

“Los atentados al Estado de Derecho. Una reflexión desde el Derecho Público”

“The attacks on the rule of law. A reflection from public law”

Manuel J. Sarmiento Acosta

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿REALMENTE ESTÁ EN PELIGRO EL ESTADO DE DERECHO?. III. LAS PERVERSIONES MÁS COMUNES DE LOS PARÁMETROS SOBRE LOS QUE SE ASIENTA EL ESTADO DE DERECHO. 1. Tergiversación del sentido del voto democrático: el voto como legitimador de todo. 2. La abusiva utilización de fórmulas e instituciones de aplicación excepcional. 3. La vulneración neta de derechos constitucionales. 4. Un caso particular: la perversión de la expropiación urgente y la vulneración del derecho constitucional a la propiedad. A. El derecho constitucional a la propiedad y la expropiación forzosa. B. Régimen de la expropiación urgente. 5. La quiebra de los principios de legalidad, igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad en materia tributaria: la importante Declaración de Granada. A. Una quiebra del principio de legalidad y una vulneración del principio de presunción de inocencia. La DGT como monopolizadora de la interpretación del Derecho. B. Una quiebra del principio de igualdad: súbditos y no ciudadanos, confusión procedimental y cierta cantonalización tributaria. C. Quiebra de la seguridad jurídica y del principio de solidaridad. 6. Los atentados a la independencia judicial: el círculo vicioso de la colonización del gobierno de los jueces. A. Un problema capital para el Estado de Derecho. B. Sucesivas reformas en círculo que no resuelven el problema capital. C. Las alarmas sobre el Estado de Derecho expresadas por las propias asociaciones judiciales. D. El toque de atención sobre la Fiscalía General del Estado del Informe sobre el Estado de Derecho 2020. 7. La relegación y el cuestionamiento de los criterios meritocráticos: ideología versus profesionalización. A. La perversión de los principios de

Recibido: 2-6-2021

Aceptado: 4-11-2021

mérito y capacidad. B. El problema de la aplicación de la discrecionalidad técnica: ciertos avances en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. III. CONSIDERACIONES FINALES. IV. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El Estado de Derecho implica el sometimiento del poder al Derecho; en España supuso un gran logro en 1978, pero se observan perversiones muy significativas en distintos sectores que constituyen el corazón del Estado, como los excesos de la Administración tributaria, la colonización por los partidos políticos del gobierno del Poder Judicial, la exacerbación del derecho al voto al margen de lo que permite el ordenamiento o la vulneración de los principios de mérito y capacidad, entre otros casos. Es obligado rectificar el ordenamiento jurídico en estos ámbitos para asegurar la misma existencia del Estado de Derecho en la actualidad.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho, división de poderes, derecho al voto, Administración tributaria, gobierno del Poder Judicial, principios de mérito y capacidad.

ABSTRACT: The Rule of Law implies the submission of power to the law; in Spain it was a great achievement in 1978, but very significant breaches are observed in different sectors that constitute the heart of the State, such as the excesses of the tax administration, the colonization by the political parties of the government of the Judiciary, the exacerbation of the right to vote regardless of what the law allows or the violation of the principles of merit and capacity, among others. It is necessary to rectify the legal system in these areas to ensure the very existence of the Rule of Law today.

KEYWORDS: Rule of Law, division of powers, right to vote, tax administration, government of the Judiciary, principles of merit and capacity.

I. INTRODUCCIÓN

Tanto España como la Unión Europea se basan en los principios inherentes al Estado de Derecho como consecuencia de una evolución histórica y cultural que representa una de las conquistas más elogiadas de la civilización occidental. El gobierno de la ley, y no el mandato del hombre, es una garantía para asegurar el recto desarrollo de los derechos y libertades de los ciudadanos y la sujeción a normas jurídicas estables que limitan el ejercicio del poder. Sucede que la evolución de las sociedades y de los propios aparatos institucionales de los Estados, y de los organismos internacionales, define nuevos escenarios en permanente cambio y muy complejos que hacen necesario una revisión o al menos la evaluación de técnicas e instituciones para que, precisamente, la Ley y el Derecho sean los hilos conductores de la vida individual y social y, por supuesto, del desarrollo de las funciones de las instituciones. Por ello se debe partir de una actitud abierta y progresiva en orden a mantener las esencias que

definen al modelo de Estado, que no se pueden considerar como conquistas históricas inmarchitables, sino como elementos que pueden desnaturalizarse o sencillamente pervertirse si no se revitalizan los presupuestos fundamentales del Estado de Derecho y se abordan las nuevas exigencias derivadas de las tecnologías, la globalización o los fenómenos como las pandemias que pueden poner en solfa muchos de los dogmas que identifican al modelo de Estado que tratamos.

Esta necesidad viene determinada en gran parte por los cambios políticos que han polarizado o desorbitado muchas de las posiciones que en otros momentos estaban menos en tensión, y que abren nuevos escenarios en los cuales pueden producirse mermas o graves deterioros del papel de los derechos fundamentales y las libertades públicas, el incremento de la corrupción o la reducción del control del Poder Ejecutivo y su brazo ejecutor, la Administración Pública. Tanto el nacionalismo rabioso como el populismo más o menos elemental suelen ser caldo de cultivo para el tratamiento desacertado de complejos problemas que reclaman perspectivas amplias y ricas, y no eslóganes sonoros que casi nada resuelven. En el propio ámbito europeo se observa la necesidad de tener esa actitud vigilante. Lo comprobamos en la constitución de GRECO¹ o en el Informe de 2020 (y en otros posteriores ya en elaboración) sobre el Estado de Derecho, que presenta una síntesis de la situación del Estado de Derecho en la Unión Europea y sus 27 Estados con evaluaciones específicas -algo superficiales, en mi opinión- que abarcan cuatro pilares: el sistema judicial, el marco de lucha contra la corrupción, el pluralismo en los medios de comunicación y otras cuestiones institucionales relacionadas con el control y el equilibrio de poderes. Por ello es necesario abordar algunas de las perversiones o atentados que se pueden observar en el desenvolvimiento actual del Estado de Derecho, sobre todo en España, si bien muchos de estos atentados pueden detectarse también en otros países, incluidos por supuesto los que integran la Unión Europea.

II. ¿REALMENTE ESTÁ EN PELIGRO EL ESTADO DE DERECHO?

Se suele entender que existe Estado de Derecho cuando el poder en sus distintas variantes se somete al Derecho y se reconocen y garantizan de forma efectiva los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Esto comporta que la mera decisión de un hombre o una mujer, influida por el prejuicio, el interés o el apego, no tiene capacidad ni para imponerse a los demás ni para vulnerar los derechos de los particulares. El poder se sujeta al Derecho, el cual, por supuesto, puede ser modificado – incluso sustancialmente- en función de los cambios que experimente la sociedad, pero, en cualquier caso, ese cambio debe realizarse de acuerdo con los procedimientos pre-

¹ Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), creado el 1 de mayo de 1999 en el ámbito del Consejo de Europa, que manifiesta su propósito de controlar la corrupción.

vistos por el mismo ordenamiento jurídico. El Estado de Derecho implica además la existencia de un “Estado”, que a través de un entramado de instituciones disponga de la fuerza para hacer efectivas las prescripciones legales. De no existir tal Estado, no es posible tampoco hablar de Estado de Derecho, pero hay que advertir además que solo el mero poder de ese entramado institucional, estable, articulado y efectivo, no basta para convertirse en Estado de Derecho. Puede existir Estado “con Derecho”, que es distinto, pero no Estado de Derecho².

Es indispensable que el ejercicio del poder se someta, canalice y exprese a través del Derecho, que es el que habilita y, por tanto, legitima en último término el desarrollo del poder. De suerte que, si el Derecho sin Estado es insuficiente y no pasa de ser mero “deber ser” sin eficacia real, el Estado sin Derecho no es más que una imposición más o menos arbitraria ejercida por un partido, un estamento o un individuo. Por esta razón el Estado de Derecho constituye una conquista que trasciende la ideología concreta³, porque contribuye a plasmar una sociedad más civilizada, plural y próspera, la cual ya no se gobierna por la decisión arbitraria o caprichosa del individuo, sino por algo que se impone por su generalidad y su racionalidad⁴. Aristóteles decía, justamente, que la ley es la razón desprovista de pasión, y es sabido que en un hombre también mandan las pasiones o los prejuicios cognitivos, lo que no garantiza siempre su ecuanimidad.

² Como dice DÍAZ, E., el Estado de Derecho implica “sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, que han sido creadas – lo cual es decisivo– según determinados procedimientos de abierta y libre participación popular, con respeto pues para derechos fundamentales concordados con tal organización institucional” (“Estado de Derecho y democracia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, núm. 19-20, 2001-2002, p. 203).

³ Así DÍAZ, E. (2001-2002: 204) afirma: “El Estado de Derecho es, así, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad; y ello, en forma tanto de positiva intervención en los asuntos públicos como de negativa no interferencia de los demás”. En igual sentido, PÉREZ ROYO, J., refiere las conquistas paulatinas que supone la plasmación del Estado de Derecho (*Vid. Voz “Estado de Derecho”, en la Enciclopedia Jurídica Básica II*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1995, pp.2906-2909): limitación del poder, control de las inmunidades de la Administración, legitimación democrática.

⁴ En síntesis, el Estado de Derecho se caracteriza por: a) imperio de la ley, b) división de poderes, c) fiscalización de la Administración Pública, y d) protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Se trata de una forma de Estado que ha sido definida como la institucionalización jurídica de la democracia (DÍAZ, E, 2001-2002: 205). En concreto, para el caso español, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Los fundamentos constitucionales del Estado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1998, pp. 30-31. Para el ámbito europeo, *vid.* WEBER, A. “El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 27-59.

Pero además el Estado de Derecho requiere una real división de poderes, incluso de una división temporal del poder⁵, porque es conocido que una vez que se tiene el manejo de las estructuras del poder es más fácil mantenerlo, y son muchos los que ceden a la tentación de perpetuarse utilizando las vías más inimaginables encaminadas a tal fin. La clásica división del poder en legislativo, ejecutivo y judicial es básica, y también vemos que es atacada con relativa frecuencia, unas veces de forma directa y sin mayor disimulo (como los casos de Polonia o Hungría recientemente señalados⁶ en el primer informe del Estado de Derecho en la Unión Europea de la Comisión), otras por vías más sibilinas o subrepticias como la colonización política de instituciones como el Consejo General del Poder Judicial o la Fiscalía General del Estado en España, la vulneración de los derechos de los contribuyentes invocando grandes valores de solidaridad y justicia fiscal⁷ o primando criterios puramente ideológicos sobre los profesionales, que son claramente meritocráticos al ser más objetivos y transparentes.

El Estado de Derecho exige asimismo una actitud abierta y despierta; abierta porque el Derecho que sirve de límite del poder debe ser operativo, esto es, debe adaptarse a través de procedimientos específicos a los cambios trepidantes de las sociedades actuales para poder pacificar de forma efectiva los conflictos de ésta, y despierta porque precisamente por los cambios constantes se necesita estar alerta para que el Estado de Derecho tenga una buena salud, la cual se manifiesta, como es obvio, en la plasmación real y efectiva de los derechos de los ciudadanos y en el control permanente del poder, siempre ávido de buscar los intersticios a través de los cuales escapar del rigor que tal modelo de Estado exige. Esto último resulta también relevante ya que lo que en ocasiones no se tiene en cuenta -sobre todo por las recientes generaciones que han tenido la suerte de no vivir los rigores de regímenes no democráticos- es que verdaderamente no hay posiciones definitivamente conquistadas y que, en realidad, siempre estamos en la casilla de salida. La Historia demuestra que la lucha constante, sistemática y perseverante por el Derecho de la que hablaba Rudolph von Ihering es esencial (“solamente luchando alcanzarás tu derecho”) y es

⁵ Que también tiene relevancia; *vid.*, GARCÍA PELAYO, M., “La división de poderes y su control jurisdiccional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983, p. 15.

⁶ *Vid.* KRZYWON, A., “La defensa y desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 85-117. Estos excesos cometidos por los citados Estados han permitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea destacar la relevancia del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial) en varias Sentencias, como la Sentencia de 27 de febrero de 2018 (C-64/16, EU: C. 2018: 117), 25 de julio de 2018 (Minister for Justice and Equality, C-216/18 PPU, EU: C:2018:586), 24 de junio de 2019 (Comisión/Polonia, C-619/18, EU: C: 2019: 531), 5 de noviembre de 2019 (Comisión/Polonia, C- 192/18, EU: C: 2019: 924) y de 19 de noviembre de 2019 (A.K., C-585/18, C-624/18 y C- 625/18, EU: 2019:982).

⁷ Más adelante analizaremos las alarmantes observaciones de la llamada Declaración de Granada.

lo único que nos salva – y no siempre- de los abusos y las arbitrariedades de los poderosos, sean éstos políticos, económicos, culturales, mediáticos o de cualquier otro signo; y que toda conquista exige el desgaste que produce la sangre, el esfuerzo, las lágrimas y el sudor (en expresión tomada en préstamo de Churchill⁸), hasta alcanzar el objetivo. Por tanto, la comodidad, la pereza o el olvido de las malas experiencias del pasado pueden resultar catastróficas cuando se trata de someter el poder- en cualquiera de sus variantes- al Derecho. Y esto es lo que debemos recalcar sobre todo por el acontecimiento mundial que ha supuesto la pandemia de la COVID-19. Ninguna generación viva ha experimentado el impacto, verdaderamente terrorífico, que se ha producido desde el mes de marzo de 2020, momento a partir del cual, de forma abrupta y trepidante, todo el mundo se ha visto sometido a serias restricciones de derechos y expectativas desconocidas hasta entonces.

Es evidente que nadie sensato puede estar en contra de medidas restrictivas para salvar la vida y la integridad física de millones de personas. No hay vuelta de hoja en este extremo; ahora bien, estas medidas tienen que ser excepcionales, interpretadas restrictivamente, justificadas científicamente o al menos en datos objetivos e indiscutibles, y por supuesto revisadas o eliminadas cuando pase la situación de excepción, porque de forma clara surge otro peligro, y es el de aprovecharse de la situación, primero, para mantener restricciones cómodas para el poder, y segundo, para acostumbrar a los ciudadanos a situaciones que no se ajustan al Estado de Derecho. No hay mejor ocasión para librarse de los controles que promover una situación de miedo y desconcierto que eche por la borda conquistas fraguadas con mucho esfuerzo durante las últimas décadas y que se pueden convertir en papel mojado si no se controla efectivamente el poder. Y es aquí donde se observan síntomas muy preocupantes que obligan a una seria reflexión y, por supuesto, a una rectificación⁹.

En primer lugar está el frecuente uso de fórmulas de organización social excepcionales, como declaración de estados de alarma¹⁰, con prórrogas sucesivas, toques de queda, restricción de movilidad de los ciudadanos, limitación de la libertad de empresa, del derecho de reunión y manifestación, etc. que no por ser coyunturalmente precisas dejan de ser muy restrictivas para la sociedad; en segundo término está el uso desorbitado de prerrogativas vulnerando lo previsto en la Constitución, como, por ejemplo, la vulneración de la inviolabilidad de domicilio con la excusa de

⁸ Discurso pronunciado el 13 de mayo de 1940 ante la Cámara de los Comunes.

⁹ No debe olvidarse que, como refiere DÍAZ, E. (2001-2002:206), a quien en última y más decisiva instancia se dirige el Estado de Derecho es fundamentalmente al propio Estado, a sus órganos e instituciones, a sus representantes y gobernantes, obligándoles a que tales actuaciones en todo momento se sometan al imperio de la ley.

¹⁰ Como resulta sabido, el estado de alarma de declaró por primera vez en el año 2010 como resultado de una huelga salvaje de controladores aéreos. En el año 2020 con ocasión de la COVID- 19 se ha declarado tres veces con sus prórrogas.

estar cometiendo una infracción administrativa. La famosa “patada en la puerta” es más preocupante de lo que parece, ya que, como afirmaba Churchill, precisamente “la democracia es el sistema político en el cual, cuando alguien llama a la puerta de la calle a las seis de la mañana, se sabe que es el lechero”. Que un policía, sin autorización judicial y sin el consentimiento del titular del domicilio, entre en una casa es ya una grave vulneración de los principios del Estado de Derecho, y esto ha ocurrido con la pandemia precisamente. Pero hay otros fenómenos preocupantes que trascienden de las disposiciones que se han aprobado y se aprueban por la pandemia de la COVID-19. Son ataques puros y duros al Estado de Derecho que no pueden aceptarse como normales. Veamos con algún detenimiento estas patologías. Nos hemos centrado solo en los casos más significativos y llamativos y, como es obvio, los que provienen de las actuaciones del Estado o de alguno de sus órganos o agentes¹¹, porque, como refiere Elías DÍAZ, es precisamente al propio Estado al que se dirige el rigor y el control que supone el “Estado de Derecho”.¹²

III. LAS PERVERSIONES MÁS COMUNES DE LOS PARÁMETROS SOBRE LOS QUE SE ASIENTA EL ESTADO DE DERECHO

1. Tergiversación del sentido del voto democrático: el voto como legitimador de todo

Es evidente que en un Estado social y democrático de Derecho como es el español (art. 1.1 CE), el derecho al voto es fundamental. El artículo 23.1 de la Constitución dice que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Sin embargo, como sucede con todos los derechos, debe ejercerse conforme a los requisitos y de acuerdo con los procedimientos establecidos por el propio ordenamiento. Se tiene que ejercer, pues, conforme a lo establecido en el llamado Derecho electoral, el cual, por cierto, en España ha sido muy inestable y ha estado sometido a constantes manipulaciones, razón por la cual la Constitución de 1978 procura salvaguardar la neutralidad y estabilidad del Derecho electoral¹³. El derecho al voto está unido inescindiblemente a la democracia, pero también a la le-

¹¹ Indudablemente es claro que todos los días se cometen millares de ilegalidades por los ciudadanos (delitos, infracciones administrativas, incumplimientos contractuales, impagos de deudas, interpretaciones erróneas de disposiciones normativas, etc.) pero las que deben ser objeto de una mayor preocupación son precisamente las que provienen del propio Estado que, como decía Max WEBER, dispone del “monopolio de la fuerza”, y por eso son tan peligrosas.

¹² *Vid* nota 9.

¹³ *Vid.* SATRÚSTEGUI, M., “Lección 22. La elección de las Cortes Generales”, en el vol colectivo *Derecho Constitucional Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997, p.40.

gualdad, de lo contrario no tendría fiabilidad por la posible manipulación de los propios procesos electorales. Pues bien, esta evidencia ha saltado por los aires en el proceso secesionista catalán¹⁴. Si nos acogemos a lo dicho por uno de sus protagonistas, el letrado del Parlamento catalán Antoni BAYONA, “la disociación que se ha hecho entre democracia y legalidad es un gravísimo error”¹⁵. Este letrado mayor cuyos informes advertían a la mesa de la Cámara catalana y a la mayoría del Gobierno que sus acciones vulneraban la Constitución, el Estatuto y el Reglamento del Parlamento, ha escrito un libro relatando su valiosa experiencia que lleva el significativo título de *No todo vale. La mirada de un jurista a las entrañas del procés* (Barcelona, 2019) y en el que se pone de manifiesto cómo se ha despreciado al Derecho con la vana pretensión de que el derecho al voto lo subsane todo¹⁶. Se dice en esta monografía, por ejemplo, que en Cataluña no hay ni la comprensión de lo que es un Estado moderno ni un cuerpo de funcionarios fuerte que haga de contrapeso del poder político.

El asunto es realmente insólito por su novedad y por constituir una abierta vulneración del ordenamiento jurídico vigente¹⁷. El 9 de octubre de 2015 el Parla-

¹⁴ Desde un punto de vista objetivo, lo primero que resalta en la deriva secesionista catalana desde las elecciones de 2012 es un grosero alejamiento de las más elementales reglas del Estado de Derecho, y el apoyo en medias verdades o simplemente meras falacias que tratan de dar gato por liebre, como se dice coloquialmente, a un electorado mediatizado por un discurso incendiario, trufado de sentimentalismo, y unidimensional. Es obvio que desde un planteamiento puramente democrático en el cual la libertad y el pluralismo tengan carta de naturaleza mantener alternativas políticas nacionalistas o independentistas es algo que se puede hacer; de la misma manera que también es palmario que tales alternativas, sean enarboladas por quienes quieran sustentarlas, deben apoyarse y seguir los cauces y requisitos establecidos en el ordenamiento constitucional. Invocar arteramente la democracia para vulnerar al Estado de Derecho que tanto trabajo ha costado en España establecer no lo puede admitir nadie con un mínimo de sensibilidad democrática. La democracia, el gobierno de las leyes y no la voluntad caprichosa, parcial y quebradiza de los hombres, es una de las señas de identidad de los modernos Estados que se encuentran en la órbita de la civilización occidental y, en particular, de los de la Unión Europea, pero tal democracia se robustece, justamente, por el respeto escrupuloso a las reglas y principios del Estado de Derecho. No se fortalece desde luego vulnerando alegremente normas y procedimientos encaminados a vertebrar la propia democracia. Por supuesto que esos procedimientos y normas se pueden modificar (y esto ya es otro problema que tampoco la Constitución facilita resolver por su rigidez excesiva), pero siempre respetando los propios procedimientos prescritos, no por la voluntad caprichosa de una mayoría, en este caso independentista. Lo contrario es entrar en el reino de la arbitrariedad, la tiranía de las mayorías y el oportunismo político. Sobre la cuestión catalana, vid, entre el sinnúmero de artículos -científicos y no científicos- que se han publicado los últimos años, las aportaciones de distintos autores en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, in totum.

¹⁵ Vid. *El País* de 4 de marzo de 2019.

¹⁶ La afirmación que lo resume es la hecha por el presidente catalán Torra según la cual “hay que poner la democracia y la voluntad del pueblo por encima de la ley” (*Vid. El País*, cit.).

¹⁷ El mismo Tribunal Constitucional al final de la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración del Parlamento catalán, de 23 de enero de 2013, ha declarado que “El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su

ment de Cataluña aprobó una declaración por una holgada mayoría de votos. Como señaló MUÑOZ MACHADO, nunca “había pasado algo así”¹⁸. Un Parlamento autonómico, que no tiene, como es obvio, poder constituyente, pretende nada menos que derogar la Constitución Española de 1978 en ese territorio sobre el que el declarante carece de cualquier potestad de enmienda o reconsideración. Pero va más lejos, porque ordena cuál será el trabajo del nuevo poder constituyente: constituir un Estado republicano en Cataluña y, además, en un acto de osadía insólita anuncia “una sedición en toda regla declarando que no cumplirá normas ni sentencias provenientes de instancias estatales que considera deslegitimadas sin apelación posible”¹⁹. Como es lógico, este problema ha llegado al Tribunal Constitucional; al margen de la celeberrima STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía reformado en el año 2006, se han dictado otras sentencias que tratan de contener y encauzar esta deriva secesionista. Así, la STC 42/2014, de 25 de marzo, declaró la nulidad de la Declaración sobre la soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña, de 23 de enero de 2013 (Resolución 5/X), porque no se puede atribuir el carácter de soberano a una parte u órgano del Estado porque se vulnera el artículo 2 de la Constitución. También el Tribunal Constitucional ha tenido que declarar nula la Resolución 306/XI sobre ordenación política del Gobierno (ATC 24/2017, de 14 de febrero, dictado en ejecución de sentencia) o ha anulado la disposición que habilitaba partidas para celebrar el referéndum (STC 90/2017, de 5 de julio). Más relevancia tuvo la STC 114/2017, de 17 de octubre, que resolvió la impugnación de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada “del referéndum de autodeterminación”, que se situaba extramuros de la legalidad constitucional y fuera, por tanto, de los parámetros del Estado de Derecho. Decía cosas tan sorprendentes – incluso para un estudiante de primero del Grado en Derecho- como que la Ley “prevalece jerárquicamente sobre todas las normas que puedan entrar en conflicto con la misma en tanto que regula el ejercicio de un derecho fundamental e inalienable del pueblo catalán” (art.3). Por esta razón el Tribunal Constitucional fue claro al afirmar que “La Ley 19/2017 es, con toda evidencia, inconstitucional y lo es en su conjunto al contrariar, de modo explícito, principios esenciales de nuestro ordenamiento constitucional: la soberanía nacional, residenciada en el pueblo español, la unidad misma de la Nación española constituida en Estado social y democrático de derecho, la propia supremacía de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos y también, por tanto, el Parlamento de Cataluña (arts. 1.2, 2, 1.1 y 9.1 CE)”. Se trata, pues, de una Ley de ruptura, que no encuentra apoyo ni en la Constitución ni en el Estatuto de Autonomía, pero invoca un supuesto derecho a la

consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ.4)”.

¹⁸ *Vid. Vieja y nueva Constitución*, Ed. Crítica, Barcelona, 1.ª ed. 2016, p.164.

¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S. (2016:164).

autodeterminación. Y lo mismo cabe decir de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de “transitoriedad jurídica y fundacional de la república”, que también ha sido declarada inconstitucional por la STC 124/2017, de 8 de noviembre²⁰. Por todo esto tuvo que aplicarse el artículo 155 CE, que avaló por unanimidad el Tribunal Constitucional (SSTC 89 y 90/ 2019, de 2 de julio) en orden a limitar la autonomía en casos excepcionales como el catalán, aunque destacó su carácter de remedio subsidiario, excepcional y temporal.

Son ejemplos claros de subversión del ordenamiento del Estado de Derecho, de procesos de ruptura clara y neta y, por consiguiente, unos ejemplos diáfanos de atentados al Estado de Derecho, pues se quiere hacer saltar por los aires todo el entramado institucional de competencias, procedimientos²¹, principios y valores sin cambiar – como sería posible- las normas existentes. Y ello se hace tratando de legitimarlo todo por el derecho al voto, que vendría a constituir una especie de fórmula mágica que todo lo subsana.

Pero sin llegar a estos extremos, que rozan lo grotesco por su grosera vulneración del ordenamiento jurídico, también son apreciables estas pretensiones en la aprobación de Leyes, fruto de mayorías coyunturales, que intentan abrogar los propios postulados constitucionales, y que prescinden incluso de trámites esenciales,

²⁰ Vid. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “La defensa de la Constitución frente al secesionismo. Crónica política y legislativa del año 2017”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 147-175, y DE MIGUEL BÁRCENA, J., “El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018, pp. 133-166.

²¹ Que permiten, además, grandes márgenes de actuación. Hay que tener en cuenta que, como ha resaltado ARAGÓN REYES, M., podría decirse que el artículo 168 CE, relativo a la reforma constitucional (procedimiento extraordinario o más agravado), “positiviza el derecho a la revolución, es decir, facilita las vías jurídicas (pacíficas) para el cambio político (por muy radical que éste fuere), asegurando, además, mediante el procedimiento, que será el pueblo (interviniendo dos veces, primero en elecciones realmente constituyentes, después en referéndum- precedido de la verificación de un amplio consenso político: mayorías de dos tercios en legislaturas sucesivas-) y no una minoría que le suplante, el que ejercerá el derecho colectivo de autodeterminación” (Vid. Voz “Reforma constitucional”, en *Enciclopedia Jurídica Básica IV*. Civitas, Madrid, 1.ª ed., 1995, p.5656). Sin embargo, hay que diferenciar posibilidad teórica de posibilidad real; es obvio que el procedimiento del artículo 168 entraña una dificultad más que notable. (Puede consultarse el temprano estudio de JIMÉNEZ CAMPO, J., “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, pp. 81-103) y, además, hay que considerar que la historia de las reformas constitucionales en España ha sido la historia de un rotundo fracaso (vid, por ejemplo, PÉREZ ROYO, J., “Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pp. 215 y ss.). Lo que ha caracterizado la evolución política en este tema es la ruptura o derribo, el uso de procedimientos alternativos e irregulares, y la redacción de una nueva Constitución, que es lo que ha originado la enorme cantidad de Constituciones que se han aprobado. Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2016:75 y ss.). Por eso hay autores que postulan por la supresión del artículo 168 (cfr., TAJADURA TEJADA, J., “El problema de la reforma”, *El País*, de 9 de diciembre de 2017), porque tiene un nivel de rigidez que en la práctica lo hace casi inútil para el objetivo que en principio debe lograr: la reforma de la Constitución.

como informes, audiencias de expertos, etc., que ponen en cuestión un ejercicio perverso del derecho al voto.

2. La abusiva utilización de fórmulas e instituciones de aplicación excepcional

Las fórmulas de organización social excepcionales proliferan con motivo de la pandemia mundial de la COVID- 19. Estas fórmulas se caracterizan por otorgar enérgicos poderes a los Ejecutivos y reducir el margen de actuación de los ciudadanos²²; ello se desarrolla además en una situación de temor e incertidumbre que define también un escenario propicio para la comisión de verdaderos atropellos o conculcación de derechos que en otras circunstancias serían inadmisibles. Con la pandemia del COVID- 19 se han dictado más de 3.000 normas de distinto rango entre Leyes, Decretos-Leyes, resoluciones, etc., muchas con un carácter coyuntural y hasta contradictorio, lo que obliga a recapitular seriamente su aplicación cuando pase la situación pandémica²³.

El estado de excepción puede ser definido como “el conjunto de circunstancias, previstas, al menos genéricamente, en las normas constitucionales, que perturban el normal funcionamiento de los poderes públicos y amenazan a las instituciones y principios básicos del Estado y cuyo efecto inmediato es la concentración en manos del Gobierno de poderes o funciones que, en tiempo normal, deben estar divididas y limitadas”²⁴. En la doctrina han existido ilustres profesores que han defendido el Derecho de excepción, como Carl SCHMITT²⁵ o Maurice HAURIOU²⁶, para hacer frente a situaciones anormales en las que se precisan instrumentos excepcionales y eficaces para resolver un grave problema. Pero también otros relevantes autores han detectado los peligros que se producen con estas concentraciones de poder en

²² Así lo dice la STC 148/ 2021, de 14 de julio: “La declaración de cualquiera de estos estados conlleva necesariamente una potenciación de las potestades públicas, con la consiguiente constricción de los derechos de los ciudadanos, siempre con obediencia estricta a lo que prescribe la ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (...)”. La STC de 5 de octubre de 2021 recuerda que la STC 83/2016 (FJ. 8) destacó que el estado de alarma habilita para adoptar un conjunto de actuaciones, que, en ejecución de lo acordado por aquel, acarrea consecuencias jurídicas que afectan temporalmente a tres ámbitos: normativo, competencial de las Autoridades públicas y limitación o restricción de derechos fundamentales y libertades públicas.

²³ Esto atenta además el principio de seguridad jurídica, pues es difícil saber con certeza qué es lo que se aplica y qué es lo desplazado o derogado.

²⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pp. 14 y ss. Puede consultarse CRUZ VILLALÓN, P., “El nuevo derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pp. 93-130.

²⁵ *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, pp. 124-126.

²⁶ *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, París, 1923, pp. 110-111.

los ejecutivos; así, por ejemplo, LUCAS VERDÚ²⁷ advirtió del riesgo que para la Constitución supone la repetición de los estados de necesidad, porque “el problema consiste en que, merced a las transformaciones sociales, ha habido una transposición entre la regla y la excepción, entre la norma y el hecho, de manera que el momento excepcional ajurídico se ha convertido en fenómeno normal; y entonces, a fuerza de producirse y repetirse, ha desbordado los cauces jurídicos concebidos como ordinaria regulación de lo normal. La repetición del estado de necesidad en el Derecho político conduce a la desvalorización de la normatividad constitucional, en la medida que, aunque ésta haya previsto y se encuentre en ella implícita, hiere gravemente al principio de supremacía de la ley, la cual se concibe en términos genéricos para que impere lo más largamente posible en la normalidad propia del Estado de Derecho”. Y es precisamente el alargamiento de la excepcionalidad – como sucede con la COVID-19- lo que constituye un peligro.

Así lo hemos visto en la aplicación del artículo 116 CE, referente al estado de alarma, y en las sucesivas prórrogas. Es sabido que el mencionado artículo prevé que “El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extiende los efectos de la declaración”²⁸. Este precepto se aplicó por el Real Decreto 1673/ 2010, de 4 de diciembre, que declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo; unos años más tarde se aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19²⁹, que tuvo reiteradas prórrogas con la intervención del Congreso de los Diputados, como es obligado³⁰. Sucede que luego el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, declaró de

²⁷ *Curso de Derecho Político Vol.II*, Ed, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 678-681.

²⁸ El Tribunal Constitucional ha declarado (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8) que a pesar de que se formaliza por Decreto, es un acto con rango y fuerza de Ley, el cual tiene capacidad para “suspender o desplazar la aplicación de leyes, normas o disposiciones con rango de ley y para establecer restricciones o limitaciones en el ejercicio de derechos”.

²⁹ Con restricciones a la libertad de circulación, confinamiento domiciliario, etc.

³⁰ También con algunos excesos, *vid.* GARRIDO LÓPEZ, C., “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación- suspensión de derechos”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 371-402, que pone de manifiesto que en el estado de alarma las restricciones han ido más allá de las previstas expresamente y evidencia una difícil distinción entre limitación y suspensión (p.400); propone además la modificación de la Ley Orgánica de 1981.

Es evidente que la Ley Orgánica reguladora dice que se podrá acordar medidas como “Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”, pero obligar a las personas a no salir de casa durante meses o no poder manifestarse resulta como mínimo forzado o de difícil encaje en tal disposición normativa.

nuevo otro estado de alarma, que fue prorrogado por otro Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre hasta nada menos que el 9 de mayo, lo que supuso una prórroga de seis meses sin cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución.

En este sentido, hay que destacar que la citada STC 148/ 2021, de 14 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos del Real Decreto 463/ 2020, de 14 de marzo y otros Reales Decretos posteriores, destacó que las limitaciones que fijó el Real Decreto citado vulneraron la libertad constitucional de circulación y el derecho fundamental a la libre elección de residencia (art. 19.1, párrafo primero CE). Respecto de la primera declara el Alto Tribunal: “Basta la mera lectura de la disposición para apreciar que esta plantea la posibilidad (“podrán”) de circular no como regla, sino como excepción. Una excepción doblemente condicionada, además, por su finalidad (“únicamente (...) para la realización” de ciertas actividades más o menos tasadas) y sus circunstancias (“individualmente”, de nuevo salvo excepciones). De este modo, la regla (general en cuanto a su alcance personal, espacial y circunstancial) es la prohibición de “circular por las vías de uso público”, y la “única” salvedad admitida es la de que tal circulación responda a alguna de las finalidades (...). Se configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite “limitar” para el estado de alarma” (...). El Tribunal Constitucional, después de argumentar sobre lo que es la limitación y lo que constituye la suspensión, llega a la conclusión de que estas restricciones que figuraban en el artículo 7 del Real Decreto son más una “privación” o “cesación” del derecho que una reducción. Concluye: “Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende a radice, de una forma generalizada para todas las personas y por cualquier medio. La facultad individual de circular “libremente” deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto (...)”.

Arguye asimismo que la limitación impuesta a la libertad de circulación determine la prohibición o exclusión del derecho a trasladar o modificar el lugar de residencia habitual y, “paralelamente, la imposición al titular, como residencia inamovable, del lugar en que venía residiendo (...)”. Por tanto, declara inconstitucionales los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7.

Esta STC encontró serios objetos dentro del propio Tribunal Constitucional, que formularon varios votos particulares en los que se criticaba la postura del Alto Tribunal, que de alguna manera propone la declaración del estado de excepción para adoptar las medidas que contenía el Real Decreto. Así, el voto particular de Cándido Conde- Pumpido, por ejemplo, decía: “(...) la sentencia de la mayoría nos propone para luchar contra la pandemia suprimir los derechos constitucionales y sus garantías mediante la declaración del estado de excepción. Para ello debe superar el obstáculo no menor que supone el hecho de que no se cumpla el presupuesto para poder declarar tal tipo de estado”. En la misma dirección, la magistrada M.^a Luisa Balaguer Callejón criticaba al propio Tribunal por partir de una concepción formalista del texto constitucional, y en la medida que no es viable declarar simultáneamente el estado de alarma y el estado de excepción, dice esta magistrada que “una vez que el Tribunal Constitucional ha entendido que debió optarse por el de excepción para imponer la medida del confinamiento domiciliario, lo lógico hubiera sido declarar inconstitucional la totalidad del Real Decreto”. Son pruebas de la dificultad que este asunto tiene.

Por otra parte, la STC 168/2021, de 5 de octubre declaró que fue vulnerado el derecho fundamental de participación política (art. 23 CE), y declaró la nulidad de los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de marzo de 2020, y del Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 21 de abril de 2020. El Alto Tribunal considera que la “decisión de interrumpir temporalmente la actividad parlamentaria, suspendiendo el cómputo de los plazos de las iniciativas registradas contraviene el mandato constitucional dirigido al Congreso de los Diputados para el ejercicio de sus propias funciones, particularmente la de control del Gobierno, con independencia del tiempo de duración de aquella interrupción, pues es de esencia a esta función, que el funcionamiento de la Cámara no deba ser paralizada, aunque lo sea de modo temporal, su actividad, ni siquiera y con mayor fundamento en el caso de un estado de alarma en vigor”.

Hay autores que han denunciado este exceso; así, por ejemplo, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, en su artículo, cuyo título ya es revelador (“Una prórroga de estado de alarma con visos de inconstitucionalidad”³¹), afirma que no puede minimizarse que mientras el estado de excepción que prevé el referido artículo constitucional establece una duración máxima de 30 días, prorrogables por otro plazo con ese mismo tiempo, el de alarma dispone un plazo máximo de quince días, que con la debida autorización del Congreso de los Diputados podrá también prorrogarse, y que si bien es cierto que ni la Constitución ni la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio marcan un plazo específico de duración de la prórroga o prórrogas, no por ello eso significa que puedan admitirse como conformes con la Constitución plazos tan elevados como el de seis meses, porque si la prórroga del estado de excepción se fija con un período de tiempo no superior al tiempo máximo que puede declararse inicialmente, “ello está evidenciando un criterio de fondo de la Constitución de que las prórrogas de estos estados excepcionales de emergencia no puedan extenderse, en buena lógica, a un tiempo superior al previsto para su inicial declaración”; por otra parte, como subraya también este profesor, sería absurdo que la no limitación expresa del plazo de prórroga pudiera entenderse como la habilitación de una situación de excepcionalidad por plazos que duplicasen o multiplicasen de cualquier modo al previsto inicialmente. Por consiguiente, “en modo alguno parece encajable en el orden constitucional “implícito” a la naturaleza de las instituciones y al conjunto del ordenamiento constitucional, la posibilidad de prorrogar de una sola vez el estado de alarma por plazos superiores. Prorrogarlo como se ha hecho nada menos que por ¡seis meses! de un golpe, me parece que resulta, pues, contrario a la Constitución y a la función que ésta encomienda al Congreso de los Diputados en el control de los estados de anormalidad y crisis del art. 116”³².

Otro autor (Miguel Ángel RECUERDA GIRELA³³) abunda en el mismo extremo, y considera un desacierto jurídico y un precedente muy peligroso para la democracia una prórroga de tal dimensión. Apunta una batería de argumentos de interés que conviene retener: a) en Derecho los plazos se prorrogan por períodos iguales o inferiores a los iniciales, pues si fueran superiores no se trataría realmente de prórrogas, sino de establecer un nuevo plazo; principio general del Derecho, “que es tan jurídico como una ley”; b) la autorización de prórroga es un mecanismo de control del Congreso de los Diputados sobre el ejercicio de un poder extraordinario y excepcional por parte del Gobierno que incide sobre los derechos fundamentales de las personas. Si la prórroga fuera extensa se perdería la eficacia del control parlamentario; c) las normas deben ser interpretadas restrictivamente cuando está en

³¹ En *El Imparcial*, de 30 de octubre de 2020.

³² *El Imparcial*, cit.

³³ “Una alarma muy preocupante”, en *La Razón*, de 29 de octubre de 2020.

juego la limitación de los derechos fundamentales; d) las competencias deben ser ejercidas por quien las tiene atribuidas como propias, y si el Congreso es quien controla al Gobierno mediante el otorgamiento, denegación u otorgamiento condicionado de la prórroga, una extensa prórroga supondría una dejación de funciones por parte del Congreso, que conllevaría una elusión de la responsabilidad; f) en concreto, en relación con la pandemia, dado que ésta puede ir cambiando, no debe autorizarse una prórroga de un estado de alarma cuyas medidas pueden resultar insuficientes, inadecuadas o sencillamente improcedentes; g) las autorizaciones de prórrogas, por eficacia y por responsabilidad – que son dos principios constitucionales del funcionamiento de los poderes públicos- deben adecuarse a la realidad y a la necesidad de cada momento, lo que es incompatible con el alargamiento por tiempo excesivo; h) las autorizaciones de prórroga deben ser proporcionadas; i) la duración del estado de alarma no debería de exceder de la del estado de excepción; y j) la prórroga del plazo de seis meses sería un precedente muy peligroso para la democracia española.

Es claro que la no previsión expresa de un tope máximo para las prórrogas impide formalmente señalar una limitación, pero también es palmario que no es adecuado con el espíritu constitucional, la naturaleza y funcionalidad de los estados excepcionales, ni por supuesto con la tutela y garantía efectiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la extensión desmesurada de una situación de estado de alarma³⁴, y seis meses es un período desmesurado, que vulnera el principio de proporcionalidad, ya que el Gobierno puede perfectamente articular un marco normativo nuevo que permita eludir esta declaración para hacer frente con eficacia a la situación sanitaria existente, como ha sucedido en Alemania, según relatan SOSA WAGNER y M. FUERTES³⁵, donde la Ley de protección contra las infecciones se modificó para abordar los severos problemas que conlleva la pandemia global del COVID- 19. Es pues la legislación sectorial la que debe actualizarse y adaptarse para hacer frente a esta situación sin duda muy compleja y llena de problemas de todo tipo, pero que no puede servir de subterfugio para hacer permanente la regulación excepcional, que no se olvide que limita derechos fundamentales y libertades

³⁴ La STC de 27 octubre de 2021 declara inconstitucional la prórroga de los seis meses y el nombramiento de autoridades competentes delegadas establecida en el Real Decreto 926/2020 del segundo estado de alarma. Declara el Alto tribunal que lo que merece censura, desde la perspectiva de la Constitución, no es la duración de la prórroga, sino el carácter no razonable o infundado, una vez visto el Acuerdo adoptado por el Parlamento nacional en su conjunto. Se realizó de un modo inconsistente con el sentido constitucional que es propio del acto autorización y sin coherencia alguna con las razones que hizo valer para instar la prórroga (Como esta nota a pie de página se ha incorporado en la corrección de las pruebas, y todavía no ha sido publicada, se refiere esta STC de acuerdo con la Nota informativa núm. 100/2021, de 27 de octubre, del Tribunal Constitucional).

³⁵ “Alarma: otra chapuza más”, *El Mundo*, de 28 de octubre de 2020.

públicas³⁶. En la legislación sanitaria, debidamente fundamentada en la experiencia que se tiene y los informes científicos actualizados, es donde deben habilitarse los instrumentos y facultades extraordinarias (prohibición de reuniones, cierre total o parcial de colegios, confinamientos perimetrales de municipios o Comunidades Autónomas, etc.)³⁷. Pero lo que se hizo fue modificar la LJCA de 1998 por medio de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, modificada posteriormente por el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, en orden a atribuir a las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria.

Pero es que en el caso del estado de alarma la cuestión se enquistó más con la opción por la llamada “cogobernanza”³⁸, que supuso una interpretación muy forzada de lo que prevé el artículo 7 de la citada Ley Orgánica 4/1981, que permite la delegación en los presidentes de las Comunidades Autónomas “cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o en parte del territorio de una Comunidad”, pero no permite la delegación por Decreto de medidas restrictivas de derechos fundamentales, como son el confinamiento domiciliario nocturno y el cierre de municipios sin establecer un criterio real para adaptarlas más allá de unos evanescentes “indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad”, lo que contraviene el principio de seguridad jurídica³⁹ en un ámbito tan esencial para el Estado de Derecho como son los derechos fundamentales y las libertades públicas⁴⁰.

³⁶ El artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 permite que el decreto de declaración podrá “limitar la circulación de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de determinados requisitos”. Y así el citado Real Decreto 926/2020 estableció restricciones a la libre circulación en horario nocturno (art. 5), a la entrada y salida de municipios y Comunidades Autónomas (art. 6) o a la permanencia de grupos en espacios públicos y privados (art. 7).

³⁷ El bloque normativo estaría integrado por el artículo 43 CE, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, así como la legislación específica de las Comunidades Autónomas sobre esta materia.

³⁸ También la STC de 27 de octubre de 2021 declara la inconstitucionalidad de la designación de las autoridades delegadas, porque contraviene lo dispuesto en la Ley Orgánica a la que reserva el artículo 116.1 CE. Además, el Gobierno acordó con carácter permanente la delegación sin reserva alguna de la supervisión efectiva o de la eventual avocación al propio Gobierno, de lo que las Autoridades delegadas pudieran actuar en sus respectivos ámbitos territoriales. (Vid nota 34).

³⁹ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., “El estado de alarma: donde quiere el gobernante”, *El País*, de 6 de noviembre de 2020.

⁴⁰ Para hacer frente a la situación generada por el fin del estado de alarma (el 9 de mayo de 2021), se aprobó el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, que modifica la LJCA de 1998 introduciendo

En resumen, es evidente que el abuso de las normas integrantes del Derecho excepcional, si no se aprueban con mesura y respetando el principio de proporcionalidad, puede resultar un claro atentado a los principios del Estado de Derecho y, en concreto, en uno de sus aspectos más esenciales: los derechos fundamentales y las libertades públicas. Lo que aumenta la gravedad del atentado. La propia controversia que se deduce del texto de la referida STC 148/2021 y de sus votos particulares demuestra lo delicado de fórmulas organizativas que pueden derivar en limitaciones o suspensiones de derechos, y que precisan de una ponderación muy equilibrada.

3. La vulneración neta de derechos constitucionales

Los derechos constitucionales constituyen elementos esenciales para que el Estado de Derecho sea una realidad efectiva; sin embargo, también son detectables muchas vulneraciones de estos derechos. Con independencia de los múltiples incumplimientos diarios que se producen⁴¹, hay casos verdaderamente graves por vulnerar derechos incluso fundamentales que tienen una protección reforzada en nuestro ordenamiento jurídico (cfr., art. 53 CE), como ocurre por ejemplo con la vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio que se ha producido por actuaciones policiales durante la pandemia.

Sabido es que el artículo 18.2 de la Carta Magna establece que “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”, y que hay delitos previstos en el Código Penal para preservar este derecho, como el allanamiento de

un “nuevo” recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a los autos dictados sobre autorización o ratificación de medidas sanitarias dictados por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional para “fijar la doctrina legal sobre el alcance de la legislación sanitaria en relación con las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos impuestas por las autoridades sanitarias”, dice la Exposición de Motivos. Con esta norma apresurada se traslada el problema al Poder Judicial, cuando ya se tenía una experiencia de más de un año de pandemia y se podía haber aclarado desde el punto de vista legal estas cuestiones, con previsiones específicas, claras y técnicas para contener la malhadada pandemia. Se hace también imponiendo plazos muy breves, incompatibles con el reposo que exige el funcionamiento de la Administración de Justicia, que es lo propio del Poder Judicial, que no está dotado ni habilitado para administrar o colaborar con la Administración de esta forma tan peculiar. Es un Poder distinto del Poder Ejecutivo que no está legitimado constitucionalmente para administrar o colegislar.

⁴¹ Basta con mencionar la cantidad de vulneraciones al derecho a la presunción de inocencia que se producen en distintos programas de televisión -la llamada telebasura-, donde se desacredita y condena a personas sin el menor rubor y sin apelación efectiva, o la deriva verdaderamente alarmante de las redes sociales donde se vulnera también sin el menor reparo derechos de personas por los motivos más peregrinos, desconociendo los derechos constitucionales más básicos, como la presunción de inocencia, el derecho al honor y la intimidad personal, etc. (*Vid.* con un planteamiento muy general de estas cuestiones, BALAGUER CALLEJÓN, F., “Crisis sanitaria y Derecho Constitucional en el contexto global”, *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 123 y ss.).

morada, delitos cometidos por funcionarios públicos contra la inviolabilidad, etc.⁴². Es un derecho cuya titularidad corresponde a cualquier persona física o jurídica⁴³, con independencia de su nacionalidad y que protege cualquier espacio cerrado que se ocupe⁴⁴, al margen de su título jurídico (propiedad, arrendamiento, etc.). Porque se trata de un concepto que implica “la aptitud para desarrollar en él vida privada”⁴⁵, por lo que no es técnicamente domicilio un almacén (STC 228/1997, de 16 de diciembre), un bar (STC 283/ 2000, de 27 de noviembre), unas oficinas o unos locales abiertos al público; tampoco un automóvil, salvo que se trate de caravanas capaces de albergar la vida doméstica de quienes los ocupan (STS, Sala de lo Penal, de 26 de febrero de 2003). Pero sí es domicilio una habitación de hotel (STC 10/2002, de 17 de enero), los jardines circundantes de un chalet (STS de 4 de noviembre de 2002), los camarotes de las embarcaciones (STS de 29 de abril de 2011) o la rebotica de una farmacia (STS de 3 de septiembre de 2002). El ordenamiento impone que la Administración necesita autorización judicial para entrar en los domicilios a efectos de ejecutar los actos o acuerdos administrativos, lo que constituye un límite a la denominada autotutela administrativa (STC 22/1984, de 17 de febrero); autorización que la concede el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo competente (cfr., art. 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El precepto constitucional es rígido y claro, y comporta que solo cuando tiene el consentimiento del titular⁴⁶, exista resolución judicial o se esté ante flagrante delito⁴⁷

⁴² Es un artículo de enorme importancia; por eso el artículo 55.2 de la Constitución destaca que una Ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria autorización judicial y el adecuado control parlamentario, el derecho del artículo 18.2 CE, entre otros, “pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”, y que “la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

⁴³ Vid. PARDO FALCÓN, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, pp. 167-173.

⁴⁴ Vid. GARCÍA TORRES, J., voz, “Derecho a la inviolabilidad de domicilio”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II*, Ed. Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1995, pp.2154-2158.

⁴⁵ Declaró el Tribunal Constitucional (STC 22/1984, de 17 de febrero) que “El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella”; garantiza pues un ámbito de privacidad y “veda toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”. Lo que implica que hay un nexo de unión con el derecho a la intimidad personal y familiar.

⁴⁶ Consentimiento, además, inequívoco, aunque no necesariamente expreso (STC 22/1984).

⁴⁷ Que supone la concurrencia de dos elementos: la evidencia y la urgencia (STC 341/1993, de 18 de noviembre).

se puede penetrar en lo que es el domicilio. Pues bien, con la justificación incorrecta de perseguir una simple infracción administrativa⁴⁸, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado durante la pandemia penetraron sin autorización judicial ni consentimiento de los titulares en domicilios. Lo hicieron también con el estrépito propio de un golpe de ariete y reventando materialmente el marco de la puerta, cuando lo procedente es acudir al Juzgado de guardia para solicitar una autorización judicial de entrada a domicilio particular, la cual se puede conceder a través de resolución motivada (cfr., arts. 550 y 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) lo que es un grave atentado a uno de los elementos básicos del Estado de Derecho.

Pero hay también otras notables manifestaciones de vulneración de derechos constitucionales, como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la igualdad, etc., que veremos más adelante con el análisis de la Declaración de Granada (2018), o de conculcación del derecho de propiedad privada por un uso pervertido de la expropiación urgente, como veremos seguidamente.

4. Un caso particular: la perversión de la expropiación urgente y la vulneración del derecho constitucional a la propiedad

A. El derecho constitucional a la propiedad privada y la expropiación

En los Estados democráticos y de Derecho el reconocimiento de la propiedad privada es consustancial; con más o menos extensión, con diversas modulaciones y estatutos jurídicos, es obvio que este derecho constituye una de las señas de identidad de todos aquellos Estados que se erigen por ahora en el último eslabón de una concepción que reconoce y garantiza los derechos de los ciudadanos y, paralelamente, somete el Poder a la ley y al Derecho, como ya hemos destacado.

El derecho de propiedad no se define jurídicamente como se hacía en los Códigos decimonónicos, con una clara influencia del famoso Código de Napoleón, de 21 de marzo de 1804, ni con el alcance que previamente le confería a este derecho la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto 1789 (art. 17). El “moderno” derecho de propiedad se caracteriza por su función social, lo cual se comprueba sobre todo en las potestades que se le atribuyen al Estado para intervenir en sectores como la ordenación del territorio y el urbanismo, el medio ambiente y los recursos naturales o, por lo que ahora interesa, la expropiación forzosa, que supone, como es conocido, una transferencia coactiva de un bien o derecho de contenido económico de un particular al Estado por causa de utilidad pública o interés social.

⁴⁸ Este comportamiento ha sido objeto de severas críticas por parte de diversos autores en distintos medios de comunicación social; así, PÉREZ ROYO, J., “Inviolabilidad de domicilio en tiempo de pandemia”, en *Diario.es*, de 30 de marzo de 2021, y TAJADURA TEJADA, J., “Inviolabilidad de domicilio y covid-19”, *El País*, de 30 de marzo de 2021.

Es palmario que la expropiación no es una confiscación, ni por supuesto una venta forzosa, mucho menos es una especie de “donación forzosa” que se le impone al expropiado; es, por el contrario, el ejercicio de una potestad pública que el ordenamiento jurídico le atribuye al Estado en beneficio de los ciudadanos, y no en el propio, y que como tal debe ser desarrollada con arreglo a las causas legitimadoras (utilidad pública o interés social) y los procedimientos y límites que ese mismo ordenamiento prevé.

Concretamente en España la función social de la propiedad se reconoce en lo que es la tercera Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (la primera es de 1836 y la segunda de 1879); Ley que, a pesar de aprobarse en un contexto jurídico-político muy diferente al actual en el sistema español, tiene una calidad técnica bien reconocida por la doctrina especializada, y ha soportado muy bien el paso del tiempo, prueba de lo cual es su aplicación actual por los poderes públicos españoles – no solo la Administración territorial (del Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales), sino por el propio poder legislativo (el Tribunal Constitucional español ha admitido las denominadas “expropiaciones legislativas”. SSTC de 2 de diciembre de 1983 o 3 de marzo de 2005, entre otras).

La función social impone que la propiedad debe perseguir un fin social racional, ponderado con valores y principios constitucionales que definen una situación del propietario distinta a la que se reflejaba en los viejos Códigos civiles. Esta función social habilita limitaciones o restricciones en orden a perseguir fines de interés público, y en este sentido el artículo 33 de la Constitución Española de 1978, si bien reconoce y garantiza el derecho de propiedad, lo supedita a “la función social que ha de cumplir, la cual delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. Sin embargo, la propia Constitución se encarga de precisar algo de suma relevancia: que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

Por tanto, es evidente que se reconoce el derecho de propiedad, pero también la posibilidad de expropiación, que se presenta, prima facie, como un poder exorbitante, irresistible y ciertamente intimidatorio para el particular. Lo que comporta que debe ejercerse siempre con estricto cumplimiento a los procedimientos y garantías, pues de lo contrario ni sería una expropiación ni el Estado que la aplicase puede autoproclamarse de Derecho. Estas dos condiciones deben ser resaltadas como se merecen, pues de lo contrario se pierde el sentido y alcance que debe tener una expropiación.

Pues bien, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 referida prevé un procedimiento general, ordinario o común, unos procedimientos especiales – algunos de

los cuales han sido derogados y se regulan en la actualidad por otros textos legales, como las expropiaciones urbanísticas o en materia de propiedad industrial-, y por último prevé el procedimiento de urgencia, que en la economía de la Ley tendría que ser un procedimiento de aplicación excepcional, y el ordinario o normal tendría que ser el general. La expropiación de urgencia se había reconocido unos años antes, con ocasión de la finalización de la guerra civil española, por medio de la Ley de 7 de octubre de 1939, y tenía por objeto facilitar la reconstrucción, rehabilitación o recuperación en una situación de devastación por los daños causados por la mencionada contienda. La Ley de Expropiación Forzosa la recoge, pero enfatizando – así lo hace en su propia Exposición de Motivos-, su carácter excepcional, es decir, inhabitual y no normal. En otros países también se reconoce esta modalidad expropiatoria, pero con matices importantes en los que no podemos entrar⁴⁹.

Pero he aquí que por esas paradojas del poder, que, como se sabe, nunca son inocentes ni tienen coste cero para el ciudadano, lo que se ha definido en las últimas décadas es una situación contraria al propósito del legislador: es decir, el procedimiento común u ordinario se ha convertido en excepcional e, inversamente, el procedimiento de urgencia es el que la práctica ha convertido en normal, esto es, es el que con carácter ordinario usan las Administraciones que tienen atribuida la potestad expropiatoria. De forma paulatina (ya se hace así en los diferentes Planes de desarrollo que se aprueban en el régimen de Franco), con más timidez al principio, y con más descaro en los últimos tiempos, como suelen comportarse los pícaros y los desvergonzados cuando cogen confianza, hoy la expropiación urgente es la que se aplica cuando ni siquiera existe esa urgencia que teóricamente es la que legítima para el uso. Lo cual no puede pasar como normal, pues supone una reducción de las garantías de los expropiados, que para más inri ven como en ocasiones no solo se les indemniza por un valor inferior al de mercado, sino que pasan años y años hasta que cobran sus misérrimas indemnizaciones, que además deberán pagar impuestos.

Este es un caso de “perversión del ordenamiento jurídico” sin la menor duda; perversión que sitúa al expropiado en una situación más precaria y difícil por la tardanza en el cobro de su indemnización, la previa ocupación del bien, y la tardanza, asimismo, de las resoluciones judiciales que en su caso puedan dictarse tras unos largos procedimientos jurisdiccionales. No es de extrañar que un magistrado español experimentado haya hablado de “la temible expropiación por urgencia”⁵⁰ (J.R.

⁴⁹ Cfr., BAÑO LEÓN, J. M.^a, “Aproximación al régimen jurídico de las expropiaciones forzosas en Francia, Italia y Alemania”, *Documentación Administrativa*, núm. 222, 1990, pp. 199 y ss.

⁵⁰ Vid. CHAVES GARCÍA, J. R., “La temible expropiación por urgencia”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en Administración Local y justicia municipal*, núm. 6, 2019, pp. 121- 130.

CHAVES GARCÍA), pues el ejercicio de esta potestad debe preocupar e incluso asustar a los particulares, que se ven inermes ante un ejercicio del poder descarnado y con tintes autoritarios, pues los mecanismos de defensa están seriamente reducidos frente al poder de la Administración. Piénsese que en un Estado descentralizado, como es el español, no solo puede expropiar la Administración General del Estado, sino las diecisiete Comunidades Autónomas y los miles de entes locales que pueblan el mapa del Estado. Si a ello se añade la actuación poco diligente de la misma Administración expropiante, que en ocasiones simplemente omite o incumple trámites (actas previas que no reflejan la totalidad del bien; acta previa que no pasa a definitiva, ocupación del bien sin depósito previo, etc.), es evidente que la situación en la cual queda el expropiado es bastante débil.

B. Régimen de la expropiación urgente

El procedimiento de urgencia consiste, en síntesis, en una inversión de determinadas fases del procedimiento ordinario y, en concreto, en él se produce una anticipación de la ocupación de los bienes u objetos antes de la fijación definitiva del justiprecio y de su pago, que se pospone para la parte final. Esto significa, por lo tanto, que desaparecen las posibilidades que ofrece el artículo 15 de la Ley a los afectados por la expropiación tramitada conforme al procedimiento general de hacer valer sus puntos de vista acerca de los bienes que deben o no ser objeto de la expropiación para atender al fin de utilidad pública o interés social.

El artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa establece que es el Consejo de Ministros (o Consejo de Gobierno en el caso de las Comunidades Autónomas) el órgano competente para declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada. Antes se deberán practicar los trámites pertinentes (información pública por plazo de quince días, art. 56.1 del Reglamento de Expropiación; trámite preceptivo y esencial, según el Tribunal Supremo: STS de 4 de julio de 2019; rec 220/2018) y deberá figurar la oportuna retención del crédito para poder abonar en su caso la indemnización que corresponda. El acuerdo, además, debe estar motivado, y puede impugnarse, según ha establecido desde hace ya varias décadas la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*Vid.* STS de 25 de octubre de 1982, entre otras), sobre la base de los artículos 24.1 - tutela judicial efectiva- y 106. -control integral de la actividad administrativa- de la Constitución española de 1978.

La utilización de la expropiación urgente, como se ha dicho, es muy frecuente, y se aplica a casos de mucha relevancia, como son las expropiaciones de inmuebles para la construcción de obras públicas o el establecimiento de servicios públicos o las expropiaciones urbanísticas; estas últimas, además, se suelen hacer por el llamado procedimiento de tasación conjunta, que afecta a una pluralidad de propietarios

afectados por una operación urbanística. Es más, desde hace ya mucho tiempo, muchas Leyes sectoriales optan sin ningún rubor por la expropiación urgente como si fuera lo más normal, cuando es claro que dicha urgencia es más que dudosa (v.gr.: Ley 10/ 1987, de 15 de mayo, sobre normas básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en el sector del combustible, art. 10; Ley 31/ 1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, art. 17.3; o la más reciente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, art. 29.4, etc., etc.).

La declaración de expropiación urgente implicará la necesidad de ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados, según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente, y dará derecho a ocupación inmediata. A tal efecto se notificará a los interesados afectados el día y la hora en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación. Esta notificación se llevará a efecto con una antelación mínima de ocho días y mediante cédula. Para levantar el acta – que es un acto administrativo de constancia, que no se puede impugnar de forma independiente al ser técnicamente un acto de trámite (STS de 8 de febrero de 2005)-, deberán acudir los propietarios y demás interesados, que pueden ir acompañados a su vez de un perito y un notario, el representante de la Administración, acompañado de un perito y del Alcalde o Concejäl en que delegue. Es importante resaltar que en el acta se harán constar los hechos en orden a describir el bien o derecho expropiable y hacer constar todas las manifestaciones y datos que aporten los propietario y demás interesados que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, la situación, el valor y los daños determinados por la rápida ocupación (mudanzas, pérdida de cosechas, etc.). Tratándose de terrenos cultivados se hará constar el estado y extensión de las cosechas, los nombres de los cultivadores y el precio del arrendamiento o pactos de aparcería en su caso. Si son fincas urbanas se reseñará el nombre de los arrendatarios, el precio del alquiler y, en su caso, la industria que ejerzan. El Tribunal Supremo español ha declarado que tanto la ausencia del propietario como la del Alcalde o Concejäl en quien delegue “son insubsanables”, de forma que su omisión conlleva la anulación del procedimiento (STS de 23 de noviembre de 1997).

Después del acta previa a la ocupación debe procederse a la hoja de depósito previo, que debe ser elaborada por la Administración realizando una estimación del valor de la finca con arreglo a la capitalización de valores fiscales (catastrales) y fijando la indemnización que estime debe corresponder por el importe de los perjuicios derivados de la rapidez de la ocupación, tales como mudanzas, cosechas pendientes, etc. Esta fijación tiene un contenido económico más bien simbólico, y es frecuente que los expropiados se indignen por la irrisoria cantidad que la Administración fija,

y no acepten recibir tan escasa cantidad⁵¹. El importe se consigna en la Caja General de Depósitos, devengando a favor del expropiado el interés legal (art. 52 LEF); si bien el expropiado podrá retirarla y cogerla en cualquier momento, debiendo devolver el exceso si el justiprecio que después se fije fuera de cuantía inferior (art. 58.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa).

Efectuado el depósito y abonada o consignada, en su caso, la previa indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, y se tramitará el expediente de expropiación en sus fases de justiprecio y pago según la regulación general, debiendo darse preferencia a estos expedientes para su rápida resolución (art. 52. 6ª y 7ª LEF); algo que en la práctica es más teórico que real. No obstante, a partir de la ocupación comienzan a generarse los intereses de demora en favor del expropiado sobre el justo precio que se establezca (art. 52. 8ª, LEF). Pero si la ocupación efectiva de los bienes se retrasa más de seis meses, el devengo de los intereses tiene lugar a partir de esos seis meses, según la jurisprudencia, para no hacer de peor condición a los expropiados por el procedimiento de urgencia que por el ordinario (STS de 17 de marzo de 2001, entre otras).

Las perversiones que se denuncian de esta modalidad expropiatoria se comprueban, por ejemplo, en el hecho de que a veces, desde que se levanta el acta de ocupación pasan meses o años sin que la Administración efectúe actos de ocupación real de la finca, lo que resulta incoherente con una expropiación urgente, pues ello acredita que no existía en realidad tal urgencia. El legislador debería poner coto a estos abusos de la posición dominante de la Administración, y sancionar con la anulación del expediente de urgencia si transcurrido un tiempo razonable -por ejemplo, un año- no se ocupa efectivamente el bien.

5. La quiebra de los principios de legalidad, igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad en materia tributaria: la importante Declaración de Granada

Como nos recordaba GARCÍA DE ENTERRÍA⁵², ya el artículo 14 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Francesa el 26 de agosto de 1789, establecía que “Todos los ciudadanos tienen derecho a constatar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente y de seguir su empleo⁵³, así como determinar su

⁵¹ Se observan críticas y denuncias en los informes de los Defensores del Pueblo sobre este asunto

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, p.176.

⁵³ Subraya GARCÍA DE ENTERRÍA en este mismo libro que un aspecto que se destaca es el de “seguir su empleo”, lo que implica algo más que el antiguo derecho de las Cortes medievales (1994:179).

cuota, importe y duración”, de la misma manera que también destacaba que LOCKE señaló que detraer patrimonio por vía impositiva sin consentimiento del contribuyente “es desconocer e infringir el gran derecho natural de la propiedad y subvierte así el fin del gobierno”⁵⁴. En la misma Declaración americana de independencia palpita la exigencia de que se establezca el consentimiento de los obligados a tributar y que, por tanto, la obligación de contribuir a las cargas públicas se habilite por Ley. Esto quiere decir que entre los fundamentos esenciales del Estado democrático de Derecho está que la imposición de tributos se haga con base en la Ley y respetando además principios como el de igualdad y de seguridad jurídica.

La Constitución española de 1978 obedece a este planteamiento. El artículo 31 es claro:

“1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía

3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”.

Por consiguiente, es evidente que el principio de legalidad, la igualdad, la solidaridad y la prohibición de la confiscación son destacados por la Constitución, y en coherencia con ello las relaciones tributarias deberán anclarse en el principio de capacidad económica (art. 31.1) conforme a unas normas tributarias inspiradas en los principios de igualdad y progresividad, de la misma forma que los gastos públicos deberán respetar la equidad y observar siempre criterios de eficiencia y economía.

Estas nociones, que son esenciales para el Estado de Derecho, ya se fraguaron adecuadamente antes de la misma aprobación de la Constitución. Como afirma la Declaración de Granada, de 18 de mayo de 2018⁵⁵, “los autores de los años 50 y 60 crearon un Derecho Financiero constitucional, propio de un Estado de Derecho, esto es, desarrollaron su actividad “como si” (y es necesario resaltar las comillas) en España existiera entonces un régimen democrático. No cabe duda de que este planteamiento se debió en buena parte a la filiación de sus inspiradores, fundamentalmente autores italianos, alemanes y franceses. Por ello, la incorporación de los principios

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994: 177).

⁵⁵ Puede consultarse en la Revista Española de Derecho Financiero, núm. 179, 2018, pp. 17-34. Declaración muy relevante porque está firmada por más de treinta Catedráticos de los más prestigiosos en España del último medio siglo. Uno particularmente cualificado, Juan MARTÍN QUERALT decía (*EL Mundo*, de 19 de mayo de 2018), “constatamos que tras un largo camino de muchos años nos encontramos como al principio, un hecho descorazonador, porque antes no había Estado de Derecho”.

y reglas esenciales del ordenamiento financiero a la Constitución de 1978 se realizó sin apenas discusión parlamentaria, ya que el andamiaje conceptual sobre la que se asientan estaba construido, y no fue necesaria otra tarea que trasladarlo materialmente al texto constitucional”. Pero hete aquí que en lugar de avanzar en el buen sendero constitucional y respetar, por tanto, los principios de legalidad, de igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad, lo que se ha definido es justo lo contrario, y se ha vuelto en la práctica al principio⁵⁶, es decir, a una Administración de talante autoritario, que ve al obligado tributario siempre con desconfianza y lo trata más como a un súbdito que como a un ciudadano. En conclusión, en la realidad no se ha avanzado absolutamente en nada. Así, siguiendo punto por punto esta Declaración, que está avalada por un conjunto de autores sobre los que no se puede albergar dudas (porque, lógicamente, aparte de que tienen una gran cualificación en la disciplina, son muchos y tendrán, como es obvio, distintas perspectivas ideológicas), podemos decir que la situación actual se caracteriza en la práctica por:

A. Una quiebra del principio de legalidad y una vulneración del principio de presunción de inocencia. La DGT como monopolizadora de la interpretación del Derecho

Tras señalar esta declaración que “el afán recaudatorio se ha convertido en el único objetivo del comportamiento de los órganos tributarios, con olvido de los derechos y garantías individuales” - lo que es una afirmación muy grave que obliga a reflexionar seriamente sobre los límites del Estado de Derecho- destaca que, si bien el imperio de la Ley constituye la primera e indeclinable exigencia de un sistema jurídico financiero, “observamos perplejos el desvalimiento de la Ley en este campo”. Porque en los últimos años se ha ido “consolidando la primacía del Poder Ejecutivo frente al Poder Legislativo, lo que se ha traducido en la asunción como ordinario de algo que no lo es, y que no debe serlo, como es la gobernación de la Hacienda Pública mediante el recurso reiterado a la figura del Decreto Ley”, lo que constituye un peligro porque hurta al Parlamento, único depositario de la soberanía nacional, la posibilidad de disponer sobre los institutos básicos del ordenamiento financiero⁵⁷.

⁵⁶ Probablemente peor que al principio, porque sabido es que antes de la Constitución la presión fiscal no era tan fuerte sobre los ciudadanos como ahora. En la actualidad no solo hay un incremento de la tributación, sino que se han desnaturalizado las garantías. Con esta afirmación no se discute la necesidad de respetar escrupulosamente el artículo 31 CE, y tributar lo que proceda; solo se enfatiza que lo único que preocupa es recaudar al margen de cualquier formalidad. Es la aplicación pura de “el fin justifica los medios”, y el fin aquí es allegar fondos.

⁵⁷ La Declaración dice textualmente: “Y no cabe la menor duda de que en nuestro país se ha abusado de la utilización del RDL. Si dejamos de lado los dos o tres últimos años, de escasa producción normativa, dada la minoría gubernamental en la composición del Parlamento, una lectura apresurada del BOE pone de manifiesto que en lo que llevados del siglo XXI se han aprobado una media de casi dos RDL por mes, aunque es verdad que muchos de ellos se tramitan a continuación como leyes ordinarias (...)”.

Pero es que además el abuso de las llamadas Sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional implica un deterioro de la legalidad tributaria que consiste que al final el Derecho termina siendo “lo que dice el Tribunal y no lo que dicen las normas”, lo que genera gran confusión sobre todo en un panorama jurisdiccional en el que existen múltiples órganos (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas) a los que hay que añadir las decisiones emanadas de los Tribunales Económico- Administrativos. La Declaración va más allá y afirma que “la importancia que la Administración reconoce a estos últimos órganos administrativos y a los Tribunales de Justicia supone el abandono de los principios que rigen la teoría general de las fuentes del Derecho”.

Pero la burla del principio de legalidad por la Administración tributaria no queda en lo apuntado, porque el propio legislador utiliza un lenguaje confuso, difícilmente comprensible, que se hace más críptico con las permanentes remisiones normativas a otros textos “que hacen poco menos que imposible no ya la interpretación de los textos legales o reglamentarios, sino su propia comprensión, incluso por parte de los especialistas en la materia”. Lo que trae como consecuencia algo quizá peor, y es que se convierte a la “DGT en una especie de oráculo que viene a explicar a todos (Administración, contribuyentes y Tribunales) la verdad revelada contenida en la norma objeto de interpretación”. Además de lo expuesto, la Administración usa sus potestades normativas para convertir lo que era contrario a Derecho en Derecho vigente, es decir, cambiar el ordenamiento para conseguir sus propósitos. De esta forma, “lo que los Tribunales han declarado contrario a Derecho viene a convertirse en Derecho mediante la correspondiente reforma normativa”.

Se denuncia también el uso de la técnica de la sanción objetiva, a despecho del principio de culpabilidad y de la necesaria motivación exigida por los Tribunales. La situación alcanza la gravedad máxima cuando “frente al principio que garantiza la presunción de inocencia, parece haberse dado cálida acogida en las dependencias administrativas a la presunción de culpabilidad. El problema – prosigue la Declaración- es muy grave, y se acentúa cuando, como sucede actualmente, el Legislador ha convertido al contribuyente en una especie de administrador vicario, lo que le obliga a cumplir con unas obligaciones materiales y unos deberes formales que originariamente deben ser propios de la Administración Tributaria”⁵⁸.

⁵⁸ Se afirma que el contribuyente solo siente la cercanía de la Administración cuando se ve sancionado. “Hemos llegado así a una Administración que solo realiza funciones de control y castigo”. Aparte de lo expuesto también se denuncia en esta Declaración un notable alejamiento de las exigencias impuestas por el respeto al principio de prejudicialidad penal.

B. Una quiebra del principio de igualdad⁵⁹: súbditos y no ciudadanos, confusión procedimental y cierta cantonalización tributaria

Este básico principio constitucional exige que ambos sujetos de la obligación tributaria se encuentren en un plano de igualdad, es evidente que se ha producido un tránsito desde la relación tributaria considerada como una relación jurídica de especial sujeción “hasta su configuración como una relación jurídica obligacional con derechos y deberes recíprocos”. Pero para los firmantes de la Declaración se ha producido “una involución. Dicho de una forma clara y terminante: la Administración Tributaria española no contempla a los contribuyentes como ciudadanos sino como súbditos”, y ello es debido a que se ha diluido la figura del contribuyente, pues se ha sustituido por la más imprecisa de “obligado tributario”, con la posibilidad de convertir, por ejemplo, en deudores solidarios del tributo a personas totalmente ajenas al hecho imponible, porque no existe en la inmensa mayoría de los casos un procedimiento administrativo de liquidación, en la medida en que no hay intervención alguna de los órganos de la Administración tributaria; se afirma textualmente: “Estamos muy lejos de los tiempos en los que era la Administración quien formulaba las correspondientes liquidaciones tributarias, sobre la base de los datos aportados por el contribuyente. Nada de ello ocurre hoy, pues sólo es este último quien debe cumplimentar todos los papeles – cada día más- que se le exigen, y el auxilio administrativo sólo aparece cuando se incoa un procedimiento sancionador. Se ha llegado así a la situación paradójica de haberse pervertido radicalmente el principio de colaboración del contribuyente. Como ya hemos dicho, la Administración se limita a comprobar y sancionar”⁶⁰.

No hay una real separación entre los procedimientos de liquidación y el sancionador, porque, por una parte, no hay distinción entre los funcionarios encargados

⁵⁹ Puede consultarse, RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., “El juicio constitucional de igualdad tributaria en la experiencia jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pp. 253-287.

⁶⁰ Las cosas además han empeorado con la excusa de la digitalización, pues ya ni siquiera algunos Ayuntamientos se toman la molestia de notificar en tiempo y forma el recibo del tributo. Durante la pandemia, por ejemplo, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria no remitió las cartas de pago del IBI, porque al parecer no había abonado el pago que implica el convenio que mantiene con Correos para las notificaciones. Es sabido que hay una brecha digital, fundamentalmente en muchas personas mayores que tienen dificultades objetivas para acceder a los servicios por la red; pues bien, estas personas, haciendo gala de su buen talante de ciudadanos y contribuyentes estaban preocupadas, y llamaban para que se les enviase las cartas de pago, y la portavoz de un grupo político tuvo que solicitar la ampliación del plazo para que estas personas, que no tenían ni arte ni parte en el desaguado que cometió la Administración, pudieran pagar (*Vid* la noticia, por ejemplo, en *La Vanguardia* de 4 de noviembre de 2020). Este comportamiento demuestra que la Administración, en algunos casos, ni siquiera hace ya lo mínimo. La digitalización en vez de agilizar y facilitar la labor a los sufridos contribuyentes parece que en determinados casos es otro problema más por la falta de sensibilidad democrática y el escaso cumplimiento de los deberes que tienen los agentes administrativos. Sencillamente, como dice la Declaración, el contribuyente es un mero súbdito cuya única función es pagar.

de uno y otro procedimiento y, por otra parte, conforme al artículo 210.2 de la Ley General Tributaria, se incorporan al procedimiento sancionador los datos y pruebas obtenidos en el procedimiento de regularización o de aplicación del tributo.

Hay una infracción al principio de igualdad porque “existe un tratamiento desigual conferido a todos los ciudadanos españoles atendiendo al origen de sus rentas”. Se denuncia, pues, una cierta cantonalización tributaria, “especialmente grave cuando ello afecta a los impuestos que forman parte de la esencia del deber de contribuir. Que ello es así nos lo ha tenido que decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante el silencio del Tribunal Constitucional (...)”⁶¹

C. Quiebra de la seguridad jurídica y del principio de solidaridad

El principio de seguridad jurídica es fundamental para todo Estado de Derecho (cfr., art. 9.3 CE); los particulares y los poderes públicos deben saber con claridad a qué atenerse, esto es, lo que pueden o no pueden hacer. Esto es más importante si cabe a la hora de mantener una relación tributaria por las consecuencias graves que tiene tanto para la Administración como para los ciudadanos. Pero también en este extremo las insuficiencias son notables.

La Declaración señala que hay un abandono de conceptos dogmáticos muy relevantes sobre los que se asentó el nacimiento del Derecho Tributario y se han sustituido por otros con perfiles más difusos. Se utilizan conceptos imprecisos como el de obligado tributario, y no el tradicional de sujeto pasivo. Pero es que además la legislación ha producido un “ensanchamiento ilimitado de obligaciones y deberes que se imponen a los ciudadanos cualquiera que sea su relación con el hecho imponible y que nada tiene que ver con el principio de capacidad económica”. Los autores de la Declaración afirman que estos deberes y obligaciones constituyen una “excesiva presión tributaria indirecta”, y suponen una quiebra de la seguridad jurídica para un sector cada vez más amplio de la sociedad española. Esto está conduciendo a la construcción de un ordenamiento pro fisco – interpretado de forma monopolística, además, por la propia Administración (DGT, como ya hemos apuntado)- que “en no pocas ocasiones, nada tiene que ver con el que demanda el interés público. Un interés del que en modo alguno puede apropiarse la Administración, ya que no solo no es

⁶¹ Asevera esta Declaración: “El ciudadano no alcanza a comprender la existencia de tratamientos tan desiguales en el cumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas por razón del territorio dentro de un mismo Estado. Y tampoco nosotros alcanzamos a comprender la ruptura de la unidad de la Hacienda Pública. El Estado debe ejercer de forma activa su competencia exclusiva de armonización y regulación de la Hacienda General (artículo 149.1. 14.ª CE). Una manera de hacerla efectiva puede ser la de fijar en una ley los principios, bases y directrices de las normas legislativas que dicten las Comunidades Autónomas (artículo 150.1 CE); y otra, la de aprobar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas (artículo 150.3 CE)”

su titular, sino que, además, su razón de ser la constituye, al contrario, su sujeción y su servicio a él”.

Además, se ha producido una vulneración del principio de solidaridad, porque las Comunidades Autónomas han “acortado su mirada” y solo piensan en sus residentes a los cuales se dispensa – cuando pueden- un trato de favor, obviando el principio general de capacidad económica. Afirma la Declaración que se “ha empequeñecido la valoración de la capacidad económica, contribuyendo así a acentuar la quiebra del principio de igualdad. Nos parece injustificado el olvido del principio constitucional que exige la coordinación de las Haciendas autonómicas con la Hacienda estatal (ex art. 156 CE), confinado en el desván de lo que pudo y debió ser y no fue”.

La Declaración subraya asimismo la quiebra del principio de justicia financiera, tanto en el ámbito de los ingresos como en el de los gastos; enfatiza el problema de la Deuda soberana, así como en la pérdida de centralidad de la Ley de Presupuesto, en la cual se manifiestan las corruptelas de ofrecer votos por ventajas, convirtiendo, por tanto, “el acto más importante de la vida parlamentaria en una caricatura”, y concluye que la quiebra del principio de legalidad, el olvido de la función de la Ley y del papel de las Cortes Generales en un Estado de Derecho, y el consiguiente deterioro del principio de seguridad jurídica “se han erigido en cauces por los que han fluido, torrenciales, las aguas que se han llevado consigo la igualdad de los españoles ante la Ley fiscal, la aspiración a hacer realidad la solidaridad entre todos los españoles y, en definitiva, la quiebra del principio de justicia financiera”.

Tras este demoledor análisis hecho por los más autorizados especialistas en la materia poco hay que añadir. Hay un deterioro evidente de los principios del Estado de Derecho en materia tributaria, un auténtico atentado a criterios, pautas y valores constitucionales que la “mala administración” tributaria ha hecho saltar por los aires con el afán unilateral e irrespetuoso de recaudar por encima de todo.

6. Los atentados a la independencia judicial: el círculo vicioso de la colonización del gobierno del Poder Judicial

A. Un problema capital para el Estado de Derecho

Sin Poder Judicial independiente no es posible hablar en serio de Estado de Derecho; precisamente la primacía del Derecho debe garantizarla el Poder Judicial, que tiene que actuar de forma independiente. Por ello el ordenamiento jurídico debe establecer las condiciones objetivas para que tal independencia sea una realidad y no una mera proclama retórica que para nada sirve en la práctica. Es claro que siempre

el poder político tiene la tentación de condicionar al poder judicial⁶², y es una labor institucional de primer orden asegurar por todos los medios que esto no se produzca. También es verdad que el poder judicial tiene serios problemas, que como es lógico están fuera de la perspectiva que asumimos en este análisis.

La Constitución de 1978, al igual que sucede con otras Normas Supremas que rigen otros Estados de Derecho, impone la independencia judicial. Desde su mismo Preámbulo se subraya que se persigue “Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”, y luego reserva un Título específico – el Título VI- al Poder Judicial (arts. 117-127) en el que se prevén los elementos esenciales que deben configurar al mencionado poder, y en el que se pueden comprobar distintas disposiciones constitucionales que intentan apuntalar la independencia del Poder Judicial: la justicia, que es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1. CE), se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados⁶³ integrantes del poder judicial, “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1); dichos Jueces y Magistrados “no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley” (art. 117.2 CE). Una Ley Orgánica específica – la Ley Orgánica del Poder Judicial- determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales (art. 122.1 CE), y además se dice que los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos ni sindicatos (art. 127.1 CE), lo que junto con las incompatibilidades (art. 127.2 CE) contribuye a reforzar la independencia⁶⁴. Por consiguiente, esto significa que los integrantes del Poder Judicial adoptan sus resoluciones (sentencias, autos y providencias) conforme a Derecho, sin que puedan recibir ningún tipo de órdenes, instrucciones, sugerencias o directrices relativas a los hechos sometidos a su juicio, a la norma jurídica que deben aplicar, al sentido que debe otorgarse a dicha norma o a la resolución que deben adoptar⁶⁵. Es una independencia absoluta, “frente a todos” (el art. 13 LOPJ dice: “Todos están

⁶² NIETO GARCÍA, A., en un libro de hace algunos años con título muy elocuente (*El desgobierno judicial*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p 239), lo decía sin circunloquios: “el Poder Judicial no es independiente porque el Poder político le ha privado subrepticamente de su independencia, y así lo ha hecho para impedir que aquél lo controle”.

⁶³ Así con mayúscula, lo que ya apunta su realce en el cometido que se les confiere.

⁶⁴ También tienen limitaciones en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como las libertades de expresión, reunión o huelga. En particular, dice la LOPJ (art. 395) que no podrán dirigir críticas, felicitaciones o censuras a los poderes públicos ni pueden concurrir, como tales miembros del Poder Judicial, a reuniones públicas que no tengan carácter judicial y no pueden en las elecciones tomar más parte que la de emitir cuando proceda el voto.

⁶⁵ Vid, entre la mucha bibliografía que se puede aportar sobre este punto, un planteamiento general en GARCÍA MORILLO, J., “Lección 29. El Poder Judicial y el Ministerio Fiscal”, en el volumen colectivo *Derecho Constitucional. Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.221.

obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados”), y por supuesto alcanza a los propios órganos jurisdiccionales, que no pueden impartir instrucciones dirigidas a sus inferiores para la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico (art. 12.3 LOPJ). Solo por los medios que el Derecho procesal permite o habilita pueden formularse los recursos legalmente previstos para corregir los errores o excesos que se pueden detectar en una resolución judicial (art. 12.2 LOPJ). Es más, el Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquellos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial (art. 14.2 LOPJ).

Pero para que todo esto sea una realidad y no unas meras proclamaciones retóricas es preciso que el “gobierno del Poder Judicial” tenga la garantía de poder llevar a cabo su función con independencia. Es aquí donde en verdad se juega su ser o no ser la tan reiterada independencia. Así, es preciso partir del artículo 122 de la Carta Magna, el cual establece que el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo, y que “La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”. Pero, al no precisar un extremo importante sobre el nombramiento de vocales, desde hace más de treinta y cinco años la independencia judicial es objeto de polémica e incluso está en entredicho⁶⁶, porque se ha producido una intromisión ilegítima del poder político en el nombramiento de los referidos vocales.

En efecto, el artículo 122. 3 de la Constitución dice textualmente: “El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrado de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”.⁶⁷

⁶⁶ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., “Sobre el nombramiento del Presidente y de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, pp. 209- 236.

⁶⁷ Se trata, pues, de un órgano colegiado con expresa previsión en la Constitución, lo que garantiza su existencia y las líneas maestras de su configuración; tiene composición heterogénea, pero con predominio de los cargos judiciales, “de todas las categorías”; determinación que se incluyó en el precepto constitucional por una enmienda in voce del Grupo Socialista del Congreso, que según argumentaba tiene como finalidad “evitar la posible inercia (...) de que fueran miembros de los sectores superiores (Magistrados del Tribunal Supremo o Presidentes de las Audiencias)”(Diario de Sesiones del Congreso, núm. 84, p. 3113 (Sr. Peces Barba). Vid. SERRANO ALBERCA, J. M., “Comentario al artículo 122.3”, en el volumen colectivo *Comentarios a la Constitución*, dir por GARRIDO FALLA, F., Civitas, Madrid, 2.ª ed. 1985, p.1778).

Por otra parte, es un órgano que está inspirado en las previsiones que sobre el particular están aprobadas en Italia o Francia.

B. Sucesivas reformas en círculo que no resuelven el problema capital⁶⁸

Es justamente en el desarrollo de esta norma constitucional donde se observan las más graves inconsistencias del sistema adoptado y que sin duda pueden poner en peligro la tan realzada independencia judicial, porque la evolución que se ha seguido en los últimos cuarenta años no se puede decir que haya transitado por un camino hacia la potenciación o robustecimiento real y efectivo de la independencia de Jueces y Magistrados. Así, si la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial (Ley Orgánica 1/ 1980, de 10 de enero) disponía que los doce Vocales de procedencia judicial serán elegidos entre Jueces y Magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales en los términos que establezca la misma Ley, y que la elección se hará por voto personal, igual, directo y secreto (cfr., arts. 8 y 13 de la mencionada Ley Orgánica)⁶⁹, este sistema cambió radicalmente por la posterior Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual estableció que todos los Vocales del Consejo deben ser de extracción parlamentaria, con un procedimiento diferenciado para su elección: por un lado, los 12 miembros que deben ser elegidos de entre Jueces y Magistrados; por otro, los 8 miembros elegidos entre abogados y juristas de reconocida competencia (arts. 112-116). Aunque todos por mayoría de tres quintos. Pero debe destacarse que la Constitución, si bien especifica que, para la elección de esos 8 miembros de extracción parlamentaria (abogados y juristas de reconocida competencia), se necesita mayoría de tres quintos, no aclara -porque probablemente partía de la base el legislador constitucional de que era innecesario, ya que la elección no la haría el Parlamento sino los propios Jueces y Magistrados- cuál es la mayoría⁷⁰. El asunto ya presentaba una carga polémica evidente, y por eso llegó hasta el Tribunal Constitucional, el cual en la importante STC 108/1986, de 29 de julio, destacó los peligros que este modelo tenía. Decía textualmente: “Se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar

⁶⁸ Vid. GERPE LANDÍN, M. y CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., “La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 13-44. Es más, se ha afirmado que con cada reforma se ha intentado controlar políticamente más al Consejo GÓMEZ COLOMER, J.L. (2019: 216).

⁶⁹ Hay que advertir, en todo caso, que la constitución del Consejo General del Poder Judicial no fue saludada con entusiasmo por sectores muy señalados de la magistratura; es más, el mismo Tribunal Supremo “percibía confusamente que CGPJ iba a mermar ampliamente las escasas facultades gubernativas que le restaban”. SAINZ DE ROBLES, F. C., (“Poder Judicial y Consejo General del Poder Judicial”, en el vol colectivo, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría IV. Del Poder Judicial. Organización Territorial del Estado*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3000 y 3006 y 3007) afirmó que había una “desconfianza institucional de los restantes poderes e instituciones del Estado. Esta desconfianza se manifestó por tres cauces: conservadurismo de la magistratura, falta de legitimación democrática en cuanto a su origen, y persistencia en el escalafón de una gran mayoría de magistrados y jueces que habían desarrollado su función durante el régimen anterior”.

⁷⁰ Andando el tiempo se ha comprobado que fue un fallo del constituyente, al no especificar más claramente cómo deben nombrarse los miembros que representan a la carrera judicial (art. 122.3 CE).

sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en este, atiendan solo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de estos. La lógica del estado de partidos empuja hacia actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el poder judicial”. Pero el Alto Tribunal dice más, porque afirma que “La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución”.

A pesar de que esta advertencia, hecha por el Tribunal con evidente pusilanimidad, resultaba muy clara, los partidos políticos con capacidad para reformar este modelo no han hecho absolutamente nada, sean de uno u otro color político. Es más, lo que han hecho es justamente reformar para articular mejor el control político, pero eso sí con una pátina de neutralidad en extremos menores o secundarios que no afectan al núcleo central del problema. Así, la Ley Orgánica 2/ 2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder judicial⁷¹, incorporó algunas modificaciones, pero no alteró lo sustancial y determinante, porque mantuvo la fórmula de nombramiento de todos los vocales por las Cortes Generales. Solo se apuntó con relación a los Vocales de procedencia judicial que serían elegidos por las referidas Cortes entre treinta y seis candidatos propuestos por la Judicatura a través de dos vías: las asociaciones judiciales y los jueces no afiliados.

Unos años más tarde se aprobó la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, que, a pesar de los propósitos anunciados por el Ministro del ramo, mantuvo al final – como se hizo en 2001- el nombramiento de todos los Vocales por las Cortes Generales (diez por el Congreso de los Diputados y los otros diez por el Senado) por una mayoría de tres quintos. Esta Ley introduce un conjunto de modificaciones de poco fuste, como señalar aspectos de la actividad internacional, la potestad reglamentaria, destacar que los Vocales deben designarse con arreglo a los principios de mérito y capacidad o limitar el cargo de Vocal con exclusividad a los miembros de la Comisión Permanente, y otros aspectos periféricos. Pero lo fundamental no se altera, y el problema de bloqueo en la designación por no llegar a un acuerdo en las Cortes no se resuelve, como se ha comprobado claramente con posterioridad.

⁷¹ El título completo de la Ley era: Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Más recientemente, la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la LOPJ incorporó ciertas reformas en materia de transparencia, definió aspectos para garantizar los principios de mérito y capacidad para los ascensos, pero en todo lo demás se mantuvo el modelo⁷².

El problema sigue incólume, e incluso se ha agravado con las últimas tendencias⁷³. Ciertamente, ha habido algún intento de modificación sustancial de estas designaciones; así puede destacarse la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el refuerzo de la independencia judicial⁷⁴, que proponía la reforma de la elección de los vocales para que los doce de procedencia judicial sean elegidos directamente por los Jueces y Magistrados, pero esta proposición no prosperó al final.

C. Las alarmas sobre el Estado de Derecho expresadas por las propias asociaciones judiciales

La cuestión ha adquirido mayor dramatismo porque hay un bloqueo objetivo para la renovación del órgano de gobierno de los jueces con un tráfico bastante impúdico de nombres, propuestas y contrapropuestas, todas ellas imbuidas de criterios ideológicos, tratando de incorporar a los del propio partido y aledaños y, por supuesto, sin valorar demasiado lo profesional, es decir, lo que es el mérito, la capacidad o la experiencia acreditada. Es más, se ha aprobado una Ley, llamada por los propios Jueces “ley de apagón o desapoderamiento”⁷⁵, que ya opta pura y simplemente por limitar las decisiones adoptadas por el Consejo en funciones. Según el *Preámbulo* de

⁷² Puede consultarse, entre otros, CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., “La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 118, 2020, pp. 12-44.

⁷³ Es evidente que la resistencia a perder el control de los nombramientos por los partidos políticos es la que produce en muchas ocasiones el bloqueo, y por la que pugnan dichos partidos. Por eso es una materia -la de los requisitos para ser nombrado-, que hay que regular mejor, evitando el exceso de discrecionalidad en el Consejo General del Poder Judicial. En la medida en que se hacen más objetivos los nombramientos (y aquí es donde hay que profundizar para prever requisitos y condiciones objetivables) pierde sentido la lucha por controlar algo que ya sale fuera de tejamanes más o menos evidentes (Puede consultarse, SARMIENTO ACOSTA, M.J., “Avance en el control de la discrecionalidad y la motivación de los actos y acuerdos administrativos: sobre los nombramientos del Consejo General del Poder Judicial”, *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 41, 2011, pp. 661-704).

Por otra parte, otra fórmula para cubrir los puestos de vocales podría ser el sorteo puro y simple, con el establecimiento de ciertos requisitos previos (*vid.*, sobre esto último, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Un Consejo General del Poder Judicial razonablemente independiente”, *El Imparcial*, de 15 de octubre de 2020)

⁷⁴ *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados núm. 59-1, de 28 de febrero de 2020. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

⁷⁵ *Vid.* la elocuente Carta que diferentes asociaciones de jueces y magistrados han remitido a la Vicepresidencia de la Unión Europea para Valores y Transparencia (Mrs. Vera Jerová) y al Comisario de Justicia (Mr Didier Reynders).

la Ley Orgánica 4/ 2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial, “facultades como las de proponer el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo, de los Presidentes de las Audiencias, de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, de los Presidentes de Sala y los Magistrados del Tribunal Supremo o de los Magistrados del Tribunal Constitucional, deben quedar excluidas del ámbito competencial del Consejo cuando se encuentra en funciones”. Como es lógico, esto supone un bloqueo muy pernicioso para el normal funcionamiento de la Administración de Justicia; piénsese en las múltiples jubilaciones, muertes, agotamiento de los mandatos de los Presidentes de esos órganos judiciales, etc., que se producen habitualmente y que necesitan ser cubiertos para que el servicio pueda seguir funcionando con normalidad. Con esta previsión quedan truncados sin posibilidad de remisión. Por ello la Exposición de situación de riesgo de violación grave del Estado de Derecho en España, elevada a la Comisión Europea por las Asociaciones Judiciales Profesional de la Magistratura, Judicial Francisco de Vitoria y el Foro Judicial Independiente, de 6 de abril de 2021, constituye un aviso muy importante por la cualificación y el número de jueces y magistrados que la avalan. En esta Exposición se dicen cosas tan graves como éstas:

Se solicita la adopción de medidas y recomendaciones, la valoración del Reglamento 2020/2092 y, en su caso, inicio de procedimiento del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea de constatación de riesgo claro de violación del Estado de Derecho en España.

Se denuncia la deriva legislativa que por reformas de la LOPJ se está produciendo; en particular, por la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, que entró en vigor el 31 de marzo de 2021, y que suprime – cuando el Consejo está en funciones y no se haya podido renovar- su función más importante, que es la de nombrar a los altos cargos judiciales y otras facultades esenciales, como la legitimación para promover conflictos de competencias entre órganos constitucionales, con reducción del papel del Consejo General del Poder judicial a tareas meramente burocráticas. Se dice en la Exposición que “Estamos ante una “ley de apagón o desapoderamiento del CGPJ”, ya que esta limitación persistirá hasta que se elija al nuevo CGPJ, acen- tuando la dependencia política del órgano de gobierno de los jueces respecto de las Cámaras que lo nombraron”.

También se denuncia la supuesta reforma que se pretende promover, y que consiste en “reducir las mayorías necesarias para la elección de los vocales de procedencia judicial, que pasa de 3/5 a ser la misma que para formar Gobierno. La reforma supone – dicen- eliminar la única garantía del deficiente sistema español de elección de vocales judiciales del CGPJ. Esta propuesta, ha sido rechazada duramente por los

operadores jurídicos (especialmente, casi todas las asociaciones judiciales), la prensa y por el propio CGPJ. La Comisión Europea expresó su oposición por ser contraria a las recomendaciones de la UE. La proposición está paralizada, si bien sus promotores han manifestado públicamente que continuaran adelante si el CGPJ no se renueva”.

Se dice que las Asociaciones Judiciales “venimos reclamando desde hace años que los 12 vocales judiciales del CGPJ sean elegidos directamente por la carrera judicial, siguiendo estándares del Consejo de Europa”, y que “Entendemos que las anteriores iniciativas agravan la intromisión política en el poder judicial que se está produciendo en España, lo que compromete los valores que consagran los arts. 2 y 49 del Tratado de la UE en cuanto proclama la obligación de todos los Estados de preservar el Estado de Derecho”.

Está en juego “la separación de poderes y la independencia judicial, que es el apoyo del Estado de Derecho, como garantía de respeto de los derechos humanos, inseparable de los valores de dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, que son fundamentos de nuestra Unión Europea (art. 2 del Tratado de la Unión Europea); y como parte de nuestro patrimonio espiritual y moral de la Unión Europea, fundada sobre dichos valores indivisibles y basada en los principios de la democracia y del Estado de Derecho (Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea)”⁷⁶.

El diagnóstico y el pronóstico que se manifiestan en esta exposición son de una gravedad máxima. No se trata de un ensayo de un profesor o de un periodista más o menos crítico, o de una posición de una Asociación. Es un documento que lo apoyan tres de las más importantes Asociaciones Judiciales, con sensibilidades, como es obvio, distintas⁷⁷, las cuales solicitan: 1) que se tome conocimiento del escrito y, por

⁷⁶ Véase KRZYWON, A. (2020: 105-106). Hay que advertir, además, que ya el TJUE dispone de unos criterios para evaluar las características que los Consejos del Poder Judicial (en aquellos Estados donde existan) deben respetar.

⁷⁷ Por otra parte, la Cuarta ronda de evaluación del GRECO (Grupo de Estados Contra la corrupción, Consejo de Europa), constató que en España no se ha cumplido con la recomendación V. Lo dice textualmente así: “el GRECO solo puede recordar su opinión de que la creación de Consejos del Poder Judicial tiene por objeto, en general, garantizar mejor la independencia del Poder Judicial, en apariencia y en la práctica. Lamentablemente, el resultado en España sigue siendo el contrario, como ya se destacó en el informe de evaluación de la cuarta ronda y se ha visto confirmado por los recientes acontecimientos en el país. Esto no quiere decir que se ponga en tela de juicio la independencia de los jueces (...)”. Sigue diciendo en el punto 34: “En el momento de la visita de evaluación, en 2013, el GRECO destacó que cuando las estructuras de gobierno del Poder Judicial no se perciben como imparciales e independientes, esto tiene un impacto inmediato y negativo en la prevención de la corrupción y en la confianza del público en la equidad y eficacia del sistema jurídico del país. Seis años después, la situación es la misma y, por tanto, la recomendación V no se puede considerar cumplida. El GRECO reitera su opinión de que las autoridades políticas no deben participar, en ningún momento, en el proceso de selección del turno judicial”. (Cuarta ronda de evaluación Prevención de la corrupción respecto de miembros de Parlamentos nacionales, jueces y fiscales. Segundo informe intermedio de cumplimiento. España, aprobado por el GRECO en su 83.ª sesión plenaria; Estrasburgo, 17-21 de junio de 2019). La claridad es total: son los jueces y magistrados los que deben

tanto, del desapoderamiento del CGPJ y su colonización⁷⁸ por los partidos políticos, 2) que la Comisión Europea inste al Gobierno de España para que aborde las reformas legislativas que resulten compatibles con las garantías que demanda el artículo 49 del TUE, en los términos en los que lo viene interpretando el TJUE, 3) que se valore la procedencia de la aplicación del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre el régimen de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, y 4) que, en última instancia y de no subsanarse la situación denunciada, inicie el procedimiento previsto en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, de constatación de riesgo claro de violación grave por parte del Reino de España, como Estado miembro, de los valores contemplados en el artículo 2 y del Estado de Derecho.

D. El toque de atención sobre la Fiscalía General del Estado del Informe sobre el Estado de Derecho 2020

Pero los atentados al Poder Judicial no acaban con lo expuesto, ya de por sí muy preocupantes, sino que también, desde las instituciones de la Unión Europea, se denuncia la politización de instituciones como la Fiscalía General del Estado. En el Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España (Bruselas, 30.9.2020) se destaca que el sistema de nombramiento y los años de mandato del Fiscal General “ha sido objeto de crítica, entre otras razones porque la coincidencia en el mandato puede afectar a la percepción de independencia. El Consejo de Europa ha subrayado que es crucial para la confianza pública que la incoación de una acción judicial sea, y parezca, imparcial, objetiva y exenta de toda influencia indebida, en especial de naturaleza política. Aunque reconoce que esta cuestión ha sido abordada debidamente, ha instado a las autoridades a adoptar mejoras más fundamentadas para dotar de mayor autonomía al Ministerio Fiscal, en particular, en lo que se refiere a la transparencia de la comunicación con el Gobierno (...)”. Se dice además en este informe que, aunque la Ley determina que toda comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se “hará por conducto del Ministro de Justicia a través del Fiscal General del Estado, no se exige que estas comunicaciones se hagan públicas ni prevé la obligación de registrarlas por escrito. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) también se ha referido a esta

elegir a sus vocales, porque “en ningún momento”, las autoridades políticas pueden participar en el proceso de selección. La LOPJ haciendo una interpretación del artículo 122.3 CE sesgada, probablemente contraria al espíritu del constituyente y, como se constata, errónea, estropeó para varias décadas este elemental criterio para salvaguardar la independencia en el gobierno de los jueces. El Tribunal Constitucional, por su parte, lo detectó, pero prefirió adoptar una actitud pusilánime, probablemente para evitar problemas en el contexto político de la época en la que se decían frases tan pintorescas como aquella de que “Montesquieu ha muerto”.

⁷⁸ Es la palabra que utilizan.

cuestión como motivo de preocupación (...). Se subraya, pues, la importancia de garantizar la publicidad “para disipar cualquier posible impresión de interferencia política del Gobierno en la Fiscalía y reforzar la confianza pública en la justicia penal”.

Las advertencias de este informe son de bajo vuelo, sin duda, porque no afrontan el problema mayor acerca del vínculo con el Gobierno. No obstante, señala dos aspectos (coincidencia del mandato y transparencia en las comunicaciones) que ayudan a mejorar su funcionamiento.

7. La relegación y el cuestionamiento de los criterios meritocráticos: ideología versus profesionalización

A. La pervisión de los principios de mérito y capacidad

Una de las notas definitorias para el ingreso en la función pública es la de asegurar que el mérito y la capacidad constituyan los criterios esenciales para el acceso y la promoción, lo que garantiza la igualdad de oportunidades, la seriedad en los procedimientos y, en último término, beneficia a la propia sociedad, que ganará con unos servidores públicos capaces y eficaces en el cumplimiento de sus funciones o cometidos públicos. El empleo público tiene su razón de ser en servir con objetividad a los intereses generales. La Constitución de 1978, al igual que sucede con otras anteriores (la de 1876, art. 15, por ejemplo⁷⁹), o con otras de Estados de la misma órbita (Ley Fundamental de Bonn, art.33) señala específicamente el mérito y la capacidad como requisitos⁸⁰ para su acceso; sin embargo, es lo cierto que esto no es siempre así. En el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto del Empleado Público⁸¹ se afirma que junto a procedimientos de selección de empleados públicos respetuosos con los principios constitucionales mencionados hay otros en los que hay interferencias clientelares o favoritismos de distinto alcance, lo que supone una vulneración del derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a

⁷⁹ Como nos recuerda PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 4.ª ed. 1997, p. 101, en las Constituciones se hace siempre referencia a los principios de mérito y capacidad; incluso en el ámbito internacional. Sirva de ejemplo la célebre Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, la cual en su artículo 6 dice que “La ley es expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que las de sus virtudes y la de sus talentos”.

⁸⁰ Ciertamente, con un acalorado debate en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados; la enmienda in voce fue defendida por los Diputados de UCD (CISNEROS y MEILÁN GIL). FRAGA IRIBARNE de AP destacó que “son ideas indiscutibles... que deberían estar escritas con letras de oro en todas las partes que regulan la vida social” (Diario de Sesiones del Congreso, de 6 de junio de 1978, pp.2960 y ss.); sin embargo, el Grupo Socialista se abstuvo. GARRIDO FALLA, F. (1985:1438).

⁸¹ Madrid, 2005, p.89.

los empleos públicos (arts. 23.2 y 14 CE) y también una conculcación de los principios en que se fundamenta el Estado de Derecho. Hay autores que llegan a afirmar que en la situación actual se pueden destacar dos fenómenos: primero, el desmantelamiento de la función pública tradicional (funcionarismo, acceso por oposición, inamovilidad, carrera, régimen estatutario y vertebración por cuerpos) y, en segundo lugar, una ausencia de una política específica de recambio, sustituida por meras reacciones coyunturales inspiradas por una politización rigurosa⁸².

Hay un falseamiento del modelo que predica la igualdad, el mérito y la capacidad y, por tanto, como se ha advertido, una perversión de lo que es el Estado de Derecho; las vulneraciones de dichos principios son múltiples y están con alarmante reiteración consignadas en los Informes del Defensor del Pueblo, por ejemplo. Se observa falta de rigor en el proceso selectivo por la carencia de especialización técnica y de imparcialidad del órgano de selección o porque el proceso se diseña a la medida de determinados candidatos o colectivos, insuficiente publicidad⁸³ y la falta de garantías para la igualdad, la no inclusión de puestos de trabajo en la Oferta de Empleo Público⁸⁴, la utilización abusiva de la contratación laboral para eludir la tramitación de procesos selectivos del personal funcionario, el incumplimiento de la normativa de los límites temporales en la contratación de personal laboral temporal, que da lugar a la figura del personal laboral indefinido, los procesos de funcionarización donde se relajan y rebajan las exigencias de pruebas de conocimiento y se sobrevaloran los servicios prestados⁸⁵ (cfr., por ejemplo, STC 67/1989, de 18 de abril; STC 27/2012, de 1 de marzo⁸⁶), la huida del Derecho Administrativo mediante la creación de entes

⁸² NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 1.ª ed. 2008, pp. 183-184.

⁸³ Por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 2011 declaró la nulidad de un procedimiento de selección para el acceso al cuerpo de ayudantes de instituciones penitenciarias porque el Tribunal calificador estableció con posterioridad a la fecha de celebración del segundo ejercicio la nota de corte del primer ejercicio, así como las ponderaciones.

⁸⁴ STS de 29 de octubre de 2010: no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de procesos públicos de selección legalmente establecidos; vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., "Informe jurídico sobre el deber de las administraciones públicas de incluir en la oferta pública de empleo las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección", *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 379- 395.

⁸⁵ Que es lo que ha sucedido recientemente con la aprobación del Real Decreto- Ley 14/ 2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, el cual establece procesos de estabilización de empleo temporal, y opta por el sistema de selección de concurso-oposición, "con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1, c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público" (art. 2). Lo que también se aplica para la Administración Local (disposición adicional primera).

⁸⁶ Se refería a la desproporción en la valoración de la experiencia profesional como mérito en la fase de concurso. Véase también, STC 38/2021, de 18 de febrero, que impide unas oposiciones restringidas.

instrumentales, cuyo personal es laboral y para cuya selección no se exigen los rigores de los funcionarios, la contratación de personal eventual fuera de los supuestos legalmente previstos, la celebración de contratos administrativos que encubren relaciones laborales o que tienen por objeto funciones reservadas al personal eventual, etc.⁸⁷ Es tal la magnitud del problema que el Informe de la Comisión de Expertos subrayó que esta dinámica “está poniendo seriamente en cuestión todo el sistema constitucional de garantías relativo al acceso al empleo público”, con la consolidación subjetiva o particular de empleados públicos integrados en la Administración Pública de forma permanente a través de procedimientos excepcionales y escasamente competitivos, y en detrimento de otros tal vez más capacitados⁸⁸.

B. El problema de la aplicación de la discrecionalidad técnica: ciertos avances en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁹

Esta situación, ya de por sí muy preocupante, se agrava por la actitud más bien cómoda que tienen tradicionalmente los órganos jurisdiccionales a la hora de enjuiciar las infracciones que se producen en los procedimientos selectivos, que se ampara en la teoría de la discrecionalidad técnica, y que supone de facto la renuncia a controlar de verdad el fondo del asunto. Es cierto que se ha avanzado algo en el control, pero todavía las insuficiencias de este control son muy notorias y generan situaciones de injusticia que comportan una vulneración de los principios consagrados en la Constitución. De hecho, ya hay autores que consideran que los principios de mérito y capacidad están en crisis, porque en muchísimos casos las autoridades se nutren de personal con criterios de amistad o de cercanía política⁹⁰. Incluso ya sin ningún rubor se habilitan procedimientos selectivos especiales, pensados para hacer fijos a personas que entraron como temporales, relegando por tanto el rigor que imponen los principios de mérito y capacidad previstos en la Constitución (art. 103.3), lo que, además, se pretende presentar a la sociedad como una solución justa, para no eternizar a las personas en esta situación de provisionalidad. El caso del Real Decreto- Ley 14/ 2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad es un buen ejemplo de lo que se afirma, porque se establece como sistema el concurso- oposición, y no la oposición, y además se confiere un peso muy relevante a la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente (nada menos que un 40% de la puntuación total).

⁸⁷ Vid. FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, BOE, Madrid, 2015, pp.26 y ss.

⁸⁸ Vid. Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, Madrid, 2005, p. 90.

⁸⁹ Vid. SARMIENTO ACOSTA, M. J. (2011: 661 y ss.).

⁹⁰ Vid. FERNÁNDEZ DELPUECH, L. (2015:28).

La mal llamada discrecionalidad técnica hace referencia a un ámbito en el cual la Administración plantea y resuelve un asunto usando conceptos técnicos, supuestamente asepticos y neutrales, y comporta que los entes y órganos administrativos, debido a sus condiciones y características específicas del área o sector sobre el que deciden, disponen de un ámbito propio e inmune al control jurisdiccional. Esto se puede comprobar desde hace décadas en el control que se ha pretendido arbitrar sobre los concursos de méritos, oposiciones y exámenes, cuya falta de control judicial se ha pretendido blindar y garantizar sobre la base de este concepto confuso, inconsistente y mal planteado. Confuso, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo acoge sin mayores matices para ámbitos tan dispares como el del planeamiento urbanístico o la fiscalización de concursos y oposiciones, lo cual revela un deficiente entendimiento de esta categoría; inconsistente, tanto en el terreno intelectual como en el estrictamente técnico-jurídico, ya que los términos “discrecionalidad” y “técnica”, en rigor, se repelen. De suerte que la discrecionalidad técnica se revela como un sofisma, como una trampa del lenguaje, que se utiliza además para dar cobertura a decisiones que pretenden imponerse sin el efectivo control judicial; y además es una categoría mal planteada por la jurisprudencia por su misma confusión. Ello se detecta, en primer lugar, en la disparidad de criterios que respecto de esta categoría ofrece el análisis de la jurisprudencia⁹¹ y, en segundo término, y vinculado estrechamente con lo anterior, en que en algunos casos se plantea desde un enfoque severamente autorrestrictivo, mientras que en otros se aplica desde otro ángulo mucho más abierto. Así que con la invocación de la discrecionalidad técnica se trata de otorgar un valor “soberano” a decisiones puramente administrativas, lo que contraviene la Constitución (cfr., arts. 24, 103.1 y 106); se intenta reducir la jurisdicción contencioso-administrativa a su tradicional faceta de jurisdicción revisora, y no a la que, de acuerdo con la Carta Magna, comprende la verdadera tutela y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, lo que no es coherente con el cambio que ha experimentado este orden jurisdiccional ni con la LJCA de 1998 y, por último, se trata de negar el uso de la prueba pericial con el peregrino argumento de que los Tribunales no pueden sustituir el criterio de los órganos (tribunales o comisiones) de selección o verificación de méritos. Todo ello armado con un conjunto de dogmas y tópicos en los que no podemos entrar ahora (bases de la convocatoria como “ley” del concurso o la oposición, soberanía de la comisión juzgadora, etc.)⁹², pero que demuestra que este tipo de discrecionalidad se ha erigido en otro de los flancos por los que se puede atacar la esencia del Estado de Derecho.

⁹¹ En el que no podemos entrar; *vid.* SARMIENTO ACOSTA, M. J., *En los límites del Estado de Derecho: un análisis de la justicia administrativa*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2013, pp. 144 y ss.

⁹² Todo ello lo he desarrollado en mi libro, ya citado (2013:147-158).

Hay que mencionar, no obstante, cierto avance en alguna jurisprudencia; las SSTs de 29 de mayo de 2006, 27 de noviembre de 2007 y 23 de noviembre de 2009, dictadas en relación a nombramientos efectuados por el Consejo General del Poder Judicial suponen un hito, un “leading case”, al igual que la doctrina que ha emanado el Alto Tribunal sobre la fiscalización de la discrecionalidad urbanística, porque reflejan un enfoque verdaderamente novedoso, y que parte de los principios, valores y normas constitucionales, y no de los manidos tópicos y dogmas en los que solía escudarse la jurisprudencia. En estas resoluciones se afirma, por ejemplo, que no es posible concebir como motivación juicios de valor sin apoyo en datos concretos del expediente, que es necesario explicar la significativa relevancia que se ha otorgado a los méritos jurisdiccionales, que es necesario expresar las fuentes de conocimiento que se hayan manejado para indagar cuáles podían ser esos méritos, que el criterio de selección de esas fuentes ha observado el principio constitucional de igualdad, y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad, etc. Se obliga, pues, a una motivación material⁹³. Es la única vía para reconducir la situación y cumplir con las prescripciones constitucionales, que, además, contribuyen a consagrar la igualdad de todos aquellos que legítimamente aspiren a un empleo público. Es, en fin, una forma de asegurar el Estado de Derecho en este importante ámbito.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El Estado de Derecho comporta la sujeción al ordenamiento jurídico, la división de poderes, el reconocimiento y garantía de derechos fundamentales y libertades públicas, y el control efectivo de la Administración Pública. Constituye una gran conquista, pero sería un error considerar que es un logro permanente e inmutable y que no tiene enemigos ni vuelta atrás. Los cambios permanentes y la propia naturaleza del poder plantean nuevos desafíos para su plasmación, y se ha observado que las dificultades para tal plasmación no son solo nacionales, sino internacionales. Se comprueba cómo países de la propia Unión Europea vulneran principios del Derecho de la Unión en un aspecto tan importante como la independencia del gobierno de los jueces. Todo esto implica que los logros conseguidos pueden desvirtuarse si no se tienen en cuenta las evidencias que suministra una realidad política y administrativa muy cambiante, extraordinariamente compleja y con un potencial de confusión muy relevante debido a la propia rapidez de los constantes cambios. Esta dinámica tiene

⁹³ Vid. FERNÁNDEZ, T. R., “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, pp. 211- 227. También, SÁNCHEZ MORÓN, M., “Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7.ª, de 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 209- 222.

un punto de inflexión muy significativo con la pandemia mundial del COVID-19, que ha obligado a la aprobación de un Derecho de excepción para afrontar el problema y frenar el elevado número de contagios, aplicación de un Derecho que genera, no obstante, muchas incógnitas y peligros, porque puede echar por tierra determinadas conquistas en el ejercicio de los derechos y libertades cuando las restricciones o suspensiones no se articulan con arreglo al principio de proporcionalidad.

Pero con independencia de la citada pandemia, es lo cierto que se observan derivas muy peligrosas para el Estado de Derecho que reclaman una seria reflexión y también una rectificación o revisión. El uso del voto como mecanismo taumatúrgico que lo subsana todo, al margen del Derecho vigente, como se ha visto en el proceso secesionista catalán, la vulneración de derechos constitucionales como la inviolabilidad de domicilio o la propiedad privada – en particular, debido al abuso de la expropiación urgente-, los excesos y abusos de la Administración tributaria, puestos de manifiesto por la Declaración de Granada (2018), firmada por los más autorizados expertos de la materia, la colonización política del órgano de gobierno del Poder Judicial, achacable además a partidos de distinto signo, y que ha sido denunciada por las más relevantes Asociaciones Judiciales ante la Unión Europea, o el uso del empleo público con fines espurios y sin tener en cuenta los elementales principios de mérito y capacidad, constituyen ejemplos sangrantes de esta deriva. Ejemplos sangrantes porque afectan al corazón mismo del Estado y repercuten negativamente en la esfera de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Es cierto que todo no es negro, y hay avances, pero no son suficientes para conjurar peligros que han adquirido unas dimensiones muy preocupantes. Urge un replanteamiento en el cual la revisión del Texto Constitucional no es una cuestión despreciable. Hemos visto que la Norma Suprema debe adaptarse a las nuevas realidades que, como es obvio, son ya distintas a las de 1978, y que cuestiones como la forma de elegir al órgano de gobierno de poder judicial o el aseguramiento de la neutralidad administrativa con una selección de personal alejada de criterios políticos o nepotistas, por poner solo algunos ejemplos, exigen un replanteamiento para revitalizar al Estado de Derecho. La experiencia (buena y mala) acumulada, el Derecho de la Unión Europea, y los cambios experimentados en esta primera parte del siglo XXI obligan a una revisión muy seria de muchos aspectos precisamente para asegurar la propia existencia del Estado de Derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA:

- AA.VV. *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del empleado público*, Madrid, 2005
- AA.VV, “Declaración de Granada”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 179, 2018
- ARAGÓN REYES, M., “Reforma constitucional”, *Enciclopedia Jurídica Básica IV*, Civitas, Madrid, 1.ªed. 1995
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M, “La defensa de la Constitución frente al secesionismo. Crónica política y administrativa del año 2017”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018
- BALAGUER CALLEJÓN, F., “Crisis sanitaria y Derecho Constitucional en el contexto global”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020
- BAÑO LEÓN, J. M.ª, “Aproximación al régimen jurídico de las expropiaciones forzosas en Francia, Italia y Alemania”, *Documentación Administrativa*, núm. 22, 1990
- BAYONA, A., *No todo vale. La mirada de un jurista a las entrañas del procés*, Península, Barcelona, 2019
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., “La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 118, 2020
- CHAVES GARCÍA, J. R., “La temible expropiación por urgencia”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, núm. 6, 2019
- CRUZ VILLALÓN, P., “El nuevo derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981
- DE MIGUEL BÁRCENA, J., “El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018
- DÍAZ, E., “Estado de Derecho y democracia”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 19-20, 2001-2002
- FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, BOE, Madrid, 2015
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015

- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Los fundamentos constitucionales del Estado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1998
- GARCÍA MORILLO, J., “Lección 29. El Poder Judicial y el Ministerio Fiscal”, *Derecho Constitucional. Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997
- GARCÍA Pelayo, M., “La división de poderes y su control jurisdiccional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983
- GARCÍA TORRES, J., “Derecho a la inviolabilidad de domicilio”, *Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1995
- GARRIDO FALLA, F., “Comentario al art. 103.3”, *Comentarios a la Constitución*, dir por GARRIDO FALLA, F., Civitas, Madrid, 2.ª ed. 1985
- GARRIDO LÓPEZ, C., “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación- suspensión de derechos”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020
- GERPE LANDÍN, M., y CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., “La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015
- GÓMEZ COLOMER, J. L., “Sobre el nombramiento del Presidente y de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019
- HAURIU, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, París, 1923
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980
- LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho político Vol.II*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986
- KRZYWON, A., “La defensa y desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020
- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., “Una prórroga de estado de alarma con visos de inconstitucionalidad”, *El Imparcial*, de 30 de octubre de 2020

- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., “Un Consejo General del Poder Judicial razonablemente independiente”, *El Imparcial*, de 15 de octubre de 2020
- MUÑOZ MACHADO, S., *Vieja y nueva Constitución*, Crítica, Barcelona, 1.^a ed. 2016
- NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno judicial*, Ed. Trotta, Madrid, 2004
- NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 1.^a ed. 2008
- PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 4.^a ed. 1997
- PARDO FALCÓN, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992
- PÉREZ ROYO, J., “Estado de Derecho”, *Enciclopedia Jurídica Básica II*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1995
- PÉREZ ROYO, J., “Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003
- PÉREZ ROYO, J., “Inviolabilidad de domicilio en tiempos de pandemia”, *Diario.es*, de 30 de marzo de 2021
- RECUERDA GIRELA, M. Á., “Una alarma muy preocupante”, *La Razón*, de 29 de octubre de 2020
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., “El juicio constitucional de igualdad tributaria en la experiencia jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010
- RUIZ ROBLEDO, A., “El estado de alarma: donde quiere el gobernante”, *El País*, de 6 de noviembre de 2020
- SAINZ DE ROBLES, F. C., “Poder Judicial y Consejo General del Poder Judicial”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría IV. Del Poder Judicial. Organización territorial del Estado*, Civitas, Madrid, 1991
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Informe jurídico sobre el deber de las administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del

Tribunal Supremo, Sección 7.^a, de 16 de diciembre de 2014 dictada en recurso de casación 3157/2013”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015.

- SARMIENTO ACOSTA, M. J., “Avance en el control de la discrecionalidad y la motivación de los actos y acuerdos administrativos: sobre los nombramientos del Consejo General del Poder Judicial”, *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 41, 2011

- SARMIENTO ACOSTA, M. J., *En los límites del Estado de Derecho: un análisis de la justicia administrativa*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013

- SATRÚSTEGUI, M., “Lección 22. La elección de las Cortes Generales”, *Derecho Constitucional Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982

- SERRANO ALBERCA, J. M., “Comentarios al art. 122.3”, *Comentarios a la Constitución*, dir por GARRIDO FALLA, F., Civitas, Madrid, 2.^a ed. 1985

- SOSA WAGNER, F., y FUERTES, M., “Alarma: otra chapuza más”, *El Mundo*, de 28 de octubre de 2020

- TAJADURA TEJADA, J., “El problema de la reforma”, *El País*, de 9 de diciembre de 2017

- TAJADURA TEJADA, J., “Inviolabilidad de domicilio y covid-19”, *El País*, de 30 de marzo de 2021

- WEBER, A., “El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP.....	Alianza Popular
ATC.....	Auto del Tribunal Constitucional
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
CE.....	Constitución Española de 1978
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
DGT.....	Dirección General de Tributos
FJ.....	Fundamento Jurídico
GRECO.....	Grupo de Estados contra la Corrupción
IBI.....	Impuesto de Bienes Inmuebles
LEF.....	Ley de Expropiación Forzosa
LJCA.....	Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa
LOAES.....	Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
RDL.....	Real Decreto-Ley
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE.....	Tratado de la Unión Europea
UCD.....	Unión de Centro Democrático
UE.....	Unión Europea
UNED.....	Universidad Nacional de Educación a Distancia