

# **PROPUESTAS PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.**

## **MEJORA DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA Y REFORMA DEL MODELO TERRITORIAL**

Manuel Contreras Casado  
Carlos Garrido López  
Eva Sáenz Royo  
Enrique Cebrián Zazurca  
Pedro Luis Martínez Pallarés

Profesores de Derecho Constitucional  
Universidad de Zaragoza



## SUMARIO

I.	INTRODUCCIÓN .....	6
II.	PROPUESTAS PARA LA MEJORA DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA	
	1. La pacata regulación de la democracia directa en el sistema constitucional español .....	8
	2. Impulso a la iniciativa popular: la reducción del número de firmas exigido y de las materias excluidas. La iniciativa popular de reforma constitucional.....	9
	3. La inclusión de la iniciativa popular y la iniciativa parlamentaria para el referéndum consultivo .....	11
	4. Reconocimiento del derecho de deliberación ciudadana .....	15
III.	LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MODELO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO Y LA INTRODUCCIÓN DE REFORMAS PARA MEJORAR SU FUNCIONAMIENTO .....	17
	1. Propuesta de determinación de las unidades territoriales .....	18
	2. Clarificación de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas .....	19
	3. La mejora del sistema de financiación autonómica	
	3.1. <i>El estado de la cuestión de la financiación autonómica de régimen común</i> .....	21
	3.2. <i>Las principales causas de la falta de transparencia del sistema de financiación autonómica y el déficit en el principio de responsabilidad tributaria</i> .....	25
	A) Un sistema de financiación abierta a la negociación política .....	25

B) Los impuestos cedidos como mecanismo inapropiado para profundizar en la responsabilidad fiscal de las CCAA .....	27
3.3. <i>Propuesta de reforma constitucional del modelo de financiación para mejorar la transparencia y la responsabilidad tributaria del Estado y las CCAA .....</i>	28
A) La tendencia del sistema de financiación autonómico hacia el modelo federal alemán y sus inconvenientes ...	28
B) Propuesta de reforma siguiendo el modelo estadounidense .....	31
3.4. <i>Un apunte sobre el sistema de financiación vasco y navarro.....</i>	36
4. La constitucionalización de la lealtad institucional	
4.1. <i>La lealtad institucional en los Estados federales .....</i>	37
4.2. <i>La responsabilidad del gasto en el Estado autonómico .....</i>	38
5. El reconocimiento constitucional de los municipios y las provincias y la garantía de su autonomía .....	40
 IV. LA SUPRESIÓN DEL SENADO. A FAVOR DE UN PARLAMENTO UNICAMERAL.	
1. La falta de funcionalidad del Senado en España .....	43
2. Sobre las propuestas barajadas por la doctrina y sus problemas .....	44
3. La propuesta de suprimir el Senado .....	47
 V. OTRAS PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL	
1. La incorporación de un derecho fundamental a la asistencia sanitaria .....	49
2. La reforma constitucional de la Corona: irresponsabilidad regia, igualdad en la sucesión, estatuto jurídico del sucesor, abdicación y tutela del Rey menor de edad .....	49

3. Contra el uso arbitrario del derecho de gracia: la exigencia constitucional de motivación de los indultos .....	53
4. Eliminación del reconocimiento expreso a la Iglesia Católica sobre “las demás confesiones religiosas” contenido en el artículo 16.3 de la Constitución .....	54
5. Reubicación del artículo 8 de la Constitución, relativo a las Fuerzas Armadas, en el Título IV “Del Gobierno y de la Administración” .....	55
6. Supresión de las referencias constitucionales al servicio militar obligatorio, a la prestación social sustitutoria y a la objeción de conciencia al servicio militar contenidas en el artículo 30.2 CE ...	57
7. Modificación del artículo 32.1 CE de acuerdo con la interpretación evolutiva del derecho a contraer matrimonio realizada por el Tribunal Constitucional .....	57
8. La recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad para la reforma de los Estatutos de Autonomía .....	58

## I. INTRODUCCIÓN.

Hace ahora treinta y cinco años, la sociedad española se enfrentó a un doble reto constituyente: por un lado, transitar de una dictadura a un Estado democrático, devolviendo la soberanía al pueblo y estableciendo un sistema político basado inequívocamente en los principios de la democracia; por otro, cambiar la planta del tradicional Estado unitario convirtiéndolo en un modelo descentralizado políticamente. La empresa era de una gran dificultad, pero aquella irrepetible generación de políticos españoles acertaron a culminarla en la Constitución de 1978, fruto de un gran acuerdo constitucional.

Pasado el tiempo, viven hoy varias generaciones de españoles que no participaron en aquel consenso y es lógico que no sientan el mismo compromiso ni se sientan identificadas con el texto constitucional como quienes vivieron aquella vibrante época. De ahí quizá la necesidad actual de llevar a cabo una renovación de aquel pacto constitucional, que tan buenos frutos ha ofrecido a la sociedad española, para que las generaciones más recientes y disconformes se sientan partícipes e integradas en él.

Por otro lado, el hecho de que una Constitución como la española haya durado más de treinta años sin cambios significativos puede ser una excelente noticia de buena salud constitucional, o un preocupante indicio de esclerosis progresiva. Y todo indica que, sin olvidar que una Constitución no expresa nunca un ideal de justicia, respetando los pilares básicos del texto constitucional que siguen plenamente vigentes, o sea el Estado democrático y políticamente descentralizado, sería conveniente una limitada revisión del texto constitucional.

Precisamente este Informe se centra en una serie de propuestas de revisión sobre nuestra democracia constitucional, para profundizar en ella y mejorar su calidad, y sobre el Estado autonómico, para acercarlo cada vez más al modelo federal y, con ello, mejorar su actual funcionamiento.

Reformar la Constitución exige una previa decisión política, y esa decisión le corresponde a las fuerzas políticas dominantes en el momento en que la necesidad de

cambio se haga presente. Por nuestra parte, creemos que ese momento ha llegado ya, y eso es lo que justifica las reflexiones y alternativas que proponemos en nuestro Informe: un trabajo realizado para colaborar a la viabilidad de ese cambio que se intuye ya necesario.

## II. PROPUESTAS PARA LA MEJORA DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA.

### 1. La pacata regulación de la democracia directa en el sistema constitucional español.

Nuestra historia constitucional estuvo comprometida desde sus inicios con las formas propias de la democracia representativa. Salvo la tímida recepción del referéndum en el ámbito local en los proyectos de régimen local de Maura y Canalejas y en el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, de 1924, las instituciones de democracia directa no existieron en España hasta que el artículo 66 de la Constitución de 1931 admitió la figura del referéndum. Y aun este reconocimiento, admitido con desconfianza por la clase política, fue tan sólo un logro formal, pues el Parlamento no llegó a aprobar la ley de desarrollo necesaria para su puesta en práctica.

En un Estado democrático moderno la participación del pueblo en la adopción de las decisiones colectivas discurre fundamentalmente por cauces representativos, pero ello no excluye, en absoluto, la implementación de procedimientos participativos que permitan la expresión directa de la voluntad popular. Al contrario, dichos procedimientos son complementarios y absolutamente necesarios en el delicado momento de aguda crisis política y desconfianza en las instituciones por el que atraviesa nuestro país. El dilema hoy, por tanto, no es democracia representativa *versus* democracia directa, sino en qué medida y bajo qué fórmulas la actual democracia parlamentaria debe incorporar a sus esquemas institucionales las citadas técnicas de democracia inmediata.

El artículo 23 de la CE asume semánticamente ambas formas de participación – directa y a través de representantes- en los asuntos públicos, pero el tratamiento dado en otros preceptos a las instituciones de democracia directa –tal como la exclusión del referéndum legislativo, las limitaciones del referéndum consultivo (art. 92 CE) y de los referéndum constitucionales y autonómicos (arts. 167.3, 168.3, 151.2 y 152.2 CE) y las fuertes exigencias y exclusiones a la iniciativa popular en los artículos 87.3 y 166-, constata la decidida apuesta del constituyente por la democracia representativa y su reserva hacia las formas directas de expresión popular.



Tras cuatro décadas de régimen autoritario, era necesario reforzar constitucionalmente las instituciones representativas y consolidar los partidos políticos, sin duda; pero no a costa del menosprecio de los institutos de democracia participativa, cuya puesta en práctica quedó condicionada muy restrictivamente de diversos modos:

a) sometiendo dichos institutos de participación ciudadana a exigencias superiores a las previstas en Derecho comparado;

b) excluyendo alguna de sus más interesantes manifestaciones (por ejemplo, el referéndum legislativo) y;

c) sometiénolos a la tutela de la élite representativa, que controla su iniciativa (en el caso del referéndum) o domina su toma en consideración (en el de la iniciativa legislativa popular).

Superada la etapa de consolidación de la democracia representativa y enseñoreada ésta por la hegemonía de los partidos políticos, se impone la necesidad de un mayor acercamiento y participación de los ciudadanos en la adopción de decisiones colectivas de especial transcendencia. A este objetivo responden las propuestas de reforma constitucional de los artículos 87.3 y 92 de la CE que a continuación se reseñan.

## **2. Impulso a la iniciativa popular: reducción del número de firmas exigido y de las materias excluidas. La iniciativa popular de reforma constitucional.**

La iniciativa popular de carácter legislativo consiste en la atribución de la facultad de iniciar el procedimiento legislativo a una determinada fracción del cuerpo electoral. La CE reconoce la posibilidad de la iniciativa popular para presentar proposiciones de ley en las Cortes Generales, remitiendo a una posterior ley orgánica que la desarrolle e indicando que “en todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas” de electores (artículo 87.3 CE). Se excluye de la iniciativa legislativa popular “materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional” y “lo relativo a la prerrogativa de gracia”. Tampoco se admite esta iniciativa para la reforma de la Constitución (artículo 166 CE).

La doctrina se ha mostrado bastante crítica con esta regulación constitucional, puesto que las severas y restrictivas condiciones con que la CE regula la iniciativa popular la convierte en un instrumento semidirecto de participación política de difícil empleo e incierto recorrido.

A efectos de potenciar su uso se propone, por una parte, la reducción del número de firmas exigido en el artículo 87.3 de la CE por resultar extraordinariamente alto en comparación con el número tenido en cuenta en otros ordenamientos constitucionales de nuestro entorno. En España, con un total de 35.091.695 electores a partir del CER ([http://www.ine.es/censoe/censo\\_cerrado/index.html](http://www.ine.es/censoe/censo_cerrado/index.html)) y del CERA se exigen 500.000 firmas acreditadas, en tanto que en Italia, que ronda los 50 millones de electores, sólo se exigen 50.000 firmas (artículo 71 de la Constitución italiana). La adopción en este punto de un número similar de firmas al previsto en la regulación constitucional italiana facilitaría e incentivaría el recurso de los españoles a la iniciativa popular. Así lo proponemos en una redacción alternativa del artículo 87.3 CE.

Por otra parte, las materias excluidas de la iniciativa popular resultan una precaución a todas luces excesiva dado que cualquier iniciativa legislativa ciudadana es una simple propuesta de una fracción del cuerpo electoral al Parlamento para que éste apruebe, rechace o parta de esa propuesta para la aprobación definitiva de la ley. Se trata de un instrumento de democracia participativa, complementario y no alternativo a la democracia representativa. De hecho, la decisión final corresponderá en todo caso a los representantes elegidos por sufragio universal. De ahí que, por ejemplo, ni Italia ni Austria contemplen límites materiales para esta propuesta y no se entienda las restricciones materiales a las que se somete la iniciativa legislativa popular en España. Por estas razones proponemos la eliminación de las referencias a las materias propias de ley orgánica, las de carácter internacional y las relativas al derecho de gracia como contenidos vetados a la iniciativa legislativa popular, entre los que sólo mantendríamos las materias presupuestarias (cuya iniciativa se reserva al Gobierno generalmente) y, en su caso, las tributarias.

En este mismo sentido, la reforma constitucional no puede seguir siendo objeto vetado a la iniciativa popular, tal y como se hace, por remisión tan sólo al artículo 87.1 y 2, en el artículo 166 CE. De ahí que el artículo 166 CE deba ser asimismo reformado

admitiéndose entre los legitimados para incoar el procedimiento de reforma constitucional a la iniciativa popular prevista en el artículo 87.3 CE.

En todos los casos, la defensa de la proposición impulsada por la iniciativa popular debe ser defendida ante el Pleno del Congreso de los Diputados por la persona o personas que designen los integrantes de la Comisión Promotora, con anterioridad a su toma en consideración. Y así lo debería prever el propio artículo 87.3 en la redacción alternativa que proponemos:

“Una ley orgánica regulará la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 50.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias tributarias y presupuestarias. Acreditada la iniciativa popular, sus promotores defenderán la proposición de ley ante el Pleno del Congreso de los Diputados en los términos previstos en la ley orgánica”.

### **3. La inclusión de la iniciativa popular y la iniciativa parlamentaria para el referéndum consultivo.**

La figura del referéndum ha tenido poca aplicación en el sistema constitucional español y ha sido vista tradicionalmente con recelo por la clase política. Al margen de los referéndums para la aprobación de la Constitución española de 6 de diciembre de 1978, y para la aprobación y reforma de algunos Estatutos de Autonomía, en España sólo se han realizado dos referéndums, que han sido de carácter consultivo y de ámbito nacional. El referéndum de 12 de marzo de 1986 para someter a la consideración del pueblo español la pertenencia de España a la OTAN, aprobado por un 53% de los votantes; y el referéndum para la aprobación del Tratado de Lisboa, de 20 de febrero de 2005, aprobado por un 77% de los votantes. Es una cifra ciertamente baja en términos de derecho comparado.

El peso del inmediato pasado explica en gran medida la actitud recelosa que adopta la Constitución española respecto a esta institución. Hay que recordar que el régimen franquista, como anteriormente otros regímenes autoritarios y totalitarios, acogió instrumentalmente esta forma de democracia directa, con la Ley de referéndum de 1945 y la celebración de referendos en 1947 y 1966. Se usó así el referéndum, por

supuesto desprovisto de cualquier garantía, como instrumento político para disfrazar de apariencia democrática un régimen autoritario. Lo que unido a la proscripción durante décadas de las instituciones representativas democráticamente elegidas y de los partidos políticos, configuró un estado de opinión constituyente poco favorable al referéndum y mayoritariamente partidario de reforzar las instituciones de la democracia representativa.

Ello explica que la Constitución española de 1978 no exija referéndum para toda reforma constitucional, ni incluya en su regulación la posibilidad del referéndum “legislativo”. El referéndum sólo es obligatorio en caso de reforma de determinadas partes de la Constitución (art. 168) y de aprobación y reforma de determinados Estatutos de Autonomía (art. 151.2 y 152.2). Y aunque en el Anteproyecto de Constitución se preveía el referéndum legislativo aprobatorio (previo a la sanción de las leyes aprobadas por las Cortes) y el abrogatorio de las leyes en vigor, ambos desaparecieron del Proyecto de Constitución finalmente debatido. El constituyente sí reguló, en cambio, el referéndum consultivo para decisiones de especial trascendencia, pero la iniciativa de éste se atribuyó en exclusiva al Presidente del Gobierno (artículo 92). En definitiva, la regulación constitucional del referéndum resulta muy restrictiva y ha llegado el momento de plantear una modificación constitucional sustancial que facilite y potencie su uso como instrumento participativo en la función legislativa y en la acción de gobierno.

El fomento de la participación ciudadana en las decisiones colectivas a través de referéndum refuerza la legitimidad del sistema político y es esencialmente positivo para la mejora de la calidad democrática por cuanto el ciudadano deja de ser mero espectador, tiene la oportunidad de formar su opinión, de expresarla directamente y de hacerse responsable de su gobierno.

El recurso al referéndum, con todo, no está exento de riesgos: (i) el control del proceso referendario es ejercido por las élites políticas, lo que posibilita una eventual manipulación de su resultado (*the elite control syndrome*); (ii) existe la tendencia en los procesos de referéndum a agregar pre-juicios, en lugar de formar opiniones a través de la deliberación (*thedeliberation déficit*); y (iii) los referéndums conforman mayorías en torno a una opción simplificada, anulando las posiciones minorías al respecto y toda posibilidad de agregación de intereses individuales (*themajoritariandanger*).

Desde una perspectiva general, estas críticas quedan, sin embargo, matizadas por el actual funcionamiento de las democracias parlamentarias, por cuanto los referidos defectos podrían igualmente imputarse a los procesos electorales vigentes y al funcionamiento ordinario de las instituciones representativas. Tal y como subraya Stephen Tierney, “no hay una evidencia que demuestre que un referéndum, por definición, es más abierto a la manipulación de las élites que unas elecciones”. Los legisladores electos y los gobiernos también se enfrentan a la presión de los medios de comunicación, lobbies y otros grupos de interés. Tampoco puede afirmarse con rotundidad que sólo las instituciones representativas garantizan una deliberación informada. Bastaría preguntar a los diputados la justificación y el sentido de su voto para darnos cuenta que, lejos de la deliberación racional, influye más en su posición la disciplina partidaria, en ocasiones al margen del interés general. Tampoco en los procesos electorales se exige a los ciudadanos que se informen y deliberen antes de emitir su voto. Por último, respecto al respeto de las minorías, que, según algunos autores, es la principal objeción contra el referéndum, tampoco la democracia representativa está libre de abusos de la regla de la mayoría; máxime, cuando es la regla de la mayoría simple la que rige la generalidad de la toma de decisiones parlamentarias, exigiéndose mayorías reforzadas o más amplios acuerdos sólo en determinados casos. Incluso los sistemas electorales proporcionales pueden otorgar mayorías absolutas, concediendo a un partido el control de la agenda política. Buen ejemplo de ello es el caso español en la actualidad, con una mayoría absoluta del Partido Popular.

Todo lo anterior no desactiva las críticas del referéndum, pero las relativiza bastante si una regulación rigurosa y garantista de esta figura neutraliza sus principales riesgos. A tal efecto, parece conveniente que la iniciativa del referéndum se amplíe a dos o más grupos parlamentarios y a la iniciativa popular, dejando de depender exclusivamente de la discrecionalidad del gobierno, ya que, tal y como dijera Lijphart, “cuando los gobiernos controlan el referéndum, ellos tienden a usarlo sólo cuando esperan ganar”. No obstante, nos sigue pareciendo necesario que el Congreso de los Diputados, órgano representativo central del sistema político, tenga la opción de valorar la necesidad u oportunidad de celebración de un referéndum consultivo en un determinado caso, y no se imponga su celebración ni legalmente –tal y como se propone en la proposición de ley llevada ante el Congreso de los Diputados el 25 de noviembre de 2012- ni jurisprudencialmente, tal y como ocurre por ejemplo en el caso irlandés

para el supuesto de los tratados europeos. La imposición legal o jurisprudencial del referéndum para determinadas materias puede conllevar, como ha ocurrido en el caso irlandés, a una escasa participación política, muy inferior a la registrada para las elecciones al parlamento irlandés, y, con ello, a un claro déficit de legitimidad democrática.

Nuestra propuesta pasa, como ya hemos subrayado, por ampliar la iniciativa tanto a los representantes políticos como a un número cualificado de ciudadanos mediante la iniciativa popular, de manera que también los ciudadanos directamente puedan valorar si resulta necesario el sometimiento de una determinada cuestión a referéndum. La mayoría de los referéndum en Suiza comienzan como iniciativas populares (*Federal constitution of the Swiss Confederation*, Arts. 138, 139 and 141) y también se reconoce esta posibilidad en Nueva Zelanda (*the Citizens Initiated Referenda Act 1993*), Italia (*Constitution of the Italian Republic*, Art. 138.2) y en Estados de EEUU. Así mismo, esta es la tendencia que parecen adoptar los últimos Estatutos de autonomía aprobados en España para el caso de los referéndums autonómicos. Desde el momento en que ya no existe monopolio gubernamental en la convocatoria del referéndum, tampoco existe el peligro de que sólo se convoque cuando esté la victoria asegurada. Trabajos empíricos sobre el uso de esta iniciativa sugieren que, además de evitar el peligro del control por las élites, la acción política y de gobierno tiende a acercarse a las preferencias de los votantes más que en los lugares donde no se reconoce dicha iniciativa. Algo que parece esencial en los momentos actuales de nuestro sistema democrático, en los que la distancia entre las principales decisiones políticas y las preferencias de los ciudadanos resulta con demasiada frecuencia abismal.

Por los mismos motivos, somos partidarios de ampliar el objeto de los posibles referéndums consultivos, haciendo posible su convocatoria tanto para consultar a la ciudadanía sobre cuestiones políticas de especial transcendencia, como prevé la actual regulación del artículo 92 CE, como sobre proposiciones de ley y leyes ya en vigor, excepción hecha de las tributarias y presupuestarias. En la redacción que proponemos el artículo 92 quedaría como sigue:

“1. Las proposiciones de ley, las leyes en vigor y las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.

2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, de dos o más grupos parlamentarios o de la iniciativa popular, previamente autorizada por mayoría simple por el Congreso de los Diputados.

3. Una ley orgánica regulará las condiciones de la iniciativa de referéndum y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución.”

#### **4. Reconocimiento del derecho de deliberación ciudadana.**

Es precisamente en el ámbito participativo donde nuestra Constitución puede introducir importantes mejoras, cumpliendo una necesaria función de perfeccionamiento democrático. En este sentido, junto con la ampliación de institutos como el referéndum o la iniciativa legislativa popular, y como complemento del sistema representativo, sería positiva la introducción de fórmulas de democracia deliberativa. Una deliberación entendida como debate entre los ciudadanos y entre estos y sus representantes, alentado y mantenido por el Parlamento y desarrollado a través de las posibilidades tecnológicas ofrecidas por Internet; una deliberación, en suma, cuya garantía más cierta pasaría por recoger el derecho a la deliberación como un derecho, a desarrollar según lo dispuesto por la ley.

Se trataría de un derecho que presentaría, además, dos importantes cualidades con respecto al pronunciamiento general del artículo 23 de la Constitución Española (CE). Por un lado, superaría la aparentemente obligada dicotomía que el constituyente de 1978 estableció entre participación directa o participación a través de representantes, ofreciendo un tercer modelo o, mejor dicho, un modelo que combinaría elementos de ambos. Y, por otro lado, contribuiría a ampliar el escaso margen otorgado por nuestra Constitución para otras formas de participar en la vida política distintas a la emisión del voto para la elección de representantes.

Supondría, además, una democracia de mayor calidad, una mejora de los mecanismos de control político y de receptividad y una muy ajustada concreción de esa

voluntad de la nación española, que se proclama en el Preámbulo del texto constitucional y que está dirigida a “establecer una sociedad democrática avanzada”.

El citado derecho de configuración legal podría ser reconocido constitucionalmente en los siguientes términos: “Los ciudadanos tienen derecho a la participación en deliberaciones abiertas sobre temas de interés público, mantenidas entre sí y con sus representantes libremente elegidos, en los términos que la ley establezca”.



### III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MODELO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO Y LA INTRODUCCIÓN DE REFORMAS PARA MEJORAR SU FUNCIONAMIENTO.

España ha llevado a cabo un singular proceso de distribución territorial del poder político, tanto por su celeridad e intensidad, partiendo de un Estado unitario totalmente centralizado, como por la forma concreta de implementarlo.

Si tradicionalmente es la Constitución, como norma fundamental del Estado, la que configura las relaciones entre las diversas instancias de poder territorial, en nuestro caso, ésta fue punto de partida de un rápido proceso de descentralización política, un instrumento de impulso y generalización de la autonomía de las comunidades territoriales que meses antes habían sido reconocidas provisionalmente y de otras que, sin serlo, mostraron idéntica vocación de autogobierno. La CE sentó las bases y creó las condiciones del subsiguiente proceso descentralizador. La CE no concedió automáticamente la autonomía a determinadas entidades territoriales del Estado, sino que reconoció la autonomía como derecho de posible ejercicio, introduciendo el llamado principio de voluntariedad o dispositivo, cuyo precedente se encuentra en los arts. 11 y 12 de la Constitución de 1931.

De ahí que una buena parte de las disposiciones contenidas en el Capítulo III (relativo a las CCAA) del Título VIII (organización territorial) se presentan como disposiciones de carácter transitorio, que, una vez aplicadas, han pasado a ser “normas agotadas”, por utilizar la denominación dada por el profesor Cruz Villalón.

El desarrollo práctico de las premisas constitucionales vino determinado por los Acuerdos Autonómicos de 1981, la aprobación de los Estatutos de Autonomía, los Acuerdos Autonómicos de 1992 y el último proceso de reformas estatutarias. El resultado de este proceso es un modelo sustancialmente federal, con un alto grado de descentralización política, pero que, a diferencia de lo que es pauta común en el federalismo, no está plasmado en la Constitución.

Trascurridas varias décadas desde la formación de las Comunidades Autónomas, y desplegadas todas sus facultades y competencias, ha llegado el momento de

incorporar al texto constitucional la denominación de las comunidades que lo integran, así como los rasgos definitorios y los principios que impulsan y rigen la organización territorial del Estado, haciendo de la propia Constitución, y no de los Estatutos de Autonomía, la auténtica conformadora del sistema.

Pero este informe no sólo propone la constitucionalización del modelo territorial existente, sino también la introducción de mejoras normativas que permitan un mejor funcionamiento y transparencia del sistema. Unas mejoras que vienen exigidas por la propia ciudadanía que, de acuerdo con los últimos estudios del CIS, exige la reducción de duplicidades y una mayor transparencia en la gestión pública. Mejoras que se proponen desde Aragón, tierra tradicionalmente de pactos, también con el propósito de conseguir una mayor integración de todos los territorios.

Son cinco las concretas reformas constitucionales que se proponen relativas al modelo territorial, a las que se añade, posteriormente, la propuesta de suprimir el Senado.

## **1. Propuesta de determinación de las unidades territoriales.**

Para convertir el Título VIII de la Constitución en auténtica norma jurídica reguladora de la organización territorial del Estado es necesario recoger en su articulado de manera expresa la denominación de las Comunidades Autónomas y reconocer la particularidad institucional y competencial de Ceuta y Melilla. Esta mención expresa caracteriza a la mayoría de las Constituciones federales que o bien enumeran en el texto constitucional las unidades territoriales que integran la Federación, o éstas aparecen citadas al final del documento constitucional al reflejarse su participación en la aprobación de la Constitución.

Dicho reconocimiento y mención se llevaría a cabo en el actual artículo 143, póstico del mencionado Capítulo III del Título VIII. Consecuentemente con ello, en el artículo 137 de la CE desaparecería la alusión a “las Comunidades Autónomas que se constituyan” y deberían depurarse la totalidad de las normas constitucionales hoy “agotadas” o amortizadas, que describen los diversos procedimientos y fases de acceso

a la autonomía política, como los artículos 143, 144, 146, 151 y las disposiciones transitorias de la Constitución referidas a esta cuestión.

## **2. Clarificación de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.**

La lista de competencias de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 148 de la CE ha quedado superada por las sucesivas reformas de los Estatutos de Autonomía y, como fuente de confusiones que es, debería quedar suprimida.

El artículo 149 CE remite a la voluntad de las CCAA la determinación de sus competencias. Ello ha generado inseguridad jurídica sobre las competencias de cada una de las CCAA y ha inducido la apertura de un proceso de continuas reclamaciones de nuevas competencias. Para poner fin a esta dinámica, sería necesario superar el principio de voluntariedad en este punto y convertir a las CCAA en titulares de todas las competencias no reservadas al Estado. Por tanto, la cláusula residual contenida en el apartado 3 del artículo 149 CE se limitará a señalar que las materias no atribuidas expresamente al Estado “corresponderán” a las Comunidades Autónomas.

De este modo, los Estatutos de Autonomía dejarían de ser normas forzosamente competenciales para convertirse en normas de autoorganización política. No obstante, dadas las características de nuestro Estado subsumible dentro de lo que se ha dado en denominar “federalismo de devolución”, con las particulares características centrifugas que éste conlleva que lo diferencia del denominado “federalismos de integración”, en el que se han forjado los elementos e instrumentos convencionales del arquetipo ideal “federal”, los Estatutos no debieran perder su doble condición de norma institucional básica de la CA y de ley orgánica integrante del ordenamiento jurídico estatal, aprobado por las Cortes Generales. Esto conlleva un reforzamiento de la idea de “integración” que subyace a todo federalismo que sea reconocible como tal, y que también debe formar de los estados federales inmersos en procesos de “devolución de poderes” y facilita un cierto debate sobre la constitucionalidad y oportunidad para el conjunto de la Federación del contenido que se propone para cada Estatuto de Autonomía.

El listado de competencias estatales previsto en el artículo 149 CE podría revisarse para que el reparto de competencias se atribuya, a la luz de la experiencia del funcionamiento de nuestro Estado Autonómico, en función de criterios de eficacia y menor coste. Ello exigiría analizar caso a caso los títulos competenciales actuales y ponderar supuesto a supuesto tanto su redacción, como las funciones y potestades que en cada caso pudieran corresponder, y determinar en qué nivel territorial resulta más operativo su atribución, priorizando la exclusividad de las diferentes materias. En todo caso, parece imprescindible que la lista de competencias del Estado incluya las necesarias para garantizar la unidad política, la unidad económica y la cohesión social, dejando en estas competencias al Estado cierto margen de maniobra. Hay que subrayar que en los dos modelos paradigmáticos de Estado federal, EEUU y Alemania, la Federación cuenta asimismo con un gran margen de apreciación en el ejercicio de sus competencias en los ámbitos político, económico y social, sin que en ninguno de estos dos países existan mecanismos eficaces con los que se compense ese potencial en manos de las instancias centrales.

El paso del tiempo ha revelado en EEUU que el Congreso no sólo puede ejercer sus poderes expresamente delegados y, a través de la cláusula de supremacía, anular poderes concurrentes de los Estados, sino que puede anular también leyes estatales en materias exclusivas estatales a través de la doctrina de los poderes implícitos y competencias más transversales como la regulación del comercio interestatal o la cláusula del bienestar general. También en Alemania la cláusula de necesidad (art. 72.2 Ley Fundamental) ha permitido a la Federación un gran margen de apreciación política para ejercer sus competencias en las más diversas materias, sin que en la práctica el *Bundesrat* se haya erigido en instrumento eficaz de compensación de este poder federal.

El cierre del modelo competencial y la clarificación competencial también exigiría eliminar la posibilidad de que el Estado delegue o transfiera las competencias que le atribuya la Constitución a las CCAA, así como la posibilidad de que el Estado armonice en materias de competencia exclusiva de las CCAA. En consecuencia se propone la supresión del artículo 150 de la CE.

### **3. La mejora del sistema de financiación autonómico.**

### *3.1. El estado de la cuestión de la financiación autonómica de régimen común.*

El sistema de financiación autonómico sólo muy genéricamente está establecido en la Constitución española debido a la indeterminación del modelo de Estado de la propia Constitución. Son tres los artículos que dedica a la financiación.

En primer lugar, consagra la autonomía financiera de las CCAA para el desarrollo y ejecución de sus competencias (art. 156.1 CE). En segundo lugar, al establecer el elenco de los recursos que constituyen la Hacienda Autonómica (art. 157.1 CE) se decanta por un sistema mixto. A diferencia del sistema puro de unión, en el que todos los tributos son regulados y recaudados por el poder central, que luego distribuye los ingresos entre los entes autónomos, y de un sistema de separación, caracterizado por un reparto de los impuestos entre los distintos niveles de gobierno, sobre los que ejercen plenas facultades normativas, administrativas y el derecho a la recaudación, el sistema mixto, además de reconocer la existencia de fuentes de financiación exclusivas de las CCAA, reconoce a éstas diferentes formas de participación en los impuestos del Estado. También se establecen límites a la imposición autonómica para garantizar la unidad de mercado (art. 157.2 CE). En tercer lugar, prevé genéricamente unas transferencias estatales para garantizar la prestación de los servicios públicos fundamentales así como un fondo estatal destinado a gastos de inversión (art. 158 CE).

La fijación del sistema de financiación autonómico se deja a la Ley Orgánica de financiación autonómica (art. 157.3 CE). Dentro del marco por ésta diseñado, serán los respectivos Estatutos los encargados de concretar su sistema de financiación. Una cuestión importante, que ha sido planteada a partir de la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña, es la relación entre el Estatuto de Autonomía y la LOFCA. Tal y como confirma la STC 31/2010, de 28 de junio, la relación es de competencia, no de jerarquía (FJ 3) y en este caso es al Estado a través de la LOFCA al que le corresponde la coordinación en la materia financiera y el establecimiento del alcance de la autonomía financiera de las CCAA (FJ 132 y siguientes), al ser ley orgánica estatal de expresa reserva en la Constitución en tanto delimitadora de competencia autonómica (art. 157.3 CE).

El sistema de financiación diseñado originariamente por la LOFCA aseguraba la suficiencia financiera de las CCAA para el ejercicio de sus competencias a través de la cesión de impuestos, las tasas afectas a los servicios transferidos y bajo la forma de un porcentaje de participación en los ingresos estatales, todas ellas fuentes de ingresos de libre disposición para las CCAA. Por su parte, las fuentes de financiación estatal de carácter condicionado (FCI, asignaciones niveladoras) parecían llamadas a ser unas fuentes de financiación excepcionales, sólo extensibles a algunas CCAA, y respecto de las cuales la restricción de su uso por parte de las CCAA podía justificarse por la finalidad redistributiva que estaban llamadas a satisfacer.

Si bien se reconoce poder tributario a las CCAA al reconocer la posibilidad de fijar sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, éste se ve muy mermado por la prohibición de doble imposición y de duplicidad normativa. Según el artículo 6.2 de la LOFCA, ya en su redacción original, señalaba que las CCAA no pueden establecer tributos que recaigan sobre hechos impositivos gravados por el Estado. Esta limitación a su poder tributario se ha visto intensificada, además, por la interpretación que el propio Tribunal Constitucional ha hecho de los límites constitucionales de doble imposición debido a la concurrencia impositiva entre los distintos niveles de gobierno.

Por tanto, la autonomía financiera de las CCAA constitucionalmente fijada se entendía originariamente por la LOFCA más como “suficiencia” de recursos de libre disposición para el ejercicio de sus competencias que como “capacidad” para decidir sobre sus propios recursos o, como señala el propio Tribunal Constitucional:

“(…) la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas viene definida en el bloque de constitucionalidad más por relación a la vertiente del gasto público –y si acaso a la de las transferencias de ingresos procedentes de la Hacienda estatal, que constituyen un derecho de crédito a favor de las Haciendas autonómicas (...)– que por relación a la existencia y desarrollo de un sistema tributario propio con virtualidad y potencia recaudatoria suficientes para cubrir las necesidades financieras de la Hacienda autonómica. Se configura así un sistema de financiación apoyado en mecanismos de transferencias desde el Estado” (STC 13/1992, FJ 7).

En los años 90 la doctrina denuncia la excesiva dependencia de los ingresos de las CCAA de régimen común de las transferencias procedentes del Estado y empieza a

considerarse la necesidad de profundizar en el principio de responsabilidad tributaria o, tal y como en España se conceptuó, de “corresponsabilidad fiscal de las CCAA”. Éste es uno de los principales principios del federalismo fiscal y dice que, en un sistema federal, el gobierno que decide el gasto debería ser también el que tiene la responsabilidad de obtener del sector privado los recursos necesarios para financiarlo. La responsabilidad tributaria o de ingreso se traduce así en la capacidad –legislativa- para decidir el volumen y la estructura de los propios ingresos. Este principio es el inspirador del federalismo en EEUU desde sus orígenes y, en este sentido, la capacidad para decidir sobre los propios ingresos se considera irrenunciable para los Estados miembros y compatible con el reconocimiento de ese mismo poder para la Federación.

En España concretamente de corresponsabilidad fiscal se empezó a hablar con la aprobación de la cesión del 15% de la cuota líquida del IRPF, adoptada a través de los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera, de 7 de octubre de 1993. Pero sobre todo se habló de corresponsabilidad con el sistema de financiación aprobado para el quinquenio 1997-2001, en el que, junto a la cesión del 15% del IRPF, se atribuían competencias normativas sobre éste y otros impuestos estatales. Es abundante la doctrina que durante esos años alaba este nuevo sistema de financiación como una forma de profundizar en la corresponsabilidad fiscal de las CCAA.

Esta corresponsabilidad se pretendía conseguir básicamente mediante la territorialización de un porcentaje de lo recaudado por impuestos estatales, porcentaje que o bien es del 100% o bien ha ido en progresivo aumento (el IRPF empezó con el 15%, hoy es el 50%; tras la última modificación el anterior 35% del IVA ha pasado al 50%; del 40% al 58% en los Impuestos Especiales sobre hidrocarburos, alcohol y tabaco); y con el reconocimiento a las CCAA de capacidad normativa sobre impuestos estatales. Ahora las CCAA tienen poder fiscal no sólo sobre sus impuestos propios (sobre el juego del bingo, sobre combustibles derivados del petróleo, cánones medioambientales y otros), sino que también proyecta su poder normativo en los tributos cedidos (patrimonio, sucesiones y donaciones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y sobre el juego), así como en el IRPF.

Tras la reforma de la LOFCA por Ley Orgánica 2/2012, que introduce alguna modificación respecto al Impuesto sobre Hidrocarburos, el artículo décimoprimer de la misma señala los impuestos cedidos a las CCAA y algunos de los límites de la cesión:

Sólo pueden ser cedidos a las Comunidades Autónomas, en las condiciones que establece la presente Ley, los siguientes tributos: a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con carácter parcial con el límite máximo del 50 por ciento. b) Impuesto sobre el Patrimonio. c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. d) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. e) Impuesto sobre el Valor Añadido, con carácter parcial con el límite máximo del 50 por ciento. f) Los Impuestos Especiales de Fabricación, con carácter parcial con el límite máximo del 58 por ciento de cada uno de ellos, excepto el Impuesto sobre la Electricidad y el Impuesto sobre Hidrocarburos. g) El Impuesto sobre la Electricidad. h) El Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte. i) Los Tributos sobre el Juego. j) El Impuesto sobre Hidrocarburos, con carácter parcial con el límite máximo del 58 por ciento para el tipo estatal general y en su totalidad para el tipo estatal especial y para el tipo autonómico.

El resultado de este progresivo proceso de descentralización ha sido un incremento sustantivo de los ingresos incondicionales de las CCAA y un incremento también de su poder impositivo. Ambos incrementos a través de la figura de los impuestos cedidos. Durante la segunda mitad de los 80 y primera mitad de los 90 los ingresos no condicionados han representado en torno al 30-40% de toda la financiación disponible por los gobiernos autonómicos en España. A partir de la reforma de 2001, el peso de los recursos incondicionados ha ido aumentando significativamente hasta alcanzar el 60% en el año 2007, último disponible a partir de las series comparables con datos en términos de Contabilidad Nacional del FMI. Además, las últimas cifras oficiales sobre la participación de las comunidades autónomas en los gastos e ingresos públicos (34,6% frente al 19,1% en 2010; mientras que en 2000 la participación en el gasto era de 28,3% frente al 9,6 % de participación en los ingresos) suponen una reducción de la brecha fiscal vertical y permite afirmar que España se encuentra en la actualidad entre los países desarrollados más descentralizados.

No obstante, este incremento tanto de los ingresos como del poder impositivo de las CCAA no se ha traducido en una mayor visibilidad del coste de las decisiones políticas autonómicas y, por tanto, no se ha conseguido una verdadera profundización en el principio de responsabilidad tributaria. Tal y como demuestran las encuestas, si bien es cada vez mayor el porcentaje de españoles que identifican a la Comunidad Autónoma como prestadora de los servicios de sanidad y educación (en 2010 más del



50%), cada vez es menor el porcentaje de españoles capaces de identificar la Administración que ingresa lo obtenido por los impuestos (en 2010 por debajo del 15%) (Vid. LÓPEZ LABORDA/RODRIGO, 2011. En línea: <http://www.usc.es/congresos/xix-eep/descargas/papers/1D2.pdf>).

Resulta hoy imprescindible que el principio de responsabilidad fiscal y la TRANSPARENCIA guíe todo sistema de financiación autonómica para que:

Por una parte, el coste de las decisiones políticas sea visible tanto para el gobierno como para los votantes, haciendo que los recursos para financiar los gastos los recauden los mismos gobiernos que prestan esos servicios, que gastan. Esta es la mejor forma de enfrentar al político con el coste de sus decisiones y a su elector con el valor de los servicios que recibe.

Por otra parte, se evite que la Administración tienda a la expansión incontenida del gasto público, por razones políticas o electorales, así como se evite también fortalecer el sentimiento de impopularidad y rechazo frente a los impuestos autonómicos y locales, actualmente ya muy fuerte, así como la creencia de que los bienes y servicios públicos que se prestan son gratuitos o sin coste.

A continuación analizaremos las principales causas de la falta de transparencia que adolece nuestro sistema de financiación autonómica.

### *3.2. Principales causas de la falta de transparencia del sistema de financiación autonómica y el déficit en el principio de responsabilidad tributaria*

#### A) Un sistema de financiación abierto a la negociación política.

Tal y como hemos descrito más arriba, la Constitución española se limita a consagrar la autonomía financiera de las CCAA para el desarrollo y ejecución de sus competencias y a establecer genéricamente el elenco de los recursos que constituyen la Hacienda Autonómica, pero deja que sea una Ley Orgánica, la LOFCA, la que defina la distribución de competencias financieras.

El diseño de la LOFCA no es resultado de la voluntad unilateral del Estado, ya que los principios de coordinación exigen que sea resultado de la voluntad multilateral expresada en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Tal y como recuerda la STC 31/2010, la única opción posible de negociación del sistema de financiación es que tal negociación tenga lugar en el seno de un organismo multilateral (FJ 134), es decir, el Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Por tanto, el diseño del sistema de financiación autonómico no se fija en la Constitución española, sino que se hace depender de una Ley Orgánica que expresará jurídicamente los acuerdos políticos a los que se llegue en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera. En definitiva, el sistema de financiación autonómica se hace depender de la negociación política entre el Estado y las CCAA.

De hecho, el debate sobre nuestro sistema de financiación autonómico está en gran medida centrado en la corrección del cálculo sobre las necesidades de gasto autonómico. Hasta este momento la percepción de la insuficiente financiación de las CCAA se basaba fundamentalmente en el deficiente cálculo de la necesidad de cada Comunidad Autónoma. Lo cierto es que el cálculo de esa necesidad ha ido variando a lo largo del tiempo con unos indicadores muy imperfectos en la actualidad. Los criterios variables e imprecisos para calcular las necesidades de gasto de cada comunidad autónoma permiten que sea la negociación política la que en buena medida juegue un papel fundamental.

La dependencia del sistema de financiación de la negociación política es un claro desincentivo para las CCAA a la hora de ejercer sus responsabilidades tributarias y, por tanto, juega en detrimento del principio de responsabilidad fiscal y transparencia. Mientras el sistema no se cierre jurídicamente, a los gobiernos autonómicos les es más rentable no hacer uso de su poder normativo sobre los impuestos, y tratar de negociar un aumento en el porcentaje de cesión de lo recaudado, que es lo que se ha ido consiguiendo en los sucesivos acuerdos en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

El resultado de ello ha sido que la cesión de la competencia normativa en muchos impuestos se ha utilizado por la mayoría de las CCAA minorando el gravamen hasta su práctica supresión. En concreto, en materia de tributos cedidos, las CCAA han

subido el tipo general de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pero en la práctica totalidad del resto de las figuras que tienen cedidas se ha abierto una competencia fiscal entre las CCAA a la baja. En general, las CCAA han mostrado escaso o nulo interés en asumir el coste político de este modo de cobertura de gastos y han preferido, en cambio, la comodidad de una negociación política para aumentar el porcentaje de cesión de lo recaudado que, además, les ha permitido instalarse en el victimismo político, apelando continuamente a la necesidad de nuevas y mayores transferencias de ingresos por parte del Estado.

B) Los impuestos cedidos como mecanismo inapropiado para profundizar en la responsabilidad fiscal de las CCAA.

Por otra parte, el incremento de los ingresos de libre disposición y de la capacidad impositiva de las CCAA a través de los impuestos cedidos tampoco ha favorecido la profundización del principio de responsabilidad tributaria.

En primer lugar, porque tal y como establece el art. 10 LOFCA, son “establecidos y regulados por el Estado, cuyo producto corresponda a la Comunidad Autónoma”, es decir, al Estado le corresponde fijar su hecho imponible y regularlo, e incluso suprimirlo. Para fomentar la responsabilidad fiscal de la CCAA el impuesto debería ser establecido y regulado por la misma, para que el elector pueda relacionar el impuesto con los servicios que otorga la Comunidad Autónoma. En nada fomenta la corresponsabilidad el hecho de que la recaudación del impuesto estatal luego se territorialice, es decir, que se ceda el producto de la recaudación a cada territorio.

Tampoco el reconocimiento de potestad normativa en los impuestos cedidos ha contribuido a la corresponsabilidad fiscal. Ciertamente si las CCAA pueden decidir sobre aspectos relativos a la cuantía del tributo –base, deducciones, tipo de gravamen– puede modular la mayor o menor presión fiscal a que someten a sus ciudadanos. Pero para que esto se traduzca en una mayor visibilidad del coste de la decisión política, el ciudadano tiene que percibir claramente de quién depende el impuesto, y esto es precisamente lo que no queda nada claro con los impuestos cedidos.

El sistema de cesión de tributos es un sistema confuso para el ciudadano que no llega a distinguir a quién corresponde cada uno de los tributos. En primer lugar, al Estado le corresponde a través de la LOFCA la inclusión del impuesto como cedible, tras el acuerdo entre el Estado y las CCAA en el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Se aprueba la ley de cesión (Leyes de Cesión de Tributos, que concretan la atribución de competencias a las CCAA) y luego debe ser incluido en cada uno de los Estatutos de Autonomía, con una ley estatal ordinaria específica de cesión de tributos a la CA (una especie de ley marco del art. 150.1 CE), donde se concretan las competencias normativas y de gestión, así como el porcentaje de recaudación. No obstante, aunque el objeto de la cesión se determine estatutariamente, el poder del Estado de cesión queda intacto. En definitiva, un sistema muy complejo que impide que el ciudadano pueda discernir a qué administración se debe la disminución o el aumento de la presión fiscal procedente de un impuesto cedido.

### *3.3. Propuesta de reforma constitucional del modelo de financiación para mejorar la transparencia y la responsabilidad tributaria del Estados y las CCAA.*

A) La tendencia del sistema de financiación autonómico hacia el modelo federal alemán y sus inconvenientes.

La evolución de nuestro sistema de financiación, tendente a un incremento de los recursos de libre disposición de las CCAA, ha mirado hasta el momento más hacia Alemania que hacia EEUU. Efectivamente el modelo alemán no se inspira en el principio de responsabilidad tributaria, sino que su objetivo ha sido el de suficiencia de los *Länder* en recursos de libre disposición para el ejercicio de sus competencias. De hecho, los *Länder* han obtenido vía subvenciones negociadas únicamente en torno al 14-16% del total de sus ingresos desde la década de 1980, mientras que sus recursos incondicionados representan en torno al 80% del total de los ingresos, cifra a la que se acerca nuestro sistema de financiación tras las últimas reformas. La mayor parte de los ingresos de libre disposición de los *Länder* proceden de su participación en el IRPF (constitucionalmente fijada en el 45% para la Federación, 45% para los *Länder*, el resto para los gobierno locales), Impuesto de Sociedades (constitucionalmente repartido en

los mismos términos que el IRPF) y en el IVA (cuya participación se fija anualmente, en torno al 45% para los *Länder* y el 55% para la Federación).

Este tipo de sistema de financiación permite a los entes subestatales una gran libertad en la disposición de recursos y una menor dependencia en el ámbito de las relaciones intergubernamentales, a la vez que se logra -como veremos- una gran homogeneidad legislativa fiscal. Pero genera unas problemáticas que hacen poco aconsejable la asimilación a este sistema.

El principio de responsabilidad tributaria queda insatisfecho desde el momento en que las facultades legislativas en el terreno tributario están atribuidas constitucionalmente a la Federación. De esta manera, los *Länder* no tienen ningún poder impositivo y no son los que deciden los ingresos en función de las políticas que quieran desarrollar. Tampoco la Federación es libre para incrementar sus ingresos fiscales procedentes de impuestos compartidos, que son los de mayor recaudación (IRPF, Sociedades e IVA), ya que necesita el consentimiento del *Bundesrat*. De esta manera, el coste de las decisiones políticas queda diluido entre la Federación y los *Länder*, sin que los votantes tengan una clara percepción del valor de los servicios que recibe desde el ámbito federal y desde el ámbito subestatal.

Ante estas debilidades, ya la reforma de 2006 apostó por el fortalecimiento del principio de responsabilidad tributaria en lo relativo al impuesto sobre la adquisición de terrenos, concediendo a los *Länder* poder impositivo (art. 105.2 a LF). También la reforma de 2009 trató de profundizar en este principio, y no sólo centrarse en la intensificación de las llamadas “reglas fiscales” y la mejora de la eficiencia de la administración pública tributaria. No obstante, las resistencias a incrementar la responsabilidad fiscal han procedido de los *Länder* más pequeños y con menos recursos, sin que finalmente el objetivo se haya cumplido. La financiación de los *Länder* seguirá dependiendo de los rendimientos fiscales procedentes de los impuestos que regula legislativamente la Federación.

Respecto a la recaudación impositiva, los *Länder* ostentan el protagonismo en la aplicación y gestión de la mayor parte de los tributos (art. 108 LF). De hecho, la Federación únicamente se encarga de la administración de aquellos impuestos cuyo importe le corresponde en su totalidad y de los de carácter comunitario (art. 108.1 LF);

el resto de los tributos, tanto los que ingresan íntegramente los *Länder* –Impuesto sobre sucesiones y donaciones, sobre vehículos de tracción mecánica, sobre loterías, etc.– como los que ingresan de forma compartida –Impuesto sobre la renta, sociedades e IVA<sup>1</sup>– son administrados por los propios *Länder*, que transfieren después a la Federación la parte que le corresponda (art. 108.2 LF); si bien es cierto que en este último supuesto (impuestos cuyo ingreso es compartido), la administración de los *Länderse* ejerce por delegación de la Federación (art. 108.3 LF), lo que conlleva que ésta se reserve importantes competencias de control o supervisión (*Bundesaufsicht*), jurídica y de oportunidad, sobre la actuación de los *Länder*.

Pues bien, también en gran medida este sistema de recaudación descentralizada parece inspirar el art. 204 en sus tres primeros párrafos del reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña:

#### Artículo 204. La Agencia Tributaria de Cataluña

1. La gestión, recaudación, liquidación e inspección de todos los tributos propios de la Generalitat de Cataluña, así como, por delegación del Estado, de los tributos estatales cedidos totalmente a la Generalitat, corresponde a la Agencia Tributaria de Cataluña.

2. La gestión, recaudación, liquidación e inspección de los demás impuestos del Estado recaudados en Cataluña corresponderá a la Administración Tributaria del Estado, sin perjuicio de la delegación que la Generalitat pueda recibir de éste, y de la colaboración que pueda establecerse especialmente cuando así lo exija la naturaleza del tributo.

Para desarrollar lo previsto en el párrafo anterior, se constituirá, en el plazo de dos años, un Consorcio o ente equivalente en el que participarán de forma paritaria la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Agencia Tributaria de Cataluña. El Consorcio podrá transformarse en la Administración Tributaria en Cataluña.

---

<sup>1</sup> En el reparto del IRPF y del Impuesto de Sociedades se toma en consideración el rendimiento territorializado, es decir, lo recaudado en su territorio, mientras que en el caso del IVA el criterio principal de reparto se fija en el número de habitantes.

3. Ambas Administraciones Tributarias establecerán los mecanismos necesarios que permitan la presentación y recepción en sus respectivas oficinas, de declaraciones y demás documentación con trascendencia tributaria que deban surtir efectos ante la otra Administración, facilitando con ello el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes.

La Generalitat participará, en la forma que se determine, en los entes u organismos tributarios del Estado responsables de la gestión, recaudación, liquidación e inspección de los tributos estatales cedidos parcialmente.

No obstante, el sistema de administración descentralizada alemán ha obtenido numerosas críticas debido a su “complejidad, duplicación de funciones y escasa economía de medios”, lo que motiva una “insuficiente persecución del fraude fiscal, la lentitud en el desarrollo de los procedimientos tributarios, el uso de prácticas de liquidación e inspección diferenciadas, la utilización de *software* diverso para la aplicación de los tributos y, en definitiva, la preferencia de los intereses particulares del *Landen* el desempeño de sus funciones en perjuicio de otros de carácter general”. No parece que sea este tampoco un aspecto a imitar del sistema de financiación alemana.

#### B) Propuesta de reforma siguiendo el modelo estadounidense.

La reforma del sistema de financiación autonómico que aquí se propone tiene como objetivo profundizar en el principio de responsabilidad tributaria y, con ello, mejorar la visibilidad del coste de las decisiones políticas y, en definitiva, la eficiencia de nuestra estructura territorial. Esta profundización en el principio de responsabilidad tributaria requeriría, desde nuestro punto de vista, dos avances fundamentales:

En primer lugar, cerrar el sistema de financiación en la propia constitución española, sin dejarlo a la posterior definición por la LOFCA. Ya hemos señalado que la dependencia del sistema de financiación autonómico español de la negociación política es un claro desincentivo para las CCAA a la hora de ejercer sus responsabilidades tributarias y, por tanto, juega en detrimento del principio de responsabilidad fiscal. Mientras el sistema no se cierre jurídicamente, a los gobiernos autonómicos les es más rentable no hacer uso de su poder normativo sobre los impuestos, y tratar de negociar un

aumento en el porcentaje de cesión de lo recaudado, que es lo que se ha ido consiguiendo en los sucesivos acuerdos en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

En segundo lugar, ya hemos señalado que los impuestos cedidos no son la vía adecuada para profundizar en la responsabilidad tributaria. En este punto sería necesario apostar por un sistema de financiación inspirado en los principios de libertad de imposición y de separación, que es el vigente en EEUU. El sistema de separación está caracterizado por un reparto de los impuestos entre los distintos niveles de gobierno, sobre los que ejercerían plenas facultades normativas, administrativas y el derecho a la recaudación. Este sistema permitiría una mayor transparencia y claridad para el ciudadano de la Administración a la que le está pagando los impuestos y se podrían generar también comportamientos fiscales más responsables por parte de las CCAA, al establecerse una correspondencia entre los servicios que se prestan y el coste de los mismos.

Este sistema exigiría como premisa el reconocimiento tanto al centro como a las partes de libertad en el ejercicio de su poder de imposición para ajustarlo a las necesidades de su gasto, con algunas restricciones. El reconocimiento de la libertad de imposición significaría que tanto el centro como las partes serían libres de gravar hechos imposables tanto nuevos como ya gravados por otra administración. No tendría aquí sentido la distinción entre un poder tributario originario y derivado que hace el art. 131 CE en sus apartados primero y segundo. Las limitaciones en el poder de imposición de las CCAA podrían ser las relativas a la exportación e importación, prohibición de adoptar medidas tributarias que supongan un obstáculo a la libre circulación de mercancías o servicios entre CCAA, prohibiciones de adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio y prohibiciones de discriminación a través de la imposición a los no residentes. Éstas son básicamente las limitaciones al poder de imposición de los Estados establecidas constitucional y jurisprudencialmente en EEUU y también, en gran medida, son las limitaciones que se prevén en el sistema de financiación actual de las CCAA para el poder impositivo propio de las CCAA (art. 139.2 CE y art. 6 LOFCA) En definitiva, estas limitaciones evitarían que el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas pudiera crear barreras fiscales que puedan poner en peligro la unidad de mercado y la libre circulación de personas y bienes o de mercancías y servicios.



El reconocimiento del principio de libre imposición se acompañaría del principio de separación, según el cual, cada nivel de gobierno ejerce sobre los impuestos que crea plenas facultades normativas, administrativas, el derecho a la recaudación, liquidación e inspección. Así, por ejemplo, en el caso en que, como ocurre en EEUU, haya un impuesto de renta tanto en el ámbito estatal como autonómico, el ciudadano rellenaría impresos de declaración diferenciados para el pago del IRPF estatal y el IRPF autonómico, siendo gestionados y recaudados independientemente por cada Administración.

El resultado de este sistema en EEUU, a pesar de la ausencia normativa de una distribución de impuestos entre los distintos niveles de gobierno, ha sido el de una efectiva distribución en las principales fuentes de recaudación, excepto en el caso de la renta donde la Federación y los Estados desarrollan poderes concurrentes y, en menor medida, en el impuesto de sociedades. La principal fuente de ingresos para la Federación desde 1798 hasta la I Guerra Mundial fue la imposición sobre las importaciones, poder impositivo no concurrente con los Estados. En la actualidad, la Federación depende sobre todo del Impuesto sobre la Renta y del Impuesto de Sociedades, que junto con los ingresos por cotizaciones a la Seguridad Social, constituyen el 95% del total de ingresos federales. Las fuentes de ingresos estatales son más diversas, constituyendo una parte importante los ingresos por renta personal y por consumo. Una de las principales diferencias con otros países federales es que no existe un impuesto federal al consumo.

En definitiva, un modelo de financiación cerrado constitucionalmente y basado en la libertad de imposición que permita que las entidades territoriales puedan hacer frente a sus necesidades de gasto fundamentalmente a través de tributos propios.

### C) Posibles inconvenientes a la propuesta formulada y cómo resolverlos.

Actualmente básicamente son tres los inconvenientes que se podrían alegar acerca de un sistema semejante. Por una parte, la competencia a la baja en materia de imposición (*racetothebotton*) que se puede dar entre las CCAA por la impopularidad y resistencia entre los ciudadanos a los impuestos autonómicos. Por otra parte, las posibles incompatibilidades entre las políticas fiscales de las CCAA y las políticas

fiscales del Estado y, por tanto, una falta de armonización en esta materia, con la consecuente falta de cohesión del sistema tributario y la ruptura de la unidad de mercado. Por último, la gran disparidad en la provisión de servicios públicos o de niveles de presión fiscal que podría existir entre las CCAA debido a la diferente capacidad recaudatoria y necesidades de gasto entre las CCAA más ricas y más pobres.

Efectivamente en EEUU los Estados son vulnerables a la competición fiscal, lo cual limita su capacidad de aumentar impuestos, directa o indirectamente. Resulta además altamente improbable que los Estados dediquen mucho dinero a políticas de bienestar social si tienen con ello que aumentar sus impuestos. El resultado es que los Estados tienen como una de sus principales fuentes de financiación a los *grant-in-aid*, ya que prefieren acceder a esta vía de financiación condicionada a hacer uso de sus poderes fiscales. En este sentido, las prestaciones sociales estatales en gran medida vienen condicionadas por programas de financiación federal. No olvidemos, sin embargo, que se trata de una decisión política libremente adoptada por los Estados y que la mayor dependencia de transferencias condicionadas procedentes de la Federación es el precio que habrán de pagar por no querer aumentar la presión fiscal de sus ciudadanos. Parece que este resultado es fiscalmente más responsable que el que en la práctica se produce en nuestro país, donde las CCAA que no quieren hacer uso de sus poderes fiscales pretenden obtener del centro más financiación incondicionada.

Por otra parte, la dependencia financiera condicionada no difiere actualmente en gran medida de las cifras manejadas en Alemania. Concretamente, después de la II Guerra Mundial, la ayuda federal a los Estados y gobiernos locales se doblaba cada cinco años hasta finales de los años 70. La ayuda federal alcanzó su pico en 1978 con el 26% de los presupuestos estatales y locales y por encima del 16% del presupuesto federal. Con la llegada del siglo XXI, los *grants* federales representan el 17% de las inversiones estatales y locales y el 19% del gasto federal.

Respecto al segundo de los inconvenientes planteados, según la teoría clásica del federalismo fiscal, es la Administración central la que debe asumir la responsabilidad para afrontar situaciones de crisis como la actual y aplicar las políticas de estabilización necesarias. No obstante, el reconocimiento de poder impositivo a las CCAA puede suponer en la práctica una limitación de la capacidad estabilizadora de la Administración central. De hecho, las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo

políticas de estabilización incluso contradictorias con las estrategias lanzadas por el Gobierno central, lo cual sin duda alguna dificulta la eficacia de este tipo de políticas de reactivación económica.

No obstante, el reconocimiento de una amplia autonomía fiscal a los Estados en EEUU, no ha impedido que el gobierno federal tenga amplios poderes de armonización fiscal. De hecho, en EEUU la cláusula de comercio permite al gobierno federal controlar y coordinar el poder de imposición estatal. De esta manera, esta cláusula permite al Congreso exigir que el poder de imposición de los Estados sea ejercido de manera consecuente con las responsabilidades internas e internacionales de la Federación, ya que “el gobierno federal debe hablar con una única voz cuando regula las relaciones comerciales con gobiernos extranjeros”. Lo mismo es aplicable en la preservación del interés nacional y un mercado nacional común. A pesar de que este poder ha sido interpretado ampliamente por el Tribunal Supremo, el Congreso ha hecho poco uso de dicho poder en comparación con otros usos de la cláusula de comercio. En la práctica, las exigencias del mercado son las que han obligado a que, por ejemplo, los impuestos sobre la renta de los Estados se acomodaran en gran medida a la fiscalidad de la renta federal, convirtiéndose en muchos casos en meros porcentajes del impuesto federal.

También en España las competencias estatales constitucionalmente reconocidas y la interpretación de las mismas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional garantizan al Estado capacidad suficiente para las tareas de armonización fiscal. Así, además del artículo 150.3 CE, la jurisprudencia constitucional recaída en torno al alcance de la competencia estatal del artículo 149.1.1ª CE, en conexión con la libertad de empresa, y muy especialmente el título competencial del art. 149.1.13ª CE, ha reconocido al Estado una sólida posición en la preservación del mercado interior en el conjunto del territorio nacional. En definitiva, no queda tampoco en duda la armonización fiscal en un sistema inspirado en el principio de responsabilidad tributaria.

Por último, las disparidades en la provisión de servicios públicos o de niveles de presión fiscal entre CCAA motivadas por su diferente capacidad recaudatoria y sus diferentes necesidades de gasto exigiría de la Hacienda estatal el desarrollo de tareas redistribuidoras. Tal y como señala el artículo 158 CE, el gobierno central debería

garantizar, a través de transferencias a los gobiernos subcentrales, una distribución de la renta regional equitativa y garantizar así una más homogénea provisión de servicios en todo el Estado. Es decir, garantizar que todas las personas reciban un trato similar en términos de servicios públicos, siempre que haya un nivel de imposición semejante. Sería conveniente incorporar, tal y como hace la Constitución canadiense, que la nivelación “debe proveer niveles razonablemente comparables de servicios públicos a niveles razonablemente comparables de imposición”. Podría plantearse la concreción de los servicios que han de ser nivelados, por ejemplo, la educación, la sanidad y los servicios sociales, así como los criterios para testar dicha calidad, siendo un elemento clave la consideración de la dispersión poblacional. En todo caso, resulta imprescindible que los mecanismos de nivelación resulten transparentes de modo que pueda apreciarse el esfuerzo de solidaridad que las CCAA de mayor capacidad fiscal hacen respecto a las CCAA con menor capacidad fiscal.

Se despejan así los grandes inconvenientes que supondría la adopción en nuestro Estado Autonómico de un sistema inspirado en el principio de responsabilidad tributaria. En primer lugar, se consigue un sistema de financiación donde cada Administración responde políticamente de sus decisiones de gasto y de ingreso ante sus electores. Esto supone una profundización tanto en su autonomía política como una asignación más racional y eficaz de los recursos en la producción de bienes públicos. Por otra parte, con las limitaciones introducidas, el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas no podría constituir un medio de crear privilegios económicos o sociales a favor de determinados territorios del Estado o barreras fiscales que puedan poner en peligro la unidad de mercado y la libre circulación de personas y bienes o de mercancías y servicios. Por último, se garantiza la estabilidad y el crecimiento económico equilibrado a través de la política económica general cuya dirección compete al Estado.

#### *3.4. Un apunte sobre el sistema de financiación vasco y navarro.*

Al margen del modelo común previamente descrito y en virtud de la DA 1ª CE, existe el modelo de concierto económico, que se aplica a las comunidades forales del País Vasco y Navarra. Aunque nuestro objeto de análisis ha sido el modelo común, no está de más señalar que este modelo de convenio y concierto es único en el mundo y

que su coexistencia con el régimen común no está exenta de problemas en nuestro ordenamiento. Exceptuando las dos comunidades forales españolas, en ningún lugar del mundo existe un sistema de financiación federal en el que la titularidad, recaudación, gestión e inspección de la totalidad de los impuestos sea competencia de las jurisdicciones subcentrales. Se trata de un sistema que rompe los principios propios del federalismo fiscal por cuanto ni cumple el principio de responsabilidad tributaria ni es eficiente económicamente y además restringe la autonomía financiera del gobierno central en detrimento de funciones que le son propias. Por otra parte, debido a la forma de cálculo del cupo, para competencias iguales, se estima que la financiación por habitante proporcionada por el sistema foral es mucho mayor que la que resulta del sistema común. Respecto a la dos comunidades forales, Castells et al. sitúan esta diferencia en el 77% a favor del País Vasco y en el 73% a favor de Navarra; las cifras correspondientes que da Zubiri son 64% y 65%; y De la Fuente estima la ventaja del País Vasco en un 59%.

Precisamente el desequilibrio entre ambos sistemas es potencialmente la amenaza más seria a la estabilidad del proceso español de descentralización política y resultaría en este punto imprescindible un rediseño del cupo que permitiera eliminar la falta de equidad de la que adolece nuestro sistema de financiación autonómico.

#### **4. La constitucionalización de la lealtad institucional.**

##### *4.1. La lealtad institucional en los Estados federales*

En economías avanzadas el gasto público se ha ido incrementado a lo largo del tiempo especialmente en materias como seguridad social, bienestar, salud y educación. En algunas economías llega alcanzar el gasto público más de la mitad del PIB, mientras que en las que menos el gasto supone un cuarto del PIB.

En la generalidad de los Estados Federales, si bien las Constituciones no suelen señalarlo expresamente, la responsabilidad de gasto se haya vinculada a la responsabilidad legislativa y, por tanto, el gasto asumido por la Federación y las entidades subestatales dependerá del reparto competencial constitucionalmente establecido. Así, por ejemplo, el poco gasto federal directo registrado en Canadá (entre

el 30% y el 40%) frente al mayor gasto federal directo registrado en EEUU (entre el 45% y 55%) se explica por la mayor descentralización legislativa en materias que provocan dicho gasto en el caso canadiense.

Una de las implicaciones de este principio de conexión entre responsabilidad de gasto y responsabilidad legislativa es que las unidades constitutivas de una Federación son responsables de los gastos que implican sus decisiones y que, en ningún caso, la decisión adoptada por una de las unidades constitutivas en el ejercicio de sus competencias debe cargarse en los presupuestos de otra unidad constitutiva. Este principio, que en España se conoce como principio de lealtad institucional, favorece que el responsable legislativo pondere el coste económico de su decisión, ya que es a él al que le corresponderá financiarlo, y con ello evita las decisiones legislativas cuyo coste económico puedan estar por encima de las posibilidades del propio legislador. La responsabilidad de gasto no es, como en tantas ocasiones se ha dicho, una responsabilidad ejecutiva, sino una responsabilidad vinculada a la responsabilidad legislativa. O dicho de otro modo, los costes económicos no han de pesar sobre el que ostenta las competencias de gestión, sino sobre el que ostenta las competencias de decisión. Otra cuestión será, como veremos, la gestión del dinero, que sí es una competencia ejecutiva.

Pues bien, la práctica legislativa en los Estados Federales ha supuesto la ruptura de este principio, provocando las consiguientes denuncias que, judicializadas o no, hacen las entidades subestatales sobre los costes que les supone la aplicación de leyes federales. En EEUU esta problemática daría lugar a que el Congreso (dominado por los republicanos), con el apoyo del Presidente Clinton, aprobara en 1995 la *Unfunded Mandates Reform Act*.

#### *4.2. La responsabilidad de gasto en el Estado Autonómico.*

En nuestro Estado Autonómico es escaso el desarrollo doctrinal y jurisprudencial existente acerca de la responsabilidad de gasto. Es cierto que se cuenta con criterios jurisprudenciales bien perfilados en torno al alcance del poder de gasto del Estado y de las CCAA, los cuales vienen a precisar hasta dónde están capacitados para dirigir su gasto ambos niveles de gobierno y qué facultades anejas al mismo están

autorizados a ejercer. Pero, sin embargo, no encontramos semejante desarrollo cuando no se trata de determinar quién *puede* gastar, sino quién *debe* hacer frente a los costes.

De manera imprecisa se hace referencia a dicha problemática en el artículo 2.1.g de la LOFCA, al señalar que:

g) La lealtad institucional, que determinará el impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia tributaria o la adopción de medidas que eventualmente puedan hacer recaer sobre las Comunidades Autónomas o sobre el Estado obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, y que deberán ser objeto de valoración quinquenal en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, y en su caso compensación, mediante modificación del Sistema de Financiación para el siguiente quinquenio.

Precepto que se reitera, también de manera imprecisa, en algunos de los Estatutos recientemente reformados. Así, el artículo 209.1 Estatuto de Autonomía de Cataluña:

De acuerdo con el principio de lealtad institucional, se valorará el impacto financiero, positivo o negativo, que las disposiciones generales aprobadas por el Estado tengan sobre la Generalitat o las aprobadas por la Generalitat tengan sobre el Estado, en un periodo de tiempo determinado, en forma de una variación de las necesidades de gasto o de la capacidad fiscal, con la finalidad de establecer los mecanismos de ajuste necesarios.

Desde la lógica del principio de conexión entre responsabilidad legislativa y responsabilidad de gasto, el coste de la decisión legislativa estatal debería constar en la memoria económica de la ley estatal correspondiente y consignarse en los Presupuestos Generales del Estado. Así es cómo debería preceptuarse en nuestro ordenamiento jurídico y, en su caso, en la propia constitución, de manera que expresamente se señale que el coste de la decisión debe recaer en los presupuestos del ente que asuma dicha decisión. Así, en caso de que se aprobara una ley estatal incluyendo mandatos sin la

consiguiente previsión de financiación debería declararse inconstitucional ya que supondría una minoración de los presupuestos autonómicos de libre disposición para el ejercicio de sus competencias. Otra cuestión diferente es la gestión de ese gasto estatal, que podrá hacerla el Estado directamente o distribuirlo entre las CCAA para una gestión descentralizada, en función de la competencia que se le reconozca al propio Estado. En el caso de que la gestión corresponda a las CCAA tendría que ser en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera o en la Conferencia Sectorial correspondiente a la materia donde se pactaran con las CCAA los criterios de distribución de la cantidad consignada estatalmente.

## **5. El reconocimiento constitucional de los municipios y las provincias y la garantía de su autonomía.**

Resulta necesario el mantenimiento del artículo 137 CE en cuanto supone el reconocimiento de que el municipio y la provincia forman parte de la estructura territorial del Estado y que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses.

La redacción del artículo 137 CE decide directamente que la estructura del Estado está integrada por municipios y provincias, no siendo únicamente piezas organizativas internas de la CA aunque dotadas de autonomía, sino igualmente piezas organizativas del propio Estado. Con ello se garantiza la indisponibilidad de los sujetos locales, se resalta el carácter político de su autonomía y se visualiza la opción por una descentralización en tres niveles territoriales, y no únicamente en dos. Como afirma García Roca, estamos ante un estado de “tres términos” en los que municipios y provincias son autónomos para la gestión del interés local.

Parece conveniente también que sea la Constitución la que garantice directamente la existencia de las provincias en tanto que entidades locales necesarias dotadas de autonomía. Como afirma el Profesor Caamaño, “un sistema local de gobierno requiere de entes locales intermedios que permitan, en sede local, compensar la diversidad”. El entramado municipio-ente local intermedio integra una misma comunidad local, de la que ambos son parte imprescindible y necesaria. El hecho de que sea la propia Constitución la que determine que el papel de ente local intermedio lo ha de desempeñar en todo caso la provincia evita la improvisación, la emulación, la



construcción de supuestos “hechos diferenciales” desde las CCAA, cuando no la indisimulada aspiración a obtener cuotas de poder en el conjunto institucional del territorio de la CA mediante la creación de nuevas entidades que lo permitan.

Una cuestión de sumo interés es el establecimiento de algún tipo de prescripción constitucional que garantice la atribución de competencias en los municipios. El resultado a nivel competencial del juego combinado de la denominada técnica de la “garantía institucional de la autonomía local” y “el derecho a intervenir en asuntos de interés de la comunidad local” ha sido claramente desalentador. El desapoderamiento competencial de los municipios y en ocasiones la atribución de competencias meramente participativas sin atribución de responsabilidad material alguna ha sido una tónica general.

Es evidente que la concreta atribución material de competencias en cada uno de los distintos sectores de actividad administrativa corresponde al legislador sectorial competente en razón de la distribución de competencias establecidas en la Constitución. Pero eso no puede ser óbice para que en el texto constitucional no se incluya algún tipo de referencia que establezca una cláusula de competencia universal local a favor de los municipios y criterios generales de atribución de competencias, al objeto de evitar el vaciamiento competencial a favor de los restantes niveles territoriales.

En este sentido sería conveniente que en el artículo 140 CE se introdujera alguna mención, tal y como hace la Ley Fundamental de Bonn, a la garantía a los municipios del derecho a regular, bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. A partir de una dicción similar en el artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal Constitucional alemán, mediante la Sentencia “Rastede” de 23 de noviembre de 1998, ha declarado una competencia universal en asuntos locales a favor de los ayuntamientos que supone que el legislador solo podrá privar a los municipios de la gestión de asuntos de relevante interés local cuando ello viniere exigido por el interés general y no fuese posible articular de otro modo el desarrollo de la gestión (Carro Fernandez-Valmayor). A pesar de su difícil articulación institucional, dicha declaración debiera hacer referencia al principio de subsidiariedad y, quizás, de proporcionalidad, procedentes del acervo comunitario.

Asimismo debiera plantearse que la representación en los entes intermedios estuviera basada en elecciones generales, libres, iguales y secretas, con la inevitable incidencia que ello tendría en evitar la integración de estas entidades locales mediante elecciones de segundo grado. Se daría con ello cumplimiento a la regla general establecida en la Carta Europea de Autonomía Local.

Por último, debiera introducirse a nivel constitucional una expresa previsión del conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional, en casos de menoscabo de la misma por leyes del Estado o de las CCAA.

#### IV. LA SUPRESIÓN DEL SENADO. A FAVOR DE UN PARLAMENTO UNICAMERAL.

##### **1. La falta de funcionalidad del Senado en España.**

La Constitución de 1978 ha mantenido la estructura bicameral de las Cortes Generales que, desde 1834, con la excepción del período de la II República, ha caracterizado al Poder Legislativo en España. Pretendiendo darle un nuevo sentido a la segunda cámara, sin embargo, el artículo 69 de la Constitución definió inopinadamente al Senado como “cámara de representación territorial”, es decir, como una cámara llamada a permitir la participación de los intereses territoriales en la toma de decisión estatal.

Desde hace años, sin embargo, ha sido lugar común en la doctrina el reconocimiento de la falta de funcionalidad del Senado, ya que no actúa como cámara de representación territorial. El Senado duplica la representación política del Congreso y opera como una cámara de segunda lectura con una intervención más restringida en el ejercicio de la potestad legislativa, puesto que su participación se limita a la incorporación de enmiendas o la adopción de un veto, a expensas de que el Congreso acepte aquéllas o levante éste.

Como es conocido, todo intento por transformar el Senado en genuina cámara de representación territorial mediante la reforma de su Reglamento o de la legislación ha sido infructuoso: desde la previsión reglamentaria de los llamados grupos territoriales a la puesta en marcha de la Comisión General de las Comunidades Autónomas en su seno, pasando por la designación autonómica de un cierto número de senadores. E incluso los esfuerzos normativos más recientes que pretendían la participación de los parlamentos autonómicos en la designación de candidatos a magistrados del TC, han devenido totalmente inútiles, tal y como demuestra la última renovación de enero de 2011, en la que la dinámica partidista se ha sobrepuesto a la dinámica territorial, como por otra parte era previsible (véanse las alegaciones del Abogado del Estado al recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007 del Grupo Parlamentario Popular).

## **2. Sobre las propuestas bajaradas por la doctrina y sus problemas.**

Agotada la vía legislativa, la mayoría de la doctrina viene postulando la necesidad de una reforma constitucional del Senado para convertirlo, de una u otra manera, en una cámara de representación de las Comunidades Autónomas.

Esta generalizada percepción doctrinal caló en el ámbito político de manera que, tras el fracaso que supuso la reforma del Reglamento del Senado de 11 de enero de 1994 y tras sucesivas e infructuosas ponencias para estudiar la reforma del Senado, el 15 de abril de 2004, el presidente del gobierno, Rodríguez Zapatero, se comprometió en el debate de investidura en el Congreso de los Diputados a impulsar a tal efecto la reforma de la Constitución. Para esta tarea el presidente anunció que el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales auxiliaría al Consejo de Estado en la elaboración del informe previo sobre dicha reforma. Y aunque este intento no cuajó en una reforma de la institución, sí que dio lugar a un riguroso informe del Consejo de Estado y a los subsiguientes debates académicos en torno al mismo. En todos estos trabajos se parte de la conveniencia de reformar el Senado para mejorar el funcionamiento de nuestro Estado Autonómico, aunque se discrepa en aspectos como su necesidad, oportunidad y viabilidad de la reforma, o en los términos de cómo llevarla a cabo.

A nuestro juicio, sin embargo, si el objetivo de estas propuestas es crear una cámara en la que adquieran voz propia las diversas partes territorialmente diferenciadas de la comunidad política única, ninguna de las propuestas de reforma planteadas por la doctrina consigue dicho objetivo, ya que en toda democracia de partidos el Senado se convierte en una cámara cuya dinámica la marcan los partidos, y no los territorios, reproduciendo así la dinámica de la primera Cámara. Veamos.

Para lograr en el Senado una auténtica representación territorial se ha propuesto la introducción de criterios de selección de sus miembros diferentes a los del Congreso de los Diputados, de manera que mientras los miembros de éste son elegidos por los ciudadanos para expresar la voluntad general y representar la unidad del Estado, los miembros de aquél fueran designados para representar los intereses territoriales bien por los gobiernos autonómicos, al estilo alemán, o por los ciudadanos de cada una de las Comunidades Autónomas, a las que cabría atribuir el mismo o similar número de senadores, siguiendo el modelo del Senado de los EE.UU o el *Ständerat* suizo –en este último caso con alguna modulación-. De esta manera, se arguye, el cuerpo político estaría representado en su unidad y en su diversidad.

De optarse por el modelo *Bundesrat* alemán, cabría formular las siguientes objeciones: el funcionamiento de este nuevo Senado estaría tan determinado como en Alemania por la presencia o la reproducción de la dinámica partidista, y no por los

intereses territoriales de las diversas Comunidades Autónomas. Es cierto que en el *Bundesrat* alemán cada uno de los *Länder* está representado a través de miembros de sus respectivos gobiernos y el voto de cada *Land* es siempre único. Formalmente, la representación política es sustituida por la representación gubernamental de los *Länder*, lo que en teoría permite la presencia de los intereses territoriales. La experiencia demuestra, sin embargo, que las voluntades en el seno del *Bundesrat* siguen la lógica propia del Estado de partidos, de manera que el partido o coalición de partidos que ocupa el gobierno de cada uno de los *Länder* utiliza el Consejo como plataforma para apoyar o combatir al partido o partidos que gobiernan la Federación.

En el supuesto de lograr la oposición parlamentaria al Gobierno Federal una mayoría política en el seno del *Bundesrat* merced a la singular forma de designación de sus miembros, también está probado que la segunda cámara o Consejo se convierte en sede y palanca de bloqueo de las decisiones federales impulsadas por el Gobierno Federal y/o la primera cámara. Recordemos a este respecto un ensayo de Thomas Darnstädt –*La trampa del consenso*– que nos ilustra sobre el problema de la “República bloqueada”, una consecuencia nada deseable para España, y menos tras una reforma constitucional supuestamente implementada para mejorar la eficiencia de nuestro sistema parlamentario de gobierno.

Por lo demás, las funciones que en Alemania cumple el *Bundesrat* pueden ser llevadas a cabo sin necesidad de constituir una cámara específica que actúe como sede general de las relaciones entre el gobierno estatal y los ejecutivos autonómicos. Las relaciones intergubernamentales entre el centro y los territorios se han desarrollado en otros Estados políticamente descentralizados sin necesidad de la creación de órganos específicos, y sus resultados son muy similares. Y su función de hacer partícipes a los gobiernos autonómicos en la elaboración de las leyes estatales también puede, y de hecho se ha puesto en práctica en otros países –entre ellos en España–, mediante órganos de cooperación que pueden resultar más efectivos.

En la reforma de nuestro Senado cabría optar, asimismo, por el modelo adoptado en EEUU, pero también cabe formularle varias objeciones. Pese a la existencia de segundas cámaras en los Estados federales, la práctica demuestra la cada vez menor influencia de los poderes estatales en la decisión federal, lo cual no hace sino reafirmar la convicción señalada de que la participación de los intereses territoriales en la decisión

federal no depende de la existencia de una segunda cámara. En EEUU, concretamente, como ha subrayado la doctrina, existe actualmente una tendencia a la pérdida real de influencia de los poderes estatales y locales en el proceso de toma de decisiones federales, frente a una cada vez mayor influencia de grupos de interés a favor de la uniformidad en las regulaciones y, por tanto, a favor de una centralización de las competencias. Este proceso se explica en gran medida por el progresivo encarecimiento de las campañas electorales y la necesidad de más fondos por parte de los candidatos para salir en los medios de comunicación de masas, para lo cual se utilizan las estructuras partidistas nacionales o potentes grupos de interés que marginan el protagonismo histórico de las estructuras partidistas de ámbito estatal y local, con su consiguiente pérdida de influencia.

Por otra parte, como recuerda el Informe del Consejo de Estado, la composición del Senado de los EEUU, integrado por idéntico número de senadores por cada Estado en virtud de un histórico y plenamente aceptado acuerdo de asociación de Estados preexistentes, sería difícilmente asumible en España, por la existencia de Comunidades Autónomas muy pobladas y extensas geográficamente, con indudable capacidad política de presión, y Comunidades con escasos población y territorio y muy reducido peso político.

En España sería obligado establecer alguna relación entre la representación de los territorios y su dimensión demográfica, al estilo, por ejemplo, del modelo de Austria, donde ningún *Land* puede tener más de doce miembros en el *Bundesrat*, esto es, cuatro veces más que el *Land* menos poblado, al que la Constitución le asegura en todo caso tres escaños. Podría, desde luego, adoptarse esta fórmula ponderada tendencialmente proporcional, pero lo cierto es que, como en el modelo estadounidense y austriaco de Senado, serían los propios ciudadanos de los territorios autonómicos los que elegirían a sus representantes en la segunda cámara. ¿Pero esa combinación de representación de los territorios y su dimensión demográfica no es la que precisamente existe en cierta forma ya para la elección de los miembros del Congreso de los Diputados en España? ¿Acaso votarían dichos ciudadanos en la elección del Senado con distinto criterio político al empleado en las elecciones al Congreso de los Diputados?

En nuestra opinión, la configuración de un Senado elegido por los ciudadanos de cada Comunidad Autónoma y con una composición que responda a criterios territoriales

modulados por criterios demográficos, no haría sino duplicar en dos órganos lo que puede y se está haciendo en uno solo, siendo además que en los dos casos la dinámica partidista sería la determinante.

En las democracias de partidos, la dinámica del Senado obedece a impulsos partidistas y no territoriales. Los objetivos de coordinación e información interterritorial e, incluso, de participación legislativa que una cámara de supuesta representación territorial persigue pueden lograrse más óptimamente a través de instituciones u órganos de colaboración de carácter ejecutivo, como las Conferencias de Presidentes o mediante Conferencias Sectoriales intergubernamentales.

En todos los Estados Federales, salvo en Alemania, las relaciones de colaboración se realizan al margen del Senado, a través de órganos intergubernamentales, y los resultados son similares, con la ventaja de tener una mayor flexibilidad y adaptabilidad a cada momento político. Por otra parte, la función de hacer partícipes a los gobiernos territoriales en la elaboración de las leyes estatales también puede realizarse, y de hecho se ha puesto en práctica –incluso en España<sup>2</sup>-, mediante órganos de cooperación.

### **3. La propuesta de suprimir el Senado**

Hoy en día el Senado no cumple ninguna funcionalidad diferente a la del Congreso y, como sostenemos en este informe, su reforma tampoco garantizaría una funcionalidad diferente respecto al Congreso.

En varios Estados europeos se ha suprimido esta segunda Cámara o está valorándose su supresión. Hasta 1953, hubo en Dinamarca dos asambleas parlamentarias, pero la reforma constitucional de llevada a cabo ese año las redujo a una única cámara. En Suecia, el líder socialista Olof Palme impulsó un consenso con las restantes fuerzas políticas de su país para suprimir el Senado, lo que se plasmó en la Constitución sueca de 1974. Y en Irlanda está previsto realizar en 2013 un referéndum para la supresión del Senado.

---

<sup>2</sup> Este ha sido el caso del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que tiene un carácter decisorio sobre lo que ha de entenderse como “condiciones básicas” y de desarrollo de la Ley de Dependencia.

Las funciones que en España podrían asignarse a un nuevo Senado similar al *Bundesrat* alemán, como la colaboración entre el gobierno central y los autonómicos o la participación legislativa de los gobiernos autonómicos en la decisión estatal, pueden realizarse a través de las relaciones intergubernamentales con similares resultados y con mayor flexibilidad y capacidad de adaptación.

De ahí que, sumándonos a la tendencia anteriormente referida y por las razones expuestas, propongamos **la supresión del Senado ya que en la democracia actual de partidos no hace sino duplicar en dos lo que puede hacerse por una sola Cámara**. Ello racionalizaría de modo eficaz y eficiente nuestra estructura institucional, máxime en un contexto como el actual de crisis económica y política, donde lo superfluo y caro, como el Senado, resulta rechazado por una mayoría de ciudadanos españoles.

A tal efecto, deberían eliminarse todas las referencias constitucionales a “las Cámaras”, a “ambas Cámaras” o a “cada Cámara” y suprimirse en su integridad el artículo 69 CE y las menciones al Senado y a los senadores contenidas en el Título III (De las Cortes Generales), en el Título V (De las relaciones del Gobierno con las Cortes Generales) y el Título X (de la reforma constitucional). El Parlamento español pasaría a ser unicameral, debiendo optarse entre la expresión “Cortes Generales” o la expresión “Congreso de los Diputados” para referirse a la única cámara del poder legislativo. La propuesta de 4 miembros del Tribunal Constitucional atribuida al Senado en el artículo 159.1 CE debería ser asumida por la primera cámara, que pasaría a proponer 8 miembros en lugar de 4. Así mismo, el papel de control a desempeñar por el Senado de acuerdo con el procedimiento de ejecución forzosa del artículo 155 CE debería ser asumido por la primera cámara. Finalmente, la legitimación de 50 senadores para interponer el recurso de inconstitucionalidad contenida en el artículo 162.1.a) CE debería ser suprimida.

## V. OTRAS PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL.

### 1. La incorporación de un derecho fundamental a la asistencia sanitaria



Sería muy positiva la introducción en la Constitución de un derecho fundamental a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria, de modo similar a como el artículo 27 recoge el derecho a la educación. De esta manera, habría de modificarse el artículo 43 CE, reduciéndolo tan solo a los que hoy son sus apartados segundo y tercero, es decir, manteniendo un contenido en tanto que principio rector; pero reservando a la otra esfera del derecho un carácter de fundamentalidad.

Este hipotético derecho fundamental guardaría una relación evidente con el derecho a la vida y a la integridad física y moral, recogido en el artículo 15 CE; si bien añadiría la obligación constitucional de una acción positiva por parte del Estado para su efectivo cumplimiento, de manera equivalente a la garantía que, para el derecho a la educación, aporta el apartado quinto del citado artículo 27 CE.

## **2. La reforma constitucional de la Corona: irresponsabilidad, igualdad en la sucesión, estatuto jurídico del sucesor, abdicación y tutela del rey menor.**

Consustanciales al Estado de Derecho son la responsabilidad de los poderes públicos, la reducción de las inmunidades del poder y el control jurisdiccional. La inviolabilidad y la irresponsabilidad del Jefe del Estado constituyen excepciones de dichos principios y se justifican tan sólo por la naturaleza de símbolo de la unidad y permanencia del Estado y la alta función representativa de esta forma de la Jefatura del Estado. Pero si no queremos crear eventuales ámbitos de impunidad, ajenos al Derecho y a todo control jurídico, la inviolabilidad y la irresponsabilidad regias deben limitarse a la estricta esfera del ejercicio de las funciones constitucionales del Jefe del Estado. No cabe la irresponsabilidad jurídica por las consecuencias de los actos del titular de la Corona en el ámbito privado, pues dichos actos de naturaleza privada, como la gestión de sus negocios y la administración de su patrimonio familiar, y por supuesto sus actos personalísimos, de los que –por ejemplo- han podido derivarse posibles paternidades extramatrimoniales (véanse los autos de inadmisión de sendas demandas de paternidad del Rey de los Juzgados de 1ª Instancia nº 19 y 90 de Madrid), no están sujetos a refrendo y no cabe endoso alguno o exigencia de responsabilidad. Con la actual regulación constitucional, no es posible la tutela judicial efectiva de terceros, ni

seguridad jurídica, ni imperio de la ley en el supuesto de que eventuales actos privados del titular de la Corona generen consecuencias a terceros o sean directamente ilícitos. De ahí que, tras la afirmación de que “la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad” contenida en el artículo 56.3 CE propongamos la adición de “en el ejercicio de sus funciones constitucionales”. Y con el mismo objeto, se propone la adición del inciso “sus actos como Jefe del Estado” en relación a la exigencia de refrendo.

La eliminación de la preferencia del varón sobre la mujer en la línea de sucesión en la Corona contenida en el artículo 57.1 CE es una propuesta de reforma sobre la que existe amplio consenso político y social. La eficacia y alcance jurídicos del principio de igualdad entre hombres y mujeres, proclamado en el artículo 14 CE, hace tiempo que arrumbó la preferencia del hombre sobre la mujer en el orden de sucesión de títulos nobiliarios, primero jurisprudencialmente y más tarde, en 2006, mediante la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios. La pervivencia de esa preferencia del género masculino sobre el femenino en la sucesión de la máxima magistratura del Estado es, por ello, totalmente insostenible en el momento presente y constituye una insólita paradoja normativa; una anomalía constitucional anclada en el pasado que debe ser corregida.

El Príncipe de Asturias es el título con el que el artículo 57.2 CE ha querido identificar al sucesor de la Jefatura del Estado. El constituyente no le asignó funciones constitucionales, pero, a diferencia de que lo que ocurre con la Reina consorte o con el consorte de la Reina, figura a la que el artículo 58 CE prohíbe la asunción de cualquier función constitucional (excepto lo dispuesto para la Regencia), tampoco le están vetadas. De hecho, en la práctica, y durante los últimos años, ha asumido formalmente funciones de representación internacional del Estado, por delegación del Rey y con el refrendo del Presidente del Gobierno, en no pocas tomas de posesión de mandatarios extranjeros. Situaciones de enfermedad o convalecencia postoperatoria del titular de la Corona, nada infrecuentes en los últimos tiempos debido a la avanzada edad del Rey, pueden obligar a que esta práctica constitucional vaya en aumento. La doctrina ha propuesto reiteradamente la necesidad de la regulación de un estatuto jurídico preciso para el Príncipe de Asturias. Y a tal efecto, y sin perjuicio de que el legislador pueda implementar dicha regulación sin previa cobertura constitucional, la normatividad de la

Constitución y la propia figura del sucesor de la Corona se vería muy reforzada si el artículo 57.2 CE previera la existencia de ese estatuto jurídico, así como la posibilidad expresa de asunción de funciones constitucionales por delegación del Rey y con el refrendo de los sujetos legitimados para ello.

El artículo 57.5 CE impera que "las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica", pero 34 años después de aprobada la Constitución dicho mandato no ha sido satisfecho. Hasta el momento, ni el Ejecutivo ni el Legislativo han sentido la necesidad de impulsar la citada ley orgánica a que se remite el precepto. Esta circunstancia ha hecho afirmar recientemente a cierta doctrina que, al carecer de la necesaria regulación legal, la abdicación del Rey o la renuncia de cualquier persona incluida en la línea sucesoria no sería posible, puesto que cuestiones tan supuestamente importantes relacionadas con estos actos de voluntad, como el procedimiento de comunicación a las Cortes Generales, la necesidad de autorización parlamentaria previa, la posibilidad de una negativa de las Cámaras o el refrendo del acto de abdicación u otras que pudieran plantearse no están reguladas.

Dichos argumentos encuentran su fundamento en la redacción literal del artículo 57.5 CE, pero no hallan base alguna ni en el Derecho Comparado ni en la propia Historia de España, puesto que Beatriz de Holanda acaba de abdicar sin necesidad de regulación jurídica, como en nuestro país lo hizo Amadeo I de Saboya sin regulación al respecto. La abdicación es el abandono o dejación voluntaria del oficio regio por el titular de la Corona, causándose la transmisión de sus derechos al sucesor. La renuncia supone la pérdida de los derechos regio, se produce antes del acceso a la Corona y no desencadena la sucesión. Ambas comparten las características de tratarse de actos voluntarios, personalísimos, unilaterales, recepticios e irrevocables. Se perfeccionan con la simple voluntad del titular del *ius ad officium* y son eficaces inmediatamente. No precisan previa regulación legal, por más que una redacción desafortunada del artículo 57.5 CE así lo prevea.

Para zanjar la polémica y eliminar cualquier obstáculo o excusa formal a la abdicación que pueda argüirse, proponemos que la mención a las abdicaciones y renunciaciones sea eliminada, limitándose el precepto a señalar que "las dudas de hecho o de derecho que puedan surgir en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley

orgánica”. Sencillamente, porque la formalización de una abdicación o una renuncia no plantea ninguna duda que precise ser resuelta, y sólo en el supuesto de plantearla se precisaría una ley orgánica, como se propone.

Por último, sugerimos la eliminación del requisito de que el padre o la madre del Rey menor “permanezca viudo” para poder asumir la tutela necesaria, tal y como exige el artículo 60.1 CE. La tutela es una función jurídica confiada a una persona para que guarde y proteja al menor o incapacitado y a sus bienes. La tutela regia sólo se refiere al Rey menor de edad, y, por ello, en defecto de tutor testamentario previsto por el Rey difunto, la Constitución prevé que asuman la tutela el padre o la madre del menor. Carece de sentido, sin embargo, la exigencia de que el padre o la madre superviviente permanezca viudo o viuda, respectivamente, porque dicha circunstancia nada añade o resta al desempeño de la función de tutela que un padre o madre puede realizar. Dicha exigencia no haya parangón en la legislación civil de la tutela, vulnera el principio de no discriminación y sólo puede justificarse en prejuicios y modelos de épocas pretéritas.

Además, dicha previsión conduce a la paradoja constitucional de que en tanto el padre o la madre del Rey menor de edad pueden asumir “inmediatamente” la Regencia aunque no permanecen viudos, puesto que artículo 59.1 CE no lo prohíbe, no pueden ser tutores de su propio hijo, ya que el artículo 60.1 CE lo veta. En otros términos, la esposa del Rey difunto podría contraer nuevas nupcias y ser Regente, asumiendo las funciones de la Corona en nombre del Rey menor, mientras que no podría, pese a ser su madre, asumir su guarda y cuidado como tutora. Todo un contrasentido que nuestra propuesta pretende eliminar.

### **3. Contra el uso arbitrario del derecho de gracia: la exigencia constitucional de motivación del indulto.**

En un Estado de Derecho regido por el imperio de la ley y por el principio de separación de poderes, la potestad jurisdiccional del Estado, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, cuyas sentencias y resoluciones judiciales firmes son de obligado cumplimiento. Así lo

exige el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24) en la interpretación dada al mismo por el Tribunal Constitucional (v.gr. STC 32/1982). Como es sabido, el denominado derecho de gracia o gracia del indulto consiste en la remisión total o parcial de las penas de los condenados por sentencia firme. Procedente de la prerrogativa regia de lo que se denominaba “justicia retenida”, el indulto supone renunciar a ejecutar lo juzgado firmemente y representa una intromisión del poder ejecutivo en el ejercicio del poder judicial. Consecuentemente, el ejercicio del derecho de gracia debe ser absolutamente excepcional y estar suficientemente motivado.

El artículo 62.i) CE atribuye al Rey el ejercicio de este derecho “con arreglo a la ley”. Pero la ley a la que el precepto constitucional remite es una de las asignaturas pendientes de nuestra democracia, por lo que esta institución sigue regulada por la Ley de 18 de junio de 1870. Con ser añeja, dicha norma exigía en su artículo 30 que el Decreto de indulto aprobado en Consejo de Ministros fuera “motivado”, lo que al menos permitía conocer las razones de equidad, oportunidad o conveniencia pública que lo aconsejaban en cada caso. Pero tras la modificación del precepto por Ley 1/1988 de 14 de enero, la regulación actual del indulto, lejos de entroncar con la Restauración, retorna a la pauta franquista de no dar explicación alguna de por qué se indulta. Y si los indultos sin motivación se apartan de la opinión del tribunal sentenciador incorporada al preceptivo informe, como viene ocurriendo reiteradamente (indulto a Alfredo Sáenz y a otros directivos bancarios, indulto a un conductor “kamikaze”, sucesivos indultos a *mossos d’esquadra* condenados por torturas), la apariencia de arbitrariedad del derecho de gracia se hace intolerable.

La reducción de las inmunidades del poder y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos son conquistas irrenunciables del Estado de Derecho, por lo que no puede mantenerse por más tiempo una regulación que crea ámbitos exentos de todo control jurisdiccional. Así lo ha entendido la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que en un reciente Auto incorpora un contundente alegato contra la arbitrariedad del indulto en España, al afirmar que es una “herencia del absolutismo, de no fácil encaje en un ordenamiento constitucional, presidido por el imperativo de sujeción al derecho de todos los poderes públicos, tanto en el orden procedimental como sustancial de sus actos; y, en consecuencia, por el deber de dar pública cuenta del porqué de los mismos”. Un deber que en el caso del indulto debería estar especialmente reforzado en su intensidad cuando afecta a resoluciones jurisdiccionales, “más aún a sentencias de

condena que, paradójicamente, pueden luego, hacerse vanas sin que conste ninguna razón estimable, en el ejercicio de una discrecionalidad política, más bien arbitrio, no vinculada e incontrolable, por tanto”.

A fin de garantizar un uso del indulto compatible con el Estado de Derecho, proponemos la introducción de un apartado segundo en el artículo 118 CE, según el cual “el ejercicio del derecho de gracia no podrá ser arbitrario y, en cuanto excepción a la obligación de hacer ejecutar lo juzgado, requerirá de motivación suficiente”. Esta redacción, que subraya el carácter extraordinario de la gracia de indulto, propiciará que el Gobierno siga la opinión contenida en el informe del tribunal sentenciador y, en caso de apartarse de ella, deberá justificar su decisión teniendo en cuenta, como ha subrayado el profesor Ruiz Robledo, que solo podrá argumentar con razones compatibles con la función de válvula de seguridad del sistema penal que el indulto tiene reconocida, no con razones de oportunidad política.

#### **4. Eliminación del reconocimiento expreso a la Iglesia Católica sobre las demás confesiones religiosas contenido en el artículo 16.3 CE.**

En un sistema político pluralista y democrático, el Estado, representación y organización de todos sus ciudadanos, ha de ser plenamente aconfesional. La referencia constitucional expresa a la Iglesia Católica en posición de aparente supremacía sobre “las demás confesiones”, que no se citan en el artículo 16.3 CE, trae causa asimismo de nuestro inmediato pasado, en el que la Iglesia Católica ejerció, con el beneplácito del poder político, notable influencia política y social. Superado el momento de integración y reconocimiento constitucional de esta institución, normalizadas las relaciones de la Iglesia Católica con el Estado mediante sucesivos acuerdos extraordinariamente ventajosos para esta confesión, ha llegado el momento de que la regulación constitucional de la libertad religiosa esté regida por los principios de neutralidad y aconfesionalidad del Estado. La sociedad española ha experimentado en las últimas décadas un acelerado proceso de secularización, del que, como muestra, basta subrayar que el número de uniones civiles ha superado ya al de matrimonios religiosos entre los

españoles. Simultáneamente, otras confesiones religiosas han experimentado un notable incremento de sus fieles, dejando de ser creencias marginales.

En la actualidad, la Iglesia Católica es una confesión religiosa más, cuyas creencias comparten muchos españoles, sin duda, pero no es la confesión del Estado ni de sus instituciones. Su mención expresa en el artículo 16.3 CE induce a confusión sobre una supuesta relevancia constitucional y genera interpretaciones jurídicas interesadas por parte de algunos operadores jurídicos y poderes públicos. Para zanjar todo ello, subrayando inequívocamente la neutralidad del Estado, la mención expresa a la Iglesia Católica junto con la alusión “a las demás confesiones” debe desaparecer de la redacción del artículo 16.3 CE.

#### **5. Reubicación del artículo 8 de la Constitución, relativo a las Fuerzas Armadas, en el Título IV “Del Gobierno y de la Administración”.**

La ubicación de la regulación constitucional de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar, donde se incluyen los grandes principios ordenadores del régimen político y las más importantes expresiones del pluralismo político y social, sólo es explicable en función de nuestro inmediato pasado, en el que los Ejércitos habían sido utilizados por el franquismo como instrumento de represión política (invadiendo las tradicionales competencias judiciales y tutelando a las fuerzas de orden público), como mecanismo de reproducción ideológica y como cantera de reclutamiento de dirigentes franquistas.

Recuperadas las libertades democráticas, la excepcionalidad de la situación descrita exigía una clara redefinición de la posición de las FAS, necesariamente subordinadas a la autoridad civil e integradas sin sombra de duda en el nuevo orden constitucional.

A fin de lograr dicha integración y el reconocimiento de las FAS hacia el texto constitucional, la Ponencia constitucional adoptó la decisión, de marcado carácter simbólico, de incluir la regulación de las FAS en el Título Preliminar, pese a lo atípico de la opción y la ausencia de precedentes en el constitucionalismo histórico y comparado. Algunos parlamentarios presentaron enmiendas de traslado o supresión

argumentando que la ubicación del artículo 8 CE sólo era explicable en función de la reciente coyuntura histórica y que podía dar lugar a interpretaciones sobre la función de las FAS de dudosa constitucionalidad, como así ha sido.

Efectivamente, la ubicación del precepto ha servido de base para un debate en torno a la naturaleza jurídica, institucional o administrativa, de las Fuerzas Armadas; a su relación directa o, por contra, mediata con el Jefe del Estado; y a su eventual actuación autónoma en el ejercicio de sus funciones constitucionales, esto es, a la posibilidad de intervenir en defensa de la unidad de España si ésta es amenazada, incluso sin órdenes del Gobierno o en contra de ellas. Los ejemplos de este debate en los últimos meses, cuando se han reavivado las demandas soberanistas de algunos territorios, han sido múltiples, desde las declaraciones de europarlamentarios como Alejo Vidal-Quadras hasta editoriales en la revista *Ejército*.

Es conveniente zanjar de raíz este debate y erradicar toda tentación de utilización de las FAS con fines políticos. Por ello, asentado el sistema democrático y democratizadas las FAS, procede ubicar su regulación constitucional en el lugar que le corresponde, junto con la regulación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en el Título IV “Del Gobierno y de la Administración”, bajo la inequívoca dirección del Gobierno de la Nación, sin posibilidad alguna de actuación o interpretación autónoma de sus funciones, y con el control de las Cortes Generales.

## **6. Supresión de las referencias constitucionales al servicio militar obligatorio, la prestación social sustitutoria y la objeción de conciencia al servicio militar contenidas en el artículo 30.2 CE.**

Suspendida la prestación del servicio militar obligatorio por Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, y profesionalizadas las Fuerzas Armadas españolas en un contexto internacional de fuerte profesionalización y especialización técnica de los Ejércitos, la regulación constitucional del servicio militar obligatorio ha quedado obsoleta y agotada. Y, con ella, también la constitucionalización de la llamada prestación social sustitutoria de dicho servicio militar obligatorio. La funcionalidad que



en otro tiempo pudo tener el recurso a la “nación en armas” frente a los enemigos exteriores e interiores del Estado ha dado paso a la tecnificación, a la defensa estratégica y al armamento sofisticado. Es momento de adaptar la Constitución y las obligaciones militares que en ella se imponían a la naturaleza actual de las potenciales amenazas, frente a las que de nada sirven la movilización nacional y la leva obligatoria, que no volverán.

### **7. Modificación del artículo 32.1 CE de acuerdo con la interpretación evolutiva del derecho a contraer matrimonio realizada por el Tribunal Constitucional.**

La actual redacción del artículo 32.1 CE, en virtud de la cual “el hombre y la mujer” tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” ha propiciado una interpretación literal del precepto, en la que se apoyó el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005, interpuesto por 71 Diputados del Grupo Popular del Congreso, contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Dicha ley legalizó en España el matrimonio entre personas del mismo sexo y cuestionó la concepción tradicional del matrimonio, según la cual sólo la unión entre un hombre y una mujer podía considerarse manifestación legítima de dicha institución. La STC 198/2012, de 6 de noviembre, realizando una “interpretación evolutiva” del texto constitucional y de la institución que éste reconoce, considera que “todos” –y no sólo el hombre y la mujer entre sí- tienen derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad jurídica, por lo que la ley 13/2005 realiza una “lógica equiparación entre estatutos jurídicos en el ejercicio de un derecho”, sin afectar además a quienes ya ejercían el citado derecho.

En la línea apuntada por el magistrado Manuel Aragón Reyes en su voto particular, procede, sin embargo, incorporar la realidad social al propio texto constitucional, asegurando así su supremacía y evitando contraponer interpretaciones literales y evolutivas del mismo. Para la adaptación del precepto basta el simple recurso de sustituir la mención al hombre y la mujer por la expresión “todos”, que hace abstracción del sexo de los contrayentes.

## **8. La recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad para la reforma de los Estatutos de Autonomía.**

Corresponde al Tribunal Constitucional, a instancias de los sujetos legitimados, supervisar la compatibilidad o no de las reformas estatutarias con la Constitución a fin de salvaguardar la normatividad y la supremacía constitucionales. Dado el singular procedimiento de reforma de no pocos Estatutos de Autonomía, en el que el referéndum de ratificación entre los electores de la Comunidad Autónoma resulta preceptivo, el momento procesal oportuno para incoar un eventual control de constitucionalidad ha de ser, sin embargo, *ex ante* de la convocatoria y celebración de la citada consulta popular, puesto que un control *a posteriori*, como el realizado por el Tribunal Constitucional sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña en el año 2010, provoca un serio conflicto de legitimidades, frustra expectativas y encona sentimientos. Con objeto de evitar consecuencias tan negativas, proponemos, en la línea sugerida por la mayoría de la doctrina, la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad para la impugnación de los proyectos de reforma estatutaria. Ello garantizaría más eficazmente y con menor coste político la constitucionalidad de las futuras reformas, que serían sometidas a referéndum y entrarían en vigor sin mácula de inconstitucionalidad.