. 19 TUE; y 3) que los Tribunales deben ser independientes e imparciales para, precisamente, dispensar la tutela judicial efectiva que el Tratado reconoce (art. 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, CDFUE)².

El Derecho de la Unión, como es conocido, disfruta de primacía respecto del Derecho nacional. Esto implica que se ha de aplicar sin que ninguna disposición nacional, inclusive de naturaleza constitucional, pueda suponerle o implicar obstáculo alguno; queda desplazada. Esto también se produce en relación con la independencia de los jueces, la independencia judicial. Porque son estos los llamados a aplicar el Derecho de la Unión. Como ha insistido el TJUE, forma parte del ámbito material de las disposiciones del Derecho de la Unión, y en particular, las relativas a la tutela judicial, la organización y el

¹ Que tiene como representación destacada la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la independencia judicial, la Sentencia de 16 de noviembre de 2021 (asuntos acumulados C-748/19 a C-754/19; ECLI: EU: C:2021:931; WB y otros; cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunal Regional de Varsovia, Polonia en relación con unos procesos penales).

² Las citas siguientes las voy a extraer de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de julio de 2021 (asunto C-791/19, Comisión v. Polonia, ECLI: EU: C:2021:596; procedimiento por incumplimiento de Estado en relación con la legislación polaca en materia de régimen disciplinario de los jueces).

funcionamiento de los jueces y tribunales nacionales porque son los obligados a garantizar la aplicación y cumplimiento del Derecho de la Unión.

Situada, digamos, la organización y el funcionamiento de los tribunales nacionales en el ámbito del Derecho de la Unión, se han de someter a sus determinaciones para lo que el TJUE hace unas deducciones que parten desde lo más general hasta concretar unas específicas consideraciones en relación con el Derecho nacional objeto de examen en el contexto bien de un procedimiento prejudicial o bien de incumplimiento de Estado. Así procede cuando examina la organización judicial de los Estados en relación con la independencia judicial.

El punto de partida es el *valor de Estado de Derecho* consagrado en el artículo 2 TUE. Es un valor fundante de la Unión. La Unión existe, como tal organización internacional, para garantizar unos valores comunes y compartidos como es el de Estado de Derecho; permite construir la relación entre Estados que hace posible la constitución de la organización internacional que es la Unión Europea. Lo hace posible porque se crea alrededor de unas instituciones compartidas. Y son las instituciones del Estado de Derecho y lo que implica, por lo que ahora nos interesa, por un lado, la división de poderes y, por otro, un poder judicial encargado de la función jurisdiccional que tiene por objeto la tutela judicial de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos. El respeto a ese valor, y sus consecuencias o implicaciones institucionales, son las que hacen posible generar una «confianza mutua» entre los Estados miembros.

El valor Estado de Derecho se «concreta», en particular, en el artículo 19 TUE que dispone, tras referirse al Tribunal de Justicia y su función de garantía del respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, que «los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la *tutela judicial efectiva* en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.» Se trata, nos dice el TJUE, de un «principio general del Derecho de la Unión que emana de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que en la actualidad se reconoce en el artículo 47 de la Carta» (ap. 52). Aunque no parece necesario referirse a tal tradición para reconocer la importancia de una exigencia expresa del TUE, pero el TJUE considera importante para conectarla, lo que tampoco es necesario, con el Convenio Europeo, desde el momento en que la jurisprudencia ha establecido la exigencia de la interpretación «coherente» entre el Convenio y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

En todo caso, los Estados miembros deben cumplir las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva en el contexto más general del respeto a las del Derecho de la Unión. Una de las exigencias es la de la independencia judicial. Así lo hace el TJUE al conectar la tutela judicial efectiva con lo dispuesto en el artículo 47 CDFUE dedicado al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. La Carta reconoce que es tan derecho la tutela como el de la imparcialidad del juez entendido como «derecho a que [la] causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley». Aquí aparece ya la independencia del juez. Es un requisito «primordial» para garantizar la tutela judicial efectiva. Y no sólo es un requisito sino que forma parte del contenido esencial del derecho: «esta *exigencia de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho fundamental a un proceso equitativo*, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho (sentencia de 20 de abril de 2021, Repubblika, C-896/19, EU: C:2021:311, apartado 51 y jurisprudencia citada)» (ap. 58).

Así pues, *la independencia judicial es inherente a la función jurisdiccional*, por lo tanto, forma parte de los «rasgos» o características de la institución del poder judicial en el contexto del Estado de Derecho, valor, como hemos dicho, del Estado de Derecho, común a la Unión (art. 2 TUE), sino que, además, forma parte del *contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva*. La independencia, como rasgo institucional del juez conforme al Derecho de la Unión, exige o precisa que los Estados, al regular la organización y funcionamiento de su poder judicial, establezcan las *reglas* precisas a tal fin, en relación, por ejemplo, con el nombramiento, composición del órgano jurisdiccional, causas de inhibición, recusación y cese, así como el régimen disciplinario. El objetivo es que «los jueces se encuentren protegidos frente a intervenciones o a presiones externas que puedan amenazar su independencia. Las reglas aplicables al estatuto de los jueces y al ejercicio de sus funciones deben permitir, en particular, excluir no solo cualquier influencia directa, en forma de instrucciones, sino también las formas de influencia más indirecta que pudieran orientar las decisiones de los jueces de que se trate» (ap. 60).

El giro en el razonamiento jurisprudencial, que rompe nuestra tradición positivista, se produce a continuación. El TJUE introduce un elemento subjetivo que nos causa sorpresa: el de la apreciación que hacen los ciudadanos de

la independencia. Porque, por un lado, las reglas han de permitir «excluir toda *duda legítima en el ánimo de los justiciables* en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a la neutralidad de este ante los intereses en litigio (sentencia de 20 de abril de 2021, Republika, C-896/19, EU: C:2021:311, apartado 53 y jurisprudencia citada)» (ap. 59). Y, por otro, «evitar de este modo una *falta de apariencia de independencia o de imparcialidad* de esos jueces que pudiera menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y un Estado de Derecho (sentencia Asociația «Forumul Judecãtorilor din România» y otros, apartado 197 y jurisprudencia citada)» (ap. 60).

En el contexto del razonamiento jurídico-positivo, los sentimientos que pudieran albergar los ciudadanos sobre las instituciones son irrelevantes para determinar la nulidad de una norma. En cambio, la duda, la apariencia y la confianza, sentimientos que en los ciudadanos pudieran suscitar las reglas relativas a la independencia judicial sí que son elementos a tener en cuenta al examinar la validez de las normas. Así lo vemos aplicar, con normalidad, por el TJUE. Que los sentimientos formen parte del juicio de validez de las normas puede ser sorprendente, pero es importante porque introduce un criterio basado en los hechos, enriqueciendo el mero análisis jurídico-formal. Vendrían a actuar como una suerte de confirmación fáctica de la invalidez jurídico-formal de la norma. Ahora bien, ¿cómo se acredita tal sentimiento?

Independencia frente a partidocracia en la justicia española^{1,2}

Juan S. Mora-Sanguinetti

¿CÓMO DE IMPORTANTE ES LA PERCEPCIÓN DE «INDEPENDENCIA»
DE LA JUSTICIA (FRENTE A OTRAS POSIBLES MEDIDAS DE CALIDAD)?

Una cuestión central para el análisis de las instituciones y en concreto para la *evaluación del buen o mal funcionamiento de la justicia* es la de cómo medir adecuadamente su calidad. Una de las posibles perspectivas desde las

¹ Agradezco los comentarios a esta aportación, así como la organización del libro, a Andrés Betancor. Estoy agradecido a la Fundación Rafael del Pino por la invitación a participar en el seminario «Hablemos de instituciones». Las opiniones expresadas son personales y no deben ser atribuidas ni al Banco de España, ni a la Banque de France ni al Eurosistema. Contacto: Juan S. Mora-Sanguinetti. Banque de France - Eurosysteme (Direction Générale des statistiques des études et de l'international, 39 Rue Croix des Petits Champs - 75001, Paris - Francia) y Banco de España - Eurosistema (Dirección General de Economía y Estadística, Alcalá, 48 - 28014, Madrid - España). Correo electrónico: juansmora@gmail.com.

² El autor utiliza las siguientes referencias:

BATRA, G., D. KAUFMANN y A. STONE (2003). *Voices of the firms: investment climate and governance findings of the World Business Environment Survey*. World Bank, Washington, DC.

FABBRI, D. (2010). «Law Enforcement and Firm Financing: Theory and Evidence», *Journal of the European Economic Association*, 8(4): 776-816.

FIDE (2023). *Nationalism, Populism, and Identities: Contemporary Challenges*. FIDE Foundation. Madrid.

GAROUPA, N., GILI, M. y GÓMEZ-POMAR, F. (2012). Political Influence and Career Judges. *Journal of Empirical Legal Studies*, 9: 795-826. <https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2012.01270.x>

GAROUPA, N., GILI, M. y GÓMEZ POMAR, F. (2021). «Loyalty to the party or loyalty to the party leader: Evidence from the Spanish Constitutional Court». *International Review of Law and Economics*, 67, 105999. <https://doi.org/10.1016/j.irle.2021.105999>.

LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2016). El caso de Polonia en la UE retrocesos democráticos y del estado de derecho y «dilema de Copenhague». *Teoría y realidad constitucional* 38, 2016, pp. 101-142.

LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2019). «De nuevo (y todavía) Polonia "Rule of law" y art. 7 TUE en el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia/ Again (and still) Poland: rule of law and art. 7 TEU in the European Parliament and the Court of Justice». *Teoría y realidad constitucional*, 44, pp. 137-176.

MORA-SANGUINETTI, J. S. (2022). «La factura de la injusticia. Sistema judicial, economía y prosperidad en España». Tecnos. Madrid.

NUNN, N. (2007). «Relationship-Specificity, Incomplete Contracts and the Pattern of Trade». *The Quarterly Journal of Economics* 122(2): 569-600.

PALUMBO, G., GIUPPONI, G., NUNZIATA, L. y J. S. MORA-SANGUINETTI (2013). «The Economics of Civil Justice: New Cross-Country Data and Empirics». *OECD Economics Department Working Papers* No. 1060.

cuales puede realizarse esta evaluación es la de su *independencia* frente a influencias o poderes externos. ¿Cumple realmente sus funciones un sistema judicial cuyas decisiones se consideran «injustas»? Y, en relación con esa pregunta, ¿sería útil un sistema judicial en el que los jueces no fueran independientes?

Siguiendo la bibliografía, diferentes analistas han tendido a reducir el análisis de la «calidad» de un sistema judicial a solamente tres factores (que no incluyen la independencia): la duración del juicio (si se tarda mucho o poco en resolver un conflicto), el coste del juicio (si es más o menos accesible para los ciudadanos) y su predictibilidad del sistema. Esta simplificación se debe a que muchos de los otros aspectos en los que podemos pensar, como la mencionada «independencia» (o la integridad) de los jueces, no son fácilmente medibles, son de alguna manera similares a los tres factores ya mencionados (duración, coste o predictibilidad) o su «medición» no es útil para diseñar rápidamente mejoras del sistema. En otras palabras, no está claro cómo diseñar un sistema judicial simplemente pensando en hacerlo «justo» o «independiente». Por último, diferentes análisis prefieren hablar de lentitud-coste-predictibilidad porque son elementos fácilmente relacionables con los impactos económicos de la justicia (véase Palumbo *et al.* 2013 y Mora-Sanguinetti, 2022).

No pensemos, sin embargo, que limitar el análisis a estos tres factores (lentitud, coste, predictibilidad) simplifica la gestión del sistema judicial. De hecho, es extremadamente difícil lograr al mismo tiempo una justicia rápida, barata y predecible. Por ejemplo, si el sistema judicial fuera muy barato (incluso subvencionado), posiblemente atraería litigios inmerecidos provocando un colapso y una gran lentitud. Esto podría incluso comprometer el dictado de buena jurisprudencia.

Por lo tanto, merece la pena dar un paso más y buscar una medida global o preferente de «buen» funcionamiento del sistema judicial, sin negar el valor de los demás aspectos. Esta medida central, según la bibliografía, sería la «lentitud» (duración de los litigios) del sistema (véanse también Fabbri, 2010, y Nunn, 2007). Pero, ¿por qué la «lentitud» (duración de los juicios) es un buen indicador (negativo) de la calidad de la justicia? La respuesta es que englobaría muchos de los otros problemas: si un sistema judicial es lento, por definición también es caro. Cuanto más dure un proceso judicial, más tiempo tienen que pagar las partes en litigio a sus abogados y procuradores. Además, una justicia lenta tampoco es previsible: una sentencia que tarda mucho en llegar no pro-

porciona ninguna «orientación» útil para los ciudadanos o para las empresas que se enfrentan a un conflicto concreto.

Sin embargo, volviendo a la pregunta inicial, la percepción del funcionamiento del sistema judicial (si es «justo» o si se me apura, si es «independiente») puede ser muy importante y debe tenerse en cuenta. Afortunadamente, también se puede afirmar que la lentitud de la justicia tiene que ver con la «confianza» que los ciudadanos tienen en ella. Palumbo *et al.* (2013), basándose en datos internacionales del World Value Survey y del proyecto Doing Business (DB) del Banco Mundial, encontraron que un aumento del 10% en el tiempo que se tarda en resolver un litigio se asociaba con una reducción de dos puntos porcentuales en la probabilidad de que los ciudadanos confíen en el sistema. A modo de recapitulación, cuanto más se tarda en resolver un conflicto, menor es la confianza de la sociedad en el sistema judicial. Para llegar a esta conclusión, la OCDE tuvo en cuenta factores como la educación, la edad o el sexo de los ciudadanos. Por ejemplo, los ciudadanos que viven en los países nórdicos confían más en sus sistemas judiciales precisamente porque son algo más rápidos que los de muchos otros países. Estas reflexiones son válidas a la hora de medir la percepción que tienen las empresas de la equidad e imparcialidad del sistema judicial (véase Batra *et al.* 2003).

Cabe concluir estas reflexiones indicando que, si bien puede percibirse la «independencia» de la justicia como un elemento central del buen funcionamiento de la justicia, es importante recordar que no podremos andar muy lejos en el camino de la mejora de la justicia sin cuidar las cuestiones operativas (como la lentitud del sistema).

Esto no quiere decir que lograr la independencia de la justicia respecto de poderes e influencias externas no sea importante. Es una cuestión que está concentrando también un gran esfuerzo de análisis, seguimiento y preocupación. En este sentido, cabe recordar la evolución en las últimas décadas de algunos sistemas judiciales cercanos, como el húngaro o el polaco [López Aguilar (2016 y 2019); sobre la conexión de estas cuestiones con el nacionalismo, puede consultarse FIDE (2023)]. En España el debate sobre la influencia de los partidos políticos en el sistema judicial es una cuestión recurrente.

Si bien la «independencia» de la justicia no es tan fácil de medir con datos como la «lentitud» de un órgano judicial, deberíamos hacer todo el esfuerzo posible para lograrlo. En especial, es importante confrontar simples percepciones de falta de independencia con problemas reales de independencia realmente constatables. A esto se dedica la sección siguiente.

LA REALIDAD (ESTADÍSTICA) DE LA INFLUENCIA DE LOS PARTIDOS
EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EN EL TRIBUNAL SUPREMO

Las percepciones que tienen los ciudadanos sobre el buen (o mal) funcionamiento de la justicia podrían no coincidir con la realidad «medible» (en datos) del sistema. Así, por ejemplo, la justicia española, según los datos objetivos, está en la media europea en cuanto a su lentitud, coste o predictibilidad.

Sin embargo, ¿cabe medir la «independencia» de la justicia española con datos? Algunos artículos de investigación han intentado analizar la influencia de la «partitocracia» en el Tribunal Supremo (TS) o en el Tribunal Constitucional (TC). Este segundo órgano no forma parte del sistema judicial, pero su mención es relevante para la cuestión que nos concentra en este texto. Estos estudios hacen referencia a las resoluciones del TS y del TC, realizando un análisis estadístico que intenta comprobar si existe una alineación de sus resoluciones con determinadas tendencias ideológicas o lealtades relacionadas con partidos políticos.

En el caso del TS, no hay una evidencia fuerte de que las resoluciones se alineen con una ideología o un partido determinado [véanse Garoupa et al. (2012)].

En el caso del TC, la cuestión es mucho más compleja. El análisis estadístico pone sobre la mesa que puede haber una alineación de las resoluciones por afinidad a determinados líderes (lealtades personales), pero *no es evidente ni inmediato que pueda establecerse una alineación general de las resoluciones por partido o por ideología* (véase Garoupa et al. 2021).

Cabe concluir, por tanto, que, al igual que ocurre con algunas medidas operativas de la justicia española, *la percepción de los ciudadanos sobre la influencia de los partidos en nuestro sistema judicial es, tal vez, peor que la realidad*. Es necesario cuidar que la limitada influencia de la «partitocracia» en las resoluciones judiciales se mantenga así en el futuro también.

Independencia judicial y designación de magistrados constitucionales (un apunte sobre el vigente sistema de designación y su necesaria reforma)

Germán Fernández Farreres

La independencia judicial reclama que jueces y magistrados queden *a salvo de cualquier duda sobre la imparcialidad* que observarán en el ejercicio de la función que se les encomienda. Por eso, quiénes son los que los nombran y, sobre todo, cómo los nombran, condiciona decisivamente la imagen de independencia del magistrado. Es una sombra que no dejará de acompañarles.

Nuestro sistema de designación de magistrados constitucionales y, sobre todo, las prácticas que a su amparo se han instaurado, determinan que la actuación independiente e imparcial que de ellos se espera tenga que enfrentarse a *notables dificultades*.

Como es notorio, la etiqueta de magistrado «conservador» o «progresista», plenamente asentada desde hace tiempo, queda estrechamente vinculada a la fuerza política que lo elige. Pero también es evidente que la elección recae normalmente en juristas que ya tienen acreditada y atribuida previamente la correspondiente calificación. De manera que *políticos y magistrados se autoalimentan*. Los políticos confían en que «sus magistrados» digan lo que de ellos se espera cuando el correspondiente asunto tenga relevancia política y afecte a sus intereses, mientras que éstos aspiran a superar cualquier dificultad que pueda separarles de la condición previa que han cosechado. Y es que, de no lograrlo, *incurrirán en una contradicción* que, sobre todo para los conciliábulos políticos y mediáticos, les convertirá en *personas de poco fiar, poco menos que en tráfugas políticos*.

La designación por grupos de cuatro magistrados cada tres años –por el Congreso, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial, y el Senado– y con una duración del mandato de nueve años, es un sistema matemáticamente

exacto que, sin embargo, en la práctica resulta de imposible cumplimiento. Para hacer compatible la renovación de los doce magistrados por terceras partes cada tres años, haciendo a la vez posible que la duración de su mandato sea de nueve años, resulta absolutamente imprescindible que *las designaciones se produzcan al tiempo debido, con una puntualidad inexorable*. Porque, de no ser así, una de dos: o se incumple la regla de la duración del mandato de nueve años o se incumple la regla de la renovación cada tres años.

Esa puntualidad no sólo ha sufrido retrasos, sino que ha sido *clamorosamente incumplida, sin medio jurídico alguno que lo pudiese evitar*, por lo que la regla de los nueve años de duración del mandato queda sistemáticamente incumplida. Más aún, tras el insólito hecho de que la renovación de los magistrados del cupo del Senado que debía producirse en diciembre de 2007 quedase congelada durante tres años, el legislador intervino en 2010 imponiendo la prevalencia de la regla de la renovación trienal al disponer que «si hubiese retraso en la renovación por tercios de los magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación». Con ello, la primera regla del artículo 159.3 de la Constitución («Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años») ha quedado sin más, hasta hoy mismo, *materialmente abrogada, sin que su más que discutible constitucionalidad haya podido ser enjuiciada*.

Sin embargo, lo dicho no es lo más grave. Ese sistema de renovación de magistrados por grupos conlleva una consecuencia última verdaderamente trascendental. Y es que *facilita el intercambio o trueque de puestos entre los dos partidos mayoritarios*, con las funestas consecuencias que ha deparado. Unos y otros designan a los «suyos», aunque no en pocas ocasiones lamentándose de que los elegidos por el adversario no sean los más idóneos. ¡Un auténtico sarcasmo!

Aunque no cabe ignorar que no hay sistema perfecto (ya lo reconoció el propio Tribunal Constitucional tempranamente: «no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso»), cuando la virtud no asiste a quienes han de aplicarlas, las mismas leyes han de tratar, al menos, de no facilitar ese mal uso. Por eso, tendría que *abandonarse el actual sistema de renovaciones por grupos de cuatro magistrados para dar acogida al criterio de la designación de manera individualizada, caso por caso, según se producen las vacantes*.

A esa *elección individualizada y no conjunta por bloques* de cuatro magistrados, habría podido llegarse, desde luego, de no haberse dado preferencia a la regla de la renovación por terceras partes cada tres años. Con ello se habría respetado la no menos importante regla de los nueve años como duración del

mandato de los magistrados. Y, a la vez, se habrían evitado ese conjunto de reglas complementarias previstas por la Ley Orgánica del Tribunal que llevan a mandatos de muy desigual duración (desde más de 12 años a períodos de menos de tres años). Pero es evidente que no ha habido interés alguno en que así fuese porque *la elección individualizada permite mayor transparencia en la designación y, en consecuencia, dificulta esas prácticas negociadoras al servicio de que cada partido coloque a magistrados de su confianza.*

Cabe añadir que, junto a la eliminación de las renovaciones por tercios, aún quedarían otras cuestiones por reconsiderar. Entre otras, al menos las siguientes:

En primer lugar, la regla de que dos de los doce magistrados son designados por el Gobierno de la Nación y otros dos por el Consejo General del Poder Judicial. Con ello, ciertamente, todos los demás poderes constitucionales del Estado intervienen en la formación del Tribunal Constitucional, lo que, según se ha dicho, refuerza su dignidad y acentúa su significación integradora. Sin embargo, es pura apariencia, ya que la realidad es bien distinta. *La designación de dos magistrados por el Gobierno no hace sino reforzar la cuota de la fuerza parlamentaria mayoritaria.* Y la que corresponde al Consejo General del Poder Judicial se ha traducido en una *reserva de plazas en favor de los miembros de la cúpula de la carrera judicial* que previamente han formado parte, o han mantenido una estrecha relación, con el mismo Consejo, a su vez sujeto a la mecánica del reparto de puestos entre los partidos políticos. ¿No sería, pues, más lógico –desde luego, más transparente– que la *elección correspondiese íntegramente a las Cortes Generales*, de manera que seis magistrados lo fueran por el Congreso y los otros seis por el Senado?

En segundo lugar, ¿no habría que reconfigurar, en caso de no suprimirse, el actual procedimiento de designación de magistrados por el Senado que vino a instaurar la reforma de 2007? *¿De qué sirve la participación de las Comunidades Autónomas* en la fase previa de presentación de candidatos cuando el Senado no deja de tener la última palabra, y no sólo en la elección de los magistrados, sino también en la designación de otros candidatos añadidos a los que aquéllas puedan proponer, y sobre todo cuando los partidos mayoritarios pueden imponer en sus respectivas Comunidades Autónomas la designación como candidato a la misma persona, tal como sucedió en la primera y hasta ahora única ocasión en la que se ha aplicado el nuevo procedimiento?

En tercer lugar, ¿no sería conveniente *revisar la duración de nueve años del mandato de los magistrados constitucionales* para dar entrada a otros cri-

terios, como, por ejemplo, el del nombramiento por el tiempo que reste al magistrado hasta alcanzar la edad de cese o, si se quiere, la edad de jubilación?

En cuarto lugar, *los retrasos en las renovaciones de los magistrados también han incidido en la duración de los mandatos del Presidente y Vicepresidente del Tribunal*. El plazo de tres años al que se refiere el artículo 160 de la Constitución *se ha incumplido en la mayoría de los casos*, sea por exceso o por defecto. Y ello porque la elección, salvo en una ocasión, se pospone a la renovación del correspondiente grupo, con lo que el retraso en la renovación ha supuesto que el mandato de tres años del Presidente y Vicepresidente quede inevitablemente ampliado. Y todo ello sin olvidar que con la reforma de la LOTC de 2007 ha quedado ya establecido (artículo 16.3) que «si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos magistrados».

En consecuencia, en el marco de *un sistema de renovaciones individualizadas y con duración del mandato hasta alcanzar la edad de cese o jubilación, la elección de Presidente y Vicepresidente debería y podría realizarse sin mayores problemas en la fecha predeterminada por el nombramiento y el cese por transcurso del plazo previsto*. Con ello quedaría erradicada –o, al menos, atemperada– esa tan poco deseable práctica que el Tribunal viene observando.

Que no se siga haciendo con los nombramientos de los magistrados constitucionales lo que en las dos últimas décadas se ha hecho, probablemente no haya regulación alguna que lo pueda garantizar. Así es. Pero tampoco es dudoso que, sin una profunda reforma del vigente sistema de designación, la situación a la que se ha llegado difícilmente se regenerará. *Su independencia e imparcialidad seguirá justificadamente en cuestión*.

II. CALIDAD

La medición de la calidad de la justicia^{1,2}

Juan S. Mora-Sanguinetti

LA IMPORTANCIA DEL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA

Desde el punto de vista del Derecho, en concreto desde la visión usual de los abogados y de sus clientes, el sistema judicial, como institución, es un *instrumento de garantía de derechos y de libertades de los ciudadanos*. Esto es así desde, al menos, dos perspectivas: en primer lugar, el sistema judicial

¹ El autor agradece los comentarios a este capítulo, así como la organización del libro, a ANDRÉS BE-TANCOR. Igualmente agradece los comentarios y sugerencias de los asistentes al Seminario «Hablemos de Instituciones» de la Fundación Rafael del Pino del día 27 de abril de 2023. Las opiniones expresadas son personales y no deben ser atribuidas ni al Banco de España, ni a la Banque de France ni al Eurosistema.

Contacto: JUAN S. MORA-SANGUINETTI. Banque de France - Eurosysteme (Direction Générale des statistiques des études et de l'international, 39 Rue Croix des Petits Champs - 75001, Paris - Francia) y Banco de España - Eurosistema (Dirección General de Economía y Estadística, Alcalá, 48 - 28014, Madrid - España). Correo electrónico: juansmora@gmail.com.

² En este trabajo se utilizan las siguientes referencias:

DE LUCIO, J. and J. S. MORA-SANGUINETTI (2022). «Drafting «better regulation»: the economic cost of regulatory complexity». *Journal of Policy Modeling* 44 (1), 163-183.

DEJUÁN, D. and J. S. MORA-SANGUINETTI (2021). «Which legal procedure affects business investment most, and which companies are most sensitive? Evidence from microdata». *Economic Modelling* 94, 201- 220.

MORA-SANGUINETTI, J. S. (2019). «La «complejidad» de la regulación española ¿Cómo medirla? ¿Qué impacto económico tiene?». *Revista ICE* n.º 907 (Marzo-Abril 2019). 147-162.

MORA-SANGUINETTI, J. S. y R. PÉREZ-VALLS (2021). «How does regulatory complexity affect business demography? Evidence from Spain». *European Journal of Law & Economics*. 51, 203-242

MORA-SANGUINETTI, J. S. (2021). «El impacto de la eficacia de la justicia en la inversión empresarial en España». Artículos Analíticos. *Boletín Económico-Banco de España* 3/2021.

MORA-SANGUINETTI, J. S. (2022a). «La factura de la injusticia. Sistema judicial, economía y prosperidad en España». Tecnos. Madrid.

ayuda a «disciplinar» la actuación de las partes que firman un contrato privado. La justicia perseguiría el incumplimiento de las obligaciones de las partes en un contrato y evitaría, en lo posible, que alguno de los participantes se aproveche de ello. Por otro lado, más allá de las relaciones entre ciudadanos y empresas privadas, la justicia se configura como el único límite frente a la mala actuación del sector público: el sistema judicial podría evitar la «expropiación» injustificada por parte de un Gobierno. Hablo de «expropiación» de forma laxa y con un sesgo económico: también en el caso en que una Administración favoreciera de forma injustificada un interés empresarial privado frente a otros.

Frente a todo ello es frecuente olvidar que la justicia también importa para aquellos que no litigan. De hecho, el buen (o mal) funcionamiento del sistema judicial es la principal explicación de que en el largo plazo unas economías se desarrollen y otras queden atrás, como bien nos recordaba el premio Nobel de economía, Douglass North.

En otras palabras, la justicia, dando a una sociedad aquello que llamamos «seguridad jurídica» *proporciona la base de desarrollo económico* para que enraícen adecuadamente las inversiones en elementos tan diversos como la construcción de buenas infraestructuras (más kilómetros de metro o un nuevo aeropuerto) o mejores títulos formativos en las universidades (mayor capital humano). Parece, por tanto, muy necesario y útil medir si la justicia funciona objetivamente bien o mal en España.

MIDIENDO LA SITUACIÓN DE LA JUSTICIA EN ESPAÑA

La medición del funcionamiento de las instituciones nos proporciona algunos resultados que pueden resultar sorprendentes. De hecho, desde el punto de vista de los datos que miden la lentitud, el coste o la «predictibilidad» de los sistemas judiciales en distintos países (tomando como referencia el orden civil), *la situación de la justicia española es «media» a nivel internacional* (véanse las tablas 1 y 2).

MORA-SANGUINETTI, J. S. (2022b). «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España». *Revista de las Cortes Generales*. 114, 231-253.

PALUMBO, G., GIUPPONI, G., NUNZIATA, L. y J. S. MORA-SANGUINETTI (2013). «The Economics of Civil Justice: New Cross-Country Data and Empirics». *OECD Economics Department Working Papers* No. 1060.

En cuanto a la fuente de las imágenes, (véanse los *copyrights*): MORA-SANGUINETTI (2021 y 2022a)

Tabla 1. Duración de los procedimientos (en días) en los sistemas judiciales europeos

<i>Fuente</i>	<i>CEPEJ</i>	<i>CEPEJ</i>	<i>CEPEJ</i>	<i>DB</i>	<i>OCDE</i>
Año de publicación	2016	2018	2020	2020	2013
Año de análisis	2014	2016	2018	2019	2011
Reino Unido	–	–	–	437	350
España	318	282	361	510	272
Francia	348	353	420	447	274
Italia	532	514	527	1.120	564
Alemania	198	196	219	499	200
Media	349	336,3	381,8	602,6	332
Promedio sin Italia	288	277	333,3	473,3	274

Nota: «DB» hace referencia a los extintos indicadores Doing Business del Banco Mundial. «CEPEJ» hace referencia los indicadores de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia. «OCDE» hace referencia a los indicadores elaborados en el contexto del OECD Civil Justice Project (Palumbo *et al.* 2013).

Fuente: Mora-Sanguinetti (2022a).

Tabla 2. Coste de uso de la justicia en los sistemas judiciales europeos

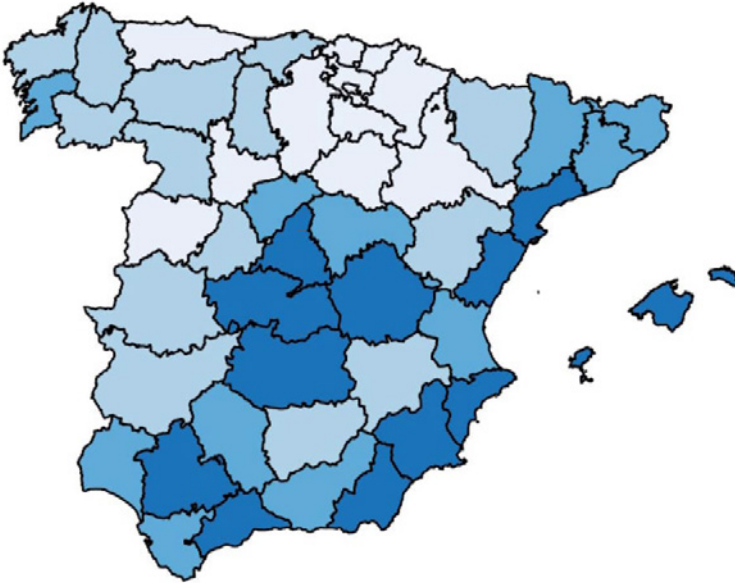
<i>Indicador</i>	<i>Coste de uso de la justicia (% de la cantidad demandada)</i>
Fuente	DB
Año de publicación	2020
Año de análisis	2019
España	17,2
Francia	17,4
Italia	27,6
Alemania	14,4
Reino Unido	45,7
Media	24,5

Fuente: Mora-Sanguinetti (2022a).

Sin embargo, a pesar de la situación «media» a nivel internacional, la justicia española adolece, al menos, de dos problemas internos (dentro de España) destacables: diversidad y estancamiento. En cuanto al primero de los problemas, *no ofrece el mismo rendimiento en todos los lugares de España* a pesar de ser un poder central del Estado. Viéndolo de otra manera, la justicia

se ve aquejada por *distintos niveles de congestión* según nos encontremos en una provincia u otra. El gráfico 1 muestra la congestión media por provincia en España. En azul oscuro se representan las provincias más congestionadas y en azul claro las que menos. La España más poblada tiene un sistema judicial que le proporciona unos servicios menos dimensionados. Es necesario recordar, sin embargo, que hay multitud de factores que pueden influenciar en la congestión y el rendimiento de la justicia, como la composición sectorial de la economía local, el ciclo económico, etc.

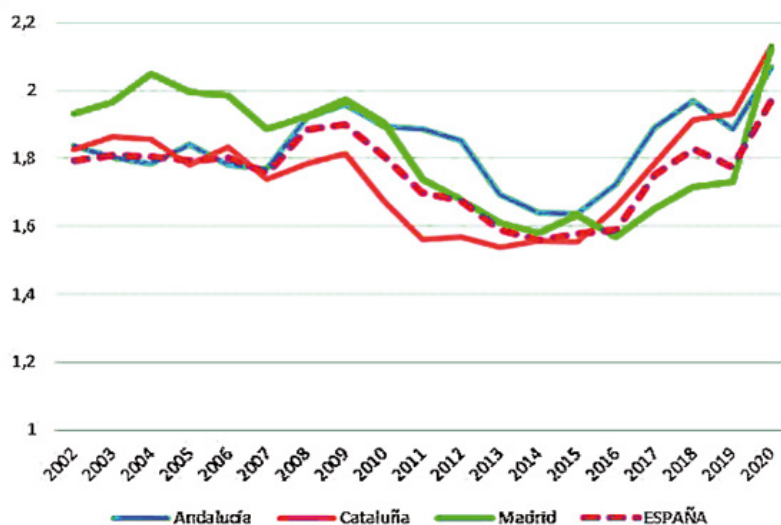
Gráfico 1. *Congestión civil media (2002-2016) por provincia*



Fuente: Mora-Sanguinetti (2021).

Por otro lado, la justicia española muestra un *estancamiento en su rendimiento* (o en sus posibilidades de copar con la congestión que soporta) en el largo plazo (véase el gráfico 2). En el gráfico puede observarse que, en el largo plazo, la justicia española siempre oscila alrededor de 2 puntos de congestión. Es decir, no hay mejoras notables y permanentes, en contraste con el avance del país en todo el período democrático.

Gráfico 2. Evolución de la congestión judicial en España y en las CCAA más pobladas (2002-2020)



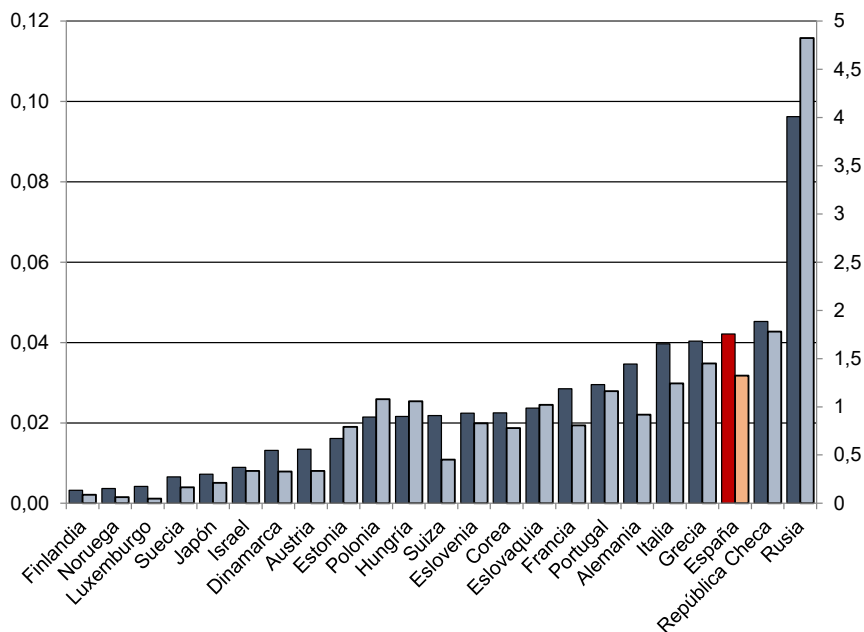
Fuente: Mora-Sanguinetti (2022a).

Los datos anteriores hacían referencia a la situación misma del sistema judicial (de sus órganos y de su personal), pero la justicia puede ser percibida como ineficaz si los ciudadanos observan que tienen una alta sobrecarga de trabajo. Incluso el mejor sistema judicial del mundo podría ver comprometido su funcionamiento si se enfrentara a una alta litigiosidad. Por ello, es necesario también medir la «demanda» de conflictos judiciales y, por tanto, es importante entender la situación de los abogados y de los ciudadanos.

El gráfico 3 mide la litigiosidad en España y en otros países de la OCDE, tanto en términos per cápita como en términos de la riqueza (el PIB) durante la «gran recesión» (tomando como referencia 2011). España fue *el tercer o cuarto país más litigioso* a nivel comparado, poniendo de manifiesto el enorme estrés al que estuvo sometido el sistema judicial español. En este debate suele hacerse referencia a la actuación de los abogados. Estadísticamente es cierto, por ejemplo, que Madrid «tiene más abogados que toda Francia». Sin embargo, no conviene simplificar la problemática: el mercado de la abogacía española, siendo de un gran tamaño, es comparable al de algunas otras grandes economías (véase la tabla 3) y, al igual que el sistema judicial, muestra una gran diversidad a nivel territorial (véase el gráfico 4).

■ INSTITUCIONES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, CONVERSACIONES

Gráfico 3. Litigiosidad (per cápita y /PIB) en los países de la OCDE



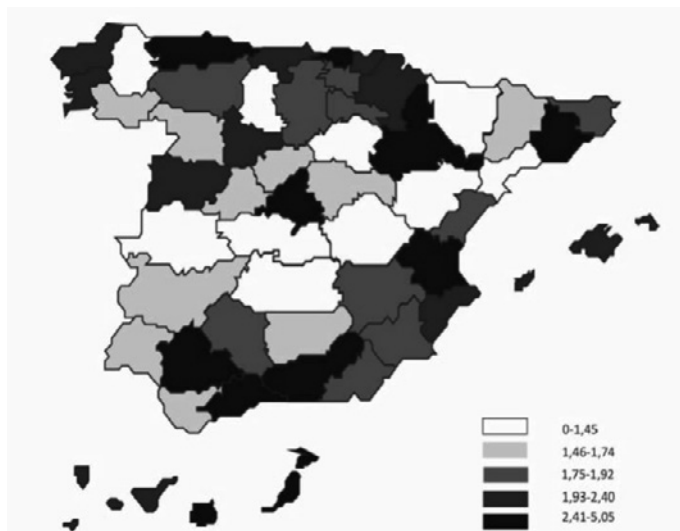
Fuente: Mora-Sanguinetti (2022a) y Palumbo *et al.* (2013).

Tabla 3. Abogados per cápita

	Total	Por 100.000 habitantes
Fuente	CEPEJ	CEPEJ
Año de análisis	2018	2018
España	143.205	304,6
Francia	66.958	99,9
Italia	234.386	388,3
Alemania	165.104	198,9
Reino Unido (Inglaterra y Gales)	159.796	270,3
Media de las jurisdicciones seleccionadas	153.890	252,4
Media para todas las jurisdicciones analizadas por la CEPEJ	28.878	169,1

Fuente: Mora-Sanguinetti (2022a).

Gráfico 4 Abogados per cápita (media) por provincia



Fuente: Mora-Sanguinetti (2022a).

LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DE LA CONGESTIÓN DE LA JUSTICIA

Los datos anteriormente recopilados, así como el análisis de la realidad social y económica de España permite establecer relaciones entre el funcionamiento de la justicia y algunos fenómenos económicos.

Mediante modelización estadística (en concreto, econometría), sabemos que, si se lograra reducir en un punto la congestión judicial, Madrid ganaría 3.400 viviendas en alquiler y Barcelona 3.100. Ese número de viviendas en Madrid equivale, por ejemplo, al número de estudiantes de doctorado de toda la Universidad Autónoma de Madrid. Es decir, la mejora de la justicia tiene efectos concretos en el funcionamiento de los mercados inmobiliarios, sin necesidad de realizar otro tipo de intervenciones.

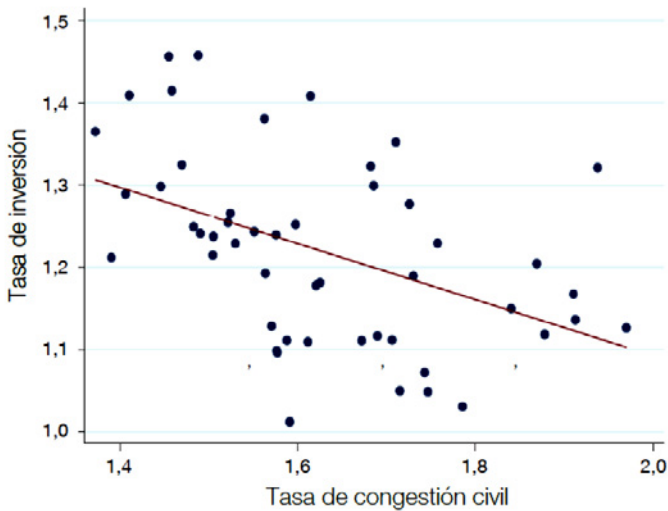
Por otro lado, la mejor práctica judicial lograría un incremento del 0,6 al 2,8% en el tamaño medio de las empresas españolas. Si lográramos que las provincias en el tono azul oscuro del gráfico 1 se parecieran a las provincias con tono azul claro, el tamaño medio de las empresas podría ser más grande. Esto tendría efectos en la inversión en I+D y en la productividad.

Este mismo razonamiento (aunar a las provincias en la mejor práctica y rendimiento) nos podría llevar a disfrutar de un incremento de la tasa

de entrada de emprendedores de entre un 5% y un 7%. Más emprendimiento implica más servicios, más bienes y más competencia en favor de los ciudadanos.

Otro ejemplo de los efectos que puede tener un mal (o buen) funcionamiento de la justicia lo resume el gráfico 5. Las empresas localizadas en las provincias españolas en las que ha habido más congestión judicial han invertido relativamente menos. El gráfico muestra un punto por cada provincia y puede observarse que, a mayor congestión, la inversión del promedio de las empresas de esa provincia es inferior si la congestión fue más alta.

Gráfico 5. Relación entre la inversión empresarial y la congestión judicial en España (promedios provinciales)



Fuente: Mora-Sanguinetti (2021), Mora-Sanguinetti (2022a) y Dejuán y Mora-Sanguinetti (2021).

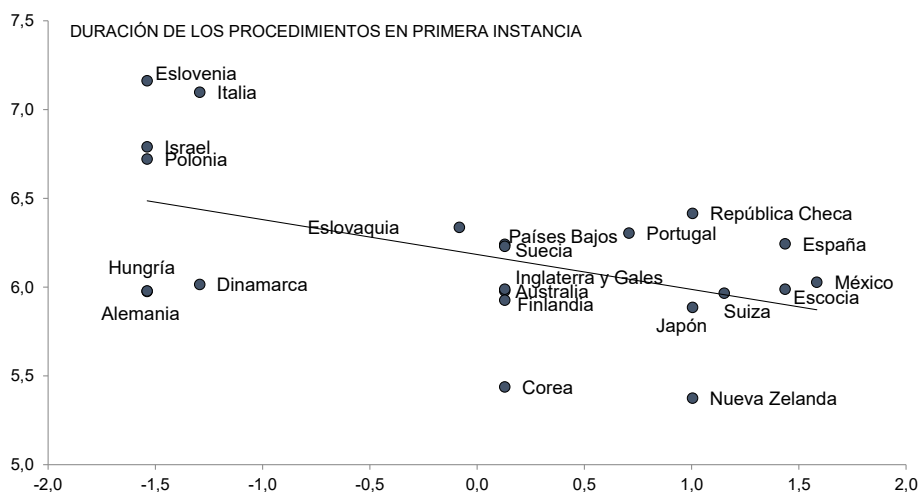
¿QUÉ SOLUCIONES SON POSIBLES?

Si todo lo anterior es cierto, es decir, que hay áreas de mejora en la justicia española (al menos, internamente) y que el buen funcionamiento de la justicia tiene unos impactos muy importantes sobre el bienestar y el desarrollo económico, parece necesario plantearse cuáles son las estrategias adecuadas para su fortalecimiento y mejora.

Si bien el presupuesto invertido en justicia en España podría ser comparable al del resto de países europeos o de la OCDE, cabe afirmar que el perfil de la inversión ha sido tradicionalmente distinto. Es necesario que primemos la *digitalización*. La experiencia internacional avala la efectividad de la tecnificación de la justicia. Los países que, gracias a la digitalización y a la estadística judicial, han sido capaces de identificar tempranamente los casos problemáticos (más difíciles de resolver) dándoles un tratamiento adecuado, son aquellos que han reducido de forma más clara la duración de los procedimientos en primera instancia (véase el gráfico 6).

Por otro lado, hay que potenciar la utilización de los *mecanismos alternativos de resolución de controversias*, como la mediación, el arbitraje o la conciliación (los denominados «ADR-*alternative dispute resolution mechanisms*» en inglés). Finalmente, no debe renunciarse a un pensamiento pausado sobre las *tasas judiciales* (respetando lo establecido por el Tribunal Constitucional) y la experimentación con *nuevos criterios de imposición de costas* (como ha ocurrido, con resultados interesantes, en la jurisdicción contencioso-administrativa).

Gráfico 6. Identificación temprana de casos problemáticos

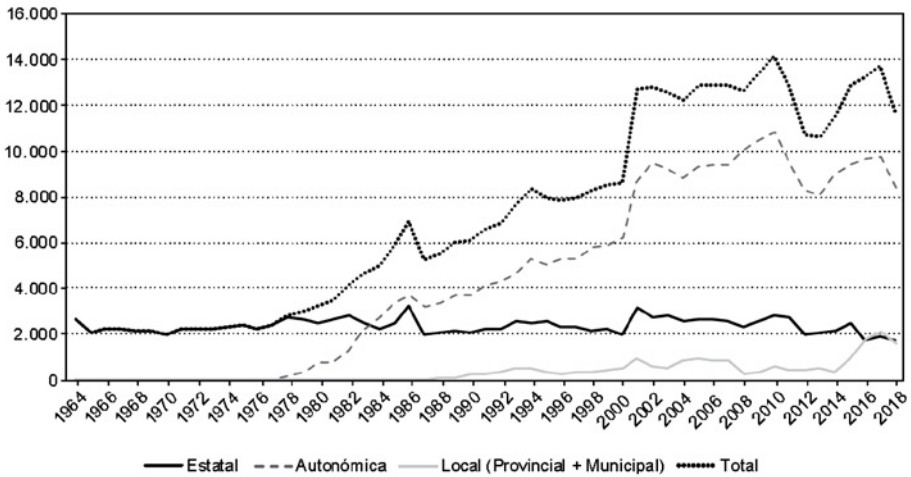


Fuente: Palumbo *et al.* (2013) y Mora-Sanguinetti (2022a).

OTRA POSIBLE MEDIDA: LA REDUCCIÓN DE LA COMPLEJIDAD DE LA REGULACIÓN

Los datos nos permiten conocer también la realidad de la «complejidad» *del marco normativo español* (véase Mora-Sanguinetti 2022b). Sabemos que, en cuanto al volumen de normas, España (el conjunto de todas sus Administraciones) publicó 414.272 normas entre 1979 y 2022 (véase el gráfico 7). También sabemos que la aprobación de normativa se ha cuadruplicado desde 1978 (por ejemplo, en 2022 el conjunto de administraciones españolas aprobó 11.775 normas nuevas). Si comparamos las distintas Administraciones, *son las CCAA las Administraciones más activas* a la hora de aprobar nuevos textos legales.

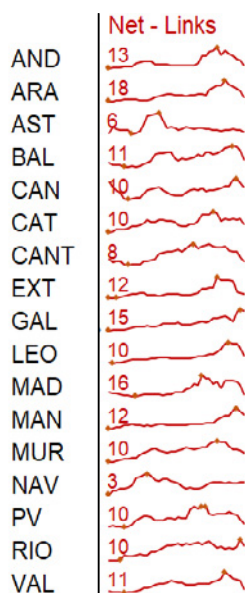
Gráfico 7. Número de normas aprobadas (desde 1964)



Fuente: Mora-Sanguinetti (2019).

Además, las normas españolas son cada vez *más complejas* desde un punto de vista «relacional» (véase De Lucio y Mora-Sanguinetti, 2022). Es decir, las normas cada vez hacen referencia a un mayor número de otras normas. Dicho de otra manera, sería necesario consultar un mayor número de textos legales para comprender el contenido completo de una ley. En media, las normas autonómicas realizan 11 referencias a otras normas (véase el gráfico 8).

Gráfico 8. Complejidad relacional de la normativa española.
Evolución por CCAA



Fuente: De Lucio y Mora-Sanguinetti (2022).

La complejidad de la normativa tiene efectos en el funcionamiento de la justicia. La *mayor complejidad en cuanto al volumen de normas se relaciona con una mayor conflictividad* (y, por tanto, con una mayor congestión judicial). Por otro lado, la complejidad relacional tiene *impactos negativos en la eficacia del sistema judicial*: una reducción en el 1% en el número de enlaces se relacionaría con una reducción del 0,02% en la congestión de la justicia (véase De Lucio y Mora-Sanguinetti, 2022).

Cabe recordar que, desde un punto de vista económico, ese mayor volumen de normas se relaciona, además negativamente, con el volumen total de empresas en España: un incremento del 1% en el volumen de normativa se relaciona con 0,05% menos empresas (véase Mora-Sanguinetti y Pérez-Valls, 2021).

Todas las medidas que se tomen para mejorar nuestro marco institucional podrían no ser suficientes ni perdurables si no se aborda una reforma de base: la *mejora de la confianza* en la sociedad española. Es decir, necesitamos invertir en «capital social» y en educación.

Exceso de recursos judiciales y déficit de tutela

Eva Desdentado Daroca

He leído con gran interés los datos y conclusiones que nos proporciona la ponencia sobre el funcionamiento de nuestro sistema judicial, pues se trata, sin duda, de una cuestión medular. Como indica el propio ponente, de nuestro modelo de justicia depende la adecuada solución de conflictos, la eficaz protección de derechos y libertades y el avance económico de nuestra sociedad. La ponencia ofrece datos que sitúan a España en una posición media entre los países de nuestro entorno en términos de lentitud, coste y predictibilidad y también señala algunos aspectos que podrían mejorarse teniendo un impacto positivo en diversos ámbitos (vivienda, emprendimiento, dimensión de las empresas...). Entre esos aspectos se señalan la complejidad regulatoria, el volumen normativo, la mejorable práctica judicial y la congestión.

Todos estos datos y aspectos son relevantes y merecen sin duda atención, pero ¿cuál es el balance final sobre la eficacia del sistema? y ¿cuál es el nivel de satisfacción del usuario de la justicia?

Ambas (eficacia y satisfacción) son cuestiones esenciales, pues los costes solo pueden justificarse en esos términos, se sitúen o no en la media de los costes de la justicia de los países de nuestro entorno.

En el debate posterior a la exposición de la ponencia, se aludió a un problema adicional de nuestro modelo: el exceso de tutela judicial debido al exceso de recursos. Se trata de una idea interesante y seguramente acertada en muchos ámbitos, lo que apunta a la existencia de costes injustificados o desproporcionados que, sin duda, habría que corregir.

Sin embargo, en ocasiones, ni siquiera se produce una correlación entre exceso de recursos y exceso de tutela, siendo ello aún más preocupante desde la perspectiva de la justificación de los costes.

En efecto, a veces tiene lugar simultáneamente un exceso de recursos y un déficit de tutela, con la consiguiente insatisfacción del usuario de la justicia y el evidente despilfarro de tiempo y medios.

Esto es precisamente lo que está ocurriendo, en mi opinión, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la reforma del recurso de amparo y la posterior reforma del recurso de casación. Ambos recursos tienen ahora, como objetivo primordial, el establecimiento de doctrina, por lo que solo se accede a ellos si concurre especial trascendencia constitucional del asunto, en el primer caso, o interés casacional objetivo del recurso, en el segundo.

Ninguno de estos recursos vela ya por la protección de los derechos fundamentales en sí, pues la mera vulneración del derecho fundamental no es llave adecuada para abrir sus puertas. A ello hay que añadir que la tasa de inadmisión de estos recursos es extraordinariamente elevada, estando habitualmente por encima del 95%.

Ante este escenario, el ciudadano puede hacer uso del incidente de nulidad de actuaciones (un recurso extraordinario), pero este incidente lo resuelve el mismo órgano judicial que dictó la sentencia que el ciudadano cuestiona y que supuestamente generó la lesión del derecho fundamental. Es lógico esperar que el órgano judicial que dictó la sentencia supuestamente lesiva no cambie de criterio y, ciertamente, el nivel de inadmisiones o desestimaciones de los incidentes de nulidad es también muy alto y similar al de las inadmisiones de los recursos de casación y de amparo.

En definitiva, el ciudadano cuenta con un número de recursos nada desdénable para defenderse frente a una sentencia que vulnere sus derechos fundamentales o no repare lesiones anteriores ocasionadas por la Administración, pero, aunque agote todo el largo itinerario de recursos (casación, incidente de nulidad, amparo), sus posibilidades de lograr una adecuada protección de sus derechos fundamentales y, en su caso, una eficaz reparación de las lesiones sufridas, son ínfimas.

El exceso de recursos y el déficit de tutela desgraciadamente pueden ir de la mano. El análisis coste-beneficios del sistema de recursos es esencial para su reforma y, desde luego, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo urge la mejora de los recursos para la protección efectiva de los derechos fundamentales. Difícilmente puede entender el afectado que el derecho que se le ha lesionado se encuentre entre aquellos a los que la Consti-

tución otorga mayor relevancia y que el sistema judicial le ofrezca tan escasas posibilidades de éxito tras la interposición de tantos recursos y el consumo de tanto tiempo y dinero. Y, más allá del afectado, difícilmente puede aceptar la sociedad en su conjunto un sistema de recursos tan ineficaz y un balance coste-beneficios tan inadmisibles en un ámbito tan relevante de nuestro sistema de justicia y nuestro modelo constitucional: la protección de nuestros derechos fundamentales.

III. PLURALIDAD Y COORDINACIÓN

Pluralismo jurisdiccional: grandeza y desventaja de la justicia europea

Santiago Soldevila Fragoso

El pluralismo legislativo y, su consecuencia, judicial, ha provocado el *solapamiento* de los sistemas jurídicos nacional, supranacional e internacional existentes en Europa. La decidida voluntad del legislador europeo de reforzar los derechos civiles de los ciudadanos y la independencia de sus tribunales, dota, sin duda alguna, de una *gran riqueza* al conjunto de la normativa europea, pero al mismo tiempo genera tensiones e interacciones de sus más altos tribunales que pasamos a analizar.

La situación de Europa es justamente la contraria a la que Alexis de Tocqueville constató respecto de los Estados Unidos: un espacio territorial limitado en el que, aunque conservando importantes principios comunes, se superponen diferentes y ancestrales culturas, en muchas ocasiones enfrentadas, que, con un alto grado de desarrollo, proyectan sus coincidencias y desencuentros en sus principios organizativos y, en la medida en que nos afecta, en sus sistemas jurídicos. El pluralismo es pues, con su riqueza y dificultad, *un elemento inherente a la construcción europea* y así lo señala el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

En este contexto debe destacarse la *coexistencia* de los Estados nacionales, titulares de la soberanía, dotados de Constituciones propias que como normas supremas internas son interpretadas por sus tribunales ordinarios y constitucionales, junto con las dos organizaciones internacionales en las que se integran dichos Estados y que obedecen a principios organizativos y finalidades distintas.

Por una parte, el *intergubernamental Consejo de Europa* focalizado en la defensa de los derechos fundamentales y la democracia como sistema político, que tiene al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio), como el instrumento de mayor penetración y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como supremo intérprete del mismo.

Por otra parte, el proyecto *federal no culminado* de la *Unión Europea*, que, centrándose inicialmente en la consecución de un cohesionado y potente mercado interior, ha asumido plenamente los valores y objetivos del Consejo de Europa y de manera progresiva un importante aumento general de sus competencias a costa de los Estados respectivos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) opera como supremo intérprete del Derecho de la Unión.

A todo esto debe añadirse la fallida iniciativa de cumplir con el mandato impuesto por el artículo 6.2 del TUE, que impone a la Unión su adhesión al Consejo de Europa. Este intento fallido, debido esencialmente al adverso dictamen 2/2013 de 18 de enero de 2014 del Tribunal de Justicia, aumenta el grado de complejidad e indefinición en la protección de los derechos en el ámbito europeo.

Este entramado ha generado *tensiones entre los distintos tribunales implicados*, celosos de su condición de «supremos», que en mi opinión son el reflejo de un paradójico debate que, en principio, debe *resolverse a favor el Tribunal de Justicia*.

En efecto, si bien desde un punto de vista formal los altos tribunales nacionales de los Estados miembros soberanos son los llamados a definir, por esa misma razón, el contenido de los derechos y a garantizar el mantenimiento de su orden constitucional interno, desde un punto de vista material es el *Tribunal de Justicia el que se impone a todos ellos mediante la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión*. Dicho principio garantiza la existencia de una organización europea cohesionada, condición indispensable para ser tratada como un actor respetado en el concierto internacional. Otra cosa es la crítica que puedan formularse a la manera y tiempos en las que se desarrolla la concreta actuación del Tribunal de Justicia.

La paradoja se consume cuando los Estados miembros mantienen el principio de primacía sin cuestionarlo legislativamente y, al mismo tiempo, algunos de ellos alientan la resistencia de sus tribunales nacionales frente a la «colonización» por el Tribunal de Justicia.

A esta complejidad se añade el lenguaje empleado generalmente por los operadores jurídicos, que hablan de «legislación multinivel» para referirse a la coexistencia de ordenamientos jurídicos diferenciados y también del «diálogo

de tribunales» concepto esbozado en 1978 por el comisario de gobierno francés Bruno Genevois, para referirse en realidad a la cooperación leal que es exigible entre los órganos judiciales implicados.

Particularmente abogo por el uso de la versión menos ampulosa de «cooperación leal», vigente desde el Tratado CECA y en la actualidad mencionada en el artículo 4.3 del TUE, como técnica de integración del «pluralismo legislativo», concepto doctrinal acuñado por Neil MacCormick en 1999, que refleja de manera objetiva el *solapamiento* de los tres órdenes jurídicos mencionados.

SOBRE EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA

Mediante el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, dicha organización garantiza la *autonomía* de su ordenamiento jurídico o lo que es lo mismo su propia supervivencia. Se trata pues de un principio *irrenunciable* para la Unión Europea.

La consecuencia inmediata de su aplicación es el *desplazamiento de cualquier norma*, práctica o jurisprudencia nacional, sea cual sea su rango, incluso constitucional, *que impida la plena y uniforme aplicación del Derecho de la Unión*, tal y como lo interpreta el Tribunal de Justicia.

Ciertamente este principio básico y estructural no figura expresamente reconocido en los Tratados y su formulación se debe a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia iniciada con la Sentencia de 15 de julio de 1964 asunto *Costa Enel*, que se apoyó para ello en la fuerza obligatoria de los Reglamentos. Este principio junto con el de efecto directo de los Tratados instaurado por la Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos* 26/62, han permitido la creación de un *nuevo orden legal internacional*, que, en principio, ni reemplaza, ni absorbe el orden legal de los Estados miembros, limitándose a *coexistir* con ellos para dar respuesta a una nueva realidad que supera la clásica estructura del Estado-Nación. El TJUE se muestra muy contundente en su defensa, recordando que aquellos Estados que no compartan el ordenamiento jurídico de la Unión son libres para abandonarla (sentencia de 10 de noviembre de 2018, asunto *Wightman* C-621/18, apartados 62 y 63).

EL CONFLICTO CON LOS ALTOS TRIBUNALES NACIONALES

El Derecho de la Unión sólo puede hacerse efectivo en los Estados miembros por medio de la *colaboración* con sus tribunales nacionales, que son los

que lo aplican. Si bien la pacífica aplicación de la jurisprudencia del TJUE puede calificarse como la práctica habitual, no puede obviarse la *existencia de zonas de fricción* entre los tribunales nacionales de los Estados soberanos, tanto ordinarios como constitucionales y el TJUE, como consecuencia de la aplicación por éste del principio de primacía que va *en correlativo aumento con el incremento de competencias de la Unión*.

La controversia inicial auspiciada por el Tribunal Constitucional alemán en la Sentencia de 29 de mayo de 1974 *Solange I*, sobre el deficitario tratamiento de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia está conceptualmente superada, sin perjuicio de discrepancias concretas en la interpretación de los derechos fundamentales. Ello se debe, esencialmente, a la asunción por el TJUE de lo reclamado por dicho Tribunal y, fundamentalmente, por la entrada en vigor de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta) el 1 de diciembre de 2009. El mismo Tribunal plantea, desde la firma del Tratado de Maastricht, un nuevo desencuentro debido a los eventuales excesos competenciales del TJUE al interpretar el Derecho de la Unión. Frente a ello se argumenta que, siendo la ratificación de los Tratados un acto de Derecho Nacional, corresponde a los tribunales nacionales verificar los excesos *ultra vires* que pueda cometer el TJUE (Sentencias de 12 de octubre de 1993 *Maastricht*, de 30 de junio de 2009 *Lisboa*, de 6 de julio de 2010 *Honeywell* y de 5 de mayo de 2020 *PSPP*).

En todo caso, el artículo 4.2 del TUE opera como un contrapeso al principio de primacía, al *exigir a la Unión el respeto a la identidad nacional de los Estados*, inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales. La dificultad estriba en dotar de contenido al concepto «identidad nacional», sin olvidar que se trata de un concepto autónomo de la Unión cuya interpretación final corresponde al TJUE, ciertamente en colaboración con los tribunales nacionales mediante el procedimiento de la cuestión prejudicial

Por otra parte y en la misma línea limitativa del principio de primacía hay que destacar las reiteradas apelaciones del TUE, singularmente sus artículos 6 y 51.1, al respeto estricto del *principio de subsidiariedad* y a la *atribución de competencias* de acuerdo con los Tratados.

PODER JUDICIAL ESPAÑOL Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

Contrariamente a lo que se ha afirmado, *España ha sido uno de los países que con mayor rapidez asumió su posición de colaborador con el TJUE* en la aplicación del Derecho Europeo, pues la primera cuestión prejudicial española

fue planteada por el Tribunal Central de Trabajo el 21 de marzo de 1986, es decir antes de los tres meses de ingresar en las Comunidades Europeas, dando lugar a la sentencia de 29 de septiembre de 1987, asunto *Giménez Zaera C-126/86*.

Los órganos judiciales de primera instancia, especialmente en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, se muestran en la actualidad *especialmente activos en el planteamiento de cuestiones prejudiciales* fruto de una mayor formación en Derecho Europeo de los jueces, materia que durante décadas fue tratada como un asunto marginal por el Consejo General del Poder Judicial. Por el contrario, en el Tribunal Supremo (TS) la recepción del Derecho Europeo *no tuvo inicialmente la misma intensidad que en los tribunales inferiores*.

Resulta indudable que la pertenencia a la Unión Europea *ha supuesto un cambio sustancial en la posición y función del TS*, pues la progresiva aparición de normativa europea interpretada por el TJUE le impone una *doble carga* que *desnaturaliza* su función tradicional como tribunal de última instancia. Por una parte, está obligado a *garantizar la aplicación de la jurisprudencia del TJUE* y con ello servir de referencia a los tribunales inferiores. Por otra parte, con mayor responsabilidad que los jueces inferiores, debe velar por la *defensa del principio de identidad nacional y por el estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales*, cuando se enfrente a una jurisprudencia del TJUE lesiva del mismo desde la óptica nacional.

No se conocen interpelaciones del TS al TJUE en el sentido indicado y, antes, al contrario, se observa una agria polémica con las *jurisdicciones inferiores que eluden la aplicación de la jurisprudencia del TS mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales* que en muy buena medida encuentran acogida favorable en el TJUE. Esta situación provoca una sensación de *desautorización y de falta de legitimidad del TS altamente preocupante*.

Destacados magistrados del TS reclaman la posibilidad de intervenir en el procedimiento de cuestión prejudicial planteado por un juez de rango inferior, a los efectos de ilustrar al TJUE sobre los aspectos nacionales de la cuestión debatida. No es posible tal medida *sin desnaturalizar el procedimiento de cuestión prejudicial*, que se concibe como un instrumento de cooperación entre el juez proponente de la misma y el TJUE, cuya misión es la de proporcionar al juez proponente una respuesta útil que versa exclusivamente sobre la interpretación del Derecho de la Unión aplicable en ese caso concreto. Por otra parte, tal actuación iría en menoscabo de la independencia del juez proponente de la cuestión.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Tribunal Constitucional (TC) tiene asignada por la Constitución la posición de mayor rango, tanto para la determinación del *contenido esencial de los derechos fundamentales*, como para la concreción de lo que debe entenderse por la expresión del artículo 4.2 del TUE «*identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados*». Por ello su relación con el TJUE es *singular* y en todo caso necesaria, descartando el «autismo constitucional» inicial.

Existe un cierto consenso en afirmar que, tras la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y la progresiva asunción de competencias por la Unión Europea, se ha producido una auténtica *mutación constitucional* que, en realidad, *ha privado al TC de su condición de supremo intérprete de la Constitución*, pues la misma queda *mediatizada por la intervención del TJUE cuando interpreta el Derecho de la Unión* cada vez más unido al Derecho Nacional.

La única vía legal para que el TC pueda hacer valer sus puntos de vista ante el TJUE es el planteamiento de cuestiones prejudiciales, pero al hacerlo el TC debe asumir que queda *vinculado* por la respuesta del TJUE.

La imposibilidad de comparecer ante el TJUE en las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales puede obligar al TC a intervenir posteriormente y con ocasión de otro procedimiento.

A este respecto debe subrayarse que las sentencias en materia de cuestiones prejudiciales *no tienen efecto de cosa juzgada*, por lo que el TC puede someter al TJUE la *reconsideración* de una sentencia dictada ante una petición de un juez nacional ordinario. El TJUE tiene el criterio de admitir las peticiones de reconsideración de su jurisprudencia cuando existan dificultades para la interpretación de sus sentencias, se ofrezcan nuevos argumentos, se plantee una cuestión nueva o se trate de revisar una jurisprudencia antigua.

No obstante, la complejidad y trascendencia de la concreción del principio de *identidad nacional* y la inevitable *vis expansiva inherente a la interpretación de los derechos* reconocidos por la Carta, aconsejan que el TJUE *extreme la prudencia y evite soluciones radicales*, buscando fórmulas de *integración*.

La contención del TJUE y la cooperación leal del TC es la fórmula adecuada pues para limar los eventuales conflictos. Resulta particularmente relevante que el TC asuma con normalidad el uso de la cuestión prejudicial, superando los desencuentros recíprocos causados por la sentencia *Melloni*. *Es exigible al TJUE que realice desarrollos más profundos y menos rígidos de cuestiones fundamentales* como las que le fueron planteadas en ese caso,

mientras que el TC debe entender que *la consecuencia natural del planteamiento de la cuestión prejudicial es asumir la resolución del TJUE*. Un desencuentro sistemático en este punto, por más que pueda llegar a justificarse en el caso de los excesos *ultra vires*, conduce a la indeseable consecuencia apuntada en la sentencia *Wightman*, es decir, a la salida de la Unión.

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Aunque la adhesión de la UE al Convenio es reclamada de manera abrumadora por la doctrina, la misma sigue despertando recelos en el TJUE en la medida en que *pueda suponer que el TEDH materialmente fije la interpretación del Derecho de la UE*. A ello se añade la *escasa confianza* que despierta la intervención de jueces de Estados con dudosa credibilidad democrática, dieciocho de ellos ajenos a la Unión Europea, que pueden incluso enjuiciar los Tratados, lo que no puede hacer el TJUE.

Ciertamente la falta de adhesión al Convenio supone un relativo incumplimiento del artículo 6 del TUE, en la medida en que dicho artículo no fija fecha para el acatamiento de dicho mandato. Sin embargo, esa omisión paradójicamente produce justamente los efectos que el TJUE quiso evitar con su dictamen 2/2013, esto es, que el *TEDH se pronuncie sobre el ajuste del Derecho de la Unión al Convenio sin un previo pronunciamiento del TJUE*.

En todo caso se trata de un mandato que debe cumplirse y cerrar de ese modo las relaciones entre el TEDH y el TJUE. A la espera de tal decisión, los artículos 52.3 y 53 de la Carta operan como mecanismo de relación entre ambos Tribunales, *garantizando que en el ámbito de la Unión el estándar de protección será, como mínimo, el del Convenio*. Sin embargo, las sentencias del TJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni C-399/11* y *Akerberg Fransson C-617/10* imponen de manera taxativa breve y concisa, los efectos del principio de primacía sobre la posibilidad de una protección suplementaria que comprometa la aplicación del Derecho de la Unión.

La rígida posición del TJUE y la respuesta del TC en su STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, ignorando la fuerza vinculante de la sentencia del TJUE, son el perfecto ejemplo de un peligroso desencuentro.

Desde otra perspectiva, la posición de juez nacional en relación con el TEDH se ve comprometida en situaciones como la descrita en la sentencia *Matthews* antes citada, esto es, cuando aplica una normativa nacional que es el resultado de la transposición de normativa europea sin margen de apreciación y el resultado es una lesión del Convenio. El TJUE se *desentiende* de este

problema. Lo razonable en esos casos es el planteamiento de una cuestión prejudicial y forzar del TJUE un razonamiento más conciliador.

Finalmente debe destacarse la existencia del Protocolo 16, que la doctrina denomina «el protocolo del diálogo», que regula la posibilidad de planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TEDH por los Altos Tribunales nacionales. España no ha firmado aún ese Tratado por lo que la cuestión carece de relevancia práctica en España.

REFLEXIÓN FINAL

Como reflexión final, tres observaciones: la *prudencia* en la actuación de las más altas instancias judiciales, el reconocimiento por las mismas de su posición *subordinada*, aunque vigilante ante el TJUE, unida a una específica e intensa *formación* en Derecho de la Unión por parte de las autoridades judiciales nacionales, son las vías adecuadas para afrontar con una cierta esperanza los *conflictos* que cada vez van a ir apareciendo con mayor intensidad.

Pluralismo legal en el contexto de la dinámica expansiva de la Unión Europea

Andrés Betancor

Cuando hablamos del pluralismo legal tenemos que precisar, en primer lugar, de qué estamos hablando, máxime cuando añadimos el contexto en el que se produce: el de la Unión Europea.

El pluralismo legal supone que hay una variedad de fuentes de creación de normas que, además, interactúan, usualmente, de manera conflictiva. Porque es imposible que, siendo limitado el ámbito subjetivo y objetivo, y habiendo una multiplicidad de normas, no se produzca, en un momento determinado, un conflicto, de ahí la necesidad de establecer reglas para resolverlo.

Inmediatamente tenemos que precisar una distinción esencial entre pluralismo interno y externo a un ordenamiento jurídico. En el primer caso, el conflicto normativo se denomina antinomia, mientras que, en el segundo, de conflicto entre ordenamientos.

Las antinomias se resuelven según las reglas tradicionales de jerarquía, tiempo (cronológico), especialidad y competencia, mientras que el conflicto entre las normas de distintos ordenamientos, se ha de solventar conforme a las del Derecho internacional. La singularidad del contexto institucional propio de la UE determina que el conflicto ni se resuelva conforme a las reglas del primero, ni tampoco, de las del segundo.

La singularidad institucional de la UE está plasmada en los Tratados instituyentes, el TUE y el TFUE. Los Tratados parten de dos pilares esenciales: el primero, que la Unión es una organización internacional y, el segundo, que dicha organización crea su propio ordenamiento jurídico sobre la base de las competencias que recibe (atribución) de los Estados. Son, en consecuencia, los instituyentes de una organización internacional con capacidad (competencia)

para crear un conjunto normativo al que quedan sujetos los Estados, porque así lo han decidido, soberanamente, los propios Estados.

La UE es algo más que una organización internacional al uso, pero menos que un Estado. Es más que una organización internacional por sus competencias, sus normas, así como por la organización interna encargada de su aprobación y aplicación, en particular, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es menos que un Estado porque carece de soberanía. Pero la principal singularidad es de índole dinámica: la UE ejerce unas competencias, pero en unas condiciones tales que disfrutan, fruto del juego del principio de atribución y de subsidiaridad, de un carácter expansivo a costa de la soberanía de los Estados.

El conflicto normativo es, por consiguiente, inevitable. Aquí se plantean dos interrogantes, uno micro y otro macro. El primero, el micro, se refiere al específico conflicto entre normas que habrá de resolverse estableciendo reglas que permitan encontrar una solución en cada caso concreto. Es el ámbito del principio de primacía que tiene dos dimensiones, por un lado, la de la aplicación preferente de las normas de la UE y, por otro, la de que, de existir algún conflicto, las normas de la UE desplazarían a las de los Estados.

En cambio, el segundo, nos enfrenta, desde la perspectiva «macroscópica», al interrogante de cuál será el resultado final de la dinámica expansiva de la UE y la permanente tensión con la soberanía de los Estados. Hoy, como ha quedado dicho, la UE es más que una organización internacional pero menos que un Estado. ¿Podría convertirse en un Estado, por ejemplo, federal o confederal? Sería posible, ciertamente, si así lo acordasen los Estados. Los Estados Unidos de Europa son posibles, pero, a mi juicio es poco probable y, además, me atrevo a considerar que sería poco deseable.

La UE ha evolucionado desde un modesto acuerdo sobre el carbón y el acero, a la presente Unión, pasando por la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica a la Unión Europea, pero está muy lejos de ser un Estado porque falta la base asociativa esencial para su alumbramiento: la diversidad social es tan grande, como expresa o manifiesta la diversidad idiomática, que hace muy difícil (no quiero afirmar que imposible) establecer los vínculos empáticos que caracterizan a las naciones.

Aunque las coordenadas del Estado-nación están en crisis y en revisión, el Estado, como organización, sigue soportado por un conjunto de ciudadanos que comparten algo más que valores: unos sentimientos de fraternidad que hacen posible una red de «hermandad» con aquellos que integran el «nosotros». El idioma es importante para trenzar la comunidad fraternal porque es el artífice de los sentimientos.

El artículo 1 TUE establece que «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.» Pero se añade que «estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.» Y en términos parecidos, el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

La Unión se fundamenta en unos valores, pero esto no la constituye en una comunidad de personas unidas por lazos de fraternidad que alumbrar unos sentimientos de afecto, de fraternidad y de hermandad que define el «nosotros». No hay un «We the people», como en el preámbulo de la Constitución de Estados Unidos. Compartir valores, no constituye un nosotros.

Que la UE no sea un Estado, ni, incluso, lo pretenda, es una gran ventaja. Al no existir Estado, y, por lo tanto, un poder con capacidad de imponer aquello que identifica el interés común, incluso en los Estados más descentralizados o federales, es aún más imperioso encontrar el punto de confluencia de todos los Estados que la integran, el denominado interés de la Unión, lo que obliga a una permanente negociación en la que participan, en igualdad, todos los Estados, en todos los ámbitos (gubernamental y legislativo), bajo el impulso de la Comisión.

La permanente negociación, sin un actor con poder para imponerse a los demás, flexibiliza la aproximación a los asuntos y las soluciones que, al pretender ser adecuadas a una realidad tan diversa, pueden ser, de manera cambiante según los asuntos y los contextos, excesivas para unos y limitadas para otros. El resultado final, considerado globalmente, es el avance, el progreso. La UE de hoy es más avanzada que la de hace 10, 20, 30 o 40 años. Puede haber quejas en cuanto a la rapidez, pero no en cuanto a la dirección.

Nos encontramos con una organización internacional que disfruta de una dinámica expansiva a costa de la soberanía nacional pero que, paradójicamente, está gestionada por los Estados en un proceso de negociación permanente. Una dinámica dentro de otra dinámica en un proceso que empuja no hacia la construcción de una realidad estatal, según los cánones usualmente conocidos, sino a una suerte de organización jurídico-política que podría estar anticipando un futuro post-estatal, alrededor ya no de la nación, sino de individuos (cada vez más individualizados).

Sin embargo, surge el reto más relevante con el que se enfrenta la Unión: la democracia. Los Estado-nación podrán desaparecer, pero no los individuos, las personas, salvo retrotrayéndonos a la noche más oscura de la Historia, a la

anterior al humanismo y a la de la libertad individual. No es un accidente que, con la misma intensidad con la que se ha defendido a la persona, el más importante descubrimiento de la Historia de la Humanidad, se ha perseguido, desde los Románticos, los nacionalistas y los Populistas, pasando por Nazis-Fascistas y Comunistas, para diluirla en un sujeto superior llamado pueblo o nación. El reto de la UE es el cómo hacer posible, al mismo tiempo, una pérdida de soberanía nacional, con una protección de la persona y sus libertades. Es significativo, a estos efectos, que sean los derechos fundamentales el ámbito de la máxima tensión entre la soberanía, desfalleciente, y la expansión europea, fortalecida. Se pone de manifiesto el enorme problema de legitimación de la UE precisamente por el déficit en relación con ese individuo y sus libertades. O tecnocracia o democracia, este es el auténtico dilema.

IV. CONTROL

El control judicial de la Administración: un apunte sobre algunas cuestiones problemáticas

Germán Fernández Farreres

En esta ponencia se llama la atención sobre algunas cuestiones problemáticas en la aplicación del sistema legal previsto para el control judicial de la Administración.

El sistema de justicia contencioso-administrativa vigente, sin perjuicio de que sea susceptible de mejoras y perfeccionamientos, *resulta suficiente y adecuado para dar cumplimiento a la exigencia constitucional* de que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la Administración, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (artículo 106.1 CE). E. García de Enterría, en uno de sus últimos libros¹, ya concluyó que, tras un largo y costoso proceso histórico, habíamos alcanzado una «jurisdicción contencioso-administrativa plena». Se trata, por lo demás, de una constatación generalizada y plenamente reconocida por todos.

Traigo a colación conclusión tan firme y segura no sólo por la indudable autoridad de quien la hizo, sino porque, alcanzado ese logro, lo que ahora interesa es atender al *uso que los jueces administrativos vienen haciendo del poder que la ley les otorga*. A ello me refiero seguidamente de manera muy selectiva y restringida, sin perjuicio de que también se añadan algunas consideraciones finales sobre algunas de las reformas que en los últimos años se han llevado a cabo y sobre otras que de inmediato deberían acometerse.

¹ Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?, Civitas, 2007.

LEGITIMACIÓN ACTIVA

El *requisito de la legitimación* para acceder a la jurisdicción merece una especial atención. La interpretación y aplicación que del mismo viene manteniendo la Sala Tercera del TS está suponiendo que asuntos de cierta relevancia política, a pesar de no estar formalmente excluidos del control judicial, de hecho terminen gozando de *total inmunidad*.

Recordaré algunos pronunciamientos recientes que lo prueban.

1) *Los indultos de los condenados en el juicio del procès.*

La rotunda negación de que los fines estatutarios y la actividad desarrollada por las correspondientes entidades asociativas les confiera un interés legítimo para recurrir determinados actos y decisiones del Gobierno, ya que, en otro caso, el interés legítimo se confundiría con un mero «interés por la legalidad», *ha determinado que la legalidad de los indultos a los condenados en el llamado «juicio del procès» no haya podido ser revisada judicialmente*. Para la Sección Quinta de la Sala Tercera del TS (varios Autos de 22 de febrero de 2022), ninguno de los sesenta recurrentes (desde una persona individual y *ex* Delegado del Gobierno en Cataluña, a diversas asociaciones ciudadanas; desde grupos de personas en su condición de diputados del Parlamento de Cataluña en el momento de la comisión de los delitos y que obtuvieron del Tribunal Constitucional la declaración de haberse vulnerado sus derechos fundamentales, a algunos partidos políticos, incluido el partido que ejerció la acusación popular en el juicio que concluyó con la condena) estaban legitimados para cuestionar la adecuación a Derecho de los indultos otorgados. Sólo, pues, los propios condenados indultados podrían haberlo hecho. Y para llegar a esa conclusión ni siquiera se ha requerido de una sentencia, como bien se advierte en el voto particular formulado.

2) *El «Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional».*

También la doctrina jurisprudencial ha llevado a inadmitir por falta de legitimación el recurso planteado por una asociación (Club Liberal Español) contra la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el «Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional», por cuanto, a juicio del TS, «el recurso tiene como finalidad la “defensa de la libertad” y lo cierto es que la autoatribución estatutaria no confiere legitimación» (STS 18 de octubre de 2021, rec. 361/2020).

3) *La impugnación del acuerdo del Consejo de Ministros contribuyendo a la financiación del despliegue de las autoridades marroquíes en sus actividades de lucha contra la inmigración irregular, el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos.*

Lo mismo cabe decir de la denegación de legitimación a las organizaciones no gubernamentales y a un particular que impugnaron el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba la aplicación del Fondo de Contingencia por importe de 30 millones de euros y la concesión de un suplemento de crédito en el presupuesto del Ministerio del Interior por la citada cuantía, con el objeto de contribuir a la financiación del despliegue de las autoridades marroquíes en sus actividades de lucha contra la inmigración irregular, el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos, por infracción de la legalidad presupuestaria. De nuevo recuerda el Tribunal que «por mucha amplitud que quiera otorgarse al concepto de “interés legítimo” al que se refiere el artículo 24 de la Constitución, como presupuesto para obtener la tutela judicial efectiva, no debe ser tanta como para que se confunda con el mero interés por la legalidad» (STS 23 de diciembre de 2020, rec. 386/2019). Y de nuevo surge la pregunta: *¿Quién puede entonces recurrir un acuerdo semejante?*

4) *El nombramiento del cargo de Fiscal General del Estado.*

La STS de 2 de noviembre de 2021 (rec. 76/2020), igualmente ha desestimado el recurso interpuesto contra el nombramiento del cargo de Fiscal General del Estado por falta de legitimación del recurrente (de nuevo un partido político). En esta ocasión, el subconsciente parece aflorar, ya que la sentencia desliza la siguiente afirmación: *no puede reconocerse a los partidos «una acción popular para impugnar “actos políticos”, respecto de los cuales el control judicial está limitado en los términos que establece el artículo 2.a) de la LJCA».*

Cabe destacar que, a modo de justificación última, el Tribunal no deja de puntualizar que «la conclusión que alcanzamos sobre la falta de legitimación del partido político recurrente, no [...] crea parcelas de inmunidad ajenas a nuestro control jurisdiccional, pues nuestra conclusión no es que el acto de nombramiento de la Fiscal General del Estado sea un acto exento o ajeno a nuestro control de legalidad. [...] Lo que decimos es que dicho nombramiento es recurrible, y como cualquier actuación que se recurre ante nuestra jurisdicción, debe ser impugnada por quien ostente la correspondiente legitimación». Lo que sucede es que, en esta ocasión, esa legitimación no se reconoce al único recurrente, ya que se trata de un partido político.

5) *Conclusión.*

Es posible que, en estrictos términos jurídicos, nada haya que reprochar a la doctrina de la Sala Tercera que cierra el paso a que los partidos políticos y otras entidades asociativas cuyos fines estatutarios persiguen la defensa de los valores propios del Estado de Derecho, puedan impugnar decisiones gubernamentales que, por su propio contenido, ninguna otra persona física o jurídica pueden recurrir por no quedar afectados directa o indirectamente sus derechos e intereses legítimos. Pero la realidad es que *el resultado al que se llega resulta insatisfactorio*. Por la vía de la *restricción de la legitimación, se consuma la inmunidad de algunas actuaciones gubernamentales*, lo que –insisto de nuevo– tal vez debiera llevar, de mantenerse esa doctrina jurisprudencial, a corregir el requisito legal.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas ha sido, y en cierta medida sigue siéndolo, una de las cuestiones más problemáticas. Aunque con la Constitución y la vigente Ley Jurisdiccional se ha puesto fin a la histórica situación que entregaba la ejecución a la propia Administración, en la práctica surgen dificultades que no siempre encuentran sencilla solución. Máxime cuando se llega a situaciones como la que aborda la STS de 22 de febrero de 2022 (rec. 7128/2020), que, al resolver el incidente de ejecución de las sentencias por las que se declaró la nulidad del Decreto 55/2007, de 10 de abril, de la Junta de Extremadura, que aprobó definitivamente un Proyecto de Interés Regional promovido por una entidad privada, ha acordado taxativamente que no concurre causa de imposibilidad material para que se proceda a la demolición de la totalidad de obras e instalaciones llevadas a cabo al amparo de dicho Proyecto.

Sin perjuicio de que resulte laudable la firmeza del Tribunal a la hora de garantizar la ejecución de sus decisiones, y aun cuando el propio legislador haya tratado de conciliar en parte los intereses de terceros afectados por las órdenes de ejecución en cumplimiento de sentencias (nuevo apartado 3 del artículo 108 de la Ley Jurisdiccional, incorporado por la disposición final 4.^a de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), lo cierto es que en algunos casos *la inoperancia de una justicia cautelar adecuada termina acarreando graves consecuencias*.

Una más decidida *aplicación de medidas cautelares* y una más rápida *resolución judicial* en este tipo de asuntos, *resulta absolutamente necesario, incluso imprescindible*, a fin de evitar que la restauración de la legalidad genere, a su vez, perjuicios –y no sólo económicos– tan deplorables.

DEFERENCIA JUDICIAL EN RELACIÓN CON LA DISCRECIONALIDAD

La deferencia de los jueces y tribunales en el *enjuiciamiento de la sujeción a Derecho de los actos y decisiones de los demás poderes del Estado es una realidad insoslayable*. También lo son, desde luego, las discrepancias que su práctica suscita, tanto en el seno de los propios tribunales, como entre quienes analizan y valoran sus decisiones. Incluso, las propias actitudes de los jueces son cambiantes, según los asuntos que enjuician. En ocasiones, la autocontención a la hora de enjuiciar a la Administración genera la oposición de algunos magistrados por estimar que el tribunal «abdicar» de la función de control que le corresponde; en otras, ante el mismo o cuando menos similar problema de fondo, consideran que la sentencia se extralimita, desconociendo la propia separación de poderes.

Se trata, en todo caso, de algo *difícilmente remediable, máxime cuando estamos ante el enjuiciamiento de decisiones y actuaciones presididas por la discrecionalidad*. Abierta la posibilidad de fiscalizar cualquier decisión de la Administración, todo pasa a depender de cómo se haga uso, de cómo se «administre», esa posibilidad. Quede hecha, pues, la advertencia –elemental, por otra parte–, aunque con frecuencia resulte incómoda, pues, *en unos casos, el control se extrema, mientras que en otros se queda corto. Con lo que el relativismo, o, si se quiere, la incertidumbre, termina por ser una realidad incontrovertible*.

En la jurisprudencia, en efecto, se encuentra de todo. Desde decisiones muy alabadas por considerarlas ejemplo del pleno sometimiento judicial del Gobierno y la Administración al Derecho, a otras –muchas más, desde luego– en las que *la descalificación judicial de las decisiones enjuiciadas termina asemejándose a un mero placebo*. En realidad, sirven de muy poco. Sólo para devolver el correspondiente asunto al Gobierno o la Administración a fin de que lo «vistan» con algún mayor esmero.

En particular, no otra cosa está sucediendo, en líneas generales, con la cuestión de los nombramientos de altos cargos del Gobierno y la Administración y de la propia Magistratura. Salvo muy contadas excepciones, el control judicial de tales nombramientos es *sumamente endeble*, al no contar con más

medios que el que depara el examen de la motivación. Y éste, inevitablemente, es limitado, tal como lo acreditan numerosos pronunciamientos (por todas, STS de 11 de junio de 2020, rec. 423/2018), sin perjuicio de que cuando se ha ido más allá, resurge la cuestión de la posible extralimitación judicial (caso, por ejemplo, del voto particular a la STS de 18 de abril de 2016, rec. 189/2015, que formulan nada menos que diez magistrados del Pleno de la Sala, en relación con el nombramiento del Presidente de un TSJ).

En suma, no cabe el engaño. Hay asuntos en los que *si la propia Ley no extrema las cautelas* frente a posibles desafueros del Gobierno y la Administración, cuando éstos se producen *el juez difícilmente podrá corregirlos*. Y cuando se aventure a hacerlo, la tacha de «activismo» judicial estará servida. Hace así también acto de presencia el riesgo del deslizamiento del Estado de Derecho al «Estado judicial» y lo que algunos dan en llamar «juristocracia», presentándola como una amenaza grave, extraordinariamente grave, para el sistema democrático y la separación de poderes. Aunque, claro es, según quién sea el afectado por el exceso y la «intromisión» judicial, de la crítica se suela pasar sin más al aplauso.

¿Qué cabe concluir? El control judicial de la discrecionalidad administrativa es necesario, pero también se enfrenta a límites que colocan a los jueces en muy difícil situación. Pues el control que se les encomienda no deja de ser un arma de doble filo. El juez queda irremisiblemente abocado a que, según decida, para algunos se pliegue al Gobierno y la Administración, mientras que, para otros, venga a extralimitarse, al adoptar decisiones que no le corresponden.

La intervención de la ley y la regulación normativa previa que acote más y mejor los márgenes de decisión administrativa –cuando sean necesarios reconocerlos– resulta a todas luces *imprescindible. Sólo ella puede –siquiera lo sea en parte– remediarlo.*

CONCLUSIONES

Concluyo con un par de consideraciones finales.

Primera. Encomendar a los jueces, como se ha hecho a raíz de la pandemia, que autoricen o ratifiquen las medidas que, dirigidas a destinatarios no identificados individualmente, adopten con arreglo a la legislación sanitaria las autoridades competentes en materia de salud pública y que impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, no deja de *convertir a los jueces en una especie de «coadministradores»*. Como ha reconocido implícitamente

la STS de 24 de mayo de 2021 (rec. 3375/2021), ahora más descarnadamente que nunca «juzgar a la Administración es también administrar». Y todo ello sin perjuicio de otro efecto colateral que esa atribución ha producido, ya que ha llevado a ampliar (artículo 15 del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo) el recurso de casación a los autos de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional que decidan sobre tales autorizaciones o ratificaciones, lo que difícilmente se concilia con la nueva configuración de la casación contencioso-administrativa.

Y segunda consideración. La doctrina de la STEDH de 30 de junio de 2020 (as. *Saqueti Iglesias v. España*), según la cual la sanción administrativa que, más allá de su calificación nominal, encubre una verdadera sanción penal que goza de la garantía que para las sanciones penales establece el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984 (es decir, de la garantía de que «la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior»), plantea el serio problema de la necesidad de *reconsiderar el reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales* para conocer en primera instancia de los recursos que contra las resoluciones sancionadoras de dicha naturaleza se interpongan o, en su caso, proceder a la *creación de otros nuevos órganos* (concretamente, a la creación de Salas de apelación en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional).

Ahora bien, tampoco cabe descartar que nada se haga y se mantenga la conclusión del TS de que el recurso de casación permite cumplir con la exigencia del Convenio (varias sentencias, entre ellas la del Pleno de la Sala de 25 de noviembre de 2021, rec. 8156/2020). Aunque será una mala solución. Más aún, como se afirma en el voto particular a dicha sentencia, es solución «incompatible con la letra y el espíritu del nuevo recurso de casación».

Diez tesis sobre la discrecionalidad

Andrés Betancor

La ponencia de Germán Fernández Farreres plantea uno de los temas más controvertidos del Derecho administrativo: la discrecionalidad administrativa. Está en el corazón mismo del poder de la Administración. Es tan necesaria (para la gestión de los asuntos públicos en atención a las circunstancias, pero también al interés general), como «peligrosa» para los derechos de los ciudadanos. Quiero exponer, a continuación, diez ideas centrales de la institución de la discrecionalidad administrativa.

Primera. La discrecionalidad es *elegir*; es elección que está en el núcleo mismo de todo poder. Poder es elegir, con una consecuencia, las decisiones son imperativas, o sea, vinculan al destinatario. La relevancia de la discrecionalidad radica en la consecuencia de la elección, la imperatividad, pero no podemos perder de vista que es elección.

Segunda. La elección, que está en el corazón del poder que está inserto en un Estado democrático de Derecho, *no es infinita, ni aún menos, libre*. Porque si la elección fuese infinita y libre, no habría Estado democrático de Derecho. En el caso específico de la discrecionalidad administrativa, que es distinta a la que disfrutan los otros poderes, los límites que soporta vienen impuestos por la Ley. La Constitución lo expresa con contundencia cuando dispone que la Administración está sometida de manera completa a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE) que es la consecuencia o plasmación del principio de legalidad (art. 9.1 CE).

Tradicionalmente, el principio de legalidad tiene dos dimensiones en relación con las funciones que presta al poder de la Administración. La primera es la relativa a la habilitación o atribución del poder a la Administración; y la segunda

es la de la delimitación del marco de elección de la Administración al ejercer el poder que la Ley le ha atribuido. Es esta última la que ahora nos interesa.

Tercera. El *marco de la elección discrecional* podrá ser más estrecho o más amplio, dependerá de lo que la Ley decida. Aun cuando se pueda reconocer lo que se denomina como la discrecionalidad débil, derivada del carácter abierto de las normas, es indudable que está en las manos del legislador reducir o ampliar el marco de la elección de la Administración. Cuanto más amplio sea, mayor será la discrecionalidad.

Cuarta. La elección, dentro del marco delimitado por la Ley, no se reduce a la decisión, al elemento volitivo, como tradicionalmente se ha afirmado. También *abarca todas las fases del proceso de ejercicio del poder o potestad*, o sea, desde la interpretación de la norma, a la decisión propiamente dicha, pasando por la calificación de los hechos. Ahora bien, por un lado, esto no quiere decir que la elección, su naturaleza y extensión, sea igual en todas y cada una de las fases. El margen del intérprete no es equivalente al que disfruta cuando decide sobre el fondo del asunto. Por otro, es usual negar la elección en el caso de los hechos. Sin embargo, en los casos «difíciles» nos encontramos con dificultades de prueba, de acreditación de los hechos; la realidad existe, al margen del observador, pero su prueba, a los efectos jurídicos, puede sufrir terribles dificultades, incluso, ser imposible. Y, por último, en el caso de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, se afirma que sólo hay una única realidad, unos únicos hechos. Es verdad, pero la calificación de estos hechos a los efectos de que encajen en la norma puede dar lugar a «realidades» distintas. El operador tendrá que elegir, véase, en última instancia, las dificultades que encierra el ejercicio de la función jurisdiccional.

Quinta. En la fase, específicamente, volitiva, se ha considerado tradicionalmente que, dentro del marco delimitado por la Ley, hay una elección entre «indiferentes jurídicos», esto quiere decir que la elección, dentro del marco, es libre. Esto no es correcto en el constitucionalismo actual cuando la Constitución ha prohibido la *arbitrariedad* (art. 9.3 CE). Podría producirse una elección legal, por adecuarse al marco, pero arbitraria, y, por consiguiente, nula por inconstitucional. La prohibición de la arbitrariedad penetra en el marco de la elección para condicionarla, al menos, negativamente.

Sexta. La cuestión clave en el contexto del Estado democrático de Derecho es la del *control de la elección discrecional*. Al margen de otras fórmulas, cuando hablamos de control, en el Estado democrático de Derecho, nos referimos al *judicial* que, a su vez, es fruto de otro poder del Estado que, también, en su seno incorpora la elección. Se produce la paradoja de que la elección de la Administración, o sea, la discrecionalidad administrativa, es objeto

de control por la judicial. Y aún mayor es la paradoja de que la Administración está sometida de manera «plena» a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), mientras que el sometimiento de los jueces es «únicamente» a la Ley (art. 106.1 CE). Lo «pleno» no es equivalente a «único» (o exclusivo). Con esto se quiere afirmar que la Administración también puede estar sometida a otras determinaciones, en particular, a las directrices políticas del Gobierno (art. 97.1 CE), aunque siempre conformes con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, mientras que los jueces proyectan un control que atiende exclusivamente a la Ley. Este desacople, perfectamente ajustado a la lógica del Estado democrático de Derecho, altera la naturaleza y el alcance del control judicial de la discrecionalidad administrativa que ha de ser negativo. La Administración puede elegir, dentro del marco legal, entre varias opciones, pero el Juez podrá rechazarla, sin prescribir una; puede rechazarla al entender que es contraria a la Ley, su único parámetro de validez.

Séptima. El *parámetro* de la elección, pero también del control, es lógicamente *la ley* que es, como ya he dicho, la que *delimita el marco de la elección*. Con esto quiero decir que es la ley la que establece el alcance de la elección fijando tanto sobre lo que se puede elegir (los distintos ámbitos), como los requisitos o condiciones que la Administración ha de cumplir cuando atiende la elección. Me refiero tanto a requisitos competenciales, procedimentales, como de contenido o de aspectos a considerar en orden a producir la elección correspondiente. Sin embargo, un parámetro que incide en el corazón mismo de la elección es el relativo a la prohibición de la arbitrariedad. Se podrán cumplir todos los requisitos o condiciones, incluso, los sustantivos, o sea, se podrá elegir dentro del marco legal delimitado de manera amplia o estrecha, pero el resultado, en ningún caso, podrá ser arbitrario.

Octava. La *prohibición de la arbitrariedad* es tanto la directriz de la elección como el parámetro del control de la elección producida, porque sea cual fuese la elección, nunca podrá ser arbitraria. Cuando se habla de arbitrariedad, sirviéndonos del significado del Diccionario de la Lengua Española, se alude al que está «sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.» Por lo tanto, la Constitución prohíbe que los poderes puedan actuar obedientes a la libre voluntad o al capricho, porque sólo pueden actuar «sujetos» a la ley «o» a la razón. Esta interpretación ha de ser coherente con, al menos, dos determinaciones esenciales. La primera, la de que todos los poderes, además, de los ciudadanos, «están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1 CE); y la segunda que dispone que la Administración sirve al interés general y actúa «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1 CE). En lo que ahora nos interesa, la sujeción de la Ad-

ministración *no es sólo a la ley formal, sino a todo el ordenamiento jurídico*. Siendo así que no puede haber una sujeción a «razón» distinta a la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, porque no es admisible que la «razón» puede «derogar» lo dispuesto en la Constitución y el resto del ordenamiento, debemos entender que la «razón», para sujetar a la Administración, ha de ser la legal, o sea, la que es admisible en Derecho; la que es conforme a Derecho. *No basta la sujeción formal a la Ley, sino también a la razón (legal). La elección debe producirse en el marco de la Ley y conforme a la Ley, y, además, ha de ser razonable, ha de ajustarse a la razón (legal).*

Novena. La sujeción a la razón, al igual que la de la Ley, se ha de justificar. *La elección (discrecional) ha de ser ajustada a la Ley y a la razón, lo que exige demostración, justificación y explicación*. Porque, en el contexto de una democracia deliberativa, la elección del poder puede y debe ser objeto de deliberación, en los términos y con los procedimientos que la Constitución permite y habilita. En el caso de la discrecionalidad administrativa, esta deliberación tiene dos foros: el del procedimiento administrativo y el del proceso judicial. En la democracia deliberativa, la deliberación tiene dos finalidades esenciales: la primera, *encontrar la decisión (elección) del poder que sea la más adecuada y la más conveniente, al interés general, en sentido amplio*. Y, la segunda, *que la decisión (elección) precisamente porque es la más adecuada, disfrute de legitimidad por lo que es objeto de una «aceptación racional» (Habermas) por los destinatarios, y, en última instancia, por los tribunales encargados de su control (negativo)*. Los Tribunales han de rechazar, por aplicación de la prohibición de la arbitrariedad, la decisión (elección) que sea arbitraria, sin imponer ninguna. Su poder es de rechazo, no de imposición, pero habrá de revisar las razones alegadas y expuestas, para formular su juicio, pero sin substituir (señalar la solución razonable) a la Administración.

Décima. La cuestión técnica que queda por resolver es la de *cómo la Administración acredita, en el seno de los ámbitos deliberativos (procedimiento y proceso judicial), que la decisión (elección) no es arbitraria*. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión exige que las Instituciones «demuestren» que han considerado toda la información pertinente y que la han valorado de la manera más adecuada (no sólo legal, sino también razonablemente) para producir la decisión. Porque sólo así habrán ejercido la discreción que la ley les reconoce cumpliendo la exigencia constitucional de la prohibición de la arbitrariedad. En este capítulo de la acreditación, queda mucho por avanzar. Cuando se trata de una norma, ya se han establecido unos requisitos que tienen la finalidad de la demostración de la razonabilidad. Es el papel de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN). Sin embargo, no exis-

te ningún tipo de requisito equivalente o aproximado, salvo el genérico de la motivación, en relación con decisiones administrativas, en particular, de singular impacto social, económico o de otro tipo. Por lo tanto, *cuando se trata de decidir (elegir) la Administración debe demostrar que ha considerado toda la información relevante para producir una decisión no-arbitraria*. Este es el reto que falta por desarrollar en cuanto a los requisitos procedimentales exigibles, no sólo en el ámbito normativo, sino en el de las decisiones de singular impacto o relevancia.

La fiscalización de la actividad económico-financiera pública como salvaguarda constitucional

María José de la Fuente y de la Calle

El principio de *limitación del poder*, con la correlativa garantía de los derechos individuales, constituyen el basamento esencial del constitucionalismo democrático y piedra angular del Ordenamiento jurídico. Por ello, al instituirse los poderes deben definirse su ámbito, alcance y los principios que han de regir la actuación pública, así como los controles a que han de sujetarse. La relevancia de los controles es tal que se dota de naturaleza y garantía constitucional a las instituciones esenciales que los llevan a cabo.

En materia económico-financiera, el artículo 136 de la Constitución instituye al Tribunal de Cuentas como *supremo órgano fiscalizador* de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público y le reconoce *jurisdicción*. Le atribuye, por tanto, dos funciones: la *fiscalizadora* y la de *enjuiciamiento contable* –de naturaleza plenamente jurisdiccional, para exigir las responsabilidades en que incurran los gestores de fondos públicos y obtener el reintegro de los recursos perjudicados–. Dicho precepto constitucional se desarrolló por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (LOTCu), y los procedimientos para hacer efectivas sus funciones se regularon por la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento.

La contribución que ahora se presenta se centra en un aspecto concreto, la *garantía constitucional que representa la fiscalización de la actividad económico-financiera pública que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas*, y respecto del que se suscitan algunas reflexiones.

GARANTÍA DE INDEPENDENCIA Y ESPECIALIZACIÓN

Las instituciones fiscalizadoras superiores únicamente pueden cumplir eficazmente sus funciones si son altamente especializadas e independientes de las entidades controladas y se hallan protegidas contra influencias exteriores¹.

Esta *independencia* debe salvaguardarse al máximo nivel, como indica el artículo 5 de la Declaración de Lima de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) de 1977: «las entidades fiscalizadoras superiores y el grado de su independencia deben regularse en la Constitución; los aspectos concretos podrán ser regulados por medio de leyes. Especialmente deben gozar de una protección legal suficiente, garantizada por un Tribunal Supremo, contra cualquier injerencia de su independencia y sus competencias de control». Además, en su artículo 6, liga la independencia de estas instituciones a la de sus miembros y destaca que «no debe verse afectada su independencia por los sistemas establecidos para su sustitución y que tienen que determinarse también en la Constitución».

Nuestra Norma Fundamental aborda esta cuestión (artículo 136.3), y sólo parcialmente, en lo que se refiere a los miembros del Tribunal –los Consejeros de Cuentas–, que, señala, gozarán de la misma *independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades de los jueces*. Sin embargo, prevenciones tan importantes como el ámbito de extracción y la especialización de los miembros, su número, a quien compete su elección y la mayoría necesaria para ello, la duración del mandato y la forma de renovación, lamentablemente, no son objeto de regulación constitucional, sino que se contemplan en su Ley Orgánica y, por lo tanto, su modificación no está sujeta a los procedimientos de reforma agravados que la misma establece, por ejemplo, para el Tribunal Constitucional.

La *designación* de los miembros de los órganos constitucionales por el Parlamento no puede considerarse, en sí misma, como un elemento de politización de las instituciones. Precisamente, el establecimiento de mayorías especialmente reforzadas para su elección (tres quintos del Congreso y del Senado en el caso del Tribunal de Cuentas), la determinación legal de requisitos profesionales respecto de quienes son elegibles y la fijación de un plazo de ejercicio desligado de los mandatos parlamentarios (nueve años) son garantías para restringir sesgos o condicionamientos políticos y, por lo tanto, para reforzar la independencia de la Institución. Dicha elección ha de estar siempre fun-

¹ Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 66/209, de 22 de diciembre de 2011, y 69/228, de 19 de diciembre de 2014.

damentada en los principios de *profesionalidad y especialización*, sin que deba vincularse a los elegidos con tendencias políticas por el mero hecho de ser propuestos por órganos parlamentarios determinados, que es la forma ordinaria de ejercer iniciativas en dicho ámbito.

Pero para hacer efectiva la independencia resulta indispensable una *responsabilidad y compromiso real del Parlamento* en el momento de hacer la elección, que habrá de efectuarse en el plazo legal, prescindiendo de motivaciones políticas subyacentes, de forma neutral y atendiendo a criterios de *cualificación y experiencia profesional*, idoneidad y reconocimiento, y entendiendo que en todas las circunstancias, especialmente en casos de alta sensibilidad pública o política, los miembros elegidos deben actuar con *independencia y objetividad, mediante el ejercicio técnico, legal y leal de sus funciones*. El respeto institucional ha de extenderse, igualmente, al desempeño de su actuación, que no puede ser interferida por los poderes del Estado ni utilizarse como instrumento de presión política.

Precisamente por la *alta especialización* del Tribunal en las materias propias de sus competencias fiscalizadora y jurisdiccional hubiera sido conveniente que la misma quedara reflejada al regular los requisitos para la elección de los miembros; ello, sin perjuicio de la conveniencia de procurar la *diversidad de procedencias* de los mismos, por el gran valor y perspectiva que aporta. El requisito de la referida especialización también debería requerirse legalmente respecto de todo el personal que participa directamente en el ejercicio de dichas funciones específicas.

Procede, asimismo, destacar que un modelo de *renovación parcial y sucesiva* de los miembros del Tribunal, como ocurre en otras instituciones constitucionales, en lugar de una renovación única y total como la vigente, contribuiría a dar una mayor estabilidad y continuidad a la actuación del Tribunal y favorecería un conocimiento y especialización más precisos e inmediatos para sus miembros.

LA RENDICIÓN DE CUENTAS: DEBER DE TRANSPARENCIA Y RESPONSABILIDAD POR LA GESTIÓN

Mediante la *rendición de cuentas* los gestores públicos responden de la gestión económico-financiera ante quienes les proporcionan los recursos, por lo que, además de una *prescripción legal*, representa un *deber esencial para garantizar la transparencia en la gestión*; su ausencia genera un profundo déficit democrático. El Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de la fiscalización, viene desarrollando actuaciones dirigidas a *promover* que se efectúe tal rendición; sin

embargo, como forma de actuación directa para intentar conseguirla únicamente cuenta con la posibilidad de imponer multas coercitivas, que, por su escasa cuantía, no resultan un estímulo eficaz, lo que aconseja su actualización.

Reforzar el marco normativo y establecer mayores consecuencias efectivas de inmediata y directa aplicación en caso de incumplimiento tendría un impacto muy favorable en este ámbito. El Tribunal recomienda, entre otras medidas, vincular, con carácter general, a la *previa rendición de cuentas*, la *percepción* de ayudas y subvenciones y la transferencia de la participación de las entidades públicas en los ingresos de otras Administraciones; medida que refuerza el deber de responsabilidad y que se ha revelado eficaz allí donde se ha implantado.

Con frecuencia se imputan al Tribunal de Cuentas *retrasos sustanciales en la fiscalización*, con la consiguiente pérdida de oportunidad de sus resultados. Sin duda, la institución ha de continuar en su esfuerzo por reducir los plazos de los controles, pero ha de tenerse en cuenta que la fiscalización es externa a la gestión y se desarrolla una vez se ha llevado a cabo, *ex post* –el examen previo y concomitante lo realizan los órganos de control interno–. Tal circunstancia potencia su valor ya que subraya la prolongación de sus efectos, en la medida en que el control no constituye un fin en sí mismo, sino un mecanismo que permite identificar las infracciones e incidencias concurrentes en la actividad económico-financiera pública y las deficiencias en la normativa reguladora y en la gestión, y proponer medidas para su mejora permanente.

Sin duda, la larga duración de los plazos legales para la rendición de cuentas por las entidades públicas provoca que los resultados de la fiscalización se separen demasiado temporalmente de la gestión examinada, por lo que el Tribunal recomienda su reducción. Por otra parte, la plena eficacia de dichos resultados quedará, igualmente, favorecida si las convocatorias para la presentación de los informes del Tribunal ante la correspondiente Comisión parlamentaria se aproximan a la recepción de los mismos, dado que es en ese momento cuando se produce su toma en consideración y por la repercusión mediática que su debate suscita.

SOBRE EL ALCANCE DE LA FISCALIZACIÓN

La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, como dispone el artículo 9 de la LOTCu, tiene por objeto *verificar el sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género*. Y ello, ha de ejercerse en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos, que es el ámbito material de dicha función. Esta com-

petencia se extiende a la totalidad del territorio nacional y a todas las entidades públicas, lo que no resulta alterado ni limitado por la concurrencia de órganos de control externo de las comunidades autónomas, como instituciones estatutarias, y con los que se establecen fórmulas de cooperación y colaboración.

En el ejercicio de esta competencia, junto a las *fiscalizaciones de verificación del cumplimiento* de la normativa reguladora de la actividad económico-financiera y las *fiscalizaciones financieras* encaminadas a emitir opinión sobre la fiabilidad de la información que suministran los estados financieros, se llevan a cabo *fiscalizaciones operativas o de gestión*, dirigidas a valorar las operaciones, sistemas y procedimientos de gestión pública en cuanto a su *racionalidad económico-financiera y su sometimiento a los principios de buena gestión*.

Existe una tendencia a promover el incremento de las fiscalizaciones operativas, con la consiguiente reducción de las de cumplimiento y las financieras, bajo el fundamento de que resultan de mayor actualidad y utilidad para la mejora de la gestión. Sin embargo, desplazar la fiscalización de cumplimiento de la normativa puede trasladar al gestor la impresión equivocada de que la observancia de la norma no es tan relevante como la eficiencia en la gestión, debilitándose con ello la concienciación de la sumisión de las entidades y de la actuación pública al Ordenamiento jurídico propia del Estado de Derecho. Además, una disminución excesiva de las fiscalizaciones de cumplimiento puede limitar las posibilidades del Tribunal de Cuentas de detectar y enjuiciar supuestos de responsabilidad contable, en el ejercicio de la jurisdicción contable, siendo así que dicha responsabilidad requiere la concurrencia, entre otros requisitos, de la infracción de norma reguladora del régimen presupuestario o contable, cuya verificación no constituye el objeto de las fiscalizaciones de gestión. Por consiguiente, es necesario avanzar permanentemente en el alcance y metodologías del control y llevar a cabo fiscalizaciones que permitan examinar la gestión pública desde las distintas perspectivas, pero siempre manteniendo un *equilibrio* que impulse actuaciones en que se haga compatible la observancia de los distintos principios que han de fundamentarla.

Resulta conveniente *aclarar el alcance de la función fiscalizadora* del Tribunal con el fin de evitar que percepciones inexactas generen en los ciudadanos expectativas que difícilmente se ajustarían al marco legal que la define y delimita. Los informes del Tribunal no constituyen estudios estadísticos ni elencos de buenas prácticas (la buena gestión es exigible *per se* a las entidades fiscalizadas; ya la propia Constitución requiere legalidad, eficacia y eficiencia en el gasto público), sino que han de recoger, como dispone la normativa, los *resultados del control de la actividad económico-financiera pública* que se examine, incluyendo en su caso los relativos al cumplimiento de las recomen-

daciones emitidas en informes anteriores. Tampoco puede la Institución entrar a evaluar ni cuestionarse las *decisiones de alcance político o efectuar juicios de oportunidad sobre las políticas públicas* a emprender u otras medidas que corresponda adoptar a los órganos ejecutivos —ello queda al margen de la competencia del Tribunal—, sino que ha de verificar la implementación de las mismas y la observancia en ella de lo dispuesto en el artículo 9 de la LOTCu anteriormente mencionado. El ejercicio de la fiscalización operativa permite abordar el examen de la ejecución, en términos económico-financieros, de las referidas decisiones y políticas públicas y de los programas de ingresos y gastos en que se plasman, así como valorar el grado de cumplimiento de sus objetivos y sus efectos, lo que aporta a los ejecutivos información relevante, en relación con la eficacia y eficiencia de las políticas aplicadas, a tener en cuenta al adoptar ulteriores decisiones.

No son infrecuentes las críticas sobre la *escasa eficacia* del Tribunal *en la detección de la corrupción*. Sin embargo, debe aclararse que éste no es un órgano anticorrupción ni cuenta con las prerrogativas, poderes coactivos ni coercitivos propios del mismo. Su función es fiscalizadora, técnica, y se lleva a cabo sobre las cuentas, información y documentación de las entidades examinadas que estén a disposición o de otras que se relacionen con las mismas, proponiéndose mejoras en la gestión, lo que es muy relevante. Ciertamente, en el ejercicio de dicha función se detectan actos o prácticas indiciarias de tramas, delincuencia organizada o corrupción, que se ponen en conocimiento inmediato de los órganos competentes, pero su persecución no es el objeto de su competencia.

Asimismo, se pone a veces en cuestión la *reducida ejecutividad de la Institución para imponer a las entidades públicas el cumplimiento de lo recogido en sus informes*. En este punto, debe tenerse en cuenta que los informes de fiscalización contienen «recomendaciones» para contribuir a la mejora de las normas o de la gestión económico-financiera pública, y que, como su propio nombre indica, no pueden imponerse ni a los legisladores ni a los gestores. El Tribunal realiza regularmente actuaciones de seguimiento de las recomendaciones formuladas en informes anteriores, lo que tiende a favorecer su cumplimiento por la repercusión que tiene reiterar el cuestionamiento de la actuación de las entidades. En todo caso, un papel más activo del Parlamento, desde el ejercicio de sus funciones, en la promoción de la observancia de las recomendaciones, así como una mayor utilización de los informes del Tribunal, como base técnica, por sus comisiones sectoriales y territoriales potenciarían extraordinariamente la eficacia de los mismos.

REFLEXIONES FINALES

Los incumplimientos legales y la mala gestión, las políticas ineficientes o poco sostenibles económica o socialmente y los casos de corrupción generan *incertidumbre* y *falta de confianza* en las instituciones públicas; fundamentalmente, en un contexto de alto nivel de endeudamiento y déficit público y de creciente presión tributaria y cotizaciones sociales que financien el permanente incremento del gasto público. La *credibilidad* de la capacidad de las entidades públicas para la gestión y para el control de su política fiscal y de gasto es un punto básico para lograr una aproximación entre la cultura del ingreso y del gasto público, incrementando así la concienciación y el grado de responsabilidad fiscal de los contribuyentes.

Ello revela el valor de la fiscalización del Tribunal de Cuentas dirigida a salvaguardar la buena gestión económico-financiera pública, como garantía de los ciudadanos y de los recursos que aportan al sistema. En efecto, las conclusiones y recomendaciones contenidas en los informes de aquel constituyen un *mecanismo para contribuir a la mejora de la gestión pública*. También *ofrecen un valioso soporte técnico al Parlamento* para el desarrollo de su función de control político y para el impulso del proceso de creación o modificación de las normas de organización y gestión pública y para identificar y erradicar zonas de impunidad. Además, los informes facilitan *un conocimiento preciso a los ciudadanos* y contribuyen a *crear en ellos un espíritu constructivamente crítico* que demande la buena gestión de sus recursos en la actuación de las instituciones; por ello, la sociedad ha de sentirse concernida por la fiscalización en la medida en que protege al ciudadano como contribuyente y como destinatario de la gestión. Señala la exposición de motivos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que «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».

De ahí, la importancia de que el Tribunal haga efectivo un *ejercicio profesional, independiente y de excelencia de sus funciones*; que tenga impacto y sea relevante y que atienda a las cuestiones que preocupan y afectan a los ciudadanos y promueva la *mejora de la actuación pública* y una *cultura de buena gestión*, sin que ello suponga perder su *independencia* de criterio; y que procure dar el mayor alcance y efectos a los resultados de su función. Una *institución fiscalizadora sólida, reputada y comprometida repercute inmediatamente en el fortalecimiento de la confianza de los ciudadanos* en los gestores públicos, desde el convencimiento de que están adecuadamente controlados.

ESTADO AUTONÓMICO

Estado autonómico

Juan José Solozábal

LAS RAZONES DEL ÉXITO DE LA FÓRMULA AUTONÓMICA

Eduardo García de Enterría captó como nadie la trascendencia de la descentralización política en nuestra democracia, afirmando que la suerte del Estado constitucional dependía de la ventura del sistema autonómico. Eso explica que debamos acometer el estudio del mismo seriamente, aunque sea de forma sumaria. Se impone así una consideración de sus precedentes y fuentes de justificación, una reflexión sobre sus elementos fundamentales y una descripción general de su configuración institucional. Acabaremos proponiendo algunas reformas de sus vigas maestras que parecen ineluctables.

Creo que el Estado autonómico español es un logro conseguido entre las exigencias de la unidad y de la pluralidad por tres razones que se pueden exponer de manera breve. En primer lugar, el diseño constitucional del Estado autonómico responde a lo que había sido la *mejor reflexión española sobre lo que se llamaba el problema regional*, aludiendo a Azaña, que subrayaba la necesidad de respuesta de la descentralización a los problemas identitarios y a Ortega, que veía la reforma territorial como una ocasión para la modernización de España. La consideración de los precedentes ideológicos nos lleva sobre todo a Ortega. Ortega, cuya insistencia en el rol de liderazgo de Castilla en la formación de España es bien discutible, lo que podríamos llamar su perfil castellanista, ofreció un fundamento no identitario, como había hecho Azaña, a la autonomía territorial, y captó la dimensión igualitaria de ésta, lo que le impelió

a demandar su generalización. Ortega sagazmente adelantó una justificación funcional a la descentralización y anotó la dimensión emocional, hoy diríamos cultural, del problema regional español. El nacionalismo, así creo que debe entenderse su conocida tesis sobre la «conllevarza» del problema catalán, debía tratarse con *cuidado y cierta actitud contenida*, pues la insistencia en su integración puede interpretarse como designio de asimilación y así resultar contraproducente.

En segundo lugar, el diseño autonómico, como no puede ser de otro modo, responde a lo que es *común en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial*, en los modelos alemán e italiano, pero también a diversos intentos de descentralización que se estaban haciendo, por ejemplo, en el Reino Unido.

En tercer lugar, y quizás lo más importante, lo que hace el diseño constitucional autonómico es llevar a la práctica institucional un *acuerdo entre nacionalismos, a saber, el patriotismo modernizador español, y los nacionalismos territoriales templados* que saben que no se cuestionan sus pretensiones identitarias básicas, reconociéndoles un fuerte poder propio en el autogobierno; pero que no niegan la soberanía última del pueblo español. Estoy hablando del tiempo de la Constitución y me estoy refiriendo a un pacto subyacente al diseño autonómico sobre el que ha llamado la atención, acertadamente Rubio Llorente. Nuestro diseño constitucional corresponde a lo que Azaola llamaba la forma federativa y que se explica muy bien con la fórmula de Koen Lenaerts. Sus tres elementos son: *la planta institucional correspondiente a un Estado compuesto; atribuciones al poder central y los poderes autonómicos fijados constitucionalmente; y una instancia jurisdiccional* que va a resolver en caso de conflicto, que es inevitable que aparezca, y utilizando solo la razón del derecho, las controversias competenciales que no son propiamente disputas identitarias.

EL BASTIDOR CONCEPTUAL DEL ESTADO AUTONÓMICO: NACIÓN Y NACIONALIDADES Y REGIONES

Antes de referirme al esqueleto institucional del Estado autonómico, que es aproximadamente el *propio de una forma federativa* que integra los tres componentes señalados, es necesario tratar la posición constitucional de los sujetos políticos por excelencia del Estado autonómico: la Nación Española y las nacionalidades y regiones.

En la Constitución no se contiene una definición de la nación. Las referencias a ella aluden a su función constituyente, de la que se desprende su soberanía, como raíz de esa actuación, pues solo quien es soberano decide su configuración política; y presupone necesariamente su unidad e indivisibilidad. Solo la unidad e indivisibilidad, su homogeneidad, en suma, capacitan a la nación para determinar la Constitución, que no tiene su origen en un pacto entre sujetos múltiples que se ponen de acuerdo o en un autor complejo que incorpora diversas voluntades en su seno (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 3).

Esta idea de la nación la *identifica con el pueblo o demos*, con la generación viva de los españoles, con sus ciudadanos, de quienes «emanan los poderes del Estado», y entronca con la idea gaditana de la nación como «conjunto de españoles», se decía, de los dos hemisferios. Se trata de *ciudadanos*, que se igualan en derechos y obligaciones, al vivir bajo las mismas leyes, de acuerdo con la idea revolucionaria de nación.

Sin embargo, el constituyente, haciendo las cosas más complicadas, o sutiles, utiliza la noción de nación no solo para referirse a la sede de la soberanía, quedando identificada con el pueblo, sino para *calificar a la soberanía del pueblo, que es justamente nacional, esto es, de la nación*. La referencia nacional a la soberanía tiene una *carga legitimadora relevante*. La soberanía de la que dispone el pueblo es la nacional. El pueblo, esto es, el cuerpo electoral, o sea, los ciudadanos o la parte viva de la nación, *expresa la voluntad de esa comunidad o persona moral total* que integran asimismo las generaciones pasadas y las generaciones futuras. La voluntad de la nación no la establece el pueblo, *ni dilapidando lo heredado ni ignorando su responsabilidad* en relación con las generaciones venideras. Solo matizadamente podemos, entonces, entender el *dictum* jeffersoniano que hacía a la generación presente la dueña de la tierra. Somos entonces, más bien, como se entiende perfectamente desde el pensamiento de la sostenibilidad y la ecología, un eslabón, decisivo, pero no suelto, en la cadena burkeana de la historia.

Hasta aquí el momento unitario de la nación. Con todo esta dimensión de la nación española *no puede ignorar la condición constitutivamente plural de esta, integrada en efecto por nacionalidades y regiones*, por lo que el Preámbulo de la Norma Fundamental llama significativamente los pueblos de España. *Nacionalidades y regiones, entonces, son el sustrato político*, quizá sería mejor hablar de la *base sociológica y cultural*, de las Comunidades Autónomas. *Si el Estado como organización política general es la correspondencia jurídico-política de la nación española, las Comunidades Autónomas suponen la cobertura en tal plano de las nacionalidades y regiones.*

Desde el punto de vista jurídico, lo que las nacionalidades y regiones tienen es *autonomía*, que es un poder cualitativamente diferente al de la soberanía. Se trata de un poder limitado y derivado de la Constitución, distinto de la soberanía que corresponde al Estado en cuanto organización política de toda la nación española (STC 4/1981).

La expresión y el instrumento de la autonomía de las nacionalidades y regiones es el *Estatuto de Autonomía*, que evidentemente no conduce a un poder originario constituyente, sino a una potestad, según sabemos, *derivada, limitada y simplemente estatuyente*. La necesaria integración estatutaria en el orden constitucional conlleva dos consecuencias importantes: la *imposibilidad de amparo estatutario de actuaciones contrarias a la Constitución*, como sería el ejercicio de la autodeterminación, que no podría presentarse como un derecho de autonomía, cuando es claramente la manifestación de la soberanía. También va de suyo el *control del Estatuto por parte del Tribunal Constitucional* en el caso de que su reforma pudiese reputarse contraria a la Constitución.

Pero lo dicho no puede ignorar la *dimensión cuasi constitucional del Estatuto*, que hace posible la autoorganización institucional de la Comunidad y su gobierno propio efectivo. Así, la región o nacionalidad, según su norma básica, dispone de una *configuración institucional cuasi completa*, capaz de verificar, en el ámbito de sus competencias y de acuerdo con la orientación política de su Gobierno, una *línea política propia*, en el marco de una forma política parlamentarizada. Está claro entonces que la Constitución al fundar el sistema territorial autonómico no se limita a organizar el poder en una actuación de relieve exclusivamente técnico; pues desarrolla asimismo una *función integradora innegable*, al considerarlo *expresión del pluralismo constitutivo de España*, de sus nacionalidades y regiones.

La explicitación de esta base sociológica y espiritual del Estado de las autonomías no es común en el constitucionalismo federal, que suele limitarse a señalar el carácter compuesto de los Estados que forman la Federación pero que no reconoce la base política a la que estos corresponden.

EL SISTEMA AUTONÓMICO EN ESENCIA

El modelo general constitucional autonómico puede entenderse considerándolo, como anticipábamos, una *forma federativa*. Como en el Estado federal, en el Estado autonómico se dan *tres características comunes* de descentralización.

En primer lugar, el Estado autonómico es un *Estado compuesto*, con la correspondiente *dualidad institucional*. De esta manera existe, por una parte, un nivel de autoridades de orden legislativo, ejecutivo y judicial, con jurisdicción en todo el Estado y compartiendo población y territorio, a la vez de la organización política común y de los entes integrados; y otro nivel cuyos mandatos alcanzan a su respectivo territorio, si bien es cierto que en nuestra forma política las organizaciones territoriales no disponen de un poder judicial propio, pues el Tribunal Superior de Justicia no es un órgano autonómico sino del Estado, aunque se acepta que existan competencias autonómicas en relación con determinadas decisiones en este ámbito. Nótese también que si bien los entes integrados, en nuestro caso las Comunidades Autónomas, tienen un deber de homogeneidad con la organización estatal, pueden desarrollar institucional y procedimentalmente una cierta especificidad. En efecto, la forma de gobierno de los sistemas autonómicos –o modo de relacionarse los poderes– es, como en el caso del Estado, la correspondiente al régimen parlamentario en su variante racionalizada, pero con algunas peculiaridades. Así, por ejemplo, comenzando por el propio sistema sobre cuya base tiene lugar la elección de las respectivas asambleas legislativas, y en el que se rebaja su proporcionalidad en relación con el modelo estatal, por ejemplo, en el caso vasco; o determinando un equilibrio entre poderes más débil que el canónico en el régimen parlamentario.

En el sistema autonómico, como en el federal, la *cuestión fundamental es la competencial*, esto es, saber a qué instancia, si central o autonómica, corresponde la atribución o facultad concreta, que fija el Estatuto de autonomía, pero de acuerdo con la Constitución, esto es, dos normas de nivel máximo, si bien, como ya se ha dicho, el Estatuto no denota poder constituyente soberano y es formalmente una ley (orgánica) del Estado. *Las referencias conceptuales elementales*, que han sido muy frecuentemente construidas por la doctrina del Tribunal Constitucional, *son utilizadas* por la Constitución, pero *no definidas* por ella.

En segundo lugar, *el sistema competencial se articula sobre las categorías de bases y desarrollo*. En efecto, el *título competencial concreto ordinario* para intervenir en una materia *deriva* directamente de una *ley básica del Estado central* que ha de ser desarrollada sobre una materia compartida por la Comunidad Autónoma. El tipo normativo de las bases da un extraordinario juego pues posibilita el ejercicio de dos políticas, como líneas de decisión autónomas sobre los intereses de las respectivas Comunidades. La ley de desarrollo es una prolongación autónoma de la ley básica, pero no es, como ocurre con el reglamento, ejecución de otra norma anterior. Las posibilidades de las bases han sido enriquecidas por la doctrina constitucional que finalmente han optado por una concepción material de las mismas frente a la formal, como es sabido.

En tercer lugar, *los conflictos* que surjan en el ejercicio de las respectivas atribuciones son *resueltos por un Tribunal especializado con absoluta independencia e imparcialidad*. Como corresponde a un Estado de derecho, en España los conflictos territoriales no se proponen en clave identitaria sino de *forma jurídica para su resolución* por la instancia adecuada, esto es, los tribunales, y específicamente ante el Tribunal Constitucional.

Naturalmente el *significado político* del Estado autonómico no se agota considerando exclusivamente sus manifestaciones institucionales sino apreciando su rendimiento *integrador: el sistema autonómico es el tratamiento institucional para un Estado con tensiones nacionalistas en su seno*. Es cierto que la organización autonómica se ha justificado sobre la base de otros argumentos que el de la atención a las demandas nacionalistas, aduciendo las ventajas funcionales de la descentralización y resaltando las oportunidades que para una democracia de superior participación ofrece tal sistema, pero, con todo, y si se quiere en mayor grado que en el caso federal, *la justificación del Estado autonómico reside en su capacidad para ofrecer a los «seccionalismos» territoriales españoles una adecuada articulación institucional*.

CONCLUSIONES: UN CATÁLOGO ELEMENTAL DE REFORMAS PARA NUESTRO ESTADO AUTONÓMICO

Por lo que hace a la reforma de nuestro sistema territorial constitucional podría plantearse una alternativa elemental al modelo actual. La propuesta sería llevar a cabo una *profundización federal del Estado autonómico*. Del mismo modo que se verificaría una lectura federal del Estado autonómico, procedería un entendimiento autonómico del Estado federal. Así por ejemplo *conservando* la facultad que se contempla en el artículo 161.2 CE que prevé la *suspensión automática cuando se impugnen por el Gobierno de la nación ante el Tribunal Constitucional* disposiciones o resoluciones de las Comunidades Autónomas sobre las que haya de pronunciarse el Tribunal Constitucional en el plazo máximo de cinco meses. Y, en segundo lugar, *conservando* la consideración del *Estatuto como norma integrante de los dos ordenamientos*, el general y el territorial, y aprobado como ley orgánica.

Las reformas planteadas podrían referirse al *Título Preliminar, acogiendo más francamente el pluralismo territorial*, que no debe ser considerado un riesgo sino una *oportunidad* para la colectividad. También puede introducirse la propia *caracterización del Estado como federal*, utilizando una cláusula definitoria, que es una referencia interpretativa más amplia y segura, pues es-

tamos hablando de una formula experimentada desde hace más de dos siglos en América.

Por lo que se refiere al diseño institucional debería comprender modificaciones, consistentes en *supresiones* (en el caso de la regulación del acceso a la autonomía; doble lista, sin sentido si se introduce la cláusula residual típica de los sistemas federales); *adiciones*, referidas a los amarres federales o instituciones de cooperación; y *cambios* propiamente dichos.

Por lo que hace a la clarificación competencial, haría tres observaciones. La primera es que no se debe rebasar el límite derivado de la *condición constitucional de este tipo de cláusulas*, que requieren de interpretación para superar su indeterminación. *No se puede, por tanto, aquilatar la competencias de modo extremo*. Segunda afirmación, *las modificaciones no siempre van en la dirección de apoderamiento a las Comunidades Autónomas*. Así, se debe reforzar la coordinación o la dirección económica del Estado, pues la federación no es un Estado débil. Tercera afirmación, es importante que se *mantenga como instrumento de delimitación competencial la figura de las bases, aunque estas deban ser correctamente entendidas*, por tanto, con un diseño que vaya más allá del principialismo, y que se contemple la posibilidad de, pensando en asegurar un nivel correcto de uniformidad normativa, ocuparse del *núcleo de determinadas materias o de su instrumentación mediante simples actos*.

En relación con el *Senado* se trata de esquematizar una idea del mismo que discrepa de lo que es común. Soy más que partidario de un Senado a la alemana de uno a la austríaca en lo que se refiere al menos a su composición: debe tratarse de una *cámara gubernamentalizada pero no gubernamental*, a modo de la estructura propia de Consejo. Por lo que hace a sus funciones, ha de insistirse en su *especialización territorial*, aunque se le sigan atribuyendo otras tareas de control ordinario a compartir con el Congreso. Así, puede pensarse en asignarle la tramitación primera de leyes con relieve autonómico. De todos modos, ha de *alargarse el tiempo de la tramitación* de las leyes en su seno; y dotar de más competencias a la *Comisión mixta con el Congreso*. Por lo que se refiere a las instituciones de cooperación o el resto de los engarces o amarres federales como la *Conferencia de Presidentes o las Conferencias sectoriales*, han de tener una caracterización mínima pero decisiva en la misma Constitución.

Nación, soberanía, federalismo, lenguas

Manuel Aragón Reyes

A continuación formulo algunas consideraciones acerca de la ponencia de Solozábal, no tanto para discrepar de lo que dice, cuanto para ampliar o, en ocasiones, matizar o detallar, algunas de las ideas que allí se exponen.

En primer lugar, *sobre nación y soberanía*. Creo que la idea de que tenemos una nación plural es fértil, siempre que se aclare que esa pluralidad se proyecta en la autonomía política de las diversas comunidades territoriales que coexisten en el seno de la nación española que, como tal, como nación, sólo está *compuesta por ciudadanos libres e iguales en sus derechos*. Por ello la pluralidad de los «pueblos de España» se manifiesta únicamente en la institucionalidad constituida, en la autonomía, mientras que la unidad del «pueblo español» (único ente que expresa la voluntad de la nación) se proyecta en el plano de la decisión constituyente, la soberanía.

De ahí que no me parezcan oportunos, ni constitucionalmente válidos, términos como «nación de naciones» o «Estado plurinacional». La unidad (y no la fragmentación) de la nación y, por ello, el Estado basado en ella, creo son requisitos indispensables de la forma política «Estado constitucional democrático de Derecho», que es la nuestra.

En segundo lugar, *sobre el federalismo*. Parto de que el Estado autonómico es «uno de los rostros del federalismo», lo que no impide que se aclarase por definición que el nuestro es, efectivamente, *un tipo de Estado federal*, cuyas características están muy vistas por el ponente, como también son muy razonables las reformas que propone. Lo que no cabría, a mi juicio, es que por reforma constitucional se estableciera una confederación, que es una forma inaceptable para el Estado constitucional, entre otras razones porque se destruiría la base que lo sustenta: *la unidad de la soberanía radicada en un pueblo*

de ciudadanos libres e iguales en sus derechos. La confederación no es, en puridad, una forma de Estado en coherencia con el Derecho Constitucional, sino una unión de Estados sustentada en el Derecho Internacional.

En tercer lugar, *sobre las lenguas cooficiales*, no estaría de más subrayar, en el examen del Estado autonómico, que el estatuto de las lenguas en España está claramente definido por el artículo 3 CE: un Estado con una sola lengua oficial, que es la española (Estado, pues, monolingüe) y determinadas Comunidades Autónomas con otra lengua también oficial (cooficialidad idiomática) en el territorio de ellas (Comunidades Autónomas bilingües), además del reconocimiento de que el español, o castellano, es el idioma común de todos los españoles, y que por ello todos los ciudadanos tienen el derecho a usarlo y la obligación de conocerlo. De ahí que *no sea constitucionalmente válida la pretensión de impedir* (en cualquier ámbito, político, administrativo, educativo o cultural) *el uso de esa lengua común en parte del territorio nacional*, lo que lamentablemente está ocurriendo en algunos lugares, pese a la claridad del texto constitucional y de su interpretación en esta materia por el Tribunal Constitucional (aunque éste la haya sustentado, sobre todo, en sentencias interpretativas que, al no ser anulatorias, tienen decrecida, no impedida, claro está, su eficacia obligatoria).

En cuarto lugar, *sobre el Estado de Derecho*. Íntimamente unido al Estado autonómico, como es obvio. Una de las causas de los problemas actuales del Estado autonómico deriva de que *en algunas partes de nuestro territorio no se han cumplido los postulados básicos del Estado de Derecho*: sumisión de todos los poderes públicos al Derecho y, por ello, estricta obligación de acatar la Constitución, las leyes y las sentencias de los tribunales de justicia (incluido el Tribunal Constitucional). Hay que integrar el pluralismo territorial, con ello estoy de acuerdo, pero hay que hacerlo *sin permitir que se desobedezcan las reglas que el Estado de Derecho impone*. Es cierto que el Derecho no lo puede todo, y que la integración de la pluralidad también debe de tener en cuenta las razones políticas, pero también es cierto que, *sin el Derecho, la política puede conducirnos a la arbitrariedad, a la discriminación territorial y personal y, a la larga, a la destrucción de nuestro sistema constitucional democrático*.

Por último, *respecto del Senado*. A diferencia de Solozábal, prefiero, si algún día se modificase el Senado, tomar como patrón el sistema alemán, en lugar del austriaco, que se ha demostrado inservible, hasta tal punto que no funciona realmente como cámara de integración territorial, siendo las conferencias de presidentes, o de ejecutivos, de los países que forman la federación la institución que está realizando allí ese cometido.

No obstante, esta leve discrepancia sobre el futuro del Senado la expreso, debo confesar, con alguna duda, porque, al fin y al cabo, *la funcionalidad de esta Cámara dependerá, en el futuro, no sólo de su composición, sino también de las funciones que se le atribuyan*. Tengo la firme convicción de que lo que no es adecuado es que, como ahora, sea el Congreso y no el Senado el que refleje, en muchas ocasiones, la representación territorial. Pero no estoy seguro de que esa disfunción desaparezca (sin una necesaria reforma electoral para el Congreso) para que el Senado represente, exclusivamente, a las Comunidades Autónomas, y el Congreso represente, exclusivamente, a los ciudadanos españoles, cualesquiera que fuesen su residencia y la circunscripción electoral a través de la que fueron elegidos.

Todas las observaciones anteriores no disminuyen, en modo alguno, mi opinión muy positiva sobre la ponderada y razonable ponencia del profesor Solozábal, con la que sustancialmente estoy de acuerdo. Creo que el suyo es un entendimiento adecuado del Estado autonómico y que todo lo que he venido apuntando no se aparta de las líneas generales de su exposición.

Sobre la indefinición constitucional y la necesaria reconsideración racional de la distribución de competencias

Eva Desdentado Daroca

Son muchos los aspectos en los que coincido con la ponencia del Profesor Solozábal, pero también hay un punto sobre el que no estoy plenamente de acuerdo y otro respecto del que me gustaría realizar alguna reflexión.

En primer lugar, el título del primer epígrafe de la ponencia («Las razones del éxito de la fórmula autonómica») evidencia que para el ponente el Estado autonómico ha sido y sigue siendo un modelo territorial de Estado acertado, exitoso. Me resulta difícil suscribir plenamente esta conclusión (aun sin descartar el impacto positivo en el desarrollo económico y modernización de algunas regiones), especialmente si tenemos en cuenta el escenario político de este país que incluye *el persistente y desproporcionado protagonismo de los partidos nacionalistas* en la gobernabilidad o el desgraciado referéndum ilegal en Cataluña y sus consecuencias.

Por otra parte, y al margen de estos episodios, lo cierto es que la fórmula autonómica prevista en la Constitución se caracteriza por su flexibilidad y su carácter abierto. Se trata de dos rasgos que generan una *gran indefinición* en el modelo territorial del Estado y esa indefinición quizás fuera un éxito de concepción o un aspecto positivo en los inicios de nuestra democracia tras la dictadura, pues permitía una descentralización progresiva, paulatina, que podía ser más fácilmente asumida por una sociedad que probablemente no estaba entonces preparada para pasar de un Estado centralizado a un Estado abiertamente federal o fuertemente descentralizado.

Sin embargo, superadas esas primeras etapas hace ya tiempo, *no creo que esa flexibilidad y ese carácter abierto del modelo territorial pueda seguir considerándose un aspecto positivo*. En efecto, la indefinición permite el constan-

te cuestionamiento de la distribución de competencias y del propio modelo de Estado, tensiona el sistema, condiciona la gobernabilidad e introduce litigiosidad e inestabilidad. El modelo territorial de Estado *no puede estar permanentemente abierto*; en algún momento debe cerrarse para generar claridad, seguridad jurídica y estabilidad política. Han pasado cuarenta y cinco años desde que se aprobó la Constitución; quizás el momento haya llegado ya, si es que no hemos «estirado» demasiado la fase de indefinición.

Y, en segundo lugar, estoy de acuerdo con el ponente en que la cuestión fundamental de todo Estado compuesto es la *distribución competencial*, es decir, a qué instancia territorial (central o regional) se atribuye y con qué alcance una u otra materia: la sanidad, la educación, la seguridad social, el medio ambiente, el urbanismo, la cultura... Se trata de decisiones fundamentales que determinan qué tipo de sociedad somos o queremos ser: más o menos igualitaria, más o menos solidaria, más o menos eficaz en la protección de nuestro entorno natural, más o menos acertada en la configuración urbanística del territorio, más o menos culta... Es indudable que *algunos fallos actualmente visibles de las políticas públicas en determinadas materias están estrechamente relacionados con el problema competencial*. En mi opinión, lo están, por poner algunos ejemplos fácilmente entendibles para la ciudadanía, la ineficacia en la protección ambiental de algunos de nuestros espacios naturales señeros, el despropósito y la corrupción urbanísticas de las últimas décadas o el destrozo de nuestro bello litoral.

Llevamos ya un largo recorrido en el funcionamiento de la distribución competencial configurado por los artículos 148 y 149 de nuestra Constitución y por su desarrollo estatutario. Todos sabemos que *esa configuración tiene sus luces y sus sombras, indudables aciertos y claros desaciertos*.

Nuestro Tribunal Constitucional ha ido también en este tiempo desarrollado una extensa y compleja doctrina de interpretación de esos preceptos que ha corregido con frecuencia los defectos del reparto constitucional, pero que, en ocasiones, también resulta en sí misma controvertida o que ha generado más problemas de los que pretendía solucionar.

A lo largo de todo este tiempo, estudiosos del Derecho (sobre todo constitucionalistas y administrativistas, pero también especialistas de otros sectores) han publicado importantes trabajos sobre los problemas de nuestro modelo de distribución competencial y sobre cómo podría mejorarse el mismo.

Contamos, por tanto, con *un importante bagaje en términos de experiencia, doctrina constitucional y doctrina científica* que permitiría una revisión del sistema para proceder a su mejora, para establecer una distribución competencial más clara, más precisa, que genere más seguridad jurídica y menos

litigiosidad y que mejore la consecución de objetivos tales como la igualdad, la solidaridad y la eficacia en el desarrollo de las políticas públicas y en la consecución de los objetivos que las animan (mejor protección del medio ambiente, menos corrupción en torno al urbanismo, menor presión sobre nuestras costas, menos desigualdad en las prestaciones sanitarias...).

Creo que es posible una *revisión de la distribución competencial desligada de concepciones nacionalistas* de uno u otro sesgo y de sus correspondientes prejuicios centralistas o descentralizadores.

Sería un análisis basado en unos *objetivos de bienestar* para el conjunto de la sociedad, de *racionalidad* en el funcionamiento de las competencias, de *eficacia* en la consecución de los objetivos que se persigue en cada materia. Sería una revisión más jurídica, inspirada en objetivos políticos nucleares y que todos podamos compartir, pero basada en la *razón técnica y en un análisis objetivo y específico* de la distribución materia por materia. Y ello, como advierte el Profesor Solozábal, no siempre tiene que ir en la dirección de un incremento de las competencias autonómicas; también debe aceptarse que puede suponer una *reconsideración de signo contrario*. Dependerá de la materia y de lo que en ella sea más conveniente.

Podemos y debemos mejorar nuestro confuso y a veces ineficaz sistema de distribución constitucional de competencias. Insisto: tenemos la experiencia necesaria sobre el funcionamiento del actual sistema –conocemos sus fallos y sus fortalezas–, contamos con la doctrina del Tribunal Constitucional, con buenos estudios jurídicos sobre la materia y con buenos juristas para completar esos estudios si fuera necesario.

Un *sistema más claro y eficaz de distribución de competencias es crucial e indeclinable si queremos avanzar como sociedad*. Una *reconsideración racional, técnica*, realizada materia por materia del reparto del poder territorial es el camino ineludible hacia ese avance.

Sobre la alta inspección del Estado, la competencia de control del cumplimiento por la Administración autonómica de la legislación del Estado

Andrés Betancor

La Constitución sigue ofreciéndonos instituciones con escasa o nula aplicación práctica. Me refiero a la Alta Inspección del Estado. Está prevista, en particular, en los ámbitos de la educación y de la sanidad. En aquellos ámbitos en los que la descentralización es importante, la Constitución reservó al Estado la «alta inspección». No sólo de manera directa sino, también, indirecta, a través de los Estatutos e, incluso, las Leyes orgánicas. Como el Tribunal Constitucional afirmara ya tempranamente en la Sentencia 6/1982, «el sistema de controles no se agota con los que enuncia la Constitución, sino que ha de ser *completado* con aquellos que pueden definir los estatutos de autonomía y las leyes orgánicas (FJ 7).

Estas consideraciones son particularmente pertinentes cuando se anuncia la creación de la Agencia Estatal de Salud Pública que, sorprendentemente, nada dice de la alta inspección. Parece quererse establecer una separación entre la facultad de vigilancia y evaluación, encargada a la Agencia, y las propiamente de alta inspección que continuará, en los términos del artículo 52 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en manos de la «autoridad sanitaria estatal».

En primer lugar, es imprescindible recordar la doctrina constitucional sobre la alta inspección. A tal fin, se ha de partir de las consideraciones formuladas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 14/2018, de 20 de febrero¹, en

¹ Asunto: recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Cataluña contra el artículo único de la Ley Orgánica 8/2013, para la mejora de la calidad educativa, por el que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de educación.

particular, en el ámbito educativo, que han de servir de base a la alta inspección en cualquier otro ámbito, como el de la salud.

La alta inspección constituye, como la definió la STC 32/1983, de 28 de abril y la reitera la STC 14/2018, «una *competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado* que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un *instrumento de verificación o fiscalización* que puede llevar en su caso a instar la actuación de los controles constitucionalmente establecidos en relación con las Comunidades Autónomas, pero *no a sustituirlos* convirtiendo a dicha alta inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control» [FJ 2; asimismo, SSTC 42/1983, de 20 de mayo, FJ 3 D), y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3].»

Las funciones de la alta inspección consistentes en la «supervisión» o el «análisis»; es «una actividad de tipo *informativo o de comprobación* (STC 32/1983, FJ 3); una facultad «*de comunicar la anomalía al órgano gubernamental competente a fin de que éste remedie el incumplimiento detectado mediante el ejercicio de atribuciones propias y de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Constitución y las Leyes*» (STC 6/1982, FJ 9, citada en la STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 10).»

La clave jurídico constitucional es, sin duda, la *predeterminación normativa del supuesto de hecho, así como del alcance de las potestades en manos de la alta inspección*. En otros términos, que la Ley reguladora deberá especificar el cuándo, y el cómo, sin suponer, en ningún caso, establecer ninguna superioridad jerárquica. El Tribunal Constitucional reputa inconstitucional el procedimiento habilitado por la Ley Orgánica de Educación (LOE) para proteger el derecho de los alumnos a que el castellano sea, junto con el catalán, lengua vehicular, en la educación. Así lo hace precisamente porque considera, entre otras razones, que la regulación no cumple con las exigencias de *predeterminación normativa*, ya que «el mandato de *predeterminación normativa* no puede considerarse satisfecho. En la LOE, el derecho a recibir enseñanza en castellano no es absoluto e incondicionado, sino que se configura “dentro del marco de la programación educativa”, y el procedimiento de escolarización decidido por el Estado se activa a partir de la comprobación del “supuesto de hecho que determina el nacimiento de la obligación financiera”, un presupuesto fáctico al que la disposición examinada *no dota del mínimo grado de objetividad exigible*, pues la alta inspección de educación entra en juego cuando tal programación educativa no garantice, a su juicio, una oferta docente “razonable” sostenida con fondos públicos.» En definitiva, «*no se puede construir una*

verificación administrativa de cumplimiento o incumplimiento de la Comunidad Autónoma, con los efectos previstos en la regulación impugnada, *sobre la mera base de lo que la alta inspección de educación considere el margen de “razonabilidad” o “adecuación” presente en la programación educativa autonómica.*»

En segundo lugar, a la luz de lo expuesto se pueden formular algunas conclusiones que son las siguientes:

Primera, el Estado cuenta con la competencia de la alta inspección que forma parte del repertorio de técnicas de control de las Comunidades, incluso, algunas no expresamente contempladas en la Constitución, pero sí en los Estatutos y otras Leyes orgánicas, que se proyectan sobre la función ejecutiva de las Comunidades en relación con el cumplimiento de la legislación del Estado.

Segunda, la competencia de alta inspección es una competencia de inspección; de comprobación del cumplimiento de la legislación del Estado. Es, como digo, una competencia de naturaleza ejecutiva que se mueve en el ámbito administrativo. Se trata de verificar el cumplimiento que hace la Administración autonómica de la legislación del Estado.

Tercera, la regulación de la competencia de la alta inspección por el Estado debe determinar las circunstancias que desencadenan su ejercicio (requisito de la predeterminación normativa). Es un requisito de compleja concreción, probablemente, una exigencia desproporcionada. En teoría debería ser suficiente la comprobación del cumplimiento que hace la Administración autonómica de la legislación del Estado. Allí donde la Administración deba ejecutar una actuación obligada por la legislación del Estado, debería formar parte del ámbito de control o de inspección sin necesidad de mayor detalle. El Tribunal no quiere reconocer una competencia genérica de control, pero le impone a la alta inspección una exigencia de concreción que es de imposible cumplimiento. Una vez más lo conveniente entra en conflicto con lo técnicamente correcto.

Cuarta, la regulación estatal debe contemplar un procedimiento que incluya (a) un requerimiento previo y (b) la posibilidad de que la Comunidad pueda hacer llegar su opinión sobre la concurrencia o no de las circunstancias desencadenantes de la inspección y de los incumplimientos detectados.

Quinta, en ningún caso, el Tribunal parece admitir la posibilidad de la substitución de la Administración autonómica por la del Estado, en orden al ejercicio de la competencia que aquella no ha ejercido correctamente o conforme a la legislación del Estado.

Y, sexta, toda inspección se traduce en una toma de conocimiento de ciertos hechos, en este caso, del incumplimiento por la Administración autonómica de la legislación del Estado, que habrá de desencadenar ciertas consecuencias en orden a su cumplimiento. Que no pueda ser substituida la Administración autonómica tiene sentido, pero también que la Administración del Estado, la Alta Inspección, tenga medios para hacer cumplir la legislación. Sobre esta cuestión no se pronuncia el Tribunal.

PROPIEDAD, EMPRESA Y MERCADO. SEGURIDAD JURÍDICA

I. PROPIEDAD

Función social de la propiedad

Encarna Roca Trías

INTRODUCCIÓN

Un relevante jurista alemán, Hans Hattenhauer, señalaba que «la propiedad es tan antigua como la humanidad» y añadía «incluso es posible y razonable atribuir a un perro la posesión de su hueso», porque como añade citando a Wolff, «todo aquel que tiene un derecho propio, por sí mismo excluyente de todos los demás, según la libertad natural está facultado a orientarse con sus actos a su mejor entender, y, en tanto no haga nada a cuya omisión esté obligado con respecto a nosotros, y si las cosas quedan sometidas a su propio derecho, adquiere también el derecho de emprender lo que quiera con todo lo que le está sometido. *Y este derecho propio de hacer con una cosa lo que se quiera, se llama propiedad*». De esta manera ha sido, desde el principio, la propiedad explicada por filósofos y juristas, llegando Wolff a la conclusión que la propiedad conlleva un *triple derecho*, que a su vez se desarrolla en diversas facultades: «el derecho concreto a disponer como se guste 1) de la cosa en sí misma, 2) de su uso y 3) de sus frutos». Por ello, el artículo 348 CC dice que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», definición que constituye el punto de llegada de todas las teorías filosóficas formuladas en torno a la propiedad hasta el momento de la redacción del Código civil (1889).

Pero el concepto ha seguido *evolucionando*. El *alcance* del contenido del derecho de propiedad y de la *unicidad* del concepto es un problema que viene preocupando a constitucionalistas y civilistas desde que se introdujo el derecho de propiedad como uno de los derechos fundamentales en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano. Aparece, por tanto, en la Declaración francesa como un derecho fundamental con dos vertientes: la de *proteger* a quien es propietario y la de permitir a los poderes públicos *privar* de la propiedad a quien es su titular mediante indemnizaciones adecuadas. Por ello aparecerá en los Códigos civiles del XIX como un *derecho absoluto solo limitado por lo que establezcan las leyes*. Así el artículo 348 CC, al fijar el contenido del derecho como gozar y disponer, tendrá que prever que cualquier privación de este contenido deberá llevarse a cabo con unos determinados requisitos (art. 349 CC) y por ello, «nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente, y por causa justificada de utilidad pública», y cualquier privación siempre deberá ser indemnizada (expropiación).

Esta es la situación por llamarla de alguna manera «clásica», aunque la más moderna evolución va a permitir establecer determinados perfiles que alteran, sin excluirlos, de alguna manera cualquiera de los dos componentes tradicionales, el goce y la disposición, sin por ello privar de contenido al propio derecho de propiedad: la justificación es la *función social*. La transformación del modelo tradicional se halla en el artículo 33 CE, que establece «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes».

ALGUNOS ANTECEDENTES

Una lectura rápida de lo dispuesto en el artículo 33 CE podría llevarnos a concluir que la función social de la propiedad deriva pura y exclusivamente de la Constitución. El *concepto moderno de propiedad está íntimamente ligado a que cumpla la función social* en el sentido constitucional del término, pero también lo es que la *evolución* del derecho de propiedad es decisiva a partir de 1789. La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 17 dice que «la propiedad es un derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado, a menos que así lo requiera claramente la *necesidad pública* legalmente comprobada y bajo la condición de una indemnización previa y justa». Esta definición fue una pieza esencial del credo

burgués y seguirá siéndolo durante todo el siglo XIX y buena parte del XX. La propiedad se identificó entonces con *la libertad*, y el *poder de disposición* sería considerado el aspecto principal. Este concepto se reprodujo en las Constituciones españolas del siglo XIX a partir de la Constitución de 1812, que reflejaba claramente la misma relación entre libertad y propiedad que la Declaración francesa, cuando en su artículo 4 decía que «la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

Sin embargo, el siglo XX *vio nacer el concepto de la función social* de la propiedad que se introdujo en las diferentes Constituciones europeas, especialmente en la de Weimar, de 1919, uno de los primeros textos constitucionales que reconoció derechos sociales. El artículo 153 de dicha Constitución introdujo un párrafo donde se decía que *la propiedad obliga* y que su uso servirá al mismo tiempo al bien común. Esta norma se repite casi literalmente en el artículo 14 de la Constitución vigente en Alemania que después de garantizar el derecho de propiedad, establece «(2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común». A su vez, el artículo 42 de la Constitución de la República italiana (trad. propia) dice que «La propiedad es pública o privada [...]. La ley reconoce y garantiza la propiedad privada, determina los modos de adquisición, de goce y los límites con la finalidad de asegurar la *función social* y hacerla accesible a todos. [...]».

La cláusula contenida en el artículo 42 de la Constitución republicana de 1931, resultaba mucho más avanzada; dicho artículo establecía que «la propiedad privada está reconocida y garantizada por la Ley, la cual determina sus formas de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de *asegurar su función social* y de hacerla accesible a todos». Es decir, la Constitución de 1931 se adelantó a la de 1978 en la que la función social *no consiste en la delimitación* del contenido de la propiedad por medios externos o por una causa que obliga al propietario, sino que *forma parte de su configuración constitucional* como integrante del derecho de propiedad lo que no implicará la indemnización (STC 227/1988, de 29 de noviembre, ley de Aguas).

Este ha sido el resultado hasta ahora, del reflejo de las corrientes filosóficas y sociales, sostenidas por ideologías de diferente tipo a lo largo de los siglos XIX y XX.

¿EN QUÉ CONSISTE LA FUNCIÓN SOCIAL?

En primer lugar, la primera duda se plantea acerca de su naturaleza: ¿es un principio general? ¿Afecta solo a la propiedad?

La pregunta más importante consiste en determinar si la función social es un límite externo al derecho o, por el contrario, forma parte de su propio contenido. La doctrina actual está más de acuerdo en entender que la función social, tal como está recogida en la Constitución, *forma parte de la propia estructura de la propiedad privada*. De este modo se concluirá que no se trata de un límite externo ni tampoco de una obligación impuesta por la Constitución. Siguiendo este camino, el contenido del derecho de propiedad debe *determinarse por el legislador*, según establece el propio artículo 33.2 CE, que podrá establecer limitaciones negativas del contenido del derecho u obligaciones positivas. Así la función social, unida a la utilidad individual *determina el contenido del derecho de propiedad en cada caso*.

La STC 8/1984, FJ 2: [...] dice que «la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como un mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como *parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes*».

En segundo lugar, a pesar de que el contenido del derecho de propiedad es uniforme: gozar y disponer, la *configuración* de estas dos facultades que constituyen el contenido esencial *sine qua non* respecto a cada uno de los bienes sobre los que recae, o sea, su contenido extenso *no es exacto ni inamovible*.

Utilizo aquí un esquema siguiendo al que proporciona el Protocolo adicional primero al Convenio europeo de Derechos Humanos, de 1952. Se establece que toda persona tiene *derecho al respeto de sus bienes y a no ser privado de su propiedad*, salvo que sea por *motivos de utilidad pública*, mediante la correspondiente *compensación*. Esta es la fórmula tradicional, pero a continuación, el protocolo 1 añade una *causa de delimitación* de la propiedad, que no de exclusión: el derecho que tienen los Estados de poner en vigor las leyes que consideren necesarias para *regular el uso* de los bienes de acuerdo, también, con el interés general. De donde se deducen algunas reglas importantes: (i) nos enfrentamos a un derecho fundamental, la propiedad, que

tiene como contenido propio *gozar y disponer* de forma exclusiva y colectiva, de bienes; (ii) sin embargo, el *contenido* del derecho de propiedad no es absoluto; y (iii) el derecho como tal va a tener sus *límites* a nivel constitucional: la expropiación por causa de utilidad pública, y la regulación del uso de los bienes, que no elimina la propiedad, como la expropiación, sino que, manteniéndose la titularidad del derecho, su *ejercicio* puede ser limitado por el Estado por razones de interés general.

En tercer lugar, el derecho de propiedad es un *derecho fundamental* con independencia del tratamiento constitucional recibido en la Constitución española de 1978, que lo coloca en la sección segunda del Título primero, *De los derechos y deberes de los ciudadanos*.

Los autores españoles distinguen desde la Constitución dos aspectos del derecho reconocido en el artículo 33.1 CE: *la propiedad como institución jurídica y la propiedad como derecho subjetivo*. Como institución jurídica va ligada a lo que se denomina el contenido esencial del derecho, que no puede desaparecer por una legislación posterior.

El problema se centra en el *régimen jurídico de los bienes afectados por el ejercicio del derecho de propiedad y su confrontación con la función social*. En definitiva, la pregunta es bien simple: ¿puede el legislador, en su función de determinar el ámbito constitucionalmente protegido, imponer a los propietarios determinadas *cargas u obligaciones* sobre la base de la función social? La respuesta es *positiva* y de hecho ya se ha producido en determinadas leyes, como la de la reforma agraria andaluza, que dio lugar a la STC 37/1987; sin embargo, no puede haber una respuesta absoluta ni uniforme, porque, ¿qué ocurre cuándo cambia el régimen de la propiedad de unos determinados bienes? Como afirma Díez Picazo Giménez, hay dos soluciones: una, entender que no hay derecho a indemnización y otra, la contraria, que sí lo hay. Sin embargo, el propio autor cita la sentencia del TEDH *Jahn y otros c. Alemania* de 30 de junio de 2005 que negaron la indemnización por un cambio de régimen de la propiedad en Alemania después de la unificación, considerando que era válida una reforma legislativa sin indemnización, porque no se había producido una expropiación; en definitiva, los propietarios seguían siéndolo, aunque su derecho pasó a tener un contenido distinto. En consecuencia, cuando no se trata de una privación del objeto sobre el que recae el título de propiedad, sino del *cambio de régimen para la protección* del patrimonio urbanístico, histórico, medioambiental, ello *no legitima al propietario para pedir una indemnización*, a no ser que el derecho nacional así lo haya previsto.

En un Estado social y democrático de derecho, la naturaleza constitucional de la propiedad privada *se justifica por la función social*, lo que no significa en absoluto que se eliminen facultades del propietario, entendidas estas al modo tradicional, es decir, según el artículo 348 CC, sino que las facultades de gozar y disponer de los bienes sobre los que recae la propiedad *deben ser ejercitadas según el concepto que significa la función social que la integra*. No cambia el título. Solo cambia la *forma de ejercer las facultades* inherentes al propio título. La función social no constituye una cláusula general, sino un principio del derecho que dibuja un *contenido distinto* al tradicionalmente admitido como consecuencia de la doctrina liberal. A esta conclusión nos lleva el grupo de disposiciones constitucionales contenidas, además de por el propio artículo 33, en los artículos 128, 46 y 38.

Por tanto, cuando el *legislador* determina el *régimen* de cada bien o grupo de bienes sobre la base de la función social que lo integra, *no está expropiando nada*, porque el titular de estos bienes sigue siéndolo y puede ejercer las facultades propias de su título de propiedad. De los dos aspectos que se consideran *esenciales* en la propiedad privada moderna, la *función social* y la *utilidad individual*, la *estructuración de un determinado régimen para determinados bienes no altera la esencia de la propiedad privada*, porque la Constitución *sigue manteniendo la institución*. La vieja teoría civilista de los límites y limitaciones de la propiedad ha quedado obsoleta porque el poder de configuración atribuido al legislador para establecer el régimen concreto de la propiedad sobre determinados bienes (inmuebles, históricos, etc.) le permite *diseñarlo de acuerdo con la función social* y en caso de que ocurriera que, por ejemplo, se produjera una expropiación sin compensación, la ley debería ser declarada inconstitucional. En definitiva, las palabras cuentan y en el artículo 33.2 CE se *usa el término* «delimitar», *no* «limitar». Es decir, fijar el ámbito en el que los propietarios se pueden mover, no poner límites.

He planteado los problemas generales, a nivel constitucional, sobre la función social de la propiedad privada y creo haber integrado el principio de la función social, es decir, cómo debe entenderse lo que a nivel constitucional debe considerarse un principio que informa el concepto actual de la propiedad privada.

CONCLUSIÓN

La propiedad privada, protegida en la Constitución en su artículo 33, *no puede ya ser considerada en los mismos términos en que se pronuncia el*

Código civil. No estamos ante una propiedad absoluta, limitada solamente por aquellas disposiciones que el poder público pueda introducir en beneficio de intereses generales, sino que se halla conformada por la que nuestra Constitución denomina «función social». Este es un *elemento estructural de la moderna propiedad privada*. Existe un concepto que incluye las facultades del titular, que son el goce y la disposición, pero estas facultades *se adecuarán al tipo de objeto sobre el que recae el derecho*, dependiendo de cuáles sean los *intereses que estén constitucionalmente protegidos*. En definitiva, el artículo 348 CC debe ser leído de acuerdo con la norma constitucional.

Contenido esencial y función social de la propiedad privada

Manuel Aragón Reyes

La ponencia de Encarna Roca me parece muy bien construida y comparo en general lo que en ella se dice. De ahí que mis observaciones no vengan a contradecir lo que la ponente ha sostenido, sino a complementar o a reforzar algunos de los aspectos sobre los que se ha pronunciado.

En primer lugar, sobre el contenido esencial del derecho de propiedad privada. Estoy de acuerdo con ella en que el derecho de propiedad privada ha de tener un *contenido esencial* que el legislador no puede transgredir (así lo expresa el art. 53.1 CE). Más aún, creo que ello ha de ocurrir en todos los derechos fundamentales (incluidos los económicos, propiedad privada y libertad de empresa), pues si no sucediera así y, por ello, quedasen a la libre disposición del legislador, *los derechos fundamentales dejarían de serlo y pasarían a ser unas declaraciones constitucionales en blanco* que el legislador podría rellenar a su capricho.

Frente a esa argumentación no me parece que cupiera la de que el legislador sí está limitado por la adecuación de las limitaciones a la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y por la estricta proporcionalidad que ha de tener el sacrificio que la limitación comporta. Esa es la tesis sostenida por algunos sobre la relatividad del contenido esencial. Que no es, en modo alguno, la que comparto, puesto que en el desarrollo legislativo de las normas constitucionales sustantivas (entre ellas, las más importantes: las que garantizan derechos fundamentales), el fin no puede justificar los medios. Y por ello, *las limitaciones no pueden llegar a hacer desaparecer el derecho, por muy adecuadas que sean a los fines generales y por muy proporcionada que sea tal desaparición*. El derecho fundamental no puede hacerlo desaparecer el legislador. El

único caso de privación del derecho que es legítimo¹ (por constitucionalmente previsto y por ello por ser la única excepción que el propio constituyente ha dispuesto) es el de privación de propiedad por medio de la expropiación (art. 33.3 CE), donde, por causas de «utilidad pública o interés social», puede privarse a un titular de su propiedad, pero siempre a cambio de la «correspondiente indemnización»: pierde la propiedad, pero no su equivalente económico.

Por ello, a mi entender, *el contenido esencial ha de ser un haz de facultades que ni siquiera, apoyándose en la legitimidad de los fines y la proporcionalidad de las medidas, el legislador pueda franquear*. Es lo que suele denominarse como concepción absoluta (y no relativa) del contenido esencial. Entendiendo éste como un límite de los límites.

Dicho lo anterior, podría discutirse si la «función social» de la propiedad opera en el interior del contenido esencial de ese derecho o en el exterior de tal contenido esencial. El artículo 33.2 CE sólo se refiere a que la función social «delimitará» el «contenido» del «derecho». La tesis de la ponente (apoyada en sólidos argumentos doctrinales y jurisprudenciales) es que ello significa que la función social de la propiedad «delimita» el propio contenido esencial.

Pero también podría sostenerse que *el artículo 33.2 CE no dice que ese «contenido» sea «el contenido esencial»*, término que la Constitución sí emplea en el artículo 53.1 al referirse a todos los derechos fundamentales (que son los incluidos en el Capítulo 2.º del Título I CE, y por ello, también el del art. 33 CE), por lo que cabría concluir que *la función social podría delimitar, no el contenido esencial, sino el contenido que, en desarrollo del derecho, podría marcar el legislador*. A sostener dicha tesis ayudaría la expresión utilizada por el artículo 33.2 CE: la «función social» de la propiedad «delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». Si las leyes no pueden «delimitar el contenido esencial», que es límite para el propio legislador (STC 11/1981), *la función social operaría entonces como una finalidad legítima que sí ha de tener en cuenta el legislador a la hora de «delimitar», mediante límites externos y no internos al contenido esencial, el ejercicio del derecho*.

Esta es una cuestión controvertida. Pero si se parte, como lo hace la ponente, y estoy de acuerdo con ella (si es que la he interpretado bien), de que la función social no se predica del derecho de propiedad en abstracto o en sentido general,

¹ Obviamente, me refiero al Derecho de la normalidad, no al Derecho de excepción, donde algunos derechos fundamentales (art. 55.1 CE) pueden ser «suspendidos» en estados de excepción y sitio. Por cierto que, entre ellos, no están ni el derecho de propiedad ni el de libertad de empresa, que resultan así especialmente reforzados en nuestro sistema constitucional, pues ni siquiera en situaciones de excepción pueden ser «suspendidos». Esto debe servir de enseñanza para aquellos que entienden, erróneamente, que los derechos fundamentales económicos gozan de inferior garantía que los derechos fundamentales civiles, políticos o sociales.

sino de los distintos bienes sobre los que la propiedad recae (pluralismo propietario), cabría sustentar la tesis de que, en el derecho de propiedad, hay (tiene que haberlo, necesariamente, porque, si no, dejaría de ser un derecho fundamental) un *contenido esencial mínimo*, sea cual sea el bien sobre el que la propiedad recaiga, y, a partir de ese mínimo, un resto de contenido esencial mudable según la función social de los bienes concretos sobre los que la propiedad recae (suelo urbano, agua, suelo rústico, etc.). En apoyo de esta tesis estaría la distinción, creo que necesaria, entre «delimitación» del derecho y «limitación» del derecho. Así ocurre en otros derechos fundamentales, por ejemplo, en el derecho de reunión del artículo 21 CE, cuya condición de que se ejerza de manera «pacífica y sin armas» no es una limitación del derecho, sino una «delimitación» del mismo (de manera que, cuando la reunión es violenta o en ella hay armas, no se está ejerciendo el derecho). Y es a partir de ahí cuando (respetando el contenido esencial) el legislador puede introducir «límites» legítimos y proporcionales.

No puedo entrar a dilucidar el ámbito de ese ámbito (de facultades) mínimo del contenido esencial del derecho de propiedad sean cuales sean los bienes sobre los que el derecho recaiga, que ello excedería la extensión de estas observaciones. Lo que he pretendido con lo dicho más atrás es abrir el debate acerca de que *es posible sostener, tanto que la función social opera como un límite interno dentro del contenido esencial, como que, por el contrario, opera como un límite externo al contenido esencial.*

Por último, creo que serían muy convenientes futuros desarrollos expositivos sobre la «función social» de la propiedad, no sólo respecto de los diversos bienes sobre los que la propiedad recae, sino también respecto de los *diversos derechos* sobre los que la propiedad también recae, puesto que esto último abre una temática hoy de extraordinario interés y de importante proyección, especialmente, en el Derecho privado (y más aún, en el Derecho mercantil). Igualmente, sobre la calificación que ha de darse a aquellos *límites que no suponen privación del derecho*, y por eso no son una expropiación en sentido propio, pero sí que tienen «efectos equivalentes», esto es «efectos expropiatorios» y por ello que requieren de indemnización o al menos compensación. Esta es hoy una cuestión importante y muy recurrente, tanto en la jurisprudencia del TEDH (al interpretar el Protocolo I, donde está el derecho de propiedad), como en la jurisprudencia del TJUE (al interpretar el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que garantiza el derecho de propiedad privada) y en las decisiones de tribunales internacionales de arbitraje en materia de inversiones.

**Algunas consideraciones a propósito del derecho de propiedad,
su función social y el contenido esencial del derecho
como límite a la ley**

Germán Fernández Farreres

Desde hace tiempo –antes, incluso, de la Constitución vigente– está generalizada la doctrina de que el concepto de propiedad, aunque inicialmente descansa en la configuración civilista del mismo (arts. 348 y concordantes del Código Civil), ha quedado definitivamente modulado por la «función social» que debe cumplir.

La oportuna y sugerente ponencia de E. Roca es un claro exponente de la tesis del concepto o concepción estatutaria de la propiedad.

La «función social» de la propiedad privada (art. 33.2 CE) ha supuesto una transformación de la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, lo que ha llevado a calificarlo, muy expresivamente, como un «derecho subjetivo funcional» (aunque en la ponencia creo que no se utiliza dicha calificación). La posición extrema aún ha ido más lejos, al afirmar que la propiedad privada ha dejado de ser un derecho subjetivo, al cumplir simplemente una «función social» (por todos, como es notorio, hace ya un siglo, L. Duguit).

El derecho de propiedad que la Constitución reconoce pasa así a ser un *derecho cuyo contenido queda remitido a lo que en cada caso y momento disponga el legislador*. Sencillamente, en su ámbito de disposición está «activar» o no la función social de la propiedad según los distintos tipos de bienes, sin descartar, incluso, que también pueda hacerlo por otras razones (como sucede, por ejemplo, cuando atiende a la titularidad de los mismos: ahí está el caso, entre otros, de los llamados «grandes tenedores» de inmuebles/viviendas).

La función social no supone, por tanto, según la doctrina en cuestión, un «límite externo» al derecho, sino que éste –su estructura, contenido y, en con-

secuencia, el haz de facultades que conlleva— es el *resultado de la decisión del legislador al concretar la función social que la propiedad privada ha de cumplir*. De ahí, reitero, la referida calificación de «derecho subjetivo funcional».

A partir de esta premisa, lo decisivo va a ser la *determinación del límite al que se enfrenta el legislador al especificar la función social del derecho*. Podría decirse que el límite está en el necesario respeto al «contenido esencial» del derecho que garantiza la Constitución (art. 53.1). Pero, de inmediato surge la duda. ¿Cuál es, en este caso, ese contenido esencial que el legislador no puede desconocer? ¿Cómo puede determinarse ese núcleo del derecho intangible a la acción del legislador?

Las dificultades para dar una respuesta convincente son extremas.

En tanto que la función social de la propiedad es un elemento definidor del propio derecho, que corresponde a la ley concretar y especificar en su contenido y alcance en cada supuesto, y dado que, a su vez, el contenido esencial sólo se puede deducir a partir del estatuto legal establecido legalmente para cada tipo de bien, no deja de ser lógica la conclusión de que, a partir de estos presupuestos, en términos constitucionales *el contenido esencial de la propiedad privada termina siendo lo que el mismo legislador decide* que sea en cada ocasión y circunstancia atendiendo a la trascendencia social de los bienes objeto de «dominación» privada.

En suma, *si el contenido esencial sólo se puede determinar a partir de la función social que le asigne el legislador, ese contenido deja de ser propiamente un límite*. La integración de la función social como un elemento definidor del derecho de propiedad y no como un límite externo al mismo, no parece que permita otra conclusión.

Llegados a este punto, el problema parece irresoluble.

El derecho de propiedad ha de conllevar, desde luego, las facultades de goce y disposición *ut dominus*, lo cual no puede ser de otra forma, a no ser que al término propiedad definitivamente se le asigne, no ya jurídicamente, sino lingüísticamente, otro significado. Pero la *incertidumbre* acerca del efectivo alcance de tales facultades es total, ya que quedan directamente condicionadas por la *activación legislativa del elemento funcional definidor de la propiedad privada*. Y, como hemos visto, la determinación del contenido esencial ha de atenerse, no a un abstracto contenido previo de esas facultades, sino al *contenido concreto y específico* atribuido por la ley.

De este modo, *el contenido esencial del derecho como mucho termina siendo variable y contingente, al quedar supeditado a la delimitación legal del propio legislador*. Cuando tales facultades queden total y radicalmente eliminadas, es obvio que la ley será inconstitucional. Pero lo relevante es que, más

allá de supuesto tan extremo, *el contenido esencial deja de ser un límite efectivo a la mayor o menor intensidad de la restricción legal.*

A todo ello hay que sumar, en fin –y es un aspecto clave, al que sirve decisivamente la teoría de la función social–, que esas restricciones *no imponen una obligación de indemnizar o compensar por el daño o perjuicio que causan.* Y es que, sencillamente, según la misma construcción, no son restricciones, sino la concreción –la «delimitación»– del contenido mismo del derecho.

La función social de la propiedad, como elemento estructural del derecho y no como un límite externo al mismo, *conlleva, en efecto, la negación misma de que esos daños y perjuicios deban ser indemnizados.* Sólo habrá compensación *si la propia ley decide que la haya.* No otra cosa ha dispuesto la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al remitir cualquier posible indemnización a lo que el propio legislador disponga (art. 32). Y tal previsión –aprobada en la legislatura del Gobierno del Partido Popular, no se olvide– no se ha cuestionado ante el Tribunal Constitucional.

Queda negado, pues, que siendo constitucional la ley, cuando no sea expropiatoria en sentido estricto pueda dar lugar a indemnización alguna si la propia ley no la prevé. Lo que equivale, pues, a *negar que exista un derecho compensatorio por razón de la ablación del derecho de propiedad derivada de la concreción de la función social, ya que, en realidad, no hay ablación ninguna, sino mera fijación del concreto y específico contenido del derecho.*

La duda es la de si no se ha ido *en exceso* lejos en esta construcción conceptual o dogmática del derecho de propiedad.

¿No sería más coherente y adecuado mantener que la función social sigue siendo un límite «externo» al contenido del derecho, al igual, por lo demás, que cualesquiera otros límites posibles por razón de la protección de otros bienes y derechos? ¿No sería la única forma de preservar conceptualmente la existencia de un contenido esencial indisponible para el legislador?

Y preservado ese contenido esencial, siendo la función social un límite posible al derecho, pero no un elemento que lo define de acuerdo con la decisión singular del legislador, ¿acaso el titular del derecho *no habría de ser compensado atendiendo a la proporcionalidad e intensidad del daño o perjuicio que la ley infrinja a causa de la limitación que impone?*

El beneficio que la comunidad recibe como consecuencia de la limitación del derecho individual, no debe serlo a costa exclusivamente de quienes sufren el daño o perjuicio. Y por eso, la decisión del legislador, por muy amparada que lo esté en la «activación» de la función social de la propiedad y con ello en la concreción del derecho, *cuando impone «sacrificios» singulares e individualizados en beneficio de la comunidad o de determinados sectores de la*

comunidad, aunque lo sea por exigencia de la función social que se estima ha de cumplir en cada caso y ser, incluso, plenamente constitucional, ha de ir acompañada de la correspondiente compensación.

Con otras palabras, la comunidad ha de compartir los daños o perjuicios individuales que, como contrapartida, le benefician. Sin embargo, justamente esto es lo que *la doctrina de la función social de la propiedad trata de impedir*. No hay daños y perjuicios derivados de la limitación del derecho porque no hay limitación alguna. El derecho de propiedad es lo que la ley dice que es.

La «función social» de la propiedad, entendida en el sentido de la doctrina comentada, dado que no comporta formalmente expropiación alguna y ni tan siquiera permite conceptuar como daño las restricciones que impone, ya que no son tales por ser sin más la concreción de contenido mismo del derecho, puede terminar por *dejar en nada la garantía constitucional de la propiedad*.

Con esta formulación, en fin, resulta ya innecesaria una previsión como la del artículo 44, párrafo 2.º, de la Constitución de 1931: «La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes».

Por último, no cabe olvidar que la Constitución ya «discrimina» –valga el término– a los ciudadanos por medio del sistema tributario, según su capacidad económica y también su patrimonio –por tanto, por su propiedad–, sin que, en ningún caso, ese sistema pueda tener «alcance confiscatorio». ¿Acaso la función social de la propiedad podrá tenerlo?

II. EMPRESA

Sociedades mercantiles e intereses públicos

Javier García de Enterría

El debate sobre la «sostenibilidad» que últimamente invade el espacio público ha terminado trasladándose también al ámbito de las sociedades mercantiles, en su condición de actores y protagonistas principales del sistema económico.

En efecto, tradicionalmente el Derecho de sociedades se ha desarrollado dentro de los confines del más estricto Derecho privado, como una rama jurídica dedicada a regular determinadas formas organizativas que el ordenamiento ofrece y predispone para el ejercicio de actividades económicas y empresariales. De ahí que el Derecho de sociedades, junto a numerosas reglas destinadas a proteger a los terceros o acreedores que se relacionan con la sociedad, se ocupe esencialmente de los conflictos o problemas de relación (de los conflictos de agencia, dirían los economistas) que se suscitan, de un lado, entre los socios y los administradores y, de otro, entre los propios socios (típicamente, mayoritarios y minoritarios).

Esto se ejemplifica con la categoría del «interés social», que el legislador emplea como cláusula de integración del contrato de sociedad, y que generalmente ha solido identificarse con el interés del conjunto de los socios.

Se trata del modelo de primacía de los intereses de los accionistas, que puede caracterizarse con la conocida –y provocativa– frase de Milton Friedman: la responsabilidad social de cualquier empresa es incrementar sus beneficios, no servir a la sociedad.

Ocurre sin embargo que el debate público, social y político se ha visto últimamente interferido por una creciente preocupación por numerosos factores

medioambientales (cambio climático, biodiversidad, etc.) y sociales (inclusión, diversidad, igualdad, lucha contra la explotación infantil, etc.), que encuentran su *reflejo o paradigma en la preocupación por la denominada «sostenibilidad» o «desarrollo sostenible» del sistema empresarial y económico.*

La «sostenibilidad», pese a estar sujeta a un claro proceso de abuso y banalización, conforma una categoría de un indudable poder sugestivo, que goza por ello de una *notable fuerza expansiva* y que ha acabado así *colonizando* amplios sectores del ordenamiento.

En el ámbito mercantil, por ejemplo, ha propiciado el desarrollo de las denominadas finanzas sostenibles, que en esencia aluden a los instrumentos de financiación requeridos para financiar el proceso de transición energética y las nuevas fuentes de energía (bonos verdes, bonos sostenibles, bonos de transición, etc.).

Pero la sostenibilidad y la atención a los factores sociales han terminado también *traspasando las fronteras propias del Derecho de sociedades*, que tradicionalmente se había mantenido al margen de esta clase de bienes o intereses públicos o colectivos. La consideración de estas cuestiones, que suele englobarse bajo el acrónimo ESG (*Environment, Social & Governance*), se fundamenta en el *enorme impacto* que las grandes empresas y corporaciones suelen tener sobre el conjunto de la sociedad y sobre amplios grupos de «stakeholders» o «grupos de interés» distintos de los accionistas. Las sociedades deberían por ello *incorporar* a su estrategia y política de gestión factores o criterios medioambientales y sociales y anteponer en su actuación los *objetivos a medio y largo plazo* (por contraposición al cortoplacismo que sería característico –se dice– de las grandes empresas y en particular de las cotizadas).

La consecuencia es que las sociedades *no deberían tener como único fin la búsqueda y maximización del beneficio de los accionistas*, sino que deberían *interiorizar y naturalizar como componente esencial de su gestión la lucha contra el cambio climático y la atención a los demás factores sociales (inclusión, diversidad, igualdad, etc.) que se ven afectados por su actividad.*

Esta nueva realidad, en la que muchos advierten con cierta grandilocuencia un cambio de paradigma, suele merecer la denominación de «capitalismo sostenible» o «responsable» o «stakeholders capitalism», por contraposición al tradicional «capitalismo accionarial» (aunque algunos críticos, por ejemplo, en USA, no dudan en hablar de capitalismo «woke»).

Y este fenómeno cuenta ya con *algunos reflejos normativos positivos* en nuestro ordenamiento: es paradigmático el principio general de que la *retribución* de los administradores debe estar orientada a «promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad» (art. 217.4 LSC, que curiosamente

es de aplicación a todas las sociedades y no solo a las grandes), o la regulación del *deber de diligencia* de los administradores, que recientemente se modificó para exigir que subordinen su interés particular «al interés de la empresa» (art. 225.1 LSC), aunque sin definir qué ha de entenderse por tal.

La consideración de estos intereses públicos o colectivos en el mundo societario se produce en varios planos.

Uno de ellos es el relativo al de la *transparencia, información y divulgación al mercado*, que cuenta ya con relevantes manifestaciones normativas: en la actualidad, las sociedades de mayor tamaño deben elaborar un denominado estado de información no financiera, que forma parte del informe de gestión de las cuentas anuales consolidadas (art. 49 del Código de Comercio), y que se deriva de una Directiva europea (y que algunas sociedades reformulan como «memoria de sostenibilidad»).

Este informe debe incluir una amplia información sobre el impacto de la actividad social en cuestiones –entre otras– medioambientales y sociales, el respeto de los derechos humanos, la lucha contra la corrupción y el soborno, el principio de igualdad y de oportunidades entre hombres y mujeres, o la inclusión de personas con discapacidad.

Este régimen está actualmente sujeto a revisión, al existir un Anteproyecto de Ley de Información sobre Sostenibilidad, destinado a trasponer una recién publicada Directiva UE de 2022 sobre suministro de información sobre sostenibilidad, que corrige deficiencias de régimen anterior y amplía su ámbito de aplicación.

El fundamento de este régimen es claro y se ofrece nítidamente: se busca en esencia que *los inversores y en general quienes se relacionan con una sociedad puedan tener conocimiento de la incidencia de su actividad sobre el medioambiente, el entorno social y las personas, con el fin de que puedan tomar las oportunas decisiones de inversión o de compra de manera informada.*

La cuestión clave aquí radica en la necesidad de *garantizar que la información sea fiable, homogénea y comparable*, con el fin de evitar las denominadas prácticas de «greenwashing» (o «blanqueo ecológico» o «eco-postureo» o «eco-blanqueo»). Para evitar estos riesgos, existe una tendencia internacional y europea a crear *marcos y estándares comunes* de divulgación, y a imponer mecanismos de *verificación* de la información por parte de terceros independientes.

Donde la cuestión resulta *más controvertida* es cuando se trasciende del ámbito de la simple información y transparencia al mercado para tratar de *incorporar esos intereses públicos y colectivos al ámbito de la gestión de la sociedad, y en particular de los deberes de conducta de los administradores.* Porque con carácter

general, los defensores de este modelo propugnan que en el desempeño de sus funciones los *administradores* deberían *promover y defender*, no solo los intereses de los *accionistas*, sino también los intereses de los restantes *stakeholders* que se ven afectados por la actividad de la sociedad.

Una clara manifestación de esta tendencia se encuentra en la Propuesta de Directiva «sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad» aprobada por la Comisión Europea en febrero de 2022, que *obliga a las empresas de mayor tamaño a ejercer lo que denomina «diligencia debida»* (due diligence) *en materia de medio ambiente y de derechos humanos*, detectando los riesgos y efectos adversos que genere su actividad con el fin de prevenirlos y de mitigarlos. Y entre otras muchas medidas, la propuesta se ocupa expresamente del deber de diligencia de los administradores, exigiendo que éstos, al cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático, y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo; la propuesta de Directiva obliga también a los Estados miembros a tomar en consideración estos criterios al abordar el incumplimiento de sus deberes por los administradores, es decir, su régimen de responsabilidad.

Pues bien, aunque debería ser innecesario precisar lo, no se trata de cuestionar estos objetivos de política pública, ni la necesidad de adoptar medidas normativas para promoverlos y defenderlos. La cuestión de fondo es *si el Derecho de sociedades es un instrumento apropiado para ello*, y más en particular *si puede obligarse a los administradores a tomar en consideración este tipo de cuestiones* en el ejercicio de sus deberes legales de conducta al frente de la sociedad:

(i) Se trata en realidad de *un debate muy antiguo, que ahora se reformula de acuerdo con los nuevos postulados de la sostenibilidad*: desde los orígenes del Derecho de sociedades ha existido una tensión o enfrentamiento entre la *concepción contractual* del interés social (centrada en los intereses de los socios y característica sobre todo de los países anglosajones) y la *concepción institucional* (que concibe a las sociedades como empresas que inciden sobre numerosos círculos de intereses, más propia del sistema alemán), habiéndose aludido en ocasiones a un «choque de capitalismo» que tendría su reflejo en los correspondientes regímenes societarios. De hecho, lo que hasta hace poco se denominaba como responsabilidad social corporativa de las empresas ahora se reformula bajo el novedoso concepto de la sostenibilidad.

(ii) En la actualidad, el *régimen de responsabilidad* de los administradores parte de la base de que éstos *responden esencialmente ante los propios accionistas*, y en torno a esta consideración se construyen su *deber de diligencia* (que se ocupa de la creación de valor o riqueza) y su *deber de lealtad* (que se ocupa del reparto de esa riqueza, evitando que los administradores se apropien de la que corresponde a los accionistas). Como los intereses de los accionistas son básicamente homogéneos (maximizar el valor de su inversión), se establece así una *regla de actuación clara, objetiva y unívoca*, que genera también un *régimen de responsabilidad claro y predecible*. Pero si los administradores, al gestionar la empresa, deben preocuparse al mismo tiempo de combatir el cambio climático o de promover otra serie de valores sociales, *se estaría incrementando notablemente su discrecionalidad* para tomar las decisiones que consideren oportunas al frente de la sociedad. *Se dificultaría enormemente el control de su conducta por los accionistas*, sin que ello se compensara con unas posibilidades efectivas de control por parte de los demás *stakeholders*. ¿Ante quienes pasarían a responder entonces los administradores?

(iii) Jurídicamente los propietarios de la sociedad son los accionistas, que son quienes asumen los riesgos de la inversión, lo que convierte a los administradores en simples «agentes» o gestores de patrimonios e intereses ajenos; por ello, si los administradores pudieran dedicar libérrimamente los recursos de la sociedad a atender fines sociales y medioambientales, en función además de sus propias preferencias personales, estarían —como se ha sostenido— haciendo *caridad con el dinero ajeno* (Alfaro) o *filantropía por delegación* (Tirole).

(iv) Se trata además de un debate en gran medida artificioso: porque es incuestionable que, para promover el interés de los accionistas, los administradores *no pueden desatender e ignorar* en sus labores de gestión las cuestiones ambientales y sociales de su actividad: y no solo por cuestiones reputacionales y de imagen, sino porque de ello depende directamente el propio éxito de la sociedad en el medio y largo plazo (una sociedad debe necesariamente ofrecer productos valiosos a los consumidores, ofrecer las mejores condiciones a sus trabajadores para retenerlos y atraer talento, establecer relaciones justas con sus proveedores, etc.). Pero en el *orden jurídico* una cosa es que la atención a estos intereses colectivos constituya —como ya sucede— un medio o instrumento para el éxito de la sociedad y el beneficio de sus accionistas, y otra *muy distinta convertirlos en un fin en sí mismo de la actividad social*, como objetivo que debería guiar la actividad de los administradores.

(v) *La determinación de cuáles son los intereses que se ven afectados* por la actividad de una sociedad y que los administradores deberían tomar en consideración *dista también de ser una cuestión evidente* (Bebchuk) Por

ejemplo, una sociedad puede decidir no cerrar una fábrica en una localidad por el impacto negativo que tendría sobre la comunidad local (empleo, salarios, proveedores, etc.): ¿pero puede tomar en consideración los intereses de la localidad en la que abriría su nueva fábrica, que se ven perjudicados en caso de no hacerlo? ¿El análisis es el mismo si la nueva fábrica fuera a abrirse en el extranjero? Si una sociedad lanza un plan de negocio para ganar cuota de mercado, ¿debería preocuparse por los efectos negativos de dicho plan sobre los *stakeholders* (trabajadores, proveedores, etc.) de sus competidores? Y es que los conflictos no solo se plantean entre los accionistas y los demás *stakeholders*, como de forma simplista tiende a asumirse, sino que se plantean también con toda intensidad entre estos últimos, pues la atención a los intereses de un determinado grupo implicará por lo general un sacrificio o postergación de los de un grupo distinto (por ejemplo, cierre de una fábrica contaminante por cuestiones medioambientales, que perjudica gravemente a la localidad en que se encuentra).

(vi) En el mismo orden de ideas, considerando el enorme impacto que las grandes empresas tienen sobre numerosos círculos de intereses, ¿estarían los administradores obligados a atender a todos ellos, podrían privilegiar o anteponer unos sobre otros, o podrían decidir libremente cuáles de ellos tomar en consideración y cuáles no? Porque *no es posible maximizar varios objetivos de forma simultánea*. De hecho, si los distintos grupos de interés tuvieran influencia o capacidad de intervención en las decisiones de una empresa, cabe presumir que ni siquiera ellos se pondrían de acuerdo en cómo incrementar la riqueza combinada y en cómo repartirla entre todos.

(vii) La pretensión de que los administradores atiendan en el ejercicio de sus funciones a estos objetivos públicos y sociales resulta *también inconsistente con otras piezas esenciales del Derecho de sociedades, que disfrutan de una mayor eficacia jurídica y práctica*: porque los administradores son nombrados y cesados por los accionistas, que deben aprobar también el importe y los conceptos de su retribución, lo que hace poco probable que los administradores puedan atender a los intereses medioambientales y sociales de la sociedad hasta el punto de causar un perjuicio a los intereses de los accionistas; mientras los administradores deban su posición y remuneración a las decisiones de los accionistas, y no de los demás *stakeholders*, no tendrán incentivo alguno para anteponer los intereses de estos últimos a los de aquéllos en caso de que entren en conflicto.

(viii) Se ha considerado incluso que este modelo podría ser *contraproducente desde la perspectiva de los propios intereses públicos que se quieren proteger*, pues al confiar la carga de su protección a las grandes sociedades y

corporaciones se estaría frenando y dificultando la adopción por el legislador de otras medidas normativas que de manera mucho más concreta y efectiva podrían servir para tutelarlos (Bebchuk).

Se trata en definitiva de un debate en gran medida hueco y retórico, que tiene más que ver –en mi opinión– con una *cuestión de imagen pública y de legitimación social que de verdadero cambio en la estrategia y principios de actuación de las sociedades mercantiles*.

III. MERCADO E INTERVENCIÓN PÚBLICA

Defensa de la competencia: propuestas de reforma¹

María Pilar Canedo y Amadeo Petitbò

El Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) incluye, en su primer párrafo, una declaración de intenciones relevante: «la existencia de una *competencia efectiva* entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al *consumidor* en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del *bienestar* del conjunto de la sociedad». La asignación de los recursos corresponde a los mercados, con la eficiencia y el bienestar como referencias, y los beneficios de la actividad competitiva se trasladan al consumidor y al conjunto de la sociedad.

Autoridades de Defensa de la Competencia (ADC) y, en particular, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) tienen como función general la protección de la competencia en los mercados. Dicha protección se concreta en las siguientes tareas: a) el control de las conductas prohibidas; b) el fomento de la competencia; c) la aplicación del régimen sancionador; d) la información sobre las ayudas públicas; e) el control previo de las operaciones de concentración; y f) la mejora de la regulación.

¹ Agradecemos la ayuda de Joaquín Artés, Andrés Betancor, Toni Creus, Alfonso López-Escobar y Luis Palma. Los errores, omisiones e imprecisiones, por supuesto, son de nuestra entera responsabilidad.

El presente documento se centra en algunas cuestiones relacionadas con el *control de las conductas prohibidas* y con el *régimen sancionador* que, a nuestro juicio, deberían ser objeto de *reconsideración* en la próxima reforma de la LDC, tras quince años de aplicación y revisión jurisdiccional para dar respuesta a las *conductas realmente anticompetitivas* que tienen lugar en los mercados –tradicionales y modernos– y a la utilización, cada vez más frecuente, de *técnicas innovadoras* para examinar la estructura, conducta y resultados de los mercados afectados por las violaciones de las normas de defensa de la competencia. A tal fin, se formulan las siguientes propuestas de reforma:

Legitimar a la CNMC para impugnar normas de cualquier rango contrarias a la competencia.

Esto supondría que la CNMC debería estar legitimada para impugnar todo tipo de normas que incumplan la legislación española y europea de defensa de la competencia e, incluso, disponer de legitimación activa para plantear recursos de inconstitucionalidad en el campo de la defensa de la competencia.

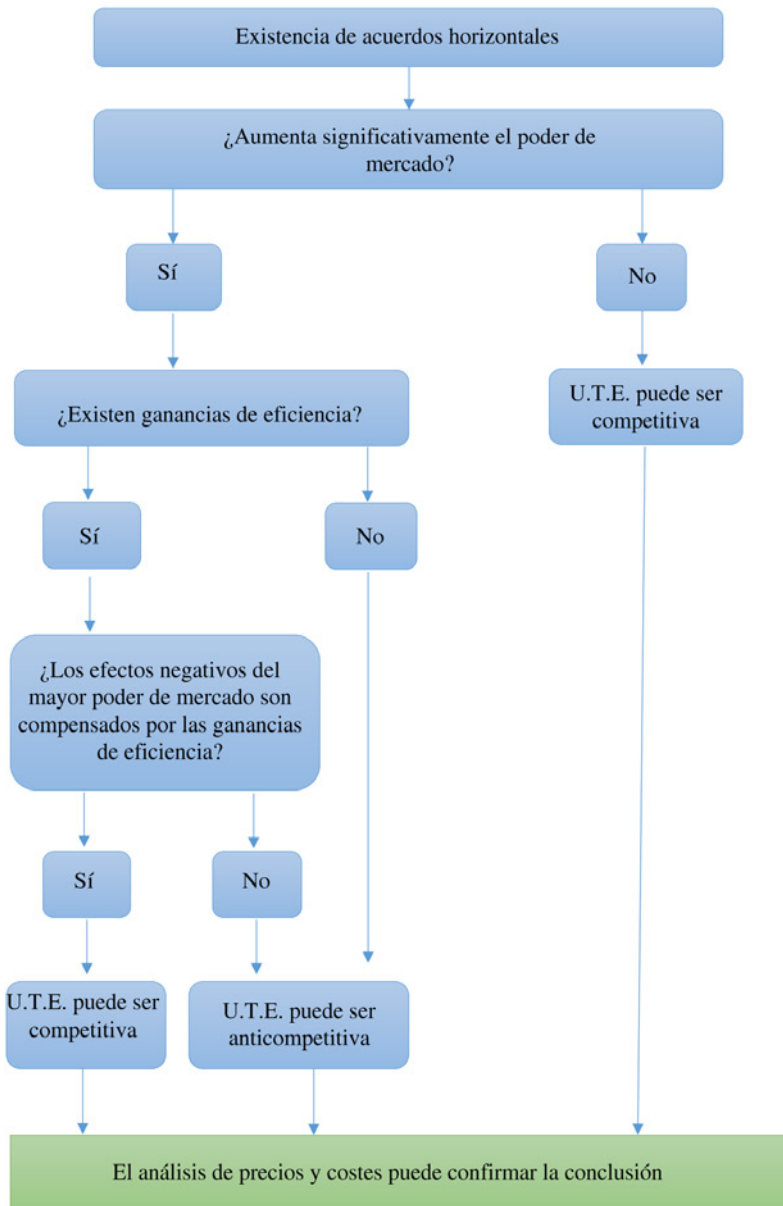
Para llevar a cabo su misión la CNMC debería disponer de un servicio jurídico propio, al margen de la Abogacía del Estado sometida a un posible conflicto de intereses.

Exigir que las resoluciones de las ADC sean debidamente motivadas, en particular cuando las conductas examinadas exhiben efectos negativos sobre la competencia junto a efectos positivos sobre la eficiencia y el bienestar.

Lógicamente, algunas conductas (acuerdos explícitos que afectan negativamente la conducta de los mercados, sin más consideraciones, por ejemplo) están claramente prohibidas *per se* y no requieren mayor análisis. Sin embargo, otro tipo de conductas, en principio prohibidas pueden tener, simultáneamente, efectos negativos sobre la competencia y efectos positivos sobre los consumidores o sobre la eficiencia (algunas Uniones Temporales de Empresas, UTE, por ejemplo). En estos casos, de mayor complejidad, las ADC deben llevar a cabo el adecuado balance entre las restricciones a la competencia y los posibles efectos positivos de los acuerdos sobre la eficiencia y el bienestar. En la motivación, debidamente reforzada, debe dejarse constancia del resultado del balance.

Las siguiente Figura 1 refleja el análisis que se sugiere en los procedimientos ante la CNMC (aplicado a una UTE hipotética en la que no existen pruebas inequívocas del objeto anticompetitivo) y que la Comisión elude en algunas ocasiones. Para mayor detalle, véase el Anexo que se refiere a UTEs en las que no existen pruebas suficientes de objeto anticompetitivo.

Figura 1



Fuente: Joaquín Artés, Amadeo Petitbò.

Aplicar con mayor rigor el principio de que los poderes públicos pueden ser considerados como operadores económicos a los efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia.

Es frecuente que las Administraciones públicas actúen en el mercado llevando a cabo actividades de naturaleza económica. En estas circunstancias, cuando no disponen del suficiente amparo legal, deben ser consideradas como operadores económicos tal como han interpretado el TJUE y el Tribunal Supremo (TS), por ejemplo, y, en consecuencia, plenamente sujetas a la legislación de defensa de la competencia.

Considerar el posible carácter monopsonístico de las Administraciones y de las Empresas Públicas cuando actúan como contratantes, la posible responsabilidad de las Administraciones y de las autoridades públicas por acción u omisión y perder el miedo a sancionar a la Administración por infracciones al Derecho de la Competencia.

Como demuestra el análisis económico, los monopsonios (monopolios de demanda) contribuyen a reducir los precios, pero también reducen la cantidad producida pudiendo tener efectos negativos sobre el bienestar. Las ADC han eludido, hasta ahora, la consideración de los monopsonios públicos y su poder de dominio, incluso cuando esta cuestión ha sido alegada por las partes y apoyada por informes periciales. El asunto es relevante pues al excluir del análisis el poder de mercado de las Administraciones públicas y de las empresas públicas la responsabilidad se desplaza, exclusivamente, a los agentes económicos privados sin abordar la cuestión nuclear de la verdadera responsabilidad de las conductas restrictivas de la competencia, lo que en nada obsta a la responsabilidad de las empresas salvo en los casos en que se cumplan estrictamente las exigencias jurisprudenciales para que exista confianza legítima.

Además, no es infrecuente que en los contratos con las Administraciones públicas los acuerdos de reparto de las licitaciones sean el resultado de las recomendaciones del órgano contratante a través de sus representantes adquiriendo, de esta forma, el papel del instigador o facilitador.

El Derecho de la competencia español y europeo no recoge expresamente el papel del instigador en el relato de conductas prohibidas. Sin embargo, el art. 64.2.b) LDC considera como agravante en la determinación del importe de la sanción «la posición de responsable o instigador de la infracción». Esta cuestión ha sido considerada por las ADC cuando se trata de un instigador privado, pero sólo es abordada excepcionalmente cuando se trata de instigadores públicos. Y cuando lo ha hecho su decisión, debidamente motivada, ha sido confirmada por el TS.

Definir con precisión la sanción consistente en la prohibición de contratar.

A la sanción administrativa impuesta por las ADC puede sumarse la prohibición de contratar. Dicha prohibición está contemplada en la Directiva 2014/24UE y en el artículo 71 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

En su artículo 57 la Directiva establece que los poderes adjudicadores excluirán de los procedimientos de contratación a los operadores económicos que hayan sido condenados en sentencia firme por una serie de motivos. Asimismo, establece que, en caso de tener indicios «suficientemente plausibles» podrán excluir a aquellos operadores que hayan llegado a acuerdos con otros con el fin de falsear la competencia o hayan tratado de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones. Nada se dice acerca de que dicho falseamiento sea inducido por los propios poderes adjudicadores.

El Derecho español no transpone directamente la mencionada Directiva. En efecto, el artículo 71.1 LCSP establece que no se podrá contratar con «las personas» en las que concurren un conjunto de circunstancias sin que se mencione expresamente la violación de las normas de competencia. Adicionalmente, señala que la prohibición de contratar se extiende a «personas jurídicas», administradores o responsables que hayan sido penalmente responsables o a personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracciones «graves» en relación con la disciplina del mercado o el falseamiento de la competencia.

La regulación europea habla de «indicios» y de «operadores económicos». La legislación española se refiere a «personas» y a sanciones con carácter «firme» por «infracciones graves». En consecuencia, la prohibición de contratar debe basarse en la comisión de una «infracción grave» del Derecho de la competencia. En todo caso, la duración y el alcance de la prohibición de contratar dependerá de algo tan indeterminado como las circunstancias del mercado. Véase la interpretación ofrecida por la Sentencia de 21 de diciembre de 2023, As. C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016

En este contexto cabía la duda acerca de si la firmeza de las sentencias debía ser de naturaleza judicial o administrativa. Ante este dilema la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha establecido que la firmeza a la que se refiere la Ley 9/2017 «debe ser la firmeza administrativa...y no la jurisdiccional». El análisis de las decisiones de la CNMC revela que la aplicación de la prohibición es desigual abriendo el camino a la inseguridad jurídica.

Justificar con precisión la cuantía de las multas.

La determinación de las multas ha sido objeto de permanente controversia. Incluso de votos particulares, en un sentido u otro, en el seno de las ADC.

Uno de los motivos de la controversia ha sido la escasa e inadecuada motivación del importe de la sanción, amparada por la ambigüedad de la regulación, por el confort de las ADC y por la discutible tolerancia de los órganos jurisdiccionales españoles y europeos que, por regla general, no han exigido el necesario rigor. Afortunadamente, hay excepciones.

Tomando como ejemplo las infracciones consideradas «muy graves» (art. 62.4.a LDC), de acuerdo con el Derecho europeo (Reglamento CE 1/2003), la CNMC establece que las sanciones se determinarán de acuerdo con su gravedad y duración –cuestiones fáciles de determinar– y respetando los principios de efectividad, proporcionalidad y disuasión (Considerandos 40, 47 y 49 de la Directiva ECN+) y teniendo en cuenta, además, las circunstancias del caso –cuestión de determinación más compleja–.

Entre los elementos a tomar en consideración para fijar el importe de las sanciones se mencionan: la dimensión y características del mercado afectado, el alcance y la duración de la infracción, el impacto de la infracción sobre los derechos e intereses legítimos de los consumidores, usuarios y operadores económicos, los beneficios ilícitos, así como las posibles circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64.1 LDC). Es evidente que las cuestiones anteriores exigen el manejo de los principios de la Organización industrial con el correspondiente análisis económico, en ocasiones complejo y abierto al debate jurídico y, sobre todo, económico. En esta cuestión el uso de la econometría resulta fundamental para iluminar dicho debate.

Tampoco es suficiente fijar los tipos sancionadores sobre la base de argumentos generales sin una argumentación sólida, a pesar de que este procedimiento haya sido avalado, hasta ahora, por los tribunales revisores españoles y europeos. La falta de motivación cuantificada cercena letalmente los derechos de la defensa. Afortunadamente, la posición de los Tribunales se va modificando. En efecto, en la Sentencia del Tribunal General UE de 26 de enero de 2022 se sostiene que la falta de una explicación conlleva la nulidad de la sanción. En consecuencia, la sentencia confirma un principio elemental: no es ajustada a derecho la ausencia de una explicación suficiente en relación con una sanción.

Por otra parte, la determinación de una multa sobre la base del volumen de negocios total mundial de la empresa sancionada correspondiente a un determinado ejercicio carece de lógica económica y, en consecuencia, sus resultados pueden ser injustos. Una interpretación de la legislación nacional de acuerdo con la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, debería imponerse en tanto no se proceda a su adecuada trasposición a nuestro ordenamiento.

Analizar empíricamente los resultados del procedimiento de la compensación por los daños causados.

La defensa efectiva de la competencia exige que las sanciones impuestas por las ADC (multas, prohibición de contratar y compensación por daños y perjuicios) tengan un efecto realmente disuasorio.

La compensación por daños y perjuicios como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia está regulada por los artículos 71 a 81 LDC. Dispone el artículo 71 LDC que los infractores serán responsables de los daños y perjuicios causados por la violación de las normas de defensa de la competencia. El artículo 72 LDC reconoce el derecho al pleno resarcimiento de los daños causados que pueden reclamarse ante la justicia ordinaria. De dicha indemnización pueden deducirse los costes que las víctimas han repercutido a terceros (*passing on*). La legitimación activa corresponde a «cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia». Y el artículo 73 LDC se refiere a la responsabilidad conjunta y solidaria en el caso de empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas que hubieran violado conjuntamente el Derecho de la competencia.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el contexto de un cártel en el que empresas que no han participado en el acuerdo, pero se han beneficiado de la subida de precios del cártel subiendo los suyos bajo el paraguas del cártel (efecto paraguas), el perjudicado puede solicitar la correspondiente indemnización.

La reclamación de daños plantea dos cuestiones relevantes sobre las cuales no se dispone de información contrastada:

a) En el caso de numerosos perjudicados y de cantidades reducidas, en principio, los incentivos para reclamar son débiles y se pierde el efecto disuasorio que se pretende. Por esta razón, inicialmente, las reclamaciones eran escasas. Sin embargo, la transposición de la Directiva, la irrupción de despachos especializados en reclamaciones y de fondos de litigios ha aumentado el número de reclamantes.

b) Se desconoce si el efecto real del conjunto de sanciones es realmente disuasorio; es decir, si el importe del conjunto de las sanciones es superior –o no– a los beneficios extraordinarios obtenidos por la violación del Derecho de la competencia.

Reconsiderar los archivos o no incoación de los expedientes ante la confluencia de tipos infractores.

La Resolución de la CNMC de fecha 28 de febrero de 2019 por la que se declaraba que no quedaba acreditada una conducta prohibida abre la puerta a la

consideración de si determinadas conductas susceptibles de ser analizadas jurídicamente desde perspectivas distintas a las normas de defensa de la competencia también pueden ser enjuiciadas por las ADC mediante la aplicación del Derecho de defensa de la competencia. En la mencionada Resolución, por primera vez, se declaraba la responsabilidad de la Administración Pública reconociendo que carecía de la condición de operador económico. Si el objetivo de la Defensa de la competencia es contribuir a mejorar la eficiencia económica y el bienestar de las personas y de la sociedad, a nuestro juicio, ante la posibilidad de confluencia de tipos infractores, debe aplicarse el Derecho de la competencia con la única excepción de las cuestiones prejudiciales penales (art. 46 LDC).

Reducir el tiempo de tramitación de los expedientes y asuntos.

El artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE establece que las decisiones judiciales deben tomarse «dentro de un plazo razonable». Desde la perspectiva de los operadores económicos, la duración de los expedientes, desde sus primeros pasos hasta la decisión firme y cobro de las correspondientes indemnizaciones, es excesiva y supone incertidumbre y costes para dichos operadores y los ciudadanos. No se entiende, salvo en los casos más complejos, la ampliación de los plazos incluida en la reciente modificación normativa (Real Decreto 5/2023, de 28 de junio).

CONCLUSIONES

Las consideraciones anteriores, que podrían ser ampliadas, ponen de manifiesto que el Derecho de la Competencia y su aplicación por las ADC y los órganos jurisdiccionales deben someterse a *revisión* tomando en consideración las nuevas formas de los mercados, el aspecto dinámico de los mismos y las posibilidades abiertas por la aplicación de la Econometría, los instrumentos de la Inteligencia Artificial, el Aprendizaje automático y la utilización de los datos masivos que permiten iluminar espacios oscuros que no pueden ser conocidos con la debida precisión mediante el uso exclusivo del Derecho. En definitiva, *mejores instrumentos para que las ADC puedan desarrollar su tarea de garantía de la eficiencia del mercado y, así, asegurar que este despliega su importante función social.*

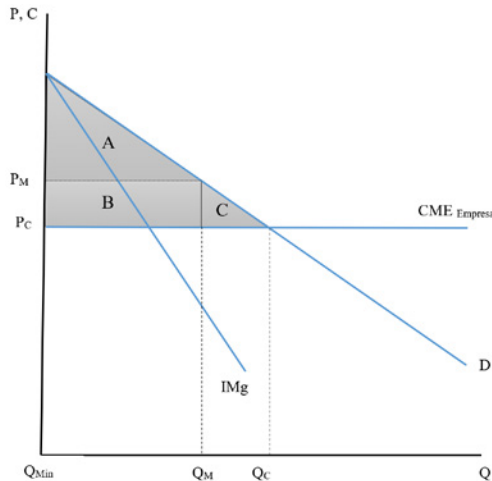
ANEXO

En este Anexo exponemos el marco conceptual básico que permite determinar si una colaboración entre empresas produce efectos netos positivos o negativos sobre el bienestar social. Las Figuras 2 y 3 reflejan el marco teórico empleado.

El eje vertical representa los precios (P) y los Costes (C) y el eje horizontal refleja las cantidades (Q). También se representa la Oferta (O) y la Demanda (D) de un determinado bien. La O representa el precio mínimo aceptable para el productor para cada unidad ofrecida del bien. La O coincide con la curva de Costes medios de la empresa (CME_{empresa}). Dicha coincidencia se explica porque para que al empresario le resulte rentable la producción de una unidad del bien, el precio mínimo que pague el comprador debe cubrir el coste (que incluye los beneficios normales) de producir dicha unidad. Al ser horizontal la curva de CME coincide con la de Costes Marginales (CMA). La D refleja el precio que están dispuestos a pagar los consumidores por cada unidad del bien. La curva de D es decreciente porque refleja que la disposición a pagar por los consumidores va disminuyendo a medida que aumenta el número de unidades del bien adquirido.

En un mercado competitivo, P y Q de equilibrio son el resultado de la coincidencia entre la O y la D. O, lo que es lo mismo: refleja la coincidencia entre el precio que están dispuestos a pagar los consumidores y el precio que resulta aceptable para el oferente. Cuando tiene lugar dicha coincidencia, se maximiza el bienestar social representado por el área sombreada de la Figura 2 (área A+B+C). Sin embargo, cuando las empresas ejercen su poder de mercado (individualmente o mediante un acuerdo), el P es superior al correspondiente al equilibrio y la Q es inferior. En estas circunstancias se registra una pérdida neta de bienestar para la sociedad, reflejada en el triángulo C

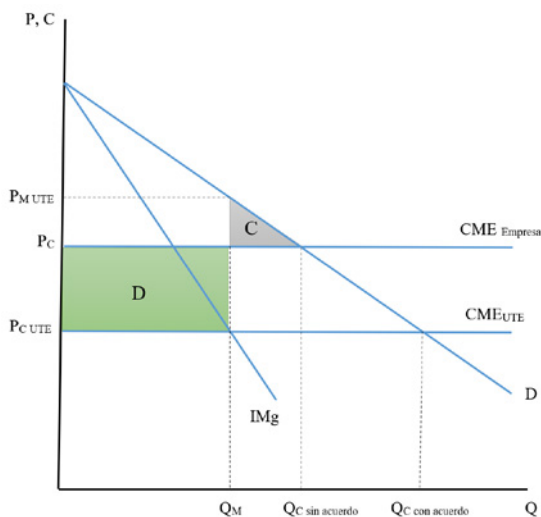
Figura 2



Fuente: Joaquín Artés, Amadeo Petibò.

En la Figura 2 se ha supuesto que un posible acuerdo horizontal no ha generado ganancias de eficiencia. En la Figura 3 se supondrá que un acuerdo hipotético (una UTE, p. e.) genera ganancias de eficiencia que se traducen en una reducción de los CME. Lógicamente, las curvas de CME son distintas, siendo inferiores tras el acuerdo (CME_{UTE}). En este caso, el precio ofrecido sería $P_{C_{UTE}}$, inferior al correspondiente antes del acuerdo. Y la cantidad de equilibrio sería superior.

Figura 3



Fuente: Joaquín Artés, Amadeo Petitbò.

Sin embargo, podría suceder que la UTE, además de generar eficiencias se tradujera en un aumento del poder de mercado de las empresas participantes en la misma al reducirse el número de competidores. En estas circunstancias, el precio ofrecido podría, incluso, situarse en el nivel P_{MUTE} , correspondiente a un precio de monopolio.

El ejemplo de la Figura 3 pone de relieve que los acuerdos horizontales entre empresas pueden tener efectos positivos derivados de la mayor eficiencia derivada de los acuerdos (rectángulo D), o efectos negativos como consecuencia del poder de mercado alcanzado tras el acuerdo (triángulo C). La determinación de cuál de los dos efectos tiene mayor impacto puede estimarse comparando las superficies de D y C.

Modelo constitucional económico e intervención estatal en la economía

Manuel Aragón Reyes

La ponencia de Amadeo Petitbò suscita el debate sobre el alcance de la intervención de los poderes públicos en relación con la actividad económica, en particular, la libertad de empresa (art. 38 CE). Se ha llegado a suscitarse que «sobre la base de los artículos 128.2 CE y 131 CE, todo es posible: desde la libertad total hasta la planificación de la actividad económica general».

No es esa mi opinión (pese a que la tesis que se deriva del párrafo antes transcrito haya sido defendida por algunos autores, sobre todo en los primeros años de vigencia de nuestra Constitución), puesto que la interpretación constitucional adecuada del artículo 38 CE conduce a concebir a la «economía de mercado» como una *garantía institucional*, que la Constitución establece, de manera que los límites y condiciones que el legislador puede imponer a la economía de mercado lo que no pueden es *desfigurar* esa garantía institucional, esto es, no pueden vulnerar la «imagen maestra» de dicha garantía (de manera análoga a como los límites sobre los derechos fundamentales no pueden vulnerar el «contenido esencial» de tales derechos).

Por ello, nuestra Constitución, como no podía ser de otra manera, *no desliga las libertades políticas de las libertades económicas* (ambas unidas en el «Estado democrático» que el art. 1.1 CE impone). La capacidad del legislador, derivada de las exigencias de la economía general, de establecer límites, ha de respetar, pues esa imagen maestra de la institución; también la planificación está sometida a la misma exigencia (de ahí la imposibilidad de planificar generalmente toda la economía, es decir, de publicarla por entero); de igual modo, el reconocimiento, por el artículo 128.2 CE, de la iniciativa pública en la actividad económica y de la capacidad de reservar al sector público recursos

o servicios esenciales, tampoco puede anular la libertad de empresa ni hacer desaparecer, por ello, la iniciativa privada en la actividad económica, ni sustraer, a la iniciativa pública en la economía, de las reglas de la libre competencia que, como elemento nuclear de la economía de mercado, han de considerarse constitucionalmente garantizadas.

En ese marco constitucional, la capacidad del legislador de regular la economía no sólo ha de *respetar las reglas del mercado, sino también los derechos fundamentales* que le son inherentes. Así el derecho de propiedad privada del artículo 33 CE, así como las diversas facetas del derecho de libertad de empresa, tales como la libertad de contratación, la libre iniciativa económica, y el mismo concepto de empresa, ya que del artículo 38 CE se desprende que la empresa es un instituto constitucionalmente protegido (con una imagen maestra integrada por la consiguiente libertad para crear empresas, para la autoorganización de las mismas y para la libertad de abandonar el negocio u objeto social de la empresa). Esas libertades, individuales e institucionales, pueden tener límites basados en la preservación de los intereses generales, pero tales limitaciones han de estar sometidas al principio de proporcionalidad y a la preservación del contenido esencial del derecho de libertad de empresa.

En tal sentido cabe recordar que el Tribunal Constitucional, que en los primeros momentos de su doctrina consideraba a la libertad de empresa, más que como un derecho fundamental, como una garantía institucional, ha ido cambiando su doctrina aceptando que el derecho de libertad de empresa es un *derecho fundamental* (como se desprende del art. 53.1 CE), con una necesaria dimensión subjetiva, que no puede desaparecer pese a la también dimensión objetiva de ese derecho.

En resumen, nuestra Constitución (democrática) *no puede considerarse neutral en materia económica*, ya que opta por un modelo perfectamente definido como modelo genérico, el de la economía de mercado, respecto del cual el legislador puede establecer límite o condiciones (siempre con la necesaria «razonabilidad» y «proporcionalidad»), pero nunca abandonarlo. Ahondando en el análisis constitucional, cabe decir que ese modelo genérico se concreta también (por obra de los arts. 38, 128 y 131, y en coherencia con el Estado social, reconocido en el art. 1.1. CE) en un modelo específico: el de la «economía social de mercado», que impide dos extremos: el de la economía de mercado totalmente libre y el de la economía totalmente planificada.

En materia, pues, de intervención pública sobre la economía, el modelo constitucional económico español ya no puede ser concebido como el de un Estado netamente «intervencionista» (un Estado «empresario»), sino como el de un estado «regulador», que, salvo excepciones (asumir directamente la rea-

lización económica en algún sector del mercado), de lo que se ocupa es de «regular» el mercado económico, atribuido esencialmente a la actividad de los particulares. Dicha regulación no sólo tiene como objeto preservar en general las reglas del propio mercado, sino también fijar determinados límites y condiciones para el ejercicio de la actividad económica en los sectores de mercado que, por incidir en materias de indudable proyección pública (energía, finanzas, seguros, etc.) han de estar más intensamente «regulados». Del Estado intervencionista se ha pasado, pues, al Estado «regulador».

En definitiva, la definición por el artículo 1.1 CE del Estado como «social, democrático y de Derecho», obliga a una *comprensión integradora* de esa definición (como reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia constitucional), de manera que el Estado social no puede significar la anulación del Estado democrático, ni éste la desaparición del Estado social, ni el Estado social y democrático apartarse de las reglas del Estado de Derecho, que son las que permiten la regularidad, previsibilidad y eficacia de la actuación pública, la garantía de la igualdad en la aplicación del Derecho y la inexorable seguridad jurídica sin la cual ni los ciudadanos ni las empresas pueden llevar a cabo, con regularidad, sus actividades.

Una *legislación técnicamente rigurosa* (que no se preste a confusiones ni a contradicciones) es, pues, requisito indispensable para que el Estado de Derecho sea una realidad. Como lo es también la existencia de un *control judicial, solvente e independiente*, que garantice la exacta aplicación de dicha legislación. Ello se proyecta en toda la actividad individual y social, pero muy especialmente en la actividad económica, en la que, además de «buenas leyes» y del control judicial, resulta imprescindible el control que han de llevar los organismos reguladores de los mercados, caracterizados igualmente por su solvencia e independencia.

Lo expuesto hasta ahora, resumidamente, es el marco constitucional que ha de regir para la intervención pública en la economía. La economía social de mercado, que hace compatible el Estado democrático y el Estado social, la sujeción de la intervención pública de la economía a las reglas del Estado de Derecho, la protección de los derechos económicos (que no cabe dissociar de los derechos civiles y políticos), el Estado regulador (y no exactamente intervencionista) son, en definitiva, los principios constitucionales ordenadores del sistema económico.

Más aún, y en la medida en que nuestro ordenamiento (en su totalidad) ha de estar sujeto al ordenamiento de la Unión Europea, la interpretación del artículo 38 CE en consonancia con el Derecho de la Unión conduce a que, en nuestro modelo constitucional específico de economía, la libre competencia en

condiciones de igualdad debe considerarse como un *ingrediente inseparable de la imagen maestra de la garantía institucional* que ampara ese modelo. No creo, en consecuencia, que en esta materia se dé una contradicción insalvable entre la Constitución española y el Derecho de la Unión Europea. En realidad, las condiciones democráticas que se exigen a todos los Estados miembros implican también que en todos ellos hayan de respetarse, no sólo las libertades políticas, sino también las libertades económicas, que son susceptibles de limitación, pero nunca de destrucción.

El regulador independiente de los mercados, el caso del supervisor del mercado de valores

Sebastián Albella Amigo

Los supervisores económicos no son instituciones de rango constitucional, pero tenerlos, que estén bien dotados y que actúen de modo neutral y suficientemente independiente es extraordinariamente importante para el buen funcionamiento de la economía y de los mercados. Y también lo es desde una perspectiva ética o democrática. Unos buenos supervisores económicos pueden contribuir decisivamente a garantizar que los agentes económicos se desenvuelven de modo respetuoso con las normas y a que sus intereses particulares no prevalezcan sobre los generales. En definitiva, a una sociedad democrática de más calidad.

Las líneas que siguen contienen algunas reflexiones sobre uno de ellos, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

La CNMV es, ante todo, una entidad de supervisión. Ni a Manuel Conthe (me consta) ni a mí nos gusta especialmente la expresión «regulador». Preferimos hablar de supervisión. Hacer referencia a la CNMV como regulador tiende a destacar un aspecto relativamente secundario de la función o papel que corresponde al organismo, su capacidad normativa, propiamente dicha o en términos de «soft law». Frente a ello, la CNMV es sobre todo y en esencia un supervisor, una entidad que *supervisa la prestación de servicios de inversión y en general el mercado de valores, velando por que las normas se apliquen adecuadamente.*

Hay que reconocer, no obstante, que la voz «regulador» tiene el mérito de evocar que el organismo, precisamente mediante sus actuaciones de supervisión, modula el tráfico en los mercados financieros, incidiendo en cómo son y se ofrecen los productos de inversión, en la información que

circula sobre ellos y sobre los emisores y en el modo en el que éstos, los emisores, desarrollan su actividad en el mercado de capitales y son objeto de operaciones corporativas.

Forma parte del acervo cultural de los países civilizados, yo diría incluso del mundo, que las funciones que corresponden a entidades como la CNMV se ejerzan de *modo autónomo, con un suficiente nivel de independencia, y por entidades especializadas y bien dotadas*. Para ilustrar esto basta con traer a colación los principios A-2 y A-3 de la solemne lista de principios IOSCO, la *International Organization of Securities Commissions*, organización internacional de comisiones de valores, de la que forman parte 130 países y cuya sede –algo poco conocido– está en Madrid:

The Regulator should be operationally independent and accountable in the exercise of its functions and powers;

the Regulator should have adequate powers, proper resources and the capacity to perform its functions and exercise its powers.

La CNMV se creó en octubre de 1988, hace más de treinta años. Es, pues, una institución añeja para los estándares de nuestro país y bastante consolidada. Y sólo por ello especialmente valiosa. Su nacimiento tuvo que ver con la liberalización del sistema financiero y de los mercados de valores de aquellos años, de la que fue pieza importante la Ley del mercado de valores y que exigía un sistema de supervisión vigoroso y eficiente y dotado de un nivel adecuado de independencia.

UN SISTEMA DE SUPERVISIÓN EFICIENTE

Creo –yo estaba allí, como Manuel Conthe– que lo primero, crear un *sistema de supervisión potente y eficaz*, fue en aquellos momentos el objetivo principal.

Antes de la liberalización apenas había supervisión. De un lado, la distribución entre particulares de productos financieros estaba bastante menos desarrollada que ahora; la industria de la inversión colectiva, por ejemplo, se encontraba en una fase mucho más inicial; de otro, las operaciones bursátiles eran obligatoriamente intermediadas por ciertos profesionales oficiales (los agentes de cambio y bolsa) y la preocupación por la transparencia y por el abuso de la información privilegiada era todavía muy incipiente. Pero el mercado y las mentalidades estaban cambiando de modo acelerado y era necesario un sistema de supervisión consistente. Y,

precisamente para que fuera serio y eficaz, al diseñarlo se quiso huir, más que del Derecho administrativo, de las *inflexibilidades y lentitudes de la Administración*, y sobre todo de sus dificultades para atraer y retener talento que se derivan a veces de las rigideces presupuestarias y del limitado juego de los incentivos en la función pública ordinaria; un talento que es especialmente necesario en el caso de los supervisores financieros, que ejercen su función con respecto a un ámbito singularmente sofisticado y con gran capacidad de atracción de profesionales de buen nivel. La CNMV fue dotada de ingresos propios (tasas a percibir de los participantes en el mercado) y de un presupuesto autónomo manejable de modo flexible sin perjuicio de la necesidad de autorizaciones específicas del Ministro de Economía o del Gobierno para gastar más de lo previsto, y se sujetó a su personal al régimen laboral.

Desgraciadamente, esta mayor flexibilidad *decayó progresivamente* con el tiempo, hasta el punto de que el control por parte del Ministerio de los gastos de personal (de largo la partida de gasto más relevante) se convirtió con el tiempo en férreo, similar en intensidad y en el modo en que es ejercido al que corresponde a organismos sin ninguna relación con los mercados y su supervisión y con una dinámica y exigencias en su actividad diametralmente distintas. Y el hecho de que el personal esté sujeto a régimen laboral, comparando con el régimen convencional de los funcionarios, en la práctica se traduce en muy poco, sólo en cosas no buscadas como la ausencia de edad máxima de jubilación.

SUPERVISIÓN INDEPENDIENTE

También se quiso, como decía, que la entidad que iba a supervisar y poner orden en los mercados de valores gozara de independencia o, por ser más precisos, de un *nivel de independencia apropiado*.

A veces se habla de la independencia de este tipo de instituciones como de algo que forma parte de su esencia, que sería inmanente a su naturaleza, pero en realidad su justificación es meramente *utilitaria o funcional*, por lo que no creo que haya que exagerar.

Se trata de propiciar que la función de supervisión se ejerza de forma *estable*, con mirada de largo plazo, siempre de modo limpio y neutral, y sin verse perturbada por los vaivenes y enredos de la política. Julio Segura, también ex presidente de la CNMV, en el capítulo introductorio de un libro muy

interesante que coordinó hace pocos años sobre las agencias independientes¹ cita a propósito de esto una frase del célebre juez Hughes, que presidió el tribunal supremo de los Estados Unidos en los años treinta, momento en el que se creó la SEC (la *Securities and Exchange Commission*, padre y modelo de este tipo de organismos supervisores): «traducir un principio en decisiones debidamente adaptadas a casos concretos requiere de un organismo técnico y con experiencia que actúe continuamente y que sea tan ajeno como sea posible a los engaños e intrigas de la política». Las inversiones de los ciudadanos, un mercado de capitales que funcione ordenada y eficientemente y la estabilidad financiera son algo demasiado serio y delicado...

La independencia –por supuesto también de intereses privados– es particularmente necesaria en un ámbito en el que, aunque obviamente cabe impugnar las decisiones del organismo ante los tribunales, por razones prácticas se *litiga muy poco* contra ellas. Los tiempos de los tribunales no encajan con la velocidad y requerimientos prácticos de los mercados financieros. En el campo sobre el que proyecta sus actuaciones la CNMV el Derecho vale, sobre todo, para *discutir* con los funcionarios y tratar de convencerles; no tanto para *corregir* decisiones que puedan ser incorrectas. Es un campo en el que debe propiciarse al máximo que las decisiones de la autoridad sean, «de saque» (por utilizar una expresión coloquial), ecuanímes y basadas en fundamentos sólidos. Y no hay duda de que la nota de *independencia, junto a la de especialización técnica, contribuye a ello*.

Esa visión *utilitaria o funcional* de la independencia de organismos como la CNMV debería servir para salir al paso de críticas radicales al actual sistema de nombramiento de sus órganos de gobierno, que se basa en que la iniciativa o papel principal corresponde al Gobierno. El Gobierno dirige la política interior y exterior y la administración, como dice la Constitución, y es coherente con ello reconocerle un papel relevante también en este ámbito. A mi juicio, siempre que se mantengan otros aspectos y exigencias (mandato de duración fija, inamovilidad, comparecencia previa ante el parlamento), es normal y razonable que el Gobierno pueda nombrar a los miembros del Consejo de la CNMV; eso sí, debe hacerlo de un modo *leal*, cumpliendo realmente el requisito de que el nombramiento recaiga en «personas de reconocida competencia en los mercados de valores» y aceptando sin reservas mentales que, también en casos conflictivos, cuando no resulte fácil, esas

¹ *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, Fundación Ramón Areces, 2018.

personas actuarán con independencia, dando prioridad a la aplicación leal y prudente de las normas.

El problema se plantea en la *práctica*. Es obvio que no pocos nombramientos de miembros del Consejo de la CNMV, a lo largo de la historia del organismo, han respondido principalmente a un afán por controlar la institución o han recaído en personas no suficientemente expertas en cómo funcionan los mercados financieros y las compañías y, sólo por ello, más proclives a atender solicitudes o indicaciones externas. La tentación es demasiado grande. Se trata de un ámbito que puede ser muy sensible. Basta recordar episodios como la opa sobre Endesa; o la venta masiva de participaciones preferentes en los albores de la crisis financiera; o recordar los nervios que a veces genera la operativa en corto, real o imaginaria; o casos de *insider trading* que han afectado a personajes importantes...

Aquí una observación. Que los nombramientos sean correctos depende de la *calidad*, en última instancia en términos éticos, del Ministro de Economía o Gobierno de turno, pero puede verse favorecido en la práctica por las circunstancias. Así, parece más factible –desgraciadamente sólo más factible– que se hagan con *lealtad* institucional en situaciones de Gobierno en minoría o de coalición, en las que el nombre de los candidatos haya de ser negociado entre varios partidos.

En todo caso, caben *mejoras* en el sistema que contribuyan a evitar tentaciones y a que los nombramientos sean hechos leal y honradamente: que pasen por el «hearing» parlamentario para evaluar idoneidad y conflictos no sólo el Presidente y Vicepresidente, sino todos y cada uno de los consejeros, a título individual; definir con más precisión los requisitos (por ejemplo, precisar que la experiencia o reconocida competencia en materias relacionadas con el mercado de valores ha de ser directa y relevante); establecer un trámite formal de consulta previa a la propia CNMV o a su presidente sobre el perfil deseable del candidato al objeto de asegurar la diversidad de conocimientos y experiencia en el consejo... Otra posibilidad, también para reforzar la independencia de la institución manteniendo en esencia el sistema de nombramiento, sería que, como ocurre en el caso del Banco de España, el Vicepresidente fuera nombrado a propuesta del Presidente.

Por cierto, que la explicación funcional de la independencia tiene como trasunto que el regulador independiente de los mercados *no debe* «meterse en política». Por ello, es perfectamente razonable que sus facultades normativas sean limitadas, circunscritas a aspectos muy técnicos o de interpretación, y debe ser cuidadoso y muy respetuoso con la iniciativa del gobierno a la hora de regular. Un ejemplo, algo límite por lo instaladas que están en nuestras

conciencias las preocupaciones por el medio ambiente y en general relacionadas con el movimiento ESG (Environmental, Social and Governance): no es cosa de la CNMV promover la lucha contra el cambio climático o las iniciativas de responsabilidad social en entidades financieras y empresas. Es cosa, en su caso, del Gobierno. El regulador de los mercados debe limitarse a *supervisar* que se cumplen las normas aprobadas por el Parlamento o el Gobierno, o por la Unión Europea en dicho ámbito (entre otros aspectos, sobre la información no financiera que deben publicar las empresas o los intermediarios financieros facilitar a sus clientes).

LA CNMV Y EL ESTADO AUTONÓMICO

Acabo llamando la atención sobre dos cuestiones interesantes, aunque poco relacionadas con lo dicho hasta aquí: la posición singular de la CNMV en un Estado fuertemente descentralizado como España y las implicaciones para la institución del creciente nivel de cooperación en Europa en materia de supervisión financiera.

Sin ninguna duda, la atribución a una autoridad independiente de las competencias de supervisión de los mercados de valores *ha facilitado y apuntalado que estas se mantengan en el nivel estatal sin apenas discusión ni tensiones*. Algo por lo que debemos felicitarlos, no por nostalgia de un Estado central más fuerte o porque pueda ser deseable que haya aspectos distintos de la defensa en que el Estado actúe en toda España, sino porque hace más factible una supervisión eficiente y de calidad.

En 1997 el Tribunal Constitucional resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos en su momento por el Gobierno Vasco y el Parlamento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley del mercado de valores de 1988 respaldando en general el contenido de ésta, incluidas las competencias supervisoras de alcance nacional de la CNMV. La sentencia basó su argumentación, en particular, en la competencia estatal sobre las bases de la ordenación del crédito y la planificación económica, y claramente tuvo muy en cuenta que *nada hay más integrado que los mercados de capitales*, cuyas instituciones tienden de modo natural a *consolidarse*, y que la supervisión en este ámbito exige *especialización*, equipos expertos y entrenados que sólo pueden generarse en ámbitos con masa crítica suficiente.

Desde entonces, la cuestión ha de considerarse pacificada. Ni siquiera generó especial tensión en este ámbito el nuevo estatuto de autonomía de

Cataluña de 2006, que sólo se refirió al ámbito de actuación de la CNMV al tratar de las competencias de la Generalidad en materia de centros de contratación de valores situados en Cataluña, aspecto poco relevante en términos prácticos, y que, a diferencia del caso de las entidades de crédito o aseguradoras, no mencionó expresamente los servicios de inversión ni ningún área normativa ni entidad especializada del sector (empresas de servicios de inversión, gestoras de fondos, depositarios de valores, plataformas de financiación participativa...).

LA CNMV Y EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

La CNMV, finalmente, como otras autoridades independientes españolas, está viéndose muy afectada por el proceso de integración europea. Cuando era presidente de la entidad me gustaba subrayar que éramos, la CNMV, cada vez más y al mismo nivel, de un lado, un *supervisor nacional* y, de otro, un elemento o parte de la *autoridad europea* de supervisión de los mercados de valores (ESMA, la *European Securities and Markets Authority*), una de las autoridades europeas de supervisión financiera creadas en 2010, tras la crisis financiera, a raíz del famoso *informe Larosière*.

ESMA tiene atribuidas muy relevantes competencias: de supervisión directa en ciertas áreas –por ejemplo, en relación con las agencias de *rating*–; de coordinación y promoción de la llamada convergencia supervisora entre las autoridades nacionales; competencias en el ámbito normativo, etc. Y, al igual que las autoridades europeas en materia de banca y seguros –EBA y EIOPA– está diseñada como una *autoridad independiente*, cuestión en la que se insiste en los correspondientes reglamentos europeos que las regulan.

Centrándonos en el reglamento de ESMA, de 2010 aunque modificado de modo relevante en 2020, llamo la atención sobre dos previsiones que contiene en relación con las autoridades nacionales, cuyos presidentes o equivalentes, entre ellos el de la CNMV, integran el órgano máximo de la organización (el «Board of supervisors»), formando parte también algunos de ellos del consejo o comité de dirección («Management board»): la que establece que los miembros de estos órganos actuarán en ellos *independiente y objetivamente en interés de la Unión* globalmente considerada y no atenderán instrucciones de ninguna institución o instancia europea, de ningún gobierno ni de ninguna otra entidad privada o pública, y la que encomienda a ESMA, entre otras muchas tareas, la de promover y monitorizar la independencia de los supervisores nacionales.

■ INSTITUCIONES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, CONVERSACIONES

Hasta aquí estas reflexiones sobre la relevancia y función de la CNMV. Creada hace más de tres décadas, la institución ha vivido fases distintas, en las que ha sido percibida con más o menos fuerza como un supervisor eficiente y verdaderamente independiente, pero nadie puede poner en duda su notable contribución a la modernización del sistema financiero español y a mejorar las pautas de conducta de quienes participan en él.

IV. SEGURIDAD JURÍDICA

La demanda económica de seguridad jurídica

Benito Arruñada

La prosperidad de las naciones depende de que los agentes económicos confíen en las leyes y de que los jueces protejan la propiedad y hagan cumplir los contratos. Esta «seguridad jurídica» es condición necesaria para que la economía funcione con eficiencia y pueda alcanzar mayor equidad y prosperidad.

Por desgracia, los índices internacionales sitúan a España en esta materia en puestos mejorables. Critican, en cuanto a la Justicia, su lentitud, escasa independencia e ineficacia al ejecutar sentencias; y, en el plano legislativo, la inflación de normas, en exceso cambiantes y de mala calidad. Además, empiezan a detectar un deterioro creciente en ambas dimensiones.

En cuanto a lo económico, cabe entender que las instituciones proporcionan seguridad jurídica si protegen los derechos de propiedad y reducen los costes de transacción. Proteger la propiedad es necesario para que individuos y empresas centren sus esfuerzos en actividades productivas y no en apropiar recursos ajenos, lo contrario de la ley de la selva. Pero no basta con asegurar la propiedad. Para que individuos, empresas y naciones sean prósperas, han de especializar su producción, lo que requiere intercambios y transacciones, no sólo para comerciar bienes y servicios sino para reasignar el consumo en el tiempo, así como los riesgos entre individuos con diferente aversión al riesgo. Por ello, las instituciones también han de reducir los costes de estas transacciones, posibilitando que los agentes económicos puedan intercambiar bienes y servicios; y, cuando dichos costes de transacción resulten prohibitivos, promulgando reglas imperativas para contener las externalidades y acercarnos al óptimo colectivo.

El resto del capítulo discute desde el punto de vista económico cómo desarrollan estas funciones las instituciones españolas; pero antes de entrar en materia procede expresar un par de cautelas. Por un lado, como todo esfuerzo interdisciplinario, el diálogo entre la economía y el derecho es arduo, por lo que apelo a la benevolencia del jurista respecto a los malentendidos que pueda generar una exposición que, por limitaciones de espacio, ha de ser necesariamente esquemática. Aunque ambas disciplinas coincidan en parte de su terminología, no suelen coincidir tanto en los significados, pues sus preocupaciones son diferentes y suelen manejar distintos supuestos metodológicos. Es éste el caso no sólo del término «seguridad jurídica», cuyo alcance jurídico suele ser más reducido del que aquí se usa, sino incluso del tipo de «derecho» que se suele dar por supuesto, el vigente en una jurisdicción en un determinado momento y no, como aquí, el derecho instrumental que, supuestamente, necesitan y demandan los operadores económicos.

Por otro lado, una crítica abreviada, como la de este capítulo, se limita a exponer un juicio, y corre por tanto el riesgo de ser percibida y despachada sumariamente como de inspiración «ideológica», sin atender a sus fundamentos ni a la evidencia empírica en que se apoya. Al desterrarla al ámbito de las creencias, esa respuesta superficial evitaría confrontar sus méritos. El lector sinceramente interesado en evaluarlos puede examinar mis trabajos sobre «La seguridad jurídica en España»¹ y las raíces culturales de la situación que atraviesan nuestras instituciones².

DETERIORO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Cuando los países alcanzan cierto grado de desarrollo, suelen olvidar que la seguridad del derecho de propiedad es condición necesaria para la prosperidad económica. En España, la situación es deficiente en lo relativo a la protección tanto de la propiedad física como intelectual. Incluso la protección constitucional de la propiedad está mediatizada por las crecientes limitaciones que impone su «función social» y porque la ley puede definir las facultades del titular sin que, como norma general, dé lugar a indemnización. Resulta llamativo que, si bien la propiedad se incluye en el capítulo de la Constitución referente a los derechos y libertades, no se integre entre los quince artículos que contemplan los «derechos fundamentales y libertades públicas» (entre los que

¹ FEDEA, *Estudios sobre la economía española*, núm. 2021-18, 2021, Madrid.

² «Malas leyes», *Información Comercial Española, Revista de Economía*, 915, 2020, 9-28.

sí tienen cabida los derechos de sindicación y huelga), sino que se sitúa entre los «derechos y deberes de los ciudadanos».

Por ello, no es extraño que la concreción de esta protección constitucional esté siendo crecientemente cuestionada en el plano internacional, tanto en términos de indicadores como de litigios. Además de los pobres resultados que obtenemos en cuanto a algunos de los indicadores cuantitativos, es alarmante que se hayan promulgado normas que, desde un punto de vista económico, pueden entenderse como expropiaciones de derechos sin una indemnización apropiada. A juicio de muchos observadores, sucedió así con la Ley de Costas de 1988, o con los cambios introducidos desde 2012 en la regulación de las energías renovables, normas que han recibido diversos varapalos en foros supranacionales, tanto legislativos como judiciales y arbitrales. Asimismo, se ha relajado el *enforcement* de otros derechos de propiedad, diluyendo en gran medida el valor de los bienes para el titular. Un ejemplo notable es el de los desahucios de viviendas ante supuestos de impago de hipotecas y alquileres, así como la permisividad con su ocupación ilegal, insólita en nuestro entorno internacional. Ambos han sido refrendados por la ley de vivienda promulgada en 2023.

De modo similar, si bien el buen funcionamiento de las instituciones que sustentaban el mercado hipotecario (Registro de la Propiedad y procedimiento sumario de ejecución) habían favorecido su expansión con un notable grado de eficiencia, desde la crisis de 2008 algunos de sus elementos esenciales han sido modificados de forma drástica, en parte por aplicación del derecho de consumo europeo. Tales cambios entrañan consecuencias potencialmente graves, al diluir la eficacia real de la garantía hipotecaria. Cabe incluso dudar cuánto del crédito hipotecario es hoy, de hecho, mero crédito personal que cuenta con garantía hipotecaria tan sólo como una protección adicional.

Asimismo, el funcionamiento del derecho administrativo y, en concreto, la ineficacia de los mecanismos de responsabilización personal de los decisores públicos pone en peligro el valor de numerosos derechos de propiedad, tanto más cuanto mayor es la capacidad reguladora de esos decisores. De modo similar, los créditos de los entes públicos siguen disfrutando privilegios concursales que, por su propia existencia, ocasionan una notable pérdida de valor para los derechos de propiedad privados sobre los correspondientes activos.

Por último, en el ámbito fiscal algunos gravámenes han alcanzado niveles que en otros países se consideran confiscatorios. Por ejemplo, el tipo marginal máximo del IRPF se ha llegado a situar en el 56 %, por encima del 50 % que el Tribunal Constitucional alemán consideró en 1995 que marcaría el límite de lo confiscatorio. En la práctica, incluso más que esta cifra, posteriormente ma-

tizada, importa el hecho de que en España esos niveles se alcanzan para rentas mucho más bajas. Otro caso extremo es el del impuesto de plusvalía municipal, que ha venido a ser refrendado parcialmente por una sentencia del Tribunal Constitucional, la cual, si bien declara inconstitucional que la cuota a satisfacer exceda el incremento patrimonial, ha venido a amparar la confiscación de la mayor parte de la ganancia obtenida por la transmisión. Es también revelador que, a raíz de la crisis económica de 2008, el Ministerio de Hacienda adoptase medidas de lucha contra el fraude que más tarde se demostraron ilegales, como el régimen de sanciones y la no prescripción de hechos punibles en relación con la obligación de informar sobre los bienes situados en el extranjero mediante el formulario 720, condenado por el TJUE tras ser recurrido por la Comisión Europea. Las crisis posteriores han dado lugar a nuevas erosiones al derecho de propiedad y a la libertad contractual y de empresa, al limitar alquileres y desahucios, o establecer impuestos extraordinarios a empresas de banca y energía.

LEY Y JUSTICIA PARA LA CONTRATACIÓN

Los contratantes económicos suelen confrontar graves problemas informativos, pues ignoran muchas de las variables relevantes. En este sentido, una función básica del derecho es proporcionar un contrato estándar dotado de un enorme grado de detalle, tal que aporte soluciones razonables para las contingencias más probables, mientras que, para las contingencias nuevas o menos probables, las partes pueden confiar en una intervención judicial que obedezca a su «voluntad hipotética» en el caso de que se hubieran parado a estipular una solución expresa para la correspondiente contingencia.

Estas reglas dispositivas son las únicas necesarias si se cumplen dos condiciones. Por un lado, que las partes del contrato estén bien informadas, de modo que sepan mejor que nadie lo que les conviene, lo que asegura el óptimo individual. Por otro lado, que ese óptimo individual coincida con el óptimo colectivo, y ello pese a los perjuicios que su actuación pueda causar a terceros (por ejemplo, como fruto de la competencia entre empresas). Por el contrario, si no se cumplen algunas de estas dos condiciones en cuanto a información y externalidades, pueden ser necesarias reglas imperativas o, lo que viene a ser equivalente, que los jueces «regulen» el contrato aplicando soluciones distintas de las que puedan haber pactado las partes o incluso que no reconozcan la existencia del propio contrato.

La lógica de ambos tipos de reglas es, pues, muy diferente. Mientras que la regla dispositiva busca reducir el coste en que incurren las partes para contratar, ofreciéndoles una solución estándar para sus contingencias más comunes, la regla imperativa evita fallos en la contratación libre, ya se deriven dichos fallos de déficits en la racionalidad de los contratantes o de que la libre contratación origina efectos externos.

Desde esta perspectiva conceptual, es bastante probable que, como documento en los trabajos mencionados anteriormente, nuestra legislación sufra simultáneamente un notable exceso de reglas imperativas, que serían innecesarias porque no responden a fallos genuinos de la contratación libre; y un déficit de reglas dispositivas o de libre incorporación a los contratos, cuya presencia ayudaría a reducir los costes contractuales proporcionando soluciones estandarizadas y razonables para las situaciones más comunes. Asimismo, según numerosos autores, nuestras leyes padecen una decreciente calidad técnica, agravada porque tienden a multiplicarse sin necesidad y a cambiar con excesiva rapidez y de manera inesperada.

Por último, en cuanto al funcionamiento de nuestros tribunales de justicia se suele criticar su lentitud, pero es probable que su fallo más dañino resida en la baja calidad e imprevisibilidad de las sentencias, muchas de las cuales se basan en criterios de justicia material con intención redistributiva pero escasa racionalidad; o que fuerzan la interpretación del contrato con el fin de establecer nuevas reglas que, de hecho, entrañan efectos económicos de carácter retroactivo. Asimismo, las sentencias motivadas por un deseo de proteger a la parte «débil» de los contratos existentes, redistribuyendo recursos su favor, ponen en peligro la posibilidad de que los agentes económicos suscriban contratos similares en el futuro, al endurecer las condiciones a las que se enfrentarán individuos con características similares a aquellos a los que, ya sea por ingenuidad o postureo, tales sentencias pretenden proteger. En consecuencia, la contratación privada padece dificultades para dotarse de mecanismos de autorregulación y la Justicia asume funciones para las que, de hecho, carece de ventaja comparativa (una situación ésta que se presenta quizá con mayor frecuencia en materias laborales y de consumo).

CONCLUSIÓN

Terminaré formulando una hipótesis explicativa de esta involución que padece el derecho español, y cuya causa cabe situar en su peculiar politización. Durante casi cuatro décadas hemos seleccionado a los principales servidores

del derecho con criterios de fidelidad política y no de competencia profesional. Con ello, se multiplica la *selección adversa*, ya que, según los datos demoscópicos, los ciudadanos también valoramos poco la competencia profesional al elegir a nuestros políticos. Éstos, además, han aprendido a pagar rentas económicas a quienes ocupan esos altos puestos jurídico-judiciales, con lo que refuerzan con un interés monetario la fidelidad de sus elegidos. Resulta así natural que éstos hagan reverencias al poder. También que tiendan a sacralizar el derecho, como mecanismo para disimular sus carencias.

Tras cuarenta años de selección adversa y actitud reverencial, potenciadas por el siglo largo que la mayor parte de nuestra intelectualidad ya lleva idealizando al estado, a nuestra élite jurídica le cuesta incluso imaginar un derecho obediente a los deseos de los ciudadanos que han de usarlo. Para muchos de sus miembros, el derecho imperativo que expresa la voluntad del estado es casi el único imaginable. Les cuesta concebir un derecho instrumental, mero conjunto de reglas dispositivas al servicio de los contratantes potenciales, y adaptadas a las circunstancias de la sociedad y la economía. Como mucho, le conceden escasa importancia y un papel subalterno.

Apoya este juicio la constatación de que, pese a que en campos enteros del derecho, como el laboral o el concursal, los agentes privados huyen de la formalidad y la litigación, el *establishment* jurídico apenas se siente preocupado. A menudo, se excusa en una supuesta carencia de recursos judiciales, pero sin valorar el efecto de la calidad de leyes y sentencias, ni apreciar que una mayor oferta judicial entraña efectos ambiguos porque reduce un componente clave del precio total de acudir a la justicia, el asociado al tiempo de espera.

De hecho, gran parte de nuestro derecho discurre como si supusiera que los individuos siempre contratan como dicta el legislador. Olvida así el equivalente jurídico de la ley de la gravedad: el que dos partes no contratan si una de ellas no quiere. Cuando muchas de esas partes ya han desistido y los mercados colapsan, como ha empezado a ocurrir últimamente con el alquiler de viviendas, pretende reanimar a quienes no han logrado escapar regalándoles reinterpretaciones *ad hoc* de leyes y contratos. Regaladas siempre a costa de sus socios contractuales; a menudo, de los acreedores; o, en el caso del alquiler, de los arrendadores. Sucede entonces que estos socios, temerosos de tanta generosidad por cuenta ajena, se vuelven aún más escasos. Pero el derecho insiste. En vez de empezar a preocuparse por la contratación potencial que ha hecho imposible, sigue centrando toda su atención en los contratos residuales.

El *establishment* jurídico-judicial es también comprensivo con los caprichos y la jerga del poder, para lo que sabe echar mano de todo tipo de trampas

semánticas. A imitación de Humpty Dumpty, el más leguleyo de los personajes de Carroll, los servidores de nuestros visires no encajan los significados para justificar sus prejuicios, sino que «desarrollan nuevos criterios y conceptos». Poco importa que muchas de esas excusas sean bizantinismos oportunistas, una traducción apresurada del último *jabberwocky*, o, cuando interviene un glosador más erudito, saldos de tienda del buen derecho.

Por todo ello, no debe sorprendernos que buena parte del derecho español, como el rey de la fábula XXXII del Conde Lucanor o el emperador con traje nuevo de Andersen, ande harapiento, si no medio desnudo. Tampoco que sus sastres y algunos de sus cortesanos persistan en alabar lo vistoso de sus galas. Si estoy en lo cierto, al politizar la élite jurídica y judicial no sólo hemos destruido la separación de poderes, sino que nos estamos condenando a sufrir un derecho de mala calidad.

Sobre la seguridad jurídica

Fernando Irurzun Montoro

Comparto con Benito Arruñada su defensa de la seguridad jurídica como un valor esencial para el desarrollo y funcionamiento de las Instituciones en una sociedad moderna, así como su papel indispensable para el buen orden económico.

No cabe duda, y así lo hemos venido manteniendo, que la seguridad jurídica se ha visto deteriorada en los últimos tiempos por algunos fenómenos que tienen rasgos peculiares en España: entre ellos, el empeoramiento de la calidad normativa, el abuso de los instrumentos del legislador de urgencia o la proliferación innecesaria de normas como consecuencia del Estado de las Autonomías. En esto no discrepo tampoco de las observaciones del Profesor Arruñada.

En lo que sí discrepo respetuosamente es con su conclusión sobre el estado de protección de la propiedad en España, cuando afirma que «en comparación con los países vecinos, la situación de España es deficiente». Mi discrepancia es si cabe mayor con algunos de los ejemplos que se citan para sostener esa conclusión.

Se sostiene que la protección constitucional del derecho de propiedad en España está «siendo crecientemente cuestionada en el plano internacional, tanto en términos de indicadores como de litigios»; o que «es alarmante que se hayan promulgado normas que, desde un punto de vista económico, pueden entenderse como auténticas expropiaciones de derechos sin una indemnización suficiente», citando como ejemplos la Ley de Costas de 1988 o «los cambios que se introdujeron desde 2012 en la regulación de las energías renovables».

Creo que al invocar el plano internacional como fuente de reproche o censura sería bueno ser rigurosos sobre el origen de esos reproches. No digo que una censura en el Parlamento Europeo no produzca un daño reputacional. Sin

duda. Pero no es menos cierto que los parlamentos son instituciones políticas, «partidistas» –dicho sin connotaciones peyorativas–, cuyas críticas forman parte de la legítima lucha política y que no deberíamos equipararlas a las que puedan realizar, en la perspectiva que aquí interesa, órganos jurisdiccionales.

Del mismo modo que cuando hablamos de derechos humanos conviene no poner en el mismo rango las censuras de los órganos jurisdiccionales que las que hacen comités o comisiones de carácter diplomático o político, como es el caso de los comités de Naciones Unidas. No se interpreten mis palabras como un menosprecio de dichos organismos, pero tampoco les atribuyamos más valor del que tienen o del que es consustancial a su naturaleza y, sobre todo, a su composición. Si se me permite una anécdota ilustrativa de cuanto quiero decir, recuerdo haber tenido que contestar en uno de esos comités, representando a España, una pregunta de un representante de Egipto –sí, Egipto– sobre la protección de la libertad de prensa en España como consecuencia del cierre judicial del diario *Egin*, ordenada en su día por el Magistrado Baltasar Garzón.

Pues bien, si hablamos de la Ley de Costas de 1988, lo cierto es que no sólo no me consta ningún reproche a esa Ley del Tribunal de Justicia de la UE o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en cuyo ámbito de protección está también el derecho de propiedad, art. 1 del Protocolo I al Convenio Europeo de Derechos Humanos), sino más bien lo contrario. Véase, al respecto la referencia a la legislación española de Costas contenida en la sentencia de Gran Sala del TEDH en el asunto *Depalle vs. Francia*, párrafos 90 y 53, y al sistema de compensación de derechos previsto en dicha Ley. Por cierto, ante ese Tribunal, España ha sido demandada en alguna ocasión por supuesta violación del derecho de propiedad sin haber sido condenada: me refiero al caso *Ruspoli* en relación con el derecho de tanteo del Estado cuando se pretenden enajenar obras catalogadas como parte del Patrimonio Histórico Español.

Sobre los arbitrajes internacionales relacionados con los cambios en el régimen de subsidios a las energías renovables, me limitaré a señalar –porque no dejo de haber sido abogado de parte– que los laudos arbitrales no son todos ellos condenatorios y, los que lo son, suelen ser parcialmente estimatorios. Un asunto en el que, por cierto, el TEDH parece haber inadmitido también alguna demanda.

Del mismo modo, cuando se alude al deterioro del «buen funcionamiento de las instituciones que sustentaban el mercado hipotecario», conviene no pasar por alto que gran parte de lo que se denomina deterioro no trae causa de decisiones normativas españolas, sino de las normas de la UE en materia de protección de consumidores, o del modo en que han sido interpretadas por el TJUE. Es verdad que en este punto no han faltado, en ocasiones, alguna

dosis de un mal entendido «activismo judicial» –no gubernamental– español o una insuficiente profundidad en la descripción o entendimiento de la normativa española. Tampoco negaré –hago una concesión en esto al Ponente– que ello puede traer como consecuencia un perjuicio al buen funcionamiento del mercado hipotecario español (bastante mejor que la mayoría de los de nuestro entorno) o lo encarecerá para los consumidores. Ahora bien, en este caso concreto la responsabilidad es sólo muy limitadamente achacable a las instituciones españolas o a sus titulares.

No me extenderé más en la discrepancia. Creo que hay razones para estar alerta frente a las tentaciones demagógicas de los políticos, de uno y otro signo, unos más que otros. Máxime en tiempos de fervor por la imagen, discurso simplista e hiperliderazgo político.

Pero creo, también, que nuestro intento de contribución a la mejora de las Instituciones necesita que tanto en el diagnóstico como en la crítica seamos muy certeros. Separando el grano de la paja, y no dejándonos arrastrar por el ruido.

INSTITUCIONES Y SU CRISIS

I. CRISIS

Una mirada a la historia constitucional española: ¿crisis crónica o estallidos ocasionales?¹

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz

PUNTO DE PARTIDA: ADANISMO, ANACRONISMO, FENÓMENOS UNIVERSALES EN EL CONTEXTO DE LAS IDENTIDADES

Curioso el tiempo que estamos viviendo (y no sólo en España). De una parte, nuestros jóvenes *parecen haber roto con el pasado*: cada uno de ellos se cree «el primer hombre», o sea, Adán. Pero, de otro lado, *la historia está cada vez más presente en el debate político e ideológico y además vista con ojos de hoy*, como sucede con la llamada «cultura de la cancelación» de los medios académicos norteamericanos. Los historiadores profesionales nos advierten contra el vicio del *anacronismo* (ver el ayer con ojos de hoy), pero inevitablemente caemos en él. Y eso en el contexto de las identidades (victimismo) y del nacionalismo/populismo. Las ideologías –los relatos– devienen un arma de destrucción masiva. Incluso las palabras.

Es un fenómeno, como el COVID-19, *universal*. No privativamente español. Pero la edafología nos enseña que el abono produce efectos diferentes según la composición del «terroir» y el nuestro –muy soleado– es, precisamente por eso mismo, el país, ay, del esparto. Si seguimos las tesis del determinismo climá-

¹ Esta ponencia se expuso en la sesión del seminario del día 13 de enero de 2022.

tico, es el anticiclón de las Azores —«llueve poco»: Azaña— el que lo explica todo: para mal e igualmente para bien, porque el turismo es una bendición.

El punto de partida de la presente reflexión es el *pesimismo*. Y, a diferencia del 98, no privativo nuestro. O sea, sin llegar al «excepcionalismo» español. Ese enfoque tiene el inconveniente de que obliga a tocar muchos palos y a incurrir en inevitables subjetivismos (y simplificar).

DESDE 1898 A 1923, LOS «AÑOS BOBOS»

No resulta fácil resumir la historia en pocas palabras. Y menos aún fijar un punto de partida: cualquiera de ellos es tan convencional como la alternativa.

Estaremos todos de acuerdo en que en el inconsciente colectivo español anida una contradicción insalvable: *alegría de vivir (y gracia), pero profundísimo pesimismo, hijo de la concepción griega del fatalismo (y su cara B, el estoicismo)*. «Los vientos de la historia» soplan en contra nuestra. En cada uno de nosotros anida un Esquilo. Y hoy se percibe en la sociedad, que es lo más importante (y menos tranquilizador de todo).

Tomás Pérez Vejo² ha indicado que, casi ciento treinta años más tarde, el debate político español (y el intelectual: todos somos discípulos de Baroja y de Unamuno) *sigue lastrado por «el 98»*: no hace falta decir de qué siglo ni mencionar la palabra desastre; la «auto-leyenda negra». Habrá quien piense que las raíces son aún más antiguas y se remontan hasta el barroco, pero no es ese el debate de hoy. La historia de las mentalidades queda al margen o al menos todo lo «al margen» que se puede.

La perspectiva que ahora adoptamos se reduce a lo institucional y lo cierto es que formalmente la restauración sobrevivió hasta 1923. O sea, un cuarto de siglo. Tocada gravemente (el regeneracionismo —desde 1914, también Ortega y Gasset—, con su invocación a la nueva política— llamaba a la puerta, aunque el caciquismo seguía fuerte, como ha demostrado José Varela Ortega), pero (todavía) no hundida.

En ese arco temporal de veinticinco años, nos encontramos con, por un lado, 1909: Semana trágica de Barcelona. Demostración de que el anarquismo podía controlar una ciudad. Maura sigue unos meses, pero se acaba «el turno», porque lo que estallan son los dos partidos. Y otra consecuencia: el orden público —su mantenimiento— pasa a ser la primera preocupación. La Comuna de París de 1871 no estaba lejos y funcionaba como antimodelo.

² TOMÁS PÉREZ VEJO, «3 julio 1898, El fin del Imperio español», Ed. Taurus, Madrid, 2020.

Y, por otro, 1921: Annual, el «desastre de Annual».

¿Entre medio, 1917? Conocemos la tesis de Roberto Villa (fue lo sucedido ese año lo que impidió la evolución hacia una democracia mejor) pero no es la única de las opiniones posibles.

En suma, 1898, 1909, 1917, 1921, final (pacífico) en 1923: sobresaltos y violencia, sí (asesinatos de Cánovas, Canalejas y Dato), pero estabilidad de la Restauración. Es la imagen que ha quedado para bien y para mal: «los años bobos» de *Galdós, por lo monótono e incluso soporífero*.

Y luego en la historia posterior: 1931, 1936, 1975-78, 2012 y 2017. Veamos:

DESDE 1931 A 2017: REVOLUCIÓN, GUERRA, TRANSICIÓN Y CRISIS

En primer lugar, en 1931 se pone de manifiesto la diferencia entre la España rural (agrícola) y la urbana (industrial); o incluso el conflicto, lo que es lógico, porque –punto crucial– ningún país ha pasado de la agricultura a la industria –del campo a la ciudad– sin tensiones y violencia. Diferencia encarnada –el hombre es un animal simbólico– en las fotos de la puerta del Sol de Madrid del 14 de abril. Por cierto, pacíficamente.

Lo cierto es que, sea cual fuera el juicio que se tenga sobre la República, duró muy poco: sólo cinco años, con los estallidos de octubre de 1934 en Asturias y Cataluña (con el añadido de un nuevo «clivage», el territorial) de por medio. Habrá quien diga que pecó de acelerada o de lo contrario, de prudente. Pero sin duda en algo debió pecar.

Particular interés tienen los hechos de Cataluña de octubre de 1934, que se justificaron en considerar una provocación que se hubieran nombrado tres Ministros de la CEDA, y ello pese a haber sido ese partido el más votado en las elecciones de 1933, con primera vuelta el 19 de noviembre y segunda el 3 de diciembre.

En segundo lugar, el 18 de julio de 1936 ¿qué decir? Es inevitable preguntarse si la culpa estuvo en las fuerzas inevitables de la historia –la geología que provoca los volcanes–, en términos de Esquilo, o por el contrario en la incompetencia de los políticos, con Casares Quiroga como icono. Tortella se manifiesta por lo primero.

Eso sí, con violencia: toda la que no hubo en 1931 ni tampoco en 1923. La sangre estaba esperando pasar factura. Y vaya si la pasó.

El Ejército y la Iglesia fueron protagonistas, en lo físico el primero y en lo ideológico el segundo.

El golpe no triunfó, pero tampoco fracasó: según zonas. De ahí a la guerra civil. Que ha generado su propia terminología: «guerracivilismo». Francisco Ayala lo remonta hasta «la noche de Montiel», en 1369.

En tercer lugar, entre 1975 y 1978 tuvimos una transición, que, sin perjuicio de ETA (y otros grupos), puede calificarse de pacífica. Milagrosamente, según la opinión de los más agoreros. Sería por responsabilidad o por miedo.

Opiniones posteriores discrepantes: de la idealización al rechazo, esto último sobre todo a partir de la crisis de 2008-2012. A mi juicio, la gran crisis, de la que desde muchas perspectivas no hemos salido.

De la Constitución de 1978 se puede afirmar, casi medio siglo más tarde, que su precepto mayor es el artículo 6, sobre los partidos políticos, que se ha comido literalmente al resto del texto. Su autor depositó en ellos (con la única condición de que su estructura interna y funcionamiento fuesen democráticos) una confianza absolutamente ilimitada y la legislación de desarrollo ha profundizado en esa idea.

Europa, 1986. La culminación. El sueño cumplido.

En cuarto lugar, el «rescate» de 2012. Que no fuese integral –o sea, que no constituyese un «electro-shock» porque a los hombres de negro les faltase determinación a la hora de meter el bisturí en el gasto público y en la costosísima fronda creada por la partitocracia– es un hecho cierto que puede ser, de nuevo, celebrado o lamentado.

Otro hecho cierto es que en España el impulso reformista tiene que venir de fuera y lo que aquí encuentra es oposición o al menos fuerte resistencia: Carlos V en 1520 y los comuneros, Esquilache en 1766, José Botella en 1808, ...

Es algo invariable. Lo sucedido en 2012 fue sólo un eslabón más.

En quinto y último lugar, una consecuencia de lo anterior fue el 1 de octubre de 2017, «el golpe postmoderno». Sin violencia física –lo que los golpistas querían era la foto de la portada en New York Times y la consiguieron–, pero con una incidencia, directa e indirecta, altísima. Último colapso.

Mucho mayor que el plan Ibarretxe de 2003 –va para veinte años–, que no generó la menor movilización social (ni empresarial).

Hasta aquí, la historia, expuesta en términos estereotipados y maniqueos, casi caricaturescos. Y, por supuesto, sin que mis opiniones sean las únicas posibles.

Gil de Biedma afirmó: «España: siempre acaba mal».

CRISIS, FUNCIONAMOS CON ESPASMOS. ANGUSTIA UNIVERSAL

La sociedad española piensa que octubre de 2017 puede volver a repetirse en cualquier momento. Tengo la impresión de que está resignada a ello –la *conllevanza* de Ortega a modo de maldición bíblica– y la única duda está en si la independencia va a proclamarse de una vez (si es que el PP y VOX llegan

al poder) o va a ser una independencia –al menos, *de facto*– a plazos (la receta del PSOE/PSC).

Esa fuente de desasosiego –resignado, insisto– coexiste con la otra, de orden económico. Todos sabemos que nuestro déficit se ha convertido en crónico y dependemos de que el BCE siga comprando deuda: un rescate de baja intensidad y (como consecuencia del Covid-19, esa bendición para los países despilfarradores) apenas condicionado (parece, porque sobre ello nadie habla claro). Pero nadie ignora que las cosas tendrán un final: la fiesta no puede durar eternamente. Las deudas pueden tener su carencia, pero sólo si no se incrementan.

Tenemos una economía y una hacienda (valga el ejemplo de las pensiones, que van a la quiebra) prendida con alfileres. Y sucede además que el alfiler no está en nuestra mano.

Siguiente sacudida (profecía): combinación de interrupción de la compra de deuda por el BCE más fracaso de la Mesa de Cataluña más llegada de VOX al Gobierno («una provocación», como en octubre de 1934). Cóctel explosivo.

Sensación de película de Alfred Hitchcock: no pasa nada, pero se masca la tragedia, que está al caer. Nos sentimos como en el año 1000, víspera de la «parusía» o segunda venida de Cristo, que se presumía inminente: había que irse colocando en el Valle de Josafat para el juicio final, «el llanto y el crujiir de dientes». Los agoreros –los profetas del apocalipsis, los neomalthusianos de todas las corrientes– proliferan y el proverbial optimismo gubernamental genera indiferencia o hilaridad, cuando no abierta irritación.

Funcionamos a espasmos. Desde siempre.

Como bien ha señalado Piero Ignazi con tono de denuncia, los partidos (él habla de Italia, pero en España las cosas se muestran igual o peor) *son al tiempo omnipotentes –para colonizar el Estado con nombramientos de su secta– e impotentes*. Por ejemplo, una reforma de pensiones que perjudique a los pensionistas resulta sencillamente impensable: la calculadora electoral deja muy poco margen de maniobra, porque los jóvenes –los que tienen que contribuir– son menos y eso los condena a la irrelevancia.

Juan Jesús González, al investigar las crisis en la historia española (está elaborando un trabajo titulado, precisamente, «Cómo se fabrica una crisis»), pone de relieve no sólo el carácter sísmico del solar patrio –las islas de la Palma proliferan–, sino también que cuando el volcán erupciona –que inexorablemente sucede cada tanto– *no es quizá el momento crítico, sino cuando se está saliendo: es en la remontada cuando se pone de relieve con crudeza lo desigual e injusto del reparto de los costes*.

No hace falta decir (aunque sea un pobre consuelo) que, a diferencia de lo sucedido en otras épocas, esa sensación de angustia no resulta privativa de España y se encuentra extendida por todo Occidente:

- Apagón eléctrico en Austria a comienzos de 2022.
- Sensación «vietnamita» en EEUU después de la retirada de Afganistán. Biden tiene el problema de que generó expectativas y de ahí al desengaño hay sólo un paso.
- Crisis de las fuentes de energía primarias a partir de junio de 2021 (gas más caro, si es que acaso lo hay).
- En las instituciones europeas, y sobre todo la Comisión, mismas sensaciones de desolación, pese al derroche de dinero de los Fondos «Next generation», sin las contrapartidas de austeridad explícita de los rescates en la crisis de 2008-2012. Pero, aún así, sin ninguna autoridad real: hasta Polonia (cuna por cierto del antisemitismo) se envalentona.

La mezcla de descarbonización/digitalización, que es el escenario de fondo, deja muchas víctimas. Difícil de gestionar.

Por supuesto que, mirando ahora hacia atrás, tampoco es cierto que la cocción de las habas constituya monopolio de la reputada gastronomía española. Pensemos en Francia en este período histórico, o sea, en los últimos ciento cincuenta años:

- 1870: Sedan y luego la Comuna de París.
- Dreyfus, con todos sus ingredientes: antisemitismo, reacción, ...
- 1940-1944: ocupación y colaboracionismo generalizado.
- 1958-1962: guerra de Argelia.
- 1968 («mayo del 68»). Tampoco hace falta decir de qué siglo.
- 1989: el bicentenario de la Revolución, pensado por Mitterrand para glorificarla, tuvo como consecuencia su desmitificación. O incluso un abierto revisionismo (Furet). «El relato» ha pasado a ser muy otro, nada chauvinista. Y no sólo entre la derecha intelectual, por así decir.

O qué no decir de Alemania: en 1933-1945 tuvieron el nazismo; en 1945-1949 dejó de existir; y en 1949-1989 estuvo partida en dos, lo que a ciertos efectos aún perdura, como lo ha demostrado en septiembre de 2021 el resultado electoral.

LA IMPORTANCIA DE LOS PARTIDOS, LA IMPORTANCIA DEL DESENGAÑO

Puestos a buscar qué nos falla a nosotros (siempre y también ahora), yo hablaría –y por supuesto no pretendo ser original– de que *los intermediarios*

–*la esencia de la democracia representativa, los partidos*–, de los que todo depende, no funcionan. Ni tan siquiera sabemos lo que son hoy (Piero Ignazi). El problema no es que no tengamos instituciones como alternativa a los partidos, sino sobre todo de qué partidos sí disponemos. *Omnipotencia e impotencia*, insisto.

Y, peor aún, la sociedad *no sabe reemplazarlos* (se dedica a denostarlos, pero luego les renueva la confianza). En efecto:

– 2015: Constatación del desengaño de la vieja política, el bipartidismo. No supo captar el mensaje que llegaba de la sociedad.

– 2019: Ídem. de la nueva política. La sociedad española la acogió con entusiasmo, pero, en seguida vino el desengaño: «No es esto, no es esto» (1931). Sólo sobrevive VOX. A ver.

Posiblemente, la diferencia de España está no en la fragmentación – inquietante, como dijo Francesc de Carreras en su artículo de 12 de diciembre– e incluso polarización social sino en su *intensidad*: en Francia o Alemania no existe el odio que despiertan, por ejemplo, un Sánchez o una Ayuso entre los contrarios. La diferencia está en que los partidos –ahora, de nuevo los mismos de siempre, sólo que, con repaso de chapa y pintura, un «lifting» superficial– no se sustraen a eso. La satisfacción de la clientela (que los votantes no huyan: el miedo que en sus dirigentes ha dejado la aparición de nuevos partidos) se convierte en un objetivo que hace inviable cualquier otra consideración. De hecho, a la hora de tomar decisiones (las que sean), parecen *dos ejércitos de tullidos*. Legislar se convierte en algo dramático, que requiere un esfuerzo sobrehumano. Se espera al último minuto: de ahí que haya que recurrir al Real Decreto-ley, cuando todo es urgente.

Y eso por no hablar de cuestiones de organización: la sociedad les exige que sean cuarteles (castiga las disidencias) pero al mismo tiempo les reprocha que lo sean («Sánchez ha acabado con el PSOE» y algo parecido en el PP). Esquizofrenia. Por eso digo que no sabemos lo que, 43 años después de 1978, han terminado siendo.

Es en ese punto donde, a mi juicio, el pesimismo nacional –«el problema de España»– se encuentra más justificado. Ahí sí que resulta difícil no compartir la auto-leyenda negra.

Instituciones versus partidos: el viejo dilema (Administración independiente, funcionarios de élite al modo de la Prusia de comienzos del siglo XVIII, jueces, ...), mal resuelto. *No sólo por lo que no tenemos (instituciones), sino –peor aún– por lo que sí tenemos (estos partidos)*.

Incapacidad de los partidos, sí, pero al mismo tiempo enorme capacidad destructiva: cada tanto, nacen nuevas figuras con causas justas dignas (Cs en 2015, España vacía en 2021, ...), pero el bipartidismo los vampiriza y aniquila, porque se les adscribe a uno de los dos lados (Cs al PP y España vacía al PSOE) y ahí inexorablemente mueren. El bibloquismo es lo que tiene.

SOBRE LA SOCIEDAD Y LAS TRES TENSIONES

Eso, en cuanto a los representantes, los partidos. Pero es que también hay que fijarse en lo representado, la sociedad. Ya no están el Ejército ni la Iglesia Católica, pero es cada vez más plural/fragmentada (clivages):

- Centro/periferia. Dramático en el caso de Cataluña y no sólo.
- Urbano/rural («España vacía»).
- Jóvenes/viejos. Hay nueve millones de pensionistas. El Estado social (jubilación y sanidad) está montado en su favor. Han llegado a ser una fuerza electoral y nadie se atreve a ir contra ellos (de ahí que la reforma de las pensiones lleve atascada diez años). De hecho, si los partidos de la nueva política han tenido una vida tan efímera ha sido en buena medida porque no han conseguido captar apoyos en esos grupos sociales.

Para consolarnos, ni la religión o la raza, como en Francia (felizmente), ni tampoco exactamente norte/sur (como en Italia) o este/oeste (como en Alemania).

CONCLUSIÓN, LOS ELEMENTOS DEL FATALISMO

Volvemos a lo de siempre: ¿fatalismo?

Recordemos: *adición de tres cosas, no más compra de duda, fracaso de la Mesa de Cataluña y llegada de VOX. Tormenta perfecta, ciclogénesis explosiva o fallo multiorgánico.*

¿What comes next? ¿When?

Regeneración, populismo y miedo¹

Andrés Betancor

El 3 de octubre de 1868, los sublevados dirigieron a los españoles un manifiesto en el que sintetizaban las ideas que legitimaban su acción contra el orden constitucional y la monarquía de Isabel II. Se incluía una frase esencial: «queremos que un gobierno provisional que represente todas las fuerzas vivas del país asegure el orden, en tanto que el sufragio universal eche los cimientos de *nuestra regeneración social y política*.» Se iniciaba la Revolución gloriosa, la revolución regeneradora.

Los términos *regenerar* o *regeneración* tienen, desde sus primeros usos en nuestra lengua, un sentido *moral*, como lo recoge el Diccionario de Autoridades (1737): volver a engendrar, en sentido moral; una nueva generación, libre de pecado. En la actualidad se conserva este sentido («hacer que alguien abandone una conducta o unos hábitos reprobables para llevar una vida moral y físicamente ordenada»). Es una suerte de *sanación moral* o una redención del pecado para que, en nuestro caso, el Estado, sus instituciones, recuperen su ser, lo que, en términos igualmente morales, podríamos denominar como la pureza.

Cuál fuese la causa de la degeneración ha ido cambiando: desde la decadencia o el atraso del país, como los arbitristas y los ilustrados denunciaban en los siglos XVII y XVIII, hasta la corrupción de los gobernantes. También, la vía de la sanación: desde la europeización, hasta la democracia, pasando por acabar con la monarquía, como hacía el manifiesto de la Gloriosa. Sin embargo, hay una cuestión implícita: *el regeneracionismo es institucionalista*.

Lo que se degeneran son las instituciones, o sea, (1) las reglas básicas, esenciales, llamadas, precisamente, «institucionales» que «gobiernan» el poder

¹ Esta aportación tiene fecha de 30 de abril de 2022.

(Estado); (2) ordenadas, organizadas o sintetizadas alrededor de tópicos con los que son identificadas o reconocidas en su «uso» por los ciudadanos, según parámetros, usualmente, académicos, como el contrato, la propiedad, el principio de legalidad, la tutela judicial, la independencia judicial, las libertades, pero también las organizaciones públicas; (3) que hacen posible la convivencia social porque crean un marco de previsibilidad (seguridad) que permite el despliegue de la voluntad/libertad individual; (4) lo que facilita la coordinación y, en general, la interacción humana; (5) sobre la base de la asunción por sus destinatarios de lo que el poder puede y debe hacer, así como lo que los «súbditos» pueden y deben hacer. Y que (6) comúnmente se formalizan, al menos las más fundamentales, en las Constituciones.

Las instituciones son reglas *tan importantes que, incluso, se invisten de moralidad para reforzar su virtualidad ordenadora*. Su «degeneración» compromete la cohesión social, la convivencia ciudadana, además, de la legitimidad del poder al quebrar la confianza de los ciudadanos en las autoridades que lo administran. En el momento de máximo apogeo de la preocupación ciudadana, cuando para 63% de los encuestados la corrupción era considerada unos de los grandes problemas del país², el Rey Felipe VI, en su discurso de apertura de la XII Legislatura, el 17 de noviembre de 2016, aseveraba que la «cohesión de nuestra sociedad» tiene una «vertiente esencial», la de «la regeneración de nuestra vida democrática. [La] convivencia en democracia ... requiere cuidado y atención para mantener su vitalidad; precisa dedicación y gran esfuerzo para su mejora y perfeccionamiento permanente.» «Igualmente, la regeneración moral de la vida pública es una cuestión de principios, de voluntad y decisión; es también una cuestión de orden en el funcionamiento de nuestro Estado de Derecho, y antecedente necesario para poder recuperar la confianza de los ciudadanos».

La regeneración es *política, pero, fundamentalmente, moral*. No explica nada, no lo necesita; lo exige todo. Es un grito de protesta; de llamada a la sanación, de curación para salvar al enfermo, nuestra España. Más que una ideología es como un mito que aparece a lo largo de nuestra historia cuando se muestran los males del mal gobierno y de los malos gobernantes, que tienen su representación quintaesencial en la corrupción, como antaño lo fue el caciquismo, y que cree encontrar el camino de la curación en la vuelta a la pureza de nuestras instituciones que, en nuestro Estado democrático de Derecho, son las de la democracia. *La corrupción arruina la democracia, no sólo en un*

² En los barómetros del CIS la corrupción alcanzaba cotas que lo alzaba al segundo problema más importante de los españoles, sólo por debajo del paro, según reconocía en noviembre de 2014 el 63 % de los encuestados.

sentido económico, sino institucional. Destruye uno de sus elementos fundamentales: la naturaleza vicarial del poder basada en la relación de fiducia fruto de la confianza de los ciudadanos que lo entregan, a través del mecanismo de la representación, a los gobernantes para que sirva al interés general, o sea, el de los ciudadanos que lo «entregan».

*Regeneración y corrupción es la antítesis que ha inspirado, al menos, doscientos años de nuestra historia*³. Tiene ciertos rasgos particularmente queridos a nuestra cultura política: la lucha por la autenticidad y contra el mal, con un trasfondo, incluso, religioso. Además, al pretender sanar para conservar, se conecta con un pasado con el que comparar el presente, aun cuando deformándolo, como fue el Imperio, el régimen liberal gaditano o, más recientemente, la Transición democrática.

En la actualidad, la preocupación por la corrupción ha desaparecido. En el último barómetro del CIS (marzo de 2022), sólo es un problema importante para el 6,4 % de los encuestados. Sin embargo, la corrupción no se ha esfumado. Me temo que recuperará su protagonismo en el Olimpo de las preocupaciones ciudadanas espoleada por un contexto particularmente sangrante: el de la pandemia. Se nos anuncia su vuelta con las investigaciones judiciales de los contratos de suministro de equipamiento sanitario. Millones de euros se han dilapidado para enriquecimiento de los codiciosos que, además, hacen ostentación hortera de su riqueza, como si necesitasen exhibirla, en un aquelarre impúdico del macho cabrío. Se crea así, en un contexto de incertidumbre, un *parámetro de comparación con las penalidades de muchos que alimentará el proceso de cuestionamiento de la integridad institucional.*

Estamos asistiendo a la formación de una tormenta perfecta. Por un lado, un contexto social angustioso (pandemia, crisis económica y guerra), que alienta los miedos, y por otro, los desafueros de la gestión de la pandemia, desde los contratos de suministros a los fallecimientos en terribles circunstancias como en las residencias de mayores (auténtico relato de terror). La nación se ha sentido abandonada. La «traición» se vislumbra como el rayo que golpeará nuestra política. Y la corrupción y, en general, el descrédito de los gobernantes dará alas a los regeneradores, que no significa necesariamente fortalecimiento democrático (Dictadura de Primo de Rivera).

³ Probablemente, como consecuencia del reinado de Fernando VII, cuando se hacen notables, tanto la debilidad de la nación, como el atraso respecto de Europa, surge el «regeneracionismo» más como intento «moderado» de reforma del régimen que como alternativa de cambio radical. Un constante mirar al pasado, tanto para los males (la monarquía de los Austrias), como para los bienes (la oportunidad de la llegada de los borbones).

La tradición regeneradora (nacional) confluiría con la crisis (global) de la democracia en el peor contexto socioeconómico e histórico posible. El salvador populista se puede investir de regenerador. Tiene a su favor, no sólo la historia (la de la regeneración) y las angustias fortalecidas por el recuerdo, sino a los malos gobernantes y a los peores políticos. La amenaza a la democracia no procede, sólo, de la extrema derecha sino del comportamiento corrosivo de los sedicentes demócratas que empuja a los angustiados, desasistidos y abandonados a los brazos de aquellos que les ofrecen autenticidad, limpieza y pureza. Siempre han existido y siempre existirán los enemigos de la democracia, lo que es nuevo es que los llamados a defenderla se empeñan con singular encono en debilitarla: ¿cómo calificar, por ejemplo, la liquidación que se practica en nuestro Estado democrático de Derecho de la división de poderes con el abuso del Decreto-ley? ¿O los ataques a la independencia judicial?

Una sociedad descreída, que observa cómo se quiebran los elementos institucionales básicos sobre los que asienta nuestra convivencia, es el caldo de cultivo para los salvadores antisistema porque, ¿qué es lo que se le ofrece? Codicia, intransigencia, intolerancia, insensibilidad, abandono. Se conoce el peligro desde hace tiempo. M. Rajoy en el discurso del año 2014 en el que presentaba ante el Congreso de los diputados las medidas de regeneración que su Gobierno proponía («tres pilares de la regeneración democrática») advertía de que «[no] utilicemos la lucha contra la corrupción, no para fortalecer las instituciones, sino como coartada para desestabilizarlas». Han pasado los años y el resultado está a la vista. Se ha seguido alimentando la bola de nieve que, además, ya ha fraguado un proyecto alternativo. Las opciones populistas (anti-europea, anti-globalistas, anti-vacunas, anti-OTAN, anti-élites y demás anti, a la par que nacionalistas, xenófobos, machistas, autoritarios y pro-Putin) se han ido consolidando al compás de la crisis de legitimidad de los políticos y de la política hasta desembocar, en última instancia, en la de la democracia misma. Son los que recogen los frutos del árbol social movido por el miedo. Ya cuentan con un modelo, el de la democracia iliberal donde el demos vota, elige al líder que gobierna con libertad, sin sujeción a nada, ni a la Ley (que se cambia cuando sea necesario), ni a los derechos (que se atropellan, en particular, cuando se trata de las minorías), ni a la división de poderes (que se cuestiona eligiendo a jueces o quebrando la independencia judicial), en definitiva, todo aquello que sea una restricción a lo que el líder identifica con una necesidad/exigencia del pueblo según los parámetros y los valores de la nación recreada según los ojos de la religión cristiana.

El regeneracionismo siempre ha tenido, desde sus primeras manifestaciones, una vertiente «iluminada», antisistema, antipolítica y antiliberal, que

hoy puede encontrar en el populismo una justificación y sustento, en una asociación de refuerzo mutuo. Es la amenaza que se vislumbra. La tarea titánica es convencer a los perjudicados, a los damnificados, a los que sufren, en definitiva, a los que tienen miedo de que no se les puede «proteger» con «frenteras», ni interiores ni exteriores, frente a la globalización, la tecnología, los virus, el terrorismo, el paro, la pobreza y demás peligros. La solución no es un gran-poderoso-autoritario-protector y nacional Estado, porque es mentira. El rostro de Putin no es el del salvador, sino el de la impotencia. El marco institucional del Estado democrático de Derecho sigue siendo válido, pero se necesita re-validar su credibilidad y empatizar para afrontar los retos de un mundo cada vez más global, pero cada vez más pequeño, en donde las angustias personales pasan a ser movimientos sísmicos globales amplificados por las redes de intercomunicación.

Mercadotecnia y crisis política

Francisco Pérez de los Cobos

La degradación de la vida política española y la crisis institucional en la que desde hace algún tiempo estamos instalados obedece, como no podía ser menos, a causas múltiples y de muy diverso calado, que confluyen alimentándose unas a otras. No pretendo, por tanto, llevar a cabo una explicación simplista y reductiva de las mismas imputándolas a una sola causa. Pero estoy persuadido de que *una responsabilidad no menor en la situación que padecemos y, muy específicamente, en la banalización del debate político y de la actividad política en general ha sido consecuencia de la traslación a la política de la mercadotecnia, de sus métodos de análisis y procedimientos de actuación*. Lo que era y debiera seguir siendo un instrumento precioso para mejorar la comunicación política y el contacto con la ciudadanía, con sus inquietudes e intereses, para estrechar vínculos entre los gobiernos y la sociedad, se ha convertido en *un elemento rector de la actuación de los partidos y hasta de los mismos gobiernos*. Los «spin doctors» y gurúes de todo pelaje han pasado a desempeñar un papel tan decisivo en la definición de la estrategia política, que han transformado los modos de actuar de unos y otros. El problema tiene mayor alcance del que a primera vista pudiera parecer, pues no debiera olvidarse que *el debate racional de ideas y proyectos, que estos nuevos modos y maneras comprometen, ha sido el fundamento del sistema democrático*.

Me temo que *el mal aqueja a todas las democracias, viejas y nuevas, pero en nuestro país ha adquirido dimensiones particularmente preocupantes, por su afectación general –ha aquejado a todos los partidos– y por la gravedad de sus consecuencias*. Pondré algunos ejemplos.

El primer ámbito en el que el peso de la mercadotecnia ha sido ostensible y pernicioso ha sido el de la *elección de los nuevos liderazgos*. De la mano de

encuestas y gurúes, los partidos se convencieron de que era imprescindible la renovación de sus liderazgos y emprendieron una carrera competitiva que hoy, vista con distancia, ha resultado bastante patética. Duele recordarlo, pero ¿alguien duda del peso que en la renuncia de Alfredo Pérez Rubalcaba –en cuya cabeza cabía el Estado– al liderazgo del PSOE tuvo la idea hábilmente inoculada en su partido de que con su imagen física no podría ganar las elecciones? La formación, la experiencia política, la capacidad de gestión pública y el acreditado sentido del Estado se pretirieron en favor del desparpajo, la buena planta y la fotogenia que era –nos decían– lo que «vendía». El resultado es conocido: del cuarteto de estrellas rutilantes llamado a renovar nuestra escena política, nos queda una en horas bajas y veremos si, pese a su acreditada capacidad de resistencia, es capaz de sobrevivir políticamente al trauma de la pérdida del poder. *Los «hiperliderazgos» se han manifestado de barro* y uno tras otro los flamantes nuevos líderes han hecho mutis por el foro como el valentón del más famoso soneto de Cervantes, del que se nos dice que «fuese y no hubo nada».

Un segundo ámbito en el que *la mercadotecnia ha hecho estragos es el del debate político, que está bajo mínimos*. Como, al parecer, el poder ya no se conquista articulando una alternativa para los ciudadanos, ofreciendo un proyecto elaborado de país, sino ofertando un candidato atractivo y sirviéndose de efectismos y pirotecnias varias, ¿para qué elaborar extensos programas electorales y sesudos programas de gobierno que nadie lee?, ¿para qué confrontar en el seno del partido ideas y soluciones, planteamientos y prioridades? *Como de lo que se trata es de seducir en el mercado electoral y no, desde luego, de identificar, priorizar, analizar y dar respuesta a los problemas sociales*, ¿para qué llevar a cabo profundos y complejos debates sobre los mismos?, y, sobre todo, ¿para qué comprometerse de antemano sobre las recetas y medidas que se van a implementar para abordarlos? Las campañas electorales y las ofertas que publicitan son la manifestación más expresiva de esta pauperización.

Personalmente, me parece sorprendente la *mansedumbre con que los partidos vienen aceptando esta situación* porque pone en entredicho la que ha venido siendo su función principal, a saber: *la de constituir instancias llamadas a atender, sistematizar y representar los intereses y valores sociales*. Si los partidos abandonan esta función, ¿podrán seguir siendo considerados el instrumento fundamental para la participación política de la que habla el artículo 6 de la Constitución?

Pero *esta banalización se ha trasladado, asimismo, a la acción del gobierno y a la de la oposición*. Sorprende constatar cómo los partidos acceden al Gobierno, después de varios años esperando el momento –a menudo, alguno seguros de alcanzarlo– *sin tener definidas y formuladas las reformas estructu-*

rales que el país necesita. Ocupan el poder y se ponen luego a determinar y elaborar las reformas, que como pronto se adoptan mediada la legislatura y empiezan a aplicarse, llegado el caso, cuando ésta está finalizando. Obviamente, esto supone, amén de una irresponsabilidad, una pérdida de tiempo precioso para el desarrollo de su acción de gobierno. Si tuvieran hecho un análisis riguroso de los problemas del país y hubieran definido las terapias necesarias, estas podrían aplicarse de inmediato y ofrecer resultados antes de tener que rendir cuenta a los ciudadanos.

La oposición, por su parte, que parece compartir el mismo planteamiento, *ha abandonado la sensata costumbre de tener un gabinete en la sombra desde el que marcar al gobierno y ha sustituido esta acción de marcaje riguroso y formulación de propuestas alternativas, por el debate bronco y el trabajo parlamentario de aliño.* Es verdad que el menoscabo que la institución parlamentaria viene padeciendo no le es fundamentalmente imputable, ahí están el cierre inconstitucional del Parlamento durante la pandemia y el insoportable abuso de la utilización de los reales decretos leyes para acreditarlo, pero basta seguir la tramitación parlamentaria de los proyectos de ley para constatar la pobreza de las enmiendas que presenta, enmiendas que en buena lógica deberían constituir la formulación de una alternativa política y representar la base de su futura acción de gobierno.

Son solo algunos ejemplos de una influencia perniciosa que se extiende a otros ámbitos y que merecería un análisis detenido.

Contrariamente a lo que pudiera parecer, *la burda traslación de la mercadotecnia al ámbito político encierra una actitud de desprecio hacia el ciudadano, al que se considera ajeno a los debates complejos, pueril y fácilmente manipulable. No se trata con ella de conocer mejor sus necesidades e intereses, sino de venderle mercancía averiada.* Por ello, resituarse estas técnicas en sus justos límites e impedir que, como viene ocurriendo, distorsionen el funcionamiento del sistema, constituye, creo, una *exigencia de salud democrática.*

ESTRAMBOTE POSTELECTORAL

Las elecciones del pasado 23 de julio y el preocupante panorama político que ha resultado reafirman la actualidad de lo ya dicho. La mercadotecnia ha tenido enorme peso tanto en la disolución anticipada de las Cortes y en la determinación de la fecha elegida para la celebración de la convocatoria electoral como en el posterior desarrollo de la campaña electoral.

Todos los analistas coinciden en que la *disolución inmediata de las Cortes*, tras la derrota electoral que recibió la izquierda en las elecciones municipales y autonómicas del pasado 28 de mayo, tuvo dos claros propósitos. De una parte, evitar un proceso de autocrítica en el seno del partido socialista, de suerte que no hubiera digestión de los malos resultados electorales y de la consiguiente pérdida del poder que los mismos acarreaban. La convocatoria electoral inmediata, en efecto, ponía al partido del gobierno en modo electoral, obviando todo debate interno, permitiendo, además, a la dirección del mismo ejercer un férreo control en la elaboración de las listas electorales y en la configuración futura del grupo parlamentario que resultase de las urnas. De otra, la coincidencia de la convocatoria electoral con el proceso de formación de gobiernos municipales y autonómicos, que obligaba a la oposición a emplearse en la consecución de pactos, permitía a los partidos del gobierno beneficiarse del consiguiente desgaste y, sobre todo, visualizar «el relato» con el que habían decidido enfrentar el proceso electoral, el del llamado bibloquismo. La elección, por su parte, de la fecha electoral, en vacaciones y plena canícula, no tuvo –parece– objetivos menos santos. Se calcula que aproximadamente dos millones de electores han dejado de votar como consecuencia de la fecha estratégicamente elegida para la celebración de las elecciones.

Pero si la mercadotecnia ha estado muy presente en el *adelanto electoral* no menos lo ha sido en el desarrollo de una *campana electoral*, que algún agudo analista ha calificado como la peor desde la restauración democrática. La campaña ha sido vacía y bronca, el debate de programas e ideas poco menos que inexistente y han sido las encuestas preelectorales, todas finalmente fallidas, las que han determinado la estrategia de los partidos, hasta el punto de llevarles a cometer errores de bulto. Paradigmática al respecto ha sido el caso del Partido Popular que podría constituir un ejemplo de manual de mala gestión de las propias expectativas.

El riesgo institucional de reinventar la función pública

Vicente J. Montes Gan

LA BUROCRACIA Y SU LUGAR EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La *Real Academia Española* define la burocracia, en su primera acepción, como «organización regulada por normas que establecen un orden racional para distribuir y gestionar los asuntos que le son propios» y, en su segunda acepción, como «conjunto de los servidores públicos».

De acuerdo con este marco conceptual, la red de funcionarios públicos conformaría una organización, en el sentido institucional del término, centrada en el logro de los objetivos de interés público que, en el caso de las democracias, son revelados por los ciudadanos a través del proceso electoral. La eclosión y el avance del Estado moderno han estado unidos al desarrollo de la burocracia. Sin embargo, dos cuestiones han dominado el debate sobre su articulación y ámbitos de competencia: por un lado, su relación con la política en los Estados democráticos de Derecho; y, por otro, la delgada línea que separa, a menudo, el liderazgo político del liderazgo funcional en la gestión de los asuntos públicos.

Sobre la primera cuestión, Weber¹ considera que la política constituye una realidad diferente de la burocracia, ya que ésta se basa en valores racionales y los burócratas no tienen como función el establecimiento de los objetivos de la comunidad, que es responsabilidad de los dirigentes políticos elegidos por los ciudadanos.

Sin embargo, política y burocracia se complementan, ya que la primera actúa como un límite frente al anquilosamiento de la burocracia y la segunda

¹ WEBER, Max, «La política como profesión», 2007, Madrid, *Biblioteca Nueva*

contribuye a contener la tendencia del ejecutivo a concentrar un poder desmesurado, germen de actitudes que pueden favorecer actuaciones desalineadas con los intereses de los ciudadanos, es decir, con el interés general.

A fin de favorecer estas dinámicas de contrapeso y, con ello, la ejemplaridad y la excelencia en la gestión, resulta fundamental contar con un sólido y eficaz marco normativo, capaz de dotar a los sistemas de gobierno y de administración pública de una parrilla de incentivos óptima estimuladora del comportamiento ético y eficiente de los agentes que los conforman y limitadora de las tendencias negativas descritas.

Sobre la segunda cuestión, la línea divisoria entre la política y la burocracia siempre ha tenido un tono difuso. A priori, parece sencillo su establecimiento, ya que la política debería limitarse a trasladar a la burocracia, es decir, a la administración profesional, los juicios de valor enunciados por los ciudadanos en el proceso democrático, dejando a los funcionarios la ejecución efectiva de las políticas en el marco de la Ley. Sin embargo, ha sido una fuente de conflicto permanente y la intromisión de la política en el ámbito de la gestión técnica ha sido una constante. Los ciudadanos deberíamos exigir con mayor ímpetu el desarrollo de un debate profundo y sosegado sobre cualquier reforma de la función pública, un debate que contribuya a establecer una clara delimitación de los campos de actuación del liderazgo político y del liderazgo funcional.

LA RED DE FUNCIONARIOS PROFESIONALES COMO ENTRAMADO FUNDAMENTAL DE LA BUROCRACIA

La red de funcionarios profesionales es un entramado complejo y diverso que conforma la arquitectura básica de la función pública. Sus miembros son responsables de garantizar la administración de los recursos públicos de forma eficiente, ecuánime, justa e imparcial, en aras del interés general. Pero, como se ha señalado, también tienen una función de contrapeso, cuando aquellos que detentan el poder político se afanan en preservarlo, aumentarlo y ejercerlo fuera de los límites de la Ley.

La función pública profesional ha cambiado profundamente en las últimas décadas y hoy se ve amenazada por los cambios en los sistemas de acceso a la profesión y por la ocupación del ámbito de actuación tradicional de la administración profesional.

El debate sobre la profesionalización de la función pública en España se remonta al siglo XIX. Sin perjuicio de algunos antecedentes de carácter sectorial,

se considera que la primera norma que trata de separar el gobierno del funcionariado profesional y de limitar la libertad de los políticos de elegir y ascender a los funcionarios, es el *Estatuto General de la Función pública* de 1852 que consolida durante un siglo este modelo. De hecho, hasta la publicación de la *Ley de Régimen Local* de 1955 no se inicia el proceso de «laboralización» de la administración, al introducir las primeras fórmulas de contratación laboral, que se consolidan con la aprobación de la *Ley de funcionarios del Estado* de 1964, con la que queda definitivamente rota la unidad de régimen jurídico del personal de la Administración al admitirse una pluralidad de relaciones de servicio². La Ley 30/1984, de *Medidas de Reforma de la Función Pública*, consagra la convivencia de régimen laboral «en paralelo» al funcionalial.

Se inicia así un proceso de laboralización que se acentúa durante la democracia y que continúa en la actualidad. El número de empleados públicos en el mes de julio de 2022 ascendía a 2.731.117, de los cuales, solo la mitad mantiene el estatuto de funcionario de carrera (Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2023).

La Administración pública está hoy conformada por cuatro colectivos de trabajadores: los funcionarios de carrera, nombrados legalmente con carácter permanente; los trabajadores eventuales, seleccionados para ocupar cargos de confianza o de asesoramiento especial; los trabajadores interinos; y el personal laboral, ya sea en régimen de Derecho administrativo, de carácter excepcional, o de Derecho laboral, una vía mucho menos restrictiva de contratación para acceder a las plantillas de la administración, como recuerda Del Saz (1995).

El abuso de algunas de estas vías de contratación, y su solapamiento con los procesos de «funcionarización», que convirtieron a las contrataciones laborales en una puerta trasera de entrada al estatus de funcionario de carrera, mediante su integración en cuerpos de funcionarios «a extinguir», fue una de las razones que impulsó la constitución de sindicatos por parte de los principales cuerpos de la Administración³.

Junto a la laboralización continua o al crecimiento desproporcionado en la incorporación de trabajadores eventuales tras cada cambio de gobierno, se materializó la segunda amenaza, el nombramiento discrecional por parte del

² DEL SAZ, Silvia, «La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección», Documentación administrativa, 243, 1995, en *Función pública y laboralización*.

³ Este fue el caso de la Federación de Asociaciones de Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (FEDECA), que agrupa a 43 Asociaciones de Cuerpos Superiores de funcionarios y que reivindica el espacio para los funcionarios de carrera, en aras del interés general.

poder ejecutivo de trabajadores de otras tipologías en los puestos directivos que, de acuerdo con la Ley, deben ocupar los funcionarios de carrera.

La aplicación de la Ley 30/1984, como señala Garrido⁴, condujo a que la totalidad de las convocatorias para cubrir entre funcionarios puestos de trabajo vacantes se tramitara por el sistema de «libre designación»; que se convocaran concursos «de méritos» para cubrir plazas clasificadas como laborales y que se «normalizara» la libre contratación para el ingreso en la Administración, en especial en las Corporaciones locales, en las que el 70% del personal no tiene, en la actualidad, el estatuto de funcionario.

Recuerda FEDECA (2023) que los procesos de laboralización/funcionarización y de ocupación de competencias, afectan a «la independencia de los funcionarios públicos, especialmente de aquellos encargados del control de las Instituciones, y que han facilitado que puestos clave de la Administración sean de libre designación por el responsable político y, por tanto, de libre cese sin tener en cuenta el mérito y la capacidad del cesado. Acciones, además, que han permitido que una parte importante de las retribuciones de los funcionarios públicos, especialmente de los que asumen mayores responsabilidades directivas o predirectivas, sea de reparto discrecional por el político de turno...».

Estas tendencias, que no son más que expresiones de una indeseable «cultura cortesana» en el ámbito de la gobernanza, solo pueden conducir a acentuar el clientelismo, al favorecer que funcionarios de carrera, políticamente neutrales, sean sustituidos por agentes de un sistema partidocrático dotado de instituciones debilitadas y carente de los necesarios contrapesos.

Sin perjuicio de la necesidad de introducir mejoras continuas en la estructura de incentivos que enfrentan los funcionarios públicos, en aras de la eficiencia, de profundizar con mayor ahínco en la aplicación de métodos de evaluación de su desempeño o de formalizar procedimientos más operativos para la remoción de aquellos funcionarios que no alcancen los objetivos marcados, no cabe duda de que la ampliación de los ámbitos de laboralización, la progresiva invasión de los puestos directivos reservados a los funcionarios de carrera, así como el abuso de las fórmulas de externalización de servicios públicos van en el sentido contrario a los intereses de los ciudadanos, que demandan una administración profesional, eficaz y fiel al servicio público. Pero ¿cuál debe ser el liderazgo funcional del siglo XXI? ¿Cuáles los perfiles del funcionario de carrera? ¿Cuáles sus ámbitos de actuación?

⁴ GARRIDO, Fernando, «Consideraciones sobre la burocracia», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 63, 1986, BOE

EL PERFIL DEL FUNCIONARIO DEL SIGLO XXI. BONDADES DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR CRITERIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD Y DE LA NORMATIVA DE INAMOVILIDAD.

En un contexto de disrupción tecnológica y de rápidos cambios en el ámbito socioeconómico, en el que se anuncia una insondable transformación de nuestro entorno, acentuada por la conectividad global y los avances de la inteligencia artificial, la acción pública y el perfil de sus líderes debe, sin duda, renovarse.

La sociedad se ha transformado profundamente y la función pública debe acompañar ese proceso de cambio mediante una adaptación constante, no solo de sus métodos y estructuras, sino también de sus recursos humanos y de los medios de producción efectivos con los que actúa, con la vista puesta en la mejora de los servicios y el reforzamiento del trato igualitario a la ciudadanía en toda España. Estos cambios son tan relevantes que no pueden obrarse de la noche al día, sin el oportuno debate público, apoyado en el rigor y el conocimiento acumulado en este campo.

La selección de los funcionarios de carrera, mediante procesos basados en los mencionados criterios de mérito y capacidad, y la regulación profesional de su ámbito de desempeño, otorgan a los integrantes de los distintos cuerpos la independencia necesaria para conformar un sólido colectivo de dirigentes, de carácter técnico, cuya misión es la propuesta, gestión y administración de las políticas públicas, de acuerdo con los juicios de valor expresados y los paquetes electorales elegidos por la ciudadanía en el proceso electoral y trasladados a los funcionarios públicos a través de los políticos electos.

La asunción de estos criterios en el acceso al estatuto de funcionario de carrera y su inamovilidad son elementos fundamentales para garantizar un servicio público independiente y neutral, valores fundamentales de los funcionarios de carrera en el ejercicio de sus actividades de autoridad, control, arbitraje, inspección, asesoramiento, etc. Como activo adicional, la especialización de estos funcionarios de carrera y su articulación en cuerpos específicos facilita su adaptación al nuevo escenario y aporta el valor de la experiencia, sin que, además, la inversión inicial en conocimiento y capacidades del candidato y, a menudo, tampoco la posterior al ingreso, tenga coste alguno para el Estado.

En suma, es necesario un nuevo liderazgo funcional, que puede verse facilitado, además, por el cambio generacional que tendrá lugar en los próximos años.

El Consejo de ministros aprobó el 16 de marzo de 2023 la remisión a las Cortes de un proyecto de *Ley de Función Pública*, cuya tramitación decayó

como consecuencia de la disolución de las Cortes el pasado 29 de mayo de 2023, un proceso que se reactivará cuando se conforme el nuevo gobierno, ya que esta Ley está prevista en el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España*. La propuesta de reforma, y las que la sigan, en especial aquellas que afecten al directivo público profesional, serán determinantes para detener el desgaste del liderazgo funcional. Ahondar en la discrecionalidad en la contratación, la libre designación, la rebaja de las exigencias para el acceso a la condición de funcionario o la apertura de los niveles orgánicos más altos de la estructura directiva a personal no funcionario, no es el camino para superar el actual desánimo del funcionariado profesional, varado en una situación de estancamiento si no de deterioro del marco institucional en España. Es bien sabido que muchos funcionarios han constituido la última frontera en la defensa del Estado democrático de derecho. Esperemos que el legislador comprenda la importancia de detener definitivamente el proceso de deterioro mencionado, evitando así, en palabras de Garrido (1986), que el «feligrés político» sustituya al profesional políticamente neutral y que la burocracia como institución no pueda evitar que la administración pública se convierta definitivamente en un aparato de dominación política.

II. INSTITUCIONES

Sobre las instituciones, qué son y por qué son importantes

Andrés Betancor

Estamos asistiendo a un proceso continuado de erosión de las instituciones más relevantes de nuestro Estado democrático de Derecho. Y nos preocupa. Nos preocupa por dos razones esenciales. La primera, porque no hay Estado democrático de Derecho sin las instituciones que le sirven de soporte. Y la segunda, porque las instituciones se sostienen, más que por la fuerza de la autoridad, por la de la legitimidad, que es la base de la confianza, pieza esencial, a su vez, de la convivencia, en particular, la democrática. Por lo tanto, nos preocupan las instituciones porque nos preocupa la democracia. Pero, ¿qué son las instituciones? ¿Qué entendemos por instituciones?

La palabra «institución» tiene su origen en la palabra latina «institutio» que, a su vez, deriva del verbo «instituo» («instituire») ¹, origen de nuestra palabra «instituir». Según el Diccionario de la Lengua Española, institución es «establecimiento o fundación de algo»; «cosa establecida o fundada»; «organismo que desempeña una función de interés público, especialmente benéfico o docente»; «cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación

¹ En el Diccionario latín-español de MIGUEL y MORANTE, publicado en 1867, se afirma que su origen se encuentra en la palabra «instituo» que se define como establecer, fundar, formar, disponer, preparar, hacer, construir, nombrar, instituir, determinar, instruir, educar, formar, ... A su vez, «institutio» significa creación, formación, institución; disposición, plan de una obra; enseñanza, instrucción; ciencia; método, sistema, doctrina, escuela, secta. En el Diccionario Latín-Español de Vox del año 1990 «institutio» significa «disposición, plan (institutionem suam conservare, conservar su norma de conducta); formación, instrucción, educación; secta. Por último, «institutum», «disposición, regla de conducta, costumbre; plan, designio, proyecto; organización (política, civil, moral, religiosa). Instituciones; ideas, reglas, principios (filosóficos).»

o sociedad», así como «órganos constitucionales del poder soberano en la nación». Por lo tanto, en una primera aproximación, institución es, en términos generales, un establecimiento, una organización, un organismo, fundamentalmente, público u oficial. A su vez, instituir es fundar, establecer lo que, en términos genéricos es precisamente, el establecimiento, el instituto, la institución.

Establecer o fundar no se terminará reduciendo a los establecimientos. No sólo los organismos, en sentido genérico, son el resultado de instituir. No nos puede extrañar que, por lo tanto, Gayo, en sus *Instituciones del Derecho romano*², del año 161, hablase de instituir al heredero³. También en Gayo las instituciones servían de pauta o patrón para organizar la exposición del Derecho. Si es posible el proceso de abstracción (desde las reglas jurídicas hacia la institución común), también lo es en sentido contrario (desde las reglas jurídicas a los hechos calificados precisamente como institución), pero es la primera vertiente, la organizativa, la orgánica, la que terminaría ganando, como criterio de organización de reglas jurídicas. En Gayo encontramos los dos procesos.

A principios del siglo xx, el denominado «institucionalismo» postuló reducir la sociedad (Hauriou) o el Derecho (Santi Romano)⁴ a instituciones. En el fondo, tratándose de constitucionalistas, como ha destacado La Torre⁵, pretendían resolver un problema de adscripción del individuo, prescindiendo, sin duda, de la libertad. Porque la institución, en tanto que organización, incorpora al individuo como parte o elemento de una realidad superior en la que se disuelve. Tiene sentido que, sobre esta base, el institucionalismo clásico incluya a reaccionarios como Carl Schmitt.

En el mundo anglosajón, la institución tiene un significado ligeramente distinto que responden a una perspectiva diferente. En el *Cambridge Dictionary* encontramos tanto el usual significado relativo a organizaciones, como el siguiente: «a custom or tradition that has existed for a long time and

² Las «Instituciones» de Gayo, de aproximadamente el año 161, pretenden ofrecer una explicación, incluso, didáctica del Derecho romano partiendo de tres ideas centrales especificadas en el Libro I, Título primero «Del derecho y de su división». La primera, la diferencia entre el Derecho propio de cada pueblo («Derecho civil») y el Derecho común o «Derecho de gentes»; la segunda, las distintas fuentes del Derecho («consta la jurisprudencia romana de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, edictos de los magistrados que tienen el derecho de publicarlos, y respuestas de los juriconsultos (*responsa prudentium*)»); y la tercera, la «división del Derecho»: «todo el derecho vigente entre nosotros, tiene por objeto o las personas, o las cosas, o las acciones». Alrededor de estos tres criterios se organiza la exposición de las reglas jurídicas.

³ La «institución del heredero», referido a cuándo y cómo el heredero es instituido (lib. II, Título IV)

⁴ Más recientemente, el institucionalismo asume planteamientos más «modestos» como la tesis institucional de Neil McCormick que proclama que el Derecho es un «orden normativo institucional». MCCORMICK, Neil, 2011, *Instituciones del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.

⁵ LA TORRE, M, «Teorías institucionalistas del Derecho (Esbozo de una voz de Enciclopedia)», *Derechos y Libertades*, núm. 14, época II, enero 2006, pp. 103-112.

is accepted as an important part of a particular society» Y cita, como ejemplo, «the institution of marriage». Este significado es la base del más extendido en el mundo de la economía y de la sociología⁶. En la obra clásica de Douglass C. North⁷, se define a las instituciones como «las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico»⁸, a la par que aporta previsibilidad y, por consiguiente, seguridad: «la función principal de las instituciones en la sociedad es reducir la incertidumbre estableciendo una estructura estable (pero no necesariamente eficiente) de la interacción humana»⁹.

Probablemente, en el mundo anglosajón, en coherencia con su concepto de *Common Law*, se entiende que la institución es social al ser creada por la sociedad, a través de la costumbre, no por el Estado, o no fundamentalmente por el Estado, como sucede en la Europa continental. Por lo tanto, su significado es muchísimo más amplio, tanto que se confunde con reglas; falta el elemento orgánico u organizativo de integración de las reglas que, en el fondo, está implícito.

En nuestro Derecho constitucional, la Constitución asume que las instituciones son organismos públicos¹⁰, con una única excepción muy significativa: los Estatutos de Autonomía que son definidos como «norma institucional bási-

⁶ A título de ejemplo, el libro de ACEMOGLU y ROBINSON, *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Deusto, Barcelona, 2012. Distingue entre instituciones económicas e instituciones políticas, que le conduce, a continuación, a diferenciar entre instituciones económicas extractivas e inclusivas. Sin embargo, no encontraremos una definición, al modo canónico, de qué entienden por instituciones, aunque parecen referirse a reglas cuando afirman que «el éxito económico de los países difiere debido a las diferencias entre sus instituciones, a las reglas que influyen en cómo funciona la economía y a los incentivos que motivan a las personas». Las reglas que se concretan en poderes, organismos, derechos, ... que pueden tener una finalidad extractiva (para beneficiar a una élite) o inclusiva (para beneficiar a la mayoría).

⁷ *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, 1990.

⁸ NORTH, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 9 y 11.

⁹ *Ídem*, p. 13.

¹⁰ Véase la descripción de la función moderadora del Rey («modera el funcionamiento regular de las instituciones»: art. 56.1); la limitación que afecta a los Decretos-leyes («no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado»: art. 86.1); la definición de los Estatutos de autonomía («los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma»: art. 147.1) que especifica que incluirá «la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias» (art. 147.2.c), sobre la que despliega competencias, al tratarse de una competencia relativa a la materia la «organización de sus instituciones de autogobierno» (art. 148.1.1.ª). El artículo 152.1 detalla que la «organización institucional autonómica» está integrada por una Asamblea legislativa, un Consejo de Gobierno, y un Presidente. En consecuencia, tiene sentido, por último, que el artículo 93 especifique que se requiera una Ley orgánica para autorizar la celebración de tratados por los que «se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución»; y, por último, se califica al Defensor del Pueblo como «institución» (art. 54).

ca de cada Comunidad Autónoma» (art. 147.1 CE), al mismo tiempo que regula la «organización institucional autonómica» (art. 147.2.c), art. 148.1.1.^a, y art. 152.1). Es la norma institucional precisamente porque instituye a la organización política y administrativa de la Comunidad, razón por la que es la organización institucional de la misma..

Más confusión arroja la jurisprudencia constitucional. Sin definir qué entiende por institución, le reconoce una capacidad para dispensar una protección (constitucional) frente al legislador, asumiendo, sin mayor reflexión, la teoría de la garantía institucional. Y este prejuicio dogmático conduce a resultados desalentadores. La Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre (asunto: RI contra la Ley 13/2005, que modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio), hace un resumen de la doctrina constitucional y de su evolución con ocasión de su aplicación al matrimonio, lo que nos ofrece una muestra excelente de sus problemas e insuficiencias.

Tras destacar que la Constitución reconoce ciertas instituciones, «fundamentales dentro del orden constitucional», distingue entre las que cuentan con «regulación orgánica» en la misma Constitución de aquellas otras que no. Las primeras son las «instituciones supremas del Estado», en cambio, las segundas son las que meramente cuentan con un «reflejo constitucional», sin regulación orgánica. En este grupo incluye desde la autonomía local, el régimen foral, la Seguridad Social, la familia, los colegios profesionales, pero también el *habeas corpus*, el *habeas data*, el derecho de fundación, y la autonomía universitaria, así como, el matrimonio. Estas son las que disfrutan de una garantía constitucional, que protege la «imagen» que la «conciencia social» tiene de la institución correspondiente: la Constitución preserva una «imagen maestra de la institución». Esta «imagen» configura «un reducto indisponible o núcleo esencial», preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar», como lo afirmó, específicamente, respecto de la familia (Sentencia 116/1999).

Sobre esta base doctrinal, la Sentencia proyecta sus consideraciones sobre el matrimonio, ofreciéndonos una reflexión más desarrollada. Al ser una institución (además de un derecho fundamental), ¿cuál es esa «imagen maestra de la institución» que el legislador no puede suprimir o desnaturalizar?

El Tribunal lleva a cabo una investigación sociológica y de Derecho comparado que le conduce a afirmar que la «cultura jurídica» ha «evolucionado» y que tal «evolución» «pone de manifiesto la existencia de una *nueva* «imagen» *del matrimonio* cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que *nos permite entender hoy la concepción del matrimonio*, desde el punto de vista del *derecho comparado del mundo occidental*,

como una *concepción plural*.» Y, desde este altar de la «nueva imagen» social, el Tribunal puede «entender» qué es el matrimonio y, desde tal comprensión, ya puede juzgar la reforma legal.

¿Puede reducirse la institución a una «imagen maestra», además, construida por el Tribunal sobre lo que «entiende» que es su «concepción» social que, además, extrae del «Derecho comparado del mundo occidental»? A mi juicio, no. La institución no es una mera «imagen» reconocida socialmente. Que se utilice como canon de constitucionalidad plantea numerosos problemas (inseguridad), con un único beneficio: reduplica la discrecionalidad del Tribunal. El Tribunal para identificar, reconocer y delimitar su contenido, tiene que embarcarse en «investigaciones» de la «cultura jurídica» llenas de incertidumbres, y de las que extrae dudosas conclusiones, por lo que se invalida como herramienta hermenéutica capacitada para deducir juicios de constitucionalidad y elevar barreras frente al legislador.

Platón, en la alegoría de la caverna, ya nos advirtió de lo equivocado de guiarnos por las «imágenes»: seguro nos confundimos. Es imprescindible, siguiendo la exigencia platónica, distinguir las apariencias, de las esencias. ¿Qué son las instituciones? Dando por sentado que nos interesan las jurídicas, porque no podemos negar que existan otras fuera del alcance del Derecho, a modo de conclusiones, podemos formular las siguientes tesis que tienen como finalidad identificar cuál es el contenido esencial de las instituciones, sin necesidad de acudir al camino, lleno de incertidumbres, de buscar la imagen definida por la conciencia colectiva, al modo que reclama la doctrina de la garantía institucional.

Las instituciones son conjuntos de reglas jurídicas que comparten un objeto común que sirve de centro de referencia o de confluencia que puede ser tanto un sujeto u organización, en sentido amplio, como un concepto jurídico. Así hablamos de la autonomía local, del contrato o de la persona jurídica como instituciones. Tienen una materia reguladora pero una vocación ordenadora u organizadora. Esta vocación es la que explica su permanencia porque resuelven el problema de la gestión de la multiplicidad (e, incluso, el caos) de las reglas ofreciendo orden alrededor de unos puntos de referencia. Las instituciones jurídicamente más relevantes son las que tienen una finalidad instituyente o configuradora de la sociedad, porque constituyen los pilares o las bases alrededor de las que se «organiza» la convivencia. Son las bases del «orden político y de la paz social», por lo que, dada su relevancia social, política y económica, así como, jurídicas, están constitucionalizadas.

Las instituciones no están al margen del Derecho; son la expresión del Derecho y sólo dentro del Derecho podremos encontrar su «contenido». Por-

que son reglas ordenadas u organizadas alrededor de un centro de imputación. Acudir, supuestamente, a la sociedad para su identificación, no sólo es un procedimiento falaz, sino que oculta un decisionismo judicial, además, innecesario. El razonamiento jurídico debería ser suficiente para desentrañar ese pilar y deducir las consecuencias que resulten pertinentes aplicando las reglas básicas de la interpretación. El Estado democrático de Derecho se asienta, como toda forma de Estado, sobre instituciones y, en particular, jurídico constitucionales. Son, como las caracterizaran, entre otros, los filósofos políticos como Rawls (liberalismo político¹¹), Sandel (liberalismo comunitarista¹²) y Gray (liberalismo del *modus vivendi* o filosofía neohobbesiana del *modus vivendi*¹³), las que *hacen posible la convivencia democrática, basada, en última instancia, en la libertad, la igualdad y la justicia*. Comprometer a las instituciones es comprometer al Estado democrático de Derecho. Lo que estamos observando en los últimos tiempos es una operación de debilitamiento del esqueleto del Estado democrático de Derecho que amenaza su supervivencia a largo plazo. ¿Cómo? Cuestionando la legitimidad de sus instituciones.

¹¹ RAWLS, John, *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013

¹² SANDEL, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2013; y *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, Debate, Barcelona, 2018.

¹³ GRAY, John, *Las dos caras del liberalismo*, Página Indómita, Barcelona, 2021.

Las instituciones importan: un enfoque desde la economía¹

Vicente J. Montes Gan

El estudio de las instituciones trasciende las disciplinas académicas y permite arrojar luz sobre el profundo impacto que estas ejercen en el comportamiento humano y, con ello, en la sociedad, la economía y la gobernanza. Como reacción a la ponencia del profesor Betancor, el objetivo de esta nota es ofrecer un punto de vista complementario, formulado desde la economía.

Un primer aspecto tiene que ver con la definición del concepto de institución. Como recuerda el profesor Betancor, North (1990) señala que las instituciones son las *reglas de juego* que determinan las restricciones y los incentivos en las interacciones que se producen en la sociedad. Sin embargo, Greif (1993) propone una definición menos restrictiva al considerar que las instituciones son factores intangibles creados por el hombre que influyen en su conducta, incluyendo en esta definición las organizaciones. *Las institucio-*

¹ Referencias bibliográficas utilizadas en este trabajo son las siguientes:

DJANKOV S., GLAESER E. *et al.* (2003), «The new comparative economics», *Journal of Comparative Economics*, XXXI.

EASTERLY W. (2001), «En busca del crecimiento». Antoni Bosch.

GREIF A. (1993), «Contract enforceability and economic institutions in early trade: the maghribi traders' coalition», *American Economic Review*.

HOLCOMBE R. (1998), «Entrepreneurship and economic growth», *Quarterly Journal of Austrian Economics*.

MOKYR J. (2002), *The gifts of Athena. Historical origins of the knowledge economy*, Princeton University Press.

NORTH D. (1981), *Structure and change in economic history*, Norton.

NORTH D. (1990), *Institutions, institutional change and economic development*, Cambridge University Press.

VEBLEN TH. (1899), *The theory of the leisure class: an economic study of institution*, Macmillan.

ZAGNANI S. (2006), *Heterogeneidad motivacional y comportamiento económico. La perspectiva de la economía civil*, Unión Editorial.

nes son, para la mayoría de los estudiosos de la economía, sistemas de normas, creencias y organizaciones.

Thorstein B. Veblen fue la figura principal del institucionalismo americano. Los autores de esta escuela fueron los primeros en destacar la importancia económica de los hábitos de conducta y de pensamiento de los grupos humanos y en analizar el concepto de institución social. Otros autores desarrollaron en el periodo de entreguerras esta corriente de pensamiento conformando el concepto de *Institucionalismo* como el enfoque de las ciencias sociales que estudia la sociedad a partir de sus instituciones formales y de la eficacia de su funcionamiento.

Cada sistema social desempeña una serie de funciones económicas, políticas, sociales y culturales, para las que se dota de instituciones específicas que regulan los comportamientos de los individuos. Para Veblen (1899) el sistema empresarial y las instituciones políticas del estado son las realidades institucionales básicas de la economía.

Por su parte, la llamada *Nueva Economía Institucional*, de inspiración neoclásica², considera el surgimiento de las instituciones como una respuesta de los individuos que, insatisfechos con la actuación de los mercados imperfectos, tratan de llegar a situaciones de mayor eficiencia mediante la creación de *instituciones correctoras de los fallos del mercado*. Este nuevo institucionalismo, que inicia Ronald Coase, y cuya denominación acuña Oliver Williamson, se desarrolla en la segunda mitad del siglo xx y recupera el papel de las instituciones en la toma de decisiones de los individuos, integrándose en la microeconomía tradicional mediante enfoques como la teoría de la agencia, el estudio de los comportamientos estratégicos y la teoría de juegos o la teoría de los contratos y el análisis económico de los derechos de propiedad.

En la actualidad, existe un consenso entre los economistas sobre el *carácter determinante para el desarrollo económico de disponer de sólidas instituciones formales o informales que regulen el comportamiento de las personas en la sociedad y conformen un marco institucional incentivador de la actividad económica*. En palabras de Easterly (2001): «La prosperidad tiene lugar cuando todos los participantes en el juego del desarrollo tienen los incentivos

² Frente a la posición contraria a la doctrina neoclásica adoptada por los primeros autores institucionalistas, la *Nueva Economía Institucional* propone aportar la perspectiva institucional para mejorar el modelo neoclásico. A diferencia de la constante intervención pública en la economía ante fallos del mercado propugnada por la Teoría de la Economía del Bienestar, enunciada por Arthur Cecil Pigou, Ronald Coase defiende la necesidad de considerar los costes de transacción, minimizando el coste de la reducción del daño –efecto externo– derivado de los mencionados fallos y considerando la posibilidad de que la iniciativa privada solucione los mismos o, incluso, que se dejen en el olvido cuando su insignificancia así lo recomiende.

adecuados. Acontece cuando los incentivos de los gobiernos inducen la adaptación tecnológica, la inversión... en máquinas y escolaridad de calidad,..., cuando los donantes extranjeros tienen incentivos para otorgar su ayuda a los países con buenas políticas económicas..., cuando los pobres tienen oportunidades e incentivos... que premien y no penalicen ganar dinero..., cuando en lugar de que la política esté polarizada entre grupos de interés antagónicos, existe el consenso compartido por todos de invertir en el futuro».

Por ejemplo, autores como North (1981, 1990), Greif (1993) o Mokyr (2002), demostraron la contribución que avances institucionales como la mejora de la organización del comercio o el fortalecimiento de los derechos de propiedad tuvieron en el crecimiento económico a lo largo de la historia. Por ejemplo, para North, la Revolución Industrial fue un gran cambio institucional y organizativo en el que el reforzamiento de los derechos de propiedad mejoró el funcionamiento de los mercados y favoreció el cambio. Greif (1993) mostró el efecto determinante sobre el crecimiento de la productividad de los factores de producción que tuvo la creación de instituciones que mejoraron la organización del comercio. Mokyr (2002) completó este trabajo demostrando que la acumulación de conocimientos no ocurrió sin la creación de instituciones protectoras de los derechos de propiedad que impidieron que los grupos de presión se opusieran a los procesos de modernización y apertura de las economías. En resumen, *un entorno institucional que favorece la actividad empresarial y atrae capital físico y humano, contribuye a aumentar la inversión y favorece el crecimiento económico, clave para el sostenimiento del Estado de bienestar.*

Un aspecto fundamental del análisis económico institucional es la determinación del papel que deben jugar los mercados y el Estado en la asignación de recursos, es decir, establecer el grado óptimo de intervención pública en la economía dada la dimensión y efectos, tanto de los fallos del mercado, como de los fallos del gobierno (Djankov, Glaeser *et al.*, 2003).

En este sentido, las sociedades se sostienen sobre tres principios fundamentales para poder desarrollarse armoniosamente: *el intercambio entre equivalentes o contrato, la redistribución de la riqueza y la reciprocidad* (Zagnani, 2006). Los tres principios deben *coexistir simultáneamente* para lograr el orden social y si alguno de ellos falla será más difícil alcanzar la prosperidad. Las economías mixtas de mercado integran los tres principios mencionados. Los derechos de propiedad, como elemento esencial del sistema de incentivos, o la acción del Estado, como institución que define esos derechos, especifica las leyes y vigila por su cumplimiento, son esenciales para el desarrollo económico en un entorno de libre mercado y libertad de empresa.

A este respecto, resulta oportuno diferenciar entre *el proceso de crecimiento económico y el entorno en el cual el crecimiento tiene lugar*. Las economías de planificación centralizada otorgaron un gran valor al desarrollo tanto de capital físico como humano, así como al avance de la producción tecnológica. Su colapso, a finales del siglo xx, demuestra que no son los avances del capital humano, el capital físico y la tecnología los que producen el crecimiento económico sino el *entorno en el que estos avances tienen lugar* (Holcombe, 1998). Las fuerzas del crecimiento proceden del espíritu empresarial y estas economías no contaban con las instituciones generadoras de la estructura de incentivos necesaria para alcanzar el éxito económico. Las instituciones de las economías de planificación centralizada fracasaron al neutralizar la actividad empresarial que es necesariamente de naturaleza descentralizada. Este ejemplo debería servir de referencia a los que hoy defienden la recuperación de algunos de aquellos desincentivos o el debilitamiento de las instituciones que promueven el ejercicio de la libertad y la cohesión económica y social. Estas tendencias, que podemos denominar «fallos de gobierno» se corrigen con fuertes instituciones.

El sistema de mercado contribuye a conformar un entorno favorable para la actividad emprendedora, elemento esencial para que el proceso económico funcione. Las innovaciones producen oportunidades de negocio que son captadas por empresarios y estas actividades empresariales crean más oportunidades de negocio.

El profesor Betancor alerta sobre el progresivo debilitamiento del esqueleto del Estado democrático de Derecho, operado mediante el cuestionamiento de la legitimidad de sus instituciones. Es ésta una amenaza a su supervivencia a largo plazo. Después de décadas de investigación académica y de la aportación de abundante evidencia empírica, ha quedado demostrado que *las sociedades que se organizan en torno a la propiedad privada, el Estado de derecho y la libertad de mercado son las que tienen un mejor desempeño*. Proteger las instituciones del Estado democrático de Derecho resulta fundamental para que la sociedad española pueda alcanzar todo su potencial, en aras de la prosperidad y de la cohesión social.

Derecho fundamental y garantía institucional

Juan José Solozábal Echavarría

La reflexión sobre el enfoque institucional, tratado agudamente en su ponencia por el profesor Betancor, tiene que superar dos obstáculos: uno es que el mismo lleva inherente cierta indeterminación o «niebla», y el otro es el de su origen *non sancto*, dada la contaminación, que afecta especialmente a la idea de la garantía institucional, ligada a Schmitt. Digamos que el primer defecto se remedia merced a la sutileza del tipo de aproximación de que estamos hablando; por lo que hace al segundo, su capacidad funcional e integradora hace fácil olvidar los problemas de su origen. Por lo demás, la primera reflexión sobre la garantía institucional, todavía sin el nombre, nos lleva a Smend antes que a Schmitt.

El lenguaje institucional es muy común cuando se trata de los derechos fundamentales, considerados como realidades sociales o políticas efectivas. Si adoptamos un prisma histórico para su estudio fijaríamos una primera época cuando diversos autores hablan de la garantía institucional para referirse a la protección que para una institución u organismo se deriva de su reconocimiento constitucional y que le asegura en el plano normativo su persistencia o el mantenimiento de sus rasgos característicos frente al legislador. Estamos hablando de una protección a favor de determinadas instituciones u organismos, así como estructuras políticas o administrativas, por ejemplo, la Universidad, la autonomía de los entes locales o la burocracia, pero no de órganos constitucionales mediante los cuales el Estado forma o expresa su voluntad, tales como el Gobierno o el Parlamento. Aparte de su existencia, lo que guarda la garantía institucional es la imagen maestra de la institución, formada por sus rasgos constitutivos o típicos imprescindibles. Esta imagen maestra *–leit bild–* se establece reparando en lo que la institución es en la sociedad o en la historia; o

utilizando un procedimiento funcional que busca encontrar el contenido organizativo competencial que la institución necesita para poder seguir siendo útil en la comunidad. Retengamos que la institución requiere de una regulación a cargo del legislador y que la misma no puede disponer de su núcleo fundamental o imagen maestra.

El momento fundacional de esta trayectoria, como estamos viendo, contrapone claramente la institución a los derechos con ventaja para aquella puesto que los derechos no disponen (época de Weimar) en realidad de protección fuera de su proclamación en la Constitución.

Un segundo momento es de influencia cuando el derecho constitucional y también la teoría contemplan los derechos desde la retícula conceptual de la institución, de manera que derecho y garantía institucional comparten la misma estructura. El artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana impone al legislador el respeto al contenido esencial del derecho, y obviamente se trata de un límite que coincide, ahora en el caso del derecho, con el núcleo de la imagen maestra.

En un tercer momento se alcanza la comprensión institucional de los derechos, apreciando en los mismos una dimensión subjetiva y otra institucional, con lo cual se subraya la necesidad que tienen los derechos de ser organizados y completados, consecuencia de su obligado entendimiento como realidades políticas y de vigencia social efectiva.

Las diferencias entre las garantías institucionales y los derechos fundamentales se muestran en dos niveles: ya sea en relación con el objeto protegido, tratándose, en el caso del derecho, de facultades o pretensiones de los ciudadanos en sus ámbitos de libertad, participación o prestación; y en el caso de la garantía, la integridad de la institución, que, como sabemos, no es un órgano del Estado sino un organismo o estructura político-administrativa del mismo.

Por lo que se refiere a los medios de defensa en que consiste la protección respectiva, los derechos fundamentales atacados disponen del recurso de amparo; mientras que cuando la institución es desfigurada o corre peligro la única vía de defensa en realidad es el recurso genérico de inconstitucionalidad. Obviamente no estamos ante distinciones relevantes en un plano teórico, sino al contrario ocupándonos de categorías extraordinariamente útiles en el Derecho positivo, como ha demostrado su empleo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC). Así en la STC 32/1981 sobre las Diputaciones catalanas, el TC se sirve de la categoría de la garantía institucional para, considerando como protegida por la misma a las diputaciones provinciales, asegurar una organización territorial homogeneizada en el territorio nacional. La STC 76/1988

considera cubierta por tal categoría el régimen foral constitucionalizado en la Disposición Adicional 1.^a, en cuanto sistema de autogobierno tradicional, cuyo mantenimiento y actualización asegura la Constitución.

La STC 26/1988 sorprendentemente considera la autonomía universitaria frente lo que era sólito en la historia de la teoría constitucional, un derecho fundamental y no una garantía institucional. Sin duda detrás de esta llamativa calificación, en cuya justificación se utilizan endebles argumentos de alcance nominalista, relativos a los términos de su reconocimiento, así como la sede en que se produce, lo que hay es una voluntad de guardar el desarrollo de la autonomía universitaria a la Ley Orgánica del Estado o facilitar la solución de los conflictos en un determinado sentido entre la autonomía universitaria y los derechos a la educación.

De otro lado, desde sus primeras sentencias, el TC ha asumido el enfoque institucional de los derechos fundamentales, que consiste en considerar que estos tienen dos caras, la subjetiva, relacionada con la dignidad de la persona, y la objetiva o institucional, en cuanto los derechos son elementos del ordenamiento. Como no se oculta, detrás de esta actitud está la idea de que la suerte de los derechos no es una cuestión individual: al sistema jurídico le importa que los derechos fundamentales sean efectivos. Es más, esta dimensión objetiva de los derechos se ha utilizado para resolver los conflictos entre los derechos por el TC, aludiendo a un «plus institucional» de unos derechos sobre otros. Esto no es correcto porque no se puede negar dimensión institucional a ningún derecho fundamental.

Lo que sorprende por su elaboración es que el Tribunal haya utilizado la distinción de los aspectos individual y objetivo de un derecho no sólo para iluminar conceptualmente la categoría en cuestión, sino para distribuir las atribuciones competenciales en relación con el establecimiento del régimen de dicho derecho. Es lo que ocurre en la STC 37/1987 sobre la Ley Andaluza de Expropiación, al reconocer en una sub-institución de la propiedad, esto es, la expropiación, dos aspectos. La dimensión subjetiva de la expropiación atiende al interés o provecho del propietario, que se trata de asegurar mediante el justiprecio y el procedimiento expropiatorio. La dimensión objetiva atiende a la utilidad social de la expropiación, de modo que solo se recurra a la venta forzosa que la expropiación significa si existe una causa social que la justifique. El TC distinguiendo entre estos aspectos atribuye la regulación de la dimensión individual al Estado (el justiprecio y el procedimiento expropiatorio) y la colectiva a las Comunidades Autónomas (la fijación de la *causa expropriandi* o utilidad social).

Aunque no hayan sido objeto de análisis jurisprudencial podríamos apreciar *algunos ejemplos de instituciones sociales y políticas* en nuestra Constitución de importante relieve. Así el reconocimiento del mercado (art. 38), en cuyo marco se reconoce la libertad de empresa y que puede utilizarse como instrumento de comprensión adecuado de las tensiones liberales e intervencionistas de nuestra constitución económica, y que operaría como garantía constitucional de la competitividad y economicidad de la posición de los diferentes agentes económicos. Podríamos ver asimismo garantías implícitas del pluralismo informativo en la exigencia constitucional de la veracidad de la información (art. 20). De otra parte, la utilización constitucional del concepto de concurrencia para referirse a la posición de los partidos en el artículo 6 de nuestra Norma Fundamental podría entenderse que contiene la garantía institucional de un sistema político plural y competitivo, integrado por diversos agentes políticos y sociales. De dicha garantía de la igualdad concurrencial de los partidos políticos habría de deducirse la prohibición a los poderes públicos de conceder privilegio alguno institucional a ninguna de las fuerzas políticas, de modo que quede asegurada estrictamente la igualdad competitiva de todas ellas.

Concluyendo, frente a quienes insisten en la superfluidad de la categoría de la garantía institucional, creemos que deben subrayarse sus potencialidades interpretativas e integradoras. Véase si no el desarrollo que puede tener la comprensión como garantía institucional de *la cooficialidad lingüística*. Fuera de la especificidad de tal ejemplo como figura jurídica –garantía mixta, implícita, a favor del legislador estatutario y sobre todo pro futuro–, son de resaltar sus posibilidades habilitantes, así a favor de una política que restaure la posición de la lengua de la Comunidad Autónoma *como eje central* de la vida oficial y social. Pero también de su faceta inhibidora, pues la garantía institucional de la cooficialidad prohíbe una política que aspire a la superación del bilingüismo, imponiendo sobre el castellano la lengua oficial de la Comunidad, lo que un tanto impropriamente, se llama estatutariamente la lengua propia. Esta política, discriminando al castellano, desconocería la protección constitucional del bilingüismo como régimen estable idiomático a través de la garantía institucional y habría de considerarse incompatible con la Constitución.

El presente libro recoge las reflexiones de académicos y profesionales, reunidos bajo el amparo de la Fundación Rafael del Pino, sobre las instituciones del Estado democrático de Derecho. Las instituciones son importantes. Son los pilares sobre los que se organiza la convivencia en una sociedad democrática, respetuosa con la ley y con los derechos fundamentales. Su protección y mejora es relevante para mantener una democracia de calidad. En el momento presente, las amenazas que se ciernen sobre ellas arrojan sombras sobre el Estado democrático de Derecho. Reflexionar sobre lo que son y las funciones que despliegan se nos presenta imprescindible para contribuir a la cultura cívica que, en última instancia, sirve de sostén a nuestra institucionalidad democrática. Porque las instituciones sólo pueden realizar su importante función si todos los ciudadanos estamos convencidos de que son necesarias y creemos en su capacidad, así como en la conveniencia, de constituir los pilares sobre los que se organiza nuestra convivencia según los parámetros de la democracia.

Es un libro de reflexión, pero siguiendo un método, casi, socrático: el de la conversación. Los textos, para facilitarla, están sujetos a unas restricciones de extensión, para centrarse en lo esencial. Y cada ponencia, fruto de la conversación, se acompaña de las aportaciones escritas que se han considerado oportunas. Todas giran alrededor de tres cuestiones esenciales de las instituciones: importancia, amenazas y reformas. Ahora, las ponencias y las aportaciones se reúnen en el presente libro. Son el fruto del compromiso de sus autores de contribuir a la cultura cívica de la institucionalidad democrática. Si no les importan las instituciones a los ciudadanos, cae el Estado democrático de Derecho, y cuando esto se produzca, probablemente, será demasiado tarde. Si nos importa la libertad, si nos importa «nuestra» libertad, debemos proteger las instituciones que la hacen posible. En caso contrario, se está socavando el edificio de nuestra convivencia en libertad, igualdad y justicia.

